

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**FRANSA'DA OLAĞANÜSTÜ HAL:
2015-2017 DÖNEMİNDE UYGULANAN İSTİSNAİ REJİM**

**Gökçe GÖKÇEN
116612013
Dr. Öğr. Üyesi Ulaş KARAN**

**İSTANBUL
2019**

Fransa'da Olağanüstü Hal:

2015-2017 Döneminde Uygulanan İstisnai Rejim

State of Emergency in France:

State of Exception in the Period 2015-2017

Gökçe GÖKÇEN

116612013

Tez Danışmanı :Dr. Öğr. Üyesi Ulaş KARAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza)

Jüri Üyeleri : Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU

Marmara Üniversitesi

(İmza)

Dr. Öğr. Üyesi Lami Bertan TOKUZLU (İmza)

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih: 25.06.2019

Toplam Sayfa Sayısı: 117

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) olağanüstü hal
- 2) istisna hali
- 3) yükümlülük azaltma
- 4) hukuk devleti
- 5) terörle mücadele

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) state of emergency
- 2) state of exception
- 3) derogation
- 4) rule of law
- 5) counterterrorism

ÖNSÖZ

Paris'te meydana gelen terör saldırıları sırasında bir etkinlik için Fransa'nın Lille kentinde bulunuyordum. François Hollande'ın açıklaması ve olağanüstü halin ilân edileceğini duyurması ile yaşanan şaşkınlık ve merakla yakından şahit olurken Türkiye'nin bambaşka bir olağanüstü hal rejimiyle tanışacağından henüz haberim yoktu. İlk olarak daha sonra adı bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ek listesine yazılacak olan hocam Prof. Dr. İbrahim Özden KABOĞLU'nun görevlendirmesiyle araştırmaya başladığım Fransa'da olağanüstü hal, yüksek lisans tez konum haline geldi.

Tez konumun belirlenmesinde ve çerçevenin çizilmesinde büyük destek olan hocam Prof. Dr. İbrahim Özden KABOĞLU'na, çalışma ve araştırmalarım süresince katkısını sunarak bana yol gösteren başta hocam ve ana bilim dalı başkanım Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU olmak üzere tüm hocalarım ve çalışma arkadaşlarıma, Fransa'daki araştırmalarım sırasında desteklerini esirgemeyen Montpellier Üniversitesi Öğretim Üyesi Eric SALES'e, aileme, tüm zor zamanlarda varlığı için Özgün GÖL'e ve elbette emekleri için Danışman Hocam Dr. Öğr. Üyesi Ulaş KARAN'a teşekkürü bir borç bilirim.

İlk akademik çalışmamı, bu tez hazırlanırken trafik kazasında kaybettiğim canım anneannem Nursel KAYNARCALI'ya adıyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vi
ABSTRACT	viii
ÖZET	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM ÖZGÜN BİR REJİM OLARAK OLAĞANÜSTÜ HAL	5
1.1. OLAĞANÜSTÜ HAL İLÂNİ VE UZATILMASI	9
1.1.1. İlânı	9
1.1.1.1. Yetki	9
1.1.1.2. Coğrafi Sınır	10
1.1.1.3. Olağanüstü Hal Nedenleri	11
1.1.2. Uzatılması	13
1.2. İSTİSNAÎ TEDBİRLER	21
1.2.1. Ev Hapsi	23
1.2.2. İdari Arama	30
1.2.2.1. Kanun Değişiklikleri	31
1.2.2.2. İdari İşlemin Gerekçeli Olması Açısından	34
1.2.3. Diğer Tedbirler	36
1.2.3.1. Derneklerin Feshi	36
1.2.3.2. Toplu Gösterilerin Yasaklanması ve İkamet Düzenlemeleri	37
1.2.3.3. Gösteri Merkezi, Toplantı ve İbadet Yerlerinin Kapatılması	39
1.2.3.4. Kimlik Kontrolü, Üst Araması ve Silahlara El Koyma	40
İKİNCİ BÖLÜM OLAĞANÜSTÜ HALİN YARGISAL DENETİMİ	42
2.1. Anayasa Yargısı Denetiminde bir Olağanüstü Hal	45
2.2. İdari Yargı Denetiminde bir Olağanüstü Hal	59
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM OLAĞANÜSTÜ HALİN OLAĞANLAŞMASI	69
3.1. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TASARISI	70

3.1.1.	Anayasa’da Düzenlenecek bir Olağanüstü Hal.....	71
3.1.2.	Olağanüstü Halin Anayasalaşması mı, Anayasallaşması mı?.....	75
3.2.	TERÖRLE MÜCADELE KANUNU	84
3.2.1.	“Olağan” Döneme Geçiş.....	84
3.2.2.	Terörle Mücadelede Esin Kaynağı: İstisnai Yetkiler.....	88
3.2.2.1.	Koruma Bölgeleri	90
3.2.2.2.	İbadet Yerlerinin Kapatılması	92
3.2.2.3.	İdari Kontrol Tedbirleri ve Takip	93
3.2.2.4.	Aramalar	94
3.2.3.	Eleştiriler.....	95
SONUÇ		104
KAYNAKÇA		109

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
art.	: <i>Article</i> (madde)
Ass.	: <i>Assemblée</i> (meclis)
b.	: Bent
Baş.	: Başvuru
Bkz.	: Bakınız
CC	: <i>Conseil constitutionnel</i> (Anayasa Konseyi)
CE	: <i>Conseil d'Etat</i> (Danıştay, Yüksek İdare Mahkemesi)
CNCDH	: <i>La Commission nationale consultative des droits de l'homme</i> (İnsan Hakları Ulusal Danışma Komisyonu)
Cons.	: <i>Considérant</i> (Kararlardaki paragraflardan her biri)
CPP	: <i>Code de procédure pénale</i> (Ceza Usul Kanunu)
çev.	: Çeviren
déc.	: <i>Décembre</i> (Aralık)
Déc.	: <i>Décision</i> (karar)
Doc.	: <i>Document</i> (belge)
E.T.	: Erişim tarihi
Gén.	: <i>Général</i> (genel)
İŞİD	: Irak Şam İslam Devleti
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
JORF	: <i>Journal officiel de la République française</i> (Fransa Cumhuriyeti Resmi Gazetesi)
K.T.	: Karar tarihi
L.J.	: <i>Law Journal</i> (Hukuk dergisi)
m.	: Madde
No.	: Numara
ord.	: <i>Ordonnance</i> (Karar)
para.	: Paragraf

QPC	: <i>La question prioritaire de constitutionnalité</i> (anayasallık ön sorunu)
Rec.	: <i>Recueil</i> (dergi)
RFDA	: <i>Revue française de droit administratif</i> (Fransa İdare Hukuku Dergisi)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

ABSTRACT

After the November 2015 terror attacks in Paris and declaration of state of emergency in France, legal explanation of state of emergency has been subject to several debates. French regime of emergency has been compared with similar practices in various countries, including Turkey. In this respect, restrictions or even suspension of human rights and practices contradicting the principle of rule of law necessitate a further doctrinal research on the example of France.

In this study, state of emergency (*état d'urgence*) implemented between the years of 2015 and 2017 is analyzed through its legal sources, restrictions of human rights and judicial control. In the view of the fact that state of emergency and other states of exception constitute completely different regimes, specific characteristics of state of emergency are observed and the impact of constitutionalisation and anti-terror law on rule of law is argued.

Due to chronological variances of the emergency regime in France, our thesis bases on the period between 2015-2017 and the Law on State of Emergency, as the emergency regime has not been constitutionalized. In addition to this, debates concerning human rights and risk of a permanent state of emergency are questioned.

With reference to importance of rule of law in protection of human rights, constitutionalisation of state of emergency and anti-terror law has been analyzed. In this study, it is argued that French state of emergency between 2015 and 2017 has not been limited to this period of time but has still been *de facto* implemented.

Key words: France, state of emergency, state of siege, state of exception, counterterrorism, derogation, human rights

ÖZET

2015 yılında meydana gelen terör saldırılarıyla Fransa’da ilân edilen olağanüstü halin ne anlama geldiği tartışılmaya başlanmış ve rejim, aralarında Türkiye’nin de bulunduğu birçok ülkede benzer uygulamalarla karşılaştırılmıştır. İnsan haklarının sınırlandırılması ve durdurulması ile hukuk devleti ilkesine aykırı uygulamaların yaygınlaşması, Fransa örneğine öğretide daha fazla yer verilmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Bu çalışmada Fransa’da 2015-2017 döneminde uygulanan olağanüstü hal (état d’urgence) rejimi; hukukî dayanakları, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ve yargı denetimiyle birlikte incelenmiştir. Olağanüstü halin diğer istisna hallerinden farklılığı göz önünde bulundurularak kendine özgü yapısı ele alınmış, özellikle olağanüstü hal rejiminin anayasalaşması ile terörle mücadeleye ilişkin yeni düzenlemelerle olağanüstü hal tedbirlerinin olağan düzene entegre edilmesinin hukuk devletine etkisi tartışılmıştır.

Tezimizde Fransa’da değişken bir olağanüstü hal rejimi söz konusu olduğundan 2015 ve 2017 yılları arasındaki dönem esas alınmış, Anayasa’da bulunmayan olağanüstü hal rejimine ilişkin araştırmalar Olağanüstü Hale İlişkin Kanun’un getirdiği düzenlemeler ekseninde yapılmıştır. Bununla birlikte insan haklarına ilişkin tartışmaların yoğunlaştığı hususlara ağırlık verilmiş, rejimin olağanlaşmasının yaratacağı sakıncalar irdelenmiştir.

İnsan haklarının korunması için hukuk devletinin öneminden hareketle, olağanüstü hal rejiminin anayasalaşması ve terörle mücadele kanunuyla getirilen düzenlemeler ele alınmıştır. Çalışmada, Fransa’da olağanüstü halin 2015-2017 dönemiyle sınırlı kalmadığı ve günümüzde şekli anlamda olmasa da fiilen sürdüğü savunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Fransa, olağanüstü hal, sıkıyönetim, istisna hali, terörle mücadele, yükümlülük azaltma, insan hakları

GİRİŞ

Devletlerin ve toplumların karşılaştığı bazı iç ve dış tehditlerle mücadelede olağan hukuk düzeninde yer alan mekanizmalar yetersiz görülebilmektedir. Ekonomik bunalım, doğal afet, terör, savaş ya da halk isyanı gibi hallerde olağanüstü yönetim usulleri devreye girmekte, yürütmenin ya da askerî güçlerin yetkileri olağan döneme göre artırılarak tehditlerin savuşturulması amaçlanmaktadır.

Olağanüstü yönetim usulleri ya da istisna halleri hukukun askıya alınması mı, bazı temel hakların durdurulması mı ya da basitçe bazı kuralların istisnalarının devreye girmesi midir? Bu sorunun yanıtı tartışılabilirken kural ile istisnanın farkını hangi ölçütlerin belirlediği ve istisnanın hukukîliğinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği de yanıtlanmaya muhtaçtır.

“Egemen olağanüstü hale karar verendir” diyen Carl Schmitt’in tezine göre egemenliği nitelerken sadece hukuku kimin askıya alacağı değil, aynı zamanda olağanüstü yetkilerin ne zaman, hangi koşullarda ve ne şekilde kullanılacağına da karar verenin kim olduğuna bakmak gereklidir¹.

Terör ya da başka bir felaketle baş ederken siyasal iktidarların tüm hak ve özgürlüklerin olduğu gibi korunmasını tercih etmeleri gerektiği savunulabileceksen de, Bruce Ackerman bunun mümkün olmadığını ve halk desteğini sağlamaya devam edebilmek için iktidarların öncelikle terörü önleyip güvenliği sağlama amacına yoğunlaşacağını ve yetkilerin dengesinin değişeceği bir düzene geçileceğini iddia etmektedir².

Erkler arası ilişkinin değiştiği bu dönemlerde hukukun ortadan kalkmasının mı yoksa hukuk düzeni içinde yer alan bir halin mi söz konusu olduğu sorgulanmaktadır. İstisna hali üzerine yazdığı ünlü eserinde Giorgio Agamben, olağanüstü hali “hukuk düzeninin ne içinde ne de dışında” olarak

¹ Schmitt, Carl. *Siyasi İlahiyat, Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, Kasım 2005, s. 17.

² Ackerman, Bruce. *The Emergency Constitution*, 113 Yale L.J. 1029, 1092, 2004, s. 1030.

nitelendirirken³, Roma hukuku da *necessitas legem non habet* (zorunluluğun yasası olmaz) ilkesiyle zorunluluk halinde hukuk kurallarının ihlalini ortadan kaldırmaktaydı.

İstisna halinin kuralın –adı üzerinde- istisnası olmasını sağlayan en önemli özelliklerinden biri geçiciliğidir. Uzun süren olağanüstü halin olağan düzene dönüşme riski bulunurken, bu sürenin hangi ölçütlere göre makul ya da uzun görüleceğinin belirsizliği sorununun öğretide ve yargı kararlarında çözülebildiğini iddia etmek güçtür. Olağanüstü halin olağanlaşması; sadece hukuka değil, aynı zamanda tarihe bakış açısını da belirlemeye yardımcı olur. Walter Benjamin’e göre ezilenlerin geleneğinde olağanüstü halin istisna değil, kural olduğu görülecektir. Benjamin, tarihin bu bilinçle yorumlanması ve faşizme karşı başka bir olağanüstü halin yaratılması gerektiğini savunmaktadır⁴.

İstisnanın kurala dönüşmesi ve olağanüstü halin olağanlaşması sorunu, sıklıkla diktatörlük kavramıyla birlikte dile getirilmektedir. Hukuk devleti ilkesiyle çatışmayan bir olağanüstü halden, yürütmenin ya da askerin yetkilerinin artırıldığı bir olağanüstü hale yönelik söz konusu olduğunda hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edilip edilmediği tartışılmakta, diktatörlüğün ne zaman ve hangi koşullarda söz konusu olduğu sorusu sorulmaktadır.

Kalıcı olağanüstü hali ve hukukun üstünlüğünü tartıştığı eserinde Ryan Alford, bir yandan Dicey’nin hukuk devleti anlayışında keyfiliğin önlenmesi, yöneticilerin yargılanabilmesi ve yürütmeye karşı davalarda özel mahkemelerin kurulamamasının önemini aktarırken diğer yandan da yürütmenin temel haklarda derogasyonuna izin verilmeyen bir geleneğin vurgulandığını ifade etmekteydi⁵. Hukukun üstünlüğü ilkesini yargının yetkisinin yanında yürütmenin sınırlandırılabilmesi ve keyfiliğin önlenmesiyle de ilişkilendiren Alford’a göre Amerika Birleşik Devletleri’nde 11 Eylül saldırılarından sonra birçok hak

³ Agamben, Giorgio. *Olağanüstü Hal*, Çev. Kemal Atakay, Varlık Yayınları, İstanbul, 2008, s. 36.

⁴ Benjamin, Walter. *On the Concept of History*, 2009:389, s. 5.

⁵ Alford, Ryan Patrick. *Permanent State of Emergency: Unchecked Executive Power and the Demise of the Rule of Law*, McGill–Queen’s University Press, 2017, s. 15, 18.

açısından yürütmenin getirdiği istisnalar, yasama organı olan Kongre'nin ihmaliyle mümkün olabilmişti⁶. Alford'a göre temel hakların kullanımı egemenin keyfine bırakıldığında seçimli de olsa diktatörlük söz konusudur⁷.

Diktatörlük kavramı, bugünkü anlamından farklı bir bağlamda, fakat istisna haliyle yakından ilişkili bir şekilde Roma İmparatorluğu döneminde ortaya çıkmıştır. Roma'da ilân edilen *diktatörlük* iç ve dış tehditleri savuşturmak için geçici olarak görev yapan bir *magistra*'nın yönetim usulünü ifade ederken, MÖ 2. yüzyılda askerî yetkilerle donatılmış bir diktatörlük yerine sivil bir olağanüstü dönemin tesisi amaçlanarak *senatus consultum ultimum* isminde yeni bir kurum oluşturulmuştur⁸⁹. Olağanüstü hal rejiminin Fransa hukukunda ortaya çıkışı da askerî yetkiler ile sivil yetkiler arasındaki ilişki bakımından Eski Roma'dakiyle kısmen benzer bir geçmişe dayanmaktaydı: askerî güçlerin yetkilerinin artırıldığı sıkıyönetim (*état de siège*) yerine yürütmenin yetkilerinin artırıldığı olağanüstü hal (*état d'urgence*) kurumunun yaratılması.

Fransa'da 2015 yılının Kasım ayında meydana gelen terör saldırılarının ardından olağanüstü halin ilân edileceğinin dönemin Cumhurbaşkanı Hollande tarafından açıklanması, özellikle Fransa kamuoyunda “olağanüstü hal” döneminin nasıl bir hukukî düzeni ifade ettiği konusunda merak uyandırmıştı. Rejimin yürürlüğe girmesi ve temel hak ve özgürlükleri sınırlayan birçok tedbirin uygulanmasıyla konuya olan ilgi, ülke sınırlarını aşmıştır.

Türkiye'de de 15 Temmuz darbe girişiminin ardından olağanüstü halin ilân edilmesiyle aynı zamanda olağanüstü halin yürürlükte olduğu Fransa örneği dile getirilmiş, hatta bu rejimin Türkiye'deki olağanüstü hale benzediği iddia edilerek bir meşrulaştırma aracı olarak kullanılmaya çalışılmıştır. Fakat bu dönemde, Fransa'da 2015 ve 2017 yılları arasında uygulanan haliyle olağanüstü

⁶ Alford, Ryan Patrick., s. 245.

⁷ Alford, Ryan Patrick., s. 13.

⁸ Eren, Selahattin. “Roma Diktatörlüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23 (2017), s. 180.

⁹ Eren, Selahattin. “*Senatus Consultum Ultimum*: Eski Roma'da Olağanüstü Yönetim Kararı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24 (2018), s. 1129.

hal rejimi üzerine derinlikli herhangi bir Türkçe çalışma bulunmadığından Fransa ile Türkiye'nin karşılaştırması hatalı ve ancak yüzeysel bir şekilde yapılabilmektedir.

Bu çalışmada Fransa'da iki yıl boyunca nasıl bir istisna rejiminin öngörüldüğünü hukukî boyutuyla açıklığa kavuşturarak gelecekte yapılabilecek karşılaştırmalı çalışmalara bir ön katkı sunmayı amaçlıyoruz. Fransa'da olağanüstü hal rejiminin hukukî açıdan bir incelemesini yaparken, istisna haliyle ilgili çalışmalarda çok kez yer bulan tartışmaları esas alacağız.

İstisna halinin öngörülme nedenleri, “olağan” ve “olağanüstü” dönemi birbirinden ayıran unsurlar, yürütmenin artan yetkileri ve insan haklarının bu dönemlerde sınırlandırılması gibi tartışma alanlarını Fransa'ya uyarlarken olağanüstü halin geçicilik özelliğini yitirip yitirmediğini, bir diğer deyişle istisnanın kurala dönüşüp dönüşmediğini sorgulayacağız.

Fransa'da 2015 yılında ilân edilen olağanüstü halin hukukî bir incelemesinin yapılabilmesi için öncelikle Anayasa'da düzenlenmeyen ve yasal düzenlemenin değişmesiyle yürütmeye verilen yetkilerin de değiştiği bu istisna rejiminin yasal dayanaklarının anlaşılması gerektiğinden tezimizin Birinci Bölüm'ünü bu yasal rejimi, olağanüstü halin ilânını ve alınabilecek tedbirleri incelemeye ayıracağız. İkinci Bölüm 'de ise hukuk devleti ilkesinin temel yapıtaşlarından olan yargısal denetimin olağanüstü hal rejiminde nasıl öngörüldüğünü ve uygulandığını, uluslararası bir denetimin bulunup bulunmadığını irdelleyeceğiz. Üçüncü ve son bölümde ise istisna halleri açısından öğretide dile getirilen kalıcılaşma ve olağan düzene evrilme sorununu Fransa örneği özelinde inceleyerek terörle mücadeleyle ilişkin güncel yasa değişikliklerini değerlendireceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZGÜN BİR REJİM OLARAK OLAĞANÜSTÜ HAL

Fransa’da olağanüstü hal, Türkiye’nin aksine anayasayla değil, kanunla düzenlenmiştir. Cezayir’de meydana gelen olayların ardından kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için Fransa sisteminde daha önce bulunmayan bir istisnai rejim türü yaratılmıştır. Askeri makamların önemli yetkilere sahip olduğu sıkıyönetim rejimi yerine sivil yönetimin ön planda olduğu “olağanüstü hal” (*état d’urgence*) tercih edilmiştir.

Fransa Anayasası’nın 36. maddesinde düzenlenen sıkıyönetim, kaynağını 1791 Anayasasının kabulünden yaklaşık iki ay önce, 10 Temmuz 1791 günü çıkarılan bir kanundan alıyordu. Modern anlamda sıkıyönetimin ilk örneklerinden olan 1791 Kanunu, belirlenen bazı bölgelerde askerî güçlerin yetkisini tesis ediyordu.

Fransa yargısı, 1832 yılında verdiği bir kararla istisna halinin sınırlarını çizmeye başlamıştı. 24 Aralık 1811 tarihli bir kararla yargı yetkisinin savaş konseylerine aktarılmasıyla bu konseyler tarafından yargılanıp mahkûm edilen Geoffroy, doğal yargıç ilkesinin ihlal edildiğini iddia ederken Fransa Yargıtayı, istisna halinin ilânını denetleyemeyeceğini, fakat yine de istisnai rejimde 1830 Şartı’nın ihlal edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰.

1848 yılında İkinci Cumhuriyet Anayasası, 106. maddesinde ilk kez sıkıyönetim kavramına yer verirken hangi koşullarda sıkıyönetimin ilân edilebileceğini yasanın belirleyeceğini ifade etmiştir. Zaman içinde günümüzdeki anlamıyla sıkıyönetimden çok genel bir istisna halini düzenleyen bir kurum haline gelen *état de siège*, 1900’lü yılların başlarında Cumhurbaşkanı tarafından ilân edilen ve yasama yetkisinin devredilmesine izin veren bir rejime dönüşmüştür¹¹.

¹⁰ Jean-Louis Mestre. “Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution”, Cahiers du Conseil constitutionnel No. 28 (Dossier: l’histoire du contrôle de constitutionnalité), Juillet 2010, s. 3.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Agamben, Giorgio., s. 20-21.

2004 yılına kadar 9 Ağustos 1849 tarihli yasayla düzenlenmiş olan sıkıyönetim, 2005 yılından itibaren Savunma Kanunu'nun L. 2121-1. maddesi ve devamında düzenlenmektedir. Anayasa'nın 36. maddesine göre sıkıyönetim, Bakanlar Konseyi'nin kararıyla ilân edilmekte ve sıkıyönetimin 12 günü aşkın bir süre için uzatılması ancak Parlamento kararıyla olabilmektedir. Savunma Kanunu'na göre ise sıkıyönetim, Bakanlar Konseyi kararıyla ancak bir dış savaş ya da silahlı isyana yol açacak yakın bir tehlike halinde ilân edilebilir ve sıkıyönetim ilânını öngören kararnamenin sıkıyönetimin uygulanacağı yer ve süreyi belirtmesi gerekmektedir¹².

Buna karşın Beşinci Cumhuriyet dönemi boyunca bu rejime hiç başvurulmamıştır. Beşinci Cumhuriyet'in hemen öncesinde Cezayir sorununun gündeme gelmesi ve bağımsızlık hareketinin güçlenmesiyle Fransa'nın bu iç tehdide nasıl karşılık vereceği merak konusuydu. Askerî yetkilerin artırıldığı bir istisnai rejim yerine sivil yetkilerin tercih edilerek başka türlü bir istisnanın yaratılması işte bu döneme denk gelmekteydi: olağanüstü hali (*état d'urgence*) düzenleyen 1955 Kanunu'nun gerekçesinde “yöntemlerin yetersizliği” bu amaçla dile getirilmişti¹³.

2015 yılında Fransa halkını ve uluslararası toplumu şoke eden terör saldırılarının ardından ilân edilen olağanüstü hal rejiminin hukukî yönünü aydınlatmayı amaçladığımız tezimizde ele alacağımız temel düzenleme, 1955 yılında kabul edilen Olağanüstü Hal Kanunu olacaktır. Fakat öğreti ve Türkiye kamuoyunda olağanüstü hal ile sıklıkla karıştırılan “istisnaî yetkiler”in nasıl bir rejimi ifade ettiğini -okuyucuya katkı sunması açısından- kısaca hatırlatmakta yarar görüyoruz.

1958 Anayasası'nın 16. maddesinde düzenlenen istisnaî yetkiler (kriz yetkileri ya da tam yetki olarak da adlandırılır) rejimi; Cumhuriyet kurumlarının,

¹² Code de la défense, art. L2121-1.

¹³ Thénault, Sylvie. “De l’Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d’une loi”, *Le Mouvement social*, No. 218, 2007, s. 65. İlgili kanun: Loi no. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence, JORF no. 0085 du 7 avril 1955, s. 3479.

ulusun bağımsızlığının, ülkenin bölünmez bütünlüğünün ya da uluslararası anlaşmaların uygulanmasının tehdit edildiği hallerde ve kamu güçlerinin düzenli işleyişinin sekteye uğradığı durumlarda Cumhurbaşkanı'na özel bazı yetkilerin verilmesine ilişkindir.

Cumhurbaşkanı'nın tam yetki ilân etmesi, Başbakan'ın, meclis başkanlarının ve Anayasa Konseyi'nin de görüşünün alınmasıyla olur. Danıştay'ın 1962 yılında verdiği ünlü *Rubins de Servens* kararında belirttiği üzere, Cumhurbaşkanı'nın kullanacağı bu yetkiler; ilânı, içeriği ve süresi bakımından Danıştay denetimine tâbi olmayan hükümet işlemleri niteliğindedir¹⁴.

İstisna rejimi öngören diğer anayasalarla karşılaştırıldığında bazı yetkilerin yürütmeye değil, yürütmenin yalnızca bir parçasına, devlet başkanına verilmesiyle ayrıştığı savunulan¹⁵ 16. madde rejimine göre Cumhurbaşkanı hem yasamanın yetkilerini hem de olağan dönemde Başbakan ve Bakanlar Konseyi ile paylaşması gereken yürütme yetkileri kullanabilmektedir. Charles de Gaulle etkisiyle Anayasa'ya giren ve Cumhurbaşkanı'na çok geniş ve neredeyse denetlenemez yetkiler atfeden bu rejim, Anayasa'da yer almasına rağmen çok uzun süredir hiç uygulanmamıştır. Tam yetki rejiminin ilk ve son uygulaması 1961 yılında Charles de Gaulle döneminde olmuştur¹⁶.

Kaynağını 1940 yılında Cumhurbaşkanı Albert Lebrun'ün yetkilerini Mareşal Pétain'e kaptırması ve 1946'da Général de Gaulle'ün yaptığı konuşmada ulusun bağımsızlığı ve Fransa'nın imzaladığı sözleşmelerin garantörü olarak Devlet Başkanına yaptığı vurguda bulan istisnai yetkiler rejiminin hukuk devletiyle çelişkisi, eleştirilerden nasibini almıştır¹⁷. Buna rağmen diğer ülkelerin hukuk düzenlerinde yer alan istisna halleriyle daha çok ortak özellik barındıran

¹⁴ CE, Ass. du 2 mars 1962, 55049 55055, publié au recueil Lebon.

¹⁵ Voisset, Michèle. "Une formule originale de pouvoirs de crise: l'article 16, Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques," n°10, 10 - *Les pouvoirs de crise*, 1979, s.110.

¹⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Platon, Sébastien. "Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ?", *Revue française de droit constitutionnel* 2008/5 (HS n°2), s. 97-116.

¹⁷ Platon, Sébastien. "Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ?", *Revue française de droit constitutionnel* 2008/5 (HS n°2), s. 98.

rejim de budur. Tam yetki rejimi, özellikle Almanya’da Weimar Anayasası’nın ünlü 48. maddesinde yer alan olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını ve yasama yetkisinin yürütmeye devredilmesine dair düzenlemeyle benzeşmektedir¹⁸.

1955 yılına gelindiğinde Cezayir sorunuyla mücadelede olağan dönemden vazgeçilmesi halinde iki tür istisnai rejim tartışma konusu olabilirdi: 1946 Anayasası’nın 7. maddesine 1954 değişikliğiyle dahil edilen *état de siège* (sıkıyönetim) ya da henüz dahil edilmemiş fakat Charles de Gaulle tarafından daha önce ima edilen, Cumhurbaşkanının istisnai yetkileri rejimi. İlk rejimin yetkileri askerî güçlere aktarıyor olmasından ve ikinci rejimin de henüz Anayasa’da yer almamasından dolayı sivil bir olağanüstü hal rejimi tartışılmaya başlanmıştı. Bu rejim, *état d’urgence* yani olağanüstü hal olarak adlandırılacaktı. Fransa’nın 4 ve 5. Cumhuriyet dönemlerinde en çok başvurduğu istisnai rejim olan olağanüstü hal sırasıyla Cezayir Savaşı, Yeni Kaledonya Bağımsızlık Hareketi, 2005 yılında meydana gelen banliyö ayaklanmaları ve nihayet 2015 yılında gerçekleştirilen terör saldırılarından sonra yürürlüğe girmiştir.

1955 yılında kabul edilen 55-385 sayılı Kanun’un Anayasa’da herhangi bir kaynağı bulunmamaktaydı. Kanunun kabul edilmesinden yaklaşık üç yıl sonra yürürlüğe giren 1958 Anayasası’nda da olağanüstü hale yer verilmemiştir. Bu durum, 1955 Kanunu’nun yürürlükte kalıp kalmayacağı tartışmalarını doğurmuşsa da, aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere bu tartışmalar kanunun yürürlükte kalmasıyla sonuçlanmıştır. Yine de, Anayasa’da yer almayan ve kanunla düzenlenen bir olağanüstü hal rejiminin nasıl uygulanacağı ve nasıl denetleneceği gibi sorular, özgün yanıtlara ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

1955 Kanunu’nda olağanüstü hal rejiminin kim tarafından nasıl tesis edileceği, hangi koşullarda ilân edilebileceği ve nasıl uzatılabileceği gibi konular düzenlenmiştir. Bununla birlikte yürütme ve idarenin olağanüstü dönemde

¹⁸ Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919, 1919 Reichsgesetzblatt I., p. 383, Translation of Document 2050-PS, Office of U.S. Chief of Counsel, art. 48.

alabileceği istisnai tedbirler sınırlı olarak sayılmış, insan haklarına ilişkin güvenceler de belirtilmiştir.

Paris'te eş zamanlı olarak gerçekleştirilen saldırıların akşamında dönemin Cumhurbaşkanı François Hollande'ın olağanüstü hal ilân edileceğini duyurmasının ardından olağanüstü hal, saldırıların gecesinden itibaren yürürlüğe girdi ve yaklaşık olarak iki yıl boyunca uygulandı. Fransa'nın en son 2005 yılında şehir ayaklanmaları sırasında tecrübe ettiği rejim, bu kez terör tehdidiyle gündeme gelmiş oldu.

14 Kasım 2015 tarihinde ilân edilen olağanüstü hal, Fransa'da bazı siyasî ve hukukî tartışmaları da gündeme getirdi. Bu tartışmaların hukukî açıdan tuttuğu yeri değerlendirebilmek için 1955 Kanunu ile nasıl bir rejimin ortaya konduğunu incelemek faydalı olacaktır. Bu amaçla öncelikle olağanüstü halin hangi koşullarda, nasıl ve kim tarafından ilân edileceği, süre ve coğrafi sınırlamaları konuları ele alınacak, daha sonra ise söz konusu kanunun insan hakları açısından nasıl bir etkisi olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

Fakat söz konusu açıklamalardan önce bir hatırlatma yapmayı yerinde görüyoruz: aşağıda ele alınan hususların tamamının, yeri geldiğinde belirtileceği üzere, bugün geçerliliğini koruduğunu söylemek mümkün değildir. 1955 Kanunu'nda birçok kez değişiklik yapılması ve yargı denetiminin devreye girmesi, olağanüstü hâl uygulamasının tamamında aynı hukukî düzenin söz konusu olmaması sonucunu doğurmuştur.

1.1. OLAĞANÜSTÜ HAL İLÂNI VE UZATILMASI

1955 Kanunu'nun ilk dört maddesi olağanüstü hal hakkında bazı usul düzenlemeleri içermektedir. Bu düzenlemeler olağanüstü hal ilân etmeye yetkili organı, olağanüstü halin hangi bölgelerde uygulanabileceğini, olağanüstü halin hangi gerekçelerle ilân edilebileceğini ve nasıl uzatılabileceğini öngörür.

1.1.1. İlân

1.1.1.1. Yetki

Olağanüstü hal, 1955 Kanunu’nun bugün yürürlükte olan haliyle sıkıyönetimde olduğu gibi Bakanlar Kurulu kararnamesiyle ilân edilir. 1958 Anayasası’na göre Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı’nın atadığı Başbakan, Başbakanın atadığı bakanlar ve Cumhurbaşkanı’ndan oluşur. Bakanlar Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder. Bununla birlikte yasa metninin ilk halinde olağanüstü halin ancak bir kanunla ilân edilebileceği öngörülmüş, hatta Millet Meclisi’ndeki tartışmalarda bu kanunun ancak nitelikli çoğunlukla çıkarılabilmesi yönünde değişiklik teklifi dahi verilmiştir¹⁹. Ancak bu öneri mecliste reddedilmiş ve zaman içinde önerinin aksine yürütmenin yetkisine ağırlık veren bir tercihte bulunulmuştur. 1960 yılında bir kanun hükmünde kararname²⁰ ile 1955 Kanunu’nda değişiklik yapılarak olağanüstü hâl ilân etme yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir.

1.1.1.2. Coğrafi Sınır

Olağanüstü hâl, ülkenin bütününde ya da deniz aşırı topraklar ile Yeni Kaledonya dahil olmak üzere bu toprakların sadece bir bölümünde ilân edilebilir. Fransa’nın merkezden farklı kurallara tabi olmakla birlikte hak ve özgürlükler, güvenlik, savunma, dış politika, seçimler vb. konularda merkezi yönetime bağlı olan bazı bölgelerinin bulunması, Cezayir sorunu ve Yeni Kaledonya’nın durumuyla ilgili gelişmeler, 1955 Kanunu’nun öngördüğü coğrafi düzenlemelerin birtakım değişikliklere uğramasına neden olmuştur. Örneğin; ilk metinde kanunun adı dahi farklıdır. Bugün “Olağanüstü Hale İlişkin 55-385 Sayılı ve 3 Nisan 1955 Tarihli Kanun” başlığını taşıyan yasa, ilk düzenlemesinde “Olağanüstü Hal [Rejimini] Oluşturan ve Cezayir’de Uygulanacağını İlan Eden 55-385 Sayılı ve 3 Nisan 1955 Tarihli Kanun” adıyla yürürlüğe girmişti. Hem yeni bir istisnai rejim

¹⁹ Mbongo, Pascal. *L’état d’urgence La prérogative et l’état de droit*, Institut Universitaire Varenne, 2017, s. 170-121.

²⁰ Ordonnance No. 60-372 1960-04-15 art. 1, JORF 17 avril 1960.

türü ortaya koyan, hem de Cezayir’de uygulanacağını ilân eden kanunun bu yönüyle “melez bir nitelik”²¹ taşıdığı ifade edilmiştir.

Aynı şekilde; ilk metinde olağanüstü halin ilân edilebileceği bölgeler belirtilirken Cezayir’e açık bir gönderme yapılmıştı. Bu gönderme, Cezayir’in 1962 yılında bağımsızlığını ilân etmesine rağmen 17 Mayıs 2011 tarihine kadar korunmuştur. 2009 yılında ise düzenlemeye Yeni Kaledonya atfı eklenmiştir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ilân edilen olağanüstü halin uygulanacağı coğrafi sınırlar kararnamede gösterilmelidir²².

1.1.1.3. Olağanüstü Hal Nedenleri

1955 Kanunu’na göre olağanüstü hal ilân edilebilmesi için iki durumdan birinin söz konusu olması gerekir. Yasanın ilk maddesinde belirtildiği gibi; kamu düzeninde önemli zararlara neden olan yakın bir tehlikenin bulunması ya da doğası ve ciddiyeti nedeniyle doğal afet niteliğini taşıyan olayların meydana gelmesi halinde olağanüstü hâl ilân edilebilir. Dolayısıyla iki temel kavram karşımıza çıkmaktadır: “kamu düzenine önemli zararlara neden olan yakın tehlike” ve “doğal afet”. Özellikle “yakın tehlike” kavramının ne anlama geldiği, hangi durumlarda bu koşulun gerçekleştiğinin kabul edileceği tartışmaya açıktır.

Bağımsızlık hareketinin kamu düzenine ciddi zararlar verdiğine ne zaman karar verebiliriz? Terör olayları hangi sıklıkta meydana geldiğinde ya da hangi zararlara neden olduğunda *yakın tehlike* olarak nitelendirilebilir? İnsan hakları hukukunda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında meşru amaç olarak karşımıza çıkan “kamu düzeni” ile olağanüstü hal ilânına gerekçe gösterilebilecek kamu düzeni arasında nasıl bir ilişki vardır? Zararın “önemli” olup olmadığını belirlerken mala ya da cana verilen zarar arasında ayırım yapmak gerekir mi?

²¹ Beaud, Olivier; Guérin-Bargues, Cécile. *L’état d’urgence Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Lextenso éditions, 2016, s. 33.

²² Loi no. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence, JORF no. 0085 du 7 avril 1955, s. 3479. Şu bağlantıdan güncel metne ulaşılabilir: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350> (E.T. 22.02.2018).

Sıralanan bu sorular ya da sorulabilecek daha birçoğuna yanıtı nerede aramalıyız? Kanunun bugün yürürlükte olan hükmüne göre olağanüstü hali ilân etmeye yetkili olan Bakanlar Kurulunun bu koşulun meydana gelip gelmediği konusunda nasıl bir takdir yetkisi bulunmaktadır?

Bu sorulara öğretide ve yargı kararlarında farklı yanıtlar verilebilir ve verilmektedir, fakat sadece bu soruların sorulabiliyor olması kuşkusuz kanunun ifadesinin yeterince belirli ve açık olmayışını göstermektedir. 1955 Kanunu tasarısının Millet Meclisi'nde görüşüldüğü oturumdan bugüne birçok siyasetçi ve hukukçu bu soruna dikkat çekmiştir. Millet Meclisi'nde bu kavramların belirsiz oluşunun olağanüstü halin ilânını kolaylaştırdığı ifade edilmiştir²³. Öğretide ise bu belirsizliğin hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkeleri açısından sorun yarattığı dile getirilmiştir²⁴.

Aslında bu belirsizlik sorunu yalnızca Fransa'ya özgü değildir. Olağanüstü hal ya da daha genel olarak istisna halinin, doğası gereği yasa koyucu tarafından öngörülemeyen bir tehlikeye karşı hukuk düzenini koruma isteğinden kaynaklanması bu sorunun temelinde yer alır. Teorik açıdan bakıldığında, istisna halinde hukuk düzeni varlığını koruyabilmek için kendini askıya almaktadır. O halde ortaya çıkan çelişki, istisna halinin buna rağmen yine de hukuk düzenine dahil kabul edilip edilemeyeceği sorusuyla kendini gösterir.

Olağanüstü hali normun istisnası, hukukun askıya alınması olarak tanımlayanlar ile hukuk içi bir olgu olarak görenler arasındaki tartışma günümüze kadar süregelmiştir²⁵. Bu çelişkiyi çözebilmek amacıyla günümüz hukuk sistemlerinde olağanüstü hal ilânının, genel ve yoruma açık kavramlarla açıklanması tercih edilmiştir. Ancak yine de yürütmenin yetkilerinin artırılmasının

²³ Assemblée Nationale, 2e législature, Session de 1955, Compte rendu in extenso, 74e séance, s. 2161, 2170. Milletvekili Louis Vallon, yasa tasarısının doğal afetler konusunda belirsiz ifadeler içerdiğini ve bu durumun keyfiliğe yol açacağını savunmuştur. Milletvekili Albert Malon ise kamu düzenine zarar veren olayların ne olabileceği konusundaki belirsizliğin olağanüstü hal rejiminin çok geniş bir uygulama alanına sahip olacağını belirtmiştir.

²⁴ Eserin tümünün olağanüstü hal eleştirisine ayrıldığı bir örnek olarak bkz. Cassia, Paul. *Contre l'état d'urgence*. Dalloz, 2016.

²⁵ Agamben, Giorgio., s. 35.

yanında yargının yürütmeye geniş bir takdir alanı tanımasının, Saint-Bonnet'nin istisna halini hukuk ve siyasetin kesişim noktası olduğuna dair görüşünü desteklediği söylenebilir²⁶.

1.1.2. Uzatılması

1955 Kanunu'nun usule ilişkin önemli bir diğer düzenlemesi, olağanüstü halin on iki günü aşacak şekilde uzatılmasının ancak kanunla yapılabileceğine ilişkindir. Yasal düzenlemede özellikle belirtilmemişse de olağanüstü halin uzatılmasına dair kanunun çıkarılması için olağanüstü halin ilânının koşullarının bulunması gerekir. Fransa Danıştay (Conseil d'Etat) yasa tasarılarına dair görüşlerinde bu koşulların meydana gelip gelmediğini tartışmaktadır²⁷. Olağanüstü halin uzatılmasına dair kanunda olağanüstü halin hangi tarihe kadar yürürlükte olacağı açıkça belirtilir, fakat bu sürenin herhangi bir üst sınırı bulunmamaktadır.

Aynı şekilde, olağanüstü halin kaç defa uzatılabileceği konusunda da sınırlama yoktur. Fakat kanunda sınır olmayışı, birkaç nedenden ötürü olağanüstü halin sonsuza kadar uzatılabileceği anlamına gelmemektedir.

Sebeplerden ilki, olağanüstü halin doğası gereği “geçici” olmasıdır. Danıştay'ın bir kararında ifade ettiği üzere; “(...) istisnai yetkiler rejiminin etkileri bir hukuk devletinde zaman ve mekanla sınırlıdır (...)”²⁸. Danıştay bu ifadesini yakın geçmişte daha da belirginleştirerek olağanüstü halin geçici kalması gerektiğini açıkça belirtmiştir²⁹.

²⁶ Saint-Bonnet, François. *L'état d'exception*, PUF, coll. Léviathan, 2001, s. 8.

²⁷ Buna örnek olarak bkz. CE, 2 février 2016, Avis no. 391124. İnternet erişimi için: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/consiliaweb/avisadm/3911242016-02-02.pdf> (E.T. 22.01.2018)

²⁸ CE, 9 décembre 2005, Ord. no. 287777, Mme A. et autres. İnternet erişimi için: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Ordonnance-du-juge-des-referes-du-9-decembre-2005> (E.T. 22.01.2018).

²⁹ CE, 2 février 2016, Avis no. 391124.

İkinci olarak, olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin kanunda belirtilen sürenin olağanüstü hali gerektiren nedenler açısından elverişli olması gerekmektedir³⁰.

Üçüncü olarak, Fransa'nın da taraf olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine ilişkin 29 Numaralı Genel Yorum'da şu ifadelere yer verilmiştir: *"Sözleşme'deki yükümlülükleri askıya alma veya bu yükümlülüklerden ayrılan tedbirler almaya yönelik uygulamalar istisnai ve geçici olmalıdır."*³¹ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, madde 15 açısından yaptığı incelemelerinde devletlerin geniş bir takdir marjı olduğunu ve istisnai rejimin yıllarca sürmesinin önünde bir engel olmadığını belirtmişse de³², *Lawless/İrlanda* (no. 3) kararında³³ devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerini de yerine getirmesi gerektiğini ifade etmiş, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında ise 29 Numaralı Genel Yorum'a gönderme yaparak bu ifadesini desteklemiştir. Süre bakımından önemli bir sınırlandırma teşkil etmese de, olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin kanunun Hükümetin istifası ya da Meclisin feshi halinde on beş gün içinde kadük hale geleceği 1955 Kanunu'nda belirtilmiştir. Ayrıca, olağanüstü halin bir rejim olarak yürürlükten kalkması söz konusu olmasa da alınabilecek tedbirlerin bazıları için süre sınırları öngörülmüştür. Bunlara çalışmamızın devamında değineceğiz.

Olağanüstü halin süresinin kanunda açıkça sınırlandırılmamış olması bazı kaygıları beraberinde getirmektedir. Olağanüstü halin kalıcılaşması ve güvenlik-özgürlük dengesinde güvenliğin ağır bastığı yeni bir hukuk düzeni inşa edilmesi tehlikesi önemli bir endişe olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte, seçimler yaklaştığında kampanya atmosferinin hak ve özgürlüklerin daha çok sınırlandığı

³⁰ CE, 2 février 2016, Avis no. 391124.

³¹ Metnin Türkçesi için bkz. http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf (E.T. 22.01.2018).

³² İHAM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, Baş. No. 3455/05, K.T. 19.02.2009, para. 178.

³³ İHAM, *Lawless/İrlanda* (no. 3), Baş. No. 332/57, K.T. 01.07.1961, para. 21.

ya da kullanımının durdurulduğu bir dönemde gerçekleşmesi de tartışma yaratmaktadır.

1955 Kanunu tasarısı Millet Meclisi'nde görüşülürken bu kaygı dile getirilerek tasarıda değişiklik önerisinde bulunulmuştur. Milletvekili André Gautier, seçim kampanyasının seyahat, ifade, toplantı ve basın özgürlüklerinin kullanımının durdurulabildiği bir rejimde normal bir şekilde yapılamayacağını savunarak seçim dönemi ve gününde olağanüstü halin kendiliğinden askıya alınmasını önermiştir. Ancak Millet Meclisi bu değişiklik teklifini herhangi bir tartışma olmaksızın oy çokluğuyla reddetmiştir³⁴. Mecliste reddedilmesinin ardından günümüze dek kanunda bu yönde bir değişim olmamıştır. Üstelik 2017 yılı cumhurbaşkanlığı seçimleri yapılırken olağanüstü hale ilişkin kanun halen yürürlükteydi.

13 Kasım 2015 günü terör saldırılarının ardından dönemin Cumhurbaşkanı François Hollande şu açıklamayı yapmıştı: “Olağanüstü hal kararnamesi yayımlanacak, bu demek oluyor ki bazı yerler kapatılacak, dolaşım yasaklanabilecek ve aynı zamanda tüm Ile-de-France bölgesinde aramalar yapılmasına karar verilebilecek”³⁵.

Cumhurbaşkanının açıklamasının ardından 14 Kasım 2015 tarihli iki kararname yayımlandı³⁶. Bu kararnamelerde olağanüstü halin özel bir hukukî statüye tabi olmayan Fransa toprakları ve Korsika'da ilân edildiği belirtilmişti. Buna karşılık, alınabilecek bazı tedbirlerin sadece Ile-de-France bölgesinde uygulanabileceğine yönelik bir sınırlandırma mevcuttu. Ancak daha sonra yayımlanan kararnameler ile, önce alınabilecek tedbirlerin coğrafi sınırları genişletilmiş, sonra da olağanüstü hal denizaşırı topraklar da dahil olmak üzere

³⁴ Assemblée Nationale, 2e législature, Session de 1955, Compte rendu in extenso, 74e séance, s. 2174-2175.

³⁵ Haberin metnini içeren internet bağlantısı için bkz. <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/11/14/01016-20151114ARTFIG00005-francois-hollande-annonce-la-fermeture-des-frontieres.php> (E.T 18.12.2017) çeviri yazara aittir.

³⁶ JORF no. 0264 du 14 novembre 2015 p. 21297, texte no. 44, 45. Kararname numaraları 2015-1475 ve 2015-1476.

tüm Fransa’da yürürlüğe sokulmuştur³⁷. Doktrinde, söz konusu kararnamelerin çokluğunun ve ortaya çıkardığı hukukî sonuçların farklılığının bir karışıklık yarattığı ve bu kararnameler arasında bir hiyerarşi kurulması gerekliliği haklı olarak savunulmaktadır³⁸. Bir diğer deyişle, olağanüstü halin ilân edildiğini bildiren kararname ile olağanüstü halde hangi tedbirlerin nerede uygulandığını gösteren ya da ilk kararnamede değişiklik yapan kararnamelerin hukukî değeri arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir.

14 Kasım 2015’te ilân edilen olağanüstü halin, kanunda belirtilen gerekçelerden ikincisine, yani “kamu düzenini bozan yakın tehlike” ölçütüne dayandırıldığını rahatlıkla ifade edebiliriz. Ancak, kararnamede ya da Bakanlar Kurulu’nun basın duyurusunda³⁹ olağanüstü halin gerekçesine ilişkin herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Kuşkusuz, en az 129 kişinin öldürüldüğü saldırılardan sonra böyle bir açıklamaya gerek olmadığı düşünülebilir. Fakat rejimin tam olarak neden tesis edildiğinin açıkça belirtilmesi, hem yargı denetimi açısından, hem de terör olaylarının tekrar yaşanması halinde olağanüstü halin ne kadar ve hangi şartlarda uzatılabileceğinin belirlenmesi açısından önemli olabilirdi.

Aynı şekilde, olağanüstü hal rejiminde alınan istisnai tedbirlerin olağanüstü hal gerekçesini ortadan kaldırmaya yönelik elverişliliği ve orantıllığı tartışmasının hukukî temelini güçlü hale getirebilirdi.

Buna karşılık, olağanüstü halin ilânının gerekçesine ilişkin ipuçlarını başka yerlerde arayabiliriz. İlk olarak François Hollande, 13 Kasım gecesi yaptığı basın açıklamasında şu ifadeleri kullanmıştı: “Teröristlerin istediği bizi korkutmak, bizi yıldırmaq. (...) korku yaratan şey tabii ki var. Fakat bu korkuya karşı kendini savunan, kuvvetlerini nasıl yönlendireceğini bilen ve teröristleri yenecek olan bir

³⁷ 2015-1478 ve 2015-1494 numaralı kararnameler.

³⁸ Beaud, Guérin-Bargues, s. 23-24.

³⁹ Communiqué à l’issue du Conseil des ministres du 14 novembre. İnternet erişimi için bkz. <http://www.gouvernement.fr/communique-a-l-issue-du-conseil-des-ministres-du-14-novembre-3254> (E.T. 22.01.2018).

ulus da var.”⁴⁰ Terör olaylarının hemen ardından yaptığı ilk açıklama olan bu konuşmada Cumhurbaşkanı, iki temel kararı duyurmuştu. Bunlardan biri, sınırların kapatılması, diğeri ise olağanüstü hal ilânıydı. Hollande, konuşmasının sonunda ulusun teröre karşı korunması amacıyla güvenlik güçlerinin alacağı önlemler konusunda halktan güven talep etmişti.

Olağanüstü halin ilk kez uzatılmasına dair Millet Meclisi görüşmelerinde François Hollande, konuşmasının büyük bir kısmını Paris’te meydana gelen saldırılara ayırdıktan sonra yurttaşların ve birlikte yaşama yetisinin korunması gerekliliğine dikkat çekmiştir. İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 2. maddesine gönderme yaparak güvenlik ve baskıya karşı direnişin birer temel hak olduğunu hatırlatmıştır. Oysa İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 2. maddesinde doğal haklar arasında da sayılan direnme hakkı, Antik Çağ’da tiranlığa karşı direnişi simgelerken günümüzde baskıcı rejimlere karşı direnişi ifade eder⁴¹.

Direnme hakkının Almanya Anayasası’na dahil edilmesi ise olağanüstü hal döneminde Weimar Anayasası’nın insan hak ve özgürlüklerine ilişkin düzenlemelerinin askıya alınmasına ilişkin korkunç tecrübesinin ardından olmuştur⁴². Bu yönüyle, dönemin Cumhurbaşkanı Hollande’ın, terörizme karşı ulusun birlikteliğini vurgulamak isterken insan hak ve özgürlükleri aleyhine yürütmenin yetkilerinin artırılacağı bir dönemde direnme hakkına gönderme yapması büyük bir çelişki barındırır.

Bu hatırlatmanın ardından Hollande, 1955 Kanunu’nda yer alan tedbirlerin çağımızın şartlarına, teknolojik gelişmelere ve karşı karşıya kalınan tehditlere yanıt veremediğini, dolayısıyla kanunun güncelleştirilmesi gerektiğini

⁴⁰ La déclaration integrale de François Hollande après les attentats, *La Croix*, 14 novembre 2015. İnternet erişimi için bkz <https://www.la-croix.com/Actualite/France/La-declaration-integrale-de-Francois-Hollande-apres-les-attentats-2015-11-14-1380248> (E.T. 20.12.2017).

⁴¹ Turchetti, Mario. “Droit de Résistance, à quoi ? Démasquer aujourd’hui le despotisme et la tyrannie”, *Revue historique* 2006/4 (n° 640), p. 831-878. DOI 10.3917/rhis.064.0831, s. 833, 871.

⁴² Mbongo, Pascal., s. 126.

belirtmiştir⁴³. François Hollande’ın ardından kendi grupları adına söz alan milletvekillerinin konuşmaları da, çeşitli nüanslar olmakla birlikte, olağanüstü halin uzatılması konusunda bir uzlaşmaya işaret etmektedir.

Olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin kanun tasarısını meclise sunan dönemin Başbakanı Manuel Valls, konuşmasına terör olaylarından ve polisin teröristlere karşı gerçekleştirdiği operasyonlardan bahsetmiş ve Fransa’nın “yeni bir tür savaş” halinde olduğunu ilân etmiştir. Terörün Fransa’daki yurttaşları bir süredir hedef aldığını, Fransa’nın birlik ve beraberlik içinde olması gerektiğini dile getirmiştir. Güvenliğin özgürlükler arasında ilk sırada olduğunu ve bu yüzden diğer özgürlüklerin geçici olarak sınırlandırılabileceğini belirtmiş ve olağanüstü halin uzatılması konusunda meclisten destek talep etmiştir. Kanun tasarısında öngörülen yeni tedbirlerin neden gerekli görüldüğünü açıklarken düzenli olarak terörle mücadeleye gönderme yapmıştır⁴⁴.

Olağanüstü hal 20 Kasım 2015’te uzatılırken nihayet kanun gerekçesi ortaya çıkmıştır⁴⁵. Gerekçeye göre, gerçekleşen terör saldırıları 2. Dünya Savaşı’ndan itibaren gerçekleşen en kötü saldırılardan biridir. Saldırıların aynı anda gerçekleştirilmesi ve tehdidin varlığını sürdürmesi, olağanüstü hali gerekli kılmıştır. Kanun gerekçesi esasen olağan hukuk düzeninin belirtilen sorunlara neden çözüm getiremediğini ve olağanüstü halin hangi açıdan gerekli olduğunu belirtmemektedir. Bunun yerine zaten olağanüstü hal ilân edilmiş olduğu için uygulanan tedbirler tekrarlanmış ve bunların sınırlı bir süre ile geçerli olacağını altı çizilmiştir. Bu yönüyle gerekçe, olağanüstü hali haklılaştırmak için yeterli bir açıklamadan çok, gelebilecek eleştirilere karşı baştan yanıt verme kaygısıyla yazılmış gibidir.

⁴³ Congrès du Parlement, Séance du 16 novembre 2015, Compte rendu intégral, s. 3-7.

⁴⁴ *Assemblée Nationale, XIVe Législature, Session ordinaire de 2015-2016, 59e séance, compte rendu intégral*, s. 9577, 9580.

⁴⁵ Olağanüstü hale ilişkin 55-385 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin 20 Kasım 2015 tarihli 2015-1501 sayılı Kanun’un gerekçesi. İnternet erişimi için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=0838076C6A386312636B2F9BB4E5337F.tplgfr31s_3?idDocument=JORFDOLE000031493228&type=expose&typeLoi=&legislature=14 (E.T. 22.02.2018).

Fransa'nın Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildiriminde şu ifadeler yer verilmiştir: "İstihbarat servisinden gelen bilgiler ve uluslararası bağlam dikkate alındığında Fransa'da terör tehdidi kalıcı hale gelmiştir. Fransa Hükümeti, (...) olağanüstü hale ilişkin kanunun uygulanmasına karar vermiştir."⁴⁶ Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine yapılan bildirimde de tamamen aynı ifadeler kullanılmıştır⁴⁷.

Tüm bunlardan çıkarılabilecek ve şaşırtıcı olmayan temel sonuç, olağanüstü halin Paris'te meydana gelen terör olaylarından dolayı kamu düzeninin karşı karşıya kaldığı yakın tehlike üzerine ilân edilmiş olduğudur. Dolayısıyla olağanüstü halin tekrar uzatılması için terör tehdidinin devam ettiğine dair ikna edici bulguların olması gerekcek, aksi halde olağanüstü hal sebebi olmadığından kanuna aykırı bir rejim tesis edilmiş olacaktır.

Aynı şekilde, alınacak tedbirlerin terör tehdidini ortadan kaldırma ve yeni saldırıları önleme amacını taşıması gerekecektir. Ancak Ceza Kanunu'nda ve Ceza Usul Kanunu'nda terör suçlarına ve suç işlenmesini önleyici tedbirlere yer verilmişken neden bunlara başvurulmak yerine olağanüstü hal ilânının tercih edildiği yeterince açık değildir⁴⁸.

Millet Meclisi'ne bağlı olarak çalışan yasama komisyonu tartışmalarında benzer bir endişeyi milletvekili Patrick Devedjian dile getirerek olağanüstü halin neden Charlie Hebdo saldırısından sonra değil de Paris saldırılarından sonra ilân edildiği sorusunu sormuşsa da, tatmin edici bir yanıt alamamıştır⁴⁹. Doktrinde ise olağanüstü halin terörle mücadele için öngörülmediğini, Cezayir olaylarına çözüm

⁴⁶ Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, JJ8045C Tr./005-187 kodlu bildirim, Strazburg, 25 Kasım 2015.

⁴⁷ Bildirim ve çekinceler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/Declarations.aspx?index=France&lang=_fr&chapter=4&treaty=326 (E.T. 22.02.2018).

⁴⁸ Ceza Kanunu'nda terör suçları ve bunlara karşı öngörülen cezalar 421-1 ila 421-8 maddelerinde sayılmış, olağanüstü halde birçok kez başvurulmuş arama yetkisi ise Ceza Usul Kanunu'nun 92. ve 98. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁴⁹ Assemblée Nationale, Quatorzième Législature, Rapport enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 novembre 2015. Rapora internet erişimi için bkz. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3237.asp> (E.T. 22.02.2018).

bulmak için düzenlenen 1955 Kanunu'nun, 2015 yılında Fransız yetkililerin yabancı olduğu teröristlerin planlarını ve iletişim ağını çözmeye uygun olmadığını savunan görüşler dikkate değerdir⁵⁰.

Olağanüstü hal, 14 Kasım 2015'te bir kararname ile ilân edilmesinin ardından önce 20 Kasım 2015 tarihli kanunla üç ay uzatılmıştır. Bunun ardından sırasıyla 19 Şubat 2016'da üç ay, 20 Mayıs 2016'da iki ay, 21 Temmuz 2016'da altı ay, 19 Aralık 2016'da 15 Temmuz 2017 tarihine kadar⁵¹, 11 Temmuz 2017'de 1 Kasım 2017'ye kadar uzatılmıştır. Toplam altı kez uzatılan olağanüstü hal, 1 Kasım 2017'de sonlanmıştır.

Fransa'nın olağanüstü hal dönemi boyunca yaşadığı terör saldırılarına neredeyse her ay yenileri eklenmekteydi. Bu nedenledir ki, olağanüstü halin uzatılmasına karşı olanlar genellikle olağanüstü hal ilân sebeplerinin meydana gelmediğinden değil, alınan tedbirlerin bu sebeplerle ilgili ve orantılı olmaması üzerine eleştiri getiriyordu⁵². Olağanüstü hal koşullarının oluştuğuna ilişkin raporlarda Millet Meclisi'nin Yasama Komisyonu'nun Fransa dışındaki terör olaylarına vurgu yapmasının isabetsizliğine doktrinde dikkat çekilmiştir⁵³.

Tüm bunlar ve 13 Kasım 2015'ten itibaren olağanüstü hal süresince on iki terör saldırısının gerçekleştirilmesi, olağanüstü hal ilânının gerekçesinin bulunduğunu göstermektedir. Yine de, bu saldırıların bazılarının IŞİD'den başka terör örgütleri tarafından düzenlenmesi soru işareti yaratmaktadır⁵⁴.

Coğrafi açıdan ise önce yalnızca *Ile-de-France* bölgesinde tedbirler öngörülmüşken aynı gün çıkarılan bir kararname ile bu yetki alanının tüm ülkeye yayılması ve daha sonra olağanüstü hal kanununun deniz aşırı topraklar dahil

⁵⁰ Bkz. Mastor, Wanda; Saint-Bonnet, François. « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste », Pouvoirs 2016/3 (N° 158), s. 51-65. DOI 10.3917/pouv.158.0051, s. 59.

⁵¹ Bununla birlikte 1955 Kanunu'nun 4. maddesi gereği Hükümetin istifası üzerine olağanüstü hal kendiliğinden yürürlükten kalkmıştır.

⁵² Olağanüstü halin beşinci kez uzatılmasından önce meclis tartışmaları için bkz. Assemblée nationale, XIVe législature, Session ordinaire de 2016-2017, compte rendu integral, Troisième séance du mardi 13 décembre 2016.

⁵³ Cassia, Paul. *Contre l'état d'urgence*, Editions Dalloz, 2016, s. 31.

⁵⁴ Cassia, Paul., s. 37, 38.

olmak üzere tüm ülkede yürürlüğe girmesi, “yakın tehlike”nin tüm bu toprakları tehdit ettiğinin varsayıldığını gösterir. Paris’in ardından 2016 Temmuz’unda Nice’te gerçekleştirilen saldırı, tehdidin Paris ve çevresiyle sınırlı olmadığını desteklemiştir. Ancak özellikle denizaşırı toprakların Schengen bölgesine dahil olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, az nüfuslu ve sınır kontrolüne tabi bu toprakların niçin tehdit altında olduğunu açıklayan herhangi bir veri gösterilmemiştir. Bu nedenlerle önce yürütme organı, sonra ise yasa koyucunun olağanüstü hal uygulamasını özensiz olarak genişlettiğine dair şüphe doğurur.

Terör saldırılarının sayısının son dönemlerde artması ve yürütmenin takdir yetkisi dikkate alındığında dile getirdiğimiz soru işaretleri, olağanüstü halin hukuka aykırı olarak sürdürüldüğünü tek başına kanıtlamaz. Zira insan hakları açısından, olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlere hangi koşullarda başvurulduğu, bu sırada ölçülülük ve gereklilik kriterlerinin ne kadar gözetildiği; bu rejiminin tesis edilmiş olmasından çok daha önemlidir. Olağanüstü hal ilânına yönelik denetimin uygulamada az ve çekingen olmasının yanında bu kapsamda alınan tedbirlerin daha sıkı bir denetime tabi tutulması bu görüşü desteklemektedir. Dolayısıyla olağanüstü hal rejiminin hukuka uygunluğunu değerlendirmek için hak ve özgürlüklere etkilerini incelemek önem kazanır.

1.2. İSTİSNAİ TEDBİRLER

Olağanüstü hal rejiminde amaç, olağanüstü hali gerektiren nedenlerin ortadan kaldırılarak olağan hale dönülmesidir. Bunun başarılabilmesi için ise insan haklarının olağan döneme göre daha çok sınırlandırılması söz konusu olur.

Fransa’da olağanüstü hal rejimini düzenleyen 1955 Kanunu’nda insan haklarının sınırlandırılması sonucunu doğuran birçok tedbir öngörülmüştür. Olağanüstü hal tedbirlerinin konu bakımından sınırsız olduğu söylenemez. Olağanüstü hal kapsamında alınacak tedbirler, 1955 Kanunu’nda sayılanlarla sınırlıdır. Türkiye’deki olağanüstü rejimin aksine, olağanüstü hal kanun

hükümünde kararnamesi içermeyen bu sistemde tedbirler yine yürütme tarafından alınmakla birlikte, yasama yetkisinin devri söz konusu değildir⁵⁵.

Fransa’da olağanüstü hal rejiminin bir diğer özgün yanı ise, daha önce belirttiğimiz gibi Anayasa’da olağanüstü hale yer verilmemesidir. Anayasa’da açıkça düzenlenmeyen bir rejimde ise, yine Türkiye hukukunda aşına olduğumuz çekirdek haklar ve olağanüstü halde insan haklarının durdurulmasını sınırlayan bazı ölçütlerin de Anayasa’da düzenlenmesi beklenemez. Fakat bu sınırların var olmadığını iddia etmek de, çalışmamızın devamında açıklanacağı üzere, mümkün değildir.

Bu tespitlerden hareketle öncelikle Fransa’da olağanüstü hal ve insan hakları *derogasyonunun* hukukî boyutunun okunmasında Fransa sisteminin özgünlüğünü ve Türkiye sisteminden teknik farklılıklarını her aşamada dikkate alma gerekliliğini böylece hatırlatmak isteriz.

1955 Kanunu’nun hem 2015-2017 dönemi öncesi, hem de bu dönemde defalarca değiştirilmiş olması, özellikle insan hakları açısından önemli farklılaşmalara neden olmuştur. Bazı tedbirler çağın gereklerine uygun hale getirerek genişletilmiş, yeni tedbirler ortaya konmuş ve dönemin koşullarına göre daha az ya da çok sınırlayıcı hükümler getirilmiştir.

Olağanüstü Hale İlişkin Kanun’da seyahat özgürlüğüne (madde 5), örgütlenme ve dernek kurma özgürlüğüne (madde 6-1), toplu gösteri hakkına (madde 8), inanç özgürlüğüne (madde 8), özel yaşama saygı hakkına (madde 6, madde 8-1, madde 11) müdahaleler öngörülmüştür. Olağan dönemde yargıya ait olan bazı yetkiler yürütmeye devredilmiştir. Bu devrin önemli bir örneği, madde

⁵⁵ Türkiye’de Anayasa değişikliği öncesi “olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi” olarak adlandırılan ve anayasa yargısı denetimi dışında tutulan normlar, Fransa’da istisnai rejim sırasında Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan ve yargı denetimi dışındaki “*ordonnance*” ile karşılaştırılmaktadır. Bkz. Çelik, Cemil. *Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması*, Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 318. Fakat söz konusu normlar, ancak 1958 Anayasası’nın 16. maddesinde düzenlenen ve Fransa tarihinde sadece bir kez uygulanmış olan kriz haline ilişkindir. Fransa’da birçok kez uygulanan, kanundan kaynaklanan olağanüstü halde Cumhurbaşkanı’nın herhangi bir yasama yetkisi bulunmamaktadır. Biri uygulanan, diğeri ise elli yıldan fazladır hiç uygulanmamış, üstelik farklı rejimlere ait kuralların benzeştirilmesi kanımızca isabetli değildir.

11’de düzenlenen idarî arama ve el koyma yetkisidir. Güvenlik bölgesi tesisi ve belirlenen bölgelerde ikametın yasaklanması, iletişime yönelik yasaklamalar, ev hapsi, ruhsatlı silahlara el konması da bu kanunla mümkün kılınmıştır. Bazı suçlara ilişkin yargılamalarda görevli mahkeme, yürütmenin izniyle askeri mahkemeler haline getirebilmektedir⁵⁶.

Fransa’da olağanüstü hal rejiminde insan haklarını üç başlıkta inceleyeceğiz. Öncelikle yürütme yetkisi dahilindeki ev hapsi tedbiri ve arama ve el koyma kararı hakkında açıklamalarda bulunulacak, ardından 1955 Kanunu kapsamında alınabilecek diğer tedbirler incelenecektir.

1.2.1. Ev Hapsi

Olağanüstü halin ilk dokuz gününde 253 kez⁵⁷ başvurulmuş ev hapsi tedbirlerinin sayısı, olağanüstü halin sonlandığı 1 Kasım 2017’de 754’e⁵⁸ ulaşmıştı. Sayısı, süresi ve tedbirlerin uygulandığı kişiler bakımından birçok soruyu gündeme getiren, Anayasa Konseyi ve Danıştay’a çeşitli başvuruların konusu olan ev hapsi, Olağanüstü Hale İlişkin Kanun’da düzenlenen tedbirlerden biridir.

Fransa’da ev hapsi uygulaması, olağan dönemde suçun önlenmesi için tedbirlerden biri olarak öngörülmüştür. Ceza Usul Kanunu’nda öncelikle masumiyet karinesi hatırlatılmış, ardından ise güvenliğin gerektirdiği durumlarda adli kontrol tedbirlerine, bunların yetersiz görülmesi halinde elektronik takip uygulamasıyla birlikte ev hapsine başvurulabileceği belirtilmiştir⁵⁹. Dolayısıyla olağan dönemde ev hapsi, tutuklama kararından önce başvurulabilecek olan daha

⁵⁶ Bu düzenleme 21 Kasım 2015 tarihinde kaldırılmıştır.

⁵⁷ “1072 perquisitions et 253 assignations à résidence en France depuis le 13 novembre”, *Le Monde*, 23 novembre 2015. İnternet erişimi için bkz. http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/11/23/etat-d-urgence-1-072-perquisitions-et-253-assignations-a-residence_4815563_4355770.html (E.T. 03.01.2018).

⁵⁸ Bilan de l’état d’urgence, L’actu du Ministère. İnternet erişimi için bkz. <https://www.interieur.gouv.fr/fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Bilan-de-l-etat-d-urgence> (E.T. 03.01.2018).

⁵⁹ Code de procédure pénale (CPP), m. 137.

hafif bir tedbir türüdür. Bu tedbirin uygulanması için ilgilinin talebi ve yargıç kararı gerekmektedir⁶⁰. Aynı zamanda kişinin iki yıl ya da daha uzun bir hapis cezası öngörülen bir suçla yargılanması şarttır. Olağanüstü halde ise ev hapsi kararını verme yetkisi yürütmeye bırakılmış ve herhangi bir suç tipi ya da ceza süresi belirtilmemiştir⁶¹.

Ev hapsine ilişkin hükümler, 1955 Kanunu'nun 6. maddesinde yer almaktadır. Düzenleme, Kanun'un kabul edildiği 1955 yılından günümüze dek üç kez değiştirilmiştir. Maddenin ilk metni, 19 Mayıs 2011 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Buna göre, ev hapsine kural olarak İçişleri Bakanı, o dönem henüz Fransa'ya bağlı olan Cezayir'de ise vali karar verecektir.

Kişinin ev hapsine karar verilebilmesi için Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'un kişinin bulunduğu bölgede uygulanacağına ilişkin bir kararname bulunması gereklidir. Düzenlemeye göre, kişinin eylemlerinin bu bölgelerin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike yarattığının ortaya çıkması halinde, ev hapsine karar verilebilecektir⁶². O halde ev hapsi, olağan dönemde belli bir suçlamanın bulunduğu ve adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kaldığı hallerde yargıç tarafından uygulanabilecek bir tedbirken, olağanüstü dönemde kamu düzeni ve güvenliğinin korunması amacıyla yürütme yetkisi dahilindeki bir tedbirdir.

Hiçbir halde ev hapsi kararları bu kişilerin tutulduğu kamplar yaratma amaçlı kullanılamaz⁶³. Ev hapsine karar verilen kişilerin ve ailesinin geçimi hakkında devletin idarî düzenleme yapma yükümlülüğü vardır.

Hakkında ev hapsi kararı bulunan kişinin, bu karara uymaz ise sekiz günden iki aya kadar hapis ve 11 Avro'dan 3750 Avro'ya kadar para cezasına çarptırılacağı madde 13'te düzenlenmiştir.

⁶⁰ CPP, m. 142-5.

⁶¹ Olağanüstü Hal Kanunu, m. 6.

⁶² Madde 6 (Kanun'un ilk metni).

⁶³ Bu yasağa aykırı olarak Cezayir'de kampların oluşturulması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thénault, Sylvie. "L'internement en France pendant la guerre d'indépendance algérienne", TERRA-Quotidien, Références, Recueil Alexandries, No. 15.

7 Ağustos 1955 tarihinde bu düzenlemeye küçük bir ekleme yapılmıştır. Buna göre kendisine ev hapsi tedbiri uygulanan kişilerin büyükşehir⁶⁴ ya da büyükşehir yakınında kalmalarına izin verilmesi gerekmekteydi⁶⁵. Bu düzenleme 2011'e kadar bu şekilde kalmış, 2011'de ise sadece Cezayir'e ilişkin ifadeler yürürlükten kaldırılmıştır.

1955 Kanunu'nda en kapsamlı değişiklik 20 Kasım 2015 tarihli kanun ile yapılmıştır. Bu düzenleme ile ev hapsine ilişkin madde 6'da çeşitli değişiklikler yürürlüğe girmiştir. Ev hapsi kararının alınması için gerekli koşul değiştirilmiş, kararın icrasına yardımcı olacak makamlar ve süre gibi konularda düzenlemelerin yanında iletişim yasağı, elektronik takip ve kimlik belgesine el koyma gibi bazı ek tedbirler öngörülmüştür.

Yeni düzenlemeye göre ev hapsi kararı alınabilmesi için artık kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike yaratma yerine “kişinin davranışlarının kamu düzeni ve güvenliğine tehdit oluşturduğunun düşünülmesi için ciddi nedenlerin bulunması” koşulu aranacaktır. Dolayısıyla artık kişinin kamu düzeni ve güvenliğine zarar verdiğinin açıkça ortada olması aranmayacak, tehdide ilişkin şüphenin makul olması yeterli olacaktır. Olağan dönemde en az iki yıl hapis cezası öngörülen bir suç şüphesiyle yargılama sırasında uygulanabilecek bu tedbire başvurulması olağanüstü halde böylece daha da kolaylaştırılmıştır.

20 Kasım 2015 tarihli düzenlemeye göre, kişinin İçişleri Bakanı tarafından belirlenen bir yerde günlük on iki saat sınırını geçmemek üzere, ikamet etmesine karar verilebilir. Yani artık kişinin günde on iki saatten fazla bir süre ev hapsinde tutulması söz konusu olamayacaktır. İçişleri Bakanı'nın kişinin polis ya da jandarma merkezlerine, günde üç defayı aşmamak üzere, belli aralıklarla gitmesine karar vermesi mümkündür⁶⁶. Kişinin pasaportuna ya da kimlik

⁶⁴ Yasa metninde “*agglomération*” terimi kullanılmıştır. Fransa yerinden yönetim birimlerinin Türkiye'den farklı olması nedeniyle en yakın anlama gelen “büyükşehir” kavramını kullanmayı tercih ettik.

⁶⁵ Olağanüstü Hal Kanunu, madde 6.

⁶⁶ Madde 6, b.1.

belgelerine el konması da söz konusu olabilecektir⁶⁷. 20 Kasım değişiklikleriyle ev hapsine uymamanın cezası da artırılmıştır. Buna göre üç yıla kadar hapis cezası ve 45000 Avro'ya kadar para cezası verilebilecektir.

İçişleri Bakanı, hakkında ev hapsi tedbiri uygulanan kişinin belirli kimselerle iletişimini de yasaklayabilir. Bu yasaklamanın söz konusu olabilmesi için, belirlenen kişilerin davranışlarının da kamu düzeni ve güvenliğine tehdit yarattığına ilişkin ciddi şüpheler bulunması gereklidir.

İçişleri Bakanı'nın yetkisi alanında bulunan bir diğer tedbir ise elektronik kelepçe uygulamasıdır. Kişi hakkında on yıl hapis cezasına hükmedilmesi ya da kişinin, bir terör suçundan mahkûm olması ve ceza infazının son sekiz yıl içinde tamamlanmış olması halinde bu tedbir uygulanabilecektir⁶⁸.

19 Aralık 2016 tarihinde ev hapsini düzenleyen madde 6, tekrar değişikliğe uğramıştır⁶⁹. Yeni düzenlemeye göre bir kimse hakkında alınan ev hapsi kararı, olağanüstü halin uzatılması halinde geçerliliğini yitirecek ve tedbirin devamı için tekrar karar alınması gerekecektir.

Olağanüstü hal hakkında 30 Haziran 2016'da Millet Meclisi'ne sunulan istatistiklere göre, ev hapsi uygulamalarının ortalama süresi 266 günü bulmuştu⁷⁰. Bu bilgilere göre, istatistiklerin sunulduğu tarihte on üç kişi, 365 günü aşkın bir süredir ev hapsindeydi. Hakkında herhangi bir hüküm, derdest dava, hatta soruşturma dahi olması gerekmeksizin kişilerin bu kadar uzun süre ev hapsinde tutulması kişi özgürlüğü hakkı açısından kaygı verici olduğundan, 19 Aralık 2016 değişiklikleriyle ev hapsi on iki ayla sınırlandırılmıştır. On iki ayın ardından ev hapsini gerektiren nedenler tekrar incelenerek bu tedbirin üç ay uzatılması mümkün kılınmıştır. Üç aylık ek süre, ancak Danıştay tetkik hakimi kararıyla

⁶⁷ Madde 6, b. 2.

⁶⁸ Madde 6/son.

⁶⁹ Loi no. 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de l'état d'urgence, art. 2.

⁷⁰ Bilan statistique de l'état d'urgence, Assemblée Nationale. İnternet bağlantısı için bkz. http://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/lois/bilan_statistique_2017_06_30.pdf (E.T. 22.01.2018), s. 1.

verilebilir⁷¹. Dolayısıyla artık tek sınır, olağanüstü hal rejiminin yürürlükte olması değil, aynı zamanda on beş aylık bir süre sınırı söz konusu olmuştur.

16 Mart 2017 tarihinde Anayasa Konseyi'nin kararıyla, ev hapsi tedbiri süresinin uzatılmasına ilişkin Danıştay tetkik hakiminden izin alma şartı kaldırılmıştır⁷². Bir diğer deyişle, İçişleri Bakanı on iki aydır süregelen ev hapsi tedbirinin gerekli koşulların oluşması halinde üç ay uzatılmasına kendisi karar verebilecektir.

Olağanüstü halin ilân edildiği 14 Kasım 2015'ten bugüne ev hapsi tedbirinin gerekçeleri, kapsamı, etkileri, süresi üzerinde yukarıda belirttiğimiz üzere önemli değişiklikler yapılmıştır. Ev hapsi tedbirine karar verilmesi için “(...) düşünülmesi için ciddi nedenler” bulunması koşulunun yeterince açık olmayışı, olağanüstü hal yürürlükte iken yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkması, özellikle bu konuda geçmiş yargı kararlarının bulunmaması da göz önünde bulundurulduğunda hukuk güvenliği açısından sakınca yaratmıştır.

Anayasa Konseyi'nin 1999 yılında yürütme organının yasama işlevini ilgilendiren bir kararında belirttiği üzere, yasaların anlaşılır olması anayasal değerdedir. Konsey, kararda şu ifadeleri kullanmıştır: “(...) *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 6. maddesinde tanınan yasa önünde eşitlik ve Bildirge'nin 16. maddesinde tanınan hakların güvencelenmesi; yurttaşların, kendilerine uygulanacak normlar hakkında yeterli bir bilgiye sahip olmaması halinde etkili olamaz.*”⁷³. O halde yasadaki terimlerin belirsizliği, sadece hukuk güvenliğini değil, aynı zamanda hak güvencelerini ve eşitlik ilkesini de tehlikeye düşürür.

Dönemin Başbakanı Manuel Valls, 20 Kasım 2015 günü Senato'da yaptığı konuşmada ev hapsi düzenlemesine ilişkin şu ifadeleri kullanmıştır: “(...) *bu düzenlemenin sadece tehlikeli eylemleri ortaya çıkan bireylere değil, aynı*

⁷¹ Fransa'da idari yargıda görev yapılanması, Türkiye'den farklıdır. Fransa'da “*juge des référés*”, Türkiye'deki tetkik hakiminin aksine bazı durumlarda yürütmenin durdurulması kararı da alabilir. Tetkik hakimleri olağanüstü halde, örneğimizde olduğu gibi kişi özgürlüğünü ilgilendiren kararlar alabilmektedir.

⁷² CC, 16 mars 2017, Déc. No. 2017-624 QPC.

⁷³ CC, 16 décembre 1999, Déc. No. 99-421 DC, Cons. 13 (Çeviri yazara aittir).

zamanda daha radikalleşmiş olanlara, potansiyel teröristlere de uygulanması için [yasada] net bir ifadeye başvuracağız.”⁷⁴. Oysa Başbakan’ın sözlerinin aksine, tedbir kapsamının genişlemesiyle birlikte yasadaki belirsizliğin azaldığı değil, arttığı açıktır. Üstelik yasa değişikliğinin “potansiyel terörist”leri hedeflerken, neden “kamu düzenine zarar vereceğinin düşünülmesi için ciddi nedenler bulunan kişi” tanımının tercih edildiği sorusu yanıt bulabilmiş değildir. Halbuki terör suçları, ceza kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Fransa hukukunda zaten yer alan bu suçlara atıf yapılarak suça hazırlık hareketlerini önleme amacını belirten objektif bir ifade kullanılması daha uygun olurdu. İfadelerin belirsizliği ve İçişleri Bakanı’nın geniş takdir yetkisi nedeniyle ev hapsinin uygulandığı kişilerden hangilerinin devlet tarafından “potansiyel terörist” olarak görüldüğüne ilişkin karışıklık da bu şekilde açıklığa kavuşurdu.

“Potansiyel terörist” ve “(...) ciddi nedenler” kavramlarının öznelliğini en iyi açıklayan örneklerden biri, Paris’te Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği 21. Taraflar Konferansı (*COP 21*) sırasında çevreci sivil toplum örgütlerinin organize ettiği gösteriler sırasında aktivistlerin ev hapsine karar verilmesiydi. COP 21 ev hapislerini inceleyen Danıştay, ilgililerin daha önce şiddet içeren eylemlere katıldığını, konferansı destekleyen tüzel kişilere ve devlete karşı şiddeti desteklediklerini belirtmişse de bu kişilerin olağanüstü halin ilânına neden olan IŞİD terörüyle nasıl bir ilgisi olduğunu açıklamamıştır⁷⁵. Dolayısıyla, terör eylemlerini önleme ve devlete karşı işlenebilecek diğer suçları önleme amaçları arasında belirsiz bir kaynaşma yaratılmıştır. Bu durum, istisnai tedbirlerin gerekçesi ile olağanüstü halin ilân edilme koşulları arasındaki “doğrudan bağ”ı sorgulamaya açmıştır⁷⁶. Bazı yazarlar bu durumu açıkça “olağanüstü yetkilerin kötüye kullanılması” olarak nitelendirmiştir⁷⁷.

⁷⁴ Sénat, JORF, Compte rendu intégral, Séance du vendredi 20 novembre 2015 (28e jour de séance de la session).

⁷⁵ CE, Déc. No. 395009, 394990, 394992, 394993, 394989, 394991, 395002.

⁷⁶ Roblot-Troizier, Agnès. “Etat d’urgence et protection des libertés”, RFDA 2016, s. 424.

⁷⁷ Henriot, Patrick. “Quand l’État abuse de l’urgence”, Chimères 2016/1 (N° 88), s. 39-44.

Fransa’da, Türkiye’nin aksine yasama işlevi, yasama ve yürütme organları arasında Anayasa tarafından paylaştırılmıştır. Bir diğer deyişle, yasama yetkisinin genelliği ilkesi Fransa’da geçerli değildir. 1958 Anayasası’nın 34. maddesinde, yasama yetkisi kapsamındaki konular sınırlı olarak sayılmıştır. Bu maddede sayılan konularda yasama yetkisinin yürütmeye devredilmesi Anayasa tarafından yasaklanmıştır. Anayasa Konseyi’ne göre yasa koyucu, bu maddede belirtilen alanlarda açık ve anlaşılır düzenleme yapmazsa madde 34’e aykırı davranmış ya da keyfiliğe yol açmış olur⁷⁸.

Madde 34, hak ve özgürlükler ile suç ve cezanın yasa ile düzenleneceğini öngörür. Kişi özgürlüğü hakkına ve seyahat özgürlüğüne müdahale teşkil eden ev hapsinin uygulanacağı koşulların yurttaşlar açısından anlaşılabilir ve öngörülebilir olmamasının, Anayasa Konseyi’nin içtihadı dikkate alındığında Anayasa’ya uygunluğu son derece tartışmalı hale gelmektedir. 1955 Kanunu ile ev hapsine uyulmaması halinde hapis cezası yaptırımının düzenlenmesi ve öngörülen ceza süresinin artırılması da benzer şekilde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi açısından soru işaretleri yaratmaktadır.

1955 Kanunu’nda 2015-2017 arası yapılan değişiklikler, her ne kadar süre sınırı sonradan getirilmiş olsa da, bu sınırın giderek uzatılması ve yargıç denetiminden çıkarılmasının tedbirin etkilerinin güvenlik lehine genişletildiğini göstermektedir. Ev hapsine ek tedbir olarak iletişim yasağının öngörülmesi ve bunun koşullarının da belirsiz oluşu, kişi özgürlüğü hakkı ve seyahat özgürlüğünün dışında, haberleşme özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkı açısından da öngörülemezlik sonucunu doğurmuştur. Tedbire itaat etmeme halinde uygulanacak yaptırımın artırılması, sürenin on iki ay (ve uzatılması halinde on beş ay) olması, esasen cezai bir norm ortaya koymakla yetinmeyip idarenin takdir alanının genişliğinin yasa koyucu tarafından da benimsendiğini gösterir. Giderek özgürlükler aleyhine, ya da yasa koyucunun deyimiyle olağanüstü hal rejimini pekiştiren, güçlendiren düzenlemelerin tercih edilmesi,

⁷⁸ CC, 27 juillet 2006, Déc. No. 2006-540 DC, Cons. 9, 10.

olağanüstü hal tedbirlerinin terörle mücadelede yeterli olup olmadığını sorgulamaktadır. Bu durumda olağanüstü hal tedbirlerinin olağanüstü hali gerektiren nedenler açısından elverişli olup olmadığı sorunu da gündeme getirilmeyi hak etmektedir.

Ev hapsi düzenlemesi ve uygulaması, yargı organlarınca denetlenmektedir. Yargı organlarının yukarıda söz ettiğimiz hak ve ilkeler açısından bir değerlendirme yapıp yapmadığı, bu açıdan etkili bir denetimin söz konusu olup olmadığı ve bununla birlikte içtihadın hangi ölçütler ortaya konarak geliştirildiğine ilişkin açıklamalarımız, “Olağanüstü Halin Yargısal Denetimi” başlığı altında yapılacaktır. Dolayısıyla şimdilik yukarıda belirttiğimiz kaygı ve soru işaretlerini ortaya koymakla yetiniyoruz.

1.2.2. İdari Arama

Olağanüstü hal kapsamında alınan önemli tedbirlerden bir diğeri idarî aramadır (*perquisition administrative*). Fransa ceza hukukunda arama, suç delillerinin ortaya çıkarılması amacıyla, adli kolluk tarafından, kanunda öngörülen bazı hallerde savcı, bazı durumlarda ise yargıç kararıyla, kural olarak ilgili kişinin izni ve tanıklığıyla gerçekleştirilen bir uygulamadır⁷⁹. İdarî arama kavramı ise bu uygulamanın adli kolluk ya da yargıcın değil, idarenin yetkisinde olduğunu göstermektedir. İdarî arama, Fransa hukukunda sadece olağanüstü hal rejiminde görülmektedir.

1955 Kanunu’nda idarî arama yetkisi, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Hükümetin olağanüstü hal kapsamında terörle mücadelede özel bir önem verdiği ve çok kez başvurduğu idarî aramalar, kamuoyunun da ilgisini çekerek tartışma konusu olmuştur. Kanunun idarî aramaya ilişkin hükümleri de ev hapsinde olduğu gibi 2015-2017 arasındaki değişikliklerden nasibini almıştır. Hatta olağanüstü hal

⁷⁹ Code de procédure pénale, art. 57, 76, 92-98.

rejiminin uygulandığı sürecin bir bölümünde bu tedbire ilişkin düzenlemeler kanundan çıkarılmıştır.

1.2.2.1. Kanun Değişiklikleri

Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'un ilk halinde, ülkenin tamamında İçişleri Bakanı, Cezayir'de ise valinin idarî arama kararı verebileceği belirtilmiş, aramanın gece veya gündüz yapılabileceği ifade edilmiştir (madde 11). Arama emrine uymama halinde ise 11 Avro'dan 3750 Avro'ya kadar para cezası, sekiz günden iki aya kadar hapis cezası yaptırımını öngörülmüştür (madde 13)⁸⁰. Bu ifadelerle yetinen kanun, idarî arama konusunda oldukça ayrıntısız bir düzenlemeye sahipti. Olağan dönemde sağlanan bazı güvenceler, böylelikle olağanüstü halde söz konusu değildi. Örneğin; olağan dönemde avukatların, gazetecilerin çalışma yerlerinde ve basın kuruluşlarında yapılacak aramalara ilişkin özel güvenceler öngörülmüştür⁸¹.

20 Kasım 2015 tarihli kanun ile 11. madde değiştirilmiştir⁸². Yeni düzenlemeye göre; idarî arama rejimi kendiliğinden yürürlüğe girmeyecek, olağanüstü hal ilânına ilişkin kararname ya da olağanüstü halin uzatılmasına dair kanun tarafından açıkça belirtilmek şartıyla yürürlüğe girecektir. Aramanın gündüz ya da gece yapılabileceği düzenlemesi korunmuş, fakat yer açısından sınırlama getirilmiştir. Yasama faaliyetlerinin yürütüldüğü yerlerde; avukatların, yargıçların ya da gazetecilerin mesleklerini icra ettikleri yerlerde arama yapılamayacaktır.

İdari arama kararı alınması için gereken koşullar, ev hapsiyle benzer hale getirilmiştir. Buna göre “kamu güvenliği ve düzeni açısından tehdit teşkil eden davranışlarda bulunan bir kimse tarafından sık sık ziyaret edildiğinin düşünülmesi

⁸⁰ Loi no. 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie.

⁸¹ CPP, m. 56-1,2,3,4.

⁸² Loi no. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, Version en vigueur du 21 novembre 2015 au 21 février 2016.

için ciddi nedenler olması”⁸³ halinde idarî arama tedbiri uygulanacaktır. Ev hapsine ilişkin hükümde olduğu gibi, “kamu düzeni ve güvenliğini tehdit eden davranış” yurttaşlar tarafından kolayca anlaşılabilir ve açık bir düzenleme değildir.

Sık sık ziyaret etme koşulunda, bu ziyaret ile kamu düzeninin bozulması arasında doğrudan ya da dolaylı bir ilişki aranması öngörülmemiştir. O halde bu düzenlemeye göre, kişinin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlikeli davranışlarda bulunduğu varsayılsa dahi, sık sık gittiği yerlerin kural olarak tümünde arama yapılabileceğinin kabulü gerekecektir.

Bir kimsenin ev hapsinde tutulması için davranışlarının kamu düzeni ve güvenliğini tehdit ettiğinin düşünülmesi için ciddi nedenler bulunması gerektiğini belirtmiştik. O halde bu kişinin ev hapsi saatleri dışında sık sık ziyaret ettiği yerlerde idarî arama yapılması da mümkün görünecektir. “Ziyaret etme” koşulunun kanunda kamu düzenine tehditle ilişkilendirilmemesinin yarattığı belirsizlik, ev hapsinde tutulan kişilerin toplumdan izolasyonuna da neden olabilir.

20 Kasım 2015 tarihli kanun değişikliğine göre, arama kararında arama yeri ve zamanı belirtilir ve yetkili Cumhuriyet savcısı tedbirle ilgili bilgilendirilir. Arama, adli kolluk memurunun ve ilgilinin ya da temsilcisinin veya iki tanığın bulunmasıyla gerçekleştirilir.

İdari aramanın yapıldığı yerdeki bilgisayarlarda ya da bu bilgisayarlardan erişilebilen diğer bilgisayar sistemlerinde bulunan verilerin incelenmesi ve bu verilerin kopyalanması da 20 Kasım 2015 değişikliğiyle mümkün kılınmıştır. 19 Şubat 2016 tarihli Anayasa Konseyi kararıyla ise elektronik verilerin kopyalanmasına ilişkin bu düzenleme Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁸⁴.

⁸³ Olağanüstü Hal Kanunu, m. 11.

⁸⁴ CC, 19 février 2016, Déc. No. 2016-536 QPC.

Anayasa Konseyi kararının ardından yasa koyucu, kararın gerekçesini dikkate alarak elektronik verilerin kopyalanmasını tekrar düzenlemiş, ancak çeşitli koşullara bağlamış ve güvenceler öngörmüştür. Yeni düzenlemeye göre, elektronik verilerin kopyalanması için bu verilerin kamu düzeni ve güvenliğine tehditle ilişkili olma şartı getirilmiştir⁸⁵. Verilerin idarî aramayı yapan makamlar tarafından incelenmesi için yargıç kararı koşulunun öngörülmesi, yargıç kararına karşı başvuru yolunun belirlenmesi⁸⁶, elde edilen verilerin yok edilmesi için süre sınırlarının konması⁸⁷ yasa koyucunun Anayasa Konseyi denetimini dikkate alarak önlem almaya çalıştığına işaret ediyordu.

Buna karşılık, seyahat özgürlüğünü ilgilendirebilecek yeni bir düzenleme de eklenmişti. Yasada birçok kez başvurulmuş ifade tekrarlanmış, “kamu düzeni ve güvenliği açısından tehdit teşkil eden davranışta bulunduğu düşünülmesi için ciddi nedenler” bulunma koşuluyla kişilerin, idarî arama sırasında dört saat süreyle alıkonabileceği belirtilmiştir⁸⁸.

İdari arama tedbirinin olağanüstü hal rejiminde önemli bir yer tuttuğunun göstergelerinden biri, olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin kanunda idarî arama rejiminin yürürlükte olduğuna ilişkin açık bir ifade bulunmaması halinde, idarî arama tedbirine başvurulamayacağıdır. Diğer tedbirler için kanunda bu şekilde açık bir ifadeye gerek yoktur⁸⁹. Doktrinde de idarî arama tedbirine özellikle dikkat

⁸⁵ Yargıç, kopyalanan verilerin kullanımı hakkında karar verirken aynı zamanda kopyalamanın hukuka uygun olup olmadığını da inceleyecektir. Kamu düzeni ve güvenliğine tehditle ilgili olmayan veriler, yargıcın iznine bağlı olmaksızın yok edilir (fıkra 7).

⁸⁶ Kopyalamanın yapılması için adli kolluk görevlisinin bulunması gerekir ve kopyalanan verilere erişim, yargıç izni olmaksızın mümkün değildir (fıkra 6 ve 7). Bu kararı verecek olan idare mahkemesi tetkik hakimidir ve karara karşı Danıştay tetkik hakimine başvurulabilir (fıkra 10).

⁸⁷ Yargıç izniyle kopyalanan veriler kural olarak üç ay içinde yok edilir. Fakat içeriğe erişimde zorluk yaşanması halinde yine yargıç izniyle bu süre üç ay daha uzatılabilir (fıkra 9). Üç aylık süre sınırı, kamu düzeni ve güvenliğine tehdit oluşturan veriler için bu süre geçerli değildir. Ancak Anayasa Konseyi bu istisnayı Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. İlgili karar için bkz. CC, 2 décembre 2016, Déc. No. 2016-600 QPC.

⁸⁸ Savcı bu tedbirle ilgili derhal bilgilendirilir (fıkra 12). Çocukların alıkonmasına ise yasal temsilcinin varlığında ancak savcı karar verebilir.

⁸⁹ Bunun tek istisnası basına veya kamusal iletişim araçlarına yönelik tedbirlerin alınması hakkındaki düzenleme olan, 1955 Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrasıdır.

çekilmiştir. Öyle ki, 1955'te yayınlanan makalesinde Roland Drago için, olağanüstü hal rejimi “basit” ve “ağırlaştırılmış” olarak ikiye ayrılırken, idarî arama rejiminin öngörölmüş olup olmadığı en önemli kriterlerden biriydi⁹⁰. Bu ayırım doktrince benimsenmiş ve kullanımı günümüze dek sürdürölmüştür.

Olağanüstü hal 20 Mayıs 2016'da üçüncü kez uzatıldığında idarî arama rejiminin gerekliliğinin ortadan kaldırıldığı savunulmuş ve uygulama terk edilmiştir. 21 Temmuz 2016'da dördüncü kez uzatılırken ise *basit olağanüstü halden vazgeçilerek ağırlaştırılmış olağanüstü hale* geri dönölmüştür. Bu geri dönüş kararında kuşkusuz 14 Temmuz Nice saldırılarının etkisi olmuştu.

28 Şubat 2017 tarihinde tekrar değıştirilen maddede idarî aramanın gündüz ya da gece yapılabileceğİ düzenlemesinden vazgeçilmiş, aramanın özel bir gerekçe bulunmaması halinde 21.00 ve 06.00 saatleri arasında yapılamayacağı belirtilmiştir⁹¹. Bu düzenleme aslında 2016 yılında Anayasa Konseyi'nin verdiği kararın⁹² tekrarlanmasından başka bir şey değildi.

İdari aramanın kişilerin toplumdan izole edilmesine neden olabileceğİ endişemizin sonuçları Türkiye'deki kamu denetçisinin karşılığı olan Défenseur des droits (hak savunucusu) raporuna yansımıştır. Raporda kişilerin komşularının ya da ilgiliyle kişisel sorunları olanların idarî arama tedbirinin uygulanması için başvurular yaptığİna rastlanıldığı, kötü niyetin her zaman kanıtlanabilir olmamasına rağmen bu vakaların ihmal edilemeyeceğİ belirtilmiştir. Kötü niyetli şikayetlere ek olarak, hakkında idarî arama tedbirine başvuru olan kişilerin yakın çevresinden tepki gördüğİ ve toplumda onlara karşı bir bakış değışikliğİ olduğunun da altı çizilmiştir. Ayrımcılık iddiaları da rapora yansımıştır⁹³.

1.2.2.2. İdari İşlemin Gerekçeli Olması Açısından

⁹⁰ Drago, Roland. « L'état d'urgence et les libertés publiques », RDP, 1955, p. 670.

⁹¹ Loi no. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, m. 11.

⁹² CC, 19 février 2016, Déc. No. 2016-536 QPC.

⁹³ Avis du Défenseur des droits no. 16-06, 26 février 2016, p.5.

İdari işlemlerin gerekçeli olması Fransa idare hukukunda hem idareye yüklenen bir ödev, hem de tüzel ve gerçek kişilerin sahip olduğu bir hak olarak düzenlenmiştir. Kamu ve İdare Arasındaki İlişkiler Hakkında Kanun'un L211-5. maddesine göre idarenin birel işlemleri gerekçeli olmalıdır. Yazılı olan bu gerekçede, idarenin aldığı kararı gerektiren hukuksal ve olgusal değerlendirmelere yer verilir⁹⁴. Aynı kanunun L211-2. maddesine göre ise kişilerin, kendilerini ilgilendiren idarî işlemlerin gerekçesi hakkında bilgilendirme hakkı tanınmıştır. Bu hakkın söz konusu olması için sayılan durumlardan biri, kamusal özgürlüklerin kullanımının sınırlanması ya da genel olarak idarî kolluk tedbirlerinin bulunmasıdır.

İdari arama kararının bir idarî kolluk tedbiri olduğu Anayasa Konseyince tespit edilmiştir⁹⁵. O halde idarî arama kararlarının gerekçeli olması, kararı vermeye yetkili olan İçişleri Bakanı ya da vali açısından bir yükümlülük, hakkında idarî arama kararı verilen kişi açısından ise bir haktır.

Bu düzenlemeler ve Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'daki ifadeler düşünüldüğünde bu gerekçede kişinin *hangi* davranışlarının, kamu düzeni ve kamu güvenliğini *nasıl* tehdit ettiği, ciddi nedenlerin *ne* olduğu ve elbette, arama yapılacak yerin *kim tarafından* sık sık ziyaret edildiğinin idarece değerlendirilmesi ve hangi nedenlerin idarî arama tedbirini gerekli kıldığının ilgiliye bildirilmesi gerektiği söylenebilir. Peki idarî arama kararlarında bu nedenler yer almazsa -ki uygulamada genellikle durum böyledir- ne olacaktır?

Kamu ve İdare Arasındaki İlişkiler Hakkında Kanun'un L211-6. maddesinde idarî işlemlerin gerekçeli olması kuralının istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, mutlak ivedilik halinin kararın gerekçeli olmasına engel teşkil etmesi halinde bu kural geçerli değildir. Ancak yine de, ilgilinin talebiyle bir ay içinde gerekçenin bildirilmesi şarttır. Peki, “mutlak ivedilik” şartının olağanüstü halde kendiliğinden varsayıldığını söylemek mümkün müdür?

⁹⁴ Code des relations entre le public et l'administration.

⁹⁵ CC, 19 février 2016, Déc. No. 2016-536 QPC.

Bu soruya Danıştay olumsuz şekilde yanıt vermiştir. Danıştay’a göre, somut olayın koşulları dikkate alınarak mutlak ivedilik ölçütünün gerekçeli kararın hazırlanmasını engelleyip engellemediği belirlenecektir⁹⁶. Bu kararın denetimi ise idarî yargı organları tarafından yapılacaktır. Örneğin bir olayda vali, idarî arama kararında ilgili kişinin radikalize olduğunu ve kamu düzeni ve güvenliği için tehdit teşkil ettiğini gerekçe göstermiştir. İdare mahkemesi ise bu gerekçenin yeterli olmadığını ve gerekçelendirmeyi engelleyecek mutlak ivedilik halinin söz konusu olmadığını belirterek kararı iptal etmiştir⁹⁷.

Anayasa Konseyi ise idarî arama kararının sadece olayın koşulları değil, aynı zamanda olağanüstü halin ilânını gerektiren sebepler açısından da gerekçelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁸.

1.2.3. Diğer Tedbirler

Olağanüstü hal kapsamında ifade ve örgütlenme özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, mülkiyet hakkını, özel yaşama saygı hakkını ve seyahat özgürlüğünü ilgilendiren tedbirler de alınabilmektedir.

1.2.3.1. Derneklerin Feshi

Dernek Sözleşmesi Hakkında Kanun’a göre hukuka, mevzuata, ahlaka aykırı ya da ülkenin bütünlüğüne ve yönetim şekli olan cumhuriyete aykırı amaca yönelik dernek kurulamaz⁹⁹. Sayılan amaçları taşıyan dernekler, asliye hukuk mahkemesince feshedilir. Olağanüstü halde ise dernekleri fesih yetkisi yargıdan yürütmeye devredilmektedir.

Olağanüstü Hale İlişkin Kanun’a 20 Kasım 2015 değişikliğiyle 6-1 maddesi eklenerek dernek ya da fiili toplulukların, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle feshedilebileceği belirtilmiştir. Bakanlar Kurulunca feshe karar

⁹⁶ CE, 6 juillet 2016, M.E... et autres, M.H... et autres, No.s 398234, 399135.

⁹⁷ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, 16 novembre 2016, No. 160040, cons. 5.

⁹⁸ CC, 19 février 2016, Déc. No. 2015-536 QPC, Cons. 10.

⁹⁹ Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association, JORF du 2 juillet 1901 page 4025, m. 5.

verilmesi için iki koşuldan biri sağlanmalıdır. Buna göre, dernek ya da topluluğun kamu düzenine önemli bir zarar veren eylemlere katılması veya bu eylemlerin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran ya da teşvik eden aktivitelerinin bulunması gerekmektedir.

20 Kasım 2015 tarihli kanun değişikliğiyle olağanüstü hal tedbirlerinin olağanüstü halin sonlanmasıyla etkisini yitireceği belirtilmiştir. Esasen bu düzenleme bulunmasaydı da aynı sonuca varmak mümkündü. Zira olağanüstü halin geçiciliği, daha önce de belirtildiği gibi Danıştay tarafından da kabul edilen geçerli bir ilkedir. Ancak derneklerin feshi konusunda kanun, bu kuralın önemli bir istisnasını getirmiş ve feshedilen derneklerin olağanüstü hal rejiminin sonlanması halinde dahi tekrar açılmayacağını öngörmüştür.

1.2.3.2. Toplu Gösterilerin Yasaklanması ve İkamet Düzenlemeleri

Fransa’da toplu gösteriler, İç Güvenlik Kanunu’na göre bildirim sistemine tabidir. Bildirim ilgili yerin belediyesine yapılır ve kamu düzenini bozacak türden bir gösteri söz konusuysa belediye ya da bazı hallerde valilik, gösterinin yasaklanmasına karar verebilir.

Olağanüstü halde ise toplantı ve gösterilerin idarece yasaklanması, 1955 Kanunu’nda düzenlenmiştir. Kanunun ilk metninde İçişleri Bakanı’nın, düzensizliği provoke eden ya da sürdüren nitelikteki toplantıların genel ya da özel olarak yasaklayabileceği belirtilmiştir. 21 Temmuz 2016 değişikliğiyle ise toplantılara ek olarak toplu yürüyüş ve gösterilerin de yasaklanması mümkün olmuştur. Toplu yürüyüş ve gösterilerin yasaklanabilmesi için idarenin güvenliği sağlayamayacak durumda olması gerekir.

Toplu gösterilerin yasaklanması olağan dönemde de mümkün olsa da, bu tedbire olağanüstü hal rejimi sırasında çok daha fazla kez başvurulmuştur. Uluslararası Af Örgütü verilerine göre olağanüstü halin ilânından itibaren on sekiz

ay içinde toplam 155 gösteri yasaklanmıştır¹⁰⁰. Bu sayı, her üç günde bir gösterinin yasaklandığını ifade etmektedir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkına müdahaleler, sadece gösterilerin yasaklanmasıyla değil, belli bölgelerde ikamet ya da girişin yasaklanmasıyla da olabilmektedir. 1955 Kanunu'nun 5. maddesine göre vali, güvenlik ya da koruma bölgeleri ilân edebilir, buralarda ikameti düzenleyebilir ya da kişilerin belli bölgelerde ikametini ve bulunmasını yasaklayabilir. Bu tedbir, her ne kadar esasen ikameti düzenleme üzerineyse de, kişilerin önemli protesto gösterilerinin olduğu yerlere gitmesinin yasaklanması şeklinde de hayata geçmiştir. Belli bir eylem çağrısının yapıldığı bilinmekteyse, özellikle söz konusu protestoyu düzenleyen sivil toplum örgütlerinin üyelerine karşı, protesto yerini hariç tutan bir ikamet düzenlemesiyle fiilen toplu gösterinin etkisinin de düşürülmesi hedeflenebilmekteydi.

İş kanununda yapılacak değişikliklere karşı düzenlenen protesto sırasında birçok kişinin bölgeye girmesi ikamet düzenlemesi tedbiri yoluyla yasaklanmıştır. İş kanunu ve diğer konulardaki protesto gösterilerini engelleme amacıyla 639 kişiye bölgeye girmeme emri tebliğ edilmiştir¹⁰¹. Dolayısıyla ikamet ve belli bölgelere giriş yasağının seyahat özgürlüğünün yanı sıra toplantı ve gösteri hakkını da hedef aldığı söylenebilir.

İdarece belirlenen bölgelere giriş yasağını düzenleyen hüküm, bugün kamu düzeni ve güvenliğine tehdit teşkil eden davranışlarda bulunduğu düşünülmesi için ciddi nedenlerin varlığı şartını öngörmektedir. Yukarıdaki bölümlerde bu ifadelerin açık ve belirli olmaması üzerine açıklamalarda bulunmuştuk. Ancak düzenlemenin 2017 yılından önceki hali çok daha belirsiz ifadeler içeriyordu.

¹⁰⁰ “France, Le droit de manifester menacé”, Amnesty International. Açıklamaya şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://www.amnesty.fr/liberte-d-expression/actualites/droit-de-manifester-en-france> (E.T. 22.01.2018).

¹⁰¹ Millet Meclisi'ne verilen raporda ise bu sayı 540 olarak gösterilmiştir. Bkz. http://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/lois/bilan_statistique_2017_06_30.pdf (E.T. 22.01.2018).

Buna göre, kamu güçlerinin eylemlerini herhangi bir şekilde engellemeye çalışan herkes üzerinde bu tedbirin uygulanabileceği belirtilmişti.

Düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia ederek itiraz yolu başvurusunda bulunan avukat François Sureau, ifadedeki belirsizliği mahkeme önünde şu şekilde dile getirmişti: “*Sonuçta, [Konsey’e] itirazda bulunduğuma göre, ben de kamu güçlerinin terörle mücadele kapsamındaki eylemlerini engellemeye çalışmış olmuyor muyum?*”¹⁰² Anayasa Konseyi, söz konusu tedbir, başka hiçbir şart ve herhangi bir güvencenin öngörülmemesi nedenleriyle Anayasa'ya aykırı bulmuştur¹⁰³. Bu kararın ardından yasa koyucu, düzenlemeyi ayrıntılandırarak bugünkü hale getirmiştir.

1.2.3.3. Gösteri Merkezi, Toplantı ve İbadet Yerlerinin Kapatılması

Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'un, 8. maddesinde gösteri merkezlerinin, içki satılan yerlerin ve toplantı salonlarının geçici olarak kapatılabileceği belirtilmiştir. Maddenin ilk halinde valinin bu kararı vermesi için herhangi bir şart öngörülmemiştir. 21 Temmuz 2016 değişikliğiyle bu eksikliğin giderilmesi amaçlanmıştır. Yeni düzenlemeye göre ilgili yerlerde terör eylemlerine, şiddete ve nefrete teşvikte bulunulması ya da bu eylemlerin övülmesi halinde bu yerlerin geçici olarak kapatılabileceği belirtilmiştir.

30 Haziran 2017 tarihine kadar toplam 22 toplantı salonu bu şekilde kapatılmıştır¹⁰⁴. Danıştay, bir caminin vali tarafından kapatılması hakkında, kararın gerekçelerini ayrıntılı olarak değerlendirmiştir. Hristiyanların ve Yahudilerin aşağılandığı, kadın erkek eşitliğini reddeden görüşlerin dile

¹⁰² “Interdire des militants de manifester est-il contraire à la constitution ?”, Libération. İnternet bağlantısı için bkz. http://www.liberation.fr/france/2017/05/30/interdire-des-militants-de-manifester-est-il-contre-a-la-constitution_1573373 E.T. (E.T. 22.01.2018)

¹⁰³ CC, 9 juin 2017, Déc. No. 2015-635 QPC.

¹⁰⁴ Bilan statistique de l'état d'urgence, Assemblée Nationale. İnternet bağlantısı için bkz. http://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/lois/bilan_statistique_2017_06_30.pdf (E.T. 22.01.2018)

getirildiği, saldırıları gerçekleştiren kişilerin zaten intihar ettikleri için suçlanmaması gerektiğinin savunulduğu camiinin Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'a uygun olarak kapatıldığı sonucuna varmıştır¹⁰⁵.

Başka bir kararında ise Danıştay, camiide dile getirilen ifadeleri değil, camiiyi sık sık ziyaret eden kişilerin kim olduğunu dikkate almıştır. Buna göre cihatçı olarak bilinen kişilerin düzenli olarak gittiği camiinin kapatılması yasaya aykırı görülmemiştir¹⁰⁶.

1.2.3.4. Kimlik Kontrolü, Üst Araması ve Silahlara El Koyma

Olağan dönemde kimlik kontrolü, Ceza Usul Kanunu'nun 78-2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ancak savcının belirttiği suçlarla ilgili olarak ve suç şüphesi ya da bir olayın aydınlatılması için faydalı bilgilerin edinilmesi amacıyla polis kimlik kontrolü yapabilir. Olağanüstü halde bu şartların varlığı aranmamaktadır.

Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'un 8-1. maddesine göre, valinin izni ve gerekçeli bir kararıyla kolluk kuvvetleri kimlik kontrolü yapabilir, çanta ve araçları arayabilir. Bu tedbirlerin uygulanması için kişinin davranışlarının şüpheyne neden olması, kamu düzenine yönelik bir tehdidin bulunması gibi şartlar öngörülmemiştir. Anayasa Konseyi, gerekçelendirmeden yoksun bir şekilde, olağanüstü hal rejiminin yürürlükte olduğu her yerde uygulanabilen bu tedbirin kamu düzeni ile özel yaşama saygı hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmediğini belirterek Anayasa'ya aykırı bulmuştur¹⁰⁷. Maddenin tümü böylece iptal edilmiş, yasa koyucu tarafından yeni bir düzenleme de yapılmamıştır.

Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'da öngörülen son tedbir ise silahlara el konmasıdır. Kanun'un 9. maddesine göre ruhsatlı ve yasalara uygun olarak elde

¹⁰⁵ CE, ordonnance du 6 décembre 2016, Association islamique Malik Ibn Anas, No. 405376.

¹⁰⁶ CE, 20 janvier 2017, association centre culturel franco-égyptien-l'association Maison d'Egypte, No. 406618.

¹⁰⁷ CC, 1er décembre 2017, Décision No. 2017-677 QPC.

edilmiş olsalar dahi bu silahlara İçişleri Bakanı ya da valinin kararıyla el konabilmektedir. Tedbirin uygulanması için kamu düzeninin korunması amacıyla hareket edilmelidir. İdare söz konusu silahları sahibine teslim ederken el koyma anındaki hallerinde olmalarına özen gösterir.

İKİNCİ BÖLÜM

OLAĞANÜSTÜ HALİN YARGISAL DENETİMİ

Hukuk devletini Duguit şu ifadelerle açıklıyordu: “Devlet, kendinden üstün, kendi yaratmadığı ve ihlal edemeyeceği bir hukuk kuralına tâbidir. (...) Bu hukuk kuralı devleti sınırlar ve ona ödevler yükler.”¹⁰⁸ Duguit, itaatin ancak güçle söz konusu olabileceğini, güçsüz bir hukukun aciziyet, hukuksuz bir gücün ise barbarlık olacağını savunarak devletin kendi yargı organları önünde tıpkı bir vatandaş gibi yargılanabilmesi gerektiğini belirtmişti¹⁰⁹. Hauriou, erki elinde bulunduranların hukuka tâbi ve hukukla bağlı olmasını, Alman doktrinindeki *Rechtsstaat*’ın, yani hukuk devletinin bir gereği olarak görüyordu¹¹⁰.

Günümüzde de devletin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi, hukuk devletinin gereklerinden biri olarak kabul edilmektedir¹¹¹. İstisna hallerinde yargısal denetim bazı örneklerde zayıflayabilse dahi iktidarların iradesi, yargısal denetimin varlığını kanıtlama yönündedir. Fransa’nın Avrupa Konseyine yaptığı bildirimlerde yargısal denetimin varlığının altı özenle çizilmiştir.

Yargısal denetim, hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak da karşımıza çıkar. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Başlangıç Metninde hukukun üstünlüğü vurgusu yapılmıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Klass ve diğerleri* kararında yargısal denetimin varlığının burada vurgulanan hukukun üstünlüğü ilkesiyle yakından ilişkili olduğunu belirtmiştir¹¹². *Brogan ve*

¹⁰⁸ Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionnel (Tome Troisième)*, Paris, E. de Boccard, 1923, s. 547-548.

¹⁰⁹ Duguit, Léon., s. 548-552.

¹¹⁰ Hauriou, Maurice. *Précis de Droit administratif et de droit public général*, Paris, L. Larose & Forcel, 1900, s. 26. Fransız öğretisi “hukuk devleti” kavramı üzerine Alman doktrininden etkilenmiş olsa da, yargısal denetimin türü ve amacı konusunda farklılaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hayek, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1978, s. 193-204.

¹¹¹ Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 19.

¹¹² İHAM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, Baş. No. 5029/71, K. T. 06.09.1978, para. 55.

*diğerleri*¹¹³ kararında ise terörle mücadele ortamında yargısal denetimin önemine vurgu yapılmış, *Brannigan ve diğerleri*¹¹⁴ kararında ise yargı denetiminin kaldırılmasının terör nedeniyle kaçınılmaz hale geldiği haller dışında denetimin bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

O halde yargısal denetimin varlığı ve ne şekilde gerçekleştiğinin incelenmesi önem kazanmaktadır. İstisnai rejimlerde hak ve özgürlükler ile güvenlik arasındaki dengenin güvenlik lehine bozulması, hak ve özgürlüklerin daha çok sınırlandırılması hatta durdurulması mümkünken bu durdurmanın ne şekilde gerçekleşeceği sorusu, yalnızca iç hukukun değil, aynı zamanda karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukukun da konusu olmuştur.

Fransa, İHAS bakımından bir denetimin gündeme gelebileceğinden hareketle Sözleşme’yi onaylarken bir çekince koymuştur. 3 Mayıs 1974 tarihli bu çekinceye göre, Sözleşme’nin 64. maddesine uygun olarak Anayasa’nın 16. maddesinde yer alan istisnai yetkilerin, 3 Nisan 1878 tarihli yasayla düzenlenen sıkıyönetim ilânının ve 55-385 sayılı 3 Nisan 1955 tarihli olağanüstü hal yasasının Sözleşme’nin 15. maddesiyle uyumlu yorumlanacağının ve söz konusu madde bakımından alınacak tedbirlerin bu kapsamda bir ölçülülük incelemesine tabi olacağının altını çizmiştir¹¹⁵.

Dolayısıyla burada iki amaçlı bir çekince olduğunu ifade edebiliriz: Fransa, öncelikle olağanüstü rejime geçiş ve madde 15’in işletilebilmesi koşulu bakımından Fransa kanunlarının, Sözleşme’ye otomatik olarak uygun kabul edilmesini amaçlamaktadır. İkinci olarak ise alınacak tedbirlerin ölçülülük incelemesinin, tehdidin varlığı ve önlenmesi amacı dikkate alınarak yapılması yoluyla Mahkeme’nin Fransa ile ilgili denetimi, diğer devletlerle ilgili denetimden

¹¹³ İHAM, *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Baş. No. 11209/84, 11234/84, 11266/84..., K. T. 29.11.1988, para. 58.

¹¹⁴ İHAM, *Brannigan ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Baş. No. 14553/89, 14554/89, K. T. 26.05.1993, para. 51, 58-60.

¹¹⁵ Söz konusu çekinceye şu internet bağlantısından erişilebilir: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations> (E. T. 23.02.2019).

farklılaşabilecektir. Zira istisnai rejimin ilânı koşulları diğer devletlerden farklı yorumlanması hedeflenmektedir. Ancak bu amaçların gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tartışılabilmesi için öncelikle söz konusu çekincenin geçerli olması gerekir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 19. maddesine göre, çekincelerin andlaşmanın konu ve amacı ile bağdaşması gerekir¹¹⁶.

İHAS'a konulan çekincelerin geçerli olup olmadığı daha önce İHAM tarafından tartışılmıştır. *Belilos/İsviçre* kararında Mahkeme, Sözleşme'ye konulan çekincelerin geçerliliğini denetleyebileceğini ifade ederek ilgili çekincenin, yasanın kısa bir açıklaması olup olmadığını sorgulamış ve Sözleşme denetimini engelleyecek ölçüde esasa girip girmediğini incelemiştir¹¹⁷. *Loizidou/Türkiye* kararında da Türkiye'nin bildirimlerinin geçerli olmadığını ifade edilmiştir¹¹⁸.

Fransa'nın 15. maddeye ilişkin çekincesi, benzer bir denetime konu olmadığından geçerliliğini sürdürmektedir¹¹⁹. Ancak öğretide bu çekincenin geçerli olup olmadığı meselesi tartışılabilirken Fransa'nın bu tavrını "Sözleşme ruhunun doğasına aykırı" bulan görüşler mevcuttur¹²⁰. Kanımızca, Fransa'nın çekincesi basitçe yasanın bir açıklamasından ibaret olmayıp İHAM denetimini 1955 Kanunu kapsamıyla daraltma amacını taşımaktadır. Çekincenin geçerli kabul edilmesi savunulduğunda; anayasal düzeyde düzenlenmeyen olağanüstü hale ilişkin normların olağanüstü halin uzatıldığı her defa değişiyor olması, İHAM denetiminin kapsamının Fransa'nın yasama organının iradesi doğrultusunda değişeceği yorumuna sebep olacağından kanımızca bu görüş isabetli olamayacaktır.

¹¹⁶ Vienna Convention on the law of treaties (with annex), Concluded at Vienna on 23 May 1969. Sözleşme metnine şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> (E.T. 13.05.2019).

¹¹⁷ İHAM, *Belilos/İsviçre* kararı, Baş. No. 10328/83, 29/04/1988, para. 58-60.

¹¹⁸ İHAM, *Loizidou/Türkiye* kararı, Baş. No. 15318/89, 18/12/1996, para. 33, 34.

¹¹⁹ Madde 15'e konulan çekinceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Boyar, Oya, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İnceoğlu, Sibel (ed.), Avrupa Konseyi, 2013 (1. Baskı), s.100.

¹²⁰ Lambert, Anaïs; Moreno, Laetitia Braconnier, "La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH ?", *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2015, s. 5.

Fransa’da olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirler de İHAM tarafından herhangi bir denetime konu olmamıştır. Dolayısıyla İHAM kriterlerinin Fransa örneğinde nasıl uygulanması gerektiği konusunda, özellikle İHAM’ın madde 15 bakımından gerçekleştirdiği yumuşak denetim de dikkate alındığında, ayrıntılı bir değerlendirme olanağından yoksun bulunduğumuzu önemle belirtmek gerekir. Bu nedenle tezimizin bu bölümünde ulusal hukuk denetimine yoğunlaşacağız.

Fransa’da olağanüstü hal rejimine ilişkin açıklamalarımızda, olağanüstü halin kanuna uygun bir *kararname* ile ilân edileceği, on iki günü aşan bir süre için bir *kanun* ile uzatılacağı belirtilmişti. İdarece öngörülebilecek tedbirler de idarî işlemler olan *kararlar* aracılığıyla uygulanmaktadır. Dolayısıyla olağanüstü hal rejiminin varlığı ve uygulamasının denetimi kararname, kanun ve kararlar üzerinden yapılmaktadır. Kanunların anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Konseyince yapılır. Kararname ve kararlar ise, idarî yargı tarafından yasallık denetimine tabidir.

2.1. Anayasa Yargısı Denetiminde bir Olağanüstü Hal

Fransa’da kanunlar, ulusun genel iradesini yansıtır. Buna karşılık anayasallık denetimine tabilerdir. Fransa’da, Türkiye’dekinden farklı olarak *a priori* denetim öngörülmüştür. Bir diğer deyişle, kanun yürürlüğe girmeden önce Anayasa Konseyi denetiminden geçmekte, anayasaya aykırılık yönünde karar verilmesi halinde hiçbir zaman yürürlüğe girmemektedir. *A priori* denetimin olabilmesi için Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi Başkanı, Senato Başkanı veya altmış milletvekili ya da altmış senatörün Anayasa Konseyi’ne başvurması gerekir. Bu denetim, 1958 Anayasasının 61. maddesinde düzenlenmiştir:

“İlân edilmelerinden önce organik kanunlar, referanduma sunulmalarından önce madde 11’de değinilen yasa tasarıları ve uygulanmalarından önce parlamenter meclis içtüzükleri, Anayasa’ya uygunlukları hakkında karar verilmesi için Anayasa Konseyi’ne sunulurlar.

*Aynı amaçlarla ve ilân edilmelerinden önce yasalar; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis Başkanı, Senato Başkanı veya altmış milletvekili ya da altmış senatör tarafından Anayasa Konseyi'ne sunulabilir. (...)*¹²¹

Olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin bir kanunun bu şekilde denetlenmesinin tek örneği 1985 yılında Yeni Kaledonya'da olağanüstü hale ilişkin karardır¹²². 1985 yılında verdiği kararda Anayasa Konseyi, olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin kanunu incelerken aynı zamanda bu kanunun değişiklik yapmayı öngördüğü 1955 Kanunu'nu da inceleyebileceğini belirtmiştir. Bu içtihadıyla esasen Anayasa Konseyi *a posteriori* denetim yapmış ve eski tarihli bir kanunun da denetlenebilmesinin önünü açmıştır.

2015'ten itibaren ise uzatma kanunlarının hiçbirisi *a priori* denetim için Anayasa Konseyi'ne götürülmemiştir. Bu durum, kanunun “anayasaya uygun olup olmadığının muhtemelen hiçbir zaman bilinemeyeceği”¹²³ gibi iddialı yorumlarla karşılanmıştır.

Anayasa'ya uygunluğa ilişkin bir başka denetim yolu ise 2008 değişikliği ile 1958 Anayasası'nda yer alan “anayasallık ön sorunu”dur (*question prioritaire de constitutionnalité*). Bu denetim yolu Anayasa m. 61-1'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre görülmekte olan bir davada uygulanan yasal düzenlemenin Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklere zarar verdiği savunuluyorsa, Danıştay ya da Yargıtay tarafından Anayasa Konseyi'ne başvurulabilir.

Anayasa'nın ilgili maddesi şöyledir:

“Bir mahkeme önünde bakılmakta olan bir davada, yasal düzenlemenin Anayasa'nın güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere zarar verdiği iddia

¹²¹ Fransa 1958 Anayasası, m. 61 (Çeviri yazara aittir).

¹²² CC, 25 janvier 1985, Décision No. 85-187 DC.

¹²³ “La loi prorogeant l'état d'urgence est-elle constitutionnelle ? On le saura peut-être jamais”, Huffington Post. İnternet bağlantısı için bkz. http://www.huffingtonpost.fr/2015/11/20/loi-urgence-constitutionnelle-saurez-probablement-jamais_n_8607936.html (E.T. 22.01.2018).

edildiğinde Danıştay ya da Yargıtay, bu sorun üzerine belli bir süre içinde karar vererek Anayasa Konseyi'ne başvurabilir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin koşullar organik bir kanunla düzenlenir.”¹²⁴

Anayasallık ön sorunu Türkiye sistemindeki itiraz yoluna benzemekle birlikte bu iki somut norm denetimi yolu arasında önemli bir fark bulunmaktadır: Fransa sisteminde somut norm denetiminde kanunun Anayasa’da güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığı denetlenirken Türkiye sisteminde böyle bir sınırlama olmaksızın Anayasa’nın tamamına uygunluk denetimi yapılmaktadır. O halde olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin hak ve özgürlüklere müdahale etmesi halinde somut norm denetimi mümkün olacak, fakat olağanüstü halin uzatılması için gereken şartların sağlanmış olup olmadığı tek başına bir itiraz yolu denetimi konusu olamayacaktır. Öğretide bu sorun, olağanüstü halin geçiciliği ilkesine uyulmamasıyla ilgili eleştiriler aracılığıyla dile getirilmiştir¹²⁵.

Bununla birlikte anayasallık denetiminin etkililiği hakkında soru işaretleri bulunmaktadır. Anayasa Konseyine *a priori* denetim için başvurunun sınırlı sayıda kişinin inisiyatifinde olması çoğu kanunun bu şekilde denetlenmemesi sonucunu doğurmuştur. Anayasa Konseyi’nin Yeni Kaledonya (1985) kararında denetleyebileceği normları genişleterek yürürlüğe girmiş kanunları da dahil etmesi, o dönemde *a posteriori* denetimin henüz öngörülmemiş olduğu düşünüldüğünde önem taşır.

Anayasallık ön sorunu, bir diğer deyişle itiraz yolunun yakın geçmişte öngörülmüş olması, Fransa’nın geçmişteki olağanüstü hal tecrübelerinin anayasallık denetimi dışında kaldığını göstermektedir. Fransa’da Anayasa Konseyine bireysel başvurunun bulunmaması, olağanüstü halden etkilenebilecek olan bireylerin, rejimin anayasallık denetimini talep etme amacıyla sadece itiraz

¹²⁴ Fransa 1958 Anayasası, m. 61-1 (Çeviri yazara aittir).

¹²⁵ Cassia, Paul., s. 47.

yoluna başvurabileceklerini göstermektedir. Fakat itiraz yolunda Yargıtay veya Danıştay aşamalarından geçme zorunluluğu, başvuruyu dolaylı hale getirerek denetimi zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte, itiraz yolunda Anayasa'nın sadece hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerine uygunluk denetiminin yapılması özellikle erkler ayrılığı ve yasama yetkisinin devredilmesi konularında denetimsizlik sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa Konseyi'nin olağanüstü hal rejimine dair verdiği ilk karar Yeni Kaledonya'ya ilişkin olmuştur¹²⁶. Altmış senatör ve altmış milletvekilinin başvurusuyla rejimin hukukîliğine dair temel bir soru gündeme gelmiştir: 1955 yılında yürürlüğe giren bir kanunun kendinden sonra yürürlüğe giren 1958 Anayasası'na uygunluğundan söz edilebilir mi?

Davayı açanlara göre Anayasa tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere kısıtlama, ancak Anayasa'nın gösterdiği durumlarda getirilebilir ve olağanüstü hal, diğer istisna hallerinin aksine Anayasa'da belirtilmemiştir.

Anayasa Konseyi, Anayasa'nın yasama yetkisini düzenleyen 34. Maddesinde belirtildiği gibi yasama organının kamusal özgürlüklerle ilgili yasa çıkarabileceğinden yola çıkarak yasamanın, “özgürlükler ve kamu düzeni arasında gerekli uzlaşma”yı sağlama görevinin bulunduğunu belirtmiş, kamu düzeni olmadan özgürlüklerden de yararlanılamayacağını ifade etmiştir. Anayasa Konseyi'ne göre Anayasa'nın olağanüstü hal rejimini düzenlememiş olması, yasamanın da bu konuyu düzenleyemeyeceği anlamına gelmez. Kaldı ki, 1955 yılında yürürlüğe giren kanun, 1958 Anayasası döneminde de değişikliğe uğramıştır. Bu nedenlerle Anayasa Konseyi, Yeni Kaledonya'da ilân edilen olağanüstü hal rejimini ve dolayısıyla 1955'te yürürlüğe giren Olağanüstü Hale İlişkin Kanunu Anayasa'ya uygun bulmuştur.

20 Kasım 2015 tarihli Kanunun anayasallık denetimini yapan Anayasa Konseyi, bu kez anayasallık ön sorunu aracılığıyla incelemede bulunmuştur¹²⁷.

¹²⁶ CC, 25 janvier 1985, Décision No. 85-187 DC.

¹²⁷ CC, 22 décembre 2015, Décision No. 2015-527 QPC.

Anayasallık ön sorununu gündeme getiren Cédric D., yasadaki ev hapsi hükümlerinin seyahat özgürlüğüne, normal bir özel yaşam ve aile yaşamı sürdürme hakkına ve toplantı ve eylem yapma özgürlüğüne saldırıda bulunulduğunu iddia etmiştir. Diğer davacılar ise ilgili düzenlemelerin, kimsenin keyfî olarak tutuklanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 66. maddesine¹²⁸ ve yargısal denetimin bulunmaması nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu savunmuştur.

Dolayısıyla Anayasa Konseyi'nin çözmesi beklenen temel sorun, ev hapsi tedbirinin özgürlüğün sınırlanması mı, yoksa özgürlükten yoksunluk mu yarattığıdır. Çünkü özgürlükten yoksunluk halinde kişi özgürlüğü hakkı (Anayasa m. 66), özgürlüğün sınırlanması halinde ise seyahat özgürlüğü gündeme gelecektir.

Fransa Anayasası'nda seyahat özgürlüğünün açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle söz konusu kavramın anayasal koruma altında olup olmadığı geçmişte tartışılmıştır. Anayasa Konseyi, bu soruya ilkin 1979 yılında verdiği bir kararla yanıt vermiştir. Konsey, anayollarda sanat eserlerine telif hakkıyla ilgili bir davayı incelerken Anayasa'ya herhangi bir atıf yapmaksızın seyahat özgürlüğünün Fransa anayasa hukukunda korunan “temel bir ilke” olduğunu ifade etmiştir¹²⁹. Danıştay ise 1992 yılında verdiği bir kararda İHAS ve MSHS'yi de dikkate alarak seyahat özgürlüğünün temel bir ilke olduğunu tekrar etmiş, bu ilke kapsamındaki haklara getirilecek sınırlamaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamalara karşı idarî yargı denetiminin açık olması gerektiğini ifade etmiştir¹³⁰.

Dolayısıyla seyahat özgürlüğü kapsamına giren bir olay söz konusuysa Anayasa'nın ve anayasal belgelerin genel hükümleri uygulanmaktadır. İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesi, tüm siyasî örgütlenmelerin amacının

¹²⁸ Anayasa'nın 66. maddesi şöyledir: “Kimse keyfî olarak tutuklanamaz. Kişi özgürlüğünün bekçisi olan yargısal makamlar, kanunla düzenlenen koşullarda bu ilkenin korunmasını gözetir.” (Çeviri yazara aittir).

¹²⁹ CC, 12 juillet 1979, Déc. No. 79-107 DC, Cons. 2.

¹³⁰ CE, 22 mai 1992, No. 87043.

insan haklarının korunması olduğunu belirtirken bu haklar arasında özgürlük ve güvenlik haklarını ayrı ayrı saymaktadır. Madde 4'te ise özgürlükten ne anlaşıldığı belirtilmektedir: *“Özgürlük, başkalarına zarar vermeyen her şeyi yapabilmeyi içerir: bu şekilde, kişinin doğal haklarının kullanımına yalnızca toplumun diğer üyelerinin aynı haklardan yararlanmasını sağlayan sınırlar getirilebilir. Bu sınırlar ancak kanunla belirlenir.”* Dolayısıyla Bildirge'nin bu maddelerindeki “özgürlük” ifadesi, günümüzde bilinen anlamıyla “özgürlük hakkı”nı değil, hak ve özgürlükleri çağrıştıran genel bir kavramı ifade eder.

O halde özgürlükten yoksunluk söz konusu olduğunda keyfî tutuklama yasağı ve yargı kararının bulunması aranırken, seyahat özgürlüğüne bir müdahale var ise bu sınırlamanın yasayla öngörülüp öngörülmediği ve sınırlayıcı tedbire karşı idarî yargı yolunun açık olup olmadığı denetlenecektir. Bu yüzden özgürlükten yoksunluğa müdahale, özgürlüğün sınırlanmasıyla karşılaştırıldığında daha sıkı bir yargısal denetimle karşılaşacaktır.

Anayasa Konseyi, ev hapsinin özgürlükten yoksunluk teşkil edip etmediğini değerlendirirken ev hapsi tedbirine hangi koşullarda ve hangi sınırlamalara tabi olarak başvurulabileceğini dikkate almıştır. Konseye göre “kamu düzeni ve güvenliği için tehdit teşkil eden davranışlarda bulunduğu düşünülmesi için ciddi nedenlerin bulunması” koşulu, ev hapsinin kamplar yaratmak için kullanılmasının kanunca yasaklanması, bu tedbirin ancak büyük şehirlere yakın yerlerde söz konusu olabilmesi ve ev hapsinde günlük süre sınırlaması; özgürlükten yoksunluktan söz edilemeyeceğini göstermektedir.

O halde özgürlükten yoksunluk değil, özgürlüğün sınırlanması söz konusudur. Dolayısıyla kişi özgürlüğü hakkı değil, seyahat özgürlüğü gündeme gelmektedir. Konsey, tedbirin seyahat özgürlüğüne aykırı olup olmadığını üç aşamada incelemiştir. İlk olarak, olağanüstü halin hangi koşullarda ilân edilebileceğinin ve ev hapsi tedbirinin hangi koşullarda alınabileceğinin altını çizmiştir. İkinci olarak, idare mahkemesi yargıcının tedbiri denetlerken zaten elverişlilik, gereklilik ve orantılılık denetimi yaptığını hatırlatmıştır. Üçüncü olarak ise ev hapsi tedbirinin olağanüstü halin sonlanmasıyla ortadan kalktığını belirterek olağanüstü halin nasıl ilân edilip uzatıldığını ifade etmiştir. Sonuç

olarak ev hapsi tedbirlerinin Anayasaya aykırı olmadığı kararına varmıştır. Bir diğer deyişle Anayasa Konseyi, idarî yargı denetiminin bulunduğunu ve olağanüstü halin ilânı ile ev hapsi tedbirinin belli şartlara bağlandığını tekrar ederek bunların yeterli güvenceler sağladığını ima etmiştir.

Anayasa Konseyi'nin kararlarının gerekçelerinin kısalığı, diğer ülkelerin anayasa yargısı organlarıyla karşılaştırıldığında dikkat çeker ve bu tercihle esasen belirsizliğe az bir alanın bırakılması amaçlanır¹³¹. Bu kararda da Anayasa Konseyi, geleneğini bozmayarak kısa bir gerekçelendirme yapmıştır. Fakat yine de belirsizliğe az bir alanın bırakıldığını söylemek çok da mümkün değildir. Örneğin gerekçede şu sorulara yanıt aranmadığı anlaşılmaktadır: İdari yargı yeterli bir denetim yapmakta mıdır? Olağanüstü halin ilân edilmesi için gereken şartlar yeterince belirli midir? Ev hapsi tedbirinin şartları yeterince açık mıdır? Özgürlükten yoksunluğun burada söz konusu olmadığı belirtilmiştir, peki süre sınırlamaları olmasaydı özgürlükten yoksunluk vardır, diyebilecek miydik? Bu sorular yanıtlanmamıştır.

Ev hapsine ilişkin diğer bir başvuruda anayasallık ön sorununu gündeme getirenler, tedbirin on iki aylık süreyle sınırlanmasına karşın üç ay daha uzatılabildiğini, bu uzatma kararının yeterince açık şartlara bağlanmadığını, bir kişinin on iki ayı aşkın bir süre için ev hapsinde tutulmasının özgürlükten yoksunluk anlamına geleceğini iddia etmişlerdir. Bu konuda 16 Mart 2017 tarihli kararında¹³² Anayasa Konseyi, kendiliğinden başka bir iddiayı da ortaya atarak incelemiştir: on iki aylık ev hapsinin uzatılması için Danıştay tetkik hakiminden izin alınması gereği ve bu kararın denetiminin yine Danıştay tarafından yapılacak olması, adil yargılanma açısından incelenmeye değer bir sorun teşkil etmektedir.

Konsey şunu dikkate almıştır: Danıştay tetkik hakimi, sürenin uzatılıp uzatılmayacağına karar verirken kişinin kamu düzeni ve güvenliğine tehdit teşkil ettiğinin düşünülmesi için ciddi nedenlerin sürenin uzatılmasını gerektirip

¹³¹ Belloubet, Nicole. “La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer”, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2017/2 (N° 55-56), s. 10.

¹³² CC, 16 mars 2017, Décision No. 2017-624 QPC.

gerektirmediğine bakmaktadır. O halde yargıç bu izni verirken aslında esasa girmektedir. Ayrıca normalde tetkik hakiminin verdiği kararlar geçici nitelikteyken ev hapsi süresinin uzatılmasına izin vermeye dair karar kesindir. Dolayısıyla sürecin hem başında hem de sonunda Danıştay'ın esasa girerek görüş beyan etmiş olması, etkili başvuru hakkına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle Anayasa Konseyi, ev hapsinin uzatılmasına ilişkin Danıştay tetkik hakimi izninin bulunması şartını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Fakat ev hapsinin üç ay daha uzatılabilmesiyle ilgili düzenleme, uzatma kararının idarenin yeni ya da tamamlayıcı bazı unsurları bulmasına bağlı oluşu ve her halde kişinin oluşturduğu tehdidin belli bir ciddiyete erişmesinin gerekmesi nedenleriyle Anayasaya uygun bulunmuştur.

Bir başka kararında Anayasa Konseyi, toplantı yerlerinin geçici olarak kapatılmasına ve toplantıların yasaklanmasına ilişkin düzenlemelerin anayasallığını incelemiştir¹³³. Anayasallık ön sorunu yoluna başvuranlar bu tedbirin alınması için gerekçenin bildirilmesi koşulunun ve süre sınırının bulunmamasını, başvuru yolları hakkında bilgilendirme yapılmamasını gündeme getirerek haberleşme ve ifade özgürlüğüne, toplanma ve dernek özgürlüğü ile etkili başvuru hakkına aykırılık oluştuğunu savunmaktadır.

Anayasa Konseyi başvuruyu ifade özgürlüğü açısından incelerken Anayasa'da yasama yetkisini düzenleyen maddeyi de dikkate almıştır. Bu değerlendirmede Konsey, söz konusu tedbirin ancak olağanüstü hal kapsamında alınabileceğini ve olağanüstü halin belli şartlarda ilân edilebildiğini yukarıdaki kararda olduğu gibi tekrarlamıştır. Toplantı yerlerinin kapatılmasının kamu düzeninin korunması ihtiyacına göre gerekçelendirilmesi ve toplantıların yasaklanmasında düzensizliğe yol açılması gibi şartların bulunmasının yanında idarî yargının da bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemesine Konsey tarafından dikkat çekilmiştir.

¹³³ CC, 19 février 2016, Décision No. 2915-535 QPC.

Konsey, düşüncelerin toplu olarak ifade edilmesi hakkı ile kamu düzeninin korunması arasında açık bir dengesizlik yaratılmadığını belirterek ilgili düzenlemelerin Anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Konsey, girişim özgürlüğü açısından aynı gerekçeyi tekrarlamıştır.

Dolayısıyla Anayasa Konseyinin burada yaptığı denetim, ilgili hakkın sınırlandırılmasında ölçülü davranılıp davranılmadığından çok, bu hakkın kamu düzeninin korunması ilkesiyle karşılıklı olarak dengelenmesine ilişkindir. Olağanüstü Hale İlişkin Kanunun idarî arama kararı tedbirini düzenleyen 11. maddesinin denetlenmesi için Danıştay, Anayasa Konseyine başvurmuştur¹³⁴. Bu düzenlemenin özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve etkili başvuru hakkı açısından ve erkler ayrılığı bakımından Anayasaya aykırı olup olmadığı tartışılmaktadır.

Anayasa Konseyi ev hapsine ilişkin kararında olduğu gibi öncelikle söz konusu tedbirin özgürlükten yoksunluğa yol açıp açmadığını inceleyerek arama tedbirinin Anayasanın 66. maddesi kapsamında özgürlükten yoksunluğu ilgilendirmediğini belirtmiştir. Ardından, özel yaşama saygı hakkını koruma altına alan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 2. maddesi ve erkler ayrılığını düzenleyen 16. maddesine göre bir inceleme yapmıştır.

Konsey, tedbirlerin belli şartlara bağlandığını, idarî yargı denetiminin zaten uygulandığını ve böylece kamu düzeninin korunması ile özel yaşama saygı hakkı arasında açık bir dengesizlik bulunmadığını belirtmiştir. Ancak diğer tedbirlerin aksine, idarî aramaları içeren hükümde hem idarî aramaya hem de veri kopyalamalarına ilişkin düzenlemeler bulunduğundan Konsey, verilerin kopyalanmasını ayrıca incelemeyi tercih etmiştir. Bilgisayar ortamındaki verilere erişim ve bunların kopyalanması, Kanuna göre herhangi bir mahkeme kararına bağlanmamış ve kamu düzeni ile güvenliği açısından tehdit yaratan kişiyle ilgisiz verilerin kopyalanmasının önüne geçen bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla Konseye göre yasal güvenceler sağlanmamış, kamu düzeninin

¹³⁴ CC, 19 février 2016, Décision No. 2016-536 QPC.

korunması ve özel yaşama saygı hakkı arasındaki denge bozulmuştur. Bu nedenle verilerin kopyalanmasını düzenleyen hükümler iptal edilmiştir.

Verilerin kopyalanmasını adli kolluğun ve iki tanığın varlığına bağlayan ve kopyalanacak verilerin kamu güvenliğine tehditle ilişkili olması şartını getiren hükümler bu kararın üzerine yasa koyucu tarafından kanuna eklenmiştir. Anayasa Konseyi, bu hükümlerin de anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Kopyalamanın kamu düzeni ve güvenliğine tehditle ilgili olması, bir kopyanın Cumhuriyet savcısına verilmesi, kopyalanan verilerin kullanılması için idare mahkemesi tetkik hakiminden ön izin alınması gibi şartların bulunmasını yeterli güvence olarak kabul etmiştir¹³⁵. Ancak kopyalanan verilerin idarî arama kararından itibaren üç ay içinde imha edilmesi kuralına istisna getirilmesini Anayasaya aykırı bularak kamu düzenine ve güvenliğine tehdit teşkil eden verilerin bu kurala tabi olmadığını belirten ifadeleri iptal etmiştir.

Anayasa Konseyi, idarî arama tedbirinin anayasallığını başka bir kararında tekrar denetlemiştir¹³⁶. Fakat bu kez anayasallık ön sorunu olarak gündeme gelen düzenleme, idarî arama tedbirini içeren hükümlerin 20 Kasım 2015 değişikliği öncesi halidir. Yani esasen olağanüstü halin ilân edildiği 14 Kasım 2015 ve Kanunun değiştirildiği 20 Kasım 2015 tarihleri arasındaki düzenlemenin denetlenmesi söz konusudur. Konsey, idarî arama kararı verilmesinin hiçbir koşula bağlanmamış ve güvencelerin de belirtilmemiş olması nedenleriyle kamu düzeni ve özel yaşama saygı hakkı arasında dengeli bir uyum gözetilmediği sonucuna vararak düzenlemeyi iptal etmiştir.

Danıştayın Anayasa Konseyine yaptığı bir başvuruda ise ikamet yasaklanması tedbirinin Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. Tedbirlerin açıklandığı bölümde belirtildiği üzere ikamet yasaklanmasında, kamu düzeni ve güvenliğinin tehdit edilmesi gerekmemekte, sadece “kamu güçlerinin eylemlerini engelleme” amacı aranmaktadır. Sadece özel yaşama değil, aynı zamanda

¹³⁵ CC, 2 décembre 2016 , Décision No. 2016-600 QPC.

¹³⁶ CC, 23 septembre 2016, Décision No. 2015-567/568 QPC.

toplanma özgürlüğüne de müdahale teşkil eden bu tedbirin yasa koyucu tarafından başka herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmaması ve başkaca bir güvencenin de öngörülmemiş olması nedeniyle Anayasa Konseyi bu düzenlemeyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Konseyinin denetimi, sadece Olağanüstü Hale İlişkin Kanunun maddeleri üzerinden değil, aynı zamanda olağanüstü halin uzatılmasına dair yasaların terörle mücadele mevzuatına etkilerine ilişkin olarak da gerçekleşmiştir. Örneğin, 21 Temmuz 2016'da kabul edilen, olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin kanunda İç Güvenlik Yasasının L. 851-2. maddesinin¹³⁷ de değiştirildiği ve uygulanacağı belirtilmiş, bu düzenlemenin anayasallığı da gündeme gelmişti.

Uygulanacak olan maddeye göre kamu düzeni ve güvenliğine tehditle ilişkide bulunan kişilerin ve yine terör tehdidiyle ilişkili olduğuna dair yeterli şüphenin bulunduğu takdirde bu kişilerin çevresindekilerin de telefonlarının dinlenmesi ve bilgilerine erişilmesi düzenlenmiştir. Ancak düzenlemeye göre haberleşmelerin içeriğine erişmek mümkün değildir.

Anayasa Konseyi, tehditle ilişkide bulunanlar ile bu kişilerin çevresi arasında bir ayırım yapmaktadır. Buna göre tehditle ilişkili görülen kişi hakkında tedbirin alınabilmesi için sadece terörün önlenmesi amacının söz konusu olabilmesi, tedbirin iletişimin denetlenmesine ilişkin kamu kurumlarınca ön izne tabi olması ve İçişleri Bakanı ya da onun yetkilendirdiği başka bir bakan tarafından bu kararın alınabilmesi yeterli bir güvence sağlamaktadır. Ancak bu kişilerin yakınları açısından aynı güvenceler söz konusu değildir: terör veya kamu güvenliğine tehdit ile kişinin yakınlarının dar bir illiyet bağının kurulmamış olması, düzenlemenin bu kısmının Anayasaya aykırılığı sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenlerle Anayasa Konseyi, madde L. 851-2'nin, kişinin yakınlarına da aynı tedbirin uygulanabilmesini düzenleyen ikinci cümlesini iptal etmiştir.

Anayasa Konseyi, olağanüstü hal tedbiri olarak kimlik ve çanta kontrolü ile araçların aranmasını düzenleyen hükümlerin anayasallığını da denetlemiştir.

¹³⁷ Code de la sécurité intérieure, art. L. 851-2.

Yasal düzenlemeye göre, kimlik, çanta ve araç kontrolünün yapılabilmesi için valinin o bölgede bu tedbire izin vermesi yeterlidir. Anayasa Konseyi, kişinin davranışına bağlı olmaksızın seyahat özgürlüğüne ve özel yaşama saygı hakkına müdahale teşkil eden böylesi bir tedbirin alınabilmesini kamu düzeni ve güvenliği açısından dengesiz görmüş ve Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹³⁸.

Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'un güvenlik bölgelerinin inşası ve ikamet düzenlenmesine ilişkin düzenlemeleri de anayasallık denetimine konu olmuştur. Güvenlik bölgelerinin belirlenmesi ve ikamet düzenlenmesi her ne kadar sadece olağanüstü halin ilân edildiği bölgelerde uygulanabilirse de, kişiler açısından herhangi bir güvencenin öngörülmemiş olması kamu düzeni ve güvenliği ile kişinin seyahat özgürlüğü arasındaki dengenin gözetilmemiş olduğunu göstermektedir. Bu nedenle Anayasa Konseyi, ilgili düzenlemeyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir¹³⁹.

Başka bir anayasallık ön sorunu başvurusunda olağanüstü hal kapsamında öngörülen ev hapsi tedbiri ile olağan dönemde terörle mücadele amacıyla düzenlenen ev hapsi tedbiri karşılaştırması gündeme getirilmiştir. Buna göre, kişinin olağan hükümlere göre ev hapsinde tutulmasının ardından olağanüstü hal hükümlerine göre ev hapsinde tutulması halinde herhangi bir geçiş hükmünün öngörülmemiş olmasının anayasallığı tartışılmıştır.

Anayasa Konseyi, bu sorun kapsamında İç Güvenlik Yasasının olağan dönemde ev hapsini düzenleyen L. 228-2. maddesini incelemiştir. Anayasa Konseyi, olağan dönemde ev hapsi tedbirinin uygulanması halinde öngörülmüş olan bir aylık hak düşürücü süreyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmişse de, olağan dönem hükümlerindeki ev hapsiyle olağanüstü halde ev hapsi kurumlarının farklı şartlara bağlanmış olması nedeniyle birbirinden oldukça farklı olduğunu

¹³⁸ CC, 1 décembre 2017, Décision No. 2017-677 QPC.

¹³⁹ CC, 11 janvier 2018, Décision No. 2017-684 QPC.

belirterek devletin geçiş hükümlerini öngörme yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmiřtir¹⁴⁰.

Anayasa Konseyinin olağanüstü hale ilişkin içtihadının zddğ temel sorun, olağanüstü hal rejiminin varlığına ve hukukliğine ilişkindir. Bir diğer deyişle, 1985 Yeni Kaledonya kararında belirtilen ve olağanüstü hale dair tüm kararlarda tekrar edilen husus olarak, Anayasanın yasa koyucunun olağanüstü hal rejimi öngörmesi olasılığını dşlamamış oluşudur. Bu durum, hem 1955 yılında kabul edilen kanunun 1958 Anayasası döneminde uygulanırlığı sorusuna yanıt vermekte, hem de olağanüstü halin Anayasada düzenlenmemiş oluşunun yarattığı belirsizliği ortadan kaldırmaktadır.

Anayasa Konseyinin olağanüstü hali betimlerken kullandığı bir diğer yaygın ifade, “kamu düzeni ve güvenliğinin korunmasına ilişkin anayasal ilke ile hak ve özgürlükler arasında uzlaşma” ya da dengeyle ilgilidir. Olağanüstü hale dair içtihatta tekrarlanan ve daha sonra ölçülülük incelemesinin çıkış noktası olan bu betimleme, aynı zamanda olağanüstü halin üzerine kurulduğu temeli de aklamaktadır. O halde kamu düzeni ve güvenliği, hakların sınırlama nedeni olarak yer almamakta; kamu düzeni ve güvenliğinin korunması bir *ilke* olarak yer edinerek Anayasa Konseyi tarafından hak ve özgürlüklerle karşılıklı olarak incelenmesi gereken bir değer haline getirilmektedir.

Bu inceleme ölçülülük denetimiyle somutlaşmaktadır. Anayasa Konseyi, lllk denetimi yaptığını belirtse de esasen “açıkça ölçüsüz olma/olmama” denetimi yapmaktadır. Bununla birlikte, olağanüstü hal tedbirlerinin ölçülü bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını denetleme görevinin idarî yargıda olduğunun Konseyce sıkça tekrarlanması, bazı yazarların olağanüstü halin anayasallık denetimini yzeyssel bulmasına neden olmuřtur¹⁴¹. Bu durumun hak ve

¹⁴⁰ CC, 16 fvrier 2018, Dcision No. 2017-691 QPC.

¹⁴¹ Roblot-Troizier, Agns. “Etat d’urgence et protection des liberts”, *RFDA*, 2016, s. 424.

özgürlüklerinin koruyucusu olma görevinin anayasa yargısından idarî yargıya aktarıldığının bir göstergesi olduğu da savunulmaktadır¹⁴².

Anayasallık denetiminin çoğunlukla anayasallık ön sorunu yoluyla yapıldığı ve bu yolun ancak Yargıtay ya da Danıştay aracılığıyla kullanılabildiği düşünüldüğünde, insan haklarına getirilen olağanüstü sınırlamalar hakkında kapsamlı bilgiye erişimin başvuru kalitesini yükseltme bakımından önemi büyüktür. Bu yüzden olağanüstü hal rejiminin denetimi konusunda idarî yargı kararlarını ve olayları yakından takip eden sivil toplum örgütlerine de olağan dönemde olduğundan daha önemli bir görev düşmüş, anayasallık ön sorunu aracılığıyla Anayasa Konseyi'ne başvurularda bu örgütler özel bir yer tutmuştur¹⁴³.

Anayasa Konseyinin olağanüstü hal tedbirlerine ilişkin verdiği kararların en önemli temellerinden biri, özgürlükten yoksunluk ve özgürlüğün sınırlanması ayrımı üzerinedir. Ev hapsi ve idarî arama tedbirleri konusunda özgürlükten yoksunluğun söz konusu olmadığına yönelik kararların gerekçelerinde yeterli açıklığın bulunmaması, ilgili kanunda ne tür bir düzenleme bulunması halinde kişi özgürlüğü hakkı yönünden bir inceleme yapılacağı sorusuna dair yeterince yol gösterici verinin de bulunmamasına neden olmaktadır.

Yasa koyucunun olağanüstü hal konusunda önemli bir takdir yetkisinin Anayasa Konseyi tarafından tanınması, kararname ile ilân edilen ve kanunlarla uzatılan olağanüstü halin süresine ilişkin etkili bir denetimin de önüne geçmektedir. Olağanüstü Hale İlişkin Kanun'da yer alan “kamu düzenine yönelik önemli zararlar” ve “yakın tehlike” gibi terimlerin ayrıntılı bir şekilde açıklanmamış olmasının yanında, olağanüstü hal tedbirlerine ilişkin “kamu düzeni” ve “ciddi nedenler” gibi ifadeler de açıklama getirmeye muhtaçtır. Zira hızlı ve etkili kararlara ihtiyaç duyulan istisna hallerinde yasa koyucunun takdir

¹⁴² Bonnet, Julien. “Les juges constitutionnels et l'état d'urgence”, Droit Administratif no. 12, Décembre 2016, étude 15.

¹⁴³ Bonnet, Julien., s. 4. Kararların bir kısmının Ligue des Droits de l'Homme adlı sivil toplum örgütünün başvuruları sonucunda verildiğini belirtmeliyiz.

yetkisinin bulunması önemli olsa da, bu takdir yetkisinin sınırlarının öngörülebilir bir şekilde belirlenmesi, takdir yetkisinin hangi durumlarda aşılmış sayılacağına anlaşılmaması ve etkili bir ölçülülük denetiminin yapılabilmesi için gereklidir. Ancak Anayasa Konseyi kararlarında yasaya uygunluk yönünde karar verilmiş olmasının yanında, kavramların hukukî anlamı da yeterince tartışılmadığından bu terimler yeterince açıklık da kazanamamıştır.

2.2. İdari Yargı Denetiminde bir Olağanüstü Hal

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı Mevlüt Çavuşoğlu ve Fransa Dışişleri Bakanının ortak bir basın toplantısında Çavuşoğlu, Türkiye ve Fransa'daki olağanüstü hal rejimlerinin birbirinden farklı olmadığını savunmuştur¹⁴⁴. Fransa'da uygulanan rejim ile Türkiye'de uygulanan olağanüstü hal rejiminin önemli bir farkı, Fransa'da Olağanüstü Hale İlişkin Kanun kapsamında uygulanan tedbirlerin, bir diğer deyişle insan haklarının kullanımına müdahalelerin çoğunlukla birel işlemler (idarî kararlar/işlemler) aracılığıyla yapılması ve bu nedenle idarî yargı denetimine tabi olmasıdır.

Türkiye'de bireysel tedbirlerin dahi büyük ölçüde olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile alınması, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi denetimi dışında bırakılması ve idarî yargı denetiminin de söz konusu olmaması¹⁴⁵ nedeniyle Fransa ile Türkiye sistemleri arasında önemli bir fark bulunmaktadır.

Fransa'da olağanüstü hal rejiminin idarî yargı tarafından denetimine ilişkin önemli ipuçları esasen sıkıyönetim ve savaş haliyle ilgili eski kararlarda aranabilir. Zira Fransa'da olağanüstü hal 1955 yılından itibaren uygulanmakta

¹⁴⁴

Haber

için

bkz.

http://videonuz.ensonhaber.com/izle/cavusoglu_ndan_fransiz_bakan_a_ohal_yaniti
(E.T. 04.04.2018).

(E.T.

¹⁴⁵ Buna karşılık, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kararları idari yargıya götürülebilmektedir.

olsa da, istisna hallerinin temelleri 1900'lerin başlarında yargısal düzende görünür hale gelmiştir.

1913 yılında demir yollarıyla ilişkin bir davada Danıştay, grev yapan sendikacılara karşı alınan tedbirlerin, yasal düzenlemelere aykırı olsalar dahi, demir yollarının o dönemde Savaş Bakanlığına ait olmasını da dikkate alarak Savaş Bakanlığının kamu hizmetinin devamlılığını sağlama amacının esasen ülkenin güvenliği ve ulusal savunma açısından vazgeçilmez bir çıkar olması nedeniyle kanuna aykırı bulmamıştır¹⁴⁶.

1918 yılında ise yine kamu hizmetinin sürekliliği açısından başka bir tartışma yaşanmıştır. Danıştay bu kez, kamudaki görevinden ihraç edilmesine neden olan soruşturma hakkında kendisine bilgi verilmeyen Heyriès'in davasını incelemiştir. Dönemin yasalarına göre disiplin soruşturmalarıyla ilgili kişiye bilgi verilmesi gerekmeğe de, Hükümet bu düzenlemeyi 1914 yılında çıkardığı bir kararname ile askıya almıştır. Olağan dönemde yasanın alanına giren bir konunun kriz döneminde yürütmenin alanına girip giremeyeceği tartışılmış, Cumhurbaşkanının yasaları uygulama yetkisine sahip olduğu ve bu yetkiyi kullanırken savaşın koşulları dahilinde ulusal yaşamın devamı için kamu hizmetinin sürekliliğini dikkate alması gerektiği belirtilmiş, bu nedenle dava reddedilmiştir¹⁴⁷.

1948 yılında verilen bir Danıştay kararında, yürütmenin yetkisi dahilindeki bir tercihten değil, içinde bulunduğu imkânsızlık halinden bahsedilmiştir. Danıştay, bu kararında kamusal otoritelerin belli bir hizmeti görme konusunda imkânsızlık halinde düşmeleri halinde aynı işin başkaları tarafından yapılabileceğini ve bu hizmet dahilindeki ilişkinin de idare hukuku konusuna gireceğini belirtmiştir¹⁴⁸.

146 CE, 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, rec. s. 875.

147 CE, 28 juin 1918, Heyriès, Rec. Lebon s. 651.

148 CE, 5 mars 1948, Marion (Rec, p. 113 ; D. 1949, III, s. 147).

Dolayısıyla Fransa’da istisna hallerinin idarî yargı denetimine tabi tutulmasının ve daha net bir ifadeyle, 1958 Anayasasının 16. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanının kriz yetkilerinin tanınmasında Danıştay’ın 1900’lerin başlarında verdiği bu kararların etkisinin büyük olduğunu belirtmek yanlış olmaz. Bu noktada Danıştay tarafından kullanılan bazı temel kavramlara dikkat çekmek gerekir.

Öncelikle bir istisna hali olan savaş halinde *kamunun çıkarları* ve *ulusal güvenliğin* ön planda tutulmaktadır. Zor koşullar altında toplumun geneli ve esasen devletin korunabilmesi için *kamu hizmetinin devamlılığı* temel bir gereksinim olarak karşımıza çıkar. Kamu hizmetinin devam etmesinin önündeki engel ise *istisnai koşullardır*. Dolayısıyla *ivedilikle* hareket etmek ve *imkânsızlık* halinde hizmetin sürdürülebilmesi ve güvenliğin sağlanabilmesi için yargısal yorumda değişikliklere gidilmesi kaçınılmazdır.

Söz konusu değişiklik, kamu hizmeti tanımından idarî yargının görev alanına, Cumhurbaşkanının yasaları uygulama yetkisinden yasama/yürütme işlevlerinin kapsam değiştirmesine kadar farklı yorumlarda kendini göstermektedir. Bu noktada ise istisna hallerinin ya da daha dar bir anlamda olağanüstü halin sorunsalına bizi geri getirir: daha büyük bir amaç, hep birlikte bir sorundan kurtuluş için; toplumsal bir çıkar yolunda hukuka aykırı davranma yetkisinin hangi noktaya kadar kullanılabileceği ve bu yetkinin ne kadar hukuksallaştırılabileceği sorunu.

Günümüzde ise idarî yargının işlevi, artık istisna hali teorisini gerekçelendirme boyutundan uzaklaşmıştır. Anayasada Cumhurbaşkanının kriz yetkilerinin ve sıkıyönetimin açıkça tanınmış, Olağanüstü Hale İlişkin Kanun’da olağanüstü hal tedbirlerinin açıkça sayılmış olması, tartışmalı olsa da, idarî yargı denetimini somut tedbirlerin denetlenmesiyle sınırlamıştır.

Olağanüstü hal rejiminin Danıştay tarafından denetiminin yasa tasarıları hakkında bağlayıcı olmayan görüşler (*avis*), idarî yargı işlevini yerine getirdiği bağlayıcı kararlar (*décisions*) ve tek yargıç tarafından verilen kararlardan (*ordonnances*) ibaret olduğu söylenebilir. Olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin ilk kanun tasarısıyla birlikte Danıştay, görüşleri aracılığıyla rejime ilişkin genel bir

denetim yapmaktadır. Verdiği kararlarla ise olay temelli olarak yasallık denetimini yerine getirmektedir.

2015 öncesinde verdiği görüşlerde Danıştay, kısa incelemeler yapmıştır. 1955 yılının Eylül ayında kişilerin silahlarına İçişleri Bakanlığının kolluk kuvvetlerini görevlendirmesiyle el konmasına ilişkin bir kararname hakkında görüş verirken konut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkı bakımından değerlendirme yaparak olağan dönemde kişilerin rızası dışında bu uygulamaların gerçekleştirilemeyeceğini belirtmiş, ancak olağanüstü halde bunun ancak kişilerin belli bir süre direnmesi halinde mümkün olduğunu ifade etmiştir¹⁴⁹. Danıştay, 10 Mayıs 1960 tarihinde yayınladığı görüşünde olağanüstü hal ve sıkıyönetimin aynı anda uygulanabilir olup olmadığı sorusunu olumsuz yanıtlamıştır¹⁵⁰.

2015’te olağanüstü halin tekrar gündeme gelmesiyle Danıştay, olağanüstü halin uzatılmasına dair kanun tasarısını 17 Kasım 2015’te incelemiştir. Bu incelemesine iki temel tespitle başlamıştır. Bunlardan ilki, Anayasa’da olağanüstü halin kanun koyucu tarafından öngörülmesi olasılığının dışlanmadığına ilişkin Anayasa Konseyi Yeni Kaledonya içtihadının hatırlatılmasıdır. İkincisi ise, Danıştay’ın 2006 yılına dair bir kararına¹⁵¹ atıfla, Olağanüstü Hale İlişkin Kanun’un İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne aykırı olmadığının belirtilmesidir.

Söz konusu tespitlerden hareketle Danıştay, olağanüstü hal kapsamında alınabilecek tedbirlerin neler olduğunu kısaca açıklamış ve bunların “ciddi nedenler” ölçütüne ve zamansal olarak bazı sınırlamalara tabi olduğunu belirtmiştir. Yeni gelen düzenlemelerin hiçbirinin tehditle karşılaştırıldığında “ölçüsüz olmadığını” ve tüm tedbirlerin yeterli güvencelerle birlikte getirildiğini ifade etmiştir¹⁵². Buna daha sonra Anayasa Konseyi tarafından Anayasa’ya aykırı

¹⁴⁹ CE, Section de l’Intérieur, 6 septembre 1955, Avis No. 267-814.

¹⁵⁰ CE, Section de l’Intérieur, 10 mai 1960, Avis No. 279-738.

¹⁵¹ CE, Ass. 24 mars 2006, *Rollin et Boisvert*.

¹⁵² Avis sur le projet de loi prorogeant l’application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence et renforçant l’efficacité de ses dispositions (INTX1527699L) conseil des ministres du 18 novembre 2015. Avis No. 390786, 17 novembre 2015.

bulunarak iptal edilecek olan, verilerin kopyalanmasına ilişkin düzenlemelerin de dahil olduğunun altını çizmek gerekir¹⁵³.

Olağanüstü halin tekrar uzatılmasına ilişkin kanun tasarısını 2 Şubat 2016 tarihinde inceleyen Danıştay, bu kez de “kamu düzenine önemli zararlarla sonuçlanan yakın tehlike” ölçütü bakımından kanuna aykırılık görmemiştir. Bunu gerekçelendirirken Fransa’nın yurt dışından yönelen bir terör tehdidiyle karşı karşıya olduğunun altını çizmiştir¹⁵⁴. Olağanüstü hal tedbirleri hakkında yeni düzenlemelerin yürütmeye, önceki hükümlere göre daha sınırlı bir yetki alanı tanınması ve idarî yargının birçok tedbir işlemini iptal etmiş olması, Danıştay’ın görüşünün olumlu olmasında etki yaratmış gibi görünmektedir¹⁵⁵.

Danıştay’ın bu görüşte Anayasa Konseyi’nin bir kararına¹⁵⁶ atıf yaparak idarî yargının elverişlilik, gereklilik ve orantılılık denetimi yaptığı yönündeki tespitini tekrarlaması ve dikkate değer sayıda tedbirin ortadan kaldırıldığını belirtmesi dikkat çekicidir. Zira yargısal denetimin tam olarak hangi ölçütlere göre yapıldığı incelenmemiş, Anayasa Konseyi’nin tespitinin uygulamaya yansımaları sadece “dikkate değer sayıda” iptalden bahsedilerek geçirilmiştir. Danıştay’ın görüşlerinde yargı kararlarında çıkan sonuçların istatistiklerine başvurması yargı yolunun etkililiği konusunda ipuçları verebilecek olsa da, istatistiksel ayrıntıların görüşe yansıtılmamış olması, görüş gerekçesi açısından soru işaretleri yaratmaktadır.

Bir diğer görüşünde ise Danıştay, EURO 2016 ve Tour de France etkinliklerinin kalıcı terör tehdidiyle birleşmesinin zaten var olan riski daha da büyüttüğünü belirtmiş, olağanüstü halin bir kez daha iki aylığına uzatılmasına

¹⁵³ İlgili Anayasa Konseyi kararı için bkz. CC, 2 décembre 2016, Décision No. 2016-600 QPC.

¹⁵⁴ Avis sur le projet de loi prorogeant l’application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence (INTX1602418L) conseil des ministres du 3 février 2016. CE, 2 février 2016, Avis no. 391124.

¹⁵⁵ Sözü geçen görüşte “dikkate değer sayıda” tedbirin yargı organları tarafından askıya alındığı, değiştirildiği ya da iptal edildiği belirtilmiştir, ancak herhangi bir sayı ya da oran verilmemiştir.

¹⁵⁶ CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC, cons. 11.

karşı çıkmamıştır¹⁵⁷. Fakat bu uzatılma iki ayla kalmamış, daha önce bahsedildiği üzere Nice saldırılarının ardından olağanüstü hal tekrar uzatılmak istenmiş, Danıştay ise yine olağanüstü halin sonsuza kadar uzatılamayacağını belirtmesine rağmen terör eylemleri nedeniyle yakın tehlikenin varlığını tespit etmiş ve kanuna aykırılığın bulunmadığı yönünde görüş vermiştir¹⁵⁸.

Danıştay'ın aynı doğrultudaki görüşleri 15 Haziran 2017'ye kadar devam etmiştir. 15 Haziran 2017 tarihli görüş ise yine olumlu olmasına rağmen özellikle tezimizin devamı açısından önemli bir vurgu içermekteydi: Danıştay'a göre hükümet zaten iç güvenlik ve terörle mücadeleyi ilgilendiren bir yasa tasarısı hazırlamıştı ve bu yasa geçerse olağanüstü halden olağan rejime yumuşak bir geçişi sağlayacaktı. Üstelik yasanın öngörülenden önce yayımlanması durumunda olağanüstü halin de öngörülenden erken sonlandırılması mümkündü¹⁵⁹. Bu yüzden Danıştay'a göre halen yasaya aykırılık bulunmamaktaydı.

Olağanüstü halin öngörülenden erken sonlandırılması yetkisi Cumhurbaşkanındayken, insan hakları savunucusu bir sivil toplum örgütü olan Ligue des Droits de l'Homme'un katılımıyla Danıştay'a yapılan başvuruda bu konu incelenmiştir. Davacılar, bu kez olağanüstü halin nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tekrar sorgulanması gerektiğini belirterek bu nedenle ya olağanüstü halin tamamen ya da insan haklarını sınırlamaya elverişli hükümlerinin kaldırılmasını talep etmişlerdir. Özellikle ev hapsi uygulamasından vazgeçilmesini savunan davacıların talepleri reddedilirken Cumhurbaşkanı'nın geniş takdir yetkisi hatırlatılmıştır.

Danıştay'a göre olağanüstü halin sonlandırılmasına dair yetki, herhangi bir şarta bağlanmadığından Cumhurbaşkanı'nın geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Fakat bu yetki, olağanüstü hale ilişkin düzenlemelerde yer alan koşullarla birlikte yorumlanmalıdır. Danıştay, yakın tehdidin varlığını sorgularken Fransa'da gerçekleşen ve sayıca fazla olan terör saldırılarını örnek göstermiş ve

¹⁵⁷ CE, Ass. Gén. (Section de l'Intérieur), Avis No. 391519, 28 avril 2016.

¹⁵⁸ Commission permanente (section de l'intérieur), Avis no 391834, 18 juillet 2016.

¹⁵⁹ CE, Ass. Gén. (Section de l'intérieur), Avis no. 393347, 15 juin 2017.

Fransa'nın ülke dışında operasyonlarda yer aldığına dikkat çekerek başka tehditlerle de karşı karşıya kalabileceğini belirtmiştir¹⁶⁰. Bu nedenle olağanüstü hale son verilmesi ve olağanüstü hal tedbirlerinin ortadan kaldırılması talepleri reddedilmiştir.

İdari arama yetkisinin kullanımı sırasında idarî işlemin gerekçeli olması gerektiğini belirtmiştik. Bu gerekçenin neleri kapsaması gerektiği sorusuna yanıt arayan Danıştay, verdiği bir görüşte idarî aramanın neden gerekli görüldüğünün açıklanması zorunluluğunu hatırlatırken ivedilik halinde işlemin gerekçelendirilmeyebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca idarî arama kararının niçin o gün ve saatte yapıldığına ilişkin bir gerekçenin belirtilmesine de gerek yoktur¹⁶¹.

İdari aramanın neden olduğu zararların tazmini hususunda ise Danıştay; aramanın gece gerçekleşmesi halinde neden gündüz yapılamayacağının ortaya konmasının, yasada belirtilen koşullara uygun yapılmasının, güç kullanımının ancak operasyonun yürütülmesi ve kişilerin korunmasına yönelik bir zorunluluk halinde mümkün olabileceğinin altını çizmiştir. Mala gelecek zararın ise ancak aramanın amacına uygun olması halinde yasal kabul edilebileceğini belirtmiştir.

Danıştay, ev hapsi uygulamasına yönelik tedbirlerle ilgili değerlendirmelerinde tedbirin koşullarının gerçekleştiğini ortaya koyan gerekçelerin içeriğinden çok, davacının hangi gerekçeyle tedbirin kaldırılmasını talep ettiğine bakmaktadır. Örneğin, bir kişinin Mısır'da sorgulanmış olması ya da geçmişte İsrail'e karşı Gazze'de savaşmış olması ev hapsi uygulamasına gerekçe gösterildiğinde yüksek mahkeme bunların gerçekliğini araştırmak yerine ev hapsinin kişinin iş hayatını etkileyip etkilemediği sorusu üzerine yoğunlaşmıştır. İsmi yayınlanmayan Bay A...B'ye ev hapsi uygulamasını incelediği kararında Danıştay, davacının sorularına yanıt aramaksızın tedbirin orantısız olup olmadığını sorgulamış ve kişinin saat 20.00'den sabah 06.00'ya kadar evde bulunma zorunluluğu ile saat 09.00, 14.00 ve 18.00'de polis merkezinde imza

¹⁶⁰ CE, 27 janvier 2016, Ord. No. 396220.

¹⁶¹ CE, 6 juillet 2016, M.E... et autres, M.H... et a. n°398234, 399135.

atma yükümlülüğünün iş yaşamına olumsuz etkisini kanıtlamak için yeterli olmadığını belirtmiştir¹⁶².

İdare mahkemelerinin devletin sorumluluğunu tespit ederek zararın tazmin edilmesine hükmedebilmesi için aramanın doğrudan muhatabı olan kişiler açısından idarenin kusurunun bulunması gerekirken aramadan zarar gören üçüncü kişiler bakımından kusur şartı aranmayacaktır¹⁶³.

İnsan haklarına getirilen sınırların alışlageldik incelemesinde önce tedbirin meşru amaca dayanıp dayanmadığı, yani sınırlamanın sebeplerinin gerçekleşmiş olup olmadığı araştırılmaktadır. Danıştay'ın kendisi de 1933 yılında verdiği *Benjamin* kararında özgürlüklerin kural, sınırlayıcı tedbirlerin ise istisna olduğunu belirterek hak ve özgürlükler ile kamu düzeninin makul bir şekilde dengelenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶⁴. Bu içtihadını günümüze dek tekrarlamasına rağmen Fransa Danıştayı, olağanüstü hal tedbirleri hakkında yaptığı incelemelerde meşru amaç ya da makul denge araştırması yapmamakta, doğrudan *ters çevrilmiş* bir ölçülülük testine başvurmaktadır.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclis Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi'nin 15. madde kapsamında ölçülülük sorunlarını işaret ettiği raporunda Fransa'da uygulanan olağanüstü halin uygulama kapsamının belirsizliği, tedbirlerin hukukîliğinin ancak idarî yargı kararlarından sonra ortaya çıkabildiği ve tedbirlerin ön denetimden yoksun bir şekilde uygulandığı sorunları gündeme getirilmiştir. Ayrıca alınan tedbirlerin olağanüstü halin ilânı nedenleriyle doğrudan bağlantısının bulunmamasının kaygı yarattığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte ulusal yargı organlarının bu hususları dikkatle incelediği ve hükümetin sivil toplum ve medyanın getirdiği eleştirilere değer vererek olağanüstü halin

¹⁶² CE, 25 avril 2017, M. A... B..., No. 409677. Benzer bir karar için bkz. CE, ord., 11 déc. 2015, n° 395009, M. C. D.

¹⁶³ CE, 6 juillet 2016, M.E... et autres, M.H... et a. n°398234, 399135.

¹⁶⁴ CE, 13 mai 1933, *Benjamin*, Rec. 541.

siyasal denetiminin etkili bir şekilde yürütüldüğü de Parlamenter Meclis tarafından olumlu karşılanmıştır¹⁶⁵.

Parlamenter Meclis, 2018 yılında yayınladığı raporda ise Fransa'da olağanüstü hale ilişkin bazı somut önerilerde bulunmuştur. Rapora göre Fransa'nın 1955 kanununu gözden geçirmesi gerekmekte ve bu sırada yargı denetiminin etkililiğine ilişkin eleştirilerin dikkate alınması önem arz etmektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi, olağanüstü tedbirlerin olağanüstü halin ilân nedenleriyle doğrudan ilişkisinin olmaması sorunu da gündeme getirilmiş ve bu sorunun çözülebilmesi için yasada daha belirli ifadelerin kullanılması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁶.

Sözü geçen raporun olağanüstü hal başlığı taşımasına rağmen 2017'de çıkarılan ve içinde olağanüstü hal tedbirlerine benzer tedbirlere yer verilen terörle mücadele kanunu hakkında tespitler de içerdiğinin altını çizmek gerekir. İlgili yasa hakkında ayrıntılı açıklamalara ise son bölümde yer vereceğiz.

Ölçülülük incelemesi yerinde “açıkça ölçsüz olmama” kriterinin aranması şu sorunu gündeme getirmektedir: İstisnai tedbirlerin alınması yasada belli koşullara bağlanmışsa da yargısal denetimde bu koşulların gerçekliğinin araştırılmaması ve ölçülülük testi yerine adeta ölçsüzlüğü ispat etme yükünün tedbirin uygulandığı kişide bulunması, eksik bir yargısal denetimin varlığına işaret etmektedir. İnsan Hakları Ulusal Danışma Komisyonu'yla yaptığı görüşmede araştırmacı öğretim üyesi *Serge Slama* olağanüstü hal rejiminde idarî yargının rolünü şu cümlelerle eleştirmiştir: “Klasik içtihatla Danıştay önce özgürlükleri korur ve ardından ihtimal dahilindeki sınırlamaları incelerken olağanüstü halde

¹⁶⁵ Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, “State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights”, Doc. 14183, 23 January 2017. Rapora şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://website-pace.net/documents/19838/4246196/20180122-DerogationEmergency-EN.pdf/9ad478be-6b4e-4f92-95ff-687ebbb31fa> (E.T. 23.02.2019).

¹⁶⁶ Assemblée parlementaire, “Etat d'urgence: questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme”, Texte adopté par l'Assemblée le 24 avril 2018 (12e séance). Metne şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=24680&lang=FR> (E.T. 23.02.2019).

kolluk tedbirlerini önceliyor.”¹⁶⁷ *Slama*, sözü geçen *Benjamin* içtihadına atıf yaparak olağanüstü hal rejiminde idarî yargıyı “*anti-Benjamin*” olarak nitelendirmiştir.

¹⁶⁷ CNCDH, *Avis sur le suivi de l’Etat d’urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016*, 26 janvier 2017, s. 22.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

OLAĞANÜSTÜ HALİN OLAĞANLAŞMASI

Kamu düzenine ve güvenliğine yönelik ciddi bir tehdidin bulunması ya da savaş ilânı halinde istisnai rejimlere geçilmesi söz konusuysa, neyin istisna, neyin kural olduğu tartışılmalıdır. Hukuk devletinden istisna haline, Schmitt'in deyimiyle "norm"dan "karar"a geçilen anı belirlemek yazılı hukuk esas alındığında biraz daha basit görünebilir: ilgili devletin Anayasası ya da yasalarında olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenlerin gerçekleşmesi ve yetkili erkin resmî bir işlemle olağanüstü hal ilân etmesi durumunda bu rejim kolayca belirlenebilir ve süre açısından ölçülebilir hale gelir. Ancak bu rejim ne zamana kadar "istisna" olarak değerlendirilebilir? Olağanüstü halin olağan hale gelmesi tartışılmaya başlandığında hangi ölçütler değerlendirmeye alınacaktır? Bir adım geriye gidecek olursak, hangi durumlarda olağanüstü halin "olağan"laştığından söz edilebilecektir?

Olağanüstü halin doğası gereği geçici bir kurum olduğundan söz etmiştik. Fakat hangi hallerde geçici, ne durumda ise kalıcı olduğuna dair yerleşik bir görüşün veya içtihadın ulusal ya da uluslararası makamlarda bulunmadığını da ifade etmiştik. Bu bölümde Fransa'nın gündeminde ve öğretilerde önemli bir tartışma konusu olan, olağanüstü halin kalıcı hale gelmesi sorunu ele alınacaktır. Olağanüstü halin kalıcılığı ya da "olağanlaşması" Fransa örneğinde iki türlü meydana gelebilir: olağanüstü halin anayasalaşması, bir diğer deyişle Anayasa'da olağanüstü halin düzenlenmesi veya istisnai kuralların sürekli uygulanabilir hale gelmesi.

Fransa'nın Anayasasında olağanüstü hale yer vermeyen bir sistemi olduğundan olağanüstü hal, kaynağını yasadan değil artık Anayasa'dan almaya başlayabilir. Olağanüstü hal, bu olasılıkta da sadece ilân edildiği halde yürürlüğe girecektir; fakat anayasalaşacak, Anayasa'da sürekli yer alan bir güvenceye sahip olacaktır.

İkinci olasılıkta ise istisnai kuralların her zaman uygulanır hale gelmesi söz konusu olabilir. İHAS sisteminde madde 15 savunmasının ileri sürülebilmesi

için devletlerin resmi bir bildirimde bulunması, yani resmen olağanüstü halin ilân edilmesi gerekirken birçok örnekte rastlandığı üzere resmi bir ilân olmaksızın ya da olağanüstü halin sona erdiği durumlarda hukuk düzeninde olağanüstü hali andıran bazı değişiklikler meydana gelebilmektedir. O halde yalnızca resmî bir olağanüstü halin ilânına mı bakılacak, yoksa fiilî bir olağanüstü halin varlığı tartışılabilir midir?

İstisnai rejimin “kural” haline gelmesi karşımıza iki türlü çıkabilir: ya olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlere terörle mücadele ya da kamu düzenine tehdit yaratan bir etken söz konusu olduğunda her zaman başvurulabilecektir, ya da bu tedbirler etkilerini olağanüstü halin resmen sona ermesi halinde dahi sürdürecektir.

Tezimizin Üçüncü Bölümünde Fransa’da olağanüstü halin olağanlaşması tartışmalarını ele alacağız. Bu kapsamda ilk olarak Anayasa’nın 16. maddesinde yer alan istisnai yetkilerin ve 36. maddesinde yer alan sıkıyönetimin aksine kanunla düzenlenen olağanüstü halin Anayasa’ya dahil edilmesi çalışmaları üzerine tartışacak, ardından olağanüstü halin sonlanmasıyla eş zamanlı olarak yasalaşan terörle mücadele mevzuatını inceleyeceğiz.

3.1. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TASARISI

Türkiye anayasalarında alıştırığımızın aksine istisnai rejimlerin anayasalarda düzenlenme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde anayasa koyucu olağanüstü hali düzenlemekte; bazılarında ise düzenlemeyerek ya “olağanüstü hal” kurumunu tamamen dışlamakta, ya da düzenlememekle birlikte olağanüstü hal rejiminin uygulanmasına zımnî olarak izin vermektedir.

Olağanüstü hal rejimine anayasasında yer veren ülkelere Türkiye, İspanya ve Almanya örnek gösterilebilecek iken, Belçika örneğinde olağanüstü halin hem Anayasa’da yer almadığı, hem de Belçika Anayasası madde 187’de Anayasa’nın askıya alınamayacağına ilişkin düzenleme dikkate alındığında yasaklandığı

söylenir¹⁶⁸. Fransa’da Anayasa’nın suskunluğunun nasıl yorumlanması gerektiği sorusunun yanıtı için günümüzden biraz geriye gitmek gerekir.

Fransa’da olağanüstü halin anayasal dayanağının olmaması, 1985’te tartışılmaya başlanmıştı. Yeni Kaledonya’da uygulanan ve uzatılan olağanüstü hali düzenleyen kanun, milletvekilleri tarafından Anayasa Konseyi’ne götürülmüş ve sadece olağanüstü halin uzatılması değil, rejimin anayasallığı da tartışmaya açılmıştı. Anayasa Konseyi yaptığı incelemede olağanüstü hale ilişkin kanunun Anayasa’ya uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Konsey, olağanüstü hal rejiminin Anayasa’da yer almamasının Anayasa’nın bu rejimin kanunla tesisini engellemediği sonucuna varmışsa da olağanüstü halin kaynağını anayasa dışında bulmasına ilişkin tartışmalar henüz büyümemişti bile.

3.1.1. Anayasa’da Düzenlenecek bir Olağanüstü Hal

13 Kasım 2015 günü Paris ve Saint-Denis’de meydana gelen terör saldırılarının ardından olağanüstü halin ilân edildiğini açıklayan dönemin Cumhurbaşkanı François Hollande, 16 Kasım günü Parlamento’da bir konuşma yapmıştı. Bu konuşma, olağanüstü halin 12 günü aşacak şekilde uzatılıp uzatılmayacağını merak eden kamuoyuna hükümetin olağanüstü hali üç aylık bir süre için uzatma niyetinde olduğunu ilân ederken diğer yandan bir Anayasa değişikliği ihtiyacına da işaret etmekteydi.

Hollande, Anayasa’da yer alan istisnai yetkilerin ve sıkıyönetimin Paris’te meydana gelen terör saldırılarına ve ulusun karşı karşıya olduğu tehdide yanıt verecek rejimler olmadığını, bu nedenle Anayasa’da düzenlenecek bir olağanüstü hale ihtiyaç duyulduğunu ifade etmekteydi. Hollande, aynı zamanda terör

¹⁶⁸ Cerda-Guzman, Carolina. “La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ?”, Revue française de droit constitutionnel 2008/1 (n° 73), s. 50.

eylemlerinde bulunan faillerin Fransa vatandaşlığından çıkarılmasıyla ilgili bir düzenlemenin de yapılması gerektiğini belirtmişti¹⁶⁹.

Bu şekilde Hollande, hem olağanüstü halin uzatılması ve süresiyle ilgili tartışmayı açmakta, hem de terörle mücadelede bir yöntem olarak Anayasa değişikliği ile vatandaşlıktan çıkarma yaptırımını gündeme getirmektedir.

Hollande’ın ortaya attığı bu tartışma esasen yeni değildi. 1985’te Yeni Kaledonya’da uygulanan olağanüstü halin Anayasa Konseyi tarafından incelenmesinin ardından 1993 yılında Vedel Komitesi olarak adlandırılan Anayasa değişikliği önerisinde olağanüstü halin Anayasa’da yer alması fikri dile getirilmişti. “Daha aktif bir yasama organı” ve “yetkileri daha belirli bir yürütme organı” düşüncesiyle çalışma yapan Vedel Komitesi, olağanüstü hali Anayasa’nın 36. maddesine şu şekilde eklemeyi öneriyordu:

“Sıkıyönetim ve olağanüstü hale Bakanlar Kurulu karar verir.

Sıkıyönetim ve olağanüstü halin on iki günü aşacak şekilde uzatılması ancak Parlamento izniyle olur.”¹⁷⁰

Vedel Komitesi önerisinin hayata geçmemesinin üzerine 2007 yılında Nicolas Sarkozy’nin Cumhurbaşkanlığı döneminde Balladur Komitesi benzer bir anayasa raporu üzerine çalışmaktaydı. Balladur raporunda, Vedel önerisine benzer şekilde olağanüstü halin Anayasa’da sıkıyönetimle birlikte düzenlenmesi öngörülüyordu. Vedel önerisine ek olarak, olağanüstü hal rejiminin organik bir kanunla düzenleneceğinin Anayasa’da belirtilmesi de önerilmekteydi¹⁷¹.

Belirtmek gerekir ki bu öneriler, olağanüstü hali çerçeveleme ve bu rejimin anayasal sınırlarını çizme amacı taşımaktaydı.

¹⁶⁹ “Face au “terrorisme de guerre”, Hollande prône un “autre régime constitutionnel””, Le Monde, 16 novembre 2015. Habere şu bağlantıdan ulaşılabilir: https://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/16/hollande-la-france-intensifiera-ses-operations-en-syrie_4811147_4809495.html (E.T. 24.02.2019).

¹⁷⁰ Journal Officiel de la République française, 16 février 1993, p. 2553. Rapora şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://mjp.univ-perp.fr/france/vedel1993.pdf> (E.T. 24.02.2019).

¹⁷¹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Ve République plus démocratique, s. 20. Metne şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf> (E.T. 24.02.2019).

Esasen olağanüstü halin Anayasa’da yer alması, rejimin temel hatlarıyla Anayasa tarafından belirlenmesi, yürütmenin yetkilerinin sınırlanması ve insan haklarına getirilecek sınırlamaların çerçevesinin çizilmesi bakımından ilk bakışta olumlu karşılanabilir. Zira mevcut durumda yasakoyucunun olağanüstü halin ilânını ve uzatılmasını Bakanlar Kurulu’na bırakması Anayasa’da herhangi bir sınırlama bulunmadığı için mümkün olduğu söylenebilir. Yetkinin tamamen Bakanlar Kurulu’na bırakılmaması olasılığında ise 12 günlük azamî sürenin yasa ile artırılması da pekâlâ söz konusu olabilir. Yasa koyucu, idarî arama gibi insan haklarını önemli ölçüde etkileyen tedbirlerin hangi dönemlerde alınıp hangi dönemlerde alınamayacağına karar verebilir. Bu örnekler çoğaltılabilmekle birlikte, yasa koyucunun geniş bir düzenleme alanına sahip olması ve bu alanın Anayasa tarafından belirli bir çerçeveye sınırlanmamasının yaratacağı sorunların olağanüstü halin anayasalaşması ihtiyacını ortaya çıkardığı savunulabilecektir.

Olağanüstü halin ilânı nedeninin güncel Fransa örneğinde terörizm olduğu düşünüldüğünde şu soruyu sormak gerekir: Terörle mücadelede anayasanın rolü ne olmalıdır? Başka bir ifadeyle, anayasa terörle mücadele için elverişli bir araç mıdır?

Terörle mücadele söz konusu olduğunda uluslararası yargı devletlere daha geniş bir takdir alanı bırakırken iç hukukta da buna benzer şekilde yürütme erkine geniş bir takdir alanı tanınmaktadır. Terör ya da kamu düzenine yönelen başka bir tehdit, anayasal düzenden uzaklaşmak için “meşru” bir neden kabul edilmekte, hukuk düzeni ile istisna arasındaki zıtlık bu şekilde kendini göstermektedir. Bu zıtlık, anayasa ile anayasa dışına kaçışın, yani istisnanın tezatında yansıma bulmaktadır. O halde terörle mücadelede uluslararası bir insan hakları denetimine göre devletin takdiri ön plandayken, iç hukukta ise kurala ve hukuk devleti ilkesine göre istisna daha ön plandadır. Ancak kamu güvenliğine veya anayasal düzene yönelen bir tehdidin ortadan kaldırılması için tedbirlerin anayasal

düzenden uzaklaşarak alınmasının ne kadar doğru olacağı istisna hallerine ilişkin başlıca tartışma konusu olmaya devam etmektedir.

Terörle mücadelede anayasaların etkisizliğini savunan görüşlere karşılık¹⁷², anayasaların, yürütmeye tedbir alma yetkileri tanımakla birlikte yasamanın denetim işlevini de güçlendiren ve yargıya, yetkinin kötüye kullanılmasını engelleyecek bir güç tanıyan düzenlemeler aracılığıyla bir rolünün olabileceğini kabul etmekle birlikte “anayasalardan mucizeler beklenmemesi gerektiği”ni ifade eden görüşler de mevcuttur¹⁷³.

Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira istisna hali ve terörle mücadelede yürütme, yetkilerini ne ölçüde kullanacağı konusunda her olasılıkta olağan döneme göre daha geniş bir takdir alanına sahip olacaktır ve yürütme organı, siyasî bir organdır. Bu yüzden yetkilerin ne ölçüde kullanılacağı da hükümet politikası ve benimsenen siyasî ideoloji doğrultusunda şekillenecektir. Olağanüstü halin sonlandırılması örneğinde de görüldüğü gibi, yargısal ve siyasal denetimin yanında sivil toplum ve halkın talepleri özellikle seçim öncesinde dikkate alınmak zorunda kalmıştır. Agamben’in iddia ettiği gibi istisna halinin hukuk ile siyaset arasında bir çizgide yer aldığı kabul edilirse Anayasa’da yer alacak düzenlemeler, yürütmenin takdir alanını olabildiğince daraltsa dahi yine de bir takdir alanı kalacak ve söz konusu yetkilerin kullanımında siyasî tercihlerin etkisi gözardı edilemeyecek derecede etkili olacaktır. Örneğin terörle mücadele konusunda yaptırımlara mı ağırlık verileceği, yoksa terörün nedenlerini ortadan kaldırmaya yönelik bir politika mı izleneceği tercihi, kullanılan yetkilerin yoğunluğunu etkileyecektir. Dolayısıyla yalnızca Anayasa değişikliği ile daha etkili hale getirilecek denetim mekanizmalarıyla bir mucize beklenemeyeceğini düşünmekteyiz.

¹⁷² Cerda-Guzman., s. 50.

¹⁷³ Ackerman, Bruce. “Les pouvoirs d’exception à l’âge du terrorisme”, Esprit, Août/Sept. 2006. Makaleye şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://esprit.presse.fr/article/ackerman-bruce/les-pouvoirs-d-exception-a-l-age-du-terrorisme-13548> (E.T. 25.02.2019).

3.1.2. Olağanüstü Halin Anayasalaşması mı, Anayasallaşması mı?

Fransa’da olağanüstü halin Anayasa’ya dahil edilmesinin olağanüstü hali giderek kalıcı hale getireceği ve meşrulaştıracağı endişesi, anayasa değişikliği tasarısıyla daha da somutlaşmıştır. Fakat bu konudan önce olağanüstü halin anayasalaşmasının dezavantajlarından kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

Öncelikle şu tespiti tekrarlamakta fayda bulunuyor: Anayasa Konseyi’nin 1985 Yeni Kaledonya kararında belirttiği gibi kanunla düzenlenen olağanüstü hal rejimi Anayasa’da kaynağını bulmasa dahi anayasaldır, yani Anayasa’da düzenlenmesi hukukî geçerlilik açısından bir gereklilik değildir¹⁷⁴. Bir görüşe göre, Anayasa’da yapılan değişiklikler eğer kurumlarda bir değişiklik öngörmüyorsa, bir diğer deyişle uygulamada herhangi bir değişikliğe neden olmayacaksa aslında anayasa değişikliği değildir¹⁷⁵.

İkinci olarak, olağanüstü hal kanunla düzenlendiğinde ve uygulanacak tedbirler ilgili kanuna göre değişkenlik gösterdiğinde, her uzatılan dönem için olağanüstü halin ilân nedeniyle uyumluluk incelemesinin yasama organı tarafından gerçekleştirilmesinin siyasal denetimi artıracığı ifade edilebilir. Kuşkusuz, Anayasa’da düzenlenen bir olağanüstü hal rejiminde de bu durumun korunması mümkündür fakat bu halde kanunun rejim tesis eden özelliği devreden çıkacak ve anayasal düzenlemeyi somutlaştıran rolü ön plana geçecektir. Kanunun rejimi tesis eden rolü, olağanüstü halin uzatıldığı her defa böylece tekrar tartışmaya açılacak ve yasama organının gündeminde yer almasıyla günlük siyasetin de konusu haline gelecektir.

Son olarak, rejimin anayasallığı Anayasa Konseyi tarafından tespit edilmiş olsa da olağanüstü hal kanunu, geçirdiği her değişiklikle yeniden bir anayasallık denetimine konu olabilir. Kanun geçirdiği değişikliklerle, zorunlu olarak

¹⁷⁴ François, Bastien . “Faut-il constitutionnaliser l’état d’urgence? La séparation des pouvoirs mise à mal”, Le Monde, 22 déc. 2015, s. 18.

¹⁷⁵ Strauss, David A. “The Irrelevance of Constitutional Amendments”, 114 Harvard Law Review 1457 (2001), s. 1460.

Anayasa'nın tümüne uygun olduğunu kanıtlamaya çalışan bir saikle kaleme alınacaktır. Oysaki Anayasa'da yer alan bir rejimin nasıl uygulanacağını gösteren bir kanun, anayasallık denetimine konu olduğunda Anayasa'nın bütününden önce Anayasa'nın *istisnasını gösteren düzenlemeye* göre değerlendirilecektir. Bu değerlendirme, anayasallık denetiminin etkisinin azalmasına yol açma riskini taşımaktadır.

Tüm bu dezavantajlar göz önünde bulundurulduğunda, esasen olağanüstü halin hangi düzeyde düzenlendiğinden çok insan haklarına ne gibi güvenceler getirdiği, yargı bağımsızlığı ve etkin bir yargısal denetimin var olup olmadığı ve yasama organının siyasal denetim yapma olanağının korunup korunmadığının önemli olduğu söylenebilir. Bu nedenle dönemin Cumhurbaşkanı Hollande'ın sözlerinin ardından anayasalaşma tartışmalarında anayasa değişikliği metninin tam olarak nasıl düzenleneceği merak konusu olmuştur.

Kamuoyunun merak ettiği anayasa değişikliği tasarısı¹⁷⁶, 23 Aralık 2015 tarihinde Millet Meclisi'ne teslim edilmiştir. Tasarı, iki madde ve genel bir gerekçeden oluşmaktaydı. Ancak olağanüstü hal devam ederken böyle bir tasarının gündeme getirilip getirilemeyeceği de ayrı bir tartışmaya yol açmıştır.

1958 Anayasasının 89. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir: *“Ülkenin bütünlüğü ihlal edildiğinde hiçbir anayasa değişikliği usulü başlatılamaz veya sürdürülemez.”* O halde türev kurucu iktidara getirilen sınırlama, ancak ülke bütünlüğünün ihlal edildiği durumda geçerlidir. Bu düzenleme, 1946 Anayasasında biraz farklı şekilde yer almaktaydı: *“Metropolitan Fransa topraklarının tamamı ya da bir bölümünün yabancı güçlerin işgali altında olması halinde hiçbir anayasa değişikliği usulü başlatılamaz veya sürdürülemez.”*

Getirilen bu anayasa değişikliği yasağı, Fransa topraklarının bir bölümünün Alman işgali altında olduğu sırada 10 Temmuz 1940 tarihli Anayasa

¹⁷⁶ Fransa'da anayasa değişikliği önerisinin Anayasa'nın 89. maddesi uyarınca Hükümetin girişimiyle tasarı halinde sunulması da mümkündür.

değişikliği kanununa bir tepkidir¹⁷⁷. 1958 Anayasası ise açıkça “işgal”den bahsetmemekte, ülkenin toprak bütünlüğüne bir zarar verilmesinden, bütünlüğün ihlalinin söz etmektedir.

Peki hangi durumlarda ülkenin bütünlüğünün ihlal edildiği söylenebilir? Ülkenin bütünlüğünün ihlal edilmesi geniş yorumlanarak tüm istisna rejimlerini kapsayacak mıdır, yoksa sadece Anayasa’da yer alan istisna rejimlerini mi kapsayacaktır? Bazı yazarlar, ülke bütünlüğünün ihlalinin geniş yorumlanması gerektiğini ve kanunla düzenlenen olağanüstü hal rejiminin uygulandığı dönemde de Anayasa değişikliğinin yapılamayacağını savunmakta, Anayasa değişikliği girişiminde bu sorunun dikkate alınmamasından yakınmaktadırlar¹⁷⁸.

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Anayasa’nın 16. maddesinde “*Cumhuriyetin kurumlarının, ulusun bağımsızlığının, ülkenin bütünlüğünün önemli ve yakın bir tehditle karşı karşıya kalması ve kamu güçlerinin düzenli işleyişinin engellenmesi halinde Cumhurbaşkanı, (...) durumun gerektirdiği tedbirleri alır.*” denmektedir. Cumhurbaşkanı’nın istisnai yetkilerini düzenleyen bu anayasa hükmünden anlaşıldığı gibi ülkenin bütünlüğüne yönelen bir tehdit ya da bütünlüğün ihlali, olağanüstü koşulları niteleyen genel bir ifade değil, aksine, olağanüstü rejimlerden birinin yürürlüğe girmesi için meydana gelmesi gereken koşullardan yalnızca biridir. Türev kurucu iktidara getirilen sınırlamanın geniş yorumlandığı olasılıkta dahi sadece Anayasa madde 16 uygulaması sırasında anayasa değişikliği yapılamayacağı sonucuna varmak gerekir. Bu yorumun Anayasa madde 36’da düzenlenen sıkıyönetim için geçerli olmadığını da ifade etmek gerekir. Zira sıkıyönetim ilânı için herhangi bir koşula Anayasa’da yer verilmemiştir.

Değişiklik tasarısı, Anayasa’nın 36. maddesine ek olarak madde 36-1’i düzenliyordu. Madde 36-1, şu şekilde kaleme alınmıştı:

“Olağanüstü hal Cumhuriyet topraklarının bütünü veya bir bölümünde, kamu düzeninde önemli zararlara neden olan yakın bir tehlikenin varlığı

¹⁷⁷ Gözler, Kemal. *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, s. 148.

¹⁷⁸ Beaud, Guérin-Bargues., s. 156.

ya da doğası ve ciddiyeti nedeniyle doğal afet niteliğini taşıyan olayların meydana gelmesi halinde Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilebilir.

Kanun, söz konusu tehlikeyi veya bu olayları önlemek amacıyla sivil makamların alabileceği idarî kolluk tedbirlerini düzenler.

Olağanüstü halin on iki günü aşacak şekilde uzatılması ancak kanun ile olur. Kanun, olağanüstü halin süresini belirler.”

Tasarının ikinci maddesinde ise ulusun yaşamına yönelik önemli bir zarar teşkil eden bir suçtan hüküm giyenlerin -doğuştan Fransa vatandaşı olanlar da dahil olmak üzere- Fransa yurttaşlığından çıkarılabileceği belirtilerek bu konunun yasayla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu şekilde aslında vatandaşlıktan çıkarma yaptırımının genişletileceği belirtilmekle birlikte, konuyu düzenleme yetkisi yasa koyucuya bırakılmıştır.

Vatandaşlıktan çıkarmanın Anayasa’ya eklenmesine ilişkin düşünce Fransa kamuoyunda çok geniş bir şekilde tartışılmıştır. Hali hazırda Medeni Kanun’da düzenlenen yaptırımın terörle ilişkilendirilerek genişletilmesi anlamına gelen bu anayasa değişikliği tasarısının olağanüstü halle birlikte tartışmaya açılması anayasacılık gelenekleri açısından dikkate değerdir. Terör gibi ulusun varlığını tehdit eden olaylara karşı toplumun tepkisinin kolayca doğuştan Fransız olmayanlara yönelebileceği dikkate alındığında tasarıda doğuştan Fransa vatandaşı olanlar için de bu yaptırımın söz konusu olabileceğinin belirtilmesi daha çok anlam kazanır. Buna karşılık yaptırımın kimseyi vatansız bırakacak şekilde uygulanamayacağının düzenlenmesi ilk bakışta olumlu gibi görünse de, bazı yazarlara göre durum farklıdır: kimse vatansız bırakılamayacağına göre, yaptırım ancak birden çok vatandaşlığı bulunan kişilere uygulanabilecektir. Bu durum da zorunlu olarak doğuştan Fransa vatandaşı olanlar ve sonradan vatandaşlık kazananlar arasında fiilî bir ayrıma yol açacaktır¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Bu görüş ve daha fazla bilgi için bkz. Dionisi-Peyrusse, Amélie; Marchadier, Fabien. “La proposition d’élargir la déchéance de nationalité aux personnes condamnés pour actes terroristes”, in Pascal Mbongo, *L’état d’urgence La prérogative et l’Etat de droit*, Institut Universitaire Varenne, 2017, s. 289-305.

Anayasa değişikliği tasarısının gerekçesinde öncelikle Paris’de meydana gelen terör saldırılarından bahsedilmiş, 1958 Anayasası’nda düzenlenen sıkıyönetim ve kriz hali rejimlerinin güncel duruma uygun olmadığı ve kanunla düzenlenen olağanüstü hal rejiminin modernize edilmesi ve güncellenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Gerekçede sözü geçen olay ve açıklamalardan yola çıkarak üç temel tespitte bulunmak mümkündür.

Öncelikle, tasarı gerekçesinde geçen “modernizasyon ve güncelleme” amaçlarının metinde nasıl karşılık bulduğu sorusu yanıtlanmaya muhtaçtır. Metinde olağanüstü halin anayasalaşmasının insan haklarına ilişkin nasıl bir güvence getireceği ya da güncel duruma nasıl bir adaptasyon sağlanacağına dair herhangi bir cevap bulunmamaktadır. Bir rejimin güncel duruma uyarlanması ile anayasalaşması arasında nasıl bir bağlantı olduğu da meçhuldür¹⁸⁰. Tasarı metni, olağanüstü hale ilişkin kanunun olağanüstü hal ilânına dair temel düzenlemelerini tekrar ederek gerisini yasa koyucuya bırakmaktan ileri gitmemektedir. Dolayısıyla hem Hollande’ın konuşmasında, hem de gerekçede yer alan “sivil bir kriz rejimi” kavramıyla neyin amaçlandığı anlaşılamamaktadır.

İkinci olarak, tasarıda Anayasa Konseyi’nin verdiği bazı kararlara gönderme yapıldığı görölmektedir. Bu kararların ortak noktası, olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin “özgürlükten yoksunluk” değil, “özgürlüğün sınırlanması” şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmeleridir. Anayasa Konseyi’nin özellikle ev hapsi tedbirine ilişkin verdiği kararlarda yeterine ayrıntılı ve açıklayıcı olmayan gerekçelerle tedbirin özgürlükten yoksunluk kapsamında ele alınamayacağı yönünde yorum yaptığını daha önce belirtmiştik. Bu yorumla birlikte ilgili tedbirin özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değil, seyahat özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek daha yumuşak bir denetime konu edildiğini de hatırlatmakla yetinelim.

¹⁸⁰ Boucobza, Isabelle; Girard, Charlotte. “« Constitutionnaliser » l’état d’urgence ou comment soigner l’obsession d’inconstitutionnalité ?”, La Revue des droits de l’homme [En ligne], Actualités DroitsLibertés, mis en ligne le 05 février 2016, consulté le 30 septembre 2016, s. 2.

Anayasa Konseyi'nin bu tutumunun kısa bir Anayasa değişikliği tasarısının gerekçesinde yer tutmasının Anayasa değişikliğinin amacını ortaya koyması bakımından önemli olduğunu belirtmek gerekir. Böylece tasarayı kaleme alan yürütmenin, sadece olağanüstü halin ilânına ilişkin bazı kuralları anayasalaştırmaktan öte, olağanüstü hal kapsamında alınacak tedbirlerin de gerekçede hatırlatılan yorumlar doğrultusunda uygulanacağına işaret etmeye çalıştığının altını çizmeliyiz. Bu yöntem belki de yürütmenin Anayasa Konseyi kararlarından duyduğu memnuniyetin ya da en azından olağanüstü hal rejiminin devam etmesi halinde nasıl uygulanacağının bir ifadesidir.

Millet Meclisi'nin 5 şubat 2016 tarihli tutanaklarında dönemin Başbakanı Manuel Valls'in olağanüstü hal rejiminin terörle ve "Cumhuriyet dūřmanlarıyla" mücadelede etkili olduğuna ilişkin açıklamalarının ardından Cumhuriyetçi Partli milletvekili Philippe Gosselin'in "Peki Anayasa'yı neden değiştiriyoruz?" sorusu üzerine Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların incelendiği Komisyon'un başkanı olan Dominique Raimbourg'un verdiği yanıt bu yorumumuzu desteklemektedir. Raimbourg, neredeyse açıkça şunları ifade etmektedir: olağanüstü hal tedbirlerine ilişkin düzenlemeler Anayasa Konseyi tarafından incelenmiş ve Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Fakat bu kararlara rağmen tedbirler, tartişma konusu olmayı sürdürmüş ve Anayasa Konseyi'ne başvuruların sayısı azalmamıştır. Bu Anayasa değişikliği ile artık Anayasa'ya aykırılık iddiaları ortadan kalkacaktır¹⁸¹.

Üçüncü olarak, gerekçe tasarının olağanüstü halin sonlanmasını da düzenlediğini iddia etmektedir. Gerekçeye göre tasarı metni, aynı 1955 Kanunu'nda olduğu gibi rejimin on iki günün üzerinde uzatılmasının ancak kanunla mümkün olabildiğini ifade ederek olağanüstü halin bitişini organize etmektedir. Aslında gerekçede doğrudan ifade edildiği gibi, mevcut durumla herhangi bir fark öngörölmemektedir. Mevcut düzenlemenin ise olağanüstü halin

¹⁸¹ Journal officiel de la République française, Session ordinaire de 2015-2016, 122e séance, 1re séance du vendredi 5 février 2016, s. 1004.

süresini düzenlediği apayrı bir tartışma konusudur. Zira uygulamada Bakanlar Kurulu'nun ilân ettiği olağanüstü hal, on iki günün ardından her zaman bir kanun ile uzatılmakla birlikte 2015-2017 döneminde iki yıla yakın bir süre boyunca yürürlükte kalmıştır. Danıştay'ın olağanüstü halin geçici olması gerektiğine ilişkin görüşüne rağmen bu uzatmanın gerçekleştiğinin ve olağanüstü halin süresi hakkında etkili bir yargısal denetimin olmamasının yarattığı kaygıları hatırlatmakla yetinelim.

Son olarak tasarı gerekçesi, süreye ilişkin on iki günlük sınırlamanın ardından ancak yasa koyucunun olağanüstü hal rejimini uzatabileceğinin altını çizerek bu yetkinin anayasal güvenceye kavuşacağını dile getirmiştir. O halde şu soruyu sormak gerekir: bu yetkinin yasama organından alınarak yürütmeye verilmesi konusunda herhangi bir girişim ya da tartışma olmuş mudur?

Kamuoyunda yaşanan tartışmalara baktığımızda yasamanın yetkisinin daha da sınırlandırmasına yönelik bir talebe rastlamamaktayız. Tam tersine, sivil toplum örgütlerinin bu dönemdeki talepleri olağanüstü halin kaldırılması, dolayısıyla yürütme yetkilerinin daraltılması yönünde yoğunlaşmıştır¹⁸². Ayrıca yürütmenin olağanüstü halin uzatılmasına yönelik taleplerinin yasama organı tarafından her defasında karşılandığını söylemek de mümkündür. O halde tasarı gerekçesinde belirtildiğinin aksine, yasama organının yetkisinin anayasal bir güvenceye kavuştuğu düşüncesi güncel durumla uyuşmamaktadır.

Sonuç olarak; söz konusu anayasa değişikliği tasarısının Ballardur ve Vedel Komitelerinden esinlenilerek hazırlandığı söylense de, bu iki komite çalışmalarında da parlamentonun daha aktif olmasının hedeflendiği hatırlandığında aynı amacın güdülmediğini ifade etmek yanlış olmaz.

Danıştay'ın söz konusu anayasa değişikliği tasarısı hakkında yayınladığı görüşte belirttiğimiz endişelere yer vermemesi bazı eleştirilere neden olmuştur¹⁸³.

¹⁸² Daha fazla bilgi için bkz. Gökçen, Gökçe. "Fransa'da 2015'ten Bugüne Olağanüstü Hal Uygulaması", Güncel Hukuk, Eylül 2017.

¹⁸³ Beaud, Guérin-Bargues, s. 159. Danıştay'ın görüşü için bkz. CE, Ass. Gén., Section de l'Intérieur, 23 décembre 2015, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation.

Yasama organının güçlendirilmesinin tam aksine, istisnai rejimi Anayasa'ya dahil ederek potansiyel Anayasa Konseyi denetimini ekarte etme amacının taşındığına ve bu şekilde aslında yürütmenin güçlendirildiğine ilişkin görüşler de mevcuttur¹⁸⁴.

Anayasa değişikliği tasarısına getirilen eleştirilere bakıldığında sorunun hem öğretide ve siyasetçiler arasında, hem de kamuoyunda teknik bir anayasalaşma konusu olarak değil, olağanüstü hal rejiminin uygulamalarıyla birlikte bir bütün olarak görüldüğünü belirtmek gerekir. Olağanüstü halin ilân edildiği ilk günlerde uygulamanın nasıl olacağını merak eden Fransa toplumu, anayasalaşma sürecine gelene kadar hangi tedbirlerin alındığını görmüş ve IŞİD ile ilgisi olmayan çevreci aktivistler hakkında ev hapsi tedbirlerinin uygulandığını televizyonlardan izlemişti. Milletvekili Noël Mamère de olağanüstü hal tedbirlerinin uygulanma biçiminden bahsederek 2011'de Oslo ve Utøya'da yaşanan saldırıların ardından Norveç Başbakanı'nın "Şiddete yanıt ancak daha fazla demokrasi, daha fazla insanlık olmalı" sözlerini hatırlatmış ve Fransa'da terör saldırılarının ardından bir şüphe toplumu oluşturulduğunu iddia etmişti.

Anayasa değişikliği tasarısı, öğretide ve kamuoyundaki eleştirilere rağmen iki meclisten de yeterli oyu alarak geçmiştir. Tasarı, önce 10 Şubat 2016'da Millet Meclisi, ardından 22 Mart 2016'da Senato tarafından oylanmıştır. Tasarı metninin oylanmasından önce yasama organının siyasal denetiminin artırılması gerekliliğine işaret edilmiş ve bu denetimin nasıl olacağı konusunun da Anayasa'ya eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu tartışmalar ışığında metne şu fıkra eklenmiştir:

"Hükümetin olağanüstü hal sırasında aldığı tedbirlerden Millet Meclisi ve Senato derhal haberdar edilir. Meclisler, bu tedbirlerin denetimi ve değerlendirilmesi çerçevesinde her türlü ek bilgiyi alabilir. Meclis içtüzükleri, Parlamento'nun olağanüstü hal üzerindeki denetiminin koşullarını belirler."

¹⁸⁴ Collectif "Refuser un état d'exception permanent", *Le Monde*, 22 déc. 2015, s. 19.

Metne ayrıca süre sınırlamasına ilişkin de ekleme yapılmıştır. Olağanüstü halin on iki günü aşacak şekilde uzatılmasının ancak kanun ile mümkün olduğunu belirten cümlelerin ardından kanunun olağanüstü halin süresini de belirleyeceği, bu sürenin dört ayı geçemeyeceği eklenmiş; fakat olağanüstü halin tekrar uzatılmasının aynı koşullarda yapılacağı da belirtilerek esasen gerçek anlamda bir süre sınırlaması getirilmemiştir.

Venedik Komisyonu, konuyla ilgili yayınladığı görüşünde anayasal düzenlemenin iki açıdan netleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Komisyon önerisinde öncelikle olağanüstü hal ilân şartının daha açık bir ifadeyle “ulusun varlığını tehdit eden olaylar”ın meydana gelmesi halinde düzenlenmesi ve olağanüstü hal tedbirlerinin durumun gerektirdiği ölçüde uygulanmasının Anayasa’ya eklenmesi yer almıştır. Komisyon ayrıca, olağanüstü halin süresi bakımından sınırlayıcı bir düzenlemenin bulunmamasına dikkat çekerek olağanüstü halin uzatılmasının ancak nitelikli çoğunlukla mümkün olabileceğinin de Anayasa’da yer almasını önermiştir¹⁸⁵. Fakat bu öneriler karşılık bulmamıştır.

Anayasa değişikliğinin vatandaşlıktan çıkarma yaptırımıyla ilgili olan ikinci maddesi, Senato’da değişikliğe uğramış ve kapsamı sadece çift vatandaşlığı olan kişiler için geçerli olmak üzere daraltılmıştır. Yaşanan bu tartışmalar üzerine Cumhurbaşkanı Hollande, 30 Mart 2016 tarihinde yaptığı konuşmasında Anayasa değişikliğinden tümüyle vazgeçtiğini ve tartışmayı sonlandırdığını açıklamıştır¹⁸⁶. Hollande, Anayasa değişikliği fikrini terk etmekle birlikte terörle mücadeleden vazgeçmeyeceğini vurgulamıştır.

Fransa’da olağanüstü halin ilânı ve anayasalaşması tartışmalarında kaygılar, yürütmenin yetkilerinin artırılırken yasama ve yargının yetkilerinin ya da

¹⁸⁵ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis sur le projet de loi constitutionnelle “de protection de la nation” de la France, adopté par la Commission de Venise, Venise, 11-12 mars 2016, s. 27. Görüş şu bağlantıdan ulaşılabilir: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)006-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)006-f) (E.T. 28.02.2019).

¹⁸⁶ Açıklamanın metni ve videosuna şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://www.leparisien.fr/politique/decheance-de-nationalite-hollande-renonce-a-la-revision-constitutionnelle-30-03-2016-5672757.php> (E.T. 28.02.2019).

etki alanlarının daraltılması çevresinde yoğunlaşmaktadır. Anayasa değişikliklerinin Türkiye'dekinin aksine yürütme organı tarafından gündeme getirilebiliyor olması, yani tasarı halinde sunulması, sürecin başından itibaren yürütme organının açıkça bir yönlendirmede bulunabildiğine işaret etmektedir.

Olağanüstü halin 1955 Kanunu'na göre ilân edilmesinde de yürütmenin yetkili olduğunu belirtmiştik. Olağanüstü halin uzatılmasında her ne kadar yasa koyucu yetkili olsa da, burada da uzatmaya ilişkin yasa girişiminin yürütmenin bir tasarısı olarak meclislere sunulabileceğini ifade etmiştik. Kaldı ki 2015-2017 döneminde olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin tüm kanunlar, yürütmenin girişimiyle yani tasarı halinde meclise sunulmuştur.

Olağanüstü Hal Kanunu kapsamında alınan tedbirlerin de yürütmenin yetkisinde olduğu düşünüldüğünde, yasama organının Anayasa değişikliği ve olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin yasaları da yürütmenin görüşü doğrultusunda değerlendirmesi erkler ayrılığı ilkesi açısından düşünölmeye değerdir. Bunlara ek olarak, yürütmeden bağımsız olan yargının da tedbirlerin uygulanması konusunda geniş bir takdir alanı tanıdığı dikkate alındığında yürütmenin sürecin en başından sonuna kadar önemli bir etkisinin olduğu ve bu durumun erkler ayrılığı ilkesini zedelediği söylenebilir.

3.2. TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

Olağanüstü hal süresince örgütlenme özgürlüğü, özel yaşama saygı hakkı, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, seyahat özgürlüğü gibi temel haklara müdahale teşkil eden birçok tedbirin uygulanması, olağan döneme dönüş yönündeki görüş ve taleplerin gittikçe artmasına neden olmuştur. Bu taleplerin yoğunlaştığı bir ortamda gündeme gelen iç güvenlik ve terörle mücadeleye ilişkin yasa tasarısı, olağanüstü halin kalıcılaştığına dair endişeleri artırmıştır.

3.2.1. “Olağan” Döneme Geçiş

Ulusal İnsan Hakları Danışma Komisyonu'nun 26 Ocak 2017 tarihli görüşünde istisnai tedbirlerin olağanüstü hal uzatıldıkça artırıldığından, tedbirlerin gerekçesiyle olağanüstü halin ilânı nedenlerinin birbirinden ayrıştığından,

tedbirlerin uygulanması sırasında ayrımcılık ve kötüye kullanım gibi sorunların ortaya çıktığından ve hukuk yollarının temel hakları korumada yetersiz kaldığından bahsedilmiştir¹⁸⁷.

Yasama İşlemleri İnceleme Komisyonu’nun 17 Mayıs 2016 tarihli toplantısında yapılan değerlendirmede olağanüstü halin 13 Kasım saldırılarının ardından “çok faydalı” olduğu fakat olağanüstü halin üçüncü kez uzatıldığı dönemde aynı faydanın artık söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Bu tespit, özellikle istisnai tedbirlerin çok azının terör suçlarıyla ilgili adli soruşturmalarla sonuçlanması, idarî makamların toplantı özgürlüğünü yasaklama yetkilerini geniş bir şekilde kullanması ve diğer tedbirler açısından da 1955 Kanunu’nun idareye geniş bir takdir alanı tanımasıyla gerekçelendirilmiştir¹⁸⁸.

Uluslararası Af Örgütü 31 Mayıs 2017 tarihinde yayınladığı raporda Fransa’da olağanüstü hal süresince toplanma özgürlüğü ve buna bağlı olarak ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri geniş bir şekilde ele almıştır¹⁸⁹. Raporda Fransa’nın terörle mücadelesinin meşruluğu kabul edilmekle birlikte olağanüstü halin kural haline gelmesini de engelleme gibi bir görevi olduğu hatırlatılmıştır. Af Örgütü’nün temel talepleri olağanüstü halin kaldırılması ve tedbirlerde ölçülülük ilkesinin uygulanması yönündedir. Özellikle gösterileri yasaklama tedbirine ancak son çare olarak başvurulması ve sıkı bir ölçülülük denetiminin öneminin altı çizilmiştir. Raporda ayrıca, yasaklanan gösterilerde kolluk

¹⁸⁷ Commission nationale consultative des droits de l’homme, Avis sur le suivi de l’état d’urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016, 26 janvier 2017. İnternet bağlantısı için: https://www.cncdh.fr/sites/default/files/170126_avis_suivi_de_letat_durgence_et_mesures_anti-terroristes.pdf (E.T. 28.02.2019).

¹⁸⁸ Raimbourg, Dominique; Poisson, Jean-Frédéric. Communication d’étape sur le contrôle de l’état d’urgence, Réunion de la commission des Lois du mardi 17 mai 2016. İnternet bağlantısı için bkz. http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/lois/communication_2016_05_17.pdf (E.T. 28.02.2019).

¹⁸⁹ Amnesty International, Un droit, pas une menace, Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l’état d’urgence en France, Amnesty International 2017. Rapora şu bağlantıdan ulaşılabilir: https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F173a8ea8-ecf5-4917-b52b-437e4e38e188_ai_rapport_un+droit+pas+une+menace_fr-embargo+31-05-2017.pdf (E.T. 28.02.2019).

kuvvetlerinin gazetecilere aşırı güç kullanımına da dikkat çekilerek ifade özgürlüğünün tehdit altında olduğu belirtilmiştir.

Sivil toplumun olağanüstü hal rejimine ve uygulamalarına yönelik tepkileri de kayda değerdir. Henüz olağanüstü hal ilân edileli çok az bir süre geçmişken, 17 Aralık 2015 tarihinde uygulamalardaki kötüye kullanıma dikkat çekilerek tedbirlerin gerekçelerinin çok muğlak olduğu ifade edilmiş ve olağanüstü halin sonlandırılması çağrısında bulunulmuştur. Bu çağrıyı yüze yakın sivil toplum örgütü imzalamıştır¹⁹⁰.

Gösteri yasaklarına rağmen 12 Mart 2016 tarihinde dernek, sendika ve sivil toplum örgütlerinden oluşan 168 topluluğun çağrısıyla Fransa'nın birçok yerinde eş zamanlı gösteriler düzenlenmiş ve olağanüstü hal uygulamaları protesto edilmiştir. “Demokrasi tehlikede” çağrısıyla toplanan protestocular gösteride “Kalıcı olağanüstü hale hayır” mesajı vermişlerdir¹⁹¹.

Yargıçlar Sendikası ve Avukatlar Sendikası'nın da aralarında bulunduğu meslek kuruluşları ve sivil toplum örgütleri de olağanüstü hal uygulamalarına ilişkin kapsamlı bir rapor hazırlayarak “L'Urgence d'en Sortir”¹⁹² adıyla yayınlamışlardır.

Görüldüğü gibi olağanüstü halin sonlandırılması toplumun birçok kesiminin isteğiydi. Bununla birlikte olağanüstü halin kalıcı hale geleceğine dair de kaygılar öne çıkmıştı. Bu kaygı anayasa çalışmaları sırasında daha somutlaşmışsa da anayasalaşma fikrinden vazgeçilmiştir. Söz konusu dönemde olağanüstü hal altı kez uzatılmış, olağanüstü hal devam ederken cumhurbaşkanlığı seçimlerine gidilmiştir.

¹⁹⁰ Olağanüstü hal döneminde çalışmalarıyla ve davalara katılımıyla ön planda olan insan hakları örgütü Ligues des droits de l'Homme'un internet sitesinde yayınlanan çağrı metnine ve imzacıların listesine şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://www.ldh-france.org/sortir-letat-durgence/> (E.T. 28.02.2019).

¹⁹¹ Çağrı metnine şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://etatdurgence.fr/> (E.T. 28.02.2019).

¹⁹² “Olağanüstü halden çıkma aciliyeti” olarak çevirebiliriz. Fransızcada olağanüstü hal, kelime anlamıyla “acil durum” olarak ifade edilir, raporun adı da bu kelime oyunu nedeniyle tercih edilmiştir. Rapora şu bağlantıdan ulaşılabilir: https://www.laquadrature.net/files/Analyse_regime_juridique_etat_urgence.pdf (E.T. 02.03.2019).

Cumhurbaşkanı adaylarından Jean Lassalle, Jacques Cheminade, Nathalie Arthaud, François Asselineau, Jean-Luc Mélenchon ve Philippe Poutou olağanüstü hali sonlandırma vaadinde bulunmuşlardır. Adaylardan Benoît Hamon, istisnai tedbirlerin azaltılmasını talep etmiş ve olağanüstü hale ilişkin parlamenter bir tartışma zemininin kurulacağını ifade etmiştir.

Cumhurbaşkanı adaylarından yalnızca François Fillon olağanüstü hali daha da katılaştıracağını belirtmiştir. Geri kalan adaylar Emmanuel Macron, Nicolas Dupont-Aignan ve Marine Le Pen ise olağanüstü hale ilişkin görüş bildirmemişlerdir. Emmanuel Macron, olağanüstü halle ilgili bir vaatte bulunmamasına rağmen terörle mücadeleyi gündemine geniş bir şekilde alarak iç güvenliğin sağlanması için uzun vadeli bir plan ortaya koyacağını belirtmiştir.

İlk turu 23 Nisan 2017’de, ikinci turu 7 Mayıs 2017’de gerçekleşen cumhurbaşkanlığı seçimini kazanan Macron, 3 Temmuz 2017’de parlamentoda yaptığı konuşmada özgürlüklerin, güçlü bir demokrasinin varlığının temel koşulu olduğunu, sistemin iyi bir şekilde organize edilmesi halinde ceza kanunu ve yargıların yetkilerinin terörle mücadele için yeterli olacağını belirterek olağanüstü halin kaldırılacağını ilân etmiştir¹⁹³. Macron, bir yandan Fransızlara özgürlüklerini geri vereceğini söylerken, diğer yandan parlamentonun yeni birtakım düzenlemeleri de kabul etmesini arzu ettiğini belirtmiştir.

Cumhurbaşkanı Macron’un anlatımıyla bu düzenlemeler sadece teröristleri kapsayacak ve diğer Fransa vatandaşlarını etkilemeyecektir. Düzenlemeler, güçlendirilmiş fakat yargı denetimi altında ve özgürlükler ile anayasal gerekliliklere uygun tedbirlerden oluşacaktır.

Konuşmasında sık sık Cumhuriyet değer ve ilkelerine gönderme yapan Macron, terörle mücadeleyle ilgili açıklamalarında Fransa’nın bağımsızlığını korumakla birlikte uluslararası yükümlülüklerine saygılı olacağını, diğer devletlerle ilişkileri geliştireceğini ve vatandaşlarını koruyacağını ifade etmiş,

¹⁹³ Journal officiel de la République française, Congrès du parlement, Lundi 3 juillet 2017, s. 9.

terörle mücadelenin ancak Fransa'nın kendi değerlerine sadık kalmasıyla mümkün olduğunu dile getirmiştir.

Macron'un parlamentoda yaptığı bu konuşma, sadece olağanüstü halin kaldırılması ve terörle mücadeleye ilişkin olmayıp beş yılda Cumhurbaşkanı olarak nasıl bir yönetim sergileyeceğine ilişkin de programının temel mesajlarını vermektedir. Bu nedenle parlamentoda konuşmanın ardından yaşanan tartışmalarda olağanüstü hale ve Macron'un ipucunu verdiği yeni düzenlemelere gönderme yapan milletvekili sayısı çok azdır. Ancak Yeni Sol grubundan milletvekili Olivier Faure'un bu konuda dile getirdiği kaygısının olağanüstü halin şeklen kaldırılarak olağan hukuk düzenine istisnai rejimdekilere benzer tedbirlerin dahil edilmesi üzerine olduğunu altını çizmektedir¹⁹⁴.

22 Haziran 2017'de Bakanlar Kurulu'na sunulan yasa tasarısı, İç Güvenliğin Güçlendirilmesi ve Terörle Mücadeleye İlişkin Kanun tasarısı adıyla Millet Meclisi ve Senato'ya sunulmuştur. Her iki mecliste de birçok tartışmanın ardından metin bazı değişiklikler geçirerek yasalaşmış, olağanüstü hal ise 11 Temmuz 2017'de yasama organı tarafından son kez uzatılarak 1 Kasım 2017'de sona ermiştir.

Olağanüstü halin sonlanması ilk bakışta kaygıları azaltacak gibi görünse de 1 Kasım tarihinin istisna döneminin sonu olup olmadığı, yasalaşacak olan terörle mücadele düzenlemelerinde olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin olağan hukuk düzenine nasıl aktarılacağıyla, bir diğer deyişle istisnai rejimde yürütme lehine bozulmuş olan dengenin ne kadar eski hale döndürüleceğiyle anlaşılacaktır. Zira, olağanüstü hale ilişkin düzenlemeler resmî olarak yürürlükte olmasa dahi terörle mücadele kanununda yer almaları halinde *de facto* bir olağanüstü hal rejimin varlığını tartışmak mümkün hale gelecektir¹⁹⁵.

3.2.2. Terörle Mücadelede Esin Kaynağı: İstisnai Yetkiler

¹⁹⁴ Journal officiel de la République française, Congrès du parlement, Lundi 3 juillet 2017, s. 22.

¹⁹⁵ *De facto ve de jure olağanüstü hal ayrımı için bkz. Esen, Selin. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 37.

İç Güvenliğin Güçlendirilmesi ve Terörle Mücadeleye İlişkin Kanun (bundan sonra kısaca “Terörle Mücadele Kanunu” olarak adlandıracağız), 31 Ekim 2017 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Kanunda koruma bölgelerinin tesisi, ibadet yerlerinin kapatılması, idarî kontrol ve takip tedbirleri, arama tedbiri yer almakta; yürütmenin bu alanlarda genişletilen yetkilerinin ise parlamento tarafından nasıl denetleneceği düzenlenmekteydi. Yasada ayrıca seyahat özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilmiş ve gümrüklerin kontrolü katılaştırılmıştır.

Terörle Mücadele Kanunu’yla öngörülen düzenlemelerin önemli bir bölümü, kaynağını Olağanüstü Hal Kanunu’ndan almaktadır. Diğer hükümler ise doğrudan olağanüstü halde düzenlenmemiş olmakla birlikte yürütmenin yetkilerini artıran ve insan haklarını sınırlayıcı birtakım idarî tedbirleri içermektedir.

Terörle Mücadele Kanunu’nda yer alan düzenlemelerden bazıları olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerle önemli ölçüde benzerlikler taşımaktadır. Olağanüstü halde insan haklarına ilişkin getirilen sınırlamalarla en çok gündemde olan idarî arama ve ev hapsi tedbirlerinin bir kanun yoluyla olağan hukuk düzeninde yer alması, olağan döneme geçişin nasıl planlandığının ortaya konulması açısından önemlidir.

Tedbirlerin koşullarından ve yürütmenin yetkilerine getirilen sınırlamalara değinmeden önce şu tespiti yapmakta fayda bulunuyor: İlan edilmiş bir kriz döneminde insan haklarının sınırlandırılması, hatta durdurulması mümkündür. İstisnai rejimin “istisna” niteliğini taşıması, resmî makamların ulusun varlığının tehdit edildiğinin ya da ulusal güvenliğin belli bir tehlikeyle karşı karşıya olduğunun kabulüyle anlam kazanmaktadır.

Olağanüstü hal tedbirlerinin en önemli meşruiyet kaynağı bu olmakla birlikte, tedbirlerin de söz konusu tehdidi önleme amacı taşıması aranacaktır. Oysa olağan bir kanunla düzenlenen, fakat olağan döneme göre yürütmenin yetkilerini artıran hükümler için aynı yönde siyasal ve yargısal bir denetim olmayacaktır. Kuşkusuz, bu tedbirlerin dar anlamıyla terörle mücadele amacıyla uygulanması gerektiği ve yargının olağanüstü halde yürütmeye tanıdığı geniş

takdir yetkisinin artık geçerli olmayacağı ortadadır. Fakat Danıştay'ın ilk aşamada bağlayıcı olmayan bir görüş yoluyla yaptığı moral denetim, takdir alanının hâlâ geniş tutulduğuna işaret etmektedir¹⁹⁶.

3.2.2.1. Koruma Bölgeleri

Terörle Mücadele Kanunu kapsamında alınabilecek tedbirlerden ilki, koruma bölgelerinin tesisidir. Kanun, İç Güvenlik Kanunu'nun 226-1. maddesini düzenlediği yeni şekliyle bir yerin güvenliğinin sağlanması için ya da terör eylemi riski taşıyan bir olayın meydana gelmesi halinde idarî amir ya da valiliğin gerekçeli bir karar ile koruma bölgeleri tesis etmesi mümkündür. Koruma bölgesinde kişilerin dolaşımı düzenlenecektir. Kararın derhal Cumhuriyet savcısına ve ilgili belediyeye bildirilmesi gerekmektedir.

Koruma bölgesi tesisinin kapsamı ve süresi, durumun gerekliliklerine uygun ve ölçülü olmalı; tedbir alınırken kişilerin aile ve iş yaşamları da dikkate alınmalıdır. Söz konusu bölgelerde üst ve çanta araması ya da motorlu taşıtlarda arama da yapılabilecektir. Tedbirin süresi bir ayla sınırlı olmakla birlikte şartların oluşması halinde uzatılabilecektir. Kanunda herhangi bir üst sınır belirlenmemiştir.

Esasen olağanüstü hal kapsamında güvenlik bölgelerinin belirlenmesi ve ikametın düzenlenmesi tedbirleriyle benzerlik gösteren ve seyahat özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkına müdahale teşkil ettiği düşünülebilecek olan bu tedbir, İçişleri Bakanı Gérard Collomb tarafından Millet Meclisi'nde, önemli etkinliklerin yapılabilmesi için mutlaka gerekli bir düzenleme olarak açıklanmıştır. Collomb, konuşmasında Strasbourg Noel pazarını ve diğer bayram

¹⁹⁶ Danıştay'ın görüşünde tedbirler tek tek incelenmiş ve olağanüstü hal kapsamında alınabilen tedbirlerle karşılaştırma yapılmıştır. Bu karşılaştırma sonucunda tedbirlerin olağanüstü hal dönemine göre daha sıkı koşullara bağlanmış olması ve açıkça ölçsüz olmama, hukuka uygunluk için genellikle yeterli görülmektedir. Bkz. CE, 22 juin 2017, Avis No. 393348.

ya da festival örneklerini vererek bunların koruma bölgesi tesisi olmadan mümkün olamayacağını ifade etmiştir¹⁹⁷.

Millet Meclisi'ndeki tartışmalarda genellikle bu önemli etkinliklerin gerçekleşebilmesi için koruma bölgelerinin tesisi olumlu karşılanmış ve olağanüstü halden farklı olarak sadece terör tehdidi halinde uygulanacak olmasıyla sınırlı bir tedbir olduğunun altı çizilmiştir. Jean-Luc Mélenchon'un cumhurbaşkanı adaylığıyla adından söz ettiren "Boyun Eğmeyen Fransa" grubuna mensup olan milletvekillerinden Eric Coquerel, tedbirin koşullarının muğlak olduğunu ve bir aylık sürenin tekrar uzatılabildiği için aslında bir sınırlama teşkil etmediğini belirterek eleştiri getirmiştir.

Anayasa Konseyi, anayasallık ön sorunu yoluyla bu düzenlemeyi denetlemiştir. Başvurucu dernek, ilgili düzenlemenin belirli olmadığını ve yeterli güvenceleri içermediğini iddia ederek etkili bir yargısal güvenceden de yoksun olduğunu ifade etmiştir. Başvurucuya göre düzenleme, seyahat özgürlüğünü, özel yaşama saygı hakkını ve yargı mercilerine etkili başvuru hakkının ihlaline neden olmakta, yasama organının ve söz konusu hakları düzenleme yetkisinden vazgeçmesi anlamına gelmektedir.

Konsey, valilik kararının gerekçeli olacağını, tedbirin ancak terör tehdidinin olması halinde alınabileceğini, bir aylık bir süre sınırlamasının bulunduğunu ve ihlal iddiası konusu olan aramaların da insan haklarına ve özellikle ayrımcılık yasağına uygun bir şekilde yapılacağını belirterek düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur. Anayasa Konseyi, belirtilen gerekçeleri ifade ederken olağanüstü hal tedbirlerinde yaptığı denetime benzer şekilde "açıkça ölçüsüz olmayan bir uzlaştırma"dan söz etmektedir. Ancak olağanüstü hal sırasında verdiği kararların aksine, burada "yorumlu ret" olarak değerlendirilebilecek bir kararın söz konusu olduğunu belirtmek isteriz. Konsey, tedbirlere kanunda getirilen sınırlamaları tekrar ettiği bölüme gönderme yaparak

¹⁹⁷ Journal officiel de la République française, XVe Législature, Séances du lundi 25 septembre 2017, s. 2440.

bu sınırlamaların birer koşul olduğunun altını çizmiş ve düzenlemenin Anayasa’ya “bu koşullar altında” uygun olduğuna karar vermiştir¹⁹⁸.

Yasanın yürürlüğe girmesinin birinci yılında Hükümet, Parlamento’ya terörle mücadele tedbirlerinin hangi etkinlikler öncesinde ve hangi bölgelerde uygulandığına dair bilgiler içeren bir rapor sunmuştur. Raporda kişilerin özel ve aile yaşamlarına saygı gereği alınan bazı tedbirlere yer verildiği ve tedbirlerle ilgili herhangi bir şikayetin bulunmadığının ifade edilmesi dikkat çekmektedir¹⁹⁹.

3.2.2.2. İbadet Yerlerinin Kapatılması

Terörle Mücadele Kanunu’nun ikinci maddesiyle İç Güvenlik Kanunu’nun 227-1. maddesi düzenlenerek terör eylemlerini önleme amacıyla idarî amir ya da valinin ibadet yerlerinin kapatılmasına karar verebileceği belirtilmiştir. Düzenlemeye göre tedbirin alınması için bu yerlerde terör eylemlerinin provokasyonu veya propagandasının yapılması ya da şiddete, nefrete veya ayrımcılığa özendirme söz konusu olmalıdır.

İbadet yerinin kapatılmasında da ölçülülük ilkesi geçerli olup altı aylık bir süre sınırı öngörülmüştür. Kararın gerekçeli olması ve idarî yargı denetimine açık olması esastır. Karar, en az kırk sekiz saat öncesinde ilgililere bildirilmelidir. Kapatma kararına uyulmaması halinde 7500 Avroluk para ve altı aylık hapis cezası öngörülmüştür.

Düzenlemenin Anayasa’ya uygunluk denetimini yapan Anayasa Konseyi, öncelikle kapatma kararının sadece terör eylemlerinin önlenmesi amacıyla alınabileceğini, bu meşru amacın da kamu düzenine verilecek zararların önlenmesinin anayasal değeriyle ilişkili olduğunu; ibadet yerinin kapatılmasının

¹⁹⁸ CC, 29 mars 2018, Déc. No. 2017-695 QPC, para. 33-35.

¹⁹⁹ Rapor, İçişleri Bakanı ve Devlet Bakanı tarafından hazırlanmıştır. Bkz. Rapport du gouvernement au parlement, mise en œuvre de la loi no 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 1 novembre 2018, s. 1-15. Rapora şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://www2.assemblee-nationale.fr/content/download/75798/778106/version/1/file/Loi+SILT+-+Rapport+au+Parlement+2018.pdf> (E.T. 04.03.2019).

altı aylık bir süreyle sınırlı olduğunu ve yeniden tedbirin alınabilmesinin ancak yeni vakaların gündeme gelmesi halinde mümkün olacağını belirtmiştir²⁰⁰. Konsey ayrıca tedbirin gerekçeli ve ölçülü olması gerektiğini ve valiliğin, bu yerlere sürekli giden kişiler açısından yaşanacak sonuçları da dikkate alacağını ve her halükârda bu karara karşı idarî yargı yolunun açık olduğunu ifade etmiştir.

Tüm bu nedenlerle Anayasa Konseyi, yasa koyucunun kendi yetkisinin kapsamını daraltmadığını ve vicdan ve ibadet özgürlüğü ile kamu düzeni arasında açıkça ölçüsüz olmayan bir uzlaştırmayı sağladığını dile getirerek düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur.

İlginçtir ki, Anayasa Konseyi bu kararında aynı zamanda tedbirin ifade ve haberleşme özgürlüğüne, örgütlenme özgürlüğüne, etkili başvuru hakkına ve Anayasa'da güvence altına alınan diğer hiçbir hakka aykırı olmadığına hükmetmiş, fakat bu haklar bakımından hiçbir inceleme yapmamıştır.

3.2.2.3. İdari Kontrol Tedbirleri ve Takip

Terörle Mücadele Kanunu'nun üçüncü maddesiyle İç Güvenlik Kanunu'nda yapılan değişiklikle idarî kontrol ve takip tedbirleri düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre terör eylemlerini önleme amacıyla kamu düzeni ve güvenliği açısından önemli bir tehdit yaratacak davranışlarının bulunduğunu düşünülmesi için ciddi nedenler bulunan, terör eylemlerine katılan veya kolaylaştıran ya da destekleyen kişiler hakkında bazı tedbirler alınabilecektir.

Hangi fiillerin terör eylemlerine destek kabul edileceği kanunda belirtilmiştir. Buna göre kişi, terör örgütünün açıklanmış ideolojisine katıldığını göstermişse, terör suçlarının işlenmesine teşvik eden gerekçelere katılıyorsa veya teröre övgüde bulunuyorsa terör eylemlerini desteklemiş sayılacak ve hakkında idarî kontrol ve takip tedbirleri alınabilecektir.

²⁰⁰ CC, 29 mars 2018, Déc. No. 2017-695 QPC, para. 39-43.

Tedbirin alınmasına İçişleri Bakanı, Paris Cumhuriyet Savcısı ve bölge Cumhuriyet savcısını bilgilendirdikten sonra karar verebilecektir. Bu tedbir sırasında da kişinin aile ve iş yaşamını sürdürebilmesi için gerekli önlemler alınmalıdır. Hakkında karar verilen kişinin bu düzenlemeye göre her gün bir defayı aşmayacak şekilde düzenli olarak karakol ya da jandarmaya gitmesi, ikamet yerini bildirmesi ve kararda belirtilmişse elektronik kelepçeyle takip edilmesi söz konusu olabilecektir. Tedbirler, en fazla üç ay için alınmakla birlikte uzatılabilir, fakat hakkında arka arkaya altı ay boyunca tedbir uygulanan kişi açısından aynı uygulamanın devam etmesi için yeni veya tamamlayıcı gerekçelerin bulunması aranacaktır. Ancak elektronik kelepçenin, kişinin belirlenen alanın dışına çıkıp çıkmadığını takip etme amacı dışında uygulanması yasaya göre mümkün değildir.

İçişleri Bakanı ayrıca Cumhuriyet savcısına bildirmek koşuluyla kişilerin ikamet değişikliklerini bildirmelerine, belirlenmiş bölgeden çıktıklarında makamları haberdar etmelerine ve belli bölgelere girememelerine de karar verebilecektir. Bakan aynı zamanda ismen belirlenmiş bazı kişilerle iletişimi yasaklama yetkisine de sahip olacaktır.

Düzenlemenin anayasallığını denetleyen Anayasa Konseyi, tedbirin ancak bir terör eylemini önleme amaçlı alınabileceğini ve İçişleri Bakanı'nın, kişinin davranışlarının kamu düzeni ve güvenliğine önemli bir tehdit oluşturduğunu tespit etme yetkisinin olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu tehdidin terör eylemi riskiyle bağlantısının olması gerektiğini ekleyen Anayasa Konseyi, yasa koyucunun hangi fiillerin terör eylemlerine destek olarak kabul edileceğini belirttiğini hatırlatarak düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğunu tespit etmiştir²⁰¹.

3.2.2.4. Aramalar

²⁰¹ CC, 29 mars 2018, Déc. No. 2017-695 QPC, p. 46, 47.

Yasanın dördüncü maddesiyle İç Güvenlik Kanunu'nda yapılan değişikliğe göre idarî amir, vali veya yargıcın gerekçeli kararıyla bir yerin aranması; belge, obje ve verilere el konması mümkün olacaktır. Bu tedbirin uygulanabilmesi için terör eylemlerinin önlenmesi amacıyla karar verilmesi ve söz konusu yerin, kamu düzeni ve güvenliği açısından önemli bir tehdit teşkil eden davranışlarının olduğunun düşünülmesi için ciddi nedenler bulunan ya da terör eylemlerine yardım eden, katılan veya destekleyen kişi ya da örgütlerle ilişkisi olan kişiler tarafından sık sık ziyaret edilmesi gerekmektedir.

Söz konusu yerlerin olağanüstü hal sırasında olduğu gibi parlamenterlerin, avukatların, yargıçların ve gazetecilerin çalışma alanı olamayacağı belirtilmiştir. Olağanüstü hal düzenlemesinden farklı olarak, ilgililerin ikamet ettikleri yerlerde de bu tür aramaların yapılamayacağı ifade edilmiştir. Arama ve el koyma hakkında savcının derhal bilgilendirilmesi ve tutanağın başvurulabilecek yollar hakkında bilgi içermesi de düzenlemede yer almaktadır. Gece yapılacak aramalarda yargıç kararı aranacağı belirtilmiştir.

Düzenlemenin anayasallığını denetleyen Anayasa Konseyi, kanunda sayılan koşulların hepsini tekrar ederek yasa koyucunun, tedbirin çerçevesini açık bir şekilde çizdiğini ve haklar ile kamu düzeni arasında açıkça ölçüsüz olmayan bir dengeleme yaptığını belirtmiş; düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğunu tespit etmiştir²⁰².

3.2.3. Eleştiriler

Bu yeni düzenlemelerin tümü ele alındığında, olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin şekil değiştirerek de olsa devam ettiği ve bunların olağanüstü halin aksine herhangi bir süreyle sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Kamu düzeni ve güvenliği lehine temel hak ve özgürlüklerin sınırlandığı bu rejimin bir şekliyle

²⁰² CC, 29 mars 2018, Déc. No. 2017-695 QPC, p. 59-66.

devam etmesi endişesi, uluslararası alanda da yer bulmuştur²⁰³. Eleştiri ve tepkiler, yalnızca olağanüstü hal tedbirlerinin değil, aynı zamanda olağanüstü halin mantığının devam ettiği yönünde yoğunlaşmıştır. Uluslararası Af Örgütü’nün konuyla ilgili raporunda olağanüstü hal tedbirleriyle terörle mücadele düzenlemeleri tek tek karşılaştırılmış, tedbirlerin ölçsüz olduğu ve muğlak koşullara dayandırıldığı savunulmuştur²⁰⁴.

Olağanüstü halin olağan düzene entegre edilmesinde temel sorunlardan ilki, olağanüstü hal tedbirlerinin ya da teröre ilişkin düzenlemelerin terörle mücadelede etkili bir yöntem olduğunun kanıtlanmamış olmasıdır. Bu sorun, Fransa’nın en çok terör saldırısına maruz kaldığı dönem olan 1970 ila 1980 yılları arasında terörle mücadeleye ilişkin hiçbir yeni düzenlemenin kabul edilmemiş olması, buna karşılık herhangi bir terör eyleminin gerçekleştirilmediği 1995 ila 2012 yılları arasında birçok düzenlemenin yürürlüğe girmiş olmasıyla da göze çarpmaktadır²⁰⁵. O halde terörle mücadele politikasının terör eylemlerinin artma nedenleri ve terörün amaçlarının da dikkate alınarak tekrar düşünülmesi, yasal düzenlemelerin de bu doğrultuda gerçekleşmesi beklenecektir. Zira hukuk sistemi içinde olup olmadığı tartışmalı olan olağanüstü hali ve buna benzer şekilde yürütmenin yetkilerini artıran terörle mücadele rejimini salt teknik hukuk bakımından irdelemek eksik bir değerlendirmeye neden olacaktır.

Terörün toplumda bir korku yaratarak kamu düzeni ve güvenliğini ortadan kaldırmayı, çoğu zaman da anayasal düzene yönelik bir tehdit oluşturduğu dikkate alındığında terörle mücadelede kullanılacak yöntemlerin bu amacın tersi yönde

²⁰³ “Loi antiterroriste en France: inquiétudes d’experts de l’ONU sur des atteintes aux libertés des Français”, Europe 1, 27 septembre 2017. Haberin bağlantısına şuradan ulaşılabilir: <https://www.europe1.fr/societe/loi-antiterroriste-en-france-inquietudes-dexperts-de-lonu-sur-des-atteintes-aux-libertes-des-francais-3447809> (E.T. 20.03.2019).

²⁰⁴ “France: La logique de l’état d’urgence transposée en droit commun”, Amnesty International, 5 juillet 2017. Raporu şu bağlantıdan ulaşılabilir: https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F2509c66d-2139-49ee-a4cb-0602cf0195af_ai_d%C3%A9claration+publique+amnesty+international_france.projet+de+loi+anti+terrorisme.pdf (E.T. 20.03.2019).

²⁰⁵ Cahn, Olivier. ““Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre”. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l’ennemi”, Archives de politique criminelle, 2016/1 (no. 38), s. 89-121.

sonuçlar doğurması beklenir. Dolayısıyla olağanüstü hal kapsamında olsun ya da olmasın, istisnai tedbirlerin tehdidi ortadan kaldırmaya yönelik uygulanması önem taşır. Profesör Mireille Delmas-Marty, terörle mücadele tedbirlerinin sorumluluk sahibi bir toplumu şüphe toplumuna dönüştürme işlevi gördüğünü belirtmiştir²⁰⁶.

Hak Savunucusu (*Défenseur des droits*) Jacques Toubon’a göre terörle mücadelenin etkili olabilmesi için olağanüstü hal tedbirlerinin devamı değil, tam aksine ortadan kaldırılması gerekmektedir. Toubon, hükümetin “mantıksal, felsefi ve hukuki” bir tuzağa düştüğünü ifade ederek terörle mücadele kanununu “zehirli bir hap” olarak nitelendirmiştir²⁰⁷.

Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Afrika Birliği gibi uluslararası örgütlerle işbirliği içinde çalışan Uluslararası Hukukçular Komisyonu’nun (International Commission of Jurists) girişimiyle yayınlanan raporda da tarihsel örneklerden yola çıkılarak bu gerçeğe dikkat çekilmiştir. Kuzey İrlanda’da sonu gelmeyen olağanüstü hal uygulamasının ilk bakışta terör ve şiddeti kısa vadede önleme konusunda faydalı gibi görünmesine rağmen esas çözümün ancak uzun vadeli bir diyalog ve şiddetin nedenlerinin sorgulanmasıyla gelebileceğinin altı çizilmiştir²⁰⁸. Raporda ayrıca güvenlik tedbirlerinin artırılmasıyla toplumda, sorunların çözüleceğine olan inancın artmadığı da ifade edilmiştir.

Fransa tarihinde olağanüstü hale ilişkin düzenlemelerin kabul edilmesine neden olan Cezayir olayları sırasında söz konusu istisnai tedbirlerin alınabilmesinin 2017 yılına göre daha sıkı koşullara bağlanmış olduğunun da altını çizmek gerekir. Hatırlatmak gerekir ki, Olağanüstü Hal Kanunu’nun ilk metninde ev hapsi tedbirinin uygulanması için kişinin eylemlerinin tehlikeli

²⁰⁶ Jacquin, Jean-Baptiste. “Ce que des juristes reprochent au projet de loi de sortie de l’état d’urgence”, Le Monde, 18 juillet 2017. Metne şu bağlantıdan erişilebilir: https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/07/18/des-juristes-vent-debout-contre-le-projet-de-loi-de-sortie-de-l-etat-d-urgence_5161786_1653578.html (20.03.2019).

²⁰⁷ Jacquin, Jean-Baptiste, “Jacques Toubon: le projet de loi antiterroriste est “une pillule emprisonnée””, Le Monde, 23 juin 2017. Metne şu bağlantıdan erişilebilir: https://www.lemonde.fr/societe/article/2017/06/23/jacques-toubon-le-projet-de-loi-antiterroriste-est-une-pilule-empoisonnee_5149755_3224.html (E.T. 20.03.2019).

²⁰⁸ International Commission of Jurists, “Assessing Damage, Urging Action”, Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, Geneva, 2009, s. 47.

olduğunun ortaya çıkması aranmaktayken yasanın güncel halinde kişinin bir tehdit oluşturduğunun düşünülmesi için ciddi nedenlerin bulunması koşulu yer almaktadır²⁰⁹. Dolayısıyla şu soru yanıtlanmaya muhtaçtır: 2015-2017 yılları arasında Fransa’da meydana gelen olaylar, Cezayir’de 1955 yılında yaşananlardan daha mı ağırdır? Bir diğer ifadeyle Fransa, toprakları içinde bir bağımsızlık hareketiyle karşılaştığı 1955 yılında kamu düzeni ve güvenliğini korumayı amaçlarken yürütmenin takdir alanını niçin 2015-2017 dönemine göre daha dar tutmuştur?

İstisnai tedbirlerin kamu güvenliğini sağlamanın ötesinde terörü nedenleriyle birlikte ortadan kaldırmaya dair etkisini kanıtlayan herhangi bir istatistiğin bulunmadığı, üstelik terör saldırılarının devam ettiği düşünüldüğünde hukuk devleti ilkesinin tartışmaya açılmasının nedeninin açıklığa kavuşturulması gerekir. Olağanüstü hal tedbirleri sayesinde kaç adet suç teşkil eden fiilin henüz hazırlık aşamasında önlendiği, kaç tedbirin ceza soruşturmasıyla sonuçlandığı, terör eylemlerinin sürdürülmesine rağmen daha fazlasının önlenmiş olması halinde bunun ne şekilde olduğu gibi soruların tatmin edici yanıtlarına yürütme organının açıklamalarında rastlayamamaktayız.

İkinci olarak, istisnanın olağanlaşmasında terörün yarattığı etkinin göz ardı edilmemesi gerektiği kanısındayız. Fransa’da anayasa yargısının bireysel başvuru yolunu içermediği dikkate alındığında yargısal denetimin genellikle anayasallık ön sorunu ve idarî yargıda yoğunlaşması, buna karşılık olağanüstü hal ve terörle mücadele düzenlemelerinin denetiminde yargının, rejimi bütünsel bir denetimden mahrum bırakarak ve tedbirleri birbirinden bağımsız görerek ayrı ayrı incelemesi öğretide yargı denetiminin etkisiz olduğu izlenimini oluşturmuştur. Yargının, yürütmenin takdir alanını bu şekilde geniş tutmasının yanında siyasal denetimi gerçekleştirme yetkisi bulunan yasama organı tartışmalarında, terörle mücadele konusunda istisnai tedbirlerin meşruiyetinin çok az sorgulandığını görmekteyiz.

²⁰⁹ Hennette-Vauchez, Stéphanie; Slama, Serge. “Le jour sans fin de l’état d’urgence”, Dalloz Actualité, 9 juin 2017. Makaleye şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/jour-sans-fin-de-l-etat-d-urgence#.XJGfWCgzZPb> (E.T. 20.03.2019).

Özetle, yargının koruduğu temel değerlerin kamu düzeni ve güvenliği ile anayasal düzen olduğunu, buna karşılık siyasal organların ise Cumhuriyet değerlerini korumaya özel bir önem atfettiğini tespit ederek istisnanın sorgulanırlığının bu değerler çerçevesinde azaltıldığını belirtmek isabetsiz olmayacaktır. Terörün hedef aldığı değer ve ilkeler zarara uğrattılırken siyasal ve yargısal savunmanın da bu değerler çevresinde yoğunlaşması kuşkusuz anlaşılabilir, fakat yasama ve yargının çekingen davranarak kendi alanlarını daraltmalarına karşılık yürütmenin yetkilerini giderek artırma eğiliminde olması hukuk devleti ilkesi açısından sorgulanmaya değer bir olgudur.

Üçüncü olarak; olağanüstü hal tedbirlerinin en önemlilerinden ev hapsi düzenlemesinin varlığı ve uygulanması Anayasa Konseyi'nin kararıyla mümkün olmuştur. Konsey, kişinin konutu dışına çıkmamasına yönelik işlemin somut koşullara dayandığını ve tedbirin süre bakımından sınırlı olduğunu belirterek özgürlükten yoksunluğun söz konusu olmadığını, dolayısıyla başvuruların özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında ele alınamayacağını belirtmişti.

Özgürlükten yoksunluk ve özgürlüğün sınırlanması kavramları arasındaki fark, kişinin hareket alanına yönelik müdahalenin türüyle değil; müdahalenin yoğunluğu, süresi ya da derecesiyle ilgilidir. İHAM da yerleşik içtihadında bu tespiti tekrarlamaktadır²¹⁰. Yani aynı tür müdahale, bir olayda seyahat özgürlüğüne müdahale teşkil edebilecek iken başka bir olayda kişi özgürlüğüne müdahale olarak değerlendirilebilir. Aradaki fark, müdahalenin yoğunluğuna ilişkindir²¹¹. Örneğin, uyuşturucu kaçakçılığına karşı yapılan bir operasyonda Fransız kolluk güçlerinin bir geminin kontrolünü ele geçirerek gemi mürettebatını on üç gün boyunca kamaralarında tutması İHAM tarafından özgürlüğün

²¹⁰ İHAM, Guzzardi/İtalya, Baş. No. 7367/76, 6.11.1980, para. 93.

²¹¹ Seyahat özgürlüğü ve kişi özgürlüğü arasındaki yoğunluk farkının özel yaşama saygı hakkı ile işkence yasağı arasındaki yoğunluk farkına benzetilebileceği görüşü için bkz. Şirin, Tolga. *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s. 52.

sınırlanması değil, özgürlükten yoksunluk olarak değerlendirilmiş ve olayda İHAS m. 5 uygulanmıştır²¹².

Özgürlük ve güvenlik hakkının söz konusu olduğu durumlarda müdahalenin keyfî olmaması, kişi özgürlüğü hakkına müdahalenin koşullarının açıkça belirli olması ve kanunun öngörülebilir olması gerekecektir²¹³. Ev hapsi koşullarının ise belirli ya da öngörülebilir olup olmadığının bir hayli tartışmalı olduğu düşünüldüğünde Anayasa Konseyi'nin kararının önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Konsey, müdahalenin yoğunluğunu incelerken İHAM'ın aksine önce genel kriterleri sayıp ardından somut olayda bu kriterleri nasıl uyguladığını belirtmemiş, doğrudan kanunda yer alan koşulları sayarak bunları özgürlükten yoksunluğun söz konusu olmadığı sonucuna varmak için yeterli bulmuştur.

Yargıçlar Sendikası Genel Sekreteri Laurence Blisson da Konsey'i eleştirmektedir. Blisson'a göre yargıçların, kişileri özgürlükten yoksun bırakma gibi bir imkânı ve yasalarda belirtilen açık kriterlere uyma gibi bir görevleri vardır. Ancak olağanüstü halde ve olağanüstü hal sonrasında terörle mücadele kanunuyla gelen düzenlemelerde özgürlükten yoksun bırakma imkânı yargıdan alınıp İçişleri Bakanı'na ve valilere verilmiştir. Tedbirin uygulanma ölçütü ise bir olguya değil, şüpheyeye dayanmaktadır²¹⁴.

İstisna hali süresince olağanüstü halin bir rejim olarak var olmasına, uygulanan tedbirlerin hukukîliği sorunundan daha az dikkat çekilmiştir. Özellikle yasama organında olağanüstü halin yedi kez uzatılmasına karşı kısmen az bir muhalefet görülmüş ve yargı görüş ve kararlarında daha çok olağanüstü hal tedbirlerine yönelik bir inceleme yapılmış olması bu tespiti desteklemektedir. Tehlike anında istisna fikrinin bu şekilde meşrulaştırılması, terör saldırılarını önleme amacıyla istisnaya benzer bir rejimin tesis edilmesini de kolaylaştırmıştır.

²¹² İHAM, Medvedyev ve diğerleri/Fransa, Baş. No. 3394/03, 29.03.2010.

²¹³ Medvedyev/Fransa, para. 80.

²¹⁴ “Projet de loi antiterroriste: “On pourra être privé de liberté sur la base d’un soupçon””, France 24, 9.6.2017. Söyleşiye şu bağlantıdan erişilebilir: <https://www.france24.com/fr/20170609-france-projet-loi-antiterroriste-executif-pourra-priver-liberte-base-soupcon-macron> (E.T. 23.03.2019).

Uluslararası mekanizmaların devletlere tanıdığı takdir alanına benzer şekilde Anayasa Konseyi ve Danıştay da yürütmeye takdir alanı tanımıştır. Olağanüstü halin varlığından çok tedbirlerin denetlenmesinin yanında, tedbirlerin de birbirinden bağımsız bir şekilde incelenmesine de dikkat çekmek gerektiği kanısındayız. Anayasa Konseyi'nin yaklaşımının aksine, istisnaî tedbirlerin bütünlük içinde incelenmesi, olağanüstü halin ve terörle mücadele kanununun yarattığı rejimin etkilerinin hukuka uygunluğun denetlenmesi açısından gereklidir.

Örneğin bir kişi hakkında bir kez ev hapsi tedbiri uygulandığı zaman, “ciddi nedenler” koşulunun bulunduğu hali hazırda tespit edilmiş olacak, bu şekilde diğer tedbirlerin uygulanması da kolaylaşacaktır. Üstelik bu tedbirlerin bir kısmı iletişimin ve ziyaretlerin sınırlanmasıyla ilgili olduğundan kişilerin toplumdaki izolasyonu sonucu ortaya çıkabilecek, yasada yer alan “kampların yaratılamayacağı” kuralı soyut ve uygulanması zor bir yasak haline gelebilecektir.

Yargı kararlarında eleştiriye değer tek husus tedbirlerin bütünsel incelemesinin yapılmaması değildir. Daha önce değindiğimiz gibi bu kararlarda “kamu düzeni” ve “kamu güvenliği” temel hakları sınırlandırmak için anayasallık testinde meşru birer amaç olarak değil, haklarla dengelenen ya da uzlaştırılan değerler olarak ele alınmıştır. Bir diğer ifadeyle haklarla ilkeler arasında bir denge kurulmak amaçlanmıştır. Oysa kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ilkesi sadece olağanüstü hal tedbirlerine değil, esasen olağanüstü halin varlık sebebine ilişkindir.

Konsey'in ölçülülük denetiminde iki yönlü bir eksiklik karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ilkesinin karşısına tekil olarak ilgili düzenlemede güvence altına alınan hakkın konulması, hukuk devleti ilkesinin hiçbir ölçülülük testinde yer almamasıdır. Oysaki olağanüstü halin yarattığı sorun ya da gündeme getirdiği tartışma konusu yalnızca insan haklarının sınırlanması veya durdurulması değil, erkler ayrılığının zedelenmesi ve hukuk devleti ilkesinin de sorgulanır hale gelmesidir.

İkincisi ise tedbirlerin denetiminde ölçülülük testine dahil edilen kamu düzeni ve güvenliği kavramıyla olağanüstü halin ilânını gerektiren sebep olarak kamu düzeni ve güvenliği kavramının farkının yeterince ortaya konulmamasıdır.

Bilindiği gibi, istisnaî tedbirler ancak olağanüstü hal ilânı sebebiyle ilgiliyse uygulanabilecektir. Fakat bu yeterli değildir, aynı zamanda o hakka ilişkin sınırlamanın neden mümkün olduğunun açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla her hak bakımından benzer şekilde yorumlanan kamu düzeni ve güvenliği kavramının anayasa hukuku açısından ne ifade ettiği somutlaşmamaktadır.

Terör ve kamu düzenine yönelik tehditlerin ulusal düzeyi aşarak uluslararası alana yayılmasının terörle mücadelede uluslararası standartların da yeniden yorumlanması ihtiyacını doğurduğu kanısındayız. Bu ihtiyaçla birlikte devletlere tanınan takdir alanının tekrar sorgulanması, buna paralel olarak da ulusal düzeyde yürütmeye tanınan takdir alanının gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Olağanüstü hal döneminde rejime bütünsel bir şekilde siyasal ve yargısal organlarda yeterince meydan okunmamış olması, terörle mücadele kanununda da benzer bir durumun ortaya çıkmasına neden olmuştur. O halde şu sorunun yanıtını aramak gerekir: 11 Eylül saldırılarının ardından Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi işkence yasağının tartışılır hale gelmesi ya da 15 Temmuz darbe girişiminin ardından Türkiye'de olduğu gibi kanun hükmünde kararnamelerle yargı denetimine tamamen kapalı işlemlerin yapılması Fransa'da söz konusu değilse de, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına, seyahat özgürlüğüne, toplantı ve gösteri hakkına ya da özel yaşama saygı hakkına idarî müdahalelerin erkler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine zarar vermediği söylenebilir mi? Yürütmeye aktarılan yetkiler ve yargının tanıdığı takdir alanı ne boyuta geldiğinde ya da hangi haklara, ne kadar müdahale edildiğinde bu ilkelere aykırı davranıldığı iddia edilebilecektir?

İstisnanın kurala dönüşmesinde ele alınması gereken bir diğer sorun, terörle mücadelenin niteliğidir. Siyasetçilerin konuşmalarında çok kez şahit olduğumuz bazı ifadeler, yasama politikası hakkında fikir verdiğinden söz konusu düzenlemelerin sadece siyasî değil, aynı zamanda hukukî altyapısını da düşünmeyi gerektirmektedir. Temel soru şudur: terörle mücadele, klasik anlamda suçla mücadele midir, yoksa siyasetçilerin ifade ettiği gibi “terörle savaş” mı söz

konusudur? Pierre-Marie Martin, Eylül 2001 saldırılarından sonra “terörle savaş” ifadesinin daha yaygın bir şekilde kullanıldığını belirterek devletlerin terörle mücadele yöntemlerinin geçirdiği değişimi şu benzetmeyle açıklamıştır²¹⁵:

Demokrasiler, teröristlere karşı bir kolları sırtlarına bağlanmış bir şekilde savaşıyor, çünkü teröristlerin uyması gereken hiçbir kural yok iken demokrasiler, temelinde hukuk devleti bulunan bazı değerlere sadık kalmalıdır. Ancak özellikle 2001 yılından sonra demokrasiler bu kolu, ki bu silahlı koldur, serbest bırakmıştır. Fransa’nın da 2015’te olağanüstü hal ile ve 2017’de terörle mücadele düzenlemeleriyle bu silahlı kolu serbest bırakıp bırakmadığı tartışılmaya muhtaçtır.

²¹⁵ Martin, Pierre-Marie. *Crise du terrorisme, crise de l’Etat de droit*, in Jacques Larrieu, *Crise(s) et Droit*, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ – Lextenso Editions, Toulouse, 2012, s. 67-73.

SONUÇ

Yetkilerin askerî güçlere devredildiği sıkıyönetim yerine Cezayir sorunuyla birlikte yeni tesis edilen olağanüstü hal, kanunla düzenlendiğinden bu rejim her yürürlüğe girdiğinde esasen yepyeni bir rejim de oluşturulmaktaydı. Bu nedenle çalışmamızda 2015-2017 döneminde uygulanan olağanüstü halin özgünlüğünü ve meydana getirdiği hukukî rejimi irdelemeye çalıştık.

Kanunla düzenlenen olağanüstü halin ilânı için gerekli koşulların nesnellikten uzak oluşu, koşulların ne anlama geldiğinin idrak edilebilmesi, yargı tarafından bu unsurlardan çok uygulanan tedbirlerin denetime tâbi tutulmasından dolayı yargısal değil, siyasî denetimin yorumlanmasıyla mümkün olabilmektedir. Terör ya da ulusun güvenliğini tehdit eden olayların meydana gelmesi, toplumu olduğu kadar siyasetçileri de etkilemekte ve özellikle yasama organını yürütmeyi denetleme konusunda çekingen bir tavra itmektedir.

Olağanüstü halin ilânı bu nedenle fiilen denetlenmez hale gelmiş, Olağanüstü halin ilânını gerektiren koşulların olup olmadığı konusunda son karar verici, her ne kadar olağanüstü halin uzatılması ancak yasama organının tasarrufuyla mümkün ise de, olağanüstü hali ilk ilân eden, kendi yetkilerini bu yöntemle artıran yürütme olduğundan Carl Schmitt'in ifade ettiği “egemen” tanımına göre yürütme, egemen hale gelmiştir.

Olağanüstü halin geçiciliği, hukuk devleti ilkesine ne kadar saygı gösterildiğini ifade etmesi bakımından özel bir önem taşımaktadır. Fransa’da olağanüstü halin süresinin sınırlandırılmamış olması ve yargı denetiminde ancak bağlayıcı olmayan görüşler yoluyla geçicilik vurgusunun yapılması, “geçicilik”ten ne anlaşılması gerektiğinin sorgulanması ihtiyacını doğurmuştur. Zira geçicilik, sadece şekli bir olağanüstü halin süresiyle değil, aynı zamanda olağanüstü hal kapsamında alınabilecek tedbirlerin ve temel hak ve özgürlükler açısından bireylerden beklenen fedakarlığın kalıcılaşp kalıcılaşmayacağıyla da ilgilidir.

Anayasa Konseyi içtihadıyla “özgürlükten yoksunluk” teşkil etmediği tespit edilmesine rağmen çok uzun süreler kişinin aile ve sosyal yaşamı ile profesyonel hayatını etkilediği için yalnızca seyahat özgürlüğü kapsamında

incelemenin kanımızca hatalı olduğu ev hapsi ve özel yaşama saygı hakkı başta olmak üzere hukuk düzenince korunan ifade özgürlüğü, toplanma hakkı, mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı gibi birçok hakkı ilgilendiren idarî arama ve diğ er olağanüstü hal tedbirleri; sadece 2015-2017 döneminde şeklen yürürlükte olan olağanüstü hal döneminde değil, benzeri bir versiyonlarıyla 2017’den bugüne de varlığını sürdürmüşlerdir.

Olağanüstü hal döneminin yargı denetiminden muaf olmamasıyla birlikte özellikle ölçülülüğ e ilişkin testin yargı organları tarafından yeterince gerekçeli bir şekilde yapılmayıp klasik ölçülülük testinden daha zayıf bir şekilde gerçekleştirilmiş olması, olağanüstü hal tedbirlerinin yasallık ve anayasallık denetiminin son derece etkili bir halde yapıldığını iddia etmeyi zorlaştırmaktadır.

Neredeyse etkisiz bir siyasal denetim ile kısmen zayıf bir yargısal denetim altındaki ve uluslararası mekanizmaların denetiminden tamamen yoksun olan olağanüstü hal uygulamaları, 2017’den sonra terörle mücadele düzenlemelerinin yürürlüğ e girmesiyle kalıcı hale gelmeye başlamıştır.

Olağanüstü halin kalıcılaşması, bir diğ er deyiş le istisnanın kural haline gelmesi yalnızca terörle mücadele düzenlemesiyle değil, 2015-2017 döneminde yürütmenin yetkilerinin artırılmasının teröre çözüm bulmayı sağlayacağına yönelik inancın yerleşmesiyle de olmuştur. Ancak bu düşünce, yürütme ve yasama organları ile yürütmenin geniş takdir yetkisini tanıyarak çekingen bir denetim yapan yargı organlarında yerleşmesine rağmen toplumda aynı fikrin oluştuğ unu iddia etmek güçtür. Temel haklara getirilen alışılmadık sınırlamalara rağmen yüzlerce sivil toplum örgütünün, çeşitli konularda eylemlere katılan aktivistlerin ve akademisyenlerin ezici çoğ unluğ unun olağanüstü halin uzatılmasına yönelik tepkilerini dile getirebilmiş olması başlı başına dikkate değerdir.

Fransa’da terörle mücadele tedbirleri olağanüstü hal tedbirleriyle benzeşirken hukuk devleti ve hukuk güvenliğ i ilkeleri açısından ş u sorular yanıtlanmaya muhtaçtır: terör hangi koşullarda olağanüstü tedbirleri gerektiren bir tehdit haline gelmektedir? Terörle mücadelenin yalnızca güvenlik politikasıyla aş ılamayacağı nın anlaşıldığı çağ ımızda yürütmenin yetkilerinin artırılması ve

demokratik toplum ilkesinin temelini oluşturan ifade özgürlüğü ve diğer temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması niçin kabul edilebilmektedir? Terörle mücadele sisteminde hukuk, kişilerin ve örgütlerin terör eylemi gerçekleştirmeye yönelmesinin nedenleriyle nasıl başa çıkmalıdır? Olağanüstü hal tedbirlerinin olağan hukuka entegre edilmesinin Avrupa tarihi ve özellikle Almanya örneği dikkate alındığında karşılaşılabilecek eleştiri ve endişeler, tedbirin türüyle mi ilgilidir; yoksa ilkesel olarak yürütmeye aktarılan ve olağan döneme göre kullanımının daha zayıf bir yargısal denetime tâbi tutulduğu yetkilerle mi ilgili olmalıdır?

Fransa’da yasama organının yetkilerinin yürütmeye şeklen aktarılmamış olması, bir diğer deyişle yürütmeye kanun ya da kanun benzeri işlem yapma yetkisinin olağanüstü dönemde dahi verilmemiş olması, kanımızca erkler ayrılığının tehlikeye atılmadığı anlamına gelmez. Zira hukuk devleti sadece yargı kararlarının üstünlüğüyle değil, aynı zamanda yürütmenin keyfilikten uzaklaşabilmesiyle ilgiliyken erkler ayrılığı da yalnızca bir yasama yetkisinin açıkça devredilmesiyle ilişkili değildir. Yasamanın ve yargının kendi yetkilerinden gönüllü olarak da olsa vazgeçmeye ya da söz konusu yetkileri daraltmaya başlaması ve bu olguyu olağan dönemde de devam ettirmesi, Fransa’da erkler ayrılığının tehlikeye düştüğünün göstergesi olmuştur.

Fransa örneğinin Birleşik Krallık, ABD, Almanya ve Türkiye’de olduğu kadar ciddi insan hakları ihlalleriyle gündeme gelmediğinin altını çizmekle birlikte, istisnanın kurala dönüşmesi bakımından Fransa’yı kendi tarihiyle ele aldığımızda 2015-2017 döneminin özel bir yer tuttuğunu da belirtmek gerekir. Sıkıyönetimin uygulandığı eski dönemler ve 16. madde rejiminin uygulandığı Charles de Gaulle döneminin dışında “olağanüstü hal” ismiyle defalarca yürürlüğe giren istisna halinin; önce anayasalaşma tartışmasıyla, ardından Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin olağanüstü halin yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşmesiyle ve nihayet terörle mücadele kanununun kabul edilmesiyle ilk kez kalıcı hale gelme tehdidiyle bu kadar karşı karşıya olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İnsan haklarını, demokrasi ve barışçıl düzeni koruyabilmek için bu kavramların düşmanlarıyla mücadele ederken terörle mücadeleden çok “teröristle savaş” kavramının kullanılması bu açıdan dikkate değerdir. İnsan haklarına ve

hukuka saygı duymayanlarla sistematik mücadelenin insan haklarının olağandışı bir şekilde sınırlandırılıp hukuk düzeninin yürütmenin yetkilerini artırma yönünde yeniden değerlendirilmesi, istisna halini inceleyen teorisyenlerin vurguladığı önemli bir çelişkiyken, Fransa'nın bu çelişkiyi rahatça aşabildiğini iddia etmek güçtür.

Olağanüstü halin ilânına ve son yasal düzenlemelerin kabulüne neden olan IŞİD terörüyle mücadelenin ulusal ve uluslararası bir güvenlik politikasının yanında tam da terörün tehdit ettiği hukuk devleti, insan hakları ve demokrasi gibi değer ve ilkelerin nasıl korunacağına hukuk düzeninde bir yanıt aranması gerekmektedir. Bu açıdan Fransa'da olağanüstü hale ve olağanüstü tedbirlerle hangi koşullarda başvurulacağının açıklığa kavuşturulması ve yargısal denetimin artırılarak kararların daha ikna edici ve sistemli gerekçeleri içermesiyle birlikte siyasal denetimin etkinleştirilmesi için parlamentonun hem terörle, hem de terörle mücadele tedbirleriyle ilgili daha ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesinin yanında çalışma usullerinde de değişikliğe gidilmesi faydalı olabilecektir.

Özetle, Fransa'da 2015-2017 döneminde şeklen uygulanan ve iddiamıza göre 2017'den bugüne dek fiilî olarak yürürlükte kalan olağanüstü hal, diğer ülkelerdeki örnekleriyle karşılaştırıldığında hukukî açıdan daha belirli ve yargısal denetim bakımından daha güvenceli görünse de, yetkilerin şeklen ya da madden yer değiştirmesi ve hukuk devleti ilkesi açısından otoriterleşme sorununu barındırmaktadır. Kuşkusuz, bugünkü anlamıyla diktatörlükten söz etmek mümkün değildir. Fakat geçmişte olağanüstü hal bakımından yaşanmamış ya da olağan düzene aktarılan yetkiler açısından Fransa'da ilk örneğini gördüğümüz kalıcılaşma sorunu, ihmal edilemeyecek ölçüde önemlidir.

Rossiter'in "anayasal diktatörlük" olarak adlandırdığı istisna hallerinin hukuk düzenindeki etkileri, olağanüstü halin Agamben'in söz ettiği hukuk-siyaset arası çizgiden çıkarak siyasete yönelmesi tehdidi içerdiğinden küçük bir yetki değişiminin ve yürütmenin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinin anlamı büyüktür. Özellikle insan haklarına getirilen sınırlamalarda yargıya yansımamakla birlikte raporlara yansıyan ayrımcılık vakalarının artması konusunda ise Benjamin'in tespitini yinelemekle yetinelim: ezilenlerin geleneği olağanüstü halin

kural haline geldiğini gösterdiğinden tarihe bu açıdan bakmak, “ezilenler” için başka bir olağanüstü hali inşa etmek gereklidir.

KAYNAKÇA

- Ackerman* : Ackerman, Bruce. “Les pouvoirs d’exception à l’âge du terrorisme”, *Esprit*, Août/Sept. 2006
- Ackerman* : Ackerman, Bruce. *The Emergency Constitution*, 113 Yale L.J. 1029, 1092 , 2004
- Agamben* : Agamben, Giorgio. *Olağanüstü Hal*, Çev. Kemal Atakay, Varlık Yayınları, İstanbul, 2008
- Alford* : Alford, Ryan Patrick. *Permanent State of Emergency: Unchecked Executive Power and the Demise of the Rule of Law*, McGill–Queen's University Press, 2017
- Bastien* : François, Bastien . “Faut-il constitutionnaliser l’état d’urgence? La séparation des pouvoirs mise à mal”, *Le Monde*, 22 déc. 2015
- Beaud, Guérin-Bargues* : Beaud, Olivier; Guérin-Bargues, Cécile. *L’état d’urgence Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Lextenso éditions, 2016
- Belloubet* : Belloubet, Nicole. “La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/2 (N° 55-56)
- Bonnet* : Bonnet, Julien. “Les juges constitutionnels et l’état d’urgence”, *Droit Administratif* no. 12, Décembre 2016, étude 15
- Boucobza, Girard* : Boucobza, Isabelle; Girard, Charlotte. “«Constitutionnaliser» l’état d’urgence ou comment soigner l’obsession d’inconstitutionnalité ?”, *La Revue des droits de l’homme* [En ligne], Actualités DroitsLibertés, mis en ligne le 05 février 2016

- Cahn* : Cahn, Olivier. ““Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre”. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l’ennemi”, *Archives de politique criminelle*, 2016/1 (no. 38), s. 89-121
- Cassia* : Cassia, Paul. *Contre l’état d’urgence*, Editions Dalloz, 2016
- Cerda-Guzman* : Cerda-Guzman, Carolina. “La Constitution: une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ?”, *Revue française de droit constitutionnel* 2008/1 (n° 73), s. 41-63
- Çelik* : Çelik, Cemil. *Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması*, Doktora Tezi, Ankara, 2010
- Dionisi-Peyrusse, Marchadier*: Dionisi-Peyrusse, Amélie; Marchadier, Fabien. “La proposition d’élargir la déchéance de nationalité aux personnes condamnés pour actes terroristes”, in Pascal Mbongo, *L’état d’urgence La prérogative et l’Etat de droit*, Institut Universitaire Varenne, 2017, s. 289-305
- Drago* : Drago, Roland. «L’état d’urgence et les libertés publiques », RDP, 1955
- Duguit* : Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionnel (Tome Troisième)*, Paris, E. de Boccard, 1923
- Eren, Marmara HAD, 23* : Eren, Selahattin. “Senatus Consultum Ultimatum: Eski Roma’da Olağanüstü Yönetim Kararı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24 (2018)
- Eren, Marmara HAD, 24* : Eren, Selahattin. “Roma Diktatörlüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (2017)

- Esen* : Esen, Selin. *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
- Gonzalez* : Gonzalez, Gérard. “L’état d’urgence au sens de l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme”, no. 6, CRDF, 2007, Presses Universitaires de Caen, s. 93-100
- Gökçen* : Gökçen, Gökçe. “Fransa’da 2015’ten Bugüne Olağanüstü Hal Uygulaması”, *Güncel Hukuk*, Eylül 2017
- Gözler* : Gözler, Kemal. *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997
- Hauriou* : Hauriou, Maurice. *Précis de Droit administratif et de droit public général*, Paris, L. Larose & Forcel, 1900
- Hayek* : Hayek, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1978
- Hennette-Vauchez, Slama* : Hennette-Vauchez, Stéphanie; Slama, Serge. “Le jour sans fin de l’état d’urgence”, *Dalloz Actualité*, 9 juin 2017
- Henriot* : Henriot, Patrick. “Quand l’État abuse de l’urgence”, *Chimères* 2016/1 (N° 88), s. 39-44
- International Commission of Jurists*: International Commission of Jurists, *Assessing Damage, Urging Action*, Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, Geneva, 2009
- Jacquin* : Jacquin, Jean-Baptiste, “Jacques Toubon: le projet de loi antiterroriste est “une pillule emprisonnée””, *Le Monde*, 23 juin 2017

- Jacquin* : Jacquin, Jean-Baptiste. “Ce que des juristes reprochent au projet de loi de sortie de l’état d’urgence”, *Le Monde*, 18 juillet 2017
- Kaboğlu* : Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018
- Lambert* : Lambert, Anaïs; Moreno, Laetitia Braconnier, “La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d’un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l’article 15 de la CEDH?”, *La Revue des droits de l’homme*, Actualités Droits-Libertés, 2015
- Martin* : Martin, Pierre-Marie. *Crise du terrorisme, crise de l’Etat de droit*, in Jacques Larrieu, *Crise(s) et Droit*, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ – Lextenso Editions, Toulouse, 2012
- Mastor, Saint-Bonnet* : Mastor, Wanda; Saint-Bonnet, François. «De l’inadaptation de l’état d’urgence face à la menace djihadiste », *Pouvoirs* 2016/3 (N° 158), s. 51-65
- Mbongo* : Mbongo, Pascal. *L’état d’urgence La prérogative et l’état de droit*, Institut Universitaire Varenne, 2017
- Mestre* : Jean-Louis Mestre. “Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution”, *Cahiers du Conseil constitutionnel* No. 28 (Dossier: l’histoire du contrôle de constitutionnalité), Juillet 2010
- Muiznieks* : Muiznieks, Nils. “Luttons contre le terrorisme dans le respect du droit”, *Le Monde*, 02 février 2016
- Platon* : Platon, Sébastien. “Vider l’article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l’état de

- droit contemporain ?”, *Revue française de droit constitutionnel* 2008/5 (HS n°2), s. 97-116
- Raimbourg, Poisson* : Raimbourg, Dominique; Poisson, Jean-Frédéric. Communication d’étape sur le contrôle de l’état d’urgence, Réunion de la commission des Lois du mardi 17 mai 2016
- Roblot-Troizier* : Roblot-Troizier, Agnès. “Etat d’urgence et protection des libertés”, *RFDA*, 2016, s. 424-435
- Saint-Bonnet* : Saint-Bonnet, François. *L’état d’exception*, PUF, coll. Léviathan, 2001
- Schmitt* : Schmitt, Carl. *Siyasî İlahiyat, Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, Kasım 2005
- Strauss* : Strauss, David A. “The Irrelevance of Constitutional Amendments”, 114 *Harvard Law Review* 1457 (2001)
- Şirin* : Şirin, Tolga. *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa Konseyi, Nisan 2018
- Thénault* : Thénault, Sylvie. “De l’Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d’une loi”, *Le Mouvement social*, No. 218, 2007, s. 63-78
- Thénault* : Thénault, Sylvie. “L’internement en France pendant la guerre d’indépendance algérienne”, *TERRA-Quotidien, Références, Recueil Alexandries*, No. 15
- Turchetti* : Turchetti, Mario. “Droit de Résistance, à quoi ? Démasquer aujourd'hui le despotisme et la tyrannie”, *Revue historique* 2006/4 (n° 640), s. 831-878
- Voisset* : Voisset, Michèle. “Une formule originale de pouvoirs de crise: l’article 16, *Pouvoirs*, revue

française d'études constitutionnelles et politiques",
n°10, 10- *Les pouvoirs de crise*, 1979, s. 105-113

Raporlar

“France: La logique de l'état d'urgence transposée en droit commun”, Amnesty International, 5 juillet 2017

Amnesty International, “France, Le droit de manifester menacé”

Amnesty International, Un droit, pas une menace, Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France, Amnesty International 2017

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, “Etat d'urgence: questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme”, Texte adopté par l'Assemblée le 24 avril 2018 (12e séance)

CNCDH, *Avis sur le suivi de l'Etat d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016*, 26 janvier 2017

Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis sur le projet de loi constitutionnelle “de protection de la nation” de la France, adopté par la Commission de Venise, Venise, 11-12 mars 2016

International Commission of Jurists, “Assessing Damage, Urging Action”, Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, Geneva, 2009

Rapport du gouvernement au parlement, mise en œuvre de la loi no 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 1 novembre 2018,

Mevzuat

Loi no. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, JORF no. 0085 du 7 avril 1955 p. 3479

Loi no. 57-1426 du 31 décembre 1957 instituant un code de procédure pénale, JORF du 8 janvier 1958 p. 258

Loi no 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JORF no. 0255 du 31 octobre 2017

Code pénal

Code de la défense

Code de la sécurité intérieure

Ordonnance No. 60-372 1960-04-15 art. 1, JORF 17 avril 1960

Décret no. 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi no. 55-385 du 3 avril 1955, JORF no. 0264 du 14 novembre 2015 p. 21297, texte no. 44

Décret no. 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi no. 55-385 du 3 avril 1955 JORF no. 0264 du 14 novembre 2015 p. 21297, texte no. 45

Décret n° 2015-1478 du 14 novembre 2015 modifiant le décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, JORF n°0265 du 15 novembre 2015, p. 21382, texte n° 9

Décret n° 2015-1494 du 18 novembre 2015 portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, JORF n°0268 du 19 novembre 2015 page 21517
texte n° 10

Mahkeme Kararları

CC, 1 décembre 2017, Déc. No. 2017-677 QPC

CC, 11 janvier 2018, Déc. No. 2017-684 QPC

CC, 12 juillet 1979, Déc. No. 79-107 DC

CC, 16 décembre 1999, Déc. No. 99-421 DC

CC, 16 février 2018, Déc. No. 2017-691 QPC

CC, 16 mars 2017, Déc. No. 2017-624 QPC

CC, 19 février 2016, Déc. No. 2016-536 QPC

CC, 19 février 2016, Déc. No. 2016-536 QPC

CC, 19 février 2016, Déc. No. 2915-535 QPC

CC, 2 décembre 2016 , Déc. No. 2016-600 QPC

CC, 22 décembre 2015, Déc. No. 2015-527 QPC

CC, 23 septembre 2016, Déc. No. 2015-567/568 QPC

CC, 25 janvier 1985, Déc. No. 85-187 DC

CC, 27 juillet 2006, Déc. No. 2006-540 DC

CC, 29 mars 2018, Déc. No. 2017-695 QPC

CC, 9 juin 2017, Déc. No. 2015-635 QPC

CE, 13 mai 1933, *Benjamin*, Rec. 541

CE, 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, rec. s. 875

CE, 2 février 2016, Avis no. 391124

CE, 20 janvier 2017, No. 406618.

CE, 22 juin 2017, Avis No. 393348

CE, 22 mai 1992, No. 87043

CE, 27 janvier 2016, Ord. No. 396220

CE, 28 juin 1918, Heyriès, Rec. Lebon s. 651

CE, 5 mars 1948, Marion (Rec, p. 113 ; D. 1949, III, s. 147).

CE, 6 juillet 2016, No.s 398234, 399135

CE, 9 décembre 2005, Ord. no. 287777

CE, Ass. 24 mars 2006, *Rollin et Boisvert*

CE, Ass. du 2 mars 1962, 55049 55055

CE, Ass. Gén. (Section de l'Intérieur), Avis No. 391519, 28 avril 2016.

CE, Ass. Gén. (Section de l'intérieur), Avis no. 393347, 15 juin 2017.

CE, Ass. Gén., Section de l'Intérieur, 23 décembre 2015, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation

CE, Commission permanente (section de l'intérieur), Avis no 391834, 18 juillet 2016.

CE, Déc. No. 395009, 394990, 394992, 394993, 394989, 394991, 395002

CE, ord. du 6 décembre 2016, No. 405376
CE, ord., 11 déc. 2015, n° 395009
CE, Section de l'Intérieur, 10 mai 1960, Avis No. 279-738
CE, Section de l'Intérieur, 6 septembre 1955, Avis No. 267-814
İHAM, A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, Baş. No. 3455/05, K.T. 19.02.2009
İHAM, Belilos/İsviçre kararı, Baş. No. 10328/83, 29/04/1988
İHAM, *Brannigan ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Baş. No. 14553/89, 14554/89, K. T. 26.05.1993
İHAM, *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Baş. No. 11209/84, 11234/84, 11266/84..., K. T. 29.11.1988
İHAM, Guzzardi/İtalya, Baş. No. 7367/76, 6.11.1980
İHAM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, Baş. No. 5029/71, K. T. 06.09.1978
İHAM, Lawless/İrlanda (no. 3), Baş. No. 332/57
İHAM, Loizidou/Türkiye kararı, Baş. No. 15318/89, 18/12/1996
İHAM, Medvedyev ve diğerleri/Fransa, Baş. No. 3394/03, 29.03.2010