

T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU GÜVENLİĞİNİN SAĞLANMASINDA ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİ VE DEVLETİN ROLÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

EDA YILDIZ

NİSAN 2019

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Adı Soyadı: EDA YILDIZ

İmza

ÖZET

KAMU GÜVENLİĞİNİN SAĞLANMASINDA ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİ VE DEVLETİN ROLÜ

Yıldız, Eda

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Bölümü

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. Mehmet Ali Zengin

Nisan 2019, 237 sayfa

Bu çalışmada, kamu güvenliği sağlanırken özgürlük ile otorite arasındaki dengeyi bozan faktörler ve bu dengeyi sağlayabileceği düşünülen ilkeler incelenmiştir. Özellikle tüm dünyada önemli bir güvenlik tehdidi haline gelen ulusal ve uluslararası teröre karşı, devletlerin ürettiği kanunlar ve hayata geçirdiği uygulamaların, bireysel hak ve özgürlükleri hangi yönlerden tehlikeye düşürebileceği irdelenmiştir. Ulusal ve uluslararası yargının özgürlük-otorite dengesinin bozulması karşısında sergilediği tutum ortaya konmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında konunun hangi çerçevede tartışıldığı incelenmiş, devletin özgürlük-otorite dengesini sağlamadaki rolünün, hangi koşullar etrafında ve nasıl değiştiği saptanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu güvenliği, özgürlük, otorite, yargı, devlet.

ABSTRACT

BALANCE BETWEEN FREEDOM AND AUTHORITY IN PROVIDING PUBLIC SAFE AND ROLE OF THE STATE

Yıldız, Eda

Master, Department of Public Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Mehmet Ali Zengin

April 2019, 237 pages

In this study, the factors that deforms the balance between freedom and authority while public safe is providing and the principles which can fix this balance was examined. Particularly, how laws states produced and practices they accomplished against national and international terror which become an important threat to safety all over the world affect individual rights and freedoms was studied. The attitude of judiciary powers against deformation of the balance between freedom and authority was put forth. The scope of the topic which debated in European Court of Human Rights was analyzed and it was tried to determine that under which conditions the role of the states in protecting the balance between freedom and authority differs while providing the public safety.

Key words: Public safety, freedom, authority, judiciary power, state.

İÇİNDEKİLER

ÖZET ……I
ABSTRACT……II
İÇİNDEKİLER…….. III
KISALTMALAR…….V
GİRİŞ..... 1
1.BÖLÜM:KAMU GÜVENLİĞİ VE ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNE DAİR KAVRAMSAL ÇERÇEVE..... 4
1.KAMU GÜVENLİĞİ..... 4
2. DEVLET..... 9
3. DEVLET YAPILARI BAKIMINDAN TOPLUMSAL HAYATA MÜDAHALE 15
3.1.Otoriter Devlet..... 17
3.2.Totaliter Devlet..... 20
3.3. Liberal Çoğulcu Demokratik Rejimler..... 23
4. İNSAN HAKLARI KURAMI..... 27
5. EGEMENLİK..... 33
6.OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİ..... 42
2.BÖLÜM:KAMU GÜVENLİĞİ AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNİ SAĞLAYAN VE BOZAN FAKTÖRLER..... 54
1- KAMU GÜVENLİĞİ AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNİ BOZAN FAKTÖRLER……. 62
1.1.Yürütmenin Güçlenmesi..... 54
1.1.1 Yürütmenin Tercih Edilen Hükümet Şekli Nedeniyle Güçlü Olması 57
1.1.1.1. Genel Olarak..... 57
1.1.1.2. Başkanlık Sistemini Tercih Eden Ülkelerde Yürütmenin Güçlü Olması 63

1.1.2. Yürütmenin Olağanüstü Hal Nedeniyle Güçlü Olması 71
1.1.2.1. Genel Olarak..... 71
1.1.2.2. Yakın Geçmişte Bazı Ülkelerde Ortaya Çıkan OHAL Uygulamaları ve Yürütmenin Gücüne Etkileri..... 74
1.1.2.2.1.ABD Örneği 74
1.1.2.2.2. Fransa Örneği..... 80
1.2. Sözde (İtibari) Anayasalar..... 86
1.2.1.Kuvvetlerin Fiili Ya da Hukuksal Birliği 87
1.2.2.Yargısal Denetimin Yokluğu veya Etkisizliği..... 89
2- KAMU GÜVENLİĞİ AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNİ SAĞLAYAN BİR FAKTÖR OLARAK YARGININ DENGELEYİCİ FONKSİYONU 95
2.1.Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında Alman Yargı Kararları..... 96
2.1.1.Genel Olarak..... 96
2.1.2. Havacılık ve Ulaştırma Güvenliği Kanunu 97
2.1.3. Eleyici Takip Kararı 98
2.1.4. Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı 99
2.1.4.1. Verilerin Toplanması Tedbiri..... 102
2.1.4.2. Teknoloji Sistemlerine Giriş ve Özel Konutun İzlenmesi Tedbiri 104
2.1.4.3. Toplanan Verilerin Analizi ve Kullanılması Tedbiri 105
2.1.4.4. Verilerin Aktarılması Tedbiri..... 106
2.1.4.5. BKAG'de 2017 Değişiklikleri 108
2.2. Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında Fransız Yargı Kararları.... 110
2.2.1. Genel Olarak..... 110
2.2.2. İç Güvenlik Kanunu Kararı 112
2.3. Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında İngiliz Yargı Kararları 121
2.3.1. Genel Olarak..... 121
2.3.2. Belmarsh Kararı 122
2.4. Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında A.B.D. Yargı Kararları 131

2.4.1. Holder, Attorney General v. Humanitarian Law Project Kararı 133
2.4.2. Ziglar v. Abbasi Kararı 134
2.4.3. Jesner v. Arab Bank Kararı 135
2.4.4. Rubin v. Islamic Republic of İran Kararı 135
2.5.Ülkelere İlişkin Genel Değerlendirme 136
3.BÖLÜM: TÜRKİYE'DE VE AVRUPA HUKUK DÜZENİNDE KAMU GÜVENLİĞİ VE ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİ 138
1-TÜRKİYE'DEKİ DURUM 138
1.1. Osmanlı Klasik Dönemi 138
1.2.Osmanlı Modernleşme Dönemi 143
1.3.Cumhuriyet Dönemi 156
1.3.1. 1921 Anayasası ve 1924 Anayasası Dönemi 156
1.3.2. 1961 Anayasası Dönemi 175
1.3.3. 1982 Anayasası Dönemi 177
1.3.4. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Özgürlük-Otorite Dengesini Sağlamadaki Rolü 179
2.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI 196
SONUÇ 207
KAYNAKÇA 211

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik devletleri
ACTSA	Anti Terrorism Crime and Security Act
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AQIM	Al-Qaeda in the Islamic Maghreb
AYM	Anayasa Mahkemesi
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BKA	Bundeskriminalamt
CHF	Cumhuriyetçi Halk Fırkası
CHP	Cumhuriyet Halk Partisi
ECR	European Court Reports
EEC	European Economic Community
IMF	International Monetary Found
İ.Ü.	İstanbul Üniversitesi
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KMÜ	Karamanoğlu Mehmet Bey Üniversitesi
LQR	Law Quarterly Review
OHAL	Olağanüstü HaL

PATRIOT	Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism
TpCF	Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası
UN	United Nations
USAK	Uluslararası Stratejik araştırmalar Kurumu
TACT	Terrorism Act
TDK	Türk Dil kurumu

GİRİŞ

Güvenlik ihtiyacı, toplumların yeme, içme, barınma ihtiyaçlarından hemen sonra gelen bir ihtiyaçtır. Güvenlik sağlanmadan, yaşamın idame ettirilmesi mümkün değildir. Toplumda güvenliği sağlayan temel araç devlettir. Devlet, toplumun güvenliğini sağlarken, bireylerin insan onurundan kaynaklanan ve vazgeçilmez nitelikte olan hak ve özgürlüklerini korumakla mükelleftir. Toplumda güvenliğin sağlanabilmesi için bir düzen kurulması şarttır. Devlet, bu düzeni kurmak amacıyla kurallar koyar. Kuralların uygulanması, devletin bireyler üzerinde otorite sağlamasıyla mümkün hale gelir. Bu manada vazgeçilmez bir değer olan otorite, bir diğer vazgeçilmez değer olan özgürlük ile karşı karşıya gelmeye mahkûmdur.

Özgürlük ile otoriteyi en sert şekilde karşı karşıya getiren olgu, güvenliktir. Bu karşı karşıya gelişlerde her iki değer arasında bir dengenin sağlanmasına yönelik ihtiyaç, bu meselenin yüzyıllar boyu tartışılmasına sebep olmuştur. Bu tartışma, tüm dünyada, siyasal arenada ve ulusal ve uluslararası mahkemeler nezdinde sürmektedir. Bu uzun yolculuğu ve günümüzde kamu güvenliği karşısında özgürlük-otorite dengesini sağlamakta devletin rolünün ne olduğu ve olması gerektiğini kavramak için, öncelikle kamu düzeni, kamu güvenliği kavramlarını anlamak, devlet yapıları bakımından toplumsal hayata müdahale türleri üzerinde durmak, insan hak ve özgürlüklerinin karşı karşıya olduğu güncel tehlikelerin izini sürmek gerekmektedir. Bu sebeple çalışmamızın birinci bölümünde, bu unsurların oluşturduğu kavramsal çerçeve ortaya konacaktır.

Ülkelerin yönetilmesinde, farklı devlet ve hükümet şekilleri esas alınmıştır. Bireylerin özgürlük seviyelerinde, tercih edilen devlet ve hükümet şekillerinin belirleyici bir rolü vardır. Monarşi, egemenliğin tek bir kişinin elinde olduğu, oligarşi bir zümrenin elinde olduğu devlet şekilleridir. Demokrasilerde ise kural egemenliğin halka ait olmasıdır. Devlet şekli demokrasi olan devletlerin, farklı hükümet sistemleriyle yönetildikleri görülür. Meclis Hükümeti Sistemi, Parlamenter Sistem, Başkanlık Sistemi demokrasilerde tercih edilen çağdaş hükümet şekilleridir. Bir devletin demokrasi ile yönetilmesi, o devletin vatandaşı olan bireylerin özgür şekilde

yaşamasına katkı sağlar. Fakat devlet şekilleriyle birlikte, hükümet şekillerinin de bireylerin özgürlük seviyesi üzerinde etkili olduğu görülür. Çalışmamızın ikinci bölümüne, çağdaş hükümet sistemleri incelenerek hükümet şekillerinin farklılaşmasının özgürlük-otorite ilişkileri üzerindeki etkisi açıklanarak başlanacaktır.

Demokrasinin olağan haldeki ideal görünümü, birey özgürlüğü için elverişli bir saha oluşturmaktadır. Fakat hukuk yoluyla kurulan demokrasinin içinde siyasal iktidarın serbest hareket alanı olarak değerlendirilebilecek olağanüstü hal rejimleri, demokrasi evreninde, birey özgürlüklerini yutan bir kara deliğe benzetilebilir. Hukukun yetersiz kaldığı alanlarda, hukuk dışı bir iradenin istisnai biçimde toplum hayatına müdahale ettiği olağanüstü haller, istisna hali olarak da anılır. Olağan hukuk düzeninin yetersiz kaldığı söylenebilen durumlardan biri ciddi güvenlik tehdidine sebep olan terörün toplum yaşamına hakim olmasıdır. Bu güncel sorunun sürekli olarak kendini tekrarlaması, demokratik rejimlerde istisna olarak düzenlenen olağanüstü hal rejimlerinin olağanlaşmasına neden olabilmektedir. Hukukun otoritesinin yerine geçen siyasal otorite olarak yürütme erki öne çıkıp güçlenebilmekte, denetlenebilir olmayan bir konuma yerleşebilmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünün ilk kısmında, olağanüstü hal nedeniyle yürütmenin güçlü olması, özgürlük-otorite dengesini bozan bir hal olarak incelenecektir.

Anayasaların varlık nedeni, bireysel hak ve özgürlüklerin korunası için, siyasal iktidarın sınırlandırılmasıdır. Fizikî olarak var olmasına rağmen iktidarı sınırlamayan anayasalara sözde (itibarî) anayasalar denmektedir. Bir anayasanın iktidarı sınırlamadığını gösteren en önemli unsurlar olarak çalışmamızda erklerin fiilî ya da hukuksal birliği ile yarsısal denetimin yokluğu veya etkisizliğini ele almış bulunmaktayız. Olağanüstü hal, erkler ayrılığının ve denetleme mekanizmalarının sarsıldığı durumlardan biri olarak öne çıkmaktaysa da, bu sorunun yaşandığı tek koşul değildir. Kuvvetlerin hukuksal olarak birleştiği monarşiler ve meclis hükümeti sistemine dayalı yönetimler bir yana, kuvvetlerin fiilî olarak birleştiği diktatörlüklerde de, erkler ayrılığının ve erklerin denetimine yönelik mekanizmaların

çalıştığını söylemek zordur. Bu durum, özgürlük ve otorite arasında bir dengenin kurulamamasına neden olmaktadır. Bu tür sistemlerde siyasal otorite, tüm sisteme koşulsuz şekilde hakim olmaktadır. Çalışmamızın ikinci bölümünün ikinci kısmında, erklerin fiili ve hukuksal birliği, sözde anayasaların varlığına delalet olan durumlardan biri olarak incelenecektir.

Yargısal denetim, erkler ayrılığıyla birlikte anayasa hukukunun en çok tartışılan konusu olmuştur. Onu demokrasilerin olmazsa olmaz unsurları olarak görenler olduğu gibi, demokrasinin halk egemenliğinden uzaklaşmasına sebep olan bir sorun olarak görenler de bulunmaktadır. Biz, çalışmamızın sistematiği içinde yargısal denetimin yokluğunu ve etkisizliğini, özgürlük-otorite dengesini bozan faktörler içerisinde ele almış bulunmaktayız. Yargısal denetimin demokrasi içindeki varlığını önemsemiş, onu çalışmamızın ana problemini teşkil eden, özgürlük-otorite dengesinin sağlanması meselesinin merkezine yerleştirmiş bulunmaktayız. Çalışmamızın son bölümünde, yargı erkinin, farklı ülkelerde özgürlük ile otorite arasında dengeleyici fonksiyonunu nasıl ifa ettiğini açıklayacağız. Yargı organı, özgürlük ile otoriteyi sağlıklı bir denge mekanizmasına kavuşturabilmek için, zaman içerisinde, birtakım çözümler geliştirmiştir. Hakların sınırlanmasının sınırlarını çizeceği noktaları tespit etmek adına, prensipler ortaya koymuştur. Meşru amaç, kanunîlik, ölçülülük olarak karşımıza çıkan bu prensipleri yaşanan olaylara uygularken farklı yaklaşımlarda bulunmuş, yargısal muhakeme bu yolla farklı perspektifler kazanmıştır. Özellikle ulusal ve uluslararası terörizmin yükselişiyle birlikte güçlü bir siyasal otoriteye duyulan ihtiyaçla beraber, bireysel hak ve özgürlüklerin gördüğü zararın her geçen gün artmasıyla ortaya çıkan çözümsüzlük, yargının çözüm arayışını hızlandırmıştır. Bu arayışın geçirdiği safahat ile geldiği son nokta çalışmamızda, uluslararası bir bakış açısıyla kavranmaya çalışılmıştır.

1.BÖLÜM
KAMU GÜVENLİĞİ VE ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNE DAİR KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.KAMU GÜVENLİĞİ

Kamu güvenliği, kamu düzeni kavramının bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır Kamu düzeni kavramının, zamana, ülkeye veya konuya göre değişken olduğundan bahisle bir tanımının yapılmasının zor olduğu ifade edilmiştir.[1] Buna karşın, kavramı tanımlayan yazarlar olmuştur. Kaboğlu, kamu düzenini, bir insan grubuna gerçek anlamda bir toplum olarak varlık gösterme imkanını sağlayan iç barış olarak somutlaştırmıştır.[2] Anayasa Mahkemesi, kavramı,

> *"... toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının korunmasını amaç alan herşeyi ifade eder. Bir başka deyimle toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsar."*

şeklinde tanımlamıştır.[3] Kavramın içeriği, 'kamu' ve 'düzen' alt kavramları incelenerek belirginleştirilebilir.[4] Buradaki düzen, kabaca sokaktaki düzen olarak tarif edilebilir.[5] Dış düzen olarak da nitelendirebileceğimiz bu düzen biçimi, güvenlik fikriyle temsil edilir. Bu güvenlik bir yandan toplumun kolektif güvenliği, öte yandan bu sosyal yapının bünyesinde bulunan üyelerin her birinin bireysel güvenliğidir.[6]

---

[1] ÖZDEMİR, Ali, *"Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım",* International Journal of Legal Process, Vol:2, Year: 2016, No:2, s.78-115.
[2] KABOĞLU, İbrahim, *"Özgürlükler Hukuku",* AFA Yay. 2. Baskı. s.61, 1994, İstanbul.
[3] Anayasa Mahkemesi'nin E. 1976/27, K. 1976/51, T. 22.11.1976 sayılı kararı, AYMKD, s. 14, 363.
[4] YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY, *"İdare Hukuku",* Oniki Levha Yay., 2013, İstanbul, s.532.
[5] YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY,(2013), s.532.
[6] YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY,(2013), s.532, GİRİTLİ, BİLGEN, AKGÜNER, BERK, *"İdare Hukuku"*, Der Yay., 7. Basım, 2015, İstanbul, s.1157.

Düzene kamusallık kazandıran ise zarar görmesi topluluğun bütününü etkileyecek belirsiz sayıda insandan oluşan bir topluluğun söz konusu olmasıdır.[7] Kamu düzeninin unsurları, dirlik ve esenlik, güvenlik ve sağlık olarak sayılabilir.[8]

Özgürlük-otorite dengesine özgürlüklerin sınırlanması yönünde etki eden ana unsur kamu güvenliği olmaktadır. Hayek güvenliği, *"özgürlüğün alanını genişletmek bir yana, bu alanı giderek daraltıp yok edecek en büyük tehdit"* olarak görmüştür.[9] Kamu güvenliği genellikle, kişilerin umuma açık yerlerde can ve mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerden uzak olması, can ve malları için endişeye uğramamaları ve bu yönde olumlu bir kanıya sahip olmaları şeklinde tanımlanmaktadır.[10] İnsan haklarının etkili şekilde kullanılmasına hizmet etmenin yanında, kamu güvenliği, bu hakları kısıtlamanın önemli bir gerekçesi olarak da karşımıza çıkmaktadır.[11] Kavram, AİHS'de özgürlüklerin kısıtlaması sebeplerinden sayılmıştır.[12] Güvenlik kavramının, tehdit, özgürlük, egemenlik ve insan hakları kavramlarıyla doğrudan bağlantısı bulunmaktadır.

Ullman' a göre kamu güvenliğinin anlamı ve önemi, tehdit altında olmadığı müddetçe anlaşılamaz.[13] Kamu güvenliği tehdit edildiğinde, özgürlüklerin kullanılabilirliği tehlikeye girer. Somut tehdit senaryoları ve uzun süreli yapısal

---

[7] YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY,(2013), s.532.

[8] YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY,(2013), s.532-536, GİRİTLİ, BİLGEN, AKGÜNER, BERK, (2015), s.1157-1160, GÖZLER, Kemal, *"İdare Hukuku"*, 2. Baskı, Ekin Yay., 2009, Bursa, s.473.

[9] HAYEK, Friederich A., *"Kölelik Yolu"*, Çev. Turhan Feyzioğlu, Yıldıray Arslan, Atilla Yayla, Liberte Yay., 5. Baskı, 2014, Ankara, s.167-168.

[10] YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY,(2013), s.534, DURAN, Lütfi, *"İdare Hukuku Ders Notları"*, İÜHF Yay. 1982, İstanbul, s.254, ÖZAY, İlhan, *"Günışığında Yönetim"*, Filiz Kit., 2004, İstanbul, s.727, GÜNDAY, Metin, *"İdare Hukuku"*, 9. Baskı, İmaj yay., 2004, Ankara, s.260, GİRİTLİ, BİLGEN, AKGÜNER, BERK, (2015), s.1157, GÖZLER,(2009), s. 473.

[11] KAPANİ, Münci, *"Kamu Hürriyetleri ; Teorik ve Pozitif Gelişmeler, Hürriyetlerin Korunması Problemi"* ,Ankara 1970. s.229

[12] AİHS'nin 8.9. ve 11. maddeleri ile anayasanın 26. maddesinde kamu güvenliği; 6., 9., 10. ve 11. maddeleri ile 4. protokolün 2. maddesi, 7. protokolün 1. maddesi ile Anayasa'nın 20.,21., 22., 26., 28., 31., 33., 34., 51. madddelerinde kamu düzeni kıstası özgürlükleri sınırlama sebepleri arasında sayılmıştır.

[13] ULLMAN, Richard H., *"Redefining Security"*, International Security, Vol. 8, No. 1 (Summer, 1983),s. 129-153.

toplumsal değişiklikler daima yeni ve etkili güvenlik tedbirlerinin alınması istemini doğurur.[14] Bu durumda özgürlüklerden kısmi bir vazgeçiş, karşılığında güvenlik içerisinde kullanılabilen bir özgürlük alanı sunmaktadır. Devletler, özgürlükleri kısıtlarken bu meşruiyet kaynağına dayanmaktadır. Devletin görevi bireyleri karşı karşıya oldukları tehlikelerden korumak, bir diğer deyişle kamu güvenliğini sağlamaktır. Bu meşru amaç doğrultusunda, özgürlüklerin kısıtlanması adil olarak değerlendirilir. Özgürlük ve güvenlik arasında yapmamız gerekli olan bu değişim çağımızın en önemli konularından biridir. Bu değişim sırasında makul bir dengenin kurulması gerektiğinden söz edilir.[15] Zira güvenlik kavramına olan rağbet, özgürlük kavramını tehlikeye sokmaktadır.[16] Fakat bu dengeyi her somut olay için yeniden bulmak kolay değildir. Hobbes'un ifade ettiği gibi, bir tarafta maksimum özgürlük, diğer tarafta maksimum otorite olmasını isteyenlerle kuşatılmış durumdayken, ikisi arasında dengeyi tesis etmek zordur.[17]

Hobbes'a göre, doğa durumundaki insan topluluklarını politik topluluklar haline dönüştüren şey, güvenlik konusunda güvence altında olmalarıdır. İnsan hayatını anlamlı, kültürel ve sosyal anlamda etkili yapan budur.[18] Hemen hemen her toplumda bireyler ve gruplar, devlete diğer devletlerden gelecek zararlara karşı koruma talep ettikleri gibi, devletin özgürlük alanına yaptığı müdahalelere karşı da güvence ararlar.[19] İnsan hakları ve kamu güvenliği bu nedenle yakından ilişkilidir. Devletin amacı güvenliği tesis etmektir.[20] Devlet yetkilileri sıklıkla haklı nedenlerle, dış düşmanları ile ülke muhalifleri arasında yardım ilişkisi olduğunu kabul ederler. Her zaman, her yerde, yurtdışındaki düşmanlara atıfta bulunarak özgürlük alanına

---

[14] BIELEFELDT, Heiner, *"Demokratik hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik",* ÇOBAN, Ali Rıza, CANATAN, Bilal, KÜÇÜK, Adnan (Ed.) *"Hukuk Devleti"*, Adres Yay., 1. Baskı, 2008, İstanbul, s.272.
[15] BIELEFELDT, Heiner, (2008), s.273
[16] HAYEK,(2014), s.167.
[17] HOBBES, Thomas, *"Leviathan",* Çev. Semih Lim, YKY Yay. 14. Baskı, 2016, İstanbul, s.15.
[18] LAZARUS, Liona, *"Right to Security"*, Edited by Rowan Cruft, S. Matthew Liao and Massimo Renzo, "Philosophical Foundations of Human Rights", Oxford University Press, 2015, s.424.
[19] ULLMAN, (1983), s.131.
[20] HOBBES, (2016), s.131.

yaptıkları müdahaleleri haklı çıkarmak için çaba sarf ederler.[21] Hayek, devletin, düşman tehdidini siyasetin gündeminde tutmasının ve sürekli savunma halinde bir topluluk yaratmaya gayret etmesinin, önceliklerini diğer ülkelere dayatmasının köleliğe giden yolun başta gelen ve en mühim işareti olduğunu vurgular.[22]

Hobbes, güvenliğin doğal hukukla sağlanamayacağını ifade eder.[23] Bunun için tek bir karar vericinin, Ölümlü Tanrı'nın, yani Leviathan'ın etrafında toplanmak gerekir.[24] Bu, özgürlüğe karşı güvenliğin tesis edilmeye çalışıldığı bir totalitarizm yolunu açmaktadır.[25] Güvenlik, tıpkı özgürlük gibi bir idealdir ve bu iki ideal arasında çoklukla tercih edilen güvenlik olacaktır.[26] Güvenlik idealinin baskın çıkması, devletin kişileri korku ile kontrol ettiği[27] bir toplum yaratmasına, toplumu dönüştürmesine[28] zemin hazırlar.[29] Egemen gücün, yokluğu kadar zarar vermeyeceğinden hareketle toplum; demokrasiye dönüşün mümkün olamayacağına, egemen güçten vazgeçilemeyeceğine, egemene karşı gelmenin adaletsizlik ile eş olduğuna, egemenin eylemlerinin eleştirilemeyeceğine ve cezalandırılamayacağına ikna olur. Egemenin uyruğun savunulması için neyin gerektiği, yargılama ve savaş ile barışa karar verme hakkına sahip olduğu konularında sorgulanamaz kararlar vermeye hakkı olduğuna dair sarsılmaz bir inanç toplumda yerleşir.[30] Egemen yaratılana dek geçerli olan toplumsal katılım ve rıza, böylece hitama erer. Toplumsal rızanın yerini güvenlik endişesiyle bastırılmış bireylerin mutlak boyun eğişi alır.[31] Egemen sınırsızdır, toplumun güvenliği sağlamış olmak, egemene, mutlak bir

[21] ULLMAN, (1983), s.132.
[22] ÇETİN, Halis, *" Özgürlüğe Karşı Güvenlik: Hayek'in Kölelik Yolu Eserini Yeniden Okumak",* C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, Yıl:2004, s.1-23.
[23] HOBBES, (2016), s.132.
[24] HOBBES, (2016), s. 134.
[25] ÇETİN, (2004), s.1.
[26] HAYEK, (2014), s.180.
[27] ÇETİN, (2004), s.10.
[28] HAYEK, (2014), s.179.
[29] HAYEK, (2014), s.176.
[30] HOBBES, (2016), S.133-140; ÇETİN, Halis, *"Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine",* C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2002, s.5.
[31] ÇETİN, (2002), s.6.

meşruiyet sağlar.[32] Hobbes için güvenlik, hem devletin varlığının mantığı hem de içindeki özneler üzerindeki sınırsız egemen iktidarın gerekçesidir.[33]

Egemenliğin bölünmezliği, Hobbes'un Leviathan'ın egemenliği için öngördüğü bir özelliktir. Toplumun egemenliğini Leviathan'a devretmesindeki amaç güvenliği sağlamak olduğundan, bu gücün bölünmesi düşünülemez.[34] Egemen tek olmalıdır, yalnızca Tanrı'ya hesap verir. Bu düşünce, modern kuvvetler ayrılığı kuramına kökten zıttır. Egemen güçleri, anayasaya karşı sorumlu olmak açısından bölünebilir kılmak, geçmişte başarısızlığa giden yol olmuştur. İngiliz iç savaşında yaşananlardan ötürü gelişen tehdit algısı, Hobbes'a, güvenliğin sivil şikayetler uğruna tehlikeye atılamayacak kadar değerli olduğunu düşündürmüştür.[35]

Kamu düzeninin alt unsuru olan güvenlik kavramının, tehdit, egemenlik, özgürlük ve kuvvetler ayrılığı kavramlarıyla olan ilişkisi açıklandığı gibidir. İnsan hakları ile güvenlik kavramı arasındaki bağlantı "güvenlik hakkı" bağlamında ortaya çıkmaktadır. Güvenliğin bir insan hakkı olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı sorunu tartışma konusu olmuştur.[36] Dünya çapında birçok insan hakları sözleşmesinde tanınan bu hak, devlet dışı aktörlerden kaynaklanan şiddete karşı korunmayı içerir. Devlete bu konuda sorumluluk yükler ve yetki verir.[37] Güvenliğin özgürlük karşısında ön planda tutulması fikrini destekleyen gerekçelerde, Hobbes'un, -bireysel ve toplumsal faydanın gerçekleştirilmesinin ön şartı olarak- güvenliğin değeri konusunda oluşturduğu bilinç, yankı bulmaktadır.[38] Bu hakkın varlığı ilk kez, Blackstone tarafından ortaya konmuştur.[39] Güvenliği sosyal ve politik

[32] ÇETİN, (2002), s.6.
[33] LAZARUS, (2015), s.424.
[34] ÇETİN (2002), s.5.
[35] LAZARUS, (2015), s.425.
[36] BIELEFELDT, (2008), s.280.
[37] LAZARUS, (2015), s. 423.
[38] LAZARUS, (2015), s.425.
[39] BLACKSTONE, William, *"Commentaries on the Laws of England"*, Oxford Press, 3rd ed. 1765, s.141.

bir topluluğa girmenin ödülü olarak gören Blackstone[40], kişisel güvenlik hakkını yaşamı korumaya yönelik bir hak olarak tarif etmiştir. Fakat bunun yanısıra, hakaret ve yaralanmaya karşı korumayı kapsadığını da öne sürmüştür.[41] Shue için fiziksel saldırıya uğramaktan korunma anlamına gelen güvenlik hakkı, diğer tüm haklardan faydalanmanın ön koşulu olan bir meta-haktır.[42] Fredman bu hakkı sosyal boyutuyla değerlendirmektedir.[43] Ona göre güvenlik hakkı kişiyi, bir insanın varlığını tehdit eden açlık ve diğer maddi yoksunluklara karşı da korur.[44] Powell'a göre güvenlik, onu tehdit eden bir şey olmadığı müddetçe belirli değerdeki çıkarların dayanıklılığını temsil eder.[45] Güvenliğin konusu olan nesne, güvenliği sağlanacak olan kişi, güvenliği gerektiren tehdit ve güvenliği sağlayacak kişi/kişiler arasındaki ilişkiyi tanımlar.[46] Güvenlik hakkına son formunu veren Ramsay ise kişinin güvenliğinin koşulunun kendine güven duygusu olduğu, bunun ise kişiler arasında karşılıklı güvenin tesis edilmesi, birinin diğerinden kendisine karşı suç işleyeceği şüphesiyle korkmamasının sağlanması olarak değerlendirmiştir. Bu da ceza hukukunun önleyici fonksiyonunun çalıştırılmasına yönelik ihtiyacı ortaya koyar.[47]

2. DEVLET

Devlet**,** sınırları çizilmiş bir toprak parçası üzerinde yaşayan, egemen iktidar tarafından idare edilen bir insan topluluğunun oluşturduğu sosyal/politik örgüttür.[48]

---

[40] LUBERT, Howard, *"Sovereignty and Liberty in William Blackstone's 'Commentaries on the Laws of England'"*, The Review of Politics, Vol. 72, No. 2 (SPRING 2010),s. 271-297.
[41] LAZARUS, (2015), s.429.
[42] LAZARUS, (2015), S.429; SHUE, Henry, *"Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy"*, 2nd edn., Princeton University Press, 1996, s. 18.
[43] FREDMAN, Sandra, *"The Positive Right to Security"*, in B.J. Goold and L. Lazarus (ed.), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, 2007, s. 307–24, 308.
[44] LAZARUS, (2015), s.432; FREDMAN, (2007),s.309.
[45] POWELL, Rhonda, *"The Relational Concept of Security"*, DPhil Dissertation, University of Oxford, 2006, p. 73.
[46] LAZARUS, (2015), s.433; POWELL, (2006),s.79.
[47] LAZARUS, (2015), s.434.
[48] AYBAY, Rona, *"Genel Kamu Hukuku: Devlet (18.-20. Yüzyıl)"*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 1. Baskı, 2017, İstanbul, s.24.

Belirli bir ülke, insan topluluğu ve egemenlik unsurlarından oluşur.[49] Devlet kavramı, yüzyıllar içerisinde evrime uğramıştır. Öncelikle, modern anlamda devlet denemeyecek, fakat devlet işlevi gören siyasal iktidarlar tarihte yerini almıştır. Bunlar; kabileler, şehir devletleri ve feodal beylikler olarak örneklendirilebilir.[50] Devlet, dayandığı kaynaklar bakımından farklı yaklaşımlara konu olmuş bir kavramdır. Bunlar; ilahi referansa, aileye, çatışmaya ve güce, içgüdüselliğe veya toplum sözleşmesine dayanan devlet anlayışlarıdır.[51] Bunlardan en eski olanı ilahi referansa dayalı devlet anlayışıdır. Buna göre devleti Tanrı var etmiş ve idare etme yetkisini muayyen şahıs veya topluluklara tevdi edilmiştir.[52] Aileye dayanan devlet yaklaşımında devletin kökeni, ailelerin genişleyip bütünleşmelerine dayanmaktadır.[53] Realist görüş de denilen çatışma ve güç teorisi, devletin, güçlüler ve zayıflar arasındaki çatışma neticesinde oluştuğuna işaret eder.[54] İçgüdüsel kuramın ilk ve önemli temsilcisi sayılan Aristo ise devlet olgusunu, insan içgüdülerinin doğal bir sonucu olarak açıklamıştır; çünkü insan, 'sosyal ya da siyasal bir hayvan' dır.[55] Devletin kökeni ile ilgili bir diğer görüş olan biyolojik görüş, devleti, doğal ve biyolojik kanunlara göre kendiliğinden meydana gelen, diğer canlılar gibi doğan, büyüyen ve ölen bir varlık olarak telakki eder.[56] Bunun yanında

[49] AYBAY, (2017), s.23.
[50] BULUT, Nihat, *"Siyasal İktidar Tipleri ve Bir Siyasal Tipi Olarak Devlet"*, www.cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=siyasal-iktidar-tipleri-ve-bir-siyasal-tipi-olarak-modern-devlet.pdf , s.4, (E.T.:15. 12.2018).
[51] ÖZDEMİR, Gürbüz, *"Batı'da Ve Türklerde Egemenlik Kavramı"*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:23, Nisan 2009, s.123-138.
[52] ÖZDEMİR, (2009), s.124.
[53] OKANDAN, Recai Galip, *"Umumî Âmme Hukuku Dersleri"*, Fakülteler Matbaası, İkinci Bası, 1959, İstanbul, s.39-47; GÖZLER, Kemal, *"Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku"*, Ekin Yay., 2013, Bursa, s. 44.
[54] OKANDAN, (1959), S.50-63; ERGÜL, Engin, "İbn Haldun'un Teorileri ile Karşılaştırmalı Genel Kamu Hukuku", Adalet Yay., 1. Baskı, 2019, Ankara, s. 221.
[55] ZABUNOĞLU, Yahya, *"Kamu Hukukuna Giriş"*, AÜHF Yay., Sevinç Matbaası, 1973, Ankara, s.51.
[56] OKANDAN, (1959), s.69.

devletin kuruluşunu bir iktisadî vâkıa olarak gören[57], kaynağını ferdin akıl ve iradesinde bulan[58] görüşler de bulunmaktadır.

Batı'da ortaya çıkan "modern devlet"in en önemli ayırt edici özelliği, laik özelliğe sahip olmasıdır. Bodin, mutlak monarşiyi hukuksal zemine oturtmuş ve ona laik bir anlam kazandırmıştır.[59] Bir topluluğu iktidar boşluğu ve kargaşadan kurtaracak tek şeyin, egemenliğin tek kişinin elinde bulunduğu mutlak monarşi sistemi olduğunu savunmuştur.[60] Fakat önceki düşünsel sınırlardan kendisini tamamen soyutlayamamıştır. Teorisinde, tanrıya ve astrolojiye siyasal olayların açıklanmasında önemli bir yer atfetmiştir.[61] Bu sebeple düşüncesi uhrevi iktidar anlayışından kopuş ve tam bir dünyevi iktidarı benimseyiş değil, ilki ile ikincisi arasında bir geçiştir.[62] Ona göre devletin başat özelliği, egemen erki içinde bulundurmasıdır.[63] Devletin tanımını şöyle yapmaktadır:

"Devlet, birçok ailenin ve bu ailelere ortak olan şeylerin egemen erk tarafından doğrulukla yönetilmesidir:"[64]

Bodin'in sözünü ettiği monist egemenlik, Fransa Kralı 14. Lois'nin "devlet benim" deyişinde karşılık bulur.[65] Modern egemenlik algısının 16.yüzyıl sonlarında kendini göstermesi tesadüf değildir. Çünkü modern egemenlik modern devlet ile ortaya çıkmıştır.[66] Devlet ve egemenliğin kaynağı hususunda laik anlayışa geçiş, Batıda bireyin temele ve merkeze alındığı düşünce sisteminin oluşması devlet ve

---

[57] OKANDAN, (1959), s.85.
[58] OKANDAN, (1959), s.92.
[59] AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent, *" Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı",* İmge Kit. 4. Baskı, 2009, Ankara, s.9.
[60] AĞAOĞULLARI. KÖKER, (2009), s.12.
[61] AĞAOĞULLARI. KÖKER, (200
9), s.17.
[62] AĞAOĞULLARI. KÖKER, (2009),s.17.
[63] AĞAOĞULLARI. KÖKER, (2009),s.17.
[64] AĞAOĞULLARI. KÖKER, (2009),s.17.
[65] AKAD, Mehmet, DİNÇKOL VURAL, Bihterin, BULUT, Nihat, *"Genel Kamu Hukuku",* Der Yay., 12. Basım, 2016, İstanbul, s. 117.
[66] AYBUDAK, Utku, *"Modern Devlet Bağlamında Ortaya Çıkan Egemenlik Kavramı ve Egemenliğin Dönüşümü"*, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi / The Journal of International Social Research Cilt: 10, Sayı: 54, Yıl: 2017, s.226-237.

egemenlik anlayışının da modern çerçeveye oturtulmasını sağlamıştır.[67] Otorite kralın kişiliğinde yoğunlaşsa da kral devlet ya da mutlakıyetçi yönetim, modern devletin ortaya çıktığı aşamayı ifade eder.[68] Egemenlik, zamanla kralın kişiliğinden ayrılmıştır. Merkezi gücün arttığı bu dönemde, ekonomik ve sosyal birikimleri sonucu, burjuvazinin yönetime katılma isteklerinin ortaya çıktığı ve bunu da bir oranda başardıkları görülmüştür.[69] Böyle bir isteğin ortaya çıkış nedeni, yasa ile uygulamayı elinde bulunduran kralların, bütün hak ve özgürlükleri, ama özellikle de mülkiyet hakkını tehdit etme potansiyeline sahip olmalarıdır.[70]

Modern devlet, ulus devlet anlayışıyla kurumsallaşmıştır.[71] Kralın kişiliğinden soyutlanıp hukuk sujesi olarak ele alınan devlet, kutsallaşmıştır.[72] Üzerinde yaşanan toprak parçası "vatan" adı verilerek yüceltilmiş, uğruna canlar verilen bir değer formuna bürünmüştür.[73] İnsan unsuru, aynı dili konuşan, aynı kültürden beslenen, tarihi, gelenekleri bir olan bir "ulus" tur.[74] Ulus sözcüğünün İngilizce karşılığı olan "nation" sözcüğü, köken olarak Latince "nasci" kelimesinden gelmektedir ve bu bakımdan potansiyel olarak yoğun ve duygusal yönü güçlü bir aidiyet duygusunu ifade eder.[75] Kavram olarak hakimiyetini kursa da, ulus, henüz egemen değildir. Ulusun, egemenliğin sahibi olarak kabul edilebilmesi için, birtakım gelişmelerin yaşanması gerekmiştir.[76]

Devletin kökeni teorileri içerisinde modern ulus devletin temelini oluşturduğu ifade edilebilecek teori toplumsal sözleşme teorisidir. Bu teorinin öne çıkan temsilcileri Hobbes, Locke ve Rousseau'dur. Hobbes'un çizdiği egemen

---

[67] AYBUDAK, (2017), s.228.
[68] AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.118.
[69] AKYILMAZ Bahtiyar, *"Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi"* , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. 2, S. 1-2, Yıl 1998, s. 4.
[70] AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.119.
[71] AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.117.
[72] AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.118.
[73] AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.118.
[74] AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.118.
[75] POGGI, Gianfranco, *"Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği",* Çev. Aysun BABACAN, Bilgi yay. 3. Baskı, 2011, İstanbul, s.36.
[76] AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.119.

modeli, yukarıda da açıklandığı gibi, bireylerin güvenlikten yoksun olduğu bir doğa durumundan kurtulmak için, aralarında yaptıkları sözleşmeyle güvenliği sağlama göreviyle egemenlik kendisine devredilen kişidir.[77] Bu kişi tek olmalıdır.[78] Bir kez egemenlik kendisine devredildikten sonra, egemenin uyruklara karşı hiçbir sorumluluğu kalmaz. Bireyler, devlete karşı hak iddia edemez. Bu tür bir egemen tasarısı ve monarşinin mülkiyet ve özellikle piyasa üzerinde giderek daha da usandırıcı kısıtlamalar uygulamaya başlaması, burjuvazide iktidarın sınırlandırılması gerektiği yönünde bir kanaat oluşturmuştur.[79] Burjuvazinin ekonomik menfaatleri, en aydınlanmış haliyle de olsa monarşinin siyasal uygulamalarıyla giderek artan bir uyuşmazlık içine girmiştir.[80]

Monarşi ile arasında gelişen uyuşmazlığın eseri, burjuvazinin kendi teorisyenini doğurmasıdır. O teorisyen, 17. yüzyıl düşünürlerinden, John Locke'tur. Locke; bireylerin dünyaya gelirken beraberlerinde getirdikleri haklar bulunduğunu ileri sürmüştür.[81] Bunlar; yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarıdır. Okandan, çalışma hakkı gibi çeşitli bazı hakların da bu anlamda gündeme gelebileceğinden söz eder.[82] Locke'a göre, devlet doğuştan gelen hakların muhafazası amacıyla mutabakat sağlanarak kurulmuştur.[83] Ayrıca, iktidarın sınırlanması düşüncesine bağlı olarak kuvvetler ayrılığı prensibini sistematik şekilde ortaya koyan ilk düşünür John Locke'tur.[84] Locke, devlet kudretini üç ayrı kuvvete ayırmış ve bu kuvvetleri; yasama, yürütme ve konfederatif kuvvetler olarak belirtmiştir.[85]

---

[77] OKANDAN, (1959), s.104.
[78] OKANDAN, (1959), s.105-106.
[79] POGGI,(2011), s.74.
[80] POGGI, (2011), s.75.
[81] OKANDAN, (1959), s.111.
[82] OKANDAN, (1959), s.111.

[83] OKANDAN, (1959), s.112-113.
[84] ZABUNOĞLU, H.Gökçe, *"Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı",* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7 , Sayı 2 , Ocak 2016 , s. 431 - 456.
[85] LOCKE, John, *"Yönetim Üzerine İkinci İnceleme",* Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 95-97.

Bir diğer toplum sözleşmecisi Jean Jacques Rousseau, 18. yüzyılda görüşlerini "İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı" ve "Toplum Sözleşmesi" eserleriyle sunmuştur.[86] Rousseau, Locke'tan farklı olarak başlangıçta mülkiyet hakkını doğal bir hak saymaz, ona göre saf insanların zaman içerisinde yavaş yavaş duyulan ihtiyaçların sevkiyle çalışmaya yönelmeleri, bunun sonucunda mülkiyet kavramının doğması, insanların kendilerini geliştirme dürtülerinin gelişmesi, insanlar arasında bir eşitsizliğin oluşmasına sebep olmuştur.[87] Bu durum, kargaşaya doğurmuştur.[88] Oluşan kargaşanın aşılması için, yazarın kendi deyimiyle; *"Üyelerinden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan; her insan hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kaldığı hem de eskisi kadar özgür olduğu"*[89] toplum biçiminin var edilmesi amacıyla bir toplumsal sözleşmeye ihtiyaç duyulmuştur. Rousseau'nun toplum sözleşmesi anlayışı, genel irade (genel istenç) kavramını yaratmıştır.[90] Yasa genel iradenin dışavurumundan ibaret olduğu için, genel iradeye uymayan ve ona dayanmayan kurallar yasal değildir.[91] Egemenin meşruiyetinin yaratılan "genel irade" kavramına dayandırılması, egemenliğin halka dayandığı fikrini doğurmuştur. Yasama işlemi, bütün bir sosyal yapı tarafından yerine getirilir.[92] Bencil arzular yerine genel irade hakim olur. İnsan, kendi iradesinde sonuna dek diretemediği için, tabii insana göre daha az özgür olsa da, bir başkasının iradesine değil, yalnızca genel iradeye boyun eğmek zorunda olması bakımından tabii haldeki insana göre daha özgürdür.[93] Rousseau'nun genel irade temelli toplum sözleşmesi kuramı, birçok düşünür tarafından, otoriter ve totaliter devletin görüşlerini desteklemeye elverişli bir kuram

---

[86] OKANDAN, (1959), s.115.
[87] OKANDAN, (1959), s.117.
[88] OKANDAN, (1949), s.117; ÖKTEM, Niyazi, *"Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları",* İstanbul, 1993, s.180.
[89] ROUSSEAU, Jean- Jacques, *" Toplum Sözleşmesi"* (çev. Vedat Günyol), İstanbul, 1990. s.25.
[90] OKANDAN, (1959), s.119.
[91] GÜRBÜZ, Ahmet, *"J.J. Rousseau ve Toplum Sözleşmesi Kuramı'nın Değeri"*, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:4, s.3.
[92] STRAUSS, Leo, *"Tabii Hak ve Tarih"*,Çev. Ozan ERÖZDEN, AKAL, Cemal Bali (Der.), "Devlet kuramı", Dost Yay. 2. Baskı, 2005, Ankara, s.269-320.
[93] STRAUSS, (2005), s.313-314.

olarak algılanmıştır.[94] Ancak onun görüşlerinin bu tür algılanışının bir yanılsama olduğu görüşü de dile getirilmiştir.[95]

3. DEVLET YAPILARI BAKIMINDAN TOPLUMSAL HAYATA MÜDAHALE

Devletlerin yapılarının farklılaşması, güçler birliği ve güçler ayrılığı modelleri ayrımına bir ölçüde paralellik gösterir. Güçlerin parlamentoda toplandığı meclis hükümeti sistemi ile güçlerin yürütmede toplandığı otoriter ve totaliter rejimler, güçler birliği sistemleridir. Bunlar arasından yalnızca meclis hükümeti, demokratik bir öze sahiptir. Buna karşın yasama ve yargı arasındaki ilişkilerin düzenlenişi nedeniyle diktatör yönetimlere de araç olabilecek bir potansiyele sahiptir.[96] Zira sistem meclis eliyle yürütülmektedir ve teorik olarak onun üzerinde hiçbir güç yoktur. Bu durumda meclisin yargıyı kendisine bağlayarak halk = meclis denklemiyle meclis diktatörlüğüne dönüşmesi muhtemeldir.[97]

Her üç güçler birliği sistemine bakıldığında, toplumsal hayata müdahale açısından yüksek oranda aktif olduklarını görürüz. Meclis hükümeti sistemine sahip

---

94 GÖZTEPE, Ece, *"Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler"*, Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı (5-6 Haziran 2010), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010, (s. 130-169), 142; SCHMİDT, Manfred G., *"Demokrasi Kuramlarına Giriş"*, (Çev. M. Emin Köktaş), Ankara: Vadi Yay., 2001, s.65, 71-73; UYGUN, Oktay, *"Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi"*, Editör: Ece Göztepe, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Ankara: TBB Yayını, 2010, ss. 22-80. ARNHART, Larry., *"Siyasi Düşünce Tarihi"*, (Çev. Ahmet Kemal Bayram), 4. Baskı, Adres Yay., 2011, Ankara s.266-267, 272; TANNENBAUM, Donald G. ve SCHULTZ, David, *"Siyasi Düşünce Tarihi"*, (Çev. Fatih Demirci), 7. Baskı, 2011, Ankara: Adres Yay., s.272; AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, *"Socrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler"*, İletişim Yay., 2011, İstanbul, s. 590-591; HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *"Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerine Etkisi"*, AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (4), 2003, s. 69-92.

95 WOKLER, Robert,*(Ed.) "Rousseau and Liberty",* Manchester University Press, 1995, p.267-289; SIMPSON, Matthew, *"Rousseau's Theory of Freedom",* Continuum International Publishing Group,2006, p.71-92; McDONALD, Christie, HOFFMANN, Stanley, *"Rousseau and Freedom",* Cambridge University Press, 2010, s.113-141.

96 ANAYURT, Ömer, *"Anayasa Hukuku"*, Seçkin Yay., 2018, Ankara, s.429.

97 ANAYURT, (2018), s. 429

rejimlerin, politik konjonktüre bağlı olarak otoriter, ya da totaliter rejim kategorisine dahil olabildiği görüşünde olduğumuzdan, bu bölümü "otoriter devlet" ve "totaliter devlet" başlıkları altında incelemeyi uygun görmekteyiz. Bu tür devletler, toplum hayatına müdahalede, birey haklarına, onların verimli şekilde kullanımının sağlanması amacı ve ölçüsünde sınırlama getirmeyi düstur edinen liberal çoğulcu demokratik devletler ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Otoriter ve totaliter devletlerden bahsederken, "güç" sözcüğüne farklı perspektiflerden de yaklaşmakta yarar vardır. Güç sözcüğünü tanımlama girişiminde bulunanlar, onu yakın anlamlı otorite, baskı ve şiddet kavramlarıyla birlikte ele almışlardır.[98] Otorite sözcüğü; kuvveti elinde bulundurmak, böylece toplum üzerinde kontrolü ve hareket biçiminin belirli bir düzeyde tektipleşmesini sağlamak anlamına gelir.[99] Hürriyete meşru sınırlamanın ötesinde kısıtlamalar gerirerek bireylerin hareket alanını anormal şekilde daraltma hali, "baskı" sözcüğünün karşılığı olarak görülür.[100] "Kaba güç" olarak tanımlanabilecek[101] "şiddet" sözcüğü ise, siyaset bilimi ve anayasa hukuku açısından farklı boyutlara sahip bir kavramdır.[102] Güç, bu kavramların tümüyle bağlantılıdır. Kavramın kendisinin tanımlanmasına gelindiğinde, insanın diğer insanların akılları ve eylemleri üzerindeki kontrolünden söz edilir.[103] Bu kontrol ilişkisini siyasal yapan, onun kamusal otorite sahipleri arasında yada bunlarla halk arasında gerçekleşmesidir.[104] Siyasal anlamıyla otorite,

---

98 TANRISEVER, Oktay F., *"Güç"*, Atila Eralp (Ed.), *"Devlet ve Ötesi"*, İletişim Yay. 5. Baskı, 2010, İstanbul, s.53-71.

99 SENNET, Richard, "Otorite", Çev. Kamil Durand, Ayrıntı Yay. 2. Basım, 2005, İstanbul, s.25.

100 TDK. Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.org.tr. E.T.:17.01.2019.

101 TDK. Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.org.tr. E.T.:17.01.2019.

102 BOYAR, Oya, *"Anayasa Hukuku ve Şiddet",* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 22 / 1, s. 53-80. Yazara göre anayasa hukukunda şiddet, devletin temellendirilmesinde, egemenlik yetkisinin kullanılmasında, anayasayı doğuran ve sınırlayan etmen olarak, olağanüstü yönetim usullerinde, bireyler arası şiddetin düzenlenmesinde, devletin insan haklarına yaklaşımında karşımıza çıkar.

103 MORGENTAU, Hans J. *"Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace",* 6. Baskı, 1985, New York, (Aktaran: ERALP, (2010), s.55.)

104 MORGENTAU, (1985), (Aktaran: ERALP, (2010), s.55.)

"kabul edilen, saygı gören, tanınan, meşru iktidar"dır.[105] Devlet, gücünü uygularken araç olarak emri, tehdidi, liderin otoritesi yahut karizmasını ayrı ayrı ya da birlikte kullanır.[106] Birinci Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan otoriter ve totaliter devletlerde, gücün kullanımının aşkın boyutlarda olduğu görülür ve 'demokrasi ne değildir' dendiğinde cevabı otoritarizm ve totalitarizmdir.[107]

3.1.Otoriter Devlet

Otoriterizm, otoritenin aşırı ve kötüye kullanımı anlamına gelir.[108] Karşılaştırmalı siyaset bilimi yazınında, "otoriter" kelimesi, demokratik bir toplumda, belli aralıklarla, özgür ve adil şartlarda gerçekleşmesi gereken seçimleri organize etmeyen bir rejimi ifade eder. Bu sınıflandırma bize Duterte, Modi, Orbán ve Trump gibi liderlerin (nispeten) özgürce ve adil bir şekilde seçilmiş olduklarını, böylece parlamentonun feshetmedikçe veya seçim usulsüzlüklerine başvurmadıkça, onları otoriter olarak rejimler olarak sınıflandıramayacağımızı gösterir. Politik psikolojide ise, otoriterlik, düzen ve hiyerarşi arzusu ve yabancıların korkusuyla karakterize edilen insanların psikolojik profili hakkındadır.[109] Yapılmaya çalışılan otoriterlik tanımları, ister siyasi sınıflandırma ister sosyal psikoloji odaklı olsun, bir devleti veya lideri kolayca "otoriter" olarak değerlendirmemize yardımcı olmamaktadır.[110] Sadece otoriter rejimlere ya da otoriter kişiliklere odaklanmak yerine otoriter ve illiberal uygulamaları incelemenin daha faydalı olduğu ifade edilmektedir.[111] Bu çerçevede otoriter devletten değil, otoriter uygulamalardan söz edilmesi gerekmektedir. Zira gerçek hayat ile siyaset bilimi teorisi araçları birbiriyle

---

105 SARTORİ, Giovanni, *"Demokrasi Teorisine Geri Dönüş",* Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yay. 1996, Ankara, s.203.
106 ERALP, (2010), s.56.
107 SARTORİ, (1996), s.202.
108 SARTORİ, (1996), s. 202.
109 GLASIUS, Marlies, *"What Autoritarianism is… and is not: A Practice Perspective"*, International Affairs, Volume 94, Issue: 3, 2018, s. 515–533.
110 GLASIUS, (2018), s. 515–533.
111 GLASIUS, (2018), s. 515–533.

uyumsuz olduğundan, bu tür tanımlamalarla sağlıklı sonuçlara varmak mümkün değildir.[112] Siyaset bilimi, üç sebep dolayısıyla otoriterliği doğru tanımlamaktan uzaktır; bu sebeplerden birincisi, otoriterliğin aslında kendi tanımı olmayan negatif bir kategori olmasıdır. İkinci sebep, seçimlerdeki oylama ile politika üretme üzerindeki fiili etki arasındaki ilişkiden hem vatandaşlar hem de siyaset bilimciler tarafından büyük ölçüde şüphe edildiği bir zamanda, seçimlere aşırı odaklanılmasıdır. Üçüncüsü, otoriterliğin yalnızca ulus-devlet düzeyinde yerleşik bir yapısal olgu olduğu varsayımıdır.[113] Glasius'a göre; devletin eylem ve işlemlerini gizlemesi, bireyleri dezenforme etmesi ile muhalefeti engellemesi yollarıyla hesap verebilirliği sabote etmesi, o devletin uygulamalarını otoriter yapan özelliklerdir. Bununla birlikte Linz, belirli bir otoriter devlet tanımı yapmayı mümkün görmüştür[114]:

> *"Sınırlı, fakat sorumlu olmayan bir siyasal plüralizme yer veren; işlenmiş ve yol gösterici bir ideolojiye değil, kendine özgü zihniyetlere sahip olan gelişimlerinin bazı aşamaları dışında, yaygın ve yoğun bir siyasal mobilizasyon yaratmayan, bir liderin veya bazen küçük bir grubun, biçimsel yönden iyi belirlenmemiş fakat fiiliyatta oldukça tahmin edilebilir sınırlar içerisinde iktidarı kullandıkları siyasal sistemler otoriter sistemlerdir."*[115]

---

[112] GLASIUS, (2018), s. 515–533. "Bush yönetimi, demokratik yollardan iktidara gelmiştir. Ancak, 11 eylül sonrası CIA eliyle yürüttüğü terörle mücadele politikası sırasında uygulanan gizli tutuklamalar, toplama kamplarının kurulması biçimindeki tedbiriler, bu tedbirlerin yarı denetiminden kaçmak için sınır dışına taşınması, uygulamalar sırasında vatandaş olan ve olmayan arasında ayrım yapılması, onu şüphe yok ki demokratik olmaktan uzaklaştırmıştır. Ancak siyaset bilimi anlamında ABD'ye otoriter devlet demek pek mümkün gözükmemektedir.

[113] GLASIUS, (2018), s. 515–533.

[114] LINZ, Juan J.,"*Totaliter ve Otoriter Rejimler"*, Çev. Ergun Özbudun, Liberte Yay, 2017, Ankara, s. 161.

[115] LİNZ, Juan J., *"An Autharitarian Rejime: The Case of Spain"*, In Erik Allard and Yrjo Littunen (eds.), "Cleavalagesi Ideologies and Party Systems", 1964, s.255.

Özbudun, Linz'in bu tanımından üç önemli unsura dikkat çekmektedir: sınırlandırılmış çoğulculuk, ideoloji yerine belirli bir zihniyet ekseninde yönetim ve siyasal düşük mobilizasyon.[116] Otoriterizmde halk, büyük oranda yönetim sürecinin dışında bırakılır.[117] Birçok otoriter rejimde de seçimler yapılmaktadır, ancak seçilme ve örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar (örneğin, bazen tek bir partinin veya adayın olması) ve seçmenler üzerindeki baskılar (örneğin, para karşılığı oy verme, yoksul seçmenlere soğun yardımlar yapma, yolsuzluk ve şiddet) gibi etmenler, bu ülkelerdeki seçimleri, halihazırda iktidarda olan grup veya gruplara meşruiyet sağlamaya hizmet eden bir araca dönüştürmektedir.[118] Plüralizm, hukukî ya da fiilî olarak sınırlandırılır.[119] Hangi siyasal grupların hangi şartlar altında var olacağı yöneticilerin kararına bağlıdır, bu gruplar aracılığıyla kendilerini halka hesap vermek durumunda hissetmezler.[120] Otoriter rejimlerde, muhalefetin iktidar tarafından bastırılmasına tanık olunur.[121]

Meşru olan iktidarın, otoritesi vardır.[122] Esasen otorite, demokrasi için son derece gerekli bir araçtır; otorite olmazsa, toplumun uyma davranışını elde etmek için baskı ve kaba kuvvete başvurulur,[123] zira halk desteğinin kaybı ve halk gözünde sistemin ahlakî geçerliliğinin kalmaması durumlarında yönetimin meşruluğu sorgulanmaya başlanır.[124] Demokrasinin devamlılığı için otorite, olmazsa olmazdır. Hukuk devleti, varlığını, devamlılığını ve güvenilirliğini muhafaza etmek, kamu

---

116 SEYAZ, Adnan, *"Bir Melez Rejim Olarak Rekabetçi Otoriteryanizm"*, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: 2018 , Cilt: 7, Sayı: 3, s.190-204.

117 ERDEM, Demirhan Fahri, ERDEM, Çiğdem, *"Ortadoğu'da Otoriter Rejimler:Ortadoğu Arap Toplumlarının Tarihsel, Siyasal ve Sosyo-Ekonomik Yapısı Üzerinden Bir Değerlendirme"*, Akademik Orta Doğu, Sayı:2, s.213-238.

118 GÖNENÇ, Levent, *"Siyasi İktidarın, Dengelenmesi, Denetlenmesi ve Anayasalar"*, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, s.15.

119 LINZ, (2017), s.164.

120 LINZ, (2017), s.164.

121 GÖNENÇ, s.28.

122 ÖZDEMİR, Gürbüz, *"Weberyan Anlamda Türklerde Otorite Ve Meşruiyet İlişkisi (15.yüzyıl Osmanlı Dönemine Kadar)"*, Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries) , Cilt/Volume: 9, Sayı/Issue: 2, Yıl/Year: 2014, s.69-90.

123 SARTORİ, (1996), s.206.

124 CEVİZCİ, Ahmet."Felsefe Sözlüğü", Paradigma Yay., 2000, İstanbul, s.639

düzenini sağlamak için otoritesi aracılığıyla yasalar yapmak ve yaptığı yasaların uygulanmasını sağlamakla mükelleftir.[125] Fakat bir devleti otoriter olarak tanımlamamıza sebep olan, onun özgürlük tanımayan yapısıdır.[126]

Otoriterlik, bir dönem, serbest ve adil seçimlerin olmaması tanımına indirgense de, daha sonra, Dahl'ın fikirlerinin desteğiyle, demokrasinin salt seçimlerden ibaret olmadığı, aynı zamanda ifade özgürlüğü, bilgiye erişim ve örgütlenme özgürlüğüne saygıyı da içerdiği daha kapsamlı bir tanıma yönelinmiştir.[127] Sınırlı iktidara dayalı rejimlerde, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve yasa önünde eşitlik gibi ilkeler vatandaşlara yaşamsal güvenceler sağlarken, mutlak iktidara dayalı otoriter rejimlerde can ve mal güvenliği, ifade özgürlüğü, adil ve serbest seçimler gibi alanlarda kapsamlı ihlaller ve adaletsizlikler yaşanmaktadır.[128] Yargı tamamen bağımsız değildir, bağımsızlık için yeterli kurumsal güvenceler yoktur.[129] Bazı otoriter rejimlerde ordunun siyaset üzerinde belirleyici bir yeri vardır.[130] Otoriter olmayan bir anayasanın ise üç özelliğe sahip olması gerekir; normlar hiyerarşisinde en üstte bulunması, politik bir manifesto niteliği taşıması ve yetkilerin, hakların ve sınırlamaları net belirlemesi.[131]

3.2.Totaliter Devlet

Anayasa hukukunun temel işlevi iktidarın sınırlandırılmasıdır. Fakat 20. yüzyılda, gelişmiş izleme teknikleri ve endüstriyel savaş teknolojisinin birleşmesiyle oluşan pekişmiş politik gücün etkisiyle,[132] bu genellemenin geçerli olmadığı devlet

---

[125] KAPLAN, İbrahim, *"Demokrasi, Hukuk, Otorite"*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl:1994, Sayı:1-2, Cilt.:49, s.267-271.
[126] SARTORİ, (19969, s.207.
[127] GLASIUS, (2018), s. 515–533.
[128] GÖNENÇ, s.15.
[129] ANAYURT, (2018), s.338.
[130] ANAYURT, (2018), s.338.
[131] GÖNENÇ, Levent, *"Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries"*, b.1., NLD: Brill Academic Publishers, Leiden, 2002, s.8.
[132] GIDDENS, Anthony, *"Ulus Devlet ve Şiddet"*, Çev. Cumhur Atay, Kalkedon Yay. 2. Baskı, 2008, İstanbul, s.382.

biçimlerine de tanık olunmuştur.[133] Totaliter devletler veya totaliter rejimler dediğimiz bu yapıların varlığından söz etmek için, üç özelliğin bir arada bulunması gerekir; bir ideoloji, şahıs odaklı bir tek parti ile onun yan kuruluşları, gücün bir kişi ve yardımcılarında veya küçük bir grupta cem etmesi.[134] Bunların yanında askeri otoritenin bağımlılığı da tamamlayıcı özelliklerden birisidir.[135] Ayrıca totaliter rejimler, kendi elitlerinin iktidarı devralmasından evvel var olan tüm kurumları örgütler, çıkar gruplarını yok eder veya olabildiğince zayıflatır.[136] Vatandaşların siyasete aktif katılımı da bu rejimlerde önem arz eder.[137] Totaliter rejimlerin olmazsa olmaz bir unsuru olmayıp kuvvetli bir olasılığı olarak değerlendirilebilecek bir diğer özellik de güçlü bir liderin varlığıdır.[138] Bu, faşist totaliter devletlerde daha yüksek olasılıkla görülür.

İdeolojiyle özdeşleşme, mutlak hakimiyet tutkusu ve gücü yitirme endişesi, bu sistemlerdeki şiddet yatkınlığını ve devlet terörünün süregitmesi olasılığını açıklamaktadır.[139] Polisin ve ordunun siyasallaştırılması ve milis kuvveti oluşturulması, bu tür rejimlerde yaygın olan komplo ve saldırı korkusuna karşı düzenin savunulması younda şiddet kullanımı totaliter rejimlerde sıkça görülür.[140] Özgürlük- otorite dengesizliği açısından, bu kuvvet kullanma bahsi son derece önemlidir. Modern devletin kuvvet kullanımını tekeline alması onu tanımlayıcı özelliklerden biridir; ancak bu kuvvet kullanımını en aşkın şekilde görüldüğü devletler totaliter devletlerdir.[141] Arendt, totaliter rejimlerde şiddetin, tarih ya da doğanın hareket yasasını gerçekleştirme aracı olarak pozitif hukukun yerin aldığını

[133] POGGI, (2011), s.198.
[134] LINZ, (2017), s.37.
[135] LINZ, (2017), s.38.
[136] LINZ, (2017), s.39.
[137] LINZ, (2017), s.42.
[138] LINZ, (2017), s.48.
[139] LINZ, (2017), s.44.
[140] LINZ, (2017), s.72.
[141] LINZ, (2017), s.82.

ifade eder.[142] Yöneticiler devlet eliyle aşkın şiddeti uygularken, yalnızca tarih ya da doğa yasalarını uyguladıklarını iddia ederler; yasaları uygulamazlar, ama harekete içkin olan yasayla uygunluk içinde bu hareketi yürütürler.[143] Yasallık baskıcı olmayan yönetimlerin özü, yasanın yokluğu da tiranlığın özü ise, o halde terör totaliter tahakkümün özüdür.[144] Polisin hiçbir dış kontrol olmadan hareket etmesi, toplama kampları ve işkenceler, suç ispatlanmaksızın hapisler ve idamlar, bazı halk kategorilerinin tümüne karşı baskı tedbirleri, açık yargılamanın, hatta savunma imkanlarının olmayışı, sanığın eylemleriyle tamamen orantısız cezalar verilmesi bu aşkın uygulamalara örnektir.[145]

Giddens'a göre totaliterlik, modern devletin bir eğilimsel özelliğidir.[146] Üçüncü dünya ülkelerini bir kenara bırakacak olursak, 20. yüzyıldaki sanayileşmiş toplumlarda bunun iki çeşitlemesini görürüz: Faşist devlet ve komünist devlet.[147] "Totaliter" sözcüğünün çıkış noktası, muhalefet partilerinin kaba kuvvetle baskı altına alındığı, devletin kefil oldukları dışındaki bütün işçi sendikalarının lağvedildiği, Vekiller Meclisi'nin yok edildiği, toplama kamplarının kurulduğu, siyasi suçlular için ölüm cezasının konulduğu 1920 sonları İtalyan faşizmidir.[148] Bunun dışında Nazi Almanya'sı ve Stalin'in Sovyetler birliği de totaliter devlet olarak görülmüştür.[149] Komünist devletler arasında Stalin dönemi S.S.C.B'nin tercih

---

142 ARENDT, Hannah, *"Totalitarizmin Kaynakları/3: Totalitarizm"*, İletişim Yay., 2. Baskı, 2017, İstanbul, s.291.
143 ARENDT, (2017), s.291.
144 ARENDT, (2017), s. 291.
145 LINZ, (2017), s.82; Totaliter rejimlerdeki zor kullanımı, aşağıdaki özellikleri göstermektedir: (1) benzeri görülmemiş bir yaygınlık; (2) özgül eylemlerden doğan suçlar araştırılmaksızın, sosyal kategorilere karşı zor kullanımı; (3) cezalandırmadan hukukî usullerin, yargılama formalitelerinin ve her türlü savunma imkanının hiçe sayılması; (4) ahlaki haklılığa olan inanç ve çoğu zaman terörü çevreleyen aleniyetİ (5) terörün elit mensuplarına da teşmili; (6) sanığın, suçla ilgili olmayan aile mensuplarının da teröre maruz kalmaları; (7) sanığın eylemlerinden çok kastının ve sosyal özelliklerinin ön plana çıkması; (8) terörde, gayriresmi unsurlardan çok devlet ve/veya parti örgütlerinin kullanılması; (9) rejimin iktidara yerleşmesinden sonra da terörün devam etmesi, hatta bazen artması ve (10) silahlı kuvvetlerin komutanlarının da, baskı politikasından mahsun tutulmamaları.
146 GIDDENS,(2008), s.382.
147 POGGI, (2011), s.198.
148 GIDDENS,(2008), s.383.
149 GIDDENS,(2008), s.383.

edilmesi yukarıda açıklanan totaliter hükmetme tekniklerinin bu dönemde yoğunlaşmasıdır.[150] Bu dönem pratikleri faşist İtalya ve Nazi Almanya'sına çok benzer.[151] Her bir durumda, diktatör bir yönetici, daha önceden var olan sembolik sistemleri muhalefeti baskı altına almak için yaygın güç kullanımına eşlik ettiği pekiştirilmiş bir ideolojik hükmediş temelinde şekillendirmiştir.[152]

3.3. Liberal Çoğulcu Demokratik Rejimler

Burjuvazinin yükselişi ve parlamenter sistemin uygulanmaya başlamasıyla fitili ateşlenen Fransız Devrimi'nin sonucunda, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile liberal devletin temel öğeleri ortaya konmuştur.[153] Bildiride, insanların özgür ve eşit doğdukları ve yaşadıkları, insanın, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme hakkı olarak kabul edilen doğal haklarının bulunduğu,[154] egemenliğin kaynağının ulusta olduğu[155] ilkeleri yer almaktadır. Ayrıca bildiride yasanın yalnızca topluma zararlı faaliyetleri yasaklayabileceği ve genel iradenin ürünü olduğu, kuvvetler ayrılığının anayasalar için olmazsa olmaz nitelikte olduğu kabul edilmiştir.[156] Liberal çoğulcu demokratik rejimlerin varlığı günümüzde de bu kurallarla ölçülür. 18. ve 19. yüzyılda sosyo-ekonomik alanda gerçekleşen yenilikler liberal demokrasiyi farklı bir boyuta taşımıştır.[157] Üretimin ve çalıştırılan işçi sayısının artması, uzun çalışma saatleri ve sert çalışma koşulları, toplumsal bir gerçek olarak ortaya çıkmıştır.[158] Öte yandan sanayi sermayesi

---

150 GIDDENS, (2008), s.386.
151 GIDDENS, (2008), 387-389.
152 GIDDENS, (2008), 387.
153 ÇETİN, Halis, *"Liberalizmin Tarihsel Kökenleri"*, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2002, s.79-96.
154 DOĞAN, İlyas (Ed.), *"İnsan Hakları Hukuku",* Astana Yay. 1. Baskı, 2013, Ankara, s.104-106.
155 JELLİNEK, Georg, *"İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine"*, Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger, Pinhan Yay. 1. Basım, 2017, İstanbul, s.57.
156 GEMALMAZ, Mehmet Semih, *"Devlet, Birey, Özgürlük"*, Legal Yay, 2. Baskı, 2012, İstanbul, s.271.
157 AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.161.
158 GEMALMAZ,(2012), s.216.

oluşmuş ve sermayenin gücü ile zenginliği, işçilerle arasında sınıf farkı oluşturacak düzeyde artmıştır.[159] Sanayi devrimiyle birlikte gerçekleşen bu sınıf farklılığı, her kesimden gelen taleplerin yoğunlaşması ve bu taleplerin karşılanması amacıyla devletin toplumsal yaşam üzerindeki müdahalesinin artması, özgürlük-eşitlik gerilimi ve devlet otoritesi üzerine yoğun tartışmaların yapılmasına neden olmuştur.[160] Keynes'in refah devleti anlayışına göre oluşan yeni devlet anlayışı, devletin sorumluluğunu ve yetki alanını artırmıştır.[161] Özellikle 1929 ekonomik buhranından sonra, imâlatın ve istihdamın azalması, vb. ağır mâli ve içtimaî sonuçlar, politik çekişmeleri belirginleştirmiş, buna paralel şekilde örgütlü gücü sayesinde siyasal hareketler, siyasi parti, sendika ve baskı grupları aracılığıyla[162] liberal demokrasinin biçimini değiştirirken, onu çoğulcu formuna ulaştırmıştır.[163] Devlet artık koruyucu, müdahaleci refah devleti biçimini almış, toplum hayatına müdahalesini, yasa çıkarmak ve kurumlar kurmak yoluyla gerçekleştirmiştir.[164] Bu, hukukun otoritesinin devlet tarafından kullanılışına bir örnektir. Devlet, yasalar aracılığıyla toplum yaşamını düzenleyerek onun üzerinde pratik bir otorite kurmuş olur.[165] Konuyla ilgili yapılan tartışmalar, liberal demokrasi bakışı çerçevesinde, böyle bir otorite kullanımının özgürlük-otorite dengesini bozup bozmayacağı üzerinedir.

1929 ekonomik bunalımından İkinci Dünya Savaşı'na kadar, liberal demokrasi kuramının karşısında, yalnızca refah devletini sağlama amacıyla topluma ekonomik müdahalelerde bulunan devlet biçimi değil, şiddet tekelini aşkın şekilde kullanarak toplumun temel haklarına meşru olmayan müdahalelerde bulunan bir

---

159 GEMALMAZ,(2012), s.216.

160 ŞAYLAN, Gencay, *"Temsili Liberal Demokrasinin Önlenemez Krizi"*, İmge Yay. 1. Baskı, 2008, Ankara, s.131-140.

161 BİBER, Ahmet Emre, *"Değişen Devlet Anlayışı, Müdahalecilik ve Piyasa Ekonomisi"*, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2008, Cilt:1, Yıl:9, Sayı:16, s.56-69.

162 AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, (2016), s.165.

163 TARHAN, (2010), s. 38.

164 RAKICI, Cemil, KURŞUN, Arzu, *"Sosyal Refah Devletinin Tarihi Süreci ve Günümüz Bazı Refah Devletlerinin Değerlendirilmesi"*, Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi, S.2, 2016, s. 135-156.

165 UYANIK, Halit, *"Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk",* Oniki Levha Yay. 1. Baskı, 2014, İstanbul, s. 46.

devlet biçimi de vardır. Bir diğer deyişle, liberal demokrasinin tek problemi, yalnızca devletin ikinci kuşak hakları sağlamadaki pozitif yükümlülüğüyle ortaya çıkması değil, birinci kuşak hakları ihlal etmeme biçimindeki negatif yükümlülüğünü ihlal etmesidir. Devletin aldığı bu yeni hal, İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar demokrasi teorisinin odak noktasını değiştirmiştir.

Liberal demokrasinin ikinci krizi olarak, çoğunluk-azınlık gerilimi gösterilebilir. Locke'a göre böyle bir gerilim olmasa da, çoğunluğun temsilcilerinin yasa yapıp uygulamasından ibaret olan bir sistem, en azından azınlıkta kalan bireyler açısından devlet gücünün kullanımı ve kapsamı açısından rızanın olmadığı, rızanın toplumdan nitel değil, nicel olarak alındığı ifade edilebilir.[166] Alexis de Toucqeville, "Amerika'da Demokrasi"sinde çoğunluk baskısına temsili demokrasinin içerdiği bir tehlike olarak yer vermiştir. Bu durumun somut örneği, Alman Nazi iktidarı döneminde görülmüştür[167]. Nasyonal Sosyalist Parti, çoğunluğun iradesi ile iktidara gelmiştir.[168] Ancak iktidarı döneminde yaptığı yasalar, özellikle Yahudi azınlığın haklarını son derece olumsuz etkilemiştir.[169] Bu tecrübe ışığında ifade edilebileceği üzere, demokrasinin en iyi hali, sınırlı bir çoğunluk hakimiyetidir. Bunu sağlayabilecek olan, hukuk devletidir.[170]

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra liberal demokrasiler, bir üçüncü krizle daha karşı karşıya kalmışlardır. Bu, bir yandan Birleşmiş Milletlerin kurulmasından itibaren oluşan ulusal-üstü yapılarla egemenliğin paylaşılması sonucu ulus devletlerin gücünün azalması, diğer taraftan evrensel azınlık hakları olarak tanımlanan uluslararası normların, azınlık hakkı ihlali durumunda milletlerarası

---

166 ŞAYLAN, (2008), s.142.
167 EKİCİ, Süleyman, *"Hayek'te Özgürlük Demokrasi İlişkisi",* Akademik Yaklaşımlar Dergisi, Kış 2015, C:6, S:7, s.84-103.
168 ÜLMAN, A. Haluk, *"Alman Nasyonal Sosyalist Partisi"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 12 / 04,s.148-179.
169 ARENDT, Hannah, *"Totalitarizmin Kaynakları/1: Antisemitizm"*, İletişim Yay. 5. Baskı, 2014, İstanbul, s.19.
170 YAVUZ, Bülent, *"Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s.283-302.

müdahaleleri mümkün kılan düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.[171] Etnik, kültürel, dinsel açıdan farklı katmanları bünyesinde bulunduran ülkelerden müteşekkil dünyada ulus-devletler, klasik kalıpları içerisinde liberal demokrasiyle uyumlu şekilde bir arada bulunmakta zorlanmaya başlamışlardr..[172] Demokrasiyi vatandaşlar için "süper toplum" yaratan ulus-devlet düşüncesi üzerine inşa eden klasik liberal demokrasi, önemli bir tıkanıklık yaşamıştır.[173] Bu tıkanıklığın sonunda ortaklıkçı demokrasi, çokkültürlü demokrasi ve etnik demokrasi şeklinde üç model oluşmuştur.[174] Ghanem, ortaklıkçı demokrasiyi bireysel hakların yanı sıra grup haklarının da tanınmış olduğu esnek bir demokrasi olarak görür.[175] Ona göre azınlık taleplerini anlamak ve onlara uygun şekilde cevap vermek, maliyetli olsa da, barış için bu maliyete katlanmak gerekir.[176] Çokkültürcülük ise Taylor'un önerdiği bir diğer modeldir.[177]Smooha, çözüm yolu olarak etnik demokrasi modelini öngörmektedir.[178] Ona göre demokrasinin asgari şartlarını taşıyan bu model, bir etnik grubun devletin kurucusu ve hakimi olduğu eksikli bir demokrasi modelidir.[179]

Geçirdiği tüm krizlerin ardından liberal çoğulcu demokratik rejimler, varlıklarını sürdürmektedir. Fukuyama, her ne kadar, liberal demokrasinin amacını gerçekleştirdiğini ve tarihin sona erdiğini ifade etse de, özelikle kuvvetler ayrılığı prensibinin gücüne, devletin özgürlükleri kısıtlama yöneliminin bir panzehiri gözüyle bakılmaktadır. Bunun yanında, Dworkin'in ortaya koyduğu, hak-temelli, ödev-temelli ve amaç temelli yaklaşımlar[180] arasından daima hak-temelli olanın

---

171 ULUŞAHİN, Nur, *"Liberal Demokrasinin Çıkmazı: Çatışma Karşısında Barış için Azınlık-Çoğunluk İlişkisini Yeniden Düzenleme Gereği",* Anayasa Yargısı, S:24, 2007, s.609-640.
172 ULUŞAHİN, (2007), s.611.
173 ULUŞAHİN, (2007), s.611.
174 ULUŞAHİN, (2007), s.611.
175 ÇAKMAK, Diren, *"Asad Ghanem'in Etnik Azınlık Taleplerini Anlama Modeli Üzerine "*, Tesam Akademi Dergisi, 2014, 1(2), s. 97-113.
176 GHANEM, Asad, *"Understanding Ethnic Minority Demands: A new Typology", Nationalizm and Ethnic Politics*, 2012, Vol.18, No.3, s.358-379.
177 TAYLOR, Charles, "Çokkültürcülük: Tanınma Politikası", YKY Yay., 2018, İstanbul.
178 ÇAKMAK, Diren, *"Sammy Smooha'nın Etnik Demokrasi Modeli Üzerine"*, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler enstitüsü Dergisi, Yıl:6, S:2, Aralık 2013, s.53-83.
179 ÇAKMAK, (2013), s.57.
180 DWORKIN, Ronald *"Hakları Ciddiye Almak"*, Dost Yayınevi, 1. Baskı, 2007, Ankara, s.350-400.

tercih edilmesi ve özgürlük-otorite dengesi kurulurken bu perspektife bağlı kalınması, liberal demokrasinin amacını gerçekleştirmek için bir çözüm olacaktır.

4. İNSAN HAKLARI KURAMI

Demokrasi, kamunun yönetimine ilişkin kararların ilgili bütün yurttaşların - ama devletin, bütün yurttaşların temel haklarını eşitlikle korumak için varolduğu bilincinde olan yurttaşların- katılımıyla alındığı yönetim şeklidir.[181] İnsan haklarını, demokrasinin temelinde yer alan ve vazgeçilmez, devredilemez nitelikte bir olgu olarak kabul eden bir insan hakları kuramı, liberal demokrasinin olmazsa olmazıdır. İnsan hakları, devletler için görünüşte her zaman bir odak noktası olmuştur. Dünya üzerinde insan haklarına saygısız olduğunu yahut insan haklarının önemsiz olduğunu kabul etmiş bir devlet yoktur.[182] Bununla birlikte, insan haklarının önüne geçen olay ve olgular, her zaman var olmuştur. Bu olay ve olgular karşısında insan hakları, devletin koşullu, onaya tabi ve tali bir ilgi alanı olarak kalmıştır.[183] 21. yüzyılda, insan haklarının önüne geçen başlıca olgu, uluslararası terörizmin yaygınlaşması sonucu, kamu güvenliği olmuştur. Terörle mücadele yöntemleri insan haklarını bazı yönlerden tehlikeye atmıştır. Sancar, bu tehlikeleri şu biçimde özetlemektedir:

> *" -Bugüne kadar ulaşılmış insan hakları standartlarının, şüpheli durumların varlığını bile aramayan gözaltı yöntemleri ile esnetilmesi,*
> *-'anti-terör önlemleri' çerçevesinde devletlerden kaynaklanan insan hakları ihlallerinin sorumluluğunu, ihlallerin mağdurlarına yıkma çabası,*
> *- insan hakları ihlallerini 'terörizmle mücadele' zorunluluğunun bir sonucu olarak sunan devletlere siyasal müsamaha gösterilmesi,*

---

[181] KUÇURADİ, İoanna, *"Yirmibirinci Yüzyılın Eşiğinde Demokrasi Kavramı ve Sorunları",* Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakiiltesi Dergisi Cumhuriyetimizin 75. Yılı Özel Sayısı, s.21-26.
[182] KAYA, Emir, *"Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini",* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s.573-604.
[183] KAYA, (2014), s.574.

- muhalif güçlerin 'teröristler', veya onların sempatizanları olarak damgalanıp takip edilmeleri,

- hak ve özgürlüklerin, artan gözetim yöntemleriyle sürekli sınırlanması veya belirsiz süreler için askıya alınması,

- uluslararası hukuk normlarının hem şüphelilerin. sanıkların veya 'hasımların' yakalanması sırasında hem de kendilerine cezaevlerinde yapılan muamelelerde tamamen veya kısmen yok sayılması, ihlal edilmesi,

- zaten yeterli bir demokratik denetime tabi olmayan asayiş güçlerinin, istihbarat birimlerinin ve askeri mahkemelerin daha da güçlendirilmesi,

- başta yabancılar olmak üzere belli grupların toptan şüpheli ilan edilmesine 'kolektif düşman' olarak gösterilmesi,

- iç ve dış siyasette saf askeri ve polisiye tedbirlere dayanan bir güvenlik kavramının egemen kılınması ve böylece ekonomik, siyasal, kültürel yükümlülükler içeren daha kapsamlı sivil güvenlik anlayışının bir kenara bırakılması."[184]

Terörle mücadelenin yanında, insan haklarının önüne geçen br diğer olgu da uluslararası düzenli ve düzensiz göçün artması olmuştur. Yoğun hak ihlalleri ve silahlı çatışmalar göçün sebepleri olmuştur.[185] Yirminci yüzyılda farklı coğrafyalarda insanların yaşadıkları Stalinizm ve Nazizm gibi deneyimler, hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi kavram ve uygulamaların kolayca askıya alınabileceği gerçeğiyle insanlığı yüzleştirmiştir.[186] Uluslararası göçün devletlerce

---

[184] SANCAR, Mithat, *"Global Olağanüstü Hal",* (İç.) Ioanna Kuçuradi (Ed.) *"Yirmibirinci Yüzyılın Başında İnsan Haklarına Yönelik Tehditler"*,, H.Ü. İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama ve Araştırma Merkezi, 1. Baskı, 2004, Ankara, s.200.

[185] UNHCR Report , Global Trends Forced Displacement İn 2015, The UN Refugee Agency., 2015.

[186] ÖZER, Buğra, ŞEKER, Güven, ÖKMEN, Mustafa, *"Arendtçi Yaklaşım bakımından Ulus-Ötesi Süreçlerde İnsan Hakları ve Uluslararası Göç Süreçleri"*: Önleici Güvenlik Yaklaşımı Açısından Bazı Değerlendirmeler", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S: 16 (Özel Sayı I), s. 85-91, 2014.

"güvenlik" meselesi olarak telakki edilmesi temel olarak Soğuk Savaş ile başlamıştır.[187] Ulıslararası göç ile milli güvenlik arasındaki bağlantı buradan itibaren gittikçe pekişerek devam etmiştir.[188] Güvenlikleştirme teorisi, güvenlik kavramını, bir söz edimi ve dolayısıyla, bir meselenin güvenlikleştirilip bir "tehdit" olarak sunulduğu ve gerçek varoluşsal bir tehdit olup olmamasından bağımsız bir şekilde kendine gönderme yapan bir faaliyet olarak tanımlar.[189] Göçmenlerin bir bütün olarak refah avcısı, hastalık taşıyıcısı, toplumsal düzene karşı bir tehdit, potansiyel suçlu ve "biz"den farklı olarak ötekileştirilmeleri, uluslararası terörizmin yarattığı tedirginlikle de birleştirildiğinde, toplumun çeşitli katmanlarında birincil tehdit olarak görülmelerine yol açmaktadır.[190] Güvenlikleştirmenin aşkın boyutlara ulaşması, acil ve sert güvenlik önlemlerini gündeme getirmekte[191] ve bu önlemler insan haklarını ciddi boyutta etkileyebilmektedir.

Göç konusunun aşırı güvenlikleştirilmesi ve göçmen karşıtlığının tehlikeye attığı insan hakları şu şekilde sıralanabilir:

> *"-Geri gönderme merkezlerinde göçmenler, uygun olmayan koşullarda ve gereğinden uzun sürelerle tutulabilmektedirler. Bu durum, işkence yasağına ve özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına aykırılık teşkil edebilmektedir.*
>
> *-Yöneticilerin, siyasi söylem olarak toplumda tehdit algısını artıracak bir üslup kullanmaları, hem devlet-birey arasında, hem de bireyler arası kötü ve aşağılayıcı muamelenin yaygınlaşmasına sebep olabilmektedir.*

---

187 GÖK, Gonca Oğuz, "*Kimin Güvenliği? Uluslararası Göç-Güvelik İlişkisi ve Uluslararası Örgütlerin Rolü "*, KOSBED, 2016, S.31, s. 65 - 82.

188 ŞENER, Bülent, *"Soğuk Savaş Sonrası Dönemde Uluslararası Göç Olgusu ve Ulusal Güvenlik Üzerindeki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme"*, Güvenlik Bilimleri Dergisi, Mayıs 2017, S.6 C.1, s. 01-31.

189 RUMELİLİ,Bahar, KARADAĞ, Sibel, *"Göç ve Güvenlik: Eleştirel Yaklaşımlar",* Toplum ve Bilim, S:140, 2017, s.69-92.

190 RUMELİLİ, KARADAĞ, (2017), s.70.

191 BUZAN, Barry and WAEVER, Ole, *"Regions and Powers: The Structure of International Security"*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003., s. 208 .

- Herkes, kendi ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba üyeliği veya siyasi görüşü itibarıyla hayatının veya özgürlüğünün tehdit altına gireceği bir devlete ihraç edilmekten, iade edilmekten (geri gönderilme) veya sınır dışı edilmekten korunma hakkına sahiptir. Göçmenlerin tehdit olarak görülmeleri, bu kuralın gözardı edilmesine sebep olabilmektedir."[192]

Demokratik devletler, insan haklarına yönelik sayılan güncel tehditlerin önüne geçmeyi ve insan haklarının güvenlik olgusuyla bağdaşır şekilde korumayı amaçlamalıdır. Bu amaca ulaşılabilmesi için insan haklarını koruyucu nitelikte bir hakların sınırlandırılması rejimi uygulanması önem arz etmektedir. Öncelikle her hakkın sınırlanamayacağı gerçeği kabul edilmeli, sınırlanabilir hakları bakımından şu ilkeler mutlak suretle uygulanmalıdır; sınırlamanın meşru bir amacı olmalı, sınırlamalar açık ve belirli yasalar ile yapılmalı, ölçülü olmalı, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve insan onuruna uygun olmalı ve hakkın özüne dokunmamalıdır.[193]

Mutlak haklar, hakkın düzenleme alanı ile koruma alanının aynı genişlikte olduğu haklardır.[194] Örneğin Alman anayasası, insan onurunu sınırlanamaz bir hak olarak belirlemiş, AİHS'de işkence yasağının hiçbir koşulda istisnası öngörülmemiştir.[195] Hakkın sınırlandırılma ölçülerine uygun olarak sınırladırılıp sınırlandırılmadığına bakılmadan önce, o hakkın mutlak hak olup olmadığı incelenmelidir.

---

[192] 13. Türkiye İnsan Hakları Hareketi Konferansı, Nihai Rapor ve Sonuç Bildirgesi, *"Olağanüstü Koşularda İnsan Haklarını Savunmak"*, 25-27 Kasım 2016 Pamucak / İzmir.

[193] EREN, Abdurrahman, *"Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri",* Beta Yay.,1. Bası, 2004, İstanbul, s.6.; GÖREN, Zafer, "Temel Hakların Sınırlandırılması-Sınırlamanın Sınırları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2 s.39-59 .

[194] BARAK, Aharon, *"Proportionality"*, Cambridge University Press, 2012, s.27.

[195] BARAK, (2012), s.28.

Kanunilik ilkesi, sınırlama ölçütlerinin başında gelen ve en temel nitelikteki sınırlama ölçütüdür. Bu ilke, biçimsel ve maddi anlamda kanunilik anlayışlarına göre farklı şekillerde uygulanabilmektedir.[196] Türk Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlükler alanında öncelikle, "münhasıran biçimsel yasa" ile düzenlemeyi vurgulamaktadır, AİHM ise maddi anlamda yasa ve geniş anlamda hukuksal birliğe öncelik verir.[197] Şekli anlamda kanunilik, hakkın, yasama organı tarafından anayasa tarafından belirlenmiş usullere bağlı olarak ihdas edilen yasalarla sınırlanmasını öngörür. Şekli anlayış ve maddi anlayış bir arada değerlendirildiğinde, hakların sınırlandırılması bakımından önemli bir güvence elde edilmiş olunur.

Ölçülülük ilkesi, temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü şekilde düzenlenmesi düşüncesini barındırır.[198] Esas uygulama alanı olan hakların sınırlandırılmasının sınırı olarak ölçülülük ilkesi, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin sadece kanuni bir temele dayandırılmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda bireysel hakların mümkün olduğu kadar korunması gerekliliğini ifade eder.[199] Metodolojik bir araçtır.[200] Dört bölümden oluşur; meşru amaç, elverişlilik, gereklilik, amaca uygun sınırlama neticesinde kazanılacak yararla verilecek zarar arasında makul denge.[201] Sonuncu bölüm, orantılılık olarak da anılır. Ölçülülüğün gözetilmesi, menfaatler arasında sağlıklı bir denge kurulmasını sağlar. Özellikle kişinin özgürlüğü ile toplumun güvenliği ve sükunu arasında kamu yararı ile bireysel menfaat arasında kurulacak denge bakımından bu ilkenin uygulanması, bireyin devlete karşı korunması bilinciyle birleştiğinde etkili sonuçlar verecektir.[202]

---

196 ODER, Bertil Emrah, *"Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü: Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları"*, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2016, Sayı: 154-10, s.12-42.
197 ODER, (2016), s.12.
198 METİN, Yüksel, *"Ölçülülük İlkesi"*, Seçkin Yay. 1. Baskı, 2002, Ankara, s.19.
199 METİN, (2002), s.20.
200 BARAK, (2012), s.131.
201 BARAK, (2012), s.131.
202 ÇEÇEN, Anıl, *"Devlet ve İnsan Hakları"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989/6, s.826-845.

Ölçülülük ilkesine, hem yasama organı, hem de yürütme organı uymak zorundadır.[203]

Hakkın özü güvencesi, her temel hakta bir öz, bir cevher bulunduğunu varsayar.[204] Bir hakkın özüne dokunulmaz demek, onu belli bir içeriğe sahip saymak demektir.[205] Hakkın özü güvencesi, Lerche'ye göre bir hakkın objektif normu ile "normlar kompleksi" anlamında kullandığı hukuksal kurumları korur.[206] Sağlam, bu görüşü eleştirirken, öz güvencesini yalnızca kanuni düzenlemelerin yarattığı normlar kompleksine bağlamanın mevcut hukuk düzenini korumaktan başka sonuç vermeyeceğini ifade etmektedir.[207] Böyle bir yaklaşım, anayasayı kanunlarla yorumlamak anlamına gelir ve anayasanın üstünlüğünü zedeler.[208] Hakkın vazgeçilmez ve hak güvencesini nesnesiz bırakacak olan temel unsurunun ne olduğunun tespit edilmesinde anayasa yargısının rolü çok büyüktür. Anayasanın üstünlüğü ve belirlilik ölçütü çerçevesinde, anayasa yargısının belirleyeceği bu öz, yürütme organının eylem ve işlemlerine bir sınır çizebilir. Mahkeme, bunu yaparken, pozitif hukuktan faydalandığı gibi, hakkın sosyolojik ve felsefi açıdan içerdiği kavramsal derinliği de dikkate almalıdır.

Sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekliliği ölçütünün uygulanması, insan hakları hukukunun iç hukuka üstünlüğünün kabul edildiği, uluslararası hukuka saygının evrensel bir ilke olarak görüldüğü bir toplum düzeninde, bir sınırlamanın gerekli olup olmadığını tespitini gerektirir.[209] AİHM, bu kıstas bakımından bir somut olayda hak ihlali olup olmadığını değerlendirirken,

---

[203] SAYGIN, Engin, *"Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz"*, Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s.59-88.

[204] KRÜGER, Herbert: *"Der Wesensgehalt der Grundrechte"* : DÖV 1955, s. 597 vd. (Aktaran:SAĞLAM, Fazıl, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982,s.155)

[205] GRABITZ, Eberhard *"Freiheit und Verfassungsrecht"*, Tübingen 1976. (Aktaran: SAĞLAM, 1982, s.155)

[206] LERCHE. Peter, *"Übermass im Verfassungsrecht"*, Köln 1961, s.155. (Aktaran:SAĞLAM, 1982, s.238.)

[207] SAĞLAM, (1982), s.149.

[208] SAĞLAM, (1982), s.149.

[209] EREN, (2004), s.139.

"Avrupa kamu düzeni" tezine dayanmaktadır.[210] AİHM bu kavramı oluştururken, bir ulusal üstü koruma sistemi yaratmayı amaçlamıştır.[211] Böylece sözleşme, oluşturduğu denetim sistemiyle, üye devletleri bir denetime tabi tutmaktadır. AİHM kararlarında demokratik toplum düzenine ilişkin gerekler, tek tek sayılmamakta, demokrasinin evrensel ilkeleri baz alınarak dinamik bir yorumla, bu gerekler belirlenmeye çalışılmaktadır.[212] Mahkeme kararlarında; düşünce özgürlüğü, çoğulculuk, açıklık ve hoşgörü ilkeleri, demokratik toplumun kurumsal unsurları olarak sayılmaktadır.[213]

5. EGEMENLİK

Egemenlik kavramı, tarih boyunca içeriksel olarak çok kez değişikliğe uğramış ve farklı düşünürlerce farklı anlamlandırılmıştır. Bunlar, genel olarak, egemenliği tanrısal güce dayandıran, sözleşmeye dayandıran ve halka yahut millete dayandıran görüşler olarak özetlenebilir. Egemenlikte dinin hakimiyeti, hristiyan Avrupa açısından kilisenin hâkimiyetiyle eşzamanlı olarak gelişmiştir. Ortaçağda, *plenitudo potestatis*[214] anlayışı hüküm sürmüş, bu anlayış ortaçağın sonlarında zedelenmeye başlamıştır.[215] Gerek imparatorlar, gerek ulusal krallar, iktidarlarını papalardan bağımsız kılma amacıyla Roma kilisesine karşı amansız bir mücadeleye girişmişlerdir.[216] Bu dönemde yaşamış olan Machiavelli, dini, devletin hizmetinde, toplumsal-siyasal bir araç olarak konumlandırarak laikleşme sürecine önemli bir

---

[210] EREN, (2004), s.164.
[211] OKAY TEKİNSOY, Özge, *"Avrupa Kamu Düzeni Kavramı"*, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., 1(1) 2011, s.66–79.
[212] EREN, (2004), s.175.
[213] EREN, (2004), s. 175.
[214] *"Dinsel iktidarın, dünyevi iktidardan üstün olduğu kabulünden hareketle dinsel iktidarın sahibi olarak Kilise'nin de dünyevi iktidar sahiplerinden üstün olduğu, bu nedenle dünyevi iktidarın da Kilise'ye ait olması gerektiği savı."* AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali *(Ed.), "Siyasal Düşünceler Tarihi",* T.C. Anadolu Üniversitesi Yay., 1. Baskı, 2013, Eskişehir, s.57.
[215] AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent, *"Tanrı Devletinden Kral Devlete"*, İmge Yay., 6. Baskı, 2013, Ankara, s.8.
[216] AĞAOĞULLARI, KÖKER, (2013),"Tanrı Devletinden Kral Devlete" s. 8.

katkıda bulunmuştur.[217] İktidarın meşruiyet kazanması için kilisenin onayına ihtiyacı olmadığını dile getirmiştir.[218]

Egemenlik kavramını siyasal düşünceler tarihine Jean Bodin armağan etmiştir.[219] Bodin'in egemenlik anlayışına göre devletin temelide tanrısal irade değil, güç ve şiddet vardır.[220] Ancak devleti, güç ve şiddete dayalı diğer şeylerden örneğin eşkıyalıktan, korsanlıktan ayıran şey doğruluktur.[221] Ayrıca Bodin, devleti aileye benzeterek; aile içerisinde babaya verdiği egemen rolü devlette krala vermektedir.[222] Kralın kullandığı egemenlik hakkını, babanın hükmetme hakkı gibi mutlak görür.[223] Ortak olan şeylerin yönetimini de gerçekleştiren devlet, unsurlarını tamamlamış olur. Kamusal olan ve onun yönetimi olmadan, Bodin'e göre devlet tüm unsurlarıyla ortaya çıkamaz.[224] Egemenliği mutlak, sürekli, bölünmez ve devredilemez olarak gören Bodin, egemenliğin bu niteliklerinin kralı yozlaştıracağını ileri sürse de, krala karşı direnme hakkının varlığından söz etmez.[225]

Hobbes, egemenliğin mutlak olduğu savını benimsemekle birlikte, onu sözleşmeye dayalı olarak ele almasıyla Bodin'in şiddet ve güç temelli devlet anlayışından farklı bir anlayışa sahiptir. O, bir insan topluluğunun, kendilerini temsil etmek üzere bir kişiyi veya heyeti yetkilendirmesiyle devletin kurulmuş olacağını ifade eder.[226] Ona göre, halkın çoğunluğunun anlaşarak egemenliklerini devrettiği kişinin bir takım hakları vardır. Bunlar; "uyrukların hükümet şeklini değiştiremelerinin mümkün olmaması, egemen gücün vazgeçilemezliği, egemenin kuruluşuna, kimsenin karşı gelemeyecek olması, egemenin eylemlerinin uyruk

[217] AĞAOĞULLARI, KÖKER, (2013), "Tanrı Devletinden Kral Devlete"s. 8; AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.91.
[218] TUNÇAY, Mete, "Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Eski ve Orta Çağlar", İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay, 2006, İstanbul, s.44.
[219] AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.116.
[220] AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.117.
[221] AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.117.
[222] AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.117.
[223] AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.117.
[224] AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.119.
[225] AĞAOĞULLARI, (2013), "Siyasal Düşünceler Tarihi", s.120.
[226] HOBBES, (2016), s.137.

tarafından eleştirilemezliği ve cezalandırılamazlığı, uyrukların barışı ve savunması için neyin gerekli olduğuna karar verme, yargılama ve anlaşmazlıkları çözme, uygun gördüğü şekilde savaş ve barış yapma" [227] haklarıdır. Bu haklar, bölünmez, egemen güçten feragat edilmedikçe yok olmaz.[228]

Sözleşmeciler arasından Locke ve onun attığı temeller üzerinden kuvvetler ayrılığı anlayışını güçlendiren Montesquieu, liber"al düşünürler olarak, sınırlı egemenlik anlayışının savunucuları olmuşlardır. Egemenliği, sözleşmeye dayandırması yönünden Hobbes'la benzeşse de Locke, Hobbes'tan çok farklı bir egemenlik anlayışı geliştirmiştir. O, özel mülkiyet ve özgürlük haklarını korumak adına anayasa güvencesi ve güçler ayrılığı ile sınırlanmış bir iktidar kurgulamıştır.[229] Devleti toplumla birlikte ele alınan ve aynı zamanda da topluma hizmet eden bir aygıt olarak görme eğilimindedir.[230] Toplumun, doğal haklarını ve özgürlükler düzenini korumak gayesiyle bir sözleşme yaparak, egemenlik yetkisini devrettiğini savunur.[231] Egemenliği devralan yasamanın, bu yetkiden doğan sorumluluklarını savsaklaması halinde yetkinin halk tarafından her zaman geri alınabileceğini, egemenliğin asıl sahibinin halk olduğunu ifade eder.[232] Halk, egemenlik yetkisini devralanların doğa kanunlarını çiğnemesi durumunda, direnme hakkına sahiptir.[233] Locke, *"Hükümet Üzerine İki İnceleme"* adlı eserinde kuvvetler ayrılığı düşüncesini "millet egemenliği ve temsili hükümet" bağlamında incelemiş ve devletin egemenliği, yasama, yürütme ve federatif erk şeklinde üç ayrı kuvvet ile kullanması gerektiği sonucuna varmıştır.[234] Yürütme ve federatif erkin kaynağını oluşturan ve devlette egemenliğin temsilcisi olan yasama, kanunlara tabi olarak faaliyet gösterir

[227] HOBBES, (2016), s.137-145.
[228] HOBBES, (2016), s.144.
[229] ÇELİK, Fikret, KAYA, Ayman, *"Thomas Hobbes ve John Locke'un Egemenlik Anlayışları Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Analiz"*, The Journal of Academic Social Science Studies, No: 65 , Spring I 2018, s. 333-350.
[230] ÇELİK, KAYA, (2018), s.343.
[231] ÇELİK, KAYA, (2018), s.345.
[232] ÇELİK, KAYA, (2018), s.345.
[233] ÇELİK, KAYA, (2018), s.345.
[234] ZABUNOĞLU, (2016), s.449.

ve yönetimde en üstün gücü oluşturur.[235] Kanunların icrası ile yükümlü olan ve kendisine sınırlı bir iktidar verilen yürütme ile devletler arası ilişkileri düzenleyen federatif erk, yasama organının tamamlayıcıları olarak görev yapmalıdırlar.[236]

Montesquieu'ya göre üç çeşit hükümet vardır; Cumhuriyet, Saltanat, İstibdad.[237] Milletin tümünün ya da bir parçasının yönetimi elinde bulundurduğu Cumhuriyet hükümetlerinde, millet, hakkıyla yerine getirebileceği şeyleri bizzat üstlenmeli; hakkıyla gerçekleştiremeyeceklerini de vekillere bırakmalıdır.[238] Millet, temsilcilerini mutlaka seçmelidir; aksi takdirde Montesquieu'nun deyişiyle temsilciler milletin malı sayılmaz[239], yahut gerçek anlamda milleti temsil etmezler. Montesquieu'nun başka bir demokrasi türü olarak gördüğü aristokraside, egemenlik, belli sayıda kişilerin elindedir.[240] Yazar, bu tür bir yönetimde de halkın katılımını son derece önemsemiştir.[241] Saltanat, egemenliği sabit ve yerleşmiş kanunlara bağlı olarak kullanan bir kişinin yönetimidir.[242] Bu yönetim çeşidinde kuvvetler, aracılık eder, buyruk altındadır ve bağımlıdır.[243] Hükümdar, her çeşit kuvvetin tek kaynağıdır. Saltanatın bağlı olduğu temel kanunlar, yönetimde istikrarı sağlar.[244] Ayrıca Montesqiueu, papaz sınıfının kuvvetini, istibdada yönelmiş bir saltanatın keyfiliğinin önlenmesi için faydalı bulmuştur. Ona göre istibdad yönetiminin korkunç kötülüğü karşısında, cumhuriyet yönetiminde kötülük olarak gördüğü bu kuvvet, iyilik halini almaktadır.[245]

Weber, egemenliği bir takım içsel gerekçelere bağlı olarak inceler. Ona göre, üç içsel gerekçe vardır. Bu gerekçeleri, şöyle açıklar;

---

[235] ZABUNOĞLU, (2016), s.449.
[236] ZABUNOĞLU, (2016), s.450.
[237] MONTESQUİEU, "Kanunların Ruhu Üzerine", Çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink Yay., 2014, İstanbul, s.49.
[238] MONTESQUİEU, (2014), s.50.
[239] MONTESQUİEU, (2014), s.50.
[240] MONTESQUİEU, (2014), s.53.
[241] MONTESQUİEU, (2014), s.53.
[242] MONTESQUİEU, (2014), s.50.
[243] MONTESQUİEU, (2014), s.55.
[244] MONTESQUİEU, (2014), s.55.
[245] MONTESQUİEU, (2014), s.56.

"Birincisi 'Ezeli geçmiş'in otoritesi, yani hatırlanamayacak kadar eski uyma ve kabul etme alışkanlıklarının kutsallaştırdığı göreneklerdir. Bu, partiyarkın ve patrimonyal prensin sahip olduğu 'geleneksel' otoritedir. İkincisi, olağanüstü ve tanrı vergisi kişiliğin (karizma) otoritesi, yani bir kişiye duyulan mutlak bağlılık ve güvene, onun kahramanlığına ya da başka niteliklerine inanmaya dayanan otoritedir. Bu 'karizmatik' otoritedir. Peygamberlerin otoritesi ve siyaset alanında seçimle başa gelen komutanın, plebisiter yöneticinin, büyük demagogun ya da siyasal parti liderinin otoritesi böyledir. Sonuncusu, 'yasalara dayanan' egemenliktir. Yasaların geçerliliğine ve rasyonal kurallara dayanan işlevsel 'yetki' ye inanmaya bağlıdır. Yasalarca konulmuş ödevlerin yerine getirilmesinde itaat esastır. Bu, çağdaş 'devlet memuru' nun ve bu bakımdan ona benzeyen tüm siyasal güç sahiplerinin sahip olduğu egemenliktir."[246]

20. yüzyılda yaşanan iktisadi alandaki küreselleşme ile Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, IMF, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi devletler üstü yapılanmaların varlığı, egemenlik kavramının sorgulanmasına sebep olmuştur.[247] Özellikle 20.yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu sorgulamayı aktif olarak yapan düşünürlerden bir kısmı egemenliğin artık işlevsiz bir kavram olduğunu savunmuş, bir kısmı bu kavramın halen var olduğunu ve işlevini devam ettirdiğini ileri sürmüştür.[248] Bir devletler üstü yapılanmanın üyesi olmak, devletin egemenliğine bazı sınırlamalar getirmektedir. Avrupa Birliği örneğinde, Avrupa Topluluğu

[246] WEBER, Max, *"Sosyoloji Yazıları"*, Çev. Taha Parla, İletişim Yay., 6. Baskı, 2004, İstanbul, s.132-133.
[247] KARABÖCEK, Can, "Modern Devlette Egemenlik Sorunu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011, İstanbul, s.2.
[248] KARABÖCEK, (2011), s.2.

Mahkemesi'nin Van Gend en Loos kararı[249] ile başlayan Topluluk hukukunun doğrudan etkililiği[250] ve Costa v. Enel kararı[251] ile başlayan Topluluk hukukunun üstünlüğü tezleri üye devletlerin egemenliklerinin sınırlanmış olduğunu göstermektedir.[252] Uygulanacak kuralları belirleme kudretinin, o kudrete sahip olanı üstün ve aslî emredici güç, yani egemen yaptığı düşünüldüğünde, ülkelerin kendi kanunları yerine bir uluslararası kurumun kurallarını uygulaması, egemenliğin devri olarak isimlendirilebilir.[253] Uluslararası siyasetin yeni aktörlerinin ulus-devletler yerine bireyler, topluluklar, şirketler ve özel kuruluşlar olarak kabul edilmesi, yeni uluslararası düzende devletin görevinin "uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin kendi ülkesinde yerine getirmek" olarak belirlenmesini beraberinde getirmiştir.[254]

Giddens'a göre;

> *"Egemen devlet, sınırlı bir bölge ya da bölgeler içerisinde kanun yapma ve bunların yürütülmesini etkin biçimde uygulama; şiddet araçlarının tasarrufu üzerinde tekel oluşturma; dahili siyaset ya da idari hükümet biçimiyle ilgili temel siyasetleri kontrol etme ve gelirinin temeli olan ulusal ekonominin meyvelerini harcama kapasitesi olan bir siyasal organizasyondur."*[255]

---

[249] Case 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen (1963) *ECR* s.1.
[250] Topluluk hukukunda doğrudan etkililiğe ilişkin olarak bkz. STEINER, Josephin, "Direct Applicability in EEC Law", *LQR*, 1982, vol. 98, s. 229-248; HARTLY, T.C., "*European Community Law"*, Clarendon pres., Oxford 1988, s. 183-113; BERMANN, George A., GOEBEL, Roger J., DAVEY, William J., FOX, Eleanor M. "*European Community Law"*, West Publ., 1993, 166-191.
[251] Case 6/64, Flamino Costa v. Enel (1964) *ECR*, s. 585.
[252] İNCEOĞLU, Sibel, *"Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı"*, Anayasa Yargısı Dergisi 22 (9), 2005, s. 231-251.
[253] İNCEOĞLU, (2005), s.243.
[254] UYGUN, Oktay, *"Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi"*, Anayasa Yargısı Dergisi 20, 200, s. 250-284.
[255] GIDDENS, (2008), s.366.

Eski adıyla AET'nin (AB), devletlerin egemenliğini sınırlamaya hizmet ettiğini ileri süren yazar, bunun bir ölçüde, yalnızca ekonomik ilişkiler bakımından gerçekleştiğini ortaya koymaktadır.[256] Topluluğun formülleştirdiği kanunların üye devletlerin iç hukukunda uygulanmaları için parlamentoları tarafından onaylanma zorunluluğunun bulunmasını ve topluluğun bir askeri gücünün bulunmamasını göz önüne alarak topluluğun tam bir egemen güç olmadığını savunmuştur.[257] Giddens'a göre devletlerin egemenliğini etkilemede en önemli olan şey dünya askeri düzenidir.[258] Örneğin NATO içerisindeki ülkelerin ve toprakları üzerinde konuşlanmış Amerikan askeri üslerine sahip başka yerlerdeki devletlerin Batı ve Doğu arasında ciddi düşmanlıklar çıkması durumunda bağımsız bir askerî strateji oluşturma fırsatına sahip olmaları zordur.[259]

Toplumlar her zaman düzen arayışında olmuştur. Baumann'a göre düzen, devlet gücü ile sağlanırdı. Zira, hiyerarşik bir bürokratik aygıt olan devletin organize edebileceği ölçüde kaynağa ihtiyaç duyan toplumsal kuvvet olmadan düzen sağlanamazdı.[260] Zamanla devletler arasında stratejik iş birliğinin gereği olarak bloklar oluştukça, devletlerin gücü, sarsılmaya başlamıştır. Devletler, düzeni temin etme kabiliyetlerini muhafaza etme amacıyla edindiği müttefiklere kısmen de olsa egemenlik devri yapmak mecburiyetinde olmuşlardır.[261] Kurulan bloklar devletlerin yalnız başına her açıdan yetersiz olduğu savı temelinde, kendi "üst egemenlik" sahasındaki devlet idareli nizamlar arasındaki uyumlaştırmanın artmasını desteklemişlerdir.[262] Artık egemen güçler, devletleri içlerinde eriten bloklardır ve devletler egemenliklerini gönüllü olarak, bu bloklara teslim etme konumundadırlar.[263]

---

[256] GIDDENS, (2008), s.368.
[257] GIDDENS, (2008), s.368.
[258] GIDDENS, (2008), s.370.
[259] GIDDENS, (2008), s.370.
[260] BAUMANN, Zygmunt, *"Küreselleşme"*, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay. 4. Basım, 2012, İstanbul, s.66.
[261] BAUMANN, (2012), s.68.
[262] BAUMANN, (2012), s.68.
[263] BAUMANN, (2012), s.69.

Egemenlik konusunda tamamen farklı bir yaklaşıma sahip olan Schmitt'e göre ise egemenliğin soyut şeması ve somut uygulaması şeklinde iki görünümü vardır.[264] O, egemenliği en üstün ve aslî hükmedici güç olarak tanımlayan soyut şemayı önemsiz görmüş ve asıl önem arz edenin somut uygulama olduğunu ifade etmiştir.[265] Ona göre olağanüstü hale karar veren ve böyle bir durumunda kamusal menfaati, devletin menfaatini, kamu güvenliğini, kamu düzenini, kamusal yararı neyin oluşturduğuna karar veren egemendir.[266] Olağanüstü halin varlık şartları ve sınırları, olağan mevzuat ile belirlenemez.[267] Anayasa bu halde yalnızca, müdahale yetkisini elde bulunduranı belirleyebilir .[268] Bu durumda egemen, hem son derece acil bir durumun var olup olmadığına, hem de böyle bir durumu bertaraf etmek için ne yapılması gerektiğine karar verendir.[269] Zira hukuki yaşamın gerçeği bakımından önemli olan karar verenin kim olacağıdır.[270]

Agamben, "Kutsal İnsan" eserine Schmitt'e yaptığı atıfla başlar: "Egemen, hukuk düzeninin dışında olmasına rağmen bu düzene aittir; çünkü, bu durumda anayasanın tamamen askıya alınıp alınmayacağına karar vermek bu kişiye düşer." Bu durumu önemli bir paradoks olarak aktaran Agamben, hukuk düzeninin sınırlarını hangi ölçüde egemenin karar verdiği probleminin çözümünün, sorunun kendisinin iyi kavranmasında yattığını ifade eder.[271] İstisnanın yapısını ve egemen istisnayı belirlemeyi, bu yolda önemli bir aşama olarak görür. İstisna, genel kuralda dışlanan şey, münferit, tekil durumdur.[272] Egemenliğin yapısını tanımlayan istisna ise kendisini kuralın haricinde konumlandırmaz; aksine, kural, dışarıya çekilerek,

---

[264] SCHMITT, Carl, "Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm", Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Yay., 2016, Ankara, s.14.
[265] SCHMITT, (2016), s.14.
[266] SCHMITT, (2016), s.14.
[267] SCHMITT, (2016), s.14-15.
[268] SCHMITT, (2016), s.14.
[269] SCHMITT, (2016), s.14-15.
[270] SCHMITT, (2016), s. 42.
[271] AGAMBEN, Giorgio, "Kutsal İnsan", Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yay., 3. Basım, 2017, İstanbul, s. 26.
[272] AGAMBEN, (2017), s.28.

istisnaya alan oluşturur ve varlığını istisna olarak devam ettirir.[273] Her kuralın içinde, o kuralın ihlali manasını taşıyan fakat müeyyidesi bulunmayan bir istisna durumu vardır.[274] Agamben, bir insanın yaşamına egemen şiddet ile son verilmesini egemen istisnaya örnek gösterir.[275] Agamben'e göre, egemenliğin temelinde, *homo sacer* kavramı yatar.[276]

> *"Homo sacer, kutsal insandır. Kutsal insan, bir suçtan dolayı halk tarafından yargılanan kişidir.Bu kişinin kurban edilmesine izin verilmez. Fakat bu kişiyi öldüren birisi cinayet işlemiş sayılmaz".*[277]

Agamben, egemenin ilk faaliyetinin çıplak hayat üretmek, odaklandığı asıl problemin de, çıplak hayatın gözetimi, denetimi ve kullanımına en müsait organizasyon şeklini belirlemek olduğunu ifade eder.[278] Kamplar, çıplak hayatın en belirgin örnekleri olarak karşımıza çıkar.[279] Bu mekanlarda, kişiler, siyasi kimliklerinden arınıp, yalnızca birer beden olarak bulunurlar. Guantanamo Bay ve Ebu Gureyb'te terör zanlısı olarak tutulan kişilere yapılan insanlık dışı muamelelerin dayanağı bu kişilere yapılacak kötü muamelenin hukuka aykırı olmayacağı, bu kişilerin yalnızca birer bedenden ibaret olduğu yönündeki zihinsel altyapıydı. Bir istisna mekanı olarak kamp, normal hukuksal düzenin dışına yerleştirilen bir toprak parçasıdır.[280] Ancak kampa alınarak dışarıda tutulan şey, dışlanmak suretiyle içlenir.[281] İstisnai durumun kural olarak gerçekleştirildiği/yürütüldüğü yerdir.[282]

---

273 AGAMBEN, (2017), s.29.
274 AGAMBEN, (2017), s.32.
275 AGAMBEN, (2017), s.32.
276 AKSOY, Mete Ulaş, *"Kutsal İnsan: Giorgio Agamben'in Egemenlik Anlatısında Kurbansal Durum"*, FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), 2016 Güz, sayı: 22, s.16-40.
277 AGAMBEN, (2017), s.90.
278 AGAMBEN, (2017), s.147.
279 AGAMBEN, (2017), s.148.
280 AGAMBEN, (2017), s.203.
281 AGAMBEN, (2017), s.203.
282 AGAMBEN, (2017), s.203.

Çıplak hayatın bir diğer örneği mülteciler olarak gösterilebilir. Mülteciler, insan ile vatandaş, doğum ile milliyet arasındaki sürekliliği koparmak suretiyle modern egemenliğin orijinal kurgusunun bir krizi olarak ortaya çıkmaktadır.[283] Hitler'in ötanazi programı bir diğer örnektir. Program, intihar üzerinden ortaya atılan "yaşanmaya değmeyen hayatın yok edilmesinin mübahlığı" fikrinin ve bu fikrin daha sonra üçüncü kişilerin hayatına son verme konusunda esas alınıp, ümitsiz hastalık yahut tedavisi imkansız idiotluk durumlarında ötanazi uygulanmasını içeriyordu.[284]

6.OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİ

Olağanüstü hal kavramı, İngilizce "State of Emergency" kavramının karşılığı olarak kullanılır.[285] Kavram, istisna hali, kuşatma hali gibi farklı şekillerde de ifade edilmektedir.[286] Bir devletin ölümcül bir tehditle karşı karşıya kaldığı durumlarda devletin, normal zamanlarda hiçbir zaman haklı çıkmayacak şeyler yaparak cevap verme halini karşılar.[287] Turhan olağanüstü idare biçimlerine savaş durumu, savaş ihtimalinin ortaya çıkması, iç karışıklık, ayaklanma gibi güvenliği üst seviyede tehlikeye atan haller ya da doğal afetlerle karşılaşıldığında başvurulabileceğini belirtmiştir.[288] Kuzu, "zaruret hali" ve "devletin acze düşmesi" gibi haller karşısında devletin uyguladığı tedbirleri "olağanüstü tedbirler", bu usulü "olağanüstü hal rejimi" olarak tanımlamıştır.[289] Zaruret, "kendi kendini koruma" kavramıyla iç içe alışılagelmiştir.[290] Sözü geçen acil durum ya da "zaruret hali"nin yaşanacağı vakit önceden tespit edilemez ve bu durumda ne türden olay ve olgularla

[283] AGAMBEN, (2017), s.158.
[284] AGAMBEN, (2017), s.166.
[285] ESEN, Selin, *"Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi"*, Adalet Yay., 2008, Ankara, s.5.
[286] SCHEPPELE, Kim Lane, *"Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11",* Journal of Constitutional Law, Vol. 6:5, May 2004, s.1001-1083.
[287] SCHEPPELE, (2004), s.1004.
[288] TURHAN, Mehmet, *"Siyaset ve Anayasa"*, Gündoğan Yay., 1995, Ankara, s.163.
[289] KUZU, Burhan, *"Olağanüstü Hal Kavramı ve türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi"*, Kazancı Yay., 1993, İstanbul, s. 39.
[290] ESEN, (2008), s.5.

karşılaşılabileceği tek tek sayılamaz.[291] Schmitt, bu gerekçeyle olağanüstü halin hukuk devletiyle bir ilgisinin olamayacağını ifade etmiştir.[292] Ancak Turhan, aksine demokratik rejimlerde olağanüstü yönetimin hukuk dışı ve keyfi bir yönetim anlamına gelmeyeceği görüşündedir.[293] Aynı şekilde Gemalmaz da, öğretide geniş bir görüş birliği ile belirtildiği üzere, olağanüstü halin bir hukuk rejimi olduğuna işaret etmektedir.[294] Olağanüstü hallerde hukuk askıya alınmakta, fakat, olağanüstü hal rejimi, bir hukuk rejimi olarak anılmaktadır. Bu yaklaşım, esasen daha önce sözünü ettiğimiz, dışlama yoluyla içleme yaklaşımıyla örtüşür. Olağanüstü hallerde, egemenin fiillerinin kanun hükmüne geçmesi, olağanüstü halin modern egemenlik kuramı bağlamında özünde "olağan" bir hale işaret ettiğini gösterir. İstisna halinin modern egemenlik kuramının çekirdeği oluşu buradan kaynaklanır.[295]

Olağanüstü halin geçerli olduğu dönemlerin ortak birtakım özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerden biri, normal döneme göre insan haklarının daha sınırlı şekilde uygulanmasıdır. Olağanüstü rejimler, birey hak ve özgürlüklerinin, potansiyel ve reel olarak yoğun biçimde ihlal edildiği uygulamalara kapı aralamaktadır.[296] Fitzpatrick de, olağanüstü halin geçerli olduğu dönemlerde insan

---

[291] SCHMITT, (2016), s.10-15.
[292] SCHMITT, (2016), s.10-15.
[293] TURHAN, (1995), s.163.
[294] GEMALMAZ, Mehmet Semih, *"Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları",* BDS Yay., 1991, İstanbul, s.9. Bkz. aynı görüş; SARICA, Ragıp, *"Fransa ve Türkiye'de Örfi İdare Rejimi"*, İstanbul Barosu Mecmuası, Şubat-Mart 1941, S:2-3, Yıl:15, s.81-100; ONAR, Sıddık Sami, *"İdare Hukukunun Umumi Esasları"*, İstanbul 1966, C:1, s., 436-441; C:3, s.1497-1503; BİLGEN, Pertev, *"1961 Anayasası'na göre Sıkıyönetim"*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976; ÜSKÜL, Zafer, *"Siyaset ve Asker"*, Afa yay., İstanbul, 1990; TANÖR, Bülent, "Sıkıyönetim", Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopaedisi, İletişim Yay., İstanbul, C:4, s.947-957; AYBAY, Rona, *"Public Emergencies, Economic Crises and Human Rights "*, İnsan Hakları Yıllığı: 1981-1982, Yıl:3-4, Ankara, s.152-156; DURAN, Lütfü, *"İdare Hukuku Ders Notları"*, Üniversite Matbaası, İstanbul, 1982, s.296-300, SEROZAN, Rona, *"Anayasa ve Sıkıyönetim Yasası"*, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:5, S:8, 1971, s.85-92; HAZIR, Hayati, *" Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği ve Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Tesiri"* Selçuk Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, C:1, S:1, 1988, s.29-41; DAVER, Bülent, *"Fevkalade Hal Rejimleri"*, Ankara, 1961; AKILLIOĞLU, Tekin, *"Temel Hakların Durdurulması"*, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., 7, 1988, Ankara, s. 54-68.
[295] BAŞTÜRK, Efe, "Modern Egemenliğin "Nomos"u Olarak İstisna Hali", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi (FLSF) . Spring 2013, Issue 15, p. 71-83.
[296] GEMALMAZ, (1991), s.9.

haklarının tehlikeye girebildiğini dile getirmekte, esasen bu dönemlerde insan haklarının ihlal edilmesinin gerçekten gerekli olup olmadığınının araştırılması zorunluluğunu vurgulamaktadır.[297] Gerekli olmadığı halde insan haklarına yapılan müdahaleler, hakların olağanüstü hal gerekçesiyle istismar edilmesi anlamına gelir. Schmitt, olağanüstü halin varlığına karar veren otoritenin bu kararının bir kıstasa bağlanamayacağını öne sürse de, olağanüstü hal ilanının görünen gerekçesi ve asıl gerekçesi arasında tezat olup olmadığı sorunu bireyin devlete karşı korunması bakımından önem arz etmektedir.[298] Suistimallere yol açan olağanüstü hal uygulamalarını önlemek, ancak onun kıstaslarını belirlemekle mümkün olabilmektedir. Böyle dönemlerde insan haklarını koruma yolunda atılacak ilk adım, egemenin olağanüstü hal kararının, gerçek bir zaruret halinin var olup olmadığı bakımından denetlenmesi olmalıdır. Bu nedenle anayasa ya da kanunlarda hangi koşulların olağanüstü hale izin vereceği açıkça belirlenmelidir.[299] İçi doldurulmak üzere müphem bırakılmış ifadeler ise keyfiliğe zemin hazırladığından tercih edilmemelidir.[300] Tehdit, tehlike gibi kelimeler bu tür ifadelere örnek olarak gösterilebilir.

İnsan hakları izleme örgütlerinin sabit bir olağanüstü hal tasarımı ortaya koymakta en zorlandığı konu, olağanüstü hali gerektiren durumların bir tipolojisini yaratmak olmuştur.[301] Bu konuda ILA'nın[302], Nicole Questinaux'un ve Clinton Rossiter'in çalışmaları bulunmaktadır.[303] ILA, her olağanüstü halin kendine özgü olduğunu kabul etmekle birlikte, olağanüstü hal rejimini altılı bir sınıflandırmaya tabi tutmuştur.[304] Bunlar:

- hukuki ve gerçek olağanüstü hal,

---

[297] FITZPATRICK, Joan, *"Human Rights in Crisis: The International system for Protecting Rights during States of Emergency"*, University of Pennsylvania Press, 1994, Philadelphia, s.1-2.
[298] SCHMITT, (2016), s.14.
[299] ESEN, (2008), s.38.
[300] ESEN, (2008), s.38.
[301] FITZPATRICK, (1994), s.2.
[302] Committee on the Enforcement of Human Rights Law of the International law Association.
[303] FITZPATRICK, (1994), s.3.
[304] FITZPATRICK, (1994), s.8.

-gerçek olmayan gayri hukuki olağanüstü hal,

-fiili gerçek olağanüstü hal,

-gerçek olmayan fiili olağanüstü hal,

-kurumsallaşmış olağanüstü hal,

-olağan baskı biçimindeki olağanüstü hal olarak sayılmıştır.

Sınıflandırmanın iki temel ayrımı olağanüstü halin hukuki veya fiili nitelikte olması ile gerçek anlamda olağanüstü hali gerektiren bir durum olup olmaması üzerinedir.[305] Hukuki ve gerçek olağanüstü halde , olağanüstü hali gerektiren gerçek koşullar bulunmaktadır ve olağanüstü hal resmi olarak deklare edilir. Gerçek olmayan gayri hukuki olağanüstü halde olağanüstü hal gerektiren gerçek koşullar bulunmamaktadır ve olağanüstü hal resmi olarak deklare edilmez. Fiili gerçek olağanüstü halde olağanüstü hal gerektiren gerçek koşullar bulunur fakat resmi bir deklarasyon yoktur. Gerçek olmayan fiili olağanüstü hal güvenlik kanunlarına başvurma biçiminde ani değişiklik olarak karşımıza çıkar. Gerçek olağanüstü hal koşulları bulunmaz ve olağanüstü hal resmi olarak deklare edilmez. Bir diğer olağanüstü hal tipi olan kurumsallaşmış olağanüstü halde, olağanüstü hal gerektiren gerçek koşullar bulunmaz, önceki olağanüstü hal kaldırılarak olağanüstü hal koşulları olağan kanunların içine yerleştirilir. Olağan baskı biçimindeki olağanüstü halde gerçek olağanüstü hal koşulları bulunmaz, resmi bir deklarasyon yoktur, olağan kanunlar insan hakları üzerinde olağanüstü sınırlamalar içermektedir.[306] Burada sözü edilen "olağanüstü hal gerektiren durumlar" veya "gerçek olağanüstü hal koşulları" nın ne olduğu belirlenmeye muhtaçtır. Bu sınıflandırma, sözü geçen belirleme sorununu çözmemektedir.

Gemalmaz, insan hakları belgelerinin hazırlanması süreçlerinde ilgili ulusal üstü birimlerin somut olayları irdeledikleri karar pratiklerinde en zorlu alanın, olağanüstü hali gerektiren koşul olarak ele alınan "ulusun yaşamına yönelik tehlike"

[305] FITZPATRICK, (1994), s.8.
[306] FITZPATRICK, (1994), s.8.

ölçütünün içeriğini netleştirmek olduğundan söz etmiştir.[307] Yazar, doktrin ve içtihadın, bu ölçütün içeriğini belirleme noktasında, ölçütün,

"- istisnai bir durumu ifade ettiği,

-gerçek ve mevcut ya da yakın bir tehlike anlamına geldiği,

-bir bütün olarak toplum yaşamına yönelik ve devletin egemenlik alanının tamamını ya da bir bölümündeki tüm nüfusu etkiler nitelikte olması gerektiği"

şeklinde bir çerçeve çizmiş olduğuna işaret etmiştir.[308] Esen ise, konuyu biraz daha somutlaştırarak, olağanüstü hal ilanında meşru nedenleri; siyasi bunalım, ekonomik bunalım ve doğal afet ya da mücbir sebep olarak saymıştır.[309] Siyasal bunalım savaş, ayaklanma, iç savaş terör gibi, devletin kurucu unsurlarını hedef alan yahut güvenliğini, bütünlüğünü, istikrarını tehdit eden bir ortamın varlığı anlamına gelir.[310] Ekonomik bunalım, çok yüksek enflasyon, ekonomik durgunluk, aşırı iç ve dış borç yükü gibi nedenlerle devletin derin bir mali kriz içinde olmasıdır.[311] Deprem, sel, toprak kayması, yangın, salgın hastalık, volkanik olaylar, kuraklık gibi büyük çaplı doğa kaynaklı bir felaket ya da salgın hastalık da olağanüstü hal ilanının nedeni olabilir.[312]

Olağanüstü hali hangi somut koşulların gerektirdiğini netleştirdikten sonra, ILA'nın çalışmasında sözünü ettiği olağanüstü hal modellerinin insan hakları üzerindeki etkisine bakmak gerekirse, ilk olarak, gerçek olağanüstü hal koşullarının bulunduğu ve resmi olarak deklare edilen olağanüstü hal, hukuka uygun olma potansiyeli en yüksek olan formdur.[313] Fakat yine de ciddi insan hakları ihlallerine

[307] GEMALMAZ, (1991), s.23.
[308] GEMALMAZ, (1991), s.23.
[309] ESEN, (2008), s.39.
[310] ESEN, (2008), s.39.
[311] ESEN, (2008), s.39.
[312] ESEN, (2008), s.39.
[313] FITZPATRICK, (1994), s.8.

açık bir sistem olmaktan kurtulamaz. Bu formda da, olağanüstü halde dahi dokunulamayacak nitelikteki çekirdek hakların ihlal edilmesi, ya da kriz koşullarıyla uygulanan tedbirler arasında orantısızlık bulunması ihtimali her zaman mevcuttur.[314] Olağanüstü halin gerçek koşullarının bulunmadığı fakat resmi olarak deklare edildiği formda olağanüstü hal, diktatoryal bir düzenin inşası amacıyla kullanılır. Bu forma örnek olarak 1967'de Yunanistan'da yönetimi ele geçiren ve yedi yıl boyunca yöneten Albaylar Cuntası yönetimi veya 1960'ta ve 1980'de Türkiye'de sıkıyönetim ilan edilmesi gösterilebilir[315]. Her iki ülkede de yaşanan darbeler, siyasi istikrarsızlık nedeniyle orduların yönetimi ele almak istemesi sonucunda gerçekleşmiştir.[316] Askeri darbeler, yapıldıkları ülkelerde siyasi istikrarsızlığı giderme saikini taşısa da[317], bu, gerçek anlamda olağanüstü hali gerektiren koşulların varlığı için yeterli değildir[318]. İstikrarsızlığın, objektif olarak devletin bütünlüğünü ve güvenliğini tehdit edecek boyutta ve ciddiyette olması olağanüstü hal ilan edilmesi için şarttır.[319] Askeri darbelerin ülkelerde sağladığı suni istikrar ise, olağanüstü hal uygulamasının olumlu sonuç verdiğini değil, yoğun şiddetin bastırıcı gücünü gösterir.[320]

Olağanüstü halin koşullarının bulunduğu, ancak resmi olarak ilan edilmediği olağanüstü hal tipinde devlet, olağan hukukunu başarılı şekilde uygulayarak kriz halini aşıyor olabilir, sert tedbirler uygulamak için olağanüstü hal ilanı olmaksızın kararnameleri kullanıyor olabilir, kriz halini yaşayan bölgede yönetim, silahlı muhalefet güçleri gibi *ad hoc* bir organın elinde bulunuyor olabilir, yahut ülke içerisinde bulunduğu kriz haline sert güvenlik kanunlarıyla yanıt veriyor olabilir.[321]

---

[314] FITZPATRICK, (1994), s.8.
[315] ÖZTAN, Güven Gürkan, BEZCİ, Egemen B, *"Türkiye'de Olağanüstü Hal: Devlet Aklı, Askerler ve Siviller"* Mülkiye Dergisi, 39(1), 2015. 159-186; KILIÇOĞLU CİHANGİR, Çiğdem, "Modern Yunanistan'ın Karanlık Çağı: Albaylar Cuntası:1967-1974", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 37, Aralık 2016, s. 518-539.
[316] ÖZTAN, BEZCİ, (2015), s.3; KILIÇOĞLU CİHANGİR, (2016), s.5.
[317] YARDIMCIOĞLU, Fatih, *"1960'dan 15 Temmuz'a Darbelere Ekonomi Politik Bir Bakış"*, Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı, 2017, Ankara, s.216 vd.
[318] FITZPATRICK, (1994), s.10.
[319] ESEN, (2008), s.39.
[320] YILMAZ, Hakan, "Tarih Boyunca İhtilaller ve Darbeler", TİMAŞ Yay. s.1-25.
[321] FITZPATRICK, (1994), s.14.

Sert iç güvenlik kanunlarına başvurma durumu, gerçek olağanüstü hal koşullarının bulunmadığı ve resmi bir deklarasyonun da yapılmadığı olağanüstü hal tipinde de başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkar.[322] Kurumsallaşmış olağanüstü hal ve olağan baskı rejimlerinde de olağanüstü hali ülkelerde etkin kılan etmen kanunlar ve kararnameler olmaktadır.[323]

Kararnameler ve kanunlar, olağanüstü hali canlı ve etkin kılarlar. İnsan hakları açısından yarattıkları tehlikeyle birlikte olağanüstü hallerin karakteristik özelliklerini oluşturan ikinci etmen olarak yürütme organının faaliyet alanındaki genişleme gösterilebilir.[324] Bu genişleme, yürütme organına normal dönemler için verilmiş olan yetkilerin geniş yorumlanmasıyla, anayasanın kolayca değişebilmesi imkanını sağlayarak kriz halinde yürütmeye yeni yetkilerin tevdi nin mümkün kılınmasıyla veya olağanüstü halin anayasalarda düzenlenmesiyle elde edilir.[325] Olağanüstü haller anayasalarda düzenlendiğinde, Türkiye gibi bazı ülkelerde, olağanüstü hal kararnameleriyle birlikte düzenlenirler. Bu kararnamelerin insan haklarıyla olan bağlantısı olağan dönem kanun ve kararnamelerinden daha zayıftır. Yalnızca çekirdek bir alanı korumaları gerekir. Fakat Anayasa yargısı denetimine tabi tutulmadıklarında bu zayıf bağı dahi korumak zorlaşır. Burada sınırlı bir yargısal denetimin yapılması, hem devletin insan haklarına saygılı olma niteliğini koruyacaktır, hem de denetimi istisnai seviyede tutarak, anayasa yargısı kararlarının demokratik meşruiyetini koruyacaktır.[326] Anayasa yargısı olağanüstü halden tamamen dışlandığında, kararnamelerin neden, yetki, süre ve yer kısıtlamalarına uyup uymadığını denetlemek imkânsız hale gelir. Bu durumda parlamentodan alınan yetki, sadece aşılması gerekli olan bir basamak biçimini alır. Olağanüstü hal ilan edilmeksizin olağan kararname rejimi ile olağanüstü hali karşılayan ABD gibi ülkelerde anayasa yargısı bu kararnamelerin denetimini yaptığından insan hakları

[322] FITZPATRICK, (1994), s.14.
[323] FITZPATRICK, (1994), s.15-20.
[324] KUZU, (1993), s.54.
[325] KUZU, (1993), s.54.
[326] CAN, Osman, ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu, *"Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine"*, MÜHF - HAD, C.23, S.1,s.13-43.

koruması daha yüksek olmaktadır. Fakat yargının çeşitli sebeplerle denetimde etkisiz kaldığı durumlar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Anayasa yargısı denetimi, sert güvenlik kanunları konusunda da önem arz etmektedir. Yukarıda sözü geçtiği üzere, güvenlik kanunlarının insan hakları karşısındaki sert tutumu, kimi zaman deklarasyona gerek kalmadan olağanüstü hal etkisi yaratabilmektedir. Bu türden kanunların varlığını idame ettirebilmesi de anayasa yargısının etkinliği problemiyle yakından ilgilidir.

Olağanüstü halin kurumsallaşması, bir diğer deyişle kalıcı hale gelmesi, olağanüstü hal kurumunun önemli tehlikelerindendir. Devletin yaşama ve ölüme yargılama dışı bir usulle karar verir hale gelmesi yahut yaşanmaya değer olan ve olmayan hayatı belirlemesi, sebep olduğu hak ihlallerinden sorumlu olmamasının sürekli bir hal alması söz konusu olduğunda, kalıcı bir olağanüstü halin var olduğu ve olağan baskı rejimine dönüştüğü düşüncesine kapılmak kaçınılmaz olmaktadır.[327] Bu durumun dünya üzerinde birçok örneği bulunmaktadır.

2015 sonbaharında, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşanan isyan hareketleri sonucu çoğu İsrail polis ve askerleri olan 35 İsrailli ve 4 yabancı hayatını kaybetmiş, bunun karşılığı olarak İsrail'in saldırılardan sorumlu tuttuğu 155 Filistinli öldürülmüştür.[328] Bu yargısız infazların gerçekten zaruri olup olmadığı, zanlıların etkisiz hale getirilmesiyle yetinmek seçeneğinin failler için mümkün olup olmadığı tartışılmıştır.[329] Olay yeni olmakla birlikte, İsrail'in işgal bölgesinde Filistinlilere uyguladığı şiddet yeni bir konu değildir.[330] Uygulanan şiddet, İsrail'de hüküm süren olağanüstü halin bir gereği olarak gösterilmekte ve devlet, terörle yaptığı mücadelede bu şiddetin gerekli olduğunu savunmaktadır.[331] Kendini "Yahudi ve demokratik" bir

[327] ALFORD, Ryan, "Permanent State of Emergency: Unchecked Executive Power and the Demise of the Rule of Law", McGill-Queen's University Press, 2017, Canada, s.IX-X.
[328] OMER-MAN, Emily Schaeffer, "Extrajudicial Killing With Near Impunity: Excessive force by Israeli Law Enforcement Against Palestinians", Boston University International Law Journal, Vol.35/115, 2017, s.115-156.
[329] OMER-MAN, (2017), s.118.
[330] OMER-MAN, (2017), s.118.
[331] OMER-MAN, (2017), s.118.

devlet olarak kurduğunu ileri sürse de İsrail'in kuruluşu, bir olağanüstü hal ilanı niteliğinde olmuştur.[332] İsrail, kurulduğu 1948 tarihinden beri olağanüstü hal içerisindedir. 1970'lerden itibaren olağanüstü hal uygulamalarının sertliğini artıran devlet, 2016'da yeni bir terörle mücadele kanunu kabul etmiştir.[333] İsrail, ayrıca idari tutukluluk tedbiriyle de tartışma konusu olmuştur. Anayasa yargısı, olağanüstü hal kapsamında alının güvenlik tedbirlerini gereklilik ve ölçülülük yönlerinden denetleme taraftarı olmuşsa da, politik çevreler, yargısal denetim yapılmasının, güvenliği zayıflatacağı gerekçesiyle bu düşünceyi eleştirmişlerdir.[334] 1999 yılında İsrail'de 60 yıldan beri devam eden olağanüstü halin sona ermesi gerektiği, bu kurumun, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine zarar verdiği yönünde bir başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruya cevabı, olağanüstü hale sebep olan tehditlerin devam ettiği, ancak bu tehditler aşıldıktan sonra olağanüstü hale son verilebileceği şeklinde olmuştur.[335]

Uluslararası insancıl hukuka göre bir sivil, düşman güçlerle birlikte faaliyette bulunması, ordunun meşru hedeflerine ayrım yapmaya izin vermeyecek kadar yakın olması ve güvenlik için açık ve yakın bir tehlikeye sebep olması durumları dışında öldürülemez.[336] Yargısız infaz, "U.S. Torture Victims Protection Act" in 1350. maddesine göre; olağan mahkemelerde vazgeçilemez medenî yargısal haklar korunarak yapılmış bir yargılamaya dayanmayan kasıtlı öldürmelere verilen genel addır.[337] Bu terim, yabancı bir ülkenin otoritesi altında uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş öldürme eylemlerini kapsamaz.[338] Son dönemlerde yargısız infaz, ABD'nin operasyonlarından da bilinen "hedefleyerek öldürme" uygulaması üzerinden tartışılmaktadır. Kavram, istihbarat bilgilerine dayanılarak seçilmiş bir

[332] NAVOT, Suzie, *"Emergency as a State of Mind—The Case of Israel"*,(in), AURIEL, Pierre, BEAUD, Olivier, WELLMAN, Carl, (Ed.) *"The Rule of Crisis: Terrorism, Emergency Legislation and Rule of Law",* Springer International Pub., 2018, s.185-213.
[333] NAVOT, (2018), s.194-195.
[334] NAVOT, (2018), s.198.
[335] NAVOT, (2018), s.198.
[336] OMER-MAN, (2017), s.122.
[337] OMER-MAN, (2017), s.120.
[338] OMER-MAN, (2017), s.120.

kişinin planlanarak infaz edilmesi anlamını taşır.[339] İnfaza kaynak gösterilen istihbaratın hatalı olması, operasyon esnasında hedeflenen kişi dışında da ölümlerin olması ihtimalleri konuyu tartışmalı kılan unsurlar olmaktadır. Bu konunun hukukla en iyi ihtimalle seyrek bir bağı olduğu dile getirilmektedir.[340] Gunnfelo, ihtiyaç duyulanın, bu tür öldürmelerin hukukla bağlantısının daha sıkı olması olabileceğinden söz etmiştir.[341] Ona göre, devletler bu uygulamanın hukuki çerçevesini belirlemeli, hatta bunu yargısal denetime tabi kılmayı dahi nazara almalıdır.[342] "Hedefleyerek öldürme" nin hukuktan ziyade egemenlik ve olağanüstü hal ile ilgili tartışmaları teşvik ettiğini belirten yazar, kavramın, modern devlet anlayışının egemenlik ile şiddet arasında kabul ettiği problemli ilişkiden kaynaklandığını ifade etmektedir. Uygulamanın, egemenlik başlığı altında sözünü ettiğimiz *homo sacre* yaklaşımıyla yakından ilişkisi bulunmaktadır. Yaşanmaya değmeyen hayata karar vermenin, yargılamaya gerek duymaksızın bireyleri infaz edebilmenin bir yetki olarak anlaşılması fikri, "yargısız infaz" ve "hedefleyerek öldürme" gibi uygulamaları benimseyen ülkelerde egemenlik anlayışıyla bütünleşmiştir. Bu durum, olağanüstü halin sürekliliğinin kaçınılmaz bir sonucudur. Hukuk askıya alındığında, egemenin bu tür kararlarının denetlenmesi meşru ve mümkün görülmemekte, egemenin davranışları kanun halini almaktadır. Egemenin kararlarının uygulayıcısı pozisyonundaki polis ve asker kuvvetleri de, aynı sebeple Uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları hukukuna aykırı olarak uyguladıkları şiddet sonucunda cezasız kalmaktadır.

"Yargısız infaz"ların yaşandığı bir diğer ülke olan Nijerya'da polis gücüne genel olarak bir güvensizlik olduğu, bunun eğitimsizlik, şiddete eğilim gibi sebeplerinin olduğu söylenmektedir.[343] Ateşli silahların ölçüsüz kullanımı,

---

339 OMER-MAN, (2017), s.120.
340 GUNNEFLO, Markus, "Targeted Killing: A Legal and Political History", Cambridge University Press, 2016, Cambridge, s.1.
341 GUNNFELO, (2016), s.1.
342 GUNNFELO, (2016), s.1.
343 AMNESTY INTERNATIONAL, *"Killing at Will: Extrajudicial Executions and Other Unlawful Killings by the Police in Nigeria"*, Amnesty International Pub., 2009, London, s.1-8.

gözaltında kaybetme, işkence gibi sorunların yanında, polis kontrol noktalarında rüşvet vermeyi reddedenlerin öldürülmesi, silahlı soyguncularla girilen silahlı çatışmalarda şüphelilerin toplu halde öldürülmeleri, kaçmaya çalışan şüphelilerin tutuklandıklarında öldürülmeleri, polis tarafından yaralanan ya da işkence edilen tutuklu ya da hükümlülerin tıbbi tedavi almasının engellenmesi, uluslararası hukukun yargısız infaz olarak kabul ettiği uygulamalara örnek olarak gösterilebilir.[344] Nijerya, bağımsızlığını ilan ettiği 1960 yılından beri birbirini takip eden askeri darbelerin sonucu olarak, ilk sivil hükümetin kurulduğu 1999 yılına kadar aralıklarla da olsa olağanüstü hal ile yönetilmiştir.[345] Sivil hükümetin kurulmasından sonra, yargısız infazlarda önemli bir artış gözlemlenmiştir.[346] Sivil bir hükümetin kurulması, olağanüstü hali sona erdirmemiş, sivil hayata hakim olan politik atmosfer, askerî darbelerden bağımsız olarak, ülkede olağanüstü hali baki kılan etken olmuştur.[347] Yukarıda bahsettiğimiz polis şiddeti de sömürge döneminden kalan bir alışkanlık olarak siyasi baskı kültürü ve iktidarı korumak için şiddeti kullanmanın kural haline geldiğini göstermektedir.[348] Esasen bu durum, tüm Afrika coğrafyası için geçerli görülmüştür. Buna göre, yönetme pozisyonu kalıcı hale gelip bağımsızlık kazanıldıktan sonra iktidar mücadelesi, Hobbesvari bir kimliğe bürünmüştü. "Kazanan her şeyi kazanır, kaybeden her şeyi kaybeder" kuralı geçerli olmaya başlamıştı.[349] Yargısız infazın siyasi suikastler biçimindeki görünümünün ardında, böyle bir siyasi yapı bulunmaktaydı. Bu, sürekli bir iç güvenlik tehdidinden kaynaklanan, sürekli bir olağanüstü halin varlığına işaret etmektedir.

---

344 AMNESTY INTERNATIONAL, (2009), s.8-25.
345 TANDOĞAN, Muhammed, *"Nijerya ve Nijer'in Devlet Sistemlerinin Otoriterleşmesinde Askerî Darbelerin Etkisi"*, Afrika araştırmacıları Derneği, Rapor-2, 2016, İstanbul, s.3.
346 OJIE, A.E., *"Democracy, Ethnicity, and the Problem of Extrajudicial Killing in Nigeria",* Journal of Black Studies, Vol. 36, No. 4 (Mar., 2006), s. 546-569.
347 OJIE, (2006), s.552.
348 OJIE, (2006), s.552.
349 IHONVBERE, J. (Ed.), *"The Political Economy of Crisis and Underdevelopment in Africa: Selected Works of Claude Alee"* Lagos, Nigeria: Jos Publishers, 1989, s.52.

Filipinler'de, yargısız infazlar, toplumun servetin yeniden dağıtımına karşı direncini kırmak için bir yöntem olarak uygulanmıştır.[350] 8 Nisan 2002'de, madencilik karşıtı faaliyetlere katılan ve solcu Bayan Muna partisi üyesi olan bir ailenin evlerinden zorla çıkarılarak öldürülmesi, Filipinler'deki yargısız infazların sembolü olmuştur.[351] Bu tür solcu partilerin sistem karşıtı faaliyetleri, devlet tarafından terör olarak isimlendirilmiş, "teröre karşı savaş" mahiyetinde ismi konulmamış olağanüstü hal yaratılmış ve bu kapsamda, muhalif kişiler seri şekilde yargısız infaz kurbanı olmuşlardır.[352] ABD'nin 11 Eylül 2001'den sonra başlattığı "Teröre Karşı Savaş" ve global olağanüstü hal, gelişmekte olan dünyadaki birçok hükümetin şiddetini daha da artırmıştır. Bu paradigma altında, güvenlik güçleri insanları "varsayılan yasadışı eylemlerden ziyade politik fikirlerine dayanarak" hedef almıştır.[353] "Teröre karşı savaş"ın ortaya çıkışı, ulusal güvenlik devletinin genel bir dirilişini meşrulaştırmış ve dünyadaki her gruba "ulusal çıkar" adına insan haklarının kaldırılmasına katılma fırsatı sunmuştur.[354] Filipinler bu bağlamda, neoliberal politikaları benimseyen ve bu durumu protesto eden grupları "terörist" terimiyle kolayca etiketleyerek onların hayatlarını yaşanmaya değer olmayan hayatlar olarak şiddetin hedefi yapan, sürekli olağanüstü halin yaşandığı bir devlet olmuştur.[355]

---

[350] HOLDEN, William N., *"A Neoliberal Landscape of Terror: Extrajudicial Killings in the Philippines"*, ACME: An International E-Journal for Critical Geographies, 2012, 11 (1), 145-176 .
[351] HOLDEN, (2012), s.145.
[352] HOLDEN, (2012), s.146.
[353] MCSHERRY, J. Patrice, *"Operation Condor as a Hemispheric "Counterterror" Organization"* (In), Cecilia Menjivar and Nestor Rodriguez (eds.), *When States Kill: Latin America, the US, and Technologies of Terror*. Austin: University of Texas Press, 2005, s. 28-58.
[354] GLASSMAN, Jim, *"Imperialism Imposed and Invited: The "War on Terror" Comes to Southeast Asia"* In, Derek Gregory and Allan Pred (eds.), "*Violent Geographies: Fear, Terror, and Political Violence*" New York: Routledge, 2007, s. 93-109
[355] HOLDEN, (2012), s.150.

2.BÖLÜM
KAMU GÜVENLİĞİ AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNİ SAĞLAYAN VE BOZAN FAKTÖRLER

1.KAMU GÜVENLİĞİ AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNİ BOZAN FAKTÖRLER

1.1.YÜRÜTMENİN GÜÇLENMESİ

Bir devletin hak ve özgürlükler hususunda müdahaleci olmasındaki en önemli unsurlardan biri üç devlet erkinin sağlıklı bir demokrasi için görevlerini beklenen şekilde yerine getirmemeleridir. Hak ve özgürlüklere saygılı, kuvvetler ayrılığını[356] ilke olarak benimsemiş, demokratik bir devlette, yasama organının etkin bir şekilde, yürütme organının görevini kanunlara bağlı olarak sürdürmesi gerekir. Özetle, özgürlüklerin halkla buluşturulması yahut egemenin elinde kalması meselesi, kökünde yasama organın faaliyetine bağlıdır. Yürütme ise, burada ikincil bir yetkiyi üstlenmekte, yasamanın koyduğu kuralları, iyi uygulamakla görevlendirilmektedir. İS 3. asır Roma hukukçusu Julius Paulus'un dediği gibi; *"Hukuk, yönetimden doğmamıştır, fakat yönetime ait olan her şey hukuktan doğmuştur.*" Yasama faaliyeti ise hukuktan daha sonra ortaya çıkmıştır. Hayek, yasama kuvvetini şöyle tarif etmiştir;

[356] Demokratik devletlerde yasama.yürütme ve yargı fonksiyonunun birbirine karşı bağımsız statüye sahip olan veya olması gereken yasama, yürütme ve yargı organları tarafından yerine getirilmesi anlamında kullanılmaktadır. HEYWOOD, Andrew, *"Political Ideas Concepts-An Introduction"*, First Edition, London, 1994, s.26, PONTON, Geoffrey/ GILL, Peter, *"Introduction to Politics"*, Second Edition, Worcester England, 1988, s.130. SEZEN, Saim, *"Seçim ve Demokrasi"*, 1. Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1994, s.282, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *"Anayasa Hukuku"*, Üçüncü Bası, "S" Yayınları, Ankara, 1991, s.68.

"*O, insanların eline, bazı iyi şeyler elde etmek için ihtiyaç duydukları, fakat kötülük üretmeyecek tarzda kontrol etmeyi henüz öğrenemedikleri büyük bir güç aleti vermiştir. O, insanın önüne tamamıyla yeni imkanlar açmış ve ona yeni bir kaderi üzerinde iktidara sahip olma hissi vermiştir. Bununla beraber, bu güce kimin sahip olması gerektiği üzerindeki tartışma, bu gücün nereye kadar yayılması gerektiğiyle ilgili çok daha temel soruyu olmaması gereken bir biçimde aşırı ölçüde gölgelemiştir. Onun sadece kötü insanlar tarafından kullanılması halinde zarar vereceğini düşündüğümüz sürece çok tehlikeli bir güç olarak kalacaktır."*[357]

Evet, yasama yetkisine sahip olmak; toplumun kaderi üzerindeki iktidarı elinde bulundurmak anlamına geldiğinden, devlet organizasyonu içerisindeki en önemli erkin yasama erki olduğu söylenebilir. Gücün kime ait olması gerektiği konusundaki tartışma, uzun yıllardır devam etmektedir. Yürütme, her zaman yasama erkini eline alma, yahut onu kontrol etme çabası içinde olmuştur. Bunda, tarihsel akış içerisinde devletin yükümlülüklerinin artmasının rolü olduğu söylenmektedir. Orta çağ sonlarında mutlak iktidara karşı gelişen sınırlandırılmış yürütme anlayışının ve bu doğrultuda oluşturulan üstün yasama organlarının yerini, gittikçe artan yükümlülüklerin altından kalkabilmek için ihtiyacı olan yetkileri edinmiş bir yürütme organı almıştır. Günümüzde yürütme, karar, öngörü ve atılım organı olarak siyasal kurumların motoru haline gelmiştir. Gerek duyduğu yasa tasarılarını hazırlayarak yasama faaliyetlerini yönlendirmesi, kendisine bağımlı idare örgütünü harekete geçirerek ve yönlendirerek siyasal hedeflerine ulaşması, genel politikayı belirleyerek yürütmesi, karar organı olarak yönetsel kararlar alması, genişletilmiş düzenleme yetkisini kullanması ve programının parasal gücünü oluşturan bütçeyi

[357] HAYEK, Freidrich A., "*Hukuk, Yasama ve Özgürlük",* Çev. Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Mehmet Öz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Basım, Eylül 2012, İstanbul, s. 95.

münhasır olarak hazırlaması, toplumun geleceğine ilişkin öngörülerde bulunarak bugünü yönetirken geleceği de planlaması, uzun vadeli planlar oluşturarak uygulamaya koyması yürütme organının yeni çalışma biçimi olmuştur.[358] Yürütmenin bu yeni formu karşısında yasama-yürütme ayrılığını muhafaza etmenin mümkün olup olmadığı ve yasama-yürütme birleşmesinin doğurabileceği sonuçlar tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışma, Locke ve Montesquieu tarafından kuvvetler ayrılığı ilkesinin ortaya atılmasına karşılık olarak Rousseau'nun, halkın iradesinin bölünmesine imkan bulunmadığı yönündeki itirazlarını akla getirmektedir.[359] Gül'ün ifade ettiği, yasama ve yürütmeden herhangi birinin diğerine göre üstün konum kazanmasının önüne geçilemeyeceği yönündeki monist tez, Rousseau'ya atfedilen kuvvetler birliğinin tek ve bölünmez halk iradesinden doğan zorunluluğu tezine yaklaşmaktadır.[360] Şöyle ki; tek ve bölünmez bir halk iradesi varsa, onun tek bir temsilcisi olur. Bu temsilci ya yasama, ya da yürütme organı olacaktır. Bu erkler ne kadar ayrı kılınırsa kılınsın ve aralarına ne gibi engeller konulursa konulsun, erklerden birisinin diğerine göre daha üstün konum kazanmasının önüne geçilemez.[361] Yasama-yürütme arasındaki denge problemi erkler, fonksiyonlar ve hükümet şekilleri üzerinden uzun yıllardır tartışılmaktadır. Şüphesiz bu meselenin bunca tartışılmasındaki en büyük önem, yürütme organının yasama organı karşısında güçlenmesinin hak ve özgürlükler için oluşturduğu tehlikedir. Yürütmenin güçlenmesi, tercih edilen hükümet sistemiyle ya da OHAL vasıtasıyla gerçekleşebilmektedir.

---

[358] GÜL, Cengiz, *"Karşılaştırmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme"*, Yetkin Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2017, s.21-22.

[359] BÜYÜK, Celal, *"Yasama Yürütme Yargı: Platon'dan Montesquieu'ya Devletin Fonksiyonlarına Genel Bir Bakış"*, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Cilt.10, Sayı:1, 2010, s.159-170.

[360] Rousseau'nun tek ve bölünmez halk iradesi tezinde kastının kuvvetler birliğini, savunmak olmadığı yönünde görüş için bkz. UYGUN, Oktay, *"Demokrasi: Tarihsel, siyasal ve Felsefi Boyutlar*", Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, Nisan 2014, İstanbul, s.155-157. Aksi görüş için bkz. GÖKBERK, Macit, *"Felsefe Tarihi"*, Remzi Kitabevi, 2004, İstanbul; TEZİÇ, Erdoğan, "*Anayasa Hukuku"*, Beta Yayınları, 1998, İstanbul.

[361] GÜL, (2017), s.38.

1.1.1 Yürütmenin Tercih Edilen Hükümet Şekli Nedeniyle Güçlü Olması

1.1.1.1 Genel Olarak

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, siyasi rejimlerin sınıflandırılmasında belirleyici bir kriter olmuştur. Burada, yasama-yürütme ilişkileri temel alınmakta, yargı ise, nitelik ve amaç bakımından yasama ve yürütme fonksiyonlarından ayrı olması nedeniyle siyasi rejimlerin sınıflandırılmasında hesaba katılmamaktadır. Yargı kuvvetine, dengeleyici fonksiyonu yönüyle aşağıda değinilecektir. İncelememiz, parlamenter sistem ve başkanlık sistemi ile sınırlı olup; meclis hükümeti sistemi, yasama kuvvetinin üstünlüğüne dayandığından, incelememizin dışında kalmaktadır.

Lijpart, çoğunlukçu ve oydaşmacı olmak üzere iki demokrasi modeli tanımlamış, aralarındaki farklardan birinin de yasama-yürütme organları arasındaki ilişkiyle ilgili olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, Westminster modeli olarak da anılan; yürütme gücünün iktidarı elde bulunduran bir partide toplandığı, yürütmenin yasama erki üzerinde etkisinin kuvvetli olduğu, iki partili ya da aynı neticeye erdiren bir parti sisteminin var olduğu, çoğunlukçu ve gayri-nispi seçim sisteminin uygulandığı, menfaat grubu çoğulculuğunun var olduğu, hükümetin üniter ve merkeziyetçi olduğu, yasama gücünün tek meclisli bir yasama organında toplandığı, anayasanın yazısız ve esnek olduğu, anayasal denetimin olmadığı, merkez bankasının yürütme tarafından kontrol edildiği çoğunlukçu model, yürütmenin üstünlüğüne dayanan bir niteliğe sahiptir.[362] Bu sistemin istikrarı teminat altına aldığı düşüncesi yaygındır. Çoğunluğu elde bulunduran iktidar, politikalarını rahatlıkla uygular, bunun yanında azınlığın çoğunluk haline gelme ihtimali de her zaman vardır.[363] Yazar, bu modelin toplumsal esnekliği gerektirdiğini ifade etmiş, siyasal anlamda fazlaca bölünmüş toplumlarda sistemin sıhhatli işlemesini mümkün

[362] LIJPART, Arend, *"Demokrasi Modelleri",* Çev. Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun, İthaki Yayınları, 2. Baskı, Şubat 2016, İstanbul, s.29-38.
[363] GÖZTEPE, (2010), S.135.

görmemiştir. Kuzey İrlanda'da protestan çoğunluğun kurduğu Birlik Partisi'nin 40 yıl boyunca seçimleri kazanmasının ardından 1960'ların sonunda çıkan protestan-katolik iç savaşını örnek göstererek; böyle bir durumda çoğunluk egemenliğinin sadece anti-demokratik değil, bunun yanında tehlikeli de olduğunu vurgulamıştır.[364] Oydaşmacı model ise karar alma süreçlerine azınlıkların da katılmasını öngören, muhalefetle iktidarın kolayca yer değiştirebildiği model olup, karakteristik özelliği daha dengeli bir yasama-yürütme ilişkisidir. Oydaşmacı modelin temel özellikleri ise; yürütme kuvvetinin koalisyonlarca paylaşılması, yasama-yürütme arasındaki kuvvetler dengesinin varlığı, çok partili sistem, nispi temsil, menfaat gruplarının korporatizmi, federal ve adem-i merkeziyetçi yönetim, güçlü iki meclislilik, katı anayasa, merkez bankasının bağımsızlığı şeklinde sıralanmıştır.[365] Demokrasi modelleri arasında yapılan tercih, esasen, hükümet şekli tercihiyle birlikte, yasama-yürütme ilişkilerine ve aralarında demokratik bir denge bulunup bulunmadığı meselesine de ışık tutmaktadır.

Westminster modeli demokraside bakanlar ve başbakan ekseriyetle çoğunluk partisinin üyelerinden olurlar.[366] Bu durum, azınlıkta kalan siyasi görüş temsilcilerinin, yönetimde söz hakkının bulunmamasıyla beraber, bizim esas konumuz olan, yürütmenin yasama üzerinde nasıl bir güç sahibi olduğunu göstermektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, esnek olmayan toplumlarda iktidarın uzun süre değişemediği ülkelerde bu durum daha çok belirginlik kazanacak ve çoğunluğun diktası gözlemlenmeye başlayacaktır. Konuya seçilen hükümet sistemi penceresinden bakılacak olunursa, parlementer sistemin Westminster modelinin bir parçası olduğu ve bu gerekçeyle yasama-yürütme dengesinin bozulmasında, esnek olmayan bir toplumda büyük rol oynadığı söylenebilir. Kuzu'ya göre; disiplinli siyasi partilerin ortaya çıkışı ile parlementer sistemin işleyişinde önemli değişiklikler

[364] LIJPART, (2016), s. 53-55.
[365] LIJPART, (2016), s.57-65.
[366] LIJPHART, Arend, *"Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri"*, (çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996. s.13.

meydana gelmiştir. Parlamentolarda milletvekillerinin bireysel oyları önemini kaybetmiş, fonksiyonları partilerinin oylarını aynen tekrarlamaktan ibaret hale gelmiştir.[367] Parti başkanlarının milletvekilleri üzerinde sahip oldukları nüfuz ve otorite neticesinde, parlamento, yürütme organına bağımlı hale gelmiştir. Zira yasama çoğunluğunun desteğini arkasına alan hükümet, parti disiplini sayesinde hem yasama hem de yürütme faaliyetleri konusunda söz sahibi olmaktadır.[368] Parlamenter sistemdeki yetki artışları, başkanlık sistemine göre, genellikle daha çok yürütmenin lehine sonuçlanmıştır. Bunun nedeni parlamenter sistemde hükümetin başının, başbakanın, meclisin içindeki iktidar partisi veya iktidar partilerinin lideri olması ve meclisteki nüfuzunu kullanarak bu yetkilerin yürütme lehine sonuçlanmasını mümkün kılabilmesidir.[369] Bu nedenle parlamenter yönetim sisteminde 19. ve 20. yüzyıllarda yürütmenin yetkileri, Başkanlık yönetim sistemine kıyasla, daha fazla artmıştır.[370] Bugün parlamenter hükümet sisteminin, anlam ve pratiği yönünden, "kuvvetler arasında denge sağlanması" ile "iktidarın iktidarı durdurması" söylemlerini temel aldığını iddia etmenin gerçeklerle bağdaşmadığı açık bir olgu halini almıştır.[371] Böylece, parlamenter sistemde artık yasama-yürütme ayrılığından değil, bu iki kuvvetin birleşip kaynaşmasından *(fusion of power)* söz edilmesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir.[372]

Başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasında yasama-yürütme dengesi açısından önemli farklar bulunmaktadır. Kuvvetler ayrılığı teorisinin temelleri üzerine inşa edilen Amerikan Başkanlık yönetim sistemi incelendiğinde, federal düzeydeki yönetme yetkilerini anayasal organları olan yasama, yürütme, yargı arasında paylaştırdığı görülür. Ancak anayasada görülen yetki dağılımı geçen 200 yıl

---

[367] KUZU, Burhan, *"Her Yönüyle Başkanlık Sistemi"*,Babıali Kültür Yay., 2. Baskı, İstanbul, 2012, s.58.
[368] KUZU, (2012), 59.
[369] ARSLAN, Rıza, *"Demokratik Yönetim Sistemleri"*, Dora Yayınları, 1. Baskı, Bursa, 2013, s.213.
[370] HÜBNER, Emil, "Das Politische System der USA, Eine Einführung, 3. Aktualisierte, Aufl, s.135-137. Aktaran: ARSLAN, (2013), s.213-215.
[371] TEZİÇ, Erdoğan, "Anayasa Hukuku", 4. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s.390.
[372] ÖZBUDUN, Ergun, "*Anayasacılık ve Demokrasi"*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s.22.

içinde değişikliğe uğramıştır. Ulusal politikaların giderek uluslararası konjonktüre açılması sonucu yeni kurumlar ve yeni yetkilendirmeler oluşturulmuştur.[373] Bu yeni durumda, modernleşmenin getirileriyle, ulusal ekonomilerin ulusal sınırları aşmaları, uluslararası düzenlemelerin zorunlu kılınması, evrilerek yükselen demokratik yönetimlerin insanların sonsuz ihtiyaçlarını ön plana çıkarması yürütmenin sorumluluğunu ve yetkilerini artırmıştır. Bunun karşısında yasama organı olan Kongre'de bürokrasinin büyümesini dengelemek ve kontrol edebilmek için Temsilciler Meclisi ve Senato'nun çalışma komisyonları şeklinde kendini gösteren bir karşı-bürokrasi yaratılmıştır.[374] Dolayısıyla Başkan'ın yanında Kongre'ye bağlı bu çalışma komisyonları da bürokrasiyi denetleyebilmektedirler. Bu durumda Kongre, Başkan'a yürütmede ortak olabilmektedir. Aynı şekilde Başkan da belli aralıklarla Kongre'de halka hitap ederken (State of Union Message) hangi yasalara ihtiyaç duyulduğunu belirterek Kongre'yi etkileyebilmektedir. ABD'de, yasama ve yürütme organları birbirini feshedemedikleri için, sistemin tıkanmaması adına belli ölçüde işbirliği yapma zorunlulukları doğmaktadır.[375] Ayrıca Başkan ve Kongre,

---

373 ARSLAN, (2013), s.213.

374 "*ABD'deki sert kuvvetler ayrılığı nedeniyle başkan ve Kongre rakip güçler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu iki güç de bürokrasi üzerinde denetim sağlamaktadır. ABD'de başkanın kamu yönetimi üzerindeki denetim mekanizması, kamu görevlilerinin eylemlerini, seçilmiş başkanın makamı vasıtasıyla halka karşı sorumlu tutulması şeklinde düzenlenmiştir. Başkanlık; bütçedeki belirleyici rolü, reorganizasyon yetkisi, kumanda gücü, liderlik vb uygulamalarla, bürokrasiyi başkanın denetimi altına alma veya bürokrasiyi bu isteklerin yerine getirilmesi için motive etme imkanına sahiptir. Fayda-maliyet analizleri veya rasyonelleşmiş bütçe sistemleri olarak yapılan reformlar, bürokratik yeteneği arttırma teknikleri olarak sunulmasına rağmen, gerçekte genellikle başkanlık kontrol gücünü arttırmaya yarayan yöntemlerdir. ABD'de siyasi iktidarın bürokrasiyi kontrol altında tutması oldukça kabul görmüş bir düşüncedir ve bu nedenle bürokrasinin kontrol edilmesi hep önemli bir olgu olarak kalmıştır. Başkanlık sistemiyle yönetilen ABD, gelişmiş ülkeler arasında siyasi iktidarın bürokrasi üzerinde en fazla denetim sağladığı ülkedir. Başkan, bütçedeki belirleyicilik rolü, reorganizasyon yetkisi, kumanda gücü gibi uygulamalarla bürokrasiyi yönlendirebilmektedir."* Bu yönlendirme gücünü dengelemek amacıyla yasama organı savaş ilanları ve mali kaynakların onaylanması yetkilerinin Kongreye ait olmasını karşı bürokrasinin aracı olarak kullanmaktadır." ÖZER, M. Akif, ÖZMEN, Burak, *"Parlamenter ve Başkanlık Sistemleri Arasında Konumunu Arayan Bürokrasi*", Strategic Public Management Journal Volume 3, Special Issue, pp. 17-34 December 2017; TATAROĞLU, Muhittin, *"Yürütmede Etkinlik Bakımından Başkanlık Sisteminin Değerlendirilmesi"*, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi / Cilt:5 / Sayı:1 / Haziran 2016 , s.74-96.

375 ARSLAN, (2013), s. 212-216.

aldıkları kararlarda, anayasayı, Kongre'deki parti çoğunluğunu, seçmenlerin muhtemel tepkilerini, uluslararası tepkileri, lobi faaliyetlerini ve sivil toplum örgütlerinden gelebilecek temel tepkileri göz önüne bulundurmak zorundadırlar.[376] Zira, sayılan araçlar, bu zorunluluğu hissettirecek ölçüde etkindirler. Biz, burada yürütme faaliyetleri üzerinde baskı oluşturan araçların en kuvvetlisinin yasama organının etkinliği olduğunu düşünmekteyiz. Başkanlık sistemleri uygulamalarına bakıldığında, demokrasi ve kuvvetler ayrılığını muhafaza edebilen örneklere rastlanmakla birlikte, kuvvetlerin başkanda temerküz ettiği, otoriterleşmenin gözlendiği örnekler de gözlemlenebilmektedir. Merkezileşme ve otoriterleşme, ekseriyetle başkanın partisinin çoğunluğa sahip olduğu durumlarda görülür.[377] Başkanlık sisteminin demokratik bir sistem olmasını sağlayan, yürütmenin ve yasamanın bahsettiğimiz zorunlu iş birliği durumudur. Yönetimi tamamen Başkan'ın insiyatifine bırakmış bir yasama organı, Başkan'ın otoritesini mutlak hale getirecek ve bu da, otoriteyi egemen kılacak, Başkan'ın önüne hak ve özgürlükler ile demokrasi sınırlarını koyacak hiçbir güç kalmayacaktır.[378] Bu yüzdendir ki, başkanlık sistemi ile yönetilen kimi ülkelerde, yasamanın bir takım yetkilerle güçlendirilmesi özellikle tercih edilmektedir.[379] Ayrıca yasamanın, siyasi bağımsızlığa sahip olup olmadığı, parti sistemlerinden etkilenme ölçüsü ve toplumun parlamentoya bakışı önem arz eder.[380] Sonuç olarak, tercih edilen hükümet sistemi, tek başına bir yönetimi otoriterleştirmez, fakat sistemi dengeleyecek uygun araçların kullanılmaması veya bu araçların iyi çalışmaması yasama-yürütme arasındaki dengeyi, dolayısıyla özgürlük-otorite dengesini bozar.

---

[376] ARSLAN, (2013), s. 216.

[377] İLTER AKARÇAY, Ebru Rukiye, "*Karşılaştırmalı Perspektiften Başkanlık Sistemi Tartışması: Koalisyon İnşası ve Kuvvetler Birliğinden Kaçınmak Mümkün mü?* ", Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi / Marmara University Journal of Political Science • Cilt 4, Sayı 1, Mart 2016, s. 105-127.

[378] FISH, M. Steven,*"Stronger Legislatures, Stronger Democracies",* Journal of Democracy, S.17, C.1, 2006, s. 5-20.

[379] SAMUELS, David,"Separation of Powers", (in) BOIX, C. ve STOKES, S.C. (eds.) "*The Oxford Handbook of Comparative Politics"*, Oxford University Press., 2007, Oxford.

[380] BALDWIN, Nicholas D. J., *"Concluding Observations: Legislative Weakness, Scrutinizing Strength?"*, The Journal of Legislative Studies, 2004, S.10,C.2-3, s. 295-302.

Yürütmenin güçlenmesinin, özgürlük-otorite dengesininin bozulması açısından yarattığı kaygı kayda değerdir. Örnek olarak, seçildiği günden beri yürütme kuvvetini aktif şekilde kullanan ABD Başkanı Donald Trump'ın faaliyetlerinin oluşturduğu kaygı sunulabilir. Trump, çıkardığı memorandumlar, imzaladığı yürütme emirleri ile ülkenin mülteci programını askıya almayı ve büyük ölçüde Müslüman ülkelerden gelen göçü sınırlandırmayı amaçlamıştır. Hatta hedeflediği tedbirler arasında Meksika sınırına duvar örmek dahi vardı. Uygulanmak istenen tedbirlere karşı denetim mekanizmalarının çalıştırılmış olmasının oluşturduğu tablo; bir hukuk profesörünün gazete yazısında; "*Trump, bugüne kadar kanunları ve anayasayı çiğnemekten neredeyse tamamen men edilmiştir. Mahkemeler, medya, bürokrasi, sivil toplum ve Kongre bir araya gelerek hukuk devletini güçlendirmiştir*[381]*"* biçiminde yer almıştır.[382] Yürütmenin güçlenmesi konusunun gündem oluşturduğu bir başka ülke olan Avusturalya'da yürütmenin genişleyen yetkisinin insan haklarına etkisine bir örnek olarak, Göç Kanunu uyarınca, deniz yoluyla ülkeye giren göçmenlerin, insan haklarının korunması bakımından yeterli şartları sağladığına yönelik bakanlık deklarasyonu ile başka bir ülkeye yerleştirilebilmesinin mümkün olması gösterilebilir.[383] Nitekim bu konu mahkemeye taşınmış, Avustralya Yüksek Mahkemesi bakanlığın insan haklarına uygunluk kriterlerini gözetmede kararlı olmadığı gerekçesiyle bakanlık deklarasyonunun geçersiz olduğuna hükmetmiştir.[384] Bu kararı yasama organının reaksiyonu takip etmiştir. Çıkarılan bir yasayla yürütmenin bir başka ülkeyi bölgesel yönlendirme ülkesi ilan etmesi ulusal yararın gerektirmesi haliyle sınırlı tutulmuştur. Böylece yargısal denetime elverişli bir ölçü norm oluşturulmuştur.

---

381 GOLDSMITH, Jack, 'Will Donald Trump Destroy the Presidency?', The Atlantic Magazine (Washington DC), October 2017.
382 FRENCH, Robert, *"Executive Power in Australia-Nurtured and Bound in Anxiety",* University of Western Australia Law Review Vol 43 No.2, s.16-41, 2018.
383 FRENCH, (2018), s.20.
384 Plaintiff M70/2011 v Minister for Immigration and Citizenship (2011) 244 CLR 144.

1.1.1.2. Başkanlık Sistemini Tercih Eden Ülkelerde Yürütmenin Güçlü Olması

ABD, dünya üzerinde en güçlü ve bağımsız yasama organına sahip ülkelerden biridir.[385] ABD kongresine etkinlik kazandıran başlıca üç unsur, anayasa tarafından bahşedilen önemli kontrol yetkileri, disiplinsiz parti yapıları ve güçlü yasama komisyonlarıdır. Anayasa, başkan ve kongreyi birbirleriyle uzlaşmaya mecbur kılan bazı düzenlemelere yer vermiştir. Başkanın yetkileri, kongrenin karşı yetkileri ile dengelenmiştir[386]. Uluslararası anlaşmaların imzanlaması, diplomatların atanması, üst düzey devlet görevlilerinin görevlendirilmesi ve yüksek mahkeme yargıçlarının atanmasında yasamaya yetkiler tanınmıştır. Senatonun üçte iki çoğunluğunun onayı olmadan başkanın bu işlemleri gerçekleştirebilmesi mümkün değildir.[387] Kongre'nin elinde bulunan, bütçenin kabulü, impeachment, savaş ilanı gibi diğer bazı yetkiler de başkanları kongre ile iyi ilişkiler kurmaya zorlamaktadır. Ayrıca, siyasi partilerin disiplinsiz olması nedeniyle başkan, partisi Kongre'de çoğunluk olsa bile ihtiyaç duyduğu desteği elde edeceğinden emin olamaz.[388] Yani başkanların partizan bir çoğunluğun desteğini arkasına alarak denetimden kurtulması mümkün değildir. Federal mahkemelerin kimi zaman, başkanın yetkilerini arttıracak kararlara imza atması[389] gibi durumlar ise, diğer başkanlık sistemi uygulamalarına bakıldığında, makul sapmalar olarak değerlendirilebilir.

Latin Amerika ülkelerinde, yasama organları, ABD'ye oranla oldukça güçsüzdür. Başkanlar ellerinde bulundurdukları kanun teklif etme, kendi sundukları tekliflerin öncelikle görüşülmesini talep etme ve belirli alanlarda kanun teklifinin

---

385 AÇIL, Murat, *"Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi"*, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, Şubat 2018, İstanbul, s.168.
386 AÇIL, (2018), s.168.
387 MİŞ, Nebi, ASLAN,Ali, AYVAZ, M. Erkut, DURAN, Hazal ,*"Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları"*, SETA Yayınları, 51 I. Baskı: 2015, İstanbul, s.71.
388 HEYWOOD, Andrew, *"Siyaset"*, (Çev. Berat Özipek, Bircan Şahin, Mete Yıldız, Zeynep Kopuzlu, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla), Ankara, 2014.
389 BELL, Lauren Cohen, *"Following the Leaders or Leading the Followers? The US President's Relations with Congress"*, The Journal of Legislative Studies, S.10, C.2-3, s.195.

münhasıran başkanlar tarafından sunulabilmesi gibi yetkilerle yasama organının gündemini belirleme imkanına kavuşmaktadır.[390] Fakat, başkanın sunduğu teklifler, yasama organınca geri çevrilebilir. Bölgenin, başkanlık sisteminin doğasıyla en uyumsuz yönü parçalanmış ve kutuplaşmış çok partili sistemdir.[391] Dolayısıyla, Brezilya örneğindeki gibi, hükümetin kurulması için herhangi bir partinin çoğunluğu sağlayamadığı örneklerde başkanlar, bakanlıkları paylaştırarak koalisyon elde etme yoluna giderler.[392] Bu da, yürütmenin ihtiyaç duyduğu kanunların çıkabilmesi için yasama organına duyduğu ihtiyacın yüksek derecede hissedilmesine yol açmakta ve yasama organının kilit pozisyonunu ön plana çıkarmadır. Ayrıca Latin Amerika kongrelerinin, anayasayı yorumlamak suretiyle, 'impeachment' kurumunu parlamenter sistemlerdeki güven oylamalarına benzer bir vasıta olarak kullanma eğiliminde oldukları da dile getirilir.[393] Böylece başkanların iktidarı planlanandan erken terk etmelerinin yolu açılmış olmaktadır. Böyle durumları engellmek için koalisyon, başkanların tercih ettiği bir yol olmaktadır.[394] Güvenoyu silahını yasama organının elinde tutmak, şu durumda yönetimde istikrar ilkesine zarar vermekle birlikte, Başkan'ın önüne, yasama organını etkisiz kılmasına karşı bir engel inşa etmek anlamına gelmektedir.

Latin Amerika örnekleri ile ilgili bir diğer farklılık, politik hayata halim olan merkeziyetçi anlayıştır. Buradaki başkanlık sistemlerinin ayırıcı özelliği olarak, yürütmenin yasamaya ilişkin yetkilerinin fazlalığı göze çarpar. Genel olarak, başkanlara kanunları çıkarma, kanun teklifi verme ve acil durumlarda güç kullanma

390 AÇIL, (2018), s.169.
391 ULUŞAHİN, Nur, *"Başkanlık Sistemi ve Değerler Sorunsalı"*, Liberal Düşünce Dergisi, Cilt:4, S:16, Güz 1999.
392 TÜRE, İlknur, *"Başkanlık sisteminde Yürütme Organının Gücü: ABD, Arjantin ve Brezilya"*,Researcher: Social Science Studies , Yıl:2016, Cilt: 4, Sayı: 7, s. 54-73.
393 ARSTEINTREDET, Leiv., LLANOS, Mariana, NOLTE, Detlef, *"Paraguay and the Politics of Impeachment"*, Journal of Democracy, 2013, S.24, N.4, s.110-123.
394 İLTER AKARÇAY, (2016), s.113.

gibi yetkiler verme eğilimi gözlemlenmektedir.[395] Latin Amerika'daki başkanlık sistemlerinin, kuruluşu ve işleyişi itibariyle ABD'deki başkanlık sisteminden bu şekilde farklılık arz etmesinde, kültür, tarih ve toplumsal yapının etkili olduğu söylenmektedir.[396] Konuyla ilgili analizlerde; Latin Amerika ülkelerinde başkan yetkilerindeki artışın; az gelişmiş ülkelerin hızlı ve etkili karar verme rejimlerine olan ihtiyacı ile bağlantısı olduğu tespitleri de yer almaktadır[397]. Ayrıca, 350 yıl süren İspanyol sömürgeciliğinin miras bıraktığı otoriter geleneğin kıtanın bugünkü otoriter yapısına kaynaklık ettiği de ifade edilmektedir[398].

Başkanlık sistemi Latin Amerika ülkelerinde birbirinden farklı şekillerde uygulanmaktadır. Arjantin ve Meksika örneğinde olduğu gibi dominant (baskın) başkanlık[399] ya da süper-başkanlık[400], Şili'de görüldüğü şekliyle meclislerin etkin yer aldığı parlamenterleşmiş başkanlık[401] , Uruguay'daki gibi yürütmenin başının, çok partililik kültürü sebebiyle meclis çoğunluğuna sahip olmadığından, vereceği kararlarda meclis desteği almasının zorunlu olduğu ve parlamenter rejime ait unsurları barındıran ılımlılaştırılmış başkanlık[402], bu coğrafyada gözlemlenebilen

---

395 CHEIBUB, Jose Antonio, ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, *"Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective"* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 361, 2011, s.3.

396 MAINWARING, Scott,*"Presidentialism in Latin America"*, Latin American Research Review, Vol. 25, No. 1, 1990, p. 157-179. "Türkiye'nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme",Bir ülkedeki hükümet sisteminin değişim ve dönüşümünü, pratiğini değerlendirebilmek için kültürel, siyasal ve hukuksal serüvenini ortaya koymak onun kendine özgü yanlarını belirleyebilmek gereklidir." bkz. KESKİNSOY, Ömer, KAYA, Semih Batur, "Türkiye'nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme", TBB Dergisi 2018 (137), s.67-96.

397 MAINWARING, (1990), s.161.

398 AÇIL, (2018)., s.97.

399 NACIF, Benito, *"The Fall of the Dominant Presidency: Lawmaking under Divided Government in Mexico",* The Oxford Handbook of Mexican Politics, Edited by Roderic Ai Camp, Oxford University Press; 1. Ed. 2012, s.234-265.

400 ONAR, Erdal, *"Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?",* (İç.) ERGÜL, Teoman, *"Başkanlık Sistemi"*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005, s. 71-104.

401 GARCIA-MANSILLA, Manuel José, *"Seperation of Powers Crisis: The Case of Argentina"*, Georgia Journal of International & Comparative Law, 2004, s.360-387.

402 ZUCCO, Cesar Jr., *"Legislative Coalitions in Presidential Systems: The Case of Uruguay",* Latin American Politics and Society, Vol. 55, No. 1, 2013, s. 96-118.

başkanlık biçimleridir. Kıtadaki parlamentoları aktiflik derecelerine göre sınıflandıran Cox ve Morgenster[403], parlamento çoğunlukları ile başkanlar arasındaki ilişkiye göre parlamentoları "itaatsiz (recalcitrant) parlamentolar[404]", "çalışılabilir (workable) parlamentolar[405]", "mahalli-satın alınabilir (parochial-venal) parlamentolar[406]", "itaatkar (subservient) parlamentolar [407]" şeklinde dört ayrı kategoriye ayırmaktadır. Her parlamento türüne göre, başkanlar, politikalarını uygulamak için farklı stratejiler izlemiştir. Kimi parlamentoyu aşmak için kararname yetkisini kullanmış[408], kimi kabineye başka partilerden adaylar atayarak meclisteki farklı grupların desteğini almıştır.[409] Seçim bölgelerine yatırım yapmak satın alınabilir parlamentoların bulunduğu ülkelerde iyi bir seçenek olurken, itaatkar parlamentoların bulunduğu ülkelerde başkanlar sayılan stratejilerin hiçbirini kullanmak zorunda kalmamıştır.[410]

Öte yandan, Başkanlık rejimlerindeki parlamenterleşme eğiliminin, Latin Amerika ülkelerinde yaygın olduğu ifade edilir.[411] Koalisyonlu başkanlık sistemleri

---

[403] COX, Gary W., MORGENSTER, Scott, *"Latin America's Reactive Assemblies and Proactive President"*, The Journal of Comparative Politics, Vol.33, No.2, 2001, s.173.

[404] COX/MORGENSTER, (2001), s.177. İtaatsiz parlamentolar, başkanı destekleyen milletvekili oranının çok düşük olduğu ve başkanın sunduğu tekliflerin neredeyse tamamının reddedildiği parlamentolardır. Bu tarz parlamentolarla çalışmak zorunda kalan başkanla için en uygun strateji, ihtiyaç duyulan düzenlemeleri parlamentoyu bypass ederek kararnameler yoluyla hayata geçirmektir.

[405] COX/MORGENSTER, (2001), s.177-178. Çalışılabilir parlamentolar, başkanların ihtiyaç duydukları desteği elde etmelerinin garanti olmadığı, ancak uygun stratejileri izledikleri takdirde bu desteği sağlayabildikleri parlamentolardır.

[406] COX/MORGENSTER, (2001), s.177-178, Mahalli-satın alınabilir parlamentolar, seçim çevrelerine yatırım vaadiyle ve diğer patronaj ilişkilerini kullanarak başkanların ihtiyaç duydukları desteği satın alabildikleri parlamentolardır.Bu tarz parlamentolar genellikle, Brezilya gibi yerele dönük siyasetin güçlü olduğu ve partilerin katı ideolojik esaslara dayanmadığı ülkelerde yer almaktadır.

[407] COX/MORGENSTER, (2001), s.177. İtaatkar parlamentolar ise başkanın partisinden olan milletvekillerinin çoğunlukta olduğu güçlü parti disiplini sayesinde başkanın sunduğu tekliflerin neredeyse tamamının kabul edildiği parlamentolardır. Başkanlar, bu tür parlamentolara şartları dikte ederler.

[408] PEREIRA, Carlos, POWER,Timothy J.,RENNO, Lucio, *"Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power",* The Journal of Politics , Volume:67, Issue:1, 2005, s. 178–200.

[409] COX/MORGENSTER (2001), s. 177-178.

[410] COX,MORGENSTER (2001), s. 180.

[411]COLOMER, Josep M., NEGRETTO, Gabriel L., *"Can Presidentalism Work Like Parliamentarism?"*, Government and Opposition, Vol:40, Issue:1, 2005, s.60-81; LEHOUCQ, Fabrice, *"Constitutional Design and Democratic Performance in Latin America"*, Verfassung und

olarak isimlendirilen Kosta Rika, Uruguay ve Şili'de yasama içerisinde birlikte hareket edecek partiler bakanlıkları paylaşmakta, hem yasama, hem yürütme nezdinde işleyen bir koalisyon kurmaktadırlar. Oluşturulan bu koalisyonlarla ülkeyi yönetmeye çalışmanın getireceği tıkanıklıkları aşmak için parlamenter sisteme özgü güvenoyu, fesih gibi unsurları anayasal sisteme dahil etmektedirler.[412] Latin Amerika ülkelerindeki çok partili siyasi hayatın gerekliliği olarak[413] ortaya çıkan bu eğilimin artması gerektiği, böylece önceki demokratik olmayan rejimlerin (Avrupa monarşileri gibi) demokratik rejimlere dönüşmesine benzer şekilde bir evrimin gerçekleşebileceği, bu durumun sosyal anlamda etkin sonuçlar doğurabileceği, dile getirilen görüşler arasındadır.[414]

Yürütmenin son derece güçlü olduğu Afrika ülkelerinde yasama organı uzun süre dengeleyici ve denetleyici görev üstlenmekten uzak kalmıştır.[415] Üzerlerindeki denetimin son derece yetersiz olması sebebiyle devlet başkanları, yasama ve yargı organlarına astlarıymışçasına muamele etmiştir.[416] Kolonyal periyodun sonundan itibaren kırk dört Afrika ülkesinin yarısından çoğunda yasama organları sürekli ya da aralıklarla varlık göstermiştir. Buna rağmen yürütmenin hesap verebilirliğini sağlama açısından az sayıdaki yasama organı politika yapım ve uygulama süreçlerinde gerçek aktörler olmuş ve dengeleyici kuvvet vasfını taşıyabilmiştir.[417] Bugün, yasama organının kapasitenin ve gücün kapsamı ülkeden ülkeye büyük ölçüde değişmektedir. Bazı ülkelerde, çok partili siyasetin varlığına, başkanlık ve milletvekili seçimlerinin düzenli aralıklarla yapılmasına ve hatta rakip siyasi partiler

---

Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America, Vol. 38, No. 4, 2005, s. 370-390.

412 KABOĞLU, İbrahim (Der.), *"Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 Uzman, 66 Soru-Yanıt)"*, İletişim Yay. 1. Baskı, İstanbul, 2016, s.114-115.

413 LEHOUCQ, (2005), s.383.

414 NDULO, Muna, *"Presidentialism in the Southern African States and Constitutional Restraint on Presidential Power"*, Vermont Law Review, Cornell Law Faculty Publications,(2002), s.769-780.

415 İLTER AKARÇAY, (2016), s.120.

416 NDULO, (2002), s. 769.

417 BARKAN, Joel D. (2009) "African Legislatures and the "Third Wave" of Democratization",(in), BARKAN, Joel D. (ed.), *"Legislative Power in Emerging African Democracies*", Lynne Rienner Publishers, s.1-33.

arasındaki iktidarın değişmesine rağmen, yasama organı çok zayıf kalmaktadır. Diğer bir kısım ülkede, yasama organı hem yürütme organını kontrol etmek hem de politika oluşturma sürecine katkıda bulunarak ve/veya politika uygulamasının bir izleyicisi olarak kendisini daha güçlü bir şekilde sisteme dahil etmiştir.[418] Yasama organlarının pasif tutumunun açıklanmasında, ülkedeki demografik yapıya işaret edilir. Afrika kıtasında ülkeler büyük çoğunluğunda toplum içerisinde dil, etnik köken veya din farklılıkları üzerinden oluşan gruplardan müteşekkildir. Bu gruplar ülkenin farklı bölgelerinde yaşamaktadırlar. Bu bölgeler ekonomik gelişmişlik açısından farklılık gösterir. Politik çıkarlar, hem siyasiler, hem de vatandaşlar nezdinde farklı etnik kökenlerin değişen yaşam koşulları üzerinden tanımlanmış olur. Toprağa ve yerel topluluğa bağlılığın esas olduğu bu tarım toplumlarında, kişilerin komşularıyla paylaştığı ekonomik, kültürel ve dilsel yakınlık çoğunlukla kişilerin politika perspektiflerini belirler. Bu durum, hem patronaj ilişkilerini kuvvetlendirmekte, hem de çok üyeli dar bölgeden seçilmiş olmalarının etkisiyle yasama organı üyelerinin mesailerinin en büyük bölümünü seçildikleri bölgeye hizmet etmeye yönelik faaliyetlere ayırmalarına sebep olmaktadır. Vekillerin kanun yapma, hükümeti denetleme, temsil etme biçiminde tanımlanan diğer yükümlülüklerinden özellikle hükümeti denetleme yükümlülüğü geri planda kalmaktadır.[419] Afrika başkanlık sistemlerinde başkanların güçlerinin yeterince denetlenmemesinin, başkanların devletin diğer organlarına astları gözüyle bakmasına yol açtığı ifade edilir.[420] Mali ve bürokratik rant dağıtımı ile kimlik eksenli ilişkiler yasama denetiminin etkisizleşmesinin kaynakları olarak sayılır. [421]

İran İslam Cumhuriyeti Anayasası'nın 57. maddesinde egemenliğin birbirinden bağımsız yasama, yürütme ve yargı organlarınca, Dini Lider'in nezareti

---

418 BARKAN, (2009), s.5.
419 BARKAN, (2009), s.12.
420 CHAISTY, Paul, CHEESEMAN, Nic, POWER, Timothy, *"Rethinking the Presidentialism Debate*: Conceptualizing Coalitional Politics in Cross-regional Perspective", *Democratization*, 2012, s.1-23.
421 BARKAN, (2009), p.15.

altında kullanılacağı ifadesi bulunmaktadır.[422] Bu yetki paylaşımı, devleti İslam Cumhuriyeti haline getiren 1979 devrimiyle birlikte devlet yönetiminin esası haline gelmiştir. Devrimi izleyen değişikliklerle monarşi döneminde kral için tanımlanmış yetkiler İslam Cumhuriyetinde 'lider'e (velayet-i fakih) devredilmiştir. Velayet-i fakih devletle özdeşleştirilmiştir ve Allah'ın hücceti olduğu dogması benimsenmiştir.[423] Yürütmenin başı anayasada cumhurbaşkanı olarak belirlenmiş olmasına karşın vilayet-i fakihin konumlandırıldığı basamak, kendisine tanınmış yetkilere bakıldığında, devletin üç erkinden daha üstte yer alır.[424] Kuvvetler yürütmede birleşmiş, ismi cumhuriyet olsa da, ülke bir teokrasi monarşisi haline gelmiştir. Vilayet-i fakihin anayasada tanımlanmış yetkilerinin arasında,

> *"Şura-yı Nigehban'ın (Koruma Konseyi) üyelerini azletme ve değiştirme, savaş ve barış ilan etme, mahkûmların suçlarını affetme ya da affetmeme, tüm ülkedeki Cuma imamlarını tayini ve İslam Cumhuriyet'inin ana stratejisini belirleme"*[425]

bulunmaktadır. Yasama organı ortadan kaldırılmasa da tamamen yürütmeye ve onun başında olan vilayet-i fakihe bağlanmıştır.[426] Anayasasındaki kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı bazı kurumların varlığı, aslında liderin (velayet-i fakih) iktidarını

---

[422] İran Anayasası için bkz. "Iran (Islamic Republic of)'s Constitution of 1979 with Amendments through 1989", https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989. pdf?lang=en, E.T:19.07.2017. Anayasa'nın 57, ve 110. maddelerinde dini liderin görev ve yetkileri belirlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 15, 111, 113, 126, 128 ve 129 maddelerde de cumhurbaşkanının yetkileri tanımlanmıştır.

[423] SARI, İsmail, *"1979 Devrimi Sonrası İran'ın Rejim Paradigması ve Dış Politika Yönelimleri",* Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi, Turkish Journal of Middle Eastern Studies, Cilt: 2, Sayı: 1, 2015, s.95-135.

[424] TAFLIOĞLU, Serkan, *"İran İslam Cumhuriyeti'nde Egemenlik ve Meşruiyet Kaynağı 'Velayet-i Fakih'"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 68, No.3, 2013, s.95-112.

[425] TAFLIOĞLU, (2013), s.105.

[426] TAFLIOĞLU, (2013), s.105, A. FANID , Nematolah, *"İran İslam Cumhuriyetinin Hükümet Sistemi"*, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 7 Sayı:12 2015, s.283-296.

güçlendirerek, otoriter sistemi meşrulaştırmaktadır.[427] Sovyet rejiminden sonra Orta Asya ülkelerinin anayasal durumları da otoriterlik açısından farklı değildir. Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bu ülkelerde otoriter başkanlık ya da yarı-başkanlık rejimleri temelinde bir kurumsallaşma gerçekleşmiştir.[428] Parlamento, siyasal partiler gibi demokratik unsurlar sistemde yerini almıştır.[429] Bu gelişmeler ancak itibarî bir demokratikleşme sağlayabilmiştir. Otoriter yapı bu süreçte yeniden üretilmiştir. Kırgızistan'da bir çok siyasi parti faaliyet göstermeye başlamışsa da, bu partiler, kitle partileri haline gelememeleri ve demokratik yarışa serbest ve adil seçimler ekseninde devam edemedikleri için varlık gösterememişlerdir.[430] Seçim sistemi de, siyasi partileri geri planda bırakan ve bunun yerine patronaj ağına avantaj sağlayan yapısıyla etkin bir demokrasi işleyişini önleyici rol oynamıştır.[431] SSCB'nin dağılmasından sonra bağımsızlığını kazanmış bir diğer Orta Asya ülkesi olan Türkmenistan için yapılan bir değerlendirmede; ülkenin, kurumsal bir yapının ve aydın sınıfının bulunmayışı, ekonomik durum, siyasal çoğulculuk, demokrasi, sivil toplum gibi kurumlara yabancılık nedenleriyle siyasi rejimin şahısa bağlı ve demokratik siyasal kurumlaşmadan yoksun olduğu belirtilmiştir.[432] 1992 Anayasası'nda devletin demokratik bir devlet olduğu ve başkanlık sisteminin hükümet şekli olarak belirlendiği ifade edilse de gerçekte ülkede uygulananın diktatörlük rejimi olduğu tespiti yapılmıştır.[433] Bağımsız Türkmenistan'ın şekillenmesinde baş aktör olan karizmatik lider Niyazov'un geniş yetkilerle donatılması, 2002'de kendisini hedef alan suikast girişiminden sonra istisnai bir

---

427 A. FANID , (2015), s. 283.
428 ALKAN, Haluk, *"Türk Cumhuriyetlerinde Siyasal Kurumsallaşma Süreci: Geçen Yirmi Yılın Bir Bilançosu",* Bilig Dergisi, Bahar 2012, S:61, s.1-30.
429 GÜNEŞ, Hakan, *"Başkanlık, Parlamentarizm ve Yerel Ağlar: Özbek ve Kırgız Siyasal Sistemlerinin Yeniden Düzenlenmesi ",* İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:45,2011, s.23-43.
430 GÜNEŞ, (2011), s.32.
431 GÜNEŞ, (2011), s.33.
432 TİRYAKİOĞLU, Feyza, *"Türkmenistan'da Başkanlık Sistemi ve İnsan Hakları",* (iç.) DOĞAN, İlyas, ÜNVER, Serdar (Ed.), "*Dört Kıtada Başkanlık Sistemi: Ülke Örnekleriye Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları ve Demokrasi*", 1. Baskı, Astana Yay., Ankara, 2017, s.528-557.
433 TİRYAKİOĞLU, (2017), s.533.

rejimin uygulanması, başkanlık sisteminden diktatörlük rejimine doğru gerçekleşen sapmayı göstermektedir.[434]

Sonuç itibariyle, örnekler dikkate alındığında görülmektedir ki, yasamanın pasifleşmesi ve yürütmenin güçlenmesi, demokrasinin dengesini bozmakta, devletin yönünün belirlenmesi ile bireylere ilişkin birçok düzenlemeyi, halkın iradesiyle doğrudan bağlı olmayan yürütme organına bırakmış olmaktadır. Temsili demokrasinin dahi tartışıldığı günümüzde, halkı temsil eden iradenin etkisiz kalması ve yürütmenin yasama işlevini ele alması yahut onu kumanda etmesi, bireyi ve onun özgürlüklerini, devlet yönetiminden dışlayıcı, bireyi devlet politikaları içerisinde özne olmaktan çıkarıp nesne haline getirici bir gelişme olarak, özgürlük-otorite dengesini bozan faktörlerden biridir.

1.1.2. Yürütmenin Olağanüstü Hal Nedeniyle Güçlü Olması

1.1.2.1. Genel Olarak

Yürütmenin üstünlüğüne yol açan etkenlerden biri de 'olağanüstü durumlar'dır. Biz bu kavramı, Özbudun'un ifade ettiği gibi;

> *"...devletin normal hukuk düzeninin kuralları ile karşılanmasına imkan olmayan olağanüstü bir tehdit veya tehlike"*[435]

biçiminde tanımlayabiliriz. Gözler'in tanımıysa

> *"...belli sebeplerle ilân olunan, geçici olarak temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulmasına veya vatandaşlar için para, mal*

[434] TİRYAKİOĞLU, (2017), s.533-536.
[435] ÖZBUDUN, Ergun, "*Türk Anayasa Hukuku*", Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.343.

ve çalışma yükümlülüklerinin getirilmesine imkân veren bir olağanüstü yönetim usûlü"[436]

biçimindedir.[437] Olağanüstü hallerde, tanımlarda belirtilen kriz hallerinin aşılması için yürütme organına geniş yetkiler verilir. Gerçekten de, olağanüstü durumlarda yürütme organlarının, bir delegasyona dayanarak tam anlamıyla yasama işlemi niteliğinde tasarruflarda da bulunmasına pek çok ülkede rastlanmaktadır.[438] Anayasalarda, her ne kadar yürütmenin gücünü sınırlandırmak için kurallar mevcutsa da, hukukun çözümsüz kaldığı alanlar için bir çözüm yolu olarak belirlenen olağanüstü hal rejimlerinde yürütmeyi yine hukuk kuralları ile güçlendirmeye çalışmak, paradoksal bir durum yaratmaktadır. Olağanüstü haller için anayasalarda hukuki rejimler belirlenmiştir. Olağanüstü hal geçici olmalı ve geçerli olduğu süre içerisinde kalıcı düzenleme yapılmamalıdır. Olağanüstü hal ilan etmek, yasama yetkisinin devredilmesi anlamına gelmemektedir. Ancak, teoride konan bu sınırlar, pratikte bu şekilde işlememekte, yürütme organı, olağanüstü hal ilanı ile yarattığı siyasi nefes alanında olabildiğince derin nefes alma eğiliminde olmakta, kalıcı düzenlemelere yönelmektedir. Kapani'ye göre, olağanüstü hallerin siyasal rejim üzerindeki kalıcı etkileri; kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemini yitirmesi, yakınlaşan yasama-yürütme ilişkilerinde yürütmenin ön plana geçmesi, yasama insiyatifinin yürütme organında olması, devlet müdahaleciliğinin önem kazanması, otoriter ve karizmatik liderlerin ortaya çıkması şeklinde sıralanabilir.[439] Olağanüstü hal ilanına sebep olan durumların aşılması için kalıcı ya da olağanüstü hal süresinden daha uzun süre geçerli olacak düzenlemeler, objektif olarak gerekli de olabilir. Yürütmenin olağanüstü hal ile güçlenmesi ve yasama yetkisinin devri konusu, tam bu noktada en hararetli tartışma halini almaktadır. Bu, aslında, yukarıda Hayek'ten alıntıladığımız üzere, yasama gücünün kimde kalması gerektiği ile ilgili tartışmadan başkası

[436] GÖZLER, (2013), s.810-828.
[437] GÜL, (2017), s.297.
[438] GÜL, (2017), s.298.
[439] KAPANİ, (2007), s.243.

değildir. Fakat Hayek'in ifade ettiği bir başka husus daha vardır; o da, yasama gücünün, bu güç kimde kalırsa kalsın, nereye kadar yayılması gerektiğidir. Yasama yetkisi demokrasinin vazgeçilmez unsuru olarak parlamentoların elindedir, ancak bu kurala istisnalar getirmek de pekala mümkün olabilir. Sonuç itibariyle kuvvetler ayrılığı ilkesinin demokratik bir ilke olarak vazgeçilmezliğinin vurgulanmasındaki sebep, yasama ve yürütme fonksiyonlarının tek elde birleşmesinin, muhtemel zorba iktidarlar karşısında insan haklarının yeterince korunamayacağı düşüncesidir. Yasama yetkisinin yer değiştirmesi ve yürütmenin güçlenmesi, yalnızca yetkinin nereye kadar uzanacağının kestirilememesi ve iktidarın gücünü dengeleyecek bir yargı organının varlığının sağlanamaması durumunda anayasacılık felsefesi bakımından tehlike arz edecektir. Yoksa, yukarıda bahsettiğimiz gibi, kuvvetler ayrılığı sistemlerinde yürütme organının yasama organını tahakküm altına alması, kuvvetlerin sert ayrılığının söz konusu olduğu ABD'de dahi olağan hale gelebilmektedir. Yürütmenin olağanüstü hal ile güçlenmesi, yalnızca yasama fonksiyonunun devrolunup yürütme fonksiyonuyla birleşmesiyle değil, buna ek olarak yargı organının devre dışı kalması halinde insan hakları açısından tehlike arz etmektedir.

İstisna halleri, meşruiyetini devlete yöneltilmiş "tehdit" lerden alır. Terör, ekonomik bunalım salgın hastalık, doğal afet bahsettiğimiz tehdit kavramına örnektir. Olağanüstü halin sürekli hale gelmesi ile istisnanın kural olması, ve dolayısıyla yürütme organının tartışmasız süper güç olması ise, meşruiyet temelinin sabit kalması ile, yani, tehdidin sürekliliği ile mümkün olabilir. İstisna halini yaratan tehdidin etkisini uzun süreler göstermesi halinde, günümüzde yürütme organlarının önünde iki çözüm yolu vardır; biri, olağanüstü hali tehdit sona erene kadar devam ettirmek, diğeri ise olağanüstü hale son vererek bunun yerine, yasama organındaki nüfuzunu kullanarak olağanüstü hali kalıcı hale getirecek düzenlemeler yapmak. Yukarıda izah ettiğimiz gibi, hangi hükümet şekli uygulanırsa uygulansın yürütme organının yasama organı üzerinde tahakküm kurma imkanı bulunmaktadır. Bu sebeple olağanüstü hali olağan hukukun içine yerleştirmek, zor olmamaktadır.

Olağanüstü halin devamlılığı ihtimalinde de, olağanüstü hal rejiminin yerine geçecek yasal düzenlemeler yapılması ihtimalinde de devlet organizasyonu içinde yürütmeyi ve onun tahakkümündeki yasamayı insan hakları ve özgürlükleri adına durdurabilecek, onların büyüyen gücünü dengeleyebilecek tek bir güç bulunmaktadır; o da yargı kuvvetidir. Özellikle parlamenter rejimlerde, yasama ve yürütme fonksiyonlarının yürütmede birleşmesi, kuvvetler ayrılığının sağlanması bakımından yargı organının tek seçenek halini almasını kaçınılmaz hale getirmektedir.

1.1.2.2. Yakın Geçmişte Bazı Ülkelerde Ortaya Çıkan OHAL Uygulamaları ve Yürütmenin Gücüne Etkileri

1.1.2.2.1.ABD Örneği

Olağanüstü hal tecrübesinin en belirgin örnekleri ABD, Fransa ve Türkiye'de görülmüştür. ABD'de 11 Eylül 2001 saldırısından sonra yürütmenin fevkalade güçlendiği söylenebilir.[440] Bu saldırılar, terörizmin daha önceki algılanış biçimiyle Sovyet tehdidi ya da başka bir ülkeden bir sistem dahilinde uygulanan şiddet olmaktan çıkmış, devlet dışı aktörlerin güçlerini rastgele şiddet kullanarak artırması şeklinde yeniden tanımlanması ihtiyacını doğurmuştur.[441] 11 Eylül olaylarından sonra yürütme hızlı bir şekilde güçlenmiştir.[442] ABD başkanı, hukuk devletinin ABD devletinin küreselleşmiş toplumu idare etmek için güvendiği hukuki bir şekil

---

[440] BAL, İhsan,(Der.) *"Terörizm: Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler"*, USAK Yay., 1. Baskı, Nisan 2006, Ankara, , ATAÖV, TÜRKKAYA, *"11 Eylül: Terörle Savaş mı, Bahane mi?"*, Alkım Yay., 2003, İstanbul, PAYE, Jean-Claude, *"Hukuk devletinin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele"*, Çev. Demet Lüküslü, İmge Yay., 1. Baskı, 2009, Ankara.

[441] BOZKURT, Enver, *"Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler"*, Asil Yay. 1. Baskı, 2007, Ankara, s.143

[442] ZENGİN, Mehmet Ali, "ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme", Sayı: 28, Yıl:7, Ekim 2016, s.1-28.

olmadığını, hukuk devletinden ayrılma olmadığını belirtse de, tam aksine o dönemde yürütme organına verilen geniş yetkiler dikkate alındığında, hukukun dışına çıkılmış olduğu ve bir olağanüstü hal rejimine geçildiği görülmektedir. Saldırının yaşandığı gün ABD başkanı yaptığı ulusa sesleniş konuşmasında, bir "savaş hali" nin başlangıcını açıkça ilan etmişti.[443] Başkan Bush'un sürekli olarak ABD'nin teröre karşı zamanı ya da mekanı belirsiz ve uzun sürecek bir savaşa girdiğini ifade etmesi olağanüstü halin başka bir dille ilanı anlamına gelmektedir. Bu sürekli savaş hali kapsamında ABD vatandaşlığı korumasına sahip olmayan terör şüphelisi ya da teröristler olarak adlandırılan bireylerin özgürlüklerinin askıya alınması, hatta nüfusun bütünü üzerinde sıkı bir denetim kurulması geniş yürütme faaliyetlerinin parçası olmuştur.[444] Bu anlamda, bireylerin, hedef devletin aldığı önlemler vasıtasıyla terörün insan hakları üzerindeki dolaylı etkisine maruz kaldıkları söylenebilir.[445] Kongre bu dönemde terörle mücadelenin yöneticisi konumunda olan yürütme organıyla işbirliği içerisinde olmuş ve yürütmeye kanunlar ile geniş yetkiler vermiştir.[446] Yine istihbarat edinimini merkezileştirmek için kurulan İç Güvenlik Bakanlığı'nın kuruluşunu da kabul etmiştir. Halkın istihbarat çalışmalarına seferber edilmesi ve uygulanan yaygın elektronik gözetim de alınan tedbirler arasında yer almaktadır.

Terör suçlaması, ABD'de uzun süreli bir hukukun "araçlaştırılması" eğiliminin parçası olmuştur. Zira, insan haklarına aykırı ve ayrımcı uygulamalar 11 Eylül saldırılarından önce de ülkeye hakimdir[447]. Afrika ve Latin kökenli kişilerin, cezai soruşturma ve kovuşturmaya tabi tutulmada beyazlara göre daha fazla bir kısmı oluşturması bu anlamda dikkat çekmektedir[448]. 1996 yılında çıkan kanunlar, insan

---

443 BOZKURT, (2007), ,s.148.
444 PAYE, (2009).,s. 28-29.
445 BOZKURT, (2007), s. 157.
446 *"ABD Başkanı, terörle mücadele kapsamında yapılacak operasyonlar ile ilgili Senato'dan özel yetki istediğinde, senato, özel yetkiyi Başkan'a vermiş, bununla birlikte maddi kaynak olarak istediği 20.000 doların iki katını acil yardım fonu olarak aktarmıştı."* **Cumhuriyet Gazetesi,** 15 Eylül 2001.
447 ATAÖV, Türkkaya, "11 Eylül: Terörle savaş mı, Bahane mi?", Alkım Yay. 1. Baskı, 2004, İstanbul, s. 43.
448 ATAÖV, (2004), s.43.

haklarına yönelmiş tehdidi üst boyuta taşımıştır[449]. Bu kanunlarla göçmenlerin ülke dışına gönderilmesi amacıyla gizli delil kullanılması kabul edilmiş, suçlananın haklarına sınırlamalar getirilmiştir. Dışişleri bakanı tarafından 'terörist' olarak nitelenen bir topluluğun kanuni olan eylemlerine destek verilmesini suç kapsamına dahil etmiştir.[450]

11 Eylül saldırılarının yaşanmasıyla birlikte, hukukun araçsallaştırılması sürecinin hız kazandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu süreçte kongre tarafından ihdas edilen terörle mücadele kanunları, yürütmenin özerk bir aygıtı olan polis tarafından usuleten kullanılan bir hukuk düzeni oluşturmuş, ceza yargılamasının ise işlevi değişmiştir. Ceza yargısı, ceza adaletini sağlama işlevini bir yana bırakmış, toplumu terörden arındırmak, terörist olan ile olmayanı ayırmak misyonunu üstlenmiştir. Bush'un "Ya bizdensiniz, ya onlardan" düsturu hukuk uygulamasına sıçramıştır.[451] 11 Eylül saldırılarından önce genel olarak ırkçılık üzerinde yoğunlaşan ayrım, daha da derinleşerek, bünyesine din odaklı ayrımı da dahil etmiştir. Öyle ki; 11 Eylül saldırısının soruşturulmasıya ilgili olarak, genç Müslüman ve Arap kökenli çok sayıda kişi, hiçbir terörist eylemle ilgisi olmamasına karşın, vize süreleri bitmiş olmasına rağmen ülkede kalmayı sürdürmek gibi basit göçmen kurallarını çiğnemekten ötürü gözaltına alınmıştır.[452] Ulusal güvenlik kavramı, etnik ve dini farklılığa sahip kişilerin takip altında tutulmasına, işçi haklarına, akademik özgürlüklere müdahale etmenin bahanesi olmuştur.[453] Üstlendiği toplumsal misyonla yargı organı, bağımsız ve tarafsızlığını kaybederek, devletin ayrımcı ve kutuplaştırıcı uygulamalarında taraf olmuştur. Buna göre, yargının kamu güvenliği ile birey hakları arasında dengeleyici pozisyon üstlenmesi gerekirken, bu pozisyondan sapmalar gösterdiği de bu sebeple sıklıkla görülmüştür.

---

449 ATAÖV, (2004), s.46.
450 ATAÖV, (2004), s.48.
451 MERTENS, Thomas, *"Criminal Justice after 9-11: ICC or Military Tribunals"*, German Law Journal, Vol.5, No.5, 2004, s.545-568.
452 ATAÖV, (2004), s. 26-27.
453 ATAÖV, (2004), s. 77-80.

ABD Adalet Bakanı'nın: 'böyle olaylarda, mahkemelerin istediği kesinlikte delil aranmaz' şeklindeki ifadesi, yargı organının, yürütme kanadının ilan ettiği olağanüstü hale sadık kalarak, olağan hukuku askıya aldığını göstermektedir.[454]

ABD'de ceza hukuku, devlet gücünün örgütlenmesindeki değişimi ve siyasi rejim değişikliğini meşrulaştırıcı rolünü etkin bir şekilde oynamıştır.[455] Terörle mücadeleye yönelik tedbirlerle de ceza hukukunun değişimi olgunlaşmıştır. PATRIOT Act'in yürürlüğe girmesiyle yürütmeye, yasaya aykırı davranan yabancıların süre sınırlaması olmaksızın tutuklanmasını içeren olağanüstü yetkiler verilmiştir. Ayrıca kanunu uygulamakla görevli kişiler ile haber alma örgütleri arasındaki farklılıklar ortadan kaldırılmış, haber alma teşkilatlarının ceza hukukunun araştırma araçlarından yararlanması sağlanmıştır.[456] Haber alma teşkilatlarının geniş delil toplama ve delilleri kamuoyuna kapalı biçimde ve hedef kişiye hiçbir korunma hakkı tanımadan değerlendirme yetkileri, demokratik düzenle bağdaşmayacak şekilde, kanun kapsamında bu teşkilatlara verilmiştir.[457] "İstihbarat Reformu ve Terörizmin Engellenmesi Kanunu" nun kabul edilmesi, terör faaliyeti icra etmesinden veya terörü desteklemesinden şüphelenilen yabancıları yargılamak için bir bir askeri mahkeme kurulması, yeni bir iç güvenlik bakanlığının ve istihbarat edinimini merkezileştirmek amacıyla Anayurt Güvenlik Ofisi'nin kurulması, elektronik gözetimin yaygın hale getirilmesi, polisin yetkisini mahkeme emri olmaksızın telefon dinleme ya da elektronik takip yapmalarına izin vererek ayrıcalıklı kılan Anayurt Güvenlik Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ABD'de terörle mücadele kapsamında kurulan hukuk dışı sistemin diğer unsurları olarak sayılabilir.[458]

ABD'de yaşananlar, terör şüphelilerinin belirlenmesindeki ve soruşturulmasındaki ihlallerinin yanı sıra, gözaltında bulunanlara ve tutuklulara

[454] BOZKURT, (2007), s.144.
[455] PAYE, (2009), s.12-13.
[456] ATAÖV, (2007), s.87.
[457] ATAÖV, (2004), s.89.
[458] PAYE, (2009), s. 15-45.

yapılan muamele bakımından da tartışılmıştır. Guantanamo ve Irak'ta söz konusu kişilere işkence uygulandığı suçlamaları yapılmıştır.[459] Irak'ın başkenti Bağdat'ın batı ucundaki Ebu Gureyb Hapishanesi, Saddam Hüseyin döneminde rejim aleyhtarları ve siyasi suçluları cezalandırmak için kullanılan bir tür "işkence merkezi" olmuştur.[460] Bir kadın mahkumun dışarıya göndermeyi başardığı bir mektupla ortaya çıkan işkence olayları, bu fotoğrafları yayınlayan New Yorker muhabiri tarafından kitaplaştırılmıştır.[461] Gören herkesi şoke eden söz konusu fotoğraflardaki şiddeti mümkün kılanın olağanüstü hal koşulları olduğu ifade edilmektedir.[462] Olağanüstü hal koşullarının ve istisna mekanlarının yaratılması, hukuktan ve insan haklarından kopuşu yaratmıştır. Belirlenmiş istisna mekanlarında terör şüphelisi olmak sebebiyle -burada şüpheli kavramının farklı ulus, din ve etnik kökenden olanlarla örtüşmesi önemlidir- tutulan bu kişiler, doğumla kazandıkları 'insan olma' özellikleri dışında tüm değerlerinden soyutlanmış şekilde muamele görmüşlerdir. Bir diğer deyişle istisna hali, kutsal insanı yaratmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, kutsal insan (homo sacres), hukukun dışına itilmiş, siyasi anlamda hiçbir değeri olmayan, sınırlarını vatandaşlık bağının çizdiği "polis" ile örtüşen hayat eşiğinin dışında kalmakla yaşayan ölüler haline gelen, yalnızca doğumu itibariyle kutsal varlığını sürdüren insanlara Agamben'in vermiş olduğu isimdir. Ona göre, siyasetten koparılmış bir insaniyetçilik, egemenliğin temelindeki kutsal hayatı tecrit etmeye mahkumdur. Ebu Gureyb hapishanesi ya da Guantanamo kampı gibi saf istisna mekanları, insaniyetçiliğin hükmedemeyeceği alanlardır.[463] Agamben'in, 'biyopolitik mekanlar' yahut 'saf istisna mekanları', yaşamın içerisine olumsal bir

---

459 TURHAN, Faruk, AKSU, Muharrem, *"11 Eylül sonrası ABD'de Özgürlük Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler/Özellikle Patriot Kanunu ile Getirilen Kısıtlamalar",* S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, Yıl 2011, s.47-90.

460 ÖZKAN, Emre, KOTAN, Ömer Faruk, "*Ebu Gureyb Hapishanesi: Terörle Mücadelede Yanlış Strateji"*, (iç.) BAL (Ed.), (2006), s.49-77.

461 HERSH, Seymour, *"Emir Komuta Zinciri:11 Eylül'den Ebu Gureyb'e Uzanan Yol"*,Agora Kitaplığı, Çev. Mehmet Harmancı, 2004, İstanbul.

462 NASHEF, Hania A.M., *"Abu Ghraib and Beyond: Torture as an Extension of the Desiring Machine"*, Other Modernities, N. 8 – 11/2012, s. 79-93.

463 AGAMBEN, (2017), s.161.

ölüm momentumu ekler. Ebu Gureyb Hapishanesi'ndeki mahkumlar, 'kutsal insan' kavramının simgesi olmuşlardır. Bu, onları insaniyet seviyesinden aşağı varlıklar konumuna indirgeyen fiziksel istismarın varlığını ve sürekliliğini temin etmiştir.[464] Ebu Gureyb Hapishanesi'nde kullanılan işkence metodları yalnızca burada uygulanmamıştır ve birkaç askerin şahsi sapkınlıklarının ürünü değildir. Araştırmalar, benzer yöntemlerin Guantanamo'da da uygulandığını işaret etmektedir.[465] ABD yönetimi, Guantanamo üssünü Küba'dan kiralamıştır. Ülke dışında böyle bir kamp kurma fikrini, yargı denetiminden ve hukuki düzlemden tamamen soyutlanmak için benimsemiştir. Bu yolla yürütme, kendisine ABD anayasasına ve uluslararası hukuka karşı gelen olağanüstü bir güç bahşetmiştir.[466] ABD başkanının 13 Kasım 2001 tarihli "askeri buyruk" unda yer alan, terörist faaliyetler katıldığından kuşkulanılan, ABD yurttaşı olmayan kişilerin süresiz olarak tutuklanması yetkisi, bu bölgede oluşturulan 'saf istisna mekanı' nın altyapısını oluşturmuştu.[467] Oluşturduğu saf şiddet alanında ABD, daha sonra Ebu Gureyb Hapishanesi'nde de uyguladığı işkence metodlarını uygulamaya başlamıştır.[468] Burada tutulanlar; kutsal insanın çıplak yaşamının en üst belirsizlik noktasını oluşturmaktaydı.[469]

ABD'deki görüntü, yürütmenin güvenliği Hobbes'çu bir yaklaşımla ele aldığını[470], bu kapsamda yasama-yürütme-yargı işbirliği ile, "anti-terörizm"

---

464 NASHEF, (2012),s.81.
465 ÖZKAN, KOTAN, (2006), s.55.
466 PAYE,(2009), s.46.
467 AGAMBEN, Giorgio, "İstisna Hali", çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, 1. Basım, Şubat 2006, İstanbul, s.12.
468 ÖZKAN, KOTAN, (2006), s.55.
469 AGAMBEN, (2006), s.13.
470 *"Hobbes'e göre, devletin oluşturulmasının en önemli meşruluk kaynağı ve amacı, devletin "sivil barış" ihtiyacını gidermesidir. Hobbes'a göre, sivil barış ve güvenlik ihtiyacının sağlandığı ve kişilere güvenli bir ortam sunulduğu ölçüde devletin meşru olduğu kabul edilir. Hobbes'un bu bakış açısı, liberalizmin iki temel ilkesi olan, kişinin devlete karşı ileri sürebileceği hakları olduğu ilkesi ile kuvvetler ayrılığı ilkesini reddetmektedir."* TURHAN, AKSU, (2011), s. 52-53, COŞKUN, Vahap, *"Güvenliği Özgürlükte Aramak"*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 8-9-10-11, (2003-2004), s.1-10; GÖZE, Ayferi, *"Siyasal Düşünceler ve Yönetimler"*, Genişletilmiş 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s.141.

tartışmalarını baskıyı artırmak, hak ve hürriyetleri kısıtlamak ve karşıt politik düşünceleri bastırmak için kullandığını göstermektedir.[471] Saldırılardan sonra uluslararası terörizmle mücadele adı altında alınan önlemler, insan haklarını ihlal etmeden öte, onun ruhunu zedelemektedir.[472] Bu noktada, Amerikalı yazar, yayımcı, kaşif, bilim adamı ve diplomat Benjamin Franklin'in Amerikan Özgürlük Anıtı üzerinde yazan sözünü hatırlamakta fayda vardır:

"Güvenliği sağlayabilmek için özgürlüklerimizden vazgeçersek, sonuçta ne özgürlüğü, ne de güvenliği elde edebiliriz"

1.1.2.2.2. Fransa Örneği

Fransa, istisna halleri açısından yoğun bir geçmişe sahip ülkelerdendir. Bugünkü olağanüstü halin Fransa'daki kökeni kuşatma halidir (State of Siege). Rossiter'in "Anayasal Diktatörlük"[473] dediği durumun en belirgin örneği, Code Napoleon'dan dünya savaşlarına, kriz dönemi kurumları ile ilgili yoğun ve köklü içeriğinden dolayı Fransa olarak gösterilmektedir.[474] Kuşatma halinin Napoleon döneminde gösterdiği düzen sağlamadaki başarısının, askeri güç mekanizmalarına hukuk içerisinde sağlam bir yer edindirdiği ifade edilmektedir. Fransa'da devlet odaklı yönetim anlayışının yerleşmesinde de aynı sebep etkili olmuştur.[475] Agamben, Fransa'nın olağanüstü haller tarihini; aynen şöyle anlatmaktadır:

> "*İstisna hali, kurucu meclisin 8 Temmuz 1791 tarihli Direktuvar yasasıyla son olarak da 24 Aralık 1811 tarihli Napoléon kararıyla, kurmaca ya da siyasal kuşatma hali şeklindeki kendine özgü çehresini*

[471] BOZKURT, (2007), s.161.
[472] BOZKURT, (2007), s.161.
[473] ROSSITER, C. L.. *"Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies"* Princeton: Princeton University Press, 1948, s.77.
[474] BOZINOVIC, Filip G., *"Finding the limits of France's State of Emergency"*, Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union: Vol. 2017, Article 4, s.17.
[475] BOZINOVIC, (2017), s.17.

edinir. 1814 Charte'ının 14. Maddesi, egemene, "yasaların uygulanması ve devletin güvenliği için gerekli düzenlemeleri yapma, ve kararları alma" yetkisi tanıyordu; maddenin dile getirilişindeki belirsizlik yüzünden, Chateaubriand, 'bir sabah, 14. maddeye dayanılarak, bütün Charte'ın yürürlükten kaldırılabileceğini' belirtiyordu. Kuşatma hali, 22 Nisan 1815 tarihli 'acte additionnel'inde (ek kararında) açıkça belirtilmişti; bu kararda, kuşatma halinin bir yasayla ilanı öngörülüyordu. O zamandan başlayarak, Fransa'da, 19. ve 20. yüzyıl boyunca anayasal kriz anlarını kuşatma haline ilişkin yasama belirlemiştir. III.Napoleon, iktidara gelişinden sonra Ocak 1852 Anayasası'nda, kuşatma halini ilan etme yetkisini yürütmeye devredene kadar, kuşatma haline ancak yasama karar verebilirdi.

Birinci Dünya Savaşı boyunca da, savaşa katılan ülkelerin büyük bir bölümünde olduğu gibi Fransa'da da kalıcı istisna hali hüküm sürmüştür. 2 Ağustos 1914'te Fransa Cumhurbaşkanı Poincarébütün ülkenin kuşatma hali içinde olduğunu bildiren bir karar çıkarttı; bu karar iki gün sonra parlamento tarafından yasaya dönüştürüldü. Kuşatma hali 12 Ekim 1919'a kadar yürürlükte kaldı. Savaşın ilk altı ayı boyunca askıya alınan parlamento faaliyeti Ocak 1915'te yeniden başladıysa da, oylanan yasaların çoğu, aslında, yasama yetkilerinin yürütmeye devrinden ibaretti. Tingsten, bu yolla, yürütme erkinin sözcüğün gerçek anlamıyla yasama organına dönüştüğünü belirtmiştir."[476]

Yukarıda yer verilen, gerçek (askeri) ve fiktif (politik) kuşatma hali arasındaki ayrım, bugün Fransa'da uygulanan olağanüstü hali anlamak açısından önem arzetmektedir. Agamben, Napoleon dönemine atıfla, devlet başkanının devlet

[476] AGAMBEN, (2006), s.20-21.

gerçek anlamda düşman tehdidi altında olsa da, olmasa da kuşatma hali ilan edebildiğini ifade etmiştir.[477]

Olağanüstü hal, Fransa'da, ekonomik tehditler, Nazi tehdidi gibi gerekçelerle uzun yıllar yürütmenin yetkilerini genişletmesinin gerekçesi olmuştur. Anayasada istisna halini De Gaulle'ün istediği 16. madde düzenler; bu madde: "*Cumhuriyetin kurumları, ulusun bağımsızlığı, toprak bütünlüğü ya da uluslararası hukuki girişimlerinin yürütülmesi ciddi ve doğrudan tehdit altında olduğunda ve anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi kesintiye uğradığında"* cumhurbaşkanının gerekli önlemleri almasını öngörür.[478] Bu hükmün getirilmesiyle, yürütmeye, 'basit' bir kanunla düzenlenen sıradan tedbirleri uygulamanın ötesine, anayasal bir güç bahşedilmiştir.[479] 1954'te, Fransa kendini Cezayir ile bir sıcak savaşın içerisinde bulmuştur. Nazi istilasına karşı direnişin başarısız olmasının sebebini yürütme kuvvetinin zayıflığında bulan Fransa, yürütmeye daha fazla otonomi sağlamak için yeni bir kanun çıkarmıştır.[480] 3 Nisan 1955'te yürürlüğe giren bu kanun, bakanlar kuruluna, kamu düzeninin bozulmasını sonuçlayabilecek yakın tehlike ya da doğası ve ağırlığı gereği kamusal bir felaket karakterindeki olayların varlığında, 12 gün boyunca olağanüstü hali aktive etme yetkisi veriyordu. Olağanüstü halin uzatılması için ise kanun çıkarılmasını zorunlu kılıyordu.[481] Kanun, ilk olarak Cezayir savaşında kullanılmıştır. Fransa, Cezayir Savaşı'nda kuşatma hali yerine bu kanuna dayanmayı bilinçli olarak tercih etmiştir. Bu şekilde savaş hukuku uygulama zorunluluğundan kurtulmuş, savaşan kişileri de 'savaşçı' değil, 'terörist' olarak isimlendirme imkanına kavuşmuştur.[482] Savaşı terörizm olarak nitelemek ve savaş kurallarından

---

[477] AGAMBEN, (2006), s.12.
[478] AGAMBEN, (2006), s.22.
[479] BOZINOVIC, (2017), s.18.
[480] BEAUD, Olivier, " *Anything Goes?: How does French Law Deal With the State of Emergency?", (iç.)* AURIEL, Pierre, BEAUD, Olivier, WELLMAN, Carl (Ed.), "The Rule of Crisis: Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law",Springer International Publishing, 2018, Switzerland, s.229-241.
[481] BOZINOVIC, (2017), s.18.
[482] *"Olağanüstü hallerde tanınan insan hakları standartları insancıl hukuk tarafından tanınandan daha dar olduğu için ve özellikle de devletlerin silahlı çatışmaya taraf olanlara uluslararası statü*

bu şekilde kaçınmak şeklindeki bu yöntemin tam zıddı Paris saldırılarının ardından uygulanmıştır. Olağanüstü hal aynı kanuna dayanılarak ilan edilmiş, fakat bu kez terörist saldırılar savaş faaliyet olarak nitelendirilmiştir. Hollande'ın olağanüstü halin ilk uzatımının oylandığı gün yaptığı meclis konuşmasında, "Fransa bir savaşın içerisindedir." ifadesini kullanması ve Fransa Başbakanı Manual Valls'ın teröre karşı savaşta bir savaşçı olduğunu açıklaması, bu durumu gösteren örneklerdir. Savaş vurgusunun bu biçimde kullanımı tesadüf değildir. 14 Eylül 2001'de ABD başkanı Bush'un sarfettiği aynı doğrultudaki sözlere yukarıda yer vermiştik. Tıpkı ABD'nin terörle mücadeleyi bir savaş olarak görmesinin Afganistan ve Irak'a sınırdışı müdahaleler yapmasını, Ebu Gureyb ve Guantanamo'yu kurmasını sonuçladığı gibi, Fransa'da teröre karşı savaş ibaresinin İç Güvenlik ve Terörizm Üzerine Beyaz Kitap'a (White Paper on Internal Security and Terrorism) girmesiyle, Nicolas Sarkozy'nin 2008 yılında Afganistan'da Fransız birliklerini hızlandırma kararı ve Francois Hollande'nin 2013 yılının Ocak ayında AQIM'e karşı Mali'de savaşa gitme kararı, birbirini takip eden gelişmeler olarak yaşanmıştır.[483] 2015'te Fransa'da önemli makamlar tarafından yapılan yukarıdaki açıklamalar da bu minvalde değerlendirilmelidir. Terör faaliyetlerinin savaş hareketleri olarak değerlendirilmesi yaklaşımı, ABD'nin 11 Eylül saldırıları sonrası öncülük ettiği küresel savaşa katılım mahiyetindedir. 2015 saldırısından sonra ilan edilen olağanüstü hal de sözü geçen terörle savaşın devamı niteliğindedir.

2015'te Cumhurbaşkanı Hollande, görevden çekildiğini açıklamadan önce, bir anayasa değişikliği teklifi sunmuştur. Bu teklif, Fransız Anayasası'nda iki değişiklik yapmayı içeriyordu. Bunlardan bir tanesi olağanüstü halin

---

sağlanması endişesi içinde bulunmalarından dolayı uluslararası olmayan silahlı çatışma durumu nadiren kabul edilmekte ve bu duruma ilişkin insancıl hukuk çok defa uygulama alanı bulamamaktadır. Cezayir Savaşı'nda Fransa, Ulusal Özgürlük Cephesi'nin savaşını ayaklanma olarak ilan etmiş ve bu statüde görmek istememiştir. Bu savaş boyutları açısından uluslararası bir savaştan aşağı kalmamıştır. 400.000 Fransız askeri Cezayir'e gönderilmiştir. Fransa ancak savaşın sonuna doğru 3. maddenin uygulanabilirliğini kabul etmiştir." KAYA, İbrahim, *"Terörle mücadele ve İnsan Hakları"*, USAK yay., 2005, Ankara, s.203.

[483] HECKER, Mark, TENENBAUM, Elie, *"France vs. Jihadism:The Republic in a New Age of Terror"*, Notes de l'Ifri, IFRI Security Studies Center, January 2017, s.11.

anayasallaştırılması, diğeri ise terör suçlularının vatandaşlıktan çıkarılabilmesiyle ilgilidir.[484] Fransız Anayasası'nda, olağanüstü hale yakın bir düzenleme olarak kuşatma hali düzenlemesi bulunmaktadır.[485] Fakat Hollande, söz konusu hükümlerin terörizmle savaş için yeterli olmadığı kanaatindedir. Bu kanaatin sebebi, terörizmle savaşta, kamu gücünün kesintiye uğramamasının ve orduya devredilemeyecek olmasının, bu imkanı başvurulabilir olmaktan uzaklaştırmasıdır. Madde 16 ile kuşatma hali, anayasal temele kavuşmuştu ve anayasallığı, bu rejime Fransa'da, ABD'de olduğundan daha güvenceli bir kullanım alanı sağlamıştır. Yine de, ifade ettiğimiz gibi, Hollande'ın değerlendirmesine göre bu rejim, ihtiyacı karşılayacak nitelikte değildir. Anayasallaşması gereken, "kriz halinde uygulanacak sivil rejim"dir.[486] Zira kuşatma hali, geçicidir; terör tehdidi ise şekil değiştirerek var olmaya devam eder. Terörizmin süreklilik ve sistemlilik unsurlarına sahip olduğu doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul gören bir görüştür.[487] Bu, Hollande'ın değerlendirmesini bir ölçüde haklı çıkarmaktadır. Ancak, bir çözüm olarak kriz halinde uygulanacak bir sivil rejim yaratılmasının sakıncaları tartışılmıştır. Böyle bir anayasal değişikliğin, siyasi dönüşüm ile eşdeğer olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, olağanüstü kuvvetlerin istisnailiği ortadan kalkacak, bu kuvvetler gündelik hayatın ve anayasal düzenin bir parçası haline gelecektir.[488] Anayasanın işlevi ise, yerleşik felsefesinin tam tersi doğrultusunda şekillenecektir. Artık, anayasanın işlevi hakları güvence altına almak ve iktidarı sınırlamak değil, cezalandırıcı tedbirleri uygulamak olacaktır. Bunu da, sivil özgürlükleri kısıtlayarak ve iktidarın keyfi kullanımı karşısında bu özgürlüklere yönelik garantileri ortadan kaldırarak

---

484 DUHAMER, Olivier, *"Terrorism and Constitutional Amendment in France"*, European Constitutional Law Review, Volume 12, Issue 1, May 2016 , p. 1-5.

485 FELDMAN, William, *"Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege"*,Cornell International Law Journal, Vol.38, 2005, s.1023.

486 PAYE, (2017), s.3.

487 ALTUN, Hasan Mutlu, *"Terörle Mücadele Sırasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması"*, Selçuk Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, Konya, s. 11; WILKINSON, Paul; *"Terör ve Terörizm: Kavramlar, Özellikler ve Tipoloji"*, Çev., Talip Kabadayı, (iç.) GÜZEL, Cemal "*Silinen Yüzler Karşısında Terör"*, (Der), Ayraç Yayınevi, Ankara, 2002, ss.142-162; TACAR, Pulat Y.; *"Terör ve Demokrasi"*, Bilgi Yayınları, Ankara, 1999, s.44.

488 PAYE, (2017),s.5.

yapacaktır.[489] Hollande'a göre, demokrasinin, kendini, değerlerini inkar edenlere karşı savunması mümkün değildir. Dolayısıyla olması gereken, bir devletin, hem demokratik olmayan olağanüstü hal tedbirlerini anayasallaştırması, hem de demokrasi savunucusu olmasıydı.

Önerilen anayasa değişikliği kapsamında polise tanınan yetkilerin artırılması yer almaktadır. Bu durum, Fransa'da polis kuvvetine her şeyi yapabilme gücü sağlayacaktır. Bu konuda Fransa Danıştayı'nın (Conseil d'État) görüşü dikkat çekmektedir. Buna göre, polis kuvvetinin tek denetleyicisi İdari Yargı olarak belirlenmiştir. Oysa idari yargı, polisin eylemlerini denetleyebilecek otorite ve araçlardan yoksundu. Böylelikle dolaylı olarak polise sınırsız bir uygulama alanı tanınmış olunuyordu. Teklif, bütün olarak ele alındığında, olağanüstü hali olağanlaştırmakla hukuku askıya alarak saf siyasi bir düzen oluşturmaya uygun bir karaktere sahiptir. Sonuç itibariyle, vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili hükümler içeren kısmı hakkında yaşanan tartışmalar sebebiyle 30 Mart 2016 tarihinde geri çekilmiştir.[490]

Fransa'da 14 Kasım 2015-1 Kasım 2017 arası uygulanan en güncel OHAL'e son vermeden hemen önce, 30 Ekim 2017'de, Fransa parlamentosu, benzer şekilde, yürütmeye geniş yetkiler veren birtakım düzenlemelere imza atmıştır.[491] Kanun, ibadet yerlerinin altı aya kadar kapatılabilmesini, bireylerin elektronik izlemeye tabi tutulmasını ve ev hapsi altına alınmasını sağlamaktadır. Olağanüstü hallerde olduğu gibi, söz konusu yetkilerin uygulanması polis otoritesine ait kılınmıştır ve yargı kararı gerektiren işlemerin dışında tutulmuştur., 30 Ekim 2017 tarihli kanun[492], hukukta daimi olağanüstü duruma benzer bir düzen getirmiştir. Kanun, olağanüstü hali kalıcı hale getirdiği savı üzerine kurulu anayasaya aykırılık şikayetiyle Anayasa

[489] PAYE, (2017), s.7.
[490] PAYE, (2017), s.8
[491] Report for the official visit of the UN Special Rapporteur on Counter-Terrorism and Human Rights, May 2018 , The Capstone Course on Counter-Terrorism and International Crimes, Dr Sharon Weill PSIA, Sciences-Po, PARIS
[492] Kanun No: 2017-1510.

Konseyi'nin önüne gitmişse de, Anayasa Konseyi "kamu güvenliği" gerekçesini oldukça ön plana çıkararak şikayetleri reddetmiştir. Yine burada da yargı organı, terörle mücadele hususunda topluma karşı taşıdığı sorumluluk ve üstlendiği mücadele misyonu ile, birleşen yürütme ve yasama kuvvetleri ile iş birliğine gitmiştir. Oysa ki başvuruda, ilgili bölümde tekrar değineceğimiz üzere, ihlal iddiaları son derece ciddidir.

1.2. SÖZDE (İTİBARİ) ANAYASALAR

"Anayasa" sözcüğünün tanımı ve algılanış biçimi 20.yy'a kadar tüm batı coğrafyasında aynıdır. Anayasalar, keyfi yönetimi engelleyen, birey haklarını koruyan ve devletin kurumlarını bu amacı gerçekleştirecek şekilde düzenleyen metinler olarak anlaşılır. Anayasa'nın sayılan fonksiyonları ile yüceltilmesi de yaygın bir durumdur. Bireyler, sıklıkla anayasalara bir kutsiyet atfederler. Atfedilen bu kutsiyet, tamamen temelsizdir. Zira, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Anayasa'yı karşılayan mana, çeşitlenmeye başlamıştır. Anayasalar istismar edilmeye başlanmıştır. Bu istismarın kolaylaşmasında, anayasa kavramına bireyler tarafından yüklenen kutsiyetin katkısı büyük olmuştur.[493] Artık, anayasası olan her devlet anayasal değildir. Kıta Avrupası tarafından son olarak üzerinde anlaşılan ise devletin kuruluş belgesinin anayasa olduğu, fakat anayasanın birey haklarını koruyan ve keyfi yönetime karşı garanti sağlayan bir içeriğe sahip olmasının anayasallık olduğudur. Bu doğrultuda, bugünkü anayasaları; garantiste (güvence) anayasalar, sözde (itibari) anayasalar ve sahte anayasalar şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutmak yapmak mümkündür.[494]

---

493 SARTORİ, Giovanni, *"Constitutionalizm: A Preliminary Discussion"*, The American Political Science Review, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), s. 853-864.

494 SARTORI, (1962), s. 860- 861. Loewenstein, bu ayrımı daha farklı şekilde yapmaktadır. Ona göre iktidarın keyfiliğini sınırlayan ve özgürlüğe güvence getiren anayasalar 'normatif' anayasa, yazılanın uygulamaya taşınamadığı, sosyo-ekonomik koşulların yazılanın uygulanmasına engel olduğu anayasalar 'nominal' anayasa, siyasal iktidarın sınırlandırılması yerine gücü elinde bulunduranların yararına hizmet eden anayasalar 'semantik' anayasalardır., LOEWENSTEİN, Karl, *"Political Power*

Sözde anayasalar, devletin organizasyonunu düzenleyen, fakat politik gücü sınırlamayan anayasalardır. Anayasanın ruhu ile uyumsuzdurlar. Sahte anayasalar ise, hem devlet organizasyonunu düzenleyen, hem de iktidarı sınırlayan hükümleri barındıran anayasalar olmalarına karşın, hükümleri uygulanmayan anayasalardır.[495]

1.2.1.Kuvvetlerin Fiili Ya da Hukuksal Birliği

Sözde anayasaların oluşumu için son derece uygun bir ortam sağlayan kuvvetler birliği, karşımıza hukuksal düzenler ya da fiili uygulamalar olarak çıkabilir. Hukuksal düzen olarak kuvvetler birliği, kuvvetlerin yasama organında toplandığı meclis hükümeti sistemleri ve yürütme organında toplandığı mutlak monarşilerde görülür.[496] Monarşi, Leon Duguit'in tanımladığı şekilde devlet başkanlığının ırsî olarak intikal ettiği devlet şeklidir.[497] Mutlak monarşi ise egemenliğin hükümdara ait olduğu, egemenliğe dair tüm yetkilerin kendisinde toplandığı ve bu yetkilerin hiçbir kişi ve organla paylaşılmadığı, sınırı hukuk tarafından belirlenmeyen monarşi türüdür.[498] Modern devletin ortaya çıkışından 18. yüzyıla kadar devletler her açıdan monarşidir, zira hiçbir devlette devlet başkanlığı makamına seçimle gelinmemektedir.[499] Yasama, yürütme ve yargı yetkileri hükümdarda birleşmiştir. Kuvvetler birliğinin yasamada birleştiği hukuksal bir düzen olarak karşımıza çıkan sistem meclis hükümeti sistemidir. Bu sistem, Jean-Jacques Rousseau'nun ileri sürdüğü egemenliğin tekliği ve bölünmezliği ilkesinden temelini alır.[500] Yasama ve yürütme yetkisi parlamentoya aittir.[501] Egemenliğin tek

---

and the Governmental Process", Chicago: The University of Chicago Press, 1957; ANAYURT, (2018), s.131; TURHAN, Mehmet, *"Anayasal Devlet"*, Gündoğan Yay. 1. Bası, Haziran 1997, İstanbul, s. 17-21.

495 SARTORİ, (1962), s.861.

496 FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *"Anayasa Hukuku"*, Yetkin Yay., 2015, s.699.

497 ANAYURT, (2018), s.260.

498 ANAYURT, (2018), s.262.

499 ANAYURT, (2018), s.262.

500 ANAYURT, (2018), s.428.

501 ANAYURT, (2018), s.428.

ve bölünmez oluşu teoride yargı organını da meclise bağlı kılar. Uygulaması, İsviçre'de ve 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde Türkiye'de görülmüştür.[502]

Kuvvetler birliği fiili olarak da gerçekleşebilmektedir. Kuvvetlerin fiili olarak yürütmede birleştiği sistem diktatörlüktür.[503] Halk oylaması ve seçim mekanizması işletilir, fakat bu durum, diktatörlük rejimlerini demokratik yapmaz. Zira, seçimle iktidara gelen diktatörlerin seçmene kaşı sorumluluk mekanizmasının nasıl işleyeceği belirsizdir. Ayrıca, kullanılan baskı ve tek yönlü propaganda, halkın gerçek iradesinin ortaya çıkmasına engel olmaktadır.[504] Diktatörlük rejimlerinin, totaliter ve otoriter diktatörlükler olmak üzere iki türü mevcuttur. Daha önce de açıkladığımız gibi, Linz, totaliter diktatörlükleri,

> *"…anti plüralizmin, toptancı ideolojinin, kütlesel tek partinin ve yaygın terörün bulunduğu bir diktatörlük…"* [505]

olarak tanımlar. Otoriter diktatörlükler ise, sınırlı bir plüralizme yer veren, ideolojiye değil, zihniyete dayanan, yaygın ve yoğun bir siyasi mobilizasyon ve katılma yaratmayan rejimlerdir.[506] Diktatörlüğün uygulamasına ilişkin örnekler, 20. yy.'ın ilk yarısında İtalya'da Mussolini ve Almanya'da Hitler rejimleri olarak gösterilebilir.[507]

---

[502] ANAYURT, (2018), s.432-434.
[503] GÖZLER, (2013), s.555.
[504] TEZİÇ, (2007), s. 497-498.
[505] LİNZ, Juan, *"Totaliter ve Otoriter Rejimler*", Çev. Ergun Özbudun, Siyasi İlimler Türk Derneği Yay., 1984, Ankara, s.25 vd.
[506] GÖZLER, (2011), s.556, LINZ, (1984), s.25 vd.
[507] TEZİÇ, (2007), s.497.

1.2.2.Yargısal Denetimin Yokluğu veya Etkisizliği

Yargısal denetim, demokratik sisteme dahil olarak görülüp görülmemesi gerektiği üzerinde fazlaca tartışmanın yapıldığı bir kurumdur.[508] Seçilmiş yasama organının seçilmemiş yargı organlarınca denetlenmesi demokrasinin güvencesi konusunda kaygılara yol açmıştır.[509] Demokrasi, halkın kendi kendini yönetmesi olarak tanımlandığında, anayasal denetim, çoğunluğun dizginlenmesi gerekliliği fikrini dayanak olarak aldığından demokrasiyi sınırlayan bir araç olarak görülür.[510] Kimi yazarlar, demokrasinin, "halkın kendi kendini yönetmesi" dışında yeni bir tanımını yapmanın, bu zıtlaşmayı ortadan kaldıracağını öngörmüş ve onu, hukuk temelli olarak kurgulanmış, temel hakları güvence altına alan ve gücün hukuk yoluyla kullanılabildiği bir düzen olarak tanımlamaya çalışmıştır.[511]

---

[508] FALLON, Richard J., *"Law and Legitimacy in the Supreme Court"*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2018; ELLIOT, Mark, *"Constitutional Foundations of Judicial Review"*, Hart Publishing, 2001; BUSTAMANTE, Thomas, FERNANDES, Bernardo Gonçalves, (Ed.) *"Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory an the Legitimacy of Constitutionalism"*, Springer, 2016; CAMPBELL, Colton C., STACK JR., John F. (Ed.), *"Congress Confronts The Court. The Struggle For Legitimacyand Authority in Lawmaking"*, Rowman & Littlefield Publishers Inc.; FOLLESDAL Andreas, MALİKS, Reidar, (Ed.), *"Kantian Theory and Human Rights"*, Routledge, 2014, New York; BARIN, Taylan, *"Anayasa Yargısının demokratik Meşruiyeti"*, Oniki Levha Yay., 2016, İstanbul; ÖZALP YANCI, Nihan, *"Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu"*, Oniki Levha Yay., 2018, İstanbul; ÖZTÜRK, Fatih, *"Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?"*, Beta Yay., 2014, İstanbul; IŞIK, Hüseyin Murat, *"Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmi İdeolojisi (Siyasi Parti Kapatma Kararlarının İçerik Analizi)"*, Adalet Yay., 2012, Ankara.

[509] GÖZTEPE, Ece, *"Anayasa Şikayeti"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, Ankara 1998, s. 7.

[510] TROPER, Michel, *"The Logic of Justification of Judicial Review", International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 1, 1 January 2003, p. 99–121.

[511] TROPER, (2003), s.117; GARVEY, John & ALEINIKOFF, T. Alexander, *" Modern Constitutional Theory: A Reader"*, p. 219–62.

Anayasa yargısını meşru olarak göstermeye yönelik tüm çabaların amacı, demokrasinin salt yukarıdaki alışıldık tanımıyla sınırlı olarak anlaşılıp çoğunluğun tahakkümü biçimini almasına engel olmaktır.[512] Anayasa yargısı, çoğunluğun yarattığı iktidarı sınırlandırma işlevini verdiği kararlar aracılığıyla yerine getirmektedir.[513] Demokrasiden çoğunluğun tahakkümü sebebiyle sapmak yerine ona anayasa yargısı yoluyla bir sınırlama getirmek demokrasi ilkesinin hukuk devleti önlemleri ile mükemmelleştirilmesi gerekçesiyle makul görülmektedir.[514] Bu gerekçe doğrultusunda, azınlığın yok olmasının ve sesinin bastırılmasının önüne geçen bir organ olan Anayasa yargısı, Schmitt'in görüşünün aksine demokrasinin karşısında yer almaz, aksine onun varlığının garantisi olarak görülür.[515] Schmitt bu yöndeki görüşünü; şu biçimde ifade etmiştir;

> *"Anayasa yargısında yargısal bir giysi içinde politik bir karar söz konusudur. Anayasa kurallarınaki yadsımalara ilişkin kararlar artık yargısal kararlar değillerdir. Buna karşın bir mahkemeye devredilmeleri 'politikanın hukukîleştirilmesi ve 'yargının politize' olamasına neden olur. Bu süreçte her iki suje de bir şey kazanmaz, ama her şeyi kaybedebilir. Anayasa Yargısı kendi içinde bir çelişkidir."*[516]

Yargının politik karar vermesinin doğru olup olmadığı konusu da tartışılmıştır.[517] ABD'de, akademisyen hukukçuların büyük bölümü, yargı

---

[512] AGUILAR, Cristián Letelier , *"Anayasal Denetimin Anayasal Demokrasideki Rolü"* , Anayasa Yargısı 34 (2017), s.267-271.
[513] ERDOĞAN, Mustafa, "Anayasal Demokrasi", Siyasal Kitabevi, Eylül 2015, Ankara, s.85.
[514] GÖREN, Zafer, *"Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü durdurma Kararları"*, Anayasa Yargısı, C:12, 1995, S.199-244.
[515] GÖZTEPE, Ece, *"Anayasa Yargısının Meşruluğu"*, (iç.) GÖZTEPE, Ece, ÇELEBİ, Aykut *(Der.), "Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler"*, Metis Yay., 1. Bası, 2012, İstanbul, s.387-417.
[516] SCHMITT, Carl, "Verfassungsrechliche Aufsätze", 1958, s.98, SCHMITT, Carl, "Verfassungslehre 4.B.Berlin 1965, s.119, (Aktaran: GÖREN, (1995), s.205).
[517] DWORKIN, Ronald, *"Siyasi Yargıçlar ve Hukuk Devleti"*, ÇOBAN, Ali Rıza, CANATAN, Bilal, KÜÇÜK, Adnan *(Der.), "Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal"*, Adres Yay. 1. Bası, 2008, Ankara, s.295-325.

kararlarının kaçınılmaz ve haklı olarak siyasi olduğunu düşünmektedir. İngiltere'de ise genel olarak yargı kararlarının siyasi olmaması gerektiği görüşü hakimdir.[518] Dworkin, her iki görüşü de yanlış bulmaktadır. Ona göre, hakimlerin kararlarını verirken dayanabilecekleri iki tür siyasi tez vardır: bireylerin siyasi hakların ilişkin siyasi ilkeye dayanan tezlerle genel refah ve kamu yararına ilişkin bazı güçlendirmeye yarayan siyasi tutum tezleri.[519] Dworkin, tartışmalı davalarda yargıçların kararlarını ilkine, yani bireylerin haklarını güçlendiren siyasi ilkeye dayandırmaları gerekliliğini savunur.[520] Bu tercih, yargıçlar tarafından birey özgürlüğü ile kamu güvenliği, kamu düzeni yahut kamu yararı arasında sıklıkla yapılmaktadır. Anayasa ile konan belirsiz kurallar, yoruma muhtaçtır. Yorumlama sırasında ihtilafların oluşması kaçınılmazdır. Dworkin, uygulamanın bu ihtilafların "yargısal aktivizm" ve "yargısal sınırlama" programları ışığında değerlendirilebileceğinden söz eder."[521] Yargısal aktivizmde anayasa yargısı, hukukilik, eşitlik ve diğer ilkeleri kendi gayretleriyle geliştirir ve zamandan zamana yeni anlayışlar ışığında gözden geçirir. Yargısal sınırlamada ise, hakimlerin, kendi anlayışlarına zarar verse bile hükümetin diğer branşlarıyla ilgili kararların yürürlüğüne izin vermeleri gerekir.

Yargısal aktivizm kavramı, ilk kez Arthur Schesinger tarafından 1947 yılında kullanılmıştır.[522] Schlesinger, Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki hakimleri üç gruba ayırarak, Black ve Douglas'ın başını çektiği grubu anayasal olayları kendi sosyal anlayışlarına göre yorumlayan yargısal aktivistler; Frankfurter ve Jackson'un başını çektiği grubu ise yargının Amerikan sistemindeki sınırlı yerini korumaya yönelmiş, yargısal sınırlamacılar olarak belirtir.[523] Reed ve Vinson ise orta grubu oluştururlar. Yargısal aktivistlerin düşüncelerinin kaynağı, yargılamanın siyasetten

[518] DWORKIN, (2008), s.297.
[519] DWORKIN, (2007), s.116.
[520] DWORKIN, (2008), s.298.
[521] DWORKIN, (2007), s.174.
[522] KMIEC, Keenan D., *"The Origin and Current Meanings of Judicial Activism"*, California Law Review, Volume 92, Issue 5, October 2004, s.1442-1476.
[523] KMIEC, (2004), s.1447.

uzak olamayacağı, o halde ulaşılmak istenen sosyal fayda için yargılama faaliyetinin araç olarak kullanılmasında bir sakınca olmadığı görüşüdür. Yargısal sınırlamacılar ise, toplum için daha iyi veya daha kötü olmasına bakılmaksızın, devletin diğer organlarının çoğunluğun isteğini yerine getirmesine izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır.[524] Kavramın somut olarak ortaya konduğu bu ilk çalışmada, yargısal sınırlamacılar ile yargısal aktivistler arasında kurgulanan farazî bir diyalogda Schlesinger, yargısal aktivistlere "Giderek muhafazakarlaşan bir çoğunluğa, azınlığın ve temel insan haklarının korunması konusunda güvenemeyiz. Gidişata müdahale etmezsek, anayasanın ruhuna ihanet etmiş oluruz" sözlerini söyletmiştir.[525]

Anayasanın bir ruhunun olduğu ve devletin kimi davranışlarının bu ruha aykırı olduğu, anayasanın ruhunun anayasal bir değer olduğu görüşü, anayasa hukukçularının bir bölümü tarafından benimsenmiştir.[526] Bu ruhun içeriğini kurucu ideoloji olarak belirlemek mümkün olduğu gibi[527], insan haklarının korunması, birey olmanın kutsallığı ya da kuvvetler ayrılığı olarak belirlemek de mümkündür.[528] Kurucu iradenin millet iradesine denk olduğu ve anayasa yargısının da onun koruyucusu olduğu fikri üzerinden hareket etmek, dayatmacı azınlıkların, yeni çoğunluklara karşı *status quo*'yu koruma gayreti olarak değerlendirilebilir.[529]

Ackerman, anayasa yargısını, halkın iradesini yetkili güçlerin saldırılarından koruyan bir araç olarak tanımlamıştır.[530] Anayasa mahkemelerinin üyelerinin seçilmiş olmamaları, temel hakları korumak adına anayasanın hükümlerini geniş olarak yorumlayıp yasama faaliyetine katılmaları konusunda, yargıçların, tren

---

524 SCHLESİNGER, Jr., Arthur M., *"The Supreme Court: 1947"*, Fortune, Jan. 1947, at 202-208.
525 SCHLESINGER, (1947), s.204.
526 GÖZLER, Kemal, *"Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu"*, Ekin Yay. Bursa, 1999, s.219.
527 IŞIKTAÇ, Yasemin, *"Anayasanın İdeolojisi ve Başlangıç Bölümü İlişkisi"*, (iç.) GÜLER, Zuhal, KASAPOĞLU, Aytül, BARAN GÖRGÜN, Aylin, "Sosyolojinin Yaşamla Dansı:Prof. Dr. Birsen Gökçe'ye Armağan", Sosyoloji Derneği Yay. Haziran 2013, Ankara, s.533-545.
528 HARD, William, *"The Spirit of the Constitution"*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 185, The Constitution in the 20th Century (May, 1936), p. 11-15.
529 COŞKUN, Nilüfer, *"Resmi İdeoloji ve Yargısal Aktivizm"*, DÜHFD, Cilt: 22, Sayı: 36, Yıl: 2017, s. 59-86.
530 ACKERMAN, Bruce, *"We The People"*, Vol: 1 and 2, (Harvard University Press 1991 and 1998), (Aktaran: TROPER, (2003), s.111.)

hatlarını düzenleyen ve onların doğaları yahut rotaları gereği bir raydan diğerine aktarılmalarını sağlayan bir makasçı gibi çalıştıklarını, yaptıkları yorum faaliyetinin değerlendirmeyle sınırlı olduğunu ifade eden görüşler olmuştur.[531] Troper, seçilmiş temsilcilerle seçilmemiş aristokratların, birlikte hükmetmelerinin bir realite olduğunu ve bunun hiçbir haklılaştırmaya gerek duyulmadan veri olarak kabul edilmesi gerektiğini, fakat teorisyenlerin bu kabulden kaçtıklarını ifade etmektedir. Bu kaçışın sebebini, anayasa yargısının anayasaya uyması gerektiği, anayasaların da kendilerini demokratik olarak addettikleri, bu sebeple anayasa yargısının varlığını demokratik ilkelerle bağdaştırmanın doktrin açısından bir zorunluluk olduğu biçiminde açıklamaktadır. Ona göre doktrinin bu labirentten çıkması imkansızdır.[532]

Yargısal denetimin gerekliliği ve uygulanma metodu yanında, etkinliği problemi de tartışma konusu olmuştur. Özgürlük-otorite dengesinin sağlanması, yargının etkin çalışmasına bağlıdır. Bu etkinliğin sağlanması, ancak yargı bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olur. Yargının bağımsız olması için, öncelikle hakimlerin yalnızca hukuka bağlı olmaları gerekmektedir. Zira, hukuka bağlılık ve yargı bağımsızlığı madalyonun iki yüzü gibidir.[533] Yargı bağımsızlığının tek konusu ve nihai amacı, hakimlerin emir ve talimatlarla bağlı olmaksızın, objektif ve tarafsız ve yalnız hukuka bağlı olarak karar vermeleridir.[534] Bu da hakimlerin mesleki güvenceye sahip olmasını gerektirir.[535] Hakimlerin atanmaları, görevden alınmaları, yer değiştirmeleri, özlük hakları bağımsız bir kurum veya kurul

---

[531] FAVOREU, Louis, *"Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations [The decisions of the Constitutional Council in matters of nationalization]*", 98 Revue Du Droit Public [RDP] 419 (1982), Aktaran: TROPER, (2003), s.111.

[532] TROPER, (2003), s.121.

[533] METİN, Yüksel, *" Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri ",* Anayasa Yargısı Dergisi, S.27, 2010, s.217-272.

[534] METİN, (2010),s. 219.

[535] ERDOĞAN, Mustafa, *"Anayasa Hukuku"*, Orion Yay. 7. Baskı, 2011, Ankara, s.300; *"Örneğin ABD Anayasası'nın 3. Maddesinde, Federal hakimlerin görev süreleri ömür boyu olarak belirlenmiş ve görevdelerken Kongre'nin hakimlerin maaşını azaltması yasaklanmıştır",* LANDES, William M., POSNER, Richard A., *"The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective."*, The Journal of Law & Economics, Vol. 18, No. 3, Economic Analysis of Political Behavior: Universities-National Bureau Conference Series Number 29 (Dec., 1975), s. 875- 901.

tarafından yürütülmelidir.[536] Kanun ile hakimlere emir verilmesi engellenmeli, yüksek yargının önceden genel nitelikte emir ve talimat vermeleri mümkün olmamalıdır. Ayrıca yargı bağımsızlığının sağlanması için basının devam eden davalarla ilgili haber yapmasının belli bir sınırı olmalıdır. Basının yaptığı haberler, davaların konusu ve tarafları hakkında bir kamuoyu oluşmasına sebep olur. Hakimlerin oluşan kamuoyu baskısı karşısında bağımsızlığını koruması ise çok zordur.[537]

Yargı bağımsızlığı, ekonomik ve politik özgürlüğün otorite karşısında etkin şekilde korunabilmesi için vazgeçilmez bir araçtır. Devletin mülk edinme girişimlerini denetleyerek ekonomik özgürlüğü, muhalefeti bastırma girişimlerine direnerek politik özgürlüğü koruma altına alır.[538] Yargı organının, toplumsal zenginliği kendi yararlarına yeniden dağıtmak isteyen ve bu doğrultuda politik süreçlere etki eden çıkar ve baskı gruplarına karşı ilkeler çerçevesinde bir duruş sergilemesi beklenir.[539] Ancak çıkar ilişkilerinden bağımsız olan yargıçlar, yasama ve yürütmenin otoritesinden faydalanarak kendi çıkarlarını topluma dayatmak isteyen grupların çıkarları ile bireysel ekonomik özgürlükler arasında denge kurabilir.[540] Politik özgürlüğün sağlanmasında bağımsız yargının denetiminin önemi, özellikle tek parti tarafından domine edilmiş politik sistemlerde ön plana çıkar.[541] Bir partinin politik sistem içindeki dominant pozisyonu, onun politik ajandasını, kesintiye uğrama endişesi olmadan uygular. Yargı bağımsızlığının temelini çürütebilecek politikalarını, diğer organların, hatta bazen yargının kendisinin dahî muhalefetiyle karşılaşma endişesi olmaksızın hayata geçirir.[542] Hatta

---

[536] ERDOĞAN, (2011), s.300.
[537] FENDOĞLU, (2015), s.835-839.
[538] LANDES, POSNER, (1975), s.876.
[539] LANDES, POSNER, (1975), s.876.
[540] *"Örneğin, ABD'de 1930'ların son elli yılında yüksek mahkeme, çıkar gruplarının politikalarının sonucu ortaya çıkan yasaları etkisiz kılarak bağımsız yargı eğilimi ve gücü gösterdi."* LANDES, POSNER, (1975), s.876.
[541] TUSHNET, Mark, *"Preserving Judicial Independence in Dominant Party States"*, New York Law School Law Review, Vol.60, 2015/16, s.107-123.
[542] TUSHNET, (2015), s.108.

mahkemeler, rejimin enstrümanı haline gelir.[543] Özellikle, yukarıda sözünü ettiğimiz öç alma araçları (hakimlerin özlük haklarının, atama ve yer değiştirme prosedürlerinin düzenlenmesi) hakim partinin elinde bulunduğunda, bağımsızlığı korumanın zorluğu artmaktadır.[544] Bu durumda hakimler kendini sınırlamakta, hakim partinin politikalarının anayasaya aykırılığına ya asla hükmetmemekte ya da nadiren hükmetmektedir.[545] Tushnet, yargısal denetimin etkinliğini koruma imkanını hâkim partinin gücünü ölçü alarak değerlendirmiştir. Ona göre, hakim parti, istediği kanunların parlamentodan geçmesine yetecek kadar çoğunluğa sahipse, yargısal denetimin etkinliği bir ölçüde korunabilir. Ancak hakim parti, herhangi bir anayasa değişikliğini tek başına yapmaya yetecek çoğunluğa sahipse, resim biraz değişir. Böyle bir parti, politikasının uygulamasını zorlaştıran anayasa hükmünü değiştirebileceği gibi, yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracak düzenlemeler de yapabilir. Hakimlerin görev sürelerini ve yargı yetkilerini kısıtlayabilir. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin kapanması bile bu durumda gündeme gelebilir.[546] Tüm ihtimallerde sonuç aynı olacaktır: verdiği kararalar etkisiz bırakıldığı için ya da bağımsızlığı sağlanamadığı için etkin denetim yapamayan bir yargı.

2.KAMU GÜVENLİĞİ KARŞISINDA ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİNİ SAĞLAYAN BİR FAKTÖR OLARAK YARGININ DENGELEYİCİ FONKSİYONU

Yargı kuvveti, devletin üç erki arasında kuralları belirleyen yasama ve kuralları uygulayan yürütme arasında dengeleyici faktör olması hasebiyle devlet mekanizmasının kilit taşıdır. Farklı ülkelerdeki yargı kararları örneklerine bakıldığında, özgürlük ile otorite çatışmasının, terörle mücadele ile ilgili alınan

543 TUSHNET, Mark, "*Authoritarian Constitutionalism*, 100 Cornell Law Review, V. 391, s.421–431, 2015.
544 TUSHNET, (2015), s.109.
545 TUSHNET, (2015), s.110.
546 TUSHNET, (2015), p.110. Bu üç hamle Macaristan Hükümeti tarafından uygulanmıştır. Bkz. SCHEPPELE, Kim Lane, *"Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis" (With Special Reference to Hungary)*, 23 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 51, 2014, 71–75.

tedbirleri ve çıkarılan kanunlar ile ilgili olarak yoğun şekilde yer aldığı görülür. Terörle mücadele konusu tarafımızca özellikle seçilmiş değildir. Bununla birlikte, özgürlük-otorite dengesinin en belirgin şekilde zarar gördüğü ve hukukun üstünlüğü ile insan hakları kavramlarının en çok tartışıldığı alan, özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra, terörle mücadele olagelmiştir. Bunun iki ana sebebi vardır. Bunların ilki, terör saldırılarının hukukun üstünlüğü ve vatandaşların temel özgürlüklerini ihlal etmeleridir. İkincisi ise, yerel otoritelerin terörizm tehdidi karşısında temel haklara kimi zaman gerekli, kimi zaman gereksiz müdahalelerde bulunmalarıdır[547]. Buna göre, kendilerini ciddi güvenlik tehdidi altında hisseden devletler kanunlarında, 11 Eylül sonrası ciddi değişiklikler yapmışlardır.[548] İnsan hakları hukuku devletlerin terörle mücadele amacıyla uyguladıkları güvenlik politikaları ile insan hakları arasında bir dengenin kurulması gerektiğini ortaya koymaktadır.[549]

2.1.Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında Alman Yargı Kararları

2.1.1.Genel Olarak

Almanya'da, 11 Eylül sonrasında güvenlik konusunda çok sayıda kanun çıkarılmıştır. Bu düzenlemelerle; polis ve istihbarat birimlerinin görev ve yetkileri önemli ölçüde genişletilmiştir. Bilgisayarlarda arşiv araştırması ve benzeri izleme yöntemleri kabul edilmiş verilere el koyma yetkisi genişletilmiş, güvenlik güçleri arasındaki bilgi akışı yoğunlaştırılmış, özgürlüklere müdahale konusunda hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan şartlar hafifletilmiştir.[550]

[547] TELLİ, Kutlay, *"Legal Aspects of Counter-Terrorism Measures under the Practice of the United Nations"*, Ankara Barosu, 2014, Ankara, s.114.
[548] KAYA, (2005), s.194.
[549] KAYA, (2005), s.193.
[550] BIELEFELDT, (2008), s.271.

2.1.2. Havacılık ve Ulaştırma Güvenliği Kanunu

Teröre karşı tedbir içeren düzenlemelerden biri, Havacılık ve Ulaştırma Güvenliği Kanun'dur. Bu kanunla ilgili verilmiş İlgili Federal Anayasa Mahkemesi Kararı[551] Mahkeme'nin özgürlük-otorite dengesini sağlama çabası ile ilgili önemli bir karardır. İlgili kanunun 14. paragrafının 3. bendine göre:

> *"... uçuş aracının insan yaşamına karşı kullanılacağının anlaşılması ve bunun o andaki tehlikenin önlenmesi için tek çare olarak kabul edilmesi halinde uçağın düşürülmesine izin verilmektedir."*[552]

Anayasa Mahkemesi,

> *"bu maddenin doğurduğu uçaktaki masum insanların yaşamına başka insanların yaşamını korumak amacıyla son verme yetkisinin anayasaya uygun olup olmadığı sorununa"*[553]

eğilmiş, bu bağlamda yaşam hakkı ve insan onurunun korunmasını birlikte değerlendirerek sonuca varmıştır. Yolcular bakımından uçağa binmenin tehlikesi olarak bu tip durumların gerçekleşebileceğinin öngörülmüş olması gerektiği, silah haline gelmiş bir uçakta yaşam şanslarının olmadığının kabul edilmesi gerektiği, diğer insanların hayatını kurtarmanın bir zorunluluk olduğu gibi savlara itibar etmemiştir. Öne sürülen gerekçelerin, insan onuru gereği bir kişinin yaşamının bir başkasına değişilmesinin mümkün olamayacağı gerçeğini değiştiremeyeceğini ifade ederek, ilgili maddeyi iptal etmiştir.[554] Mahkeme, büyük rakamda bir kayıp vermek

---

[551] SAĞLAM, Fazıl, *"Hukuk Devleti ve Terör"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl 2007, Cilt 62, Sayı 03, s. 291 - 317 .
[552] SAĞLAM, (2007), s.295.
[553] SAĞLAM, (2007), s.295.
[554] Hava Güvenliği Kanunu Kararı, BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006 .

yerine yalnızca hiçbir olasılıkta kurtarılamayacak insanların feda edilmesi fikrini özgürlükler aleyhine bir uygulama olarak görmüş, dengeleyici unsur olarak insan onuru kavramından istifade etmiştir.

2.1.3. Eleyici Takip Kararı

Alman Anayasa Mahkemesi, "Rasterfahndung" adı verilen, Türkçe "eleyici takip" olarak isimlendirilebilecek bir arama yöntemini incelemiş ve 2006'da bir karar vermiştir.[555] İlgili düzenleme ile, hakim kararıyla kurumlardan şahsi bilgilerin toplanarak bir araya getirilmesi mümkün kılınmıştır. Kanun, toplanma amacına hizmet eden veriler alındıktan sonra, bu anlamda elenmiş verilerin silinmesini ve bu silme işleminin, sonraki bir veri kullanımına halel getirmemek şartıyla ilgili kişiye bildirilmesini düzenlemektedir. Kendisine bu biçimde bildirimde bulunulan Faslı bir öğrenci hakkında yapılan işlemi mümkün kılan mahkeme kararının ardından kanun yollarını tüketmiş, sonuç alamamış, bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.[556] Mahkeme, kanundaki "halihazır tehlike" şartının yerel mahkeme kararında "tehlike olasılığı" na indirgendiğini, böylece somut tehlike koşulundan Anayasa'ya aykırı şekilde taviz verildiğini belirterek, kanunun anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.[557] Burada mahkeme, otoritenin, "tehlike" kavramından hareketle bireyler üzerinde tahakküm kurmasını önlemek istemiştir. Tehlike kavramının somutlaştırılması, önemli bir dengeleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

[555] Eleyici Takip Kararı, BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr051802.html, E.T:20.03.2019.
[556] SAĞLAM, (2007), 304-305.
[557] Eleyici Takip Kararı, BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, para.156-162.

2.1.4. Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı[558]

Almanya da 25 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu[559] (Bundeskriminalamtgesetz- *BKAG),* anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi incelemesine konu olmuştur. Mahkeme, kanunda ölçülülük ve belirlilik prensiplerine uyulmamış olduğundan kanunun kısmen anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Kanun, federal kriminal polis merkezinin uyguladığı koruma tedbirleri (konutların izlenmesi, bilgi teknolojisi sistemlerine erişim sağlanması, uzaktan arama, telekomünikasyon izlemeleri, özel konutların dışlarının izlenmesi) bakımından tartışma konusu olmuştur. Tedbirler değerlendirirken, uygulanmalarındaki amacın uluslararası terörden korumak gibi meşru bir amaç olduğu ve genel prensip olarak bunların Anayasa'da yer alan temel haklarla uyumlu oldukları ifade edilmektedir. Bununla birlikte kanunun, ölçülülük prensibi bakımından anayasaya aykırı olduğu dile getirilmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikayeti yolu ile yapılan itirazlar esasen federal Ceza Polis Ofisi Kanunu'nun § 20. bölümüyle ilgilidir. Kanunun § 20c maddesi uyarınca şahısları sorgulama yetkisinin yanı sıra, § 20g maddesinin 1. ila 3. bölümleri uyarınca özel evlerin dışında özel veri toplama araçlarının kullanılmasını içerir. Bu maddede özellikle, kamusal olmayan konuşma, görüntü kaydı, izleme cihazlarının kullanılması ve polis muhbirlerinin ve gizli araştırmacıların kullanımıyla ilgili gizli izleme ve kayıt yapılması düzenlenmiştir. Anayasa şikayetleri ayrıca §20h uyarınca özel konutların görsel ve akustik izlemesini yürütme yetkisine, §20j uyarınca elektronik profil araştırması yapılmasına, §20k maddesine göre bilgi teknolojisi sistemlerine erişilmesine, Madde §20l uyarınca devam eden telekomünikasyon iletişiminin verilerinin görüntülenmesine ve §20m 1. ve 3. bölümler uyarınca telekomünikasyon trafik verilerinin toplanmasına yönelmiştir. Anayasal itirazlar, tanıklık etmeyi reddetme hakkına sahip kişilerin

[558] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, BVerfG, Judgment of the First Senate of 20 April 2016 - 1 BvR 966/09 - paras. (1-360), E.T:19.06.2018.
[559] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu, www.bundesgerichtshof.de, E.T.21.02.2019.

korunmasına ilişkin §20u'yu ve ayrıca, izleme tedbirinin sonucundan etkilenen kişilere bilgi verme görevini düzenleyen §20w'yi de kapsamaktadır. Anayasa şikayetleri ayrıca, verilerin kullanımı ile yerel kamu makamlarına aktarımı konusuna ve verilerin üçüncü ülkelerdeki yetkililere aktarılmasına genel olarak izin veren §7 ye ve polisin bu yöndeki yetkilerini genişleten hükümlere de yönelmiştir.

Mahkeme, şikayet edilen düzenlemeleri meşru amaç, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık testlerinden geçirmiştir.[560] Uluslararası terörizme karşı koruma amacının meşru olduğuna[561], bu amaç doğrultusunda alınan tedbirlerin gerekli ve terörü önlemede elverişli olduğuna kanaat getirmiştir. Ancak kanun, ölçülülük testinden kısmen de olsa geçememiştir. Bir kanunu ölçüsüz yapan, onun hak ve özgürlüklere aşırı müdahalesidir. Tartışılan kanun kapsamında polise, vatandaşı tehditlere karşı korumak için kişisel verileri toplama yetkisi verilmektedir. Bahsi geçen yetki, özel hayatın gizliliği hakkına müdahale teşkil etmektedir. İlgili düzenleme, tarafların bilgisi olmadan gizlice yürütülen ve özel hayatın gizliliğine ciddi bir müdahale oluşturabilen soruşturma ve izleme tedbirleri için kanuni dayanaklar sağlar. Özel hayatın gizliliği uygulanan koruma tedbirlerinden farklı derecelerde etkilense ve müdahalenin ağırlığı önemli ölçüde farklılık gösterse bile, bu yetkilerin genel olarak hepsi, her durumda ağır müdahale sonucunu ortaya çıkarmaktadır.[562] Devlet güçlerinin, tedbirleri uygularken müdahalenin ciddiyetini, burada söz konusu olan potansiyel olarak etkilenen kişilerin temel haklarıyla, bir yandan da, devletin vatandaşlarının temel haklarını koruma görevini, güvenliği sağlama göreviyle dengelemesi gerekir[563]. Yasama organı bir taraftan müdahalenin

[560] "Güçlerin anayasallığı, bu temel hakların her birinden doğan sınırlara ve her bir güç için belirlenecek orantılılık şartlarına bağlıdır. Orantılılık ilkesine göre, bu yetkilerin verilmesi her zaman meşru bir amaca hizmet etmeli ve bu amaca ulaşmak için uygun, gerekli ve tam anlamıyla orantılı olmalıdır" . Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.93.

[561] Terörizm olarak nitelenen suçlar, toplumu istikrarsızlaştırmayı ve diğer insanların umursamaz bir araçsallaştırmasıyla, rastgele üçüncü tarafların yaşamına ve uzuvlarına saldırmaktan ibarettir. Anayasal düzenin ve toplumun temel sütunlarına karşı bir bütün olarak yönlendirilirler. Terörizme karşı koruma için etkili bilgi toplama araçlarının sağlanması meşru bir amaç teşkil eder ve demokratik ve özgür bir temel düzen için büyük önem taşır. Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para. 96.

[562] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.92.

[563] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.98.

gerekliliği ve ağırlığı ile olaylara uygulanma biçimini hesaba katmalı, diğer taraftan, bilgi teknolojisindeki, izleme tedbirlerinin kapsamını gittikçe genişleten, uygulanışlarını kolaylaştıracak ve kişilik profilleri yaratacak kadar ileri gidebilecek bağlantılar kurmayı mümkün kılan gelişmeleri de dikkate almalıdır.

Yasama organı, temel hakların etkili korunmasını garanti etmelidir. Anayasal uygunluk testi yapılırken, kamu düzeni, devletin varlığı ve güvenliği de hesaba katılmalıdır. Bireylerin barış huzur ve kurulu düzen içerisinde yaşama hakkı ile diğerlerinin saldırılarından korunma hakkı yukarıda sayılı anayasal haklarla eşit düzeyde korunmaya değerdir.[564] Mahkeme, izleme tedbirleri uygulanırken, insan onurunun gereği olan "özel hayatın çekirdek alanı" hususunda hassas olunması gerekliliğini kararda birçok kez vurgulamıştır. İzlenimler, hisler, refleksler, görüşler, insan doğasının gerektirdiği deneyimlerin dışa vurulması kişiliği geliştirme hakkı gereğidir ve özel hayatın çekirdek alanı kapsamındadır. Bu bağlamda, yasama organı, izleme tedbirinin türüne ve özel hayatın korunan alanına olan yakınlığına bağlı olarak, her bir gözetim tedbiri için özel hayatın çekirdeğinin korunmasını tasarlamalıdır. Özel hayatın çekirdek alanına dair koruma sıkıdır, kamu güvenliği gerekçesiyle yorum yoluyla, güvenlik ölçütüyle tartılıp ölçülülük prensibi temel alınarak değiştirilip genişletilemez.[565] Özellikle kişilerin hiçbir izlemeye tabi tutulmadıklarını varsaymakta haklı olduğu evlerinde geçirdikleri zaman içerisindeki kamuya açık olmayan konuşmalar özel koruma altındadır. Bu gruptaki kişilere, aynı evde yaşıyor olmaları koşuluyla partnerleri, akrabaları da dahildir. Hukuki danışmanı, danıştığı din adamı ve doktoruyla, yahut yakın arkadaşlarıyla ev içinde yaptığı konuşmalar da izlenemez. Sayılan kişiler, tanıklık yapmaktan kaçınabilecek kişiler ile kısmen örtüşür. Bu konuşmalar son derece karakteristik olup, kişisel verilerle yüklü olduklarından, günlük meseleler olmaları onlara bu karakterlerini kaybettirmez. Buna karşın, sayılan üçüncü kişilerin suçla doğrudan bağlantısının

[564] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.100.
[565] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.124.

bulunması halinde, veriler ne kadar kişisel olursa olsun, korumaya yer yoktur. Suçun tartışılması ve planlanması özel hayatın çekirdek alanı korumasının kapsamı dışında kalmaktadır ve kamusal alana dahildir.[566] Bu belirlenmiş çerçeve içinde, mahkeme, kişisel verilere meşru müdahale için öngördüğü şartları; verilerin toplanması, kullanılması, toplanması ve öngörülmüş amacı aşan şekilde ileri aşamada istifade edilmesi, aktarılması konuları için ayrı ayrı belirlemiştir.

2.1.4.1. Verilerin Toplanması Tedbiri

İlk olarak, verilerin toplanması tedbiri için bir değerlendirme yapan Mahkeme, verilerin toplanmasının ancak tedbirin hedefi olan kişinin bir anayasal menfaati ihlal edebileceğine ilişkin yakın ve açık bir tehlikenin bulunması halinde mümkün olabileceğini, yoksa, sırf güvenlik güçleri bir kişinin verilerinin toplanmasının daha fazla istihbarat getireceği inancını taşıyor diye bu tedbirin uygulanamayacağını ifade etmiştir.[567] Bununla birlikte mahkeme, anayasanın, bu tedbirlerin uygulanması için belirli şartlar getirdiğini hatırlatmıştır. Şayet bu şartlar yerine gelmemişse, özel hayata daha az müdahale gerektiren yöntemlerin uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme'ye göre uygulanacak tedbirler, soruşturulan suç şüphesinin ağırlığına göre belirlenmelidir. Kişisel verilerin toplanmasını sonuçlayan tedbirlerin uygulanması yoluyla korunmak istenen değerin ağırlığı önleyici tedbirlerin uygulanması bakımından önem arz eder. Yaşam, vücut bütünlüğü ve kişi özgürlük ve güvenliği hakkı bu anlamda yeterli ağırlığı sağlayacak menfaatlerdir. Devletin veya ülke toprağının bekası ve güvenliği de veri toplanması için geçerli gerekçeler olarak ortaya çıkmaktadır. Mülkiyet hakkı ise, söz konusu tedbirlerin uygulanması ile ilgili kişilerin özel hayatına yapılan müdahaleye değecek ölçüde ağır bir hukuki menfaat olmadığından, bu kapsamın dışındadır.[568]

[566] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.122.
[567] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.104.
[568] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.108.

Yukarıda belirtildiği üzere, açık ve yakın bir tehdidin varlığı izleme tedbirlerinin uygulanması için vazgeçilmezdir. Sözü geçen tehdidin, geleneksel polis hukukunda kullanıldığı şekliyle "spesifik tehdit" olması gerekir. Spesifik tehditte, oluş aşamaları devam eden gerçek bir olayın varlığı aranır ve ancak böyle bir tehdit polise kuvvet kullanma yetkisini teslim eder.[569] Mahkeme, kanunu, tam da bu noktada belirlilik ilkesine aykırı bulmaktadır. Tehdidin; spesifik, açık ve yakın tehlike unsurlarıyla somutlaştırılmadığı bir düzenleme, keyfi uygulamalara yol açabilir. Bundan ötürü, müdahale rejiminin hukuki temeli olan tehdit kavramının, hukuken korunan menfaatlere yönelik acil önlenmesi gereken somut ve özel bir tehlikenin varlığı anlamında somutlaştırılması, yeterince belirlenmesi gerekir. Hangi tehdide hangi müdahale kriteri uygulanacaktır? Sadece genel deneyimler, bu tür müdahalelerin uygulanmasını haklı çıkarmaz. Hatta, bir olayın gerçekleşmesinin hukuken korunan menfaatlere zarar verebileceği tezi, her somut vaka için kanıtlanmaya muhtaçtır.[570]

Özellikle belirtmek gerekir ki, mahkeme, özgürlük- otorite arasında denge kurma vazifesi çerçevesinde, güvenliğin yeterince sağlanabilmesi için özel bir değerlendirme de yapmıştır. Şöyle ki; yeterince somut olan bir tehdit, açıklık ve yakınlık bakımından yeterince öngörülebilir hale gelmemiş ve nedensellik bağı ortaya çıkmamış olsa bile, mahkemeye göre ortaya çıkmış sayılır. Bunu söyleyebildiğimiz bir vakada, izleme tedbirlerini uygulayabilmemiz için, "*Tehdit ne tür bir olayın gerçekleşmesi yönündedir?"* ve *"Olayı kimin gerçekleştireceğini öngörüyoruz? 'Kimlik', izleme tedbirlerinin uygulanmasına elverebilecek kadar belirli mi?"* sorularına olumlu cevap verebiliyor olmamız gerekir. Uygulanacak izleme tedbiri, kimliği belirlenen kişiler ve gerçekleşmesi öngörülen olay ve olgu ile sınırlı olmalıdır. Terör suçlarının öngörülemeyen mekanlarda gerçekleştirilmeleri, suç kaydı bulunmayan kişilerce planlanmaları, çok farklı yöntemlerle işlenmeleri sebebiyle, belirli bir tipte öngörülebilir bir olay olmamasına rağmen, izleme tedbirlerine izin verilebilinir. Bu durumda bir kişinin bireysel davranışları, bu türden

569 Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para. 111.

570 Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.112.

bir suç işleyeceği konusunda delil oluşturabilir. Örnek olarak, Alman sınırlarından geçmek isteyen bir kişinin, bir terörist kamptan çıkıp gelmiş olması böyle bir durumdur. Burada, kişinin terörist bir eylem hazırlığında olabileceği söylenebilir. Bu tespiti yapmak, her zaman bahsi geçen örnekteki kadar kolay olmayabilir. Mahkemece, kişinin İslami düşüncelere yakınlık duyduğu bilgisi gibi, kendi başına zararsız kabul edilebilen fakat tehdit oluşturan bir sürecin bir parçası olabilecek olgular bu konuda özellikle kafa karıştırıcı durumlar olarak nitelenmiş, nihayetinde, son derece ağır gizli izleme tedbirleri uygulanarak veri toplanması için bu gibi durumların temel oluşturamayacağına karar verilmiştir.[571]

2.1.4.2. Teknoloji Sistemlerine Giriş ve Özel Konutun İzlenmesi Tedbiri

Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, teknoloji sistemlerine giriş ve özel konutun gözlenmesi tedbiri ancak yakın tehlikeden sorumlu olan hedef kişiye uygulanabilir. Zira bu tedbirler, özel hayata ciddi müdahale gerektirir ve hedef kişiden başkasına uygulanmaması gerekir. Fakat, uygulanan tedbirin kaçınılmaz olarak üçüncü kişilere sıçradığı durumlar, anayasal olarak kabul edilebilir. Kaçınılmazlığın kabulü için, hedef kişinin kendi konutunu gözlemek yeterli olmamalı, hedef kişinin, konutu izlenecek üçüncü kişinin konutuna gideceği ve orada araştırılan tehlikeli durum hakkında konuşacakları kestirilebilmelidir. Aynı şekilde, uzaktan aramanın üçüncü kişilerin teknoloji sistemleri üzerinde yapılabilmesi de, hedef kişinin üçüncü kişinin teknoloji sistemine araştırılan tehlike ile ilgili bir şeyler yüklemiş olduğu biliniyorsa ve yalnızca hedef kişinin teknoloji sisteminin aranması soruşturma açısından yeterli değilse mümkün olabilir.[572] Üçüncü kişilerin izlenmesi sırasında ortaya çıkan, yeni bir soruşturmaya delil oluşturacak bir verinin kaydedilmesine izin verilmez. Ancak Anayasa, bu kişilerle ilgili olarak, daha yüksek

[571] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.113.
[572] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para. 115.

müdahale düzeyine ulaşma yolunun açılmasını sağlayacak delillere ulaşmayı mümkün kılan, fakat düşük seviyede bir müdahale gerektiren tedbirlerin uygulanmasına izin verir.[573]

2.1.4.3. Toplanan Verilerin Analizi ve Kullanılması Tedbiri

Mahkeme, toplanan verilerin analizi ve kullanılması aşamasında, yasamaya, verilerin toplandığı sırada özel hayatın çekirdek alanına giren verileri ayırma şansının olmadığı vakalar bakımından, gereklilikler doğrultusunda ve kural olarak, güvenlik otoriteleri tarafından kullanılacak verilerden, özel hayatın çekirdek alanına girenlerin ayrılması ile görevli bağımsız bir organ oluşturma görevi yüklemektedir. Hassas kişisel veriler bakımından ise, toplanan bu tür verilerin derhal silinmesini, hiç kullanılmamasını ve silme işleminin denetim amaçlı bir gözden geçirmeye imkan verecek şekilde belgelendirilmesini sağlamak için gerekli kanuni altyapının oluşturulması gerekliliğini ortaya koymaktadır.[574] Ayrıca, gizli izleme tedbirleri genel olarak ilgili kişilerin ve kamunun bilgisi dışında gerçekleştiğinden ve bu gizliliği aşmak için bilgi edinme hakkına başvurmanın imkanları sınırlı olduğundan, polis teşkilatının meclise ve kamuoyuna, bu tür bir yetkinin kullanımıyla ilgili düzenli raporlama yapması gerekliliği kanunda düzenlenmelidir. Bu raporlar, bildirme veya silme zorunluluklarının ele alınması ve bu şekilde veri toplanmasının demokratik bir şekilde uygulanması dahil olmak üzere, bu yetkilerle toplanan verilerin niteliği ve kapsamı üzerine bir kamuoyu tartışmasını kolaylaştırmak için ve denetleme ve gözden geçirme adına gerekli ve yeterli olmalıdır.[575] BKAG'de bu gereklilikler sağlanmamış olduğundan, anayasaya aykırılık bulunduğu tespiti yapılmıştır. Verilerin ileri aşamada kullanımı açısından da durum farklı değildir. Verilerin ancak toplanmalarında güdülen amaç doğrultusunda kullanılabileceklerini,

[573] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.116.
[574] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para. 129.
[575] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para. 143.

fakat ancak, ileri bir soruşturma için temel delili oluşturuyorsa, buradaki amaç değişikliğine izin verileceği ve amaç değişikliği hakkındaki bu kuralların kanunda açıkça düzenlenesi gerekliliği mahkemece belirtilmiştir. Verilerin yeniden kullanımında, bu kullanımın kanuni menfaatlere hizmet edip etmediği yeniden değerlendirilir. Verilerin yeni kullanımı, eski kullanımındaki şartlar ele alınarak elverişlilik ve orantılılık bakımından değerlendirilemez. Her kullanım kendi şartları içerisinde değerlendirilmelidir. Kararda, böyle bir düzenlemenin eksikliğinin de kanunun anayasaya aykırı yönlerinden olduğuna işaret edilmiştir.[576]

2.1.4.4. Verilerin Aktarılması Tedbiri

Verilerin aktarılmasında dikkat edilmesi gerekenleri de kararında açıklamış olan mahkeme, uluslararası terörizmin yarattığı tehdit karşısında, uygulanan tedbirler neticesinde elde edilen verilerin, yerel makamlar arasında bilgi alışverişi ve diğer devletlerin güvenlik makamlarıyla işbirliği kapsamında aktarımının mümkün olduğu kadar etkili hale getirilmesinin önemini vurgulamıştır.[577] Buna göre, kişisel verilerin üçüncü ülkelerin kamu makamlarına devri, amaca yönelik bir değişikliktir. Genel standartlara uygun olarak, amaçtaki bu değişiklik, veri toplama işleminin müdahale ettiği temel haklar ışığında değerlendirilmelidir.[578] Üçüncü ülkelere veri aktarımının sonucu, veri aktarımından sonra, Anayasa'nın garantilerinin artık uygulanamaması ve bunun yerine, verileri alan ülkede geçerli olan standartların uygulanmasıdır. Bununla birlikte, bu, genellikle üçüncü ülkelere aktarımı engellemez. Böylesi bir veri alışverişi aynı zamanda karşılıklı çıkarlar ve Federal Hükümet'in dış politika alanındaki eylem özgürlüğü konusunda hükümetler arası ilişkileri korumayı da amaçlamaktadır.[579] Burada önemli olan, üçüncü ülkede verilerin hukukun üstünlüğü standartlarına uygun şekilde ele alınacağını tespit etmektir.

[576] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para. 277.
[577] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.102.
[578] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para.324.
[579] Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu Kararı, para. 325.

Mahkemenin, yukarıda aktardığımız değerlendirmesi, özgürlük-otorite arasında kurulacak denge adına yargının ne kadar hassas bir pozisyonda olduğunu bizlere göstermektedir. Anayasa'ya aykırı bulunan kanun ile ilgili değerlendirmelerde belirlilik, öngörülebilirlik ve orantılılık ilkelerine sıkça vurgu yapılmıştır. Mahkeme, yasamanın, kamu güvenliğini sağlamak adına kanunları araç edinerek bir otorite tesis ederken, yeterli açıklıkta ve yeterince kapsayıcı düzenlemeler yapmamış olmasını, kanun uygulanırken temel haklara ölçüsüz müdahalelerin yapılmasına kapı açması yönünden orantısız bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kararında hem yasamanın kanun yaparken izlemesi gereken yöntemi göstermiş, hem de yürütmenin kanunu uygularken riayet etmesi gereken sınırlar konusunda kaynak teşkil etmiştir. Bunu yaparken de, iki temel insan hakkı olan; güvenlik içinde yaşama hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında menfaatler dengesini kurmuştur. Meseleye insan hakları açısından yaklaşıldığına en büyük gösterge ise, haklara müdahale için meşru sebep olarak gösterilen "kamu güvenliği" nin dahi bir insan hakkı olarak ele alınmış olmasıdır. Bir görüşe göre; devletin bütün insan haklarının korunmasından sorumlu olduğu dikkate alındığında, "güvenlik hakkı" kavramı çok dar ve yetersiz kalmaktadır. Devletin koruyucu fonksiyonu, bütün hakları kapsar ve bunların yanında ayrı bir hak olarak güvenlik hakkına gerek yoktur. Böyle bir düzenleme, güvenlik konusunu özgürlük haklarının işlevsel yönünden koparma tehlikesi doğurur ve kendiliğinden amaç haline gelir.[580] Fakat kararda yorumlanış şekliyle "güvenlik hakkı"nın birey hakkı olarak kabul edilmesi, tam da devletin bireyin tüm haklarını korumakla yükümlü olması perspektifinden, devletin bireyden bir hakkının korunması için, diğer haklarından feragat etmesini isteyemeyeceğini ortaya koymaktadır. Sonuç itibariyle, özgürlüğe hizmet etmeyen güvenlik, insanî varoluş açısından değersizdir.[581] İşte, kamu güvenliğinin korunması karşısında özgürlük-otorite dengesini sağlamada yargının rolü, bu fikirsel temel üzerine inşa edilmelidir.

[580] BIELEFELDT, (2008), s.281

[581] ERDOĞAN, Mustafa, *"Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik ",* İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 21-29.

2.1.4.5. BKAG'de 2017 Değişiklikleri

20.04.2016 tarihli kararın verilmesinden kısa bir müddet sonra Alman Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu, (BKAG), 1 Haziran 2017 tarihli Federal Ceza Polis Ofisi Kanunu'nun Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. ve 13. maddeleri ile, 25 Mayıs 2018'den itibaren geçerli olmak üzere değiştirilmiştir.[582] Bu değişiklikler, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasaya aykırı bulduğu kanun maddelerinin değiştirilmesi şeklinde olmamış, fakat iki yeni tedbir türü kanuna dahil edilmiştir. Kanuna yeni eklenen tedbirlerin Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği standartlara uygun olarak hazırlandığı göze çarpmaktadır.

Kanuna, §20x maddesinden sonra gelmek üzere §20y ve §20z maddeleri eklenmiştir. §20y maddesinde, kanunun §4a maddesinin 1.paragrafının 2. cümlesindeki suçların işlenmesini önlemek için federal polisin izni olmaksızın bir kişinin konutundan ayrılmasının ve yeni bir konuta yerleşmesinin ve belirli kişi veya kişilerle görüşmesinin yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Kanunun §4a maddesinin 1.paragrafının 2. cümlesindeki suçların öngörülebilir bir zaman içerisinde işlenebileceğine yönelik şüpheyi haklı gösterecek mümkün olduğu kadar somut gerçekliklerin varlığı veya ilgili kişinin davranışlarının belirtilen suçların işlenebileceğine yönelik suç şüphesini haklı çıkaracak nitelikte olması, bu tedbirin uygulanmasının koşulu olarak belirlenmiştir. Tedbirin ancak ilgili daire amiri ya da vekilinin talebi doğrultusunda mahkemeden verilecek karar ile uygulanabileceği ifade edilmiş, yakın bir tehlikenin bulunduğu durumlarda ilgili daire amiri veya vekilinin tedbir kararı verebilmesi istisna olarak gösterilmiştir. Bu durumda tedbir kararı 3 gün içerisinde mahkeme tarafından onaylanmalıdır. Aksi halde tedbirin uygulanması askıya alınır. Düzenlemede ayrıca, emrin yazılı olması gerekliliği ve yazılı emir içerisinde hakkında tedbir uygulanacak kişinin isminin, adresinin, tedbirin türünün ve süresinin, ikamet yasağı durumunda kişinin ikameti terk

[582] BKAG'de gerçekleşen değişiklikler için bkz. www.gesetze-im-internet.de, E.T. 22.02.2019.

edemeyeceği ya da ikamet edemeyeceği yerlerin, belirli kişi ya da kişilerle görüşme yasağı durumunda görüşülmesi yasaklanan kişilerin isim ve adreslerinin bulunması gerekliliği yer almaktadır. Ayrıca, tedbirin en fazla 3 ay süreyle uygulanabileceği, fakat eğer tedbiri gerektiren koşullar devam ediyorsa bu sürenin en fazla 3 ay süreyle uzatılabileceği belirtilmiştir. Koşulları devam etmeyen tedbirin derhal sonlandırılması hükme bağlanmıştır. Son fıkrada toplanma hakkının hükümlerinin ihlal edilemeyeceği ibaresi bulunmaktadır. §20z maddesinde, kanunun §4a maddesinin 1.paragrafının 2. cümlesindeki suçların işlenmesini önlemek için şüphelilerin elektronik kelepçe ile izlenmesi tedbiri düzenlenmektedir. Bu tedbirin uygulanması için gerekli suç şüphesinin düzenleniş biçimi §20y maddesi ile aynıdır. Tedbirin uygulanışı ile ilgili olarak, tedbirin uygulandığı kişinin üzerindeki elektronik nesne aracılığıyla, kullanılan teknoloji elverdiği ölçüde, bu kişinin ikametiyle ilgili, kişinin orada bulunup bulunmadığı bilgisi hariç hiçbir veri toplanmadığından emin olunması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca elektronik nesnenin ilgili kişinin rızası olmadan kullanılabileceği haller sıralanmıştır. Buna göre, kanunun §4a maddesinin 1.paragrafının 2. cümlesindeki suçların işlenmesini önleme veya bu suçları soruşturma, §20y maddesi uyarınca konulan ikamet ve görüşme yasaklarının ihlalinin tespit etme, §39. maddede belirtilen suçları soruşturma, 3. bir kişinin hayatı, vücut bütünlüğü yahut özgürlüğü ile ilgili açık ve yakın bir tehlikeyi uzaklaştırma, teknik aracın işlevselliğini koruma amaçlarıyla teknik araç, ilgili kişinin rızası dışında kullanılabilir. 3. fıkrada, bu amaç koşullarının sağlanabilmesi için verilerin işlenmesinin otomatikleştirilmesi ve verilerin izinsiz erişime karşı koruma altına alınması gerekliliği vurgulanmıştır. Verilerden toplanması uygun olmayan ve toplanma amacına uygun kullanılmayanların en geç iki ay içinde, hukuka uygun olarak toplanan verilerin on iki ay sonra, tedbir konusu kişinin bulunduğu yer dışında bir yerle ilgili veri toplandığında, bu durum fark edilir edilmez verilerin silineceği belirtilmiştir. Veri silme işleminin belgelendirilmesi kuralı da düzenlemede yerini almıştır. Tedbirin sorumlu daire amirinin talebi doğrultusunda, mahkeme kararıyla uygulanabileceği, yalnızca açık ve yakın bir

tehlike durumunda sorumlu daire amirinin tedbire karar verebileceği, fakat bu kararın verildiği tarihten itibaren 3 gün içinde hakim tarafından onaylanması gerektiği, aksi halde askıya alınacağı belirtilmiştir. Tedbir süresinin en fazla 3 ay olabileceği, koşulları devam ettiğinde 3 ay daha uzatılabileceği açıklanmıştır. Tedbir talebinin yazılı yapılması gerektiği ve talepte tedbir konusu kişinin adının, adresinin, tedbir talebinin sebeplerinin, ikamet ve görüşme yasağına muhalefet bulunup bulunmadığının, uygulanmak istenen tedbirin kapsamı ve süresinin bulunması gerektiği hususları düzenlemede yer almıştır. Mahkemece verlecek tedbir kararının da yazılı olması gerektiği, karar içeriğinde tedbir uygulanacak kişinin adı, adresi, tedbirin uygulanma sebepleri, kapsamı ve süresinin bulunması gerektiği ortaya konmuştur.

2.2. Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında Fransız Yargı Kararları

2.2.1. Genel Olarak

Fransa, terör ile uzun süredir mücadele etmekte, bu mücadelede kanuni gelişmeler de önemli bir yer tutmaktadır. Mevcut Fransız terörle mücadele kanunu 30 yıllık bir dönüşüm sürecinin sonucudur. 9 Eylül 1986'da temele terörle mücadele kanununun çıkarılmasından sonra 11 Eylül saldırılarına kadar bu kanunda bir değişiklik olmamıştır.[583] Söz konusu terör saldırılarının gerçekleştiği tarihe kadar, Fransa, terörle mücadele kanununu sadece terörü tanımlamak için kullanmış, suçlar, cezalar ve tedbirlerle ilgili olarak var olan hukukundan, özellikle ceza usulü kanunundan istifade etmiştir.[584] 11 Eylül hadisesinden sonra Fransa, 15 Kasım 2001'de, 18 Mart 2003'te, 9 Mart 2004'te, 23 Ocak 2006 ve 21 Aralık 2012'de

[583] CAHN, Olivier, *" The Fight Against Terrorism and Human Rights: The French Perspective"* (in) M. Wade and A. Maljevic´ (ed.), "A War on Terror?: The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications", Springer Science+Business Media, LLC 2010, s.467.
[584] MORAG, Nadav, *"International Counterterrorism Laws and Practices: Israel and France in Comparison"*, International Criminal Justice Review 2018, Vol. 28, No.2, s.162-176.

terörle mücadele ile ilgili yeni kanunlar çıkarılmıştır. Bu kanuni düzenlemelerle başta, uygulanan ceza hukukuna takviye sağlanmakla yetinilmiş, yeni suç ve ceza kategorileri oluşturmak tercih edilmemiştir.[585] Bu durum, Fransa'yı diğer ülkelerden ayırmaktadır ve temel hak ve özgürlüklerin muhafazası yönünden başarı addedilebilir.[586] Fransa'da terörle mücadele kanunlarındaki dönüşüm, 11 Eylül hadisesinden hemen sonra değil, 2004 yılında Madrid'de gerçekleşen tren bombalamaları ile 2005 yılında Londra'da gerçekleşen terör saldırısından sonra gerçekleşmeye başlamıştır. Bu olaylardan sonra Fransız parlamentosundan geçen kanunlardaki bazı hükümler, kanuni çerçeveyi teknolojik gelişmelere uygun hale getirmeleri bakımından iç güvenlik birimlerine katkı sağlayacak niteliktedir. Diğer taraftan, söz konusu kanunlarda emniyet güçlerine tanınan geniş yetkilerden ötürü, kanunların güvenlik güçleri ve yürütme organı tarafından istismar edilebileceklerine yönelik bir tedirginlik oluşmuştur.[587] Söz konusu yeni kanun ve bu kanunun gereği olarak kurulan kurumlar ve sistem, bu endişeleri zamanla haklı çıkarmıştır. Zayıflayan yargı denetimi ve güçlenen müdahaleci uygulamalar, özgürük-otorite dengesini otorite lehine bozmuştur.[588] Zira Fransız yargısı, terörle mücadele söz konusu olduğunda, uzlaşmacı bir tavır takınmaktadır. Örneğin işkence gibi gayri hukuki yöntemlerle ulaşılan deliller, mahkemece dışlanmamış, dikkate alınmıştır.[589] Cahn, burada paradoksal bir durum olduğunu ifade etmektedir. Şöyle ki, Fransız hukuk sistemi, monist yapıdadır. Uluslararası normlar, iç hukuk normlarının üzerindedir. Ayrıca, Anayasa'nın 66. maddesi de, mahkemelerin insan haklarının koruyucusu olduklarını ifade etmektedir. Fakat terör davaları söz konusu olduğunda, hakimler, iddia makamının savlarına oldukça değer atfetmekte ve bireysel özgürlüklerin, kamu güvenliğinin korunması karşısında feda edilebilecek bir değer olduğu kabulü üzerinden hareket etmektedirler. Yargı, burada "özgürlük-otorite

[585] CONCEIL OF EUROPE, Comittee of Experts on Terrorism", *Profiles on Counter-Terrorist Capacity: France" 2013*, https://rm.coe.int/1680641029, *s.1.*, E.T.26.02.2019.
[586] CAHN, (2010), s.468.
[587] CAHN, (2010), s.469.
[588] CAHN, (2010), s.491-498.
[589] CAHN, (2010), s.498.

dengesini sağlayan“ değil, “güçlenen yürütmeye destek veren” bir rol üstlenmektedir. Fransız yargısının bu tutumu, 13 Kasım 2015’ten 1 Kasım 2017’ye kadar devam eden OHAL uygulamasına son verilirken yürürlüğe konan İç Güvenlik Kanunu bakımından da devam etmiştir.

2.2.2. İç Güvenlik Kanunu Kararı[590]

13 Kasım 2015’te Fransa’da meydana gelen bir dizi terör saldırısı sonrası Faransa’da olağanüstü hal ilan edilmiş, ülke 1 Kasım 2017’ye kadar Olağanüstü Hal (OHAL) ile yönetilmiştir. OHAL’in kaldırılmadan önce bir Terörle Mücadele Kanunu çıkarılmış ve bu kanun, OHAL’i sürekli hale getirdiği gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmış, hatta Anayasa Konseyi’ne taşınmıştır. Anayasa Konseyi, kanunla ilgili değerlendirmesini yapmış, 2017-695 sayılı, 29 Mart 2018 tarihli kararında, 226-1, 227-1, 228-1, 228-2, 228-3, 228-4, 228-5 ve 229-1, 229-2, 229-3, 229-4 ve 229-5. maddelerini incelemiş, sonuç itibariyle 228-5. madde ile 229-5. maddeyi Anayasa’ya aykırı bulmuştur.

Kanunun 226-1. maddesinde, bir yerin güvenliğini sağlamak gerektiğinde veya terör faaliyeti söz konusu olduğunda, söz konusu faaliyete katılımın genişliğine bağlı olarak, valiye, kararname yayınlayarak bir güvenlik çemberi oluşturma yetkisi verilmiş, bu çembere erişimin ve çember içerisindeki hareketlerin düzenlenmesi görevi verilmiştir. Söz konusu kararnamenin cumhuriyet savcısına ve ilgili belediye başkanına gecikmeksizin bildirilmesi de kanunda düzenlenmiştir. Buna göre kararnamede, güvenlik çemberinin sınırları ve çembere erişim noktaları belirlenmelidir. Güvenlik çemberi uygulamasının kapsamı ve süresi, durumun gerekliliklerileyle orantılı olmalıdır. Kararnamede, kişilerin güvenlik çemberi içerisindeki hareketleri ve çembere giriş kuralları belirlenirken, kişilerin, özel, profesyonel ve aile hayatının gereklilikleri dikkate alınmalıdır. Başvurucular,

[590] Fransız Anayasa Konseyi’nin 2017/695 sayılı iç güvenlik kanunu kararı, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017695QPC.htm, E.T.26.02.2019.

güvenlik çemberinin oluşturulma şartlarının yeterince açık olarak belirtilmediğini ifade etmişlerdir. Buna göre düzenlemede, güvenlik çemberine erişim, güvenlik bantları, bagajların aranması, görevli taşıyıcı araçlar ile ilgili kriterleri belirleyen düzenleme bulunmadığından bahisle, söz konusu tedbire tabi kişilerin, etkili yargı denetiminden yararlanma olasılığından mahrum kalacağını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre, bu, seyahat özgürlüğünün, özel hayata saygı hakkının ve etkili bir yargı yoluna başvurma hakkının ihlal edilmesine ve aynı zamanda belirlilik ilkesine aykırılığa yol açacaktır.[591]

Başvurucular, tedbir kapsamı dahilinde, güvenlik çemberine erişim ve güvenlik çemberi içinde dolaşımın kontrolü kapsamında yapılan, güvenlik şeritleri, görsel denetimler ve bagajların aranması operasyonları için gerekli kriterlerin belirtilmemesinin, ayrıca tedbir kapsamında özel güvenlik görevlilerinin belirli kontrol işlemlerini gerçekleştirmelerine izin verilmesinin, 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 12. Maddesinin gerekliliklerine uymadığını iddia etmiştir.[592]

Mahkeme, şikayeti değerlendirirken, önce 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 12. Maddesi'ne kararında yer vermiştir;

"İnsan ve vatandaş haklarının garantisi, bir kamu gücüne ihtiyaç duymaktadır: bu nedenle, bu güç, emanet edildiği kişilerin özel yararına değil, herkesin yararınadır. Sonuç, hakların garanti altına alınması için gerekli olan "kamu gücünün" uygulanmasında içkin olan genel idari polis güçlerinin özel kişilere devredilmesi yasağıdır.[593]"

Mahkeme, şikayete konu olan hükmü incelerken, hükmün bazı özel kişilerin güvenlik tedbirlerine katılmasına izin verdiğini, bu iznin sınırlarını da çizdiğini ifade etmiştir. Sözü edilen kişilerin, ancak adli polis memurlarına yardım edebileceklerine

[591] İç Güvenlik Kanunu kararı, para. 18.
[592] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 18.
[593] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 26.

ve ancak onların yetkisi altında çalışabileceklerine dikkat çekmiştir. Bu kişilerin faaliyetlerinin kontrol alında tutulmasının kamu otoritesinin sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir. Tüm bunları dikkate alarak, 1789 Bildirgesi'nin 12. maddesine bir aykırılık bulunmadığı tespitinde bulunmuştur.[594]

Hareket özgürlüğü ile özel yaşamın korunması hakkına müdahale ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık iddialarına ise mahkeme şöyle yanıt vermiştir: "Anayasa'nın 34. maddesine göre, kanun, kamu özgürlüklerinin uygulanması için vatandaşlara tanınan temel güvencelere ilişkin kuralları ortaya koyar. Bu misyon çerçevesinde kanunlar, bir yandan kamu güvenliğini korurken, diğer yandan tüm vatandaşların hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini garanti eder. Bu hak ve özgürlükler arasında, kişisel özgürlüğün bir parçası olarak 1789 Bildirgesi'nin 2. ve 4. maddesinde korunan hareket özgürlüğü de bulunmaktadır.[595] 1789 Bildirgesi'nin 6. maddesine göre, hukuk, korurken ve cezalandırırken herkes için aynı olmalıdır. Öte yandan, eşitlik ilkesi, kanun koyucunun farklı durumlar için farklı çözümler sunmasını engellemeyecektir. Esas olan, bir hukuki çözümün, eşitlik ilkesinin asıl amacını tesis etmeye yönelik olması ve kamu menfaati adına bu ilkeyi istismar etmemesidir.[596] Kanunda düzenlenmiş olan, valilerin güvenlik çemberi oluşturma yetkisi, hareket özgürlüğü ve özel yaşama saygı haklarına müdahale teşkil etmektedir.[597] Bu müdahale, teröre karşı koruma ve kamu güvenliğinin sağlanması meşru amacı ile yapılmaktadır. Müdahalenin koşulları ise, tedbirin uygulanacağı bölgenin sadece terör faaliyetlerine maruz kalma riski olan bir bölge olması ve oluşturulacak güvenlik çemberinin yalnızca bu bölge ile sınırlı olması, süresinin ise durumun gereklilikleri ile orantılı olması olarak düzenlenmiştir. Güvenlik çemberine ulaşım ve giriş çıkışlar ise halkın iş ve özel hayatına adapte olacak şekilde düzenlenmiştir. İtiraz edilen hükümler arasında bulunan güvenlik şeritleri, görsel

[594] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 27.
[595] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 28.
[596] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 29.
[597] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 30.

denetimler ve bagajların aranması da esasen, bu amaca hizmet etmektedir. Bu uygulamalar sadece adli polis makamları tarafından veya onların etkin kontrolü altında, bu kontrollere tabi kişilerin rızasıyla belediye polis memurları veya özel güvenlik faaliyetinde bulunan yetkili makamlar tarafından uygulanabilirler.[598] Güvenlik çemberinin oluşturulmasına 1 ay için izin verilebilir. Fakat risk durumunun devam etmesi halinde tedbir yenilenebilir. Şartları oluşmadan bu yenileme kararı verebilmek, böylesine titiz düzenlemeler varken vali bakımından mümkün değildir.[599] Bu sebeple hüküm, anayasaya uygundur."

İkinci başvuru, kanunda, terör eylemlerinin yapılmasını engellemek amacıyla, ibadethane içerisinde nefret ya da ayrımcılığa teşvik niteliği taşıyan sözler edilmesi, ibadethaneden belirli fikirler ve teoriler yayılması veya ibadethanenin belirli faaliyetlere ortam sağlaması nedeniyle kapatılmasına izin verilmesine ilişkin düzenleme hakkındadır. Burada, iç güvenlik kanununun 227-1. maddesinin, din özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü, iletişim ve fikirlerin topluca paylaşılması haklarını, etkili bir yargı yolunu kullanma hakkını ve örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği iddia edilmiştir. Bu bağlamda, "fikirler ya da teoriler" kavramının belirsizliği ile ibadet yerini kapatmayı haklı çıkaracak bir "nefret ya da ayrımcılığa" teşvikin zorunluluğu üzerinde durulmuştur. Ayrıca yasama organı, kapatma tedbirinin süresiz olarak yenilenmesini yasaklamaması ve anayasal gerekliliklere uyumu sağlamak için garanti vermemesi yönünden da eleştirilmiştir.[600] Söz konusu hükmün, 1789 Bildirgesi'nin 10. maddesini ihlal etiği iddia edilmektedir. Hüküm şu şekildedir;

"Hiç kimse, din ile ilgili olsa bile, tezahürleri kanunların oluşturduğu kamu düzenini bozmadıkça görüşleri yüzünden rahatsız edilemez"

Fransa Anayasası'nın birinci maddesine göre,*" Fransa; bölünmez, seküler, demokratik ve sosyal bir cumhuriyettir."*

[598] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 32.
[599] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para.34.
[600] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para.19.

Madde, tüm vatandaşların ırk, köken veya din ayrımı gözetilmeksizin hukuk önünde eşit olmalarını temin eder. Buna göre; devlet, bütün inançlara saygı duyar. Anayasanın 1. maddesi ve 1789 bildirgesinin 10. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sekülerlik ilkesi gereği olarak devlet dinin özgürce uygulanmasını garanti eder.[601] İç güvenlik Kanunu'nun 227-1. maddesi, valiyi terör faaliyeti girişimlerini önlemek üzere görevlendirmiştir ve bu kapsamda sözü edilen tedbir mahkemeye göre pekala uygulanabilir. Bunun için sağlanması gerekli şart ise, kapatılması söz konusu olan yerde söylenilen sözlerin, burada yayılan fikirler veya yapılan aktivitelerin şiddeti, kini, ayrımcılığı ya da terörist faaliyetleri provoke eder nitelikte olması veya onlar için gerekçeler ileri sürüyor olmasıdır.[602] Ayrıca, kanun bu tedbirin uygulanma süresini 6 ayla sınırlamış, yenilenmesini de düzenlememiştir. Bir ibadethanenin yeniden kapatılması için, kapatmak için bilirtilen koşulların yeniden ortaya çıktığının tespiti gereklidir.[603] Tüm bunarı değerlendiren mahkeme, yasama organının, bir anayasal değer olarak kamu düzeninin korunması ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki dengeyi sağlamış olduğuna, bundan ötürü madde 227-1'in anayasaya uygun olduğuna kanaat getirmiştir.[604]

Üçüncü olarak, başvurucu derneğe göre, İç Güvenlik Kanunu'nun L. 228-1'den L. 228-6'ya kadar olan maddelerinde öngörülen idari kontrol ve izlemeye ilişkin hükümler seyahat özgürlüğünü, özel ve aile hayatına saygı hakkı ile etkili bir yargı yoluna başvurma hakkını ihlal etmiştir. Kanunun L. 228-1 maddesi gereğince, üzerine tedbir uygulanan kişilerin, belirli kişilerle doğrudan veya dolaylı olarak temas etmesi yasaklanabilir. Bu noktada, L. 228-5 maddesinde, tedbirin uygulanacağı üçüncü kişler tarif edilirken kullanılan "belirli kişilerle doğrudan veya dolaylı ilişki" kavramı, yeterince açık olmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Buna ek olarak, başvuru sahibi dernek, kanun koyucunun, İç Güvenlik Kanunu'nun L. 228-2 Maddesi uyarınca uygulanan ev hapsi ile ilgili itirazlarını da dile getirmiştir.

[601] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 37.
[602] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 39.
[603] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 39.
[604] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 43.

Başvurucu, kanun koyucunun, bir terörist ideolojiye bağlılık temelinde ev hapsi tedbirinin uygulanmasına izin vererek, fikir özgürlüğü ile seyahat özgürlüğünü göz ardı etmiş olduğunu ifade etmektedir. Kullanılan kavramların belirsizliği göz önüne alındığında hukukun erişilebilirliği ve anlaşılabilirliği bakımından da söz konusu kanunun anayasaya aykırı olduğu belirtilmektedir.[605] Mahkeme, şikayetleri değerlendirmeye, kamu düzeninin korunması menfaati ile kişilerin hak ve özgürlüklerinin dengelenmesinin yasama organının görevi olduğunu vurgulayarak başlamıştır. Ardından, 1789 Bildirgesi'nin 16. Maddesi'ni karara aynen alarak ön plana çıkarmıştır.[606]

"Hakların güvence altına alınmadığı ya da kuvvetler ayrılığı garanti edilmeyen bir toplumun anayasası yoktur. "

Mahkeme, 228-1. madde kapsamında belirtilen tedbirin uygulanması için, terör faaliyetini engelleme saiki olması gerektiğini ifade etmiş, ayrıca bu tedbirin uygulanması için iki önemli koşulun bir araya gelmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Buna göre; tedbirin uygulanması kararı, İçişleri Bakanı tarafından tedbirin hedeflediği kişinin davranışının güvenlik ve kamu düzenine karşı bir terör eylemi gerçekleştirme riskiyle ilişkili ciddi bir tehdit oluşturduğu temellerine dayanmalıdır. Öte yandan, ya kişinin "terörizm faaliyetlerini kışkırtıcı, kolaylaştırıcı ya da bu tür faaliyetlere katılmış kişilerle veya örgütlerle ilişki içerisinde olduğu" ya da terör faaliyetlerine kaynaklık eden ideolojik manifestoyu yaydığı veya desteklediği kanıtlanmak zorundadır. İdeolojiye bağlılığın ifade edilmesi, terör eylemlerinin dayandığı tezlere katılımın ifade edilmesi ya da bu tür eylemler için gerekçeler ileri sürülmesi bu durumu ispatlayan göstergelerdendir. Mahkeme, söz konusu hükümleri kabul ederken, kanun koyucunun, idari veya denetleyici kontrol önlemlerinin kullanılmasına ilişkin koşulları kesin olarak tanımladığını ifade etmiş[607], hükmün

[605] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 20.
[606] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 45.
[607] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 46.

düzenlenişi dikkate alındığında bir anayasaya aykırılığın bulunmadığı tespitini yapmıştır.[608]

Mahkeme, anayasaya aykırılığı iddia edilmiş bir diğer hüküm olan ve 228-5. maddede yer alan, belirli kişilerle temas kurma yasağını ele almıştır. Mahkemenin değerlendirmesine göre, söz konusu tedbir uygulanırken, meşru bir amacın bulunması ile tedbir konusu üçüncü kişilerin kamu güvenliğini tehdit eden kişiler olması gereklilikleri kanunda yer almaktadır. Böyle kişilerle bağ kurulması yasaklanırken İçişleri Bakanlığı tarafından aile bağları da dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla bireylerin normal bir aile hayatı kurmaları engellenmemektedir.[609] Ayrıca Mahkeme tarafından, tedbirin uygulama süresinin maksimum 6 ay olarak belirlendiği, 6 ay süreyle de yenilenebileceği ifade edilmiş, yenileme ile ilgili yeni ya da tamamlayıcı unsurların ortaya konmasının İçişleri Bakanı'nın yetkisinde olduğu, her hâlükârda toplam sürenin 12 ayı geçemeyeceğinin kanunda düzenlenmiş olduğu vurgulanmıştır. Bu yönlerden anayasal bir sorun görmeyen mahkeme, kamu düzeninin sağlanması ile normal bir aile hayatının kurulması hukuki menfaatleri arasında dengesizlik bulunmadığı tespitini yapmıştır.[610] Hükmün son fıkrasının ikinci cümlesini ise anayasaya aykırı bulmuştur, anayasaya aykırılığın gerekçesi açıklanmıştır. Şöyle ki, kanunun 228-5 Maddesinde öngörülen tedbir, İdari Yargılama Kanunu'nun, 521-1 ve 521.-2 hükümleri uyarınca tedbirin kaldırılması kararına konu olabilir. İdarenin, tedbiri öğrenmesinden veya tedbir kararının kendisine tebliğinden itibaren iki ay içinde karara itiraz etmesi olasılık dahilindedir. Bu olasılığın gerçekleşmesi halinde, itirazın dört ay içinde karara bağlanacağı kanunda düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu tedbirin, kendisine tedbir uygulanan kişinin haklarını etkilediği göz önüne alındığında, mahkemeye verilen dört aylık süre, kamu düzeninin tesis edilmesi ile insan haklarının korunması anayasal değerleri arasında açık dengesizliğe sebebiyet verebilecek kadar uzundur. Karar vermesi için

[608] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 48.
[609] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 50,51.
[610] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 55.

mahkemeye tanınan sürenin uzun olması, yargı yolunu etkililiğine verdiği zarar bakımından da anayasaya aykırıdır.[611]

Son olarak mahkeme, 229-1, 229-2, 229-4 ve 229-5 maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiasını incelemiştir. Bahsi geçen bu maddeler terörizmi önlemek amacıyla ev aramasına ve el koymaya dair düzenlemeler içermektedir. Buna göre, madde 229-1, bu tür arama ve el koymaların, bölge temsilcisinin veya valinin başvurusu üzerine, Paris Özgürlük ve Güvenlik Bölge Mahkemesi'nin yetkilendirmesiyle yapılabildiğini ifade eder. Madde 229-2, aramaların uygulanmasına yönelik düzenlemeleri içerir. Madde 229-4, operasyon sırasında, söz konusu kişiyi tutuklamaya izin verir. Madde 229-5, idari makamın arama sırasında, orada bulunan belgelere, objelere, verilere ve bunların kullanımlarına el koyabileceği koşulları ortaya koyar.[612] Başvuruculara göre arama ve el koymalara ilişkin hükümler tedbirlerin başlatılması ve uygulamasının koşullarını yeterli açıklıkta ifade etmemekte ve özellikle arama, arama yapılan yerde mukim olan kişinin yokluğunda veya başka bir yerde bulunduğu sırada gerçekleşirse usulün ne olacağı konusunda yeterli kanuni garantiyi sunmamaktadır. Ayrıca ihlal başvurusunda, söz konusu aramanın bir hakim kararı olmadan yapılmasının da özel hayata saygı hakkı, konut dokunulmazlığı ve etkili bir yargı yoluna başvurma hakkının ihlaline sebep olacağı dile getirilmektedir. Bunun yanında, ev araması sırasında ele geçirilen, kamuya açık olmayan verilerin kullanılması ile ilgili olarak hakim kararı olmadan uygulanan usulün adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği ifade edilmektedir.[613] Mahkeme, tedbirin uygulama şartlarının açıkça tanımlandığına işaret etmiştir. Buna göre, tedbirin uygulama alanı, terör faaliyetinde bulunacağından şüphe edilenlerle sınırlı tutulmuştur. Alınan tedbirler terörle mücadele meşru amacıyla uygulanabilir.[614] Yargıç tedbirin uygulanmasına, valinin yazılı emriyle oluşturulmuş

[611] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 53.
[612] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 58.
[613] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 21.
[614] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 59.

gerekçeli talep ve savcının görüşü doğrultusunda izin verir. Arama ve el koymalar, parlamenter faaliyetlerin yapıldığı yerleri, avukatların, hakimlerin ve gazetecilerin mesleki faaliyetleri için ayrılmış yerleri dışlar.[615] Tüm bu kriterlerden hareketle mahkeme, hükmün anayasaya uygun olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Ayrıca, kanunun 229-2. maddesinin üçüncü fıkrasına göre arama, aramanın uygulandığı yer mukiminin ya da temsilcisinin huzurunda yapılmalı ve mukimin seçtiği bir konseyin yardımına da izin verilmelidir. Mahkemeye göre; arama mukimin yokluğunda yapılıyorsa, görevliler, kendi otoriteleri altında olmayan iki tanığın hazır bulunmasıyla teftişe devam edebilirler.[616] Tedbirin uygulanması dört saatle sınırlı olup özgürlük ve güvenlik hakiminin kararıyla derhal durdurulabilir. 229-4. maddede düzenlenen alıkoyma tedbiri ise sadece davranışları ciddi bir tehdit oluşturabileceği konusunda önemli sebepler olan kişilere uygulanabilir. 229-5. madde dolayısıyla bilgisayarların kopyalanması yapılırken ise, özgürlük ve güvenlik hakiminin ön yetkilendirmesinin mutlaka alınması gerekliliği düzenlenmiş, amacın ise sadece terör faaliyetini önleme meşru amacı olabileceği belirtilmiştir. Kopyalama nedenlerini belirten ve elde edilen verileri listeleyen bir rapor hazırlanması ve bu raporun yetkilendirmeyi yapan yargıca ve iki tanığa da verilmesi zorunluluğu düzenlemeye dahil edilmiştir. Bilgisayarların kopyalanmasına duruşmasız karar verilmesi durumunda özgürlük ve güvenlik hakiminin yetkilendirmesine karşı 48 saat içinde temyiz yoluna gidilebilir. Mahkeme nazarında bu düzenlemeler kamu güvenliğinin sağlanması ve özel hayatın korunması hakkı arasında dengeyi sağlayacak nitelikte olup, anayasaya aykırı değildir.[617]

Mahkeme, kanunun, 229-1 ve 229-4. maddelerinin sadece bilgisayar sistemi ve destekleyici ekipmanlardan değil, belgeler ve nesnelerden de bahsettiğine dikkat çekmiştir. Buna göre, adı geçen maddelerde el koyma tedbirine konu olacak kategoriler, teftiş sırasında ele geçirilen bilgisayar sistemi ve destekleyici ekipman, belgeler ve nesneler olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 229-5. maddede sadece

[615] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 60.
[616] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 61.
[617] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 66.

bilgisayar sistemi ve destekleyici ekipmana el konulması, bunların saklanması ve iadesi usulü yer almaktadır. El konmasına müsaade edilen nesneler ve belgeler ile ilgili usul hakkındaki düzenleme eksik bırakılmıştır. Bu sebeple, 229-5. madde, mahkeme tarafından 1789 Bildirgesi'nin 17. maddesinde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.[618]

Fransız Anayasa Konseyi, genel itibariyle İç Güvenlik Kanunu'nu anayasaya uygun bulmuş, yalnızca iki maddede aykırılık tespit etmiştir. Konsey, anayasaya uygun bulduğu her maddenin terör faaliyetlerinin önlenmesi ve kamu güvenliğinin sağlanması meşru amacı doğrultusunda düzenlenmiş olduğuna vurgu yaparak özgürlük/güvenlik arasındaki dengenin sağlandığına karar vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelemiş olduğumuz kararına kıyasla, Fransa Anayasa Konseyi'nin güvenlik tedbirleri ile ilgili olarak çok daha çerçeve ve genel düzenlemeleri anayasal gerekliliklerin sağlanması yönünden yeterli gördüğü söylenebilir.

2.3. Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında İngiliz Yargı Kararları

2.3.1. Genel Olarak

Diğer tüm ülkelerde olduğu gibi, İngiltere'de de terör tehdidinde karşı yasama ve yürütme faaliyetleri 2000'li yıllarda yoğun şekilde gelişme göstermişti. 2000'de "Terrorism Act", 2001'de "Anti-terrorism, Crime and Security Act", 2005'te "Prevention of Terrorism Act", 2006'da "Terrorism Act", 2008'de "Counter-Terrorism Act", 2010'da "Terrorist Asset-Freezing etc. Act", 2011'de "Terrorism Prevention and Investigation Measures Act", 2013'te "Justice and Security Act", 2015'te "Counter-Terrorism and Security Act" ve 2016'da "Investigatory Powers Bill" kanunlaşmıştır.

[618] İç Güvenlik Kanunu Kararı, para. 69.

2.3.2. Belmarsh Kararı

Konu hakkında ana düzenleme olan Teröre Karşı Koruma Kanunu (TACT) diğer ülkelerin mevzuatları gibi, insan haklarına ölçüsüz müdahaleler içermektedir. Terörle mücadele mevzuatı mahkemelerde çok fazla tartışma konusu olmuştur. Belmarsh davasında yüksek mahkeme, 2001 Anti Terrorism, Crime and Security Act (ACTSA) kapsamında yürütme yetkisinin orantısız, ayrımcı ve irrasyonel biçimde kullanıldığına hükmetmiştir.[619] Bu davaya konu şikayetin özü, hiçbir hüküm giymemiş ya da hüküm giyebileceği yakın gelecek için öngörülemeyen yabancıların, bir yargılama olmaksızın göz altında bulundurulmalarıdır.[620] 2001 tarihli ACTSA m.23'te, İçişleri Bakanı tarafından uluslararası terörizm şüphelisi olarak belirlenen kişilerin süresiz olarak yargılanmaksızın gözaltında bulundurulması düzenlenmiştir.[621] Belmarsh Hapishanesinde gözaltında bulunan dokuz kişi, kendilerine uygulanan gözaltının AİHS'nin 5. ve 14. maddelerine aykırı olduğu yönündeki iddialarını sebepleriyle birlikte ileri sürmüşlerdir.[622] Bu sebeplerden ilki, İngiltere'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden doğan sorumluluklarından kaçınma imkanı olmamasıydı. Ayrıca devletin, Sözleşme'nin 15. maddesine göre yükümlülüklerini askıya almasını destekleyebilecek "savaş veya ulusun varlığını tehdit eden bir genel tehlike" de bulunmamaktadır.[623] 11 Eylül hadisesinden sonra hiçbir devlet, 15. maddeye dayanarak yükümlülüklerini askıya almamıştır. Zira 11 Eylül hadisesinin yarattığı bir tehlike algısı bulunmakla birlikte, İngiltere için somut

[619] Belmarsh Kararı, A and others v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.
[620] EDLIN, E. Douglas, *"Institutional Identity and the Rule of Law: Belmarsh, Boumediene, and the Construction of Constitutional Meaning in England and the United States"*, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol.41, 2008, s.481-528.
[621] Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents, E.T. 28.02.2019.
[622] KAVANAGH, Aileen, *"Constitutionalism, counterterrorism, and the courts: Changes in the British Constitutional Landscape"*, International Journal of Constitutional Law, Vol.9, Issue:1, 2011, s.172-199.
[623] EDLIN, (2008), s.510.

bir yakın tehlikeden bahsetmek mümkün değildir.[624] Son olarak başvurucular, ACTSA'de bulunan aşağılayıcı unsurların ölçülülük ilkesine aykırı olduğu konusunu, şikayetlerinde dile getirmişlerdir.[625] Buna göre, İngiliz olan ve olmayan kişiler arasında kamu güvenliğini tehdit etme kabiliyeti bakımından objektif bir fark bulunmamaktadır, fakat süresiz gözaltı sadece İngiliz olmayan kişiler bakımından uygulanmıştır.[626] Dışişleri Bakanlığını temsil eden avukat, iddialara karşı, ulusun bir tehditle karşı karşıya olup olmadığına ve tehdide karşı kamu güvenliğini korumak için verilecek tepkinin ne olacağına karar verecek erkin yargı erki değil, yasama ve yürütme erkleri olduğunu dile getirmiştir.[627]

Mahkeme değerlendirmesinde, kamu güvenliğine yönelik bir tehdidin var olup olmadığına ilişkin olarak, bu konuda İçişleri Bakanlığı'nın kararına büyük ölçüde ağırlık verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna gerekçe olarak, kamu güvenliğine yönelik bir tehdidin varlığı ile ilgili kararın, kısmen de olsa, mahkemenin incelemesine kapalı deliller üzerinden verilmesini göstermiştir.[628] Aksine açık deliller olmadıkça, mahkeme, kendini ACTSA ile kabul edilen ihtiyatlı yaklaşıma müdahale edebilecek konumda görmemiştir. Bu yaklaşımıyla mahkeme, yasama ve yürütmeye itaatini belirsizlik karşısında verdiği rasyonal bir tepki olarak açıklamış ve uzmanlığını aşan konularda verilen kararlara nispeten yüksek bir ağırlık atfettiğini ifade etmiş olmaktadır.[629] Ayrıca mahkeme karar gerekçesinde, kişilerin yargılama yapılmaksızın süresiz olarak gözaltında tutulmasının kendisine ya da tedbirin uygulanmasındaki tartışmalı usûle odaklanmak yerine meseleye yalnız ayrımcılık perspektifinden bakmıştır. Böylece, ATSCA'nın ayrımcı yönü giderildiğinde AİHS'ye uygun hale geleceği mahkeme tarafından kabul edilmiş olmaktadır. Bu da mahkemenin, süresiz önleyici tutuklamanın bir tedbir olarak uygulanmaya devam

[624] EDLIN, (2008), s.510.
[625] EDLIN, (2008), s.510.
[626] EDLIN, (2008), s.510.
[627] KAVANAGH, (2011), p.181.
[628] KAVANAGH, (2011), p.182.
[629] KAVANAGH, (2011), p.182.

etmesinin önünde bir engel görmediği anlamına gelmektedir.[630] Bu dava, yüksek mahkemede karara bağlandıktan sonra AİHM'nin önüne gitmiş, mahkeme, 19 Şubat 2009 tarihli kararında, başvuruculların AİHS'nin 5/4. ve 5/5. maddelerinden doğan haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.[631]

Yüksek Mahkemenin verdiği söz konusu karara kadar, mahkemenin ulusal güvenlik konusunda genelde yürütme ve yasama organlarıyla tam uzlaşmacı bir tavır sergilediği söylenmektedir.[632] Belmarsh davasında verdiği karar, kısmen de olsa bu görünümü değiştirmiştir. Ancak yine de, mahkemenin şikayetleri ele alış biçimi ve değerlendirmelerine esas aldığı kriterler, otorite ile temel hak ve özgürlükler karşısında tam bir denge kurulması için yeterli değildir. Mahkemenin günümüzde bu konuya bakışında ne gibi değişiklikler olduğunu tespit edebilmek için, güncel bir yüksek mahkeme kararını incelemek faydalı olacaktır.

2.3.3. Miranda v. Secretary of State for the Home Department Kararı[633]

Karara konu olayda; Berlin'den gelip Londra üzerinden Brezilya'ya uçmak için Londra havaalanında bulunan Brezilya vatandaşı olan, The Guardian gazetesinde Glenn Greenwald ile birlikte çalışan David Miranda, havaalanında gözaltına alınmış, veri depolama cihazlarına ise el konulmuştur. 2012'nin sonlarında, davacı Miranda'nın çalışma arkadaşı Glen Greenwald ve Laura Poitras, Edward Snowden ile bir görüşme gerçekleştirmiştir.[634] Snowden bu kişilere Amerikan Mili Güvenlik Ajansı'ndan çalınmış şifreli verileri tevdi etmiştir. Bu veriler ingiliz istihbaratına ait bilgiler de içermektedir. Verilerin bir kısmı sonraki günlerde Guardian'ın 6 ve 7 Haziran 2013 tarihli haber yazılarında yer almıştır. 12 Ağustos

---

630 JENKINS, David, *"When Good Cases Go Bad: Unintended Consequences of Rights-Friendly Judgments"*, in; DAVIS, F. Fergal, LONDRAS, Fiona de (ed.), "Critical Debateson Counter-Terrorism Judicial Review", Cambridge University Press, 2014, p.75-96.
631 Case of A. and others v. The United Kingdom, No:3455/05, K.T. 19.02.2009.
632 KAVANAGH, (2011), p.182; EDLIN, (2008), p.509.
633 Miranda Kararı, The Court of Appeal, No: [2016] EWCA Civ 6 , Date:19/01/2016.
634 Miranda Kararı, para.6.

2013'te ise Miranda, Laura Poitras ile buluşmak için Rio de Jenerio'dan Berlin'e gitmiştir. Yanında Snowden'dan alınmış verilerden elde edilen şifreli materyal bulunmaktadır. 18 Ağustos 2013'te Heathrow Havaalanı'nda polis tarafından durdurulmuştur.

Gerçekleşen olayla ilgili olarak başvurucu, ihlal iddialarını Bölge Mahkemesi nezdinde dile getirmiştir.[635] Bölge Mahkemesi, polisin yaptığı durdurma faaliyetini hukuka uygun bulmuştur. bunun üzerine Temyiz Mahkemesi'ne yaptığı başvurunun sonucu da aynı olmuştur. Fakat Temyiz Mahkemesi, polisin durdurma faaliyetini hukuka uygun bulmuşsa da, Bölge Mahkemesi'nden farklı olarak, durdurma gücünün keyfi kullanımına karşı etkili bir koruma sağlamadığı gerekçesiyle TACT'nin 7. maddesinin ikinci paragrafındaki düzenlemenin AİHS'nin 10. maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Temyiz Mahkemesi tarafından ele alınan şikayet üç temel sorun üzerinde yükselmektedir. Birincisi; 2000 tarihli TACT gereği kolluk kuvvetine bir kişiyi durdurup, onu terör kapsamında bir faaliyet hazırlığında olup olmadığını tespit etme yetkisi verilmiş midir? İkincisi, yapılan bu kolluk faaliyeti herhangi bir meşru amaçla uyumlu mudur? Üçüncüsü, sözü edilen yetki, AİHS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlalini teşkil eder mi?[636]

Yetki tartışması ile ilgili temyiz mahkemesinin kararında yer alan durdurmayı gerçekleştiren Dedektif Supt Stokley'in ifadesi, kolluk kuvvetlerinin özgürlük-otorite dengesine yaklaşımını kavramak bakımından oldukça önemlidir. Stokley'in konuya yaklaşımı şu şekildedir.:

"Snowden'da bulunan belgelerin İngiltere'nin ulusal çıkarlarına ciddi anlamda zarar verebilecek belgeler olduğu doğrulanmıştı. Bu durum bende, Sayın Miranda'nın elindeki değerli belgeleri, terörle işbirliği yapan bir düşman devlete

[635] Miranda Bölge Mahkemesi Kararı, High Court of Justice, No:[2014] EWHC 255, Date: 19/02/2014.
[636] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, The Court of Appeal, No: [2016] EWCA Civ 6 , Date:19/01/2016, para.3, www.englishpen.org, E.T.21.03.2019.

taşıyor olabileceği ve bunun sonuçlarının felaket olabileceği yönünde bir kanaat oluşturdu. Bu şartlar altında, terör faaliyeti hazırlığında olup olmadığını belirleyebilmek için TACT'nin 7. maddesinin onu aramamıza izin verdiğini düşündüm."[637]

Açıklanan motivasyonla hareket eden kolluk kuvvetleri, olay günü Miranda'yı 7. maddenin izin verdiği en uzun süre olan 9 saat boyunca nezaret altında tutmuş, bagajlarını aramıştır. Şifreli depolama aygıtı dahil bagajdaki eşyalara el koymuştur. Tedbiri uygulayan görevlilerden biri (Mr. Robbins), elde ettikleri verileri bırakmalarının can kaybı dahil büyük sonuçlar doğurabileceğini öngördüklerinden, verilerin gazetecilik faaliyeti kapsamında sayılması gereken imtiyazlı belgeler olduğu konusunda bir itirazın da bulunmamasından ötürü, verilere el koyduklarını ifadesinde belirtmiştir.[638]

21 Ağustos 2013'te Bölge Mahkemesi tarafından yapılan yargısal denetimde Miranda, maddde 7'ye göre alıkonmasının üç açıdan hukuk dışı olduğunu ifade etmiştir; (i) tedbir meşru olmayan amaçla uygulanmıştır, (ii) AİHS'nin 5, 8 ve 10. maddeleriyle orantılı bi uygulama yapılmamıştır (iii) gazetecilik faaliyetinin engellenmesi bakımından da AİHS'nin 10. maddesine aykırılık bulunmaktadır. Bölge Mahkemesi, Miranda'nın başvuru sebeplerinin hiçbirini kabul etmemiştir.[639] Bunun üzerine Miranda adına temyiz başvurusu yapan Mr. Ryder QC, başvurusunu 5 temele dayandırmıştır. İlk olarak, Bölge Mahkemesi, kolluk kuvvetinin tedbiri uygularken güttüğü amacı açıklarken hata yapmıştır. İkincisi; madde 7'nin uygulanmasındaki baskın amacın belirlenmesi konusunda hatalıdır. Üçüncüsü; mahkeme, gazetecilik meteryallerine el koymayı haklı gösterecek gerçek bir tehdidin bulunduğuna dair delillerin olup olmadığını dikkate almamıştır. Bu, mahkemenin orantılılık meselesine hatalı yaklaştığını göstermektedir. Dördüncüsü; orantılılığı TACT'nin 5.maddesi çerçevesinde değerlendirmiş olması yanlıştır. Beşinci ve son

[637] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para.12.
[638] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 20.
[639] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 21, 22.

olarak; TACT'nin 7. maddesi AİHS'nin 10. maddesine, maddenin gerektirdiği anlamda bir kanuni temelden yoksun olması sebebiyle aykırıdır.[640]

Temyiz mahkemesi, değerlendirmesinde, öncelikle meşru amaç konusunu ele almıştır. Terör faaliyetini önleme meşru amacı altında uygulanan şikayete konu tedbirin, Miranda'nın taşıdığı belgelerin son derece gizli olup açığa çıkmasının ve yayılmasının ülke için tehlike teşkil edebileceği yönündeki istihbarat üzerine polis tarafından uygulanmış olduğu göz önüne alınarak, meşruluğu sorgulanan amacın; "gazetecilik faaliyetine konu bir takım belgelerin açığa çıkmasını veya yayılmasını önlemek" olduğu söylenebilir. Temyiz mahkemesi, TACT'nin 7. maddesinin metni ile ilk bölümündeki terör tanımı ele alındığında bu amacın kanuna uygun olduğunu ifade etmekle birlikte, bu uygunluğun, kanunda terör kelimesinin tanımını çok geniş ve tedbir uygulanması için belirlenen çıtanın çok düşük tutulmasından kaynaklandığını da belirtmiştir. Kanundaki terör tanımı ise şöyledir; "Tehdit oluşturan bir hareketle, hareketi yapan kişi dışındakilerin hayatını tehlikeye sokan, hükümeti ya da devletlerarası bir kuruluşu etkilemeye çalışan, halkı ya da halkın bir bölümünü sindirmeye yönelik; politik, ırksal, dini veya ideolojik düşüncelere hizmet etme saikiyle yapılan faaliyetler terör faaliyeti olarak adlandırılır." Mahkeme, bu ölçüde bir genişliği, terör faaliyetinin tanımı için uygun bulmamıştır.[641]

Temyiz Mahkemesi, kanunda yer alan terör tanımına katılmamasının sebeplerini açıklarken; bu tanıma göre hiç şiddet içermeyen bir faaliyetin de terör faaliyeti olarak değerlendirilebileceğine, hatta bir faaliyetin politik bir akım sonucu, hayatî tehlike olarak değerlendirilebileceğine dikkat çekmiştir.[642] Ayrıca, terör tanımını içeren madde 1'in yorumu, mahkemeye göre TACT'nin diğer maddelerinin yorumunu da etkileyecektir. Örneğin, TACT'nin 41. maddesinde, polis memuruna, kendisine verilmiş bir emir olmadan, terörist olduğu şüphesi oluşturan kişiyi tutuklama yetkisi verilmektedir. Terörün kanunda benimsenen tanımına göre, dolaylı olarak, yanlışlıkla veya istemeden hayatı tehlikeye atan bir politik faaliyette bulunan

[640] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 23.
[641] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 39, 40.
[642] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 43.

kişi tutuklanabilir. Ya da, çocukların aşılanması ile ilgili bir makalenin yayınlanması, hem hükümet politikasını etkilemeyi hedeflediği için, hem de kamu sağlığını tehdit ettiği için terörist faaliyet olarak kabul edilebilir.[643] Oysa ki, mahkemeye göre yasama organı, terörle mücadeleye zemin oluşturacak kanunlar yaparken böyle bir sonucu murat etmemiştir. Bu noktada yapılan faaliyetin terörist amaçlarla, yani can güvenliğini tehlikeye atma, dini, ırksal ideolojik kaygılarla hükümeti etkileme, toplumun bir kısmını ya da tümünü sindirme amacıyla yapılmış olması, terör faaliyeti olarak değerlendirmelidir. Zira bu yaklaşım, yasama organının kanunu ihdas ederkenki amacına daha uygun düşer.[644]

Temyiz Mahkemesi, ikinci olarak orantılık meselesini ele alarak, orantılılık kurumunun İngiliz hukukunda yerleşik olduğunu ifade etmiştir. Buna göre; konuyla mantıksal olarak bağlantılı bir müdahalenin yapılıp yapılmadığı (elverişlilik), daha az müdahale gerektiren bir uygulama tercih edilip edilemeyeceği (gereklilik) ve kişi hakları ile kamunun üstün menfaati arasındaki dengenin sağlanıp sağlanamadığı (ölçülülük) kıstasları bir müdahalenin orantılı olup olmadığı konusunda geçerli olur. Miranda davasında, tedbirin uygulanma sebebi gazetecilik faaliyeti kapsamında birtakım belgelerin yayınlanmasının tehlikeli bulunması ve terör faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi olduğundan, ölçülülük testinin uygulanması sırasında çatışacak değerler; milli güvenlik ve kamu güvenliği ile ifade özgürlüğüdür. Bu bağlamda, öncelikle Miranda'nın taşıdığı belgelerin gazetecilik ile ilgili materyal olup olmadığı tartışması gündeme gelmektedir. Mahkeme, eğer tedbiri uygulayan kişi, tedbiri uyguladığı kişide bulunan materyalin gazetecilik faaliyeti ile ilgili olduğunu bilmiyorsa, ölçülülük testi bu temelde yapılamaz. Bu konuda mahkeme, bir AİHM kararına da atıf yapmıştır.[645] Söz konusu kararda, polisin olayı sağlıklı

[643] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 45.
[644] "Temyiz Mahkemesi hakimlerinden Mr. Ryder, yasama organının amacı konusunda belirleme yaparken, 1989 tarihli Terörizmin Önlenmesi Yasası'nın 20. bölümünün açıklayıcı notuna, Berwick lordu Lloyd'un 1996 tarihli "Terör Yasaları Hakkında Araştırma Raporu"na, 2000 Yasası'nın yasama sürecinde sunulan materyallere ve TACT'nin onaylanması sürecinde bakanların yapmış olduğu konuşmalara dayandırmaktadır.", Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para.49.
[645] AİHM Büyük Daire Kararı, Pentikainen v Finland, (Başvuru No: 11882/10, K.T: 20 October 2015.

değerlendirmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığına bakılmış, buna, başvurucunun gazeteci olduğunu beyan edip etmediği meselesi de konuya dahil edilmiştir.[646] Buna göre, başvuranın "tutuklanmadan önce bir gazeteci olarak kolayca tanımlanamaması", yerel makamların söz konusu rakip çıkarlar arasında adil bir denge kurup kurmadığına karar vermesine açısından önemli faktörlerden biridir. Bu sebeple karara konu olayda AİHS'nin 10. maddesi bakımından bir ihlal tespit edilmemiştir.[647] Miranda da, tıpkı atıf yapılan karardaki gibi, sorgusunda, gazeteci olduğunu ya da taşıdığı materyallerin gazetecilik materyali olduğunu söylememiştir. Fakat Temyiz Mahkemesi, buradaki meselenin aynı olmadığını, Miranda'nın kendisi gazeteci olmasa da, gazeteci olduğu bilinen Greenwald'a yakın çalışan biri olduğunu tedbiri uygulayan polis memurunun bildiğini göz önünde bulundurarak, el konan materyalin gazetecilik materyali olarak değerlendirilmesi gerekliliğini ifade etmiştir. Materyellerin değerlendirilmesinin ardından Temyiz Mahkemesi, tedbirin mili güvenliğin korunması açısından gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir. Bölge Mahkemesi'nin, Miranda'nın elinde bulundurduğu belgeler içerisinde 58.000'den fazla istihbari dosya olduğundan ve bu dosyaların içeriğinde teröre karşı düzenlenmesi planlanan operasyon planlarıyla ilgili kilit istihbari bilgilerin yer alması ihtimali yüksek olduğundan, Miranda'nın durdurulmasının, zorlayıcı sosyal ihtiyaç olduğu yönündeki değerlendirmesine kararda yer verilmiştir. Söz konusu Bölge Mahkemesi kararında, özellikle, Miranda'nın elinde bulundurduğu dosyalardaki bilgilerin, deniz aşırı görevlendirilmiş olanlar dahil, istihbarat personelinin kimliğini açık etme ihtimaline vurgu yapılmıştır.[648] Miranda ise, savunmanın hiçbir yerinde somut bir can kaybı ihtimalinden ya da spesifik bir operasyonun tehlikeye atılmasından söz edilmediğini, zira elindeki belgelerin böyle bir vasfının bulunmadığını ifade etmiştir.[649] Bölge Mahkemesi'nin yargılaması sırasında, Miranda, elindeki belgeleri gazetecilik faaliyeti kapsamında

[646] Pentikainen v Finland, para. 95.
[647] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para 63.
[648] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 70.
[649] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 73.

yayınlamasının milli güvenliği tehdit edebileceği kanaatine cevaben; hassas bilgilerin, hassas şekilde yayınlanacağı, bunun sorumlu gazetecilik ilkesinin gereği olduğunu dile getirmiştir. Bölge Mahkemesi ise, bu güvenceyi son derece muğlak olarak değerlendirmiş, neyin yayınlanmasının can güvenliğini tehlikeye atıp neyin atmayacağını gazetecilerin takdir etmesinin nasıl mümkün olacağının belirsiz olduğunu vurgulamıştır. Sonuç itibariyle TACT madde 7'ye göre yapılan durdurmanın orantılı olduğuna karar vermiştir.[650] Temyiz Mahkemesi de bu kararı yerinde bulmuş, menfaatleri dengeleme çalışmasını yürütürken, mahkemenin, dikkate alması gereken ölçütün, riskin gerçekleşmesi durumunda topluma verilebilecek zarar olduğunu, potansiyel zarar ne kadar büyük olursa, korunacak menfaatin ağırlığının o kadar büyük olacağını belirtmiştir. Bu durumda AİHS'nin 10. maddesinde belirlenen ifade özgürlüğü ile kamu güvenliğinin sağlanması menfaatlerini karşılaştıran Temyiz Mahkemesi, yapılacak yayınların istihbari çalışmalara verebileceği zarardan dolayı terörle mücadelenin zayıflatılmasının ve suçla mücadeleye ket vurulmasının can kayıplarına yol açabileceğini belirtmiştir. Durdurma tedbirinin orantılı olduğu tespitini yapmış[651], fakat durdurma sırasında el konulan bilgilerin gizliliği ile ilgili TACT'de yeterli koruma sağlanmadığını tespit etmiştir. Kanunda tedbirin kötü niyetli ve orantısız biçimde uygulanması ihtimaline karşı, tedbirin denetimi için bir başvuru yolu belirlenmemiş olduğundan, hukuki belirsizlik sebebiyle keyfi uygulamalara kapı aralayabilecek kanuni düzenlemenin AİHS'nin 10. maddesinde tanımlanan ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna hükmetmiştir.[652]

Görüldüğü üzere, Temyiz Mahkemesi kararında özgürlük-otorite dengesi tartışma konusu olmuş, kamu güvenliğinin sağlanması için gazetecilik faaliyeti yapan bir kişinin durdurulup elindeki materyale el konması orantılı görülmüş, bununla birlikte tedbirin denetlenmesi usulünün yeterince belirlenmemiş olması, düzenlemenin AİHS'ye aykırı bulunmasına sebep olmuştur. Terör tanımının

[650] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para.68-73.
[651] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para 80-84.
[652] Miranda, Temyiz Mahkemesi Kararı, para. 113.

genişliği de hukuki belirsizliğin bir gerekçesi olarak belirtilmektedir. Kanunilik, belirlilik ilkelerinin düzenlemede tam olarak karşılanmamış olması ve uygulanacak tedbirler için denetim organı belirlenmemiş olması, kanunu, İngiliz Temyiz Mahkemesi nazarında, AİHS'ye aykırı hale getirmiştir.

2.4. Özgürlük- Otorite Dengesinin Sağlanmasında A.B.D. Yargı Kararları

11 Eylül 2001'de ABD'de gerçekleşen saldırının ardından PATRIOT Kanunu kabul edilmiş, İç Güvenlik Örgütü Kurulmuş, 2004'te İstihbarat Reformu yapılmış, Terörizmin Engellenmesi Kanunu kabul edilmiştir. PATRIOT Kanunu, on beşten fazla federal kanuni düzenlemeyi büyük ölçüde değiştirmiştir. Yürütmeye terörle mücadele kapsamında tanınan geniş yetkiler ve yargı denetiminin zayıflatılması, özgürlük-otorite dengesini bozmuştur. ABD, bir taraftan terör eylemelerini önlemek isterken diğer taraftan ciddi insan hakları ihlallerine kapı aralamıştır. Bilhassa teknik izleme sebebiyle özel hayata müdahale odaklı tenkitleri üzerine çekmiştir.[653] Örneğin; kanun metni, açık bir şekilde terörist olarak varsayılan eylemleri tanımlamamakta, suçların "bir hükümetin politikasını gözdağı vererek değiştirmeye çalışma, hükmet tarafından yürütülen operasyonlara misilleme yapma ya da cebren hükümetin kararlarını etkileme kastıyla" işlendikleri belirlenebiliyorsa terör suçları olarak varsayılabileceklerini belirtir.[654] Paye, bu ifadeyi son derece öznel bulur.[655] PATRIOT Kanunu'ndaki bu kıstaslardan hareketle, baskı yoluyla hükümet politikasını etkilemeye yönelik grev, gösteri veya yürüyüşün, kanun kapsamındaki suçlarla ilişkilendirilebileceği değerlendirmesini yapar.[656] 11 Eylül saldırıları, ceza hukuku ve ceza usulünde zaten başlamış olan sert farklılaşmanın ivme kazanması için fırsat olarak görülmüştür. Saldırıdan önce başlayan özgürlük

[653] TURHAN, AKSU, (2011) s.47.
[654] PAYE, (2009), s.24.
[655] PAYE, (2009), s.24.
[656]PAYE, (2009), s.25.

aleyhine düzenlemeler, saldırıdan sonra yalnızca hız kazanmıştır.[657] PATRIOT Kanunu, Başkan tarafından 11 Eylül saldırılarından 45 gün sonra imzalanıp yürürlüğe girmiştir.[658] Durumun gerektirdiği hız ve güvenliğin sağlanması için oluşan acil çözüm ihtiyacı, ismi olağanüstü hal olarak konmasa bile bir istisna hali yaratmıştır. Bu hallerde yürütmenin ilk başvurduğu yöntem, her zaman olduğu gibi, otoriteyi güçlendirerek özgürlükleri askıya almak olmuştur. Oysa ki, toplumdaki güvenlik ihtiyacının, tek başına ve ölçüsüz şekilde insan hakkı müdahaleleri için yeterli meşruluk zeminini sağladığı söylenemez.

Yasama faaliyetlerinden başka, ABD, terör şüphelilerini, Guantanamo'da ve Irak'ta işkenceye maruz bıraktığı yönündeki suçlamalarla karşılaşmıştır.[659] Amerika Birleşik Devletleri, Guantanamo'yu iyi tanımaktadır. 1903'te Küba, İspanya-Amerikan savaşından sonra İspanya'dan bağımsızlığını kazandığında, Amerika Birleşik Devletleri'ne güneydoğu kıyısında bir deniz akaryakıt istasyonu için bir alanı süresiz olarak bırakmıştır. Amerika Birleşik Devletleri o zamandan beri buradadır. Fidel Castro'nun hükümeti 1959'da devirmesine ve buna müteakip Sovyetler Birliği ile yaptığı ittifaka rağmen, üs, ABD Deniz Kuvvetleri tarafından yönetilmektedir. Komünist Küba'nın içinde fakat adeta ondan ayrı bir Amerikan yerleşimiydi. Ortada diplomatik ilişki yoktur, ticaret yoktur, iki hükümet arasında doğrudan iletişim yoktur ve bu yüzden ABD'nin, rahatsız edici gelişmelerden endişelenmesine gerek yoktur.[660] Tutuklananlar 11 Ocak 2002'de Afganistan'dan on dört saatlik bir uçuş yoluyla, parlak turuncu tulumlar içerisinde, gözleri kapalı ve zincirlenmiş halde Guantanamo'ya varmaya başlamıştır.[661] Tutuklular 14 ay boyunca üsse götürülmeye devam edilmiştir. Sonradan ortaya çıkan bilgilere göre, hükümet tarafından en tehlikeli bulunan kişilere ise CIA tarafından belirlenen tesislerde işkence boyutuna

[657] PAYE, (2009), s.12.
[658] ÖZEREN, CİNOĞLU, (2006), s.186
[659] TURHAN, Faruk, AKSU, Muharrem, (2011), s.49.
[660] RYAN, Allan A., *"The 9/11 Terror Cases: Constitutional Challenges in the War against Al Qaeda"* Lawrence: University Press of Kansas, 2015, s.3
[661] RYAN, (2015), s.8.

ulaşan ve yıllar süren sorgulamalar yapılmıştır.[662] Guantanamo Üssü'nde mahkumlar tecrit edilmiş, kötü muameleye maruz kalmış ve istismar edilmiştir. Sert sorgulamalar fayda vermemelerine rağmen tekrar tekrar uygulanmış, mahkumlar ölmüş yahut aileleriyle iletişimleri kısıtlanmış ya da yasaklanmıştır.[663]

Yüksek Mahkeme, ABD tarafından Guantanamo Üssü'nde hiçbir yargı kararı olmadan tutulan mahkumlar hakkında iki önemli karar vermiştir. Bu kararlarda, yargının, yürütmenin aşırı güç kullanımına karşı bir insiyatif alma kararı verdiğini düşündürecek yönler bulunmakla birlikte, yargının, yürütmenin hukuk-dışılığını bir ölçüde kabul ettiğini gösteren emarelere de rastlanmaktadır. Şefik Resul v. Bush kararında, mahkeme, Guantanamo üssünde bulunmakta olan yabancı tutukluların tutukluluk halini denetleme yetkisinin bulunduğu; Hamdi v. Rumsfeld kararında ise tutuklu bulunan bir ABD vatandaşının, tutukluluğuna bağımsız bir organ olan mahkeme önünde itiraz etme hakkının bulunduğu tespitlerini yapmıştır. Mahkemenin, yürütmenin hukuk-dışılığını meşrulaştırması ise Guantanamo askeri üssünün ABD'nin kontrol ve yetki alanı içerisinde olduğunu kabul etmiş olmasından ileri gelmektedir. Böylece, mahkeme, bir yandan tutuklamalar için hukuki denetimi sağlarken, diğer yandan, ülkesi dışında kiralamış olduğu bir alanda tutuklamalar yapmasını temelde kabul etmiştir.[664] Şu durumda, bu kararların verildiği kritik dönem itibariyle, yargı, dengeleyici fonksiyonunu ancak kısmen yerine getirebilmiştir.

Son yıllarda konu ile ilgili Yüksek Mahkeme'nin önüne taşınan konulara göz atmak, sürecin bugün aldığı şekli anlamamıza yardımcı olacaktır.

2.4.1. Holder, Attorney General v. Humanitarian Law Project Kararı

[662] RYAN,(2015), s.9
[663] RYAN, (2015), s.10
[664] PAYE, (2015), s.45-48

Bir kuruluşu “yabancı terör örgütü” ilan etme yetkisi, kanuna göre Dışişleri Bakanlığı’ndadır ve bir yabancı terör örgütüne “bilerek maddi destek veya kaynak temin etmek" suçtur. Bu konu ile ilgili verilmiş bir kararda[665], terör örgütüne hizmet etmenin suç olarak düzenlenmesi, ancak “hizmet” kavramının içinin doldurulmamış olmasından dolayı var olan belirsizlik sebebiyle, terör örgütünün hukuki olan ve şiddet içermeyen bir kısım faaliyetlerine (ör: insani yardım faaliyetleri) yardımın da bu suç kapsamına girmesi durumu tartışılmıştır. Başvurucular, iyi niyetle, kanuna uygun faaliyetler için yapılan yardımın, kanun metninde geçen “bilerek” yardım etmek şartına uymadığı sebebiyle uygulamanın anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, “hizmet” kavramının açık olduğunu, kanunda geçen “eğitim vermek”, "uzman tavsiyesi veya yardımında bulunmak” gibi cezayı gerektiren hallere daha önce yapılmış değişikliklerle daraltıcı tanımlar getirildiğini, bağımsız faaliyetlerin ise bu kapsama girmediğini, örgütle koordinasyon halinde yapılan faaliyetlerin herhangi bir istihbarat görevlisi tarafından kolayca ayırt edilebileceğini savunarak, kanunu anayasaya uygun bulmuştur.

2.4.2. Ziglar v. Abbasi Kararı

Konu ile ilgili verilmiş bir diğer kararda[666], 11 Eylül terör saldırılarından hemen sonra Federal Hükümetin, yüzlerce kanun dışı yabancının gözaltına alınmasını emretmesi ve gözaltında bulunan kişilerin terörle bağlantı kurup kurmadığına dair kararın beklemede tutulması üzerine, Arap ve Güney Asya kökenli altı başvurucunun, Brooklyn'deki federal bir tesiste üç ila altı ay süreyle gözaltına alınması tartışılmıştır. Ayrıca başvuruda, hapishane gardiyanlarının gözaltı sırasında "fiziksel ve sözlü taciz" uyguladığı, muhafızların gözaltında bulunanları duvarlara çarptığı; kollarını, bileklerini ve parmaklarını büktüğü; kemiklerini kırdığı; onlara

[665] HOLDER, ATTORNEY GENERAL, ET AL. v. HUMANITARIAN LAW PROJECT ET AL., Docket No. 08-1498, Karar Tarihi:20/06/201 .
[666] ZIGLAR v. ABBASI ET AL., Docket No. 15-1358, Karar Tarihi: 19 Haziran 2017.

terörist olarak hitap ettiği; şiddetle tehdit ettiği; onlara aşağılayıcı cinsel ifadeler yönelttiği ve dinlerine hakaret ettiği iddia edilmektedir. Mahkeme, sorunun, memurun kişisel sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğinden ibaret olması sebebiyle yalnızca bu bağlamda sorunu değerlendirmiş ve başvuruyu reddetmiştir.

2.4.3. Jesner v. Arab Bank Kararı[667]

Bir diğer kararında mahkeme, Arab Bank'ın terör örgütlerine para akışı sağladığı için anayasaya aykırı faaliyette bulunduğu gerekçesiyle şikayet edilmesi üzerine, çalışanlarının yaptığı faaliyetlerden dolayı şirketlerin sorumlu olmasını sağlayan bir kanuni altyapı olmadığını, yasama organının fonksiyonunu gaspetmesi doğru olmayacağından, yargısal aktivizmden kaçınarak bankanın bu faaliyetlerden sorumlu olduğuna hükmedemeyeceğini belirtmiştir.

2.4.4. Rubin v. Islamic Republic of İran Kararı[668]

Kararda başvurucular, FSIA (The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976) Kanunu'nda yabancı devletin yargı bağışıklığına getirilen istisnalar çerçevesinde, teröre finansal destek sağladığı gerekçesiyle İran'ın mülkiyetten mahrum bırakılması mahkemeden istenmiş, bunu yaparken, kanundaki herhangi bir belirsizliğin kanunun yapılış amacına göre yorumlanması gerektiği, bu yüzden kanunda yer almasa da İran'ın mülkiyetten mahrum bırakılabileceğini belirtmişlerdir. Mahkeme ise, kanunda bir boşluk varsa, bunun bilinçli olduğu,

[667] JESNER ET AL. v. ARAB BANK, Docket No: 16-499, Karar Tarihi: 24 Nisan 2018.
[668] RUBIN ET AL. v. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN ET AL., Docket No: 16-534, Karar Tarihi: 21 Şubat 2018.

istisnaların dar yorumlanacağı, kanunun amacı söyleminden başka başvuruculara hiçbir somut dayanağının olmaması sebebiyle başvuruyu reddetmiştir.

Her dört kararda görüldüğü üzere, kamu güvenliğinin tehlikeye atıldığı gerekçesiyle yapılmış her bir başvuruda ABD Yüksek Mahkemesi, kanunilik şartına vurgu yapmış, kanunda öngörülen sınırlamaları meşru görmüş, öngörülmeyen sınırlama taleplerini ise reddetmiştir. Yargısal aktivizmden kaçınarak, yasama ve yürütmenin alanına girmemeye özen göstermiştir. Bu tercihin bir sonucu olarak, yapılan başvurularda, şikayete konu eylem ve işlemleri, başvurunun kapsadığı alanla sınırlı olarak incelemiştir. Özellikle HUMANITARIAN LAW PROJECT kararında kanunun kalitesini tartışmış olması dikkat çekicidir. Burada, mahkeme, başvurucunun belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesine uymadığını iddia ettiği kanun bakımından, mahkemenin incelemesinin bir sınırlamanın yalnızca kanunda yer alıp almadığı problemiyle sınırlı olmadığını da göstermektedir. Bu anlamda mahkemenin kuvvetler arasındaki dengeyi muhafaza etmek adına objektif kriterler olarak kanunilik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini önemsediğini söyleyebiliriz.

2.5.Ülkelere İlişkin Genel Değerlendirme

Üç farklı ülkeden sunduğumuz örnek kararlar incelendiğinde, kamu güvenliğinin sağlanması adına kişi haklarına yapılan müdahaleler ve düzenlenen hukuki metinler incelenirken, meşru amaç, belirlilik ve ölçülülük ilkelerinin ön plana çıktığını görmekteyiz. Tüm örneklerde, kamu güvenliğinin korunması amacının, özgürlüklerin sınırlanmasında meşru amaç olarak değerlendirildiği ilk bakışta saptanmaktadır. Belirlilik ve ölçülülük konularında ise, Alman Anayasa Mahkemesi ve İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin benzer yaklaşımda bulunduğu, Fransız Anayasa Konseyi'nin ise bu konuda değerlendirme eşiğinin daha düşük olduğunu gözlemlemekteyiz. Alman Anayasa Mahkemesi ve İngiliz Temyiz Mahkemesi, insan hakları açısından benimsenmiş evrensel ilkeler çerçevesinde, özgürlüğü önceleyen bir pencereden meseleye yaklaşırken, Fransız Anayasa Konseyi, kararında en büyük

vurguyu amacın meşruluğuna yapmış olmasından da anlaşılacağı üzere, otorite mevhumuna özgürlükler karşısında ağırlık vermeyi tercih etmiş, ölçülülük ve belirlilik hususlarında kendisine yöneltilen itirazları, kanunun yeterince donanımlı olduğuna yönelik üstünkörü değerlendirmelerle reddetmiştir.[669] Amerikan Yüksek Mahkemesi ise, terörle mücadele konusunda Guantanamo kampı konusunda benimsediği politik tavırdan vazgeçerek, yukarıda değindiğimiz gibi, objektif kriterler ışığında, dengeleyici fonksiyonunu icra eder hale gelmiştir.

[669] İstisnaen bir konuda adil yargılanma ilkesine aykırılık tespit etmiştir. Bkz. yukarıda

3.BÖLÜM
TÜRKİYE'DE VE AVRUPA HUKUK DÜZENİNDE KAMU GÜVENLİĞİ VE ÖZGÜRLÜK-OTORİTE DENGESİ

1-TÜRKİYE'DEKİ DURUM

1.1. Osmanlı Klasik Dönemi

Türkiye'de yürütmenin güçlenmesi trendini kavramak ve özgürlük-otorite dengesinin sağlanmasında devletin rolünü gözlemlemek için, anayasal gelişmeler tarihine mutlaka bakılması gerekir. Çalışmamızın bu bölümünde, önce Osmanlı klasik dönemindeki otorite ve devlet yönetimi anlayışı ile özgürlüklere bakış açısı, ardından modernleşme dönemindeki değişimler ile cumhuriyet dönemi anayasaları karşılaştırmalı olarak incelenecek, yasama ve yürütme organlarının siyasal rejimdeki konumlarının değişimi ve ardındaki sebepler irdelenecektir.

Osmanlı klasik döneminde, egemenlik, henüz tanrısal bağdan kopmamıştır, devlet monarşi ile yönetilmektedir. Osmanlı'da monarka verilen adla Padişah, yürütmenin başı olduğu gibi, yasama ve yargı yetkileri ile de donatılmıştır; patrimonyalist bir yapı siyasi rejimi şekillendirmektedir. Patrimonyalizm, klasik topluluklarda rastlanılan ve aile içindeki yönetici erkeğin yönetilen hane mensupları üzerinde sahip olduğu iktidar ve bunun karşılığında hane mensuplarının yönetici erkeğe gösterdiği itaatin oluşturduğu ilişkinin toplumların yönetilmesinde icra edilmesiyle meydana gelen idare biçimidir.[670] Yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin tek elde toplanması da bu rejimin karakteristik özelliklerindendir. Demokratik

[670] ASLAN, Seyfettin, *"Osmanlı Siyasi Rejimini Şekillendiren Bir Olgu Olarak Patrimonyalizm"*, İktisadi ve İdari İlimler Dergisi, Cilt:17, Nisan 2003, Sayı:1-2, s.245-253.

koşullarda özgürlüğün sujesi olan birey ise Osmanlı klasik dönem sisteminde, "tebaa" yahut "kul" dur. Osmanlı siyasetinde devlet, toplumdan farklılaşmış ve üst bir mevkide konumlanmıştır. Devlet başkanı olan padişah ise Tanrı'nın yeryüzündeki gölgesi olarak bütün Osmanlı mülkünün sahibidir.[671] Müslüman tebaa üzerinde dini meşruiyeti sağlamış olan ve aynı kanalla, otoritesini de koruyan padişah, kul sistemi ile merkezde köleler ile hristiyan tebaa üzerinde, tımar sistemi ile de yeni fethettiği coğrafyalar üzerinde otoritesini sağlam şekilde kurmuştur. Tımar sistemi ile birlikte, kul sistemi, devletin mutlak otoritesini merkezde sağlamlaştırmakta; taşrada ise bu işlevi tımar sistemi görmektedir. Bireylerin devletle itaat odaklı bağının bu sistemler üzerinden sağlanış biçimini şöyle izah edebiliriz; öncelikle, kul sistemi, Osmanlı Devleti'nin farklı dönemlerinde farklı şekillerde uygulanmıştır. Fakat temel olarak, köle statüsünde olan, gayrimüslim ailelerin çocuklarını alıp, eğiterek devlet hizmetine almak şeklinde bir uygulamadır. Ailelerinden alınan çocuklar sarayda devlet hizmeti görmekte yahut yeniçeri olmaktadır. Böylelikle kölelik statüsünden, devlet içinde saygın ve itibarlı olan kulluk statüsüne geçmiş olmaktadırlar ve hem kendileri hem de ailelerinin devletle olan bağları bu yolla pekişmektedir. Kuruluş döneminde sadece hristiyan kölelerden asker temin edilmektedir, ancak kuruluş sürecinden sonra hristiyan tebaa arasından da seçilmeye başlanmış ve bu usule devşirme sistemi adı verilmiştir.[672] Yeniçerilerin devletin sağlam temeller üzerine kurulmasında ve tebaa üzerinde otorite sağlamasında çok önemli rol oynadıkları söylenmektedir.[673] Calcondyle, yeniçerilere biçilen bu özel rolü nazara alarak, tebaanın Osmanlı hükümdarına boyun eğmelerinin yeniçeriler sayesinde sağlandığını ifade etmiştir.[674] Kültürel ya da etnik bağlantısı olmayan sosyal olarak tarafsız bir kuvvet olarak iyi bir bastırıcı kuvvet, ayrıca devlet

[671] Bu nedenle reayaya toprağın mülkiyeti değil, sadece devlete hizmet karşılığı kullanım hakkı verilmiştir.
[672] GÜZEL, Hasan Celal, ÇİÇEK, Kemal, KOCA, Salim (Ed.), *"Türkler"*, Cilt:10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 134.
[673] ASLAN, (2003), s.245.
[674]; CHALKONDYLE," Historie générale des turcs, contenant l'historie de Chalkondyle" , Paris, 1662, Aktaran: GÜZEL, ÇİÇEK, KOCA, (2002), C:10, s. 135.

içi iktidar mücadelelerinden bağımsız olduklarından etkin bir siyasal araç olmuşlardır.[675] Benzer şekilde, tımar sisteminin de otoriteyi sağlamada önemli katkısı bulunmaktadır. Merkezi otoritenin yerel koşullarla uyumlu şekilde varlığını koruması düşüncesiyle ortaya çıkan sistemlerden biri olan tımar sistemi, icra ettikleri görevlere mukabil devlet görevlilerine vergi toplama yetkisinin verilmesi biçiminde işler.[676] Yeni fethedilen yerlerin merkezden kopukluğunun önlenmesi ve vergilerinin alınması, idari işlerinin düzenlenmesi bu şekilde sağlanmıştır. Sistem, taşra üzerinde otorite kurmanın önemli bir aracıdır.

Osmanlı'da otoritenin sağlanması "nizam-ı alem"in korunması için çok önemlidir. "Nizam-ı âlem" kavramı, Fatih Sultan Mehmet'in "Kanunname" sinde kullanış biçimiyle "kamu düzeni" ve "kamu güvenliği" kavramlarına karşılık gelmektedir.[677] Onun korunması, son derece önemlidir. Kardeş katli gibi son derece tartışmalı kavramlar, nizam-ı alemin korunması adına şeriata uygun görülmüştür.[678] Fakat nizam-ı alemin korunması karşısında özgürlükleri korumak için otoritenin dengelenmesi gibi bir soruna, Osmanlı yabancıdır. Bu devirde yöneten-yönetilen arasındaki ilişkiyi değerlendirirken özgürlük-otorite dengesi üzerinden değil, "adalet" kavramı üzerinden hareket edilmelidir.[679] Osmanlılar;

"*Adl'dır, mûcib-i salâh-ı Cihân, Cihân, bir bağdır dîvarı devlet , devletin nâzımı şeriattır, Şer'iat'a hâris olamaz, illa melik ,Melik zapt eyleyemez illa leşker, Leşkeri cem' edemez, illa mal, malı cem' eyleyen reâyadır, reâyayı kul ider padşah-ı âleme adl.*"[680] düsturu ile yaşamışlardır. Birey, devletin varlığı ve bekası adına korunmaya değer görülmektedir. Adaleti sağlayan en önemli araç ise kanundur.

---

675 GÜZEL, ÇİÇEK, KOCA, (2002), C:10, s.135.
676 AKTAN, Coşkun Can, "Tımar sistemi ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Uygulaması", "Osmanlı Tımar Sisteminin Mali Yönü", Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, S:52, 1988, s. 69-78.
677 GÜZEL, ÇİÇEK, KOCA, (2002), C:11, s.34.
678 ÖZCAN, Abdülkadir, *"Fatih Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem için Kardeş Katli Meselesi"*, Tarih Dergisi, Sayı:33, İstanbul, 1982, s. 17-18.
679 TANÖR, (2014), İstanbul, s. 26.
680 *"Adalet Dünya'nın kurtuluşunu sağlar, Dünya, duvarı devlet olan bir bağdır, Devleti düzenleyen Şer'iattır, Hükümdar olmadan şer'at korunamaz, Askersiz Hükümdar duruma hâkim olamaz, Ordu ancak mal ile toplanır. Malı toplayan halktır. Halkı idare altına ancak Cihan Padişahının adaleti*

"Kanun" kavramı, Osmanlı'da, "kanun-u şeriat", "kanun-ı kadim" ve "kanunname" olarak üç farklı kavram içerisinde yer almaktadır. "Kanun-u şeriat", herkesin, padişahın dahi uyması gereken dinî kuralları ifade eder. Devlet yönetiminde en üst normdur. Onu, "kanun-ı kadim" izler. "Kanun-ı Kadim" kavramı, "ol kanundur ki ne zaman başladığını kimse bilmeye". Kavram, özellikle 17. asır nasihat literatürünün geçmişin bozukluklarını yorumlarken kullandığı merkezi bir kavramdır.[681] Bozulmalar hep kanun-ı kadimin ihmal veya terk edilmesine bağlanır.[682] Ocak, Kanun-ı Kadim kavramını şöyle açıklamıştır:

> *"Kanun-ı Kadim, Osmanlı devlet geleneğinde Kâtip Çelebi'nin yaşadığı yıllarda başlayan ıslahat düşüncesiyle ortaya çıkan ve kökleri itibariyle geleneğe bağlı olan ve Osmanlı hükümdarlarının yasama hakkını ifade eden kanunlar manzumesi olarak anlaşılır. Buradaki kadim kelimesiyle anlatılmak istenen, bu geleneğin Osmanlı ile değil de Türk tarihiyle ilgili olduğudur. İslam ile birlikte büyük ölçüde renk değiştiren bu gelenek daha da bir güç kazanmıştır."*[683]

Nizam-ı alem, kanun-ı kadime uyulması ile sağlanmıştır. Kanun-ı kadim, Nizam-ı âlem'in (kamu düzeninin) kaynağı olmakla otoritenin referans noktasını teşkil etmektedir. Modern zamanlarda bu kavramın yerine geçmiş olan fakat bu kez evrensel kabuller etrafında şekillenen "hukukun genel ilkeleri" ise otoritenin değil, özgürlüğün güvencesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Osmanlı klasik döneminde, kanunnameler de, padişahların otoritesini kuvvetlendiren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, Osmanlı anlayışında, hükümdarların adil olması devletin

---

alır." Kınalızâde Ali Efendi, "*Ahlâk, Ahlâk-ı Alâ'î",* Haz. Hüseyin Algül, Tercüman 1001 Temel Eser,s.138.

[681] ÖZ, Mehmet, *"Klasik Dönem Osmanli Siyasi Düşüncesii : Tarihi Temeller ve Ana ilkeler",* Islami Araştırmalar Dergisi, ClL T : 12, Sayı: 1, 1999, s.27-33.

[682] ÖZ, (1999), s.27-33.

[683] OCAK, Hasan, *"Siyaset/Toplum Felsefesi/ Ahlakı Açısından Katip Çelebi'de Ulema ve Ümeranın Yeri"* Mîzânü-l Hak İslamî İlimler Dergisi, S.1, 2016, s.83-100.

kuvvetinin ve hükümdarın otoritesinin devam edebilmesi için önemlidir.[684] Bu anlamda "adalet", devlet otoritesine karşı bireyleri korumanın araçlarından biridir. Bu amacı gerçekleştirmek adına hükümdarlar belli aralıklarla mezalimleri dinlemiş, münferit fermanlar yayınlanmış, hükümdarların iradeler şeklinde ısdar ettikleri hukuk kuralları ilgili kişilere ve mahkemelere gönderilmiş ve bir suretleri aynen veya özetlenerek şer'iye sicillerine kaydedilmiştir. Bunlar daha sonra birleştirilerek kanunnameleri oluşturmuştur.[685] Padişahın yasama faaliyeti kapsamındaki kanunnameler, halkı yürütmenin ve devletin başı olan padişaha değil, devlet görevlilerinin keyfi tutumlarına karşı korumak için hazırlanmıştır. Kanunnameler kamu görevlilerinin keyfi eylemlerinin önüne geçmek amacıyla çıkarılmıştır.[686] Zira, klasik dönem Osmanlı yaklaşımına göre, meşruiyetinin din temelli oluşundan ötürü şeriata asla karşı gelmeyeceği karine olarak kabul edilen padişahın, hak ihlalinin faili olması mümkün değildir. Böylece hükümdar, hem otoriteyi hem özgürlüğü sağlayan, ve bunları dengeleyen bir güç konumunda idi.

Osmanlı'da adaleti sağlamaya yönelik bir diğer unsur olarak yargı organından da söz etmek gerekir. Yargı yetkisi, yürütme ve yasama yetkisi gibi padişaha aittir. Padişah, Örfi hukuktan kaynaklanan meseleleri kendisi çözüme ulaştırır veya bunun için kadıları yetkilendirir.[687] Şer'i meselelerde yargılamayı kadı yapar. Kadı, şeriat namına hükmeder ve hükmü prensip olarak kesindir. Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile, müeyyidelerin şeriat ve kanun doğrultusunda mahkemeler tarafından belirleneceği sabit oluncaya dek sürmüştür.[688]

Sonuç olarak klasik dönemde, padişah, tüm kuvvetleri elinde tuttuğundan, otoriteyi dengeleyecek ayrı bir dengeleyici kuvvetten bahsetmek mümkün olmamıştır. Padişahın kendinden üstün değerler olarak kabul ettiği kanun-u kadim

---

[684] AYDIN, M. Akif, "*Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri",* Osmanlı Araştırmaları Dergisi, XXIV , 2004, İstanbul, s.37-46.
[685] AYDIN, (2004), s.37.
[686] AYDIN, (2004), s.43.
[687] YURTSEVEN, Yılmaz, ŞAHİN, Gamze Nur *"Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi"*, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.1, 2016, s.159-206.
[688] YILMAZ, ŞAHİN, (2016), s.184.

ve şeriat ise, padişahın "adil" olmasının güvencesi olmakla birlikte, otoriteyi de pekiştiren unsurlar olmuştur. Çünkü Osmanlı anlayışında, adaleti sağlamanın yolu otoriteyi sağlamaktan geçmektedir. "Özgürlük" ise kavram olarak hukuk sistemi içerisinde henüz yer almamaktadır. Bu kavramın yerine, "adalet" kavramı, "zulüm" kavramıyla karşıt olarak kullanılmıştır. Bu kavram otoritenin dengeli kullanılması düsturunu kapsar nitelikteyse de, otoritenin somut bir sınırlandırması, gerekli mekanizmaların yokluğu nedeniyle, mümkün olmamıştır. Günümüzde "kamu düzeni" ve "kamu güvenliği" kavramlarına denk gelen, "nizam-ı alem"in korunması, devlet yöneticisinin temel amacı olmuş, "adalet" ise ancak devletin bekası için halka muamele şeklinin düzenlenmesinde bir referans noktası olabilmiştir. Fakat henüz 16.yüzyılda dahi, toprak sisteminin bozulmaya başlaması ile merkez ve taşra yöneticilerinin keyfi uygulamaları sebebiyle adalet çemberi kırılmış, devlet-halk ilişkilerinde sorunlar baş göstermeye başlamıştır.[689] 17. yüzyılda bu durum daha da ağırlaşmış, hatta reayaya karşı işlenen suçlar "zulüm suçları"[690] başlığı altında ayrıca kategorilendirilecek kadar çoğalmıştır. Otoritenin büründüğü bu yeni hal, adaleti ortadan kaldırmış, bu duruma isyanlar da eşlik etmiş, yaşanan hareketlenmeler beraberinde ıslahat ve tanzimat devirlerini ve otoritenin karşısında özgürlük kavramının da korunması gerektiği düşüncesini, nihayetinde, anayasacılığı getirmiştir.

1.2.Osmanlı Modernleşme Dönemi

18.yüzyılda, III. Selim döneminde birçok ayaklanma yaşanmış, padişah, yaşanan ayaklanmalara son vermenin reformlarla mümkün olacağına inanmış, fakat bozulan devlet ve asker teşkilatını eski haline getirmesi mümkün olmamıştır. Yılların hatta asırların sürükleyip getirdiği alışkanlıkların ve kötü yönetim uygulamalarının

[689] Ayrıntılı bilgi için, TANÖR, (2014), s.26-27, ERYILMAZ, (1992), s. 22-30.
[690] MUMCU, Ahmet, "*Osmanlı Hukuku'nda Zulüm Kavramı*", Phoenix Yay., 2007, Ankara, s.1-34.

hemen birden yok edilmesi mümkün değildir.[691] Taşradaki devlet görevlileri, İstanbul'dan bağlantısını kesmiştir. Devlet otoritesinin kendisini koruyamadığını gören halk da mecburiyet altında ayanlara katılmak durumunda kalmıştır.[692] Siyasi meşruiyetinin devamlılığını sağlayan nizam-ı alemi koruma fonksiyonunu kaybeden padişaha karşı son isyan olan Kabakçı Mustafa isyanında, şeyhülislamdan sağlanan destek sonucu dinî meşruiyet de yer değiştirmiş olmaktadır. Zira isyancılar, başta Şeyhülislam Mehmed Ataullah ve İstanbul Kadısı Mehmed Murad efendiler olmak üzere, zaten ıslahata karşı olan ulemanın desteğini elde etmişlerdir.[693] Sonuç itibariyle Üçüncü Selim tahttan indirilmiş ve yerine gelen Dördüncü Mustafa'nın hallinden sonra İkinci Mahmut tahta geçmiştir.[694] Burada, otoritenin kaybı, özgürlüklerin egemen olması anlamına gelmemiş, zayıflayan devlet otoritesine, ayanların ve asker ocaklarının otoritesi ortak olmuştur. Devam eden süreçte, ilk anayasal belge olan Sened-i İttifak imzalanmış ve bu belgede reayanın haklarından ve onlara zulmün yasaklanmasından bahsedilmişse de, hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak bir mekanizmaya yer verilmemiş olması sebebiyle bu belge otoriteyi dengeleyip özgürlükleri gündeme getiren bir belge olamamıştır. Nitekim birkaç yıl içinde İkinci Mahmud merkezi otoriteyi güçlemndirince, Sened-i İttifak'ın hükümlerini tanımamıştır.[695]

Sened-i İttifak'tan sonra, otoriteyi özgürlüklerden yana sınırlama eğilimi tanzimat döneminde görülmüştür. Tanzimat hareketi, ulus olma bilincinin Osmanlı'daki gayrimüslim unsurlar arasında yayılmasının bir dağılmaya sebep olmaması için, otoritesinin sınırlandırılmasına razı olmuştur. Zira reaya üzerindeki otoritesini tamamen kaybetme tehlikesi karşısında, onun sınırlandırılması fikri tercih edilmiştir.[696] Bu minvalde Gülhane Hatt-ı Hümayunu ilan edilmiş, otorite

[691] ERYILMAZ, (1992), s.46.
[692] ERYILMAZ, (1992), s.46.
[693] ONARAN, Burak, *"Padişahı Devirmek, Osmanlı Islahat Çağında Düzen ve Muhalefet:Kuleli (1859), Meslek (1867)"*, Çev. Saadet Özen, İletişim Yay., 1. Baskı, 2018, İstanbul, s.66.
[694] TANÖR, (2014), s.50-72.
[695] ÖZBUDUN, (2011), s.25-26.
[696] TANÖR, (2014), s.84.

sınırlanarak kanun üstünlüğü ve kanuna saygı ilkesi ile kanun önünde eşitlik ilkesi hayata geçmiştir. Keyfi işlemlerin yasaklanması, kanunun, kanun koyucu dahil herkesi bağlaması düşüncesi gündeme gelmiştir. Özgürlük ve otoriteyi dengeleyici bir unsur olarak "kanun" önem kazanmıştır. Kanuna kanun koyucunun ve idarecilerin bağlı kalması "yemin" ile güvence altına alınmış olup, yaptırım sistemi kurulmamışsa da, böyle bir "kendini sınırlama" rejimi, günün koşulları için önemli bir denge aracı olmuştur denebilir.[697] Osmanlı'da Gülhane Hatt-ı Hümayunu özgürlük-otorite dengesini ilk kez kurma girişimi olarak dile getirilebilir. Tanzimatın ardından gelen Islahat fermanı ve ıslahat hareketleri de, anayasal anlamda tanzimattaki gelişmelerin devamı şeklinde cereyan etmiştir. Genel olarak ıslahat hareketlerine bakıldığında bunların tepeden inme olarak halka empoze edildiği, halkın özgürlük mücadelesi sonucu oluşmadığı görülmektedir.[698] Otoritenin dengelenmesinde halkın pasif tutumu[699], birtakım güçlerin iktidarı ele geçirerek, "halk adına" devlete ve topluma yön verme iddiasıyla ortaya çıkmasına sebep olmuş, böylelikle otoritenin dengelenmesi değil, el ve biçim değiştirmesi söz konusu olmuştur. Bu süreç, Osmanlı'da Tanzimat ve onu var eden bürokrasi eliti ile başlamıştır. Siyasi ve idari otoritenin, fiilen bu güçlü bürokratik yapıya geçmeye başladığı bu dönemi, "Bâb-ı Âli Asrı" şeklinde ifade eden yazarlar bulunmaktadır.[700] Bu dönem, sadrazamla beraber, etrafındaki bürokratların da yönetime egemen olduğu bir dönemdir. Bu dönemi, birinci meşrutiyetten sonra Yıldız Sarayı'nın, ikinci meşrutiyetten sonra İttihat ve Terakki cemiyetinin otoritesi izleyecektir. Ortaylı, sayılan tüm devirlerde yönetimin otoriter olduğunu, nihayetinde otoriterliğin hemen hemen çağdaş bir diktatörlük haline geldiğini ifade etmiştir.[701]

---

[697] TANÖR, (2014), s.91.
[698] ERYILMAZ, (1992), s.15.
[699] ERYILMAZ, (1992), s.16.
[700] ORTAYLI, İlber, *"İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı"*, Timaş yayınları, 33. Baskı, İstanbul, 2011, s.101-137.
[701] ORTAYLI, (2011), s.101.

Tanzimat Sonrası devlete ya da bürokrasiye hâkim olan ideolojiyi Ortaylı şu şekilde ifade etmektedir;

> *"1839 yılı 3 Kasım'ında Osmanlı İmparatorluğu'nun tarihinde yeni bir dönem açan Hatt-ı Hümayun'u okuyan bürokrat gruba Babıali diktatörleri denegelmiştir"*.[702]

Tanzimat dönemi devlet adamlarından oluşan Bâb-ı Âli grubu, otoriter bir yönetimin temsilcileridir. Zira, Osmanlı'nın dış etkenler sebebiyle otoritesini yitirmesi ihtimali, Tanzimat düşüncesini oluşturmuştur. Otorite, halihazırda en önemli değer olmaya devam etmiş fakat, kendine ortaklar da edinmeye başlamıştır. Tanzimat dönemi devlet adamları, yönetsel, ekonomik mevzularda ve ceza hukukunda Avrupa mevzuatının iktibası fikrine sıcak bakmışlardır. Yönetilenlere yapılan baskı ve zulüm ile mücadele etmekte, haksız işlemleri soruşturup, usulsüzlük yapan yöneticileri cezalandırmaktadırlar. Bunun yanında köleliğin kaldırılması ile müslim-gayrimüslim tebaa arasında eşitliğin sağlanması da bu dönemde hayata geçirilen otoriteyi dengeleyici unsurlar olmuştur. Aslında bu dönemde, reformlara hâkim olan liberal düşünce ile tutuculuk, bir aradadır.[703] Bunun yanında, Tanzimat dönemi devlet adamlarının, milletin temsili, meşrutiyetin getirilmesi gibi bir tahayyülleri yoktur. Tanzimatçılar, inkılapçı değildirler, reformcu bir dünya görüşüne sahiptirler.[704] Reform süreçlerini ılımlı bir şekilde işletmişlerdir.[705] Temelde muhafazâkar görüşlüdürler ve monarşi ile uyum içerisinde çalışmışlardır. Fransız devriminden etkilenen değil, ona tepki olarak yürüttükleri bir hareketleri vardır. Osmanlıcıdırlar ve yeni bir Osmanlı devlet milliyetçiliği yaratmaya çalışmaktaydılar.[706]

---

[702] ORTAYLI, (2011), s.101.
[703] ORTAYLI, (2011), s.112.
[704] ORTAYLI, (2011), s.125.
[705] ORTAYLI, (2011), s.126.
[706] ORTAYLI, (2011), s.128.

1861 yılına gelindiğinde, Bab-ı Âli hükümetinden Ali ve Fuat Paşalar ön plana çıkmaya başlamış ve Şerif Mardin'in ifadesiyle onların iktidarları boyunca Bâb-ı Âli hegemonya siyaseti uygulanmıştır. Butrus Ebu Manneh'in Tanzimat'ın 150. yıldönümü Uluslararası Sempozyumunda sunduğu bildiride[707] ifade ettiği gibi;

> *" Paşalar, Reşit Paşanın mahmîsi ve ona sadık bürokratları görevlen almasi için Sultan Abdülmecid'i kışkırttıkları gibi, devlet işlerinde daha etkin rol almak istediğinde bir padişahı protesto etmek için istifa etmek ve kendi bildikleri dışında görevlerini icra etmeyi reddetmek gibi daha önce duyulmamış tepkiler vermiş, Sultan Abdülaziz, sultanlık ve diğer makamlar için aynı düzeyde yeni adamlar bulmada başarısız olunca duruma rıza göstermek zorunda kalmıştır."*

Devlet yönetimi üzerinde hegemonyasını böylece kuran Ali ve Fuat paşalar, hem liberalleri hem de padişahı dışarıda bırakmış, herhangi bir dengeleyici kuvvet olmaksızın bu durumu devam ettirmişlerdir. Sonuç itibariyle devlet otoritesini güçlendirmek için dahi olsa kişi hak ve özgürlükleri yönünde reformcu kimlik taşıdığını söyleyebildiğimiz otoritenin yerini, frensiz bir otorite almıştır.

Yeni Osmanlı düşüncesi, Bâb-ı Âli hükümeti uygulamalarından rahatsız olan ve ülkeyi dağılmanın eşiğinde gören, hemen hepsi eski Bâb-ı Âli çalışanı olan bir grubun İttifak-ı Hamiyyet örgütünü kurmasıyla başlamıştır. Bu kişiler, batıda eğitim almış olan Mehmed Bey'in liderliğinde, Montesqieu'den çeviriler yapan Namık Kemal, Napoleon'a ciddi hayranlık besleyen Ayetullah Bey, batı dillerinden çevirilerin yer aldığı bir gazetenin sahibi olan Refik Bey gibi isimlerden oluşuyordu. Bu kişiler, batıda yankı bulan halkın temsili, meşrutiyet fikirlerinin Osmanlı'da uygulanmasını gerekli görmekte, Ali Paşa'nın şahsi otoritesinin sona ermesini

[707] Butrus Abu-Manneh, "Âli ve Fu'ad Paşaların Bâb-ı Âli'deki Nüfuzlarının Kökleri (1855-1871)", (iç.) İNALCIK, Halil, SEYİTDANDIOĞLU, Mehmet, (Ed.), "*Tanzimat, Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu"*, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2014, p. 477-491.

hedeflemekteydiler. Bu kişilerin, monarşi kurumu ile bir çatışmaları yoktu, fakat Bâb-ı Âli uygulamalarını eleştirmekteydiler. İttifak-ı Hamiyyet,[708] reformları din ve milliyet ekseninde telakki etmiş, aynı zamanda politik olarak Avrupa'ı da takip etmekten geri durmamışlardır.[709] Amaçlarının yalnızca Padişah'a Bab-ı Ali'nin yanlış uygulamalarını içeren bir dilekçe vermek olduğu söylense de[710], grubun ihtilalci karakteri kabul edilmektedir.[711] İttifak-ı Hamiyyet'in dağılmasının ardından ortaya çıkan ve Bâb-ı Âli tarafından Avrupa ülkelerine tahsil için gönderilmiş olup, batılı fikirlerle donanmış halde olan Jön Türkler de Yeni Osmanlı akımının devamı niteliğindedir.[712] Basın, hareketin çok önemli bir aracıdır.[713] Zira, halk, meşrutiyetçi yenilikler karşısında isteksizdir fakat Jön Türklerin benimsediği liberal fikirler yolunda yenilikler yapılması için halkın desteği ve katılımı gereklidir. Öte yandan grubun içerisinde basın faaliyetleri için maddi desteği sağlayan Mustafa Fazıl Paşa, hükümete yönelik tenkitler hususunda fazla sert olunmaması yönünde bir tutum takınmaktadır. Gruptaki farklı temayüller üzerinden birçok gazete neşriyatı yapılmıştır; bir diğer deyişle dağınık ve çeşitli bir hareket biçimi söz konusudur. Yeni Osmanlı hareketinin ihtilalci bir yönünün olduğu gerçeği, kendini önce, İttifak-ı Hamiyyet lideri Mehmed Bey'in planladığı darbe teşebbüsü ile göstermiştir.

---

[708] "*Bu ismin, örgütün kurucuları tarafından belirlenmediği, hatta bu cemiyetin herhangi bir isminin olmayabileceği, İttifak-ı Hamiye isminin örgüte yakıştırılan isimlerin en rağbet görenlerinden biri olduğu ifade edilmektedir."* Bkz. ONARAN, (2018), s.255.

[709] MARDİN, Şerif, *"Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu"*, İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2006, İstanbul, s.29.

[710] *"Cemiyetin planı, cemiyet mensupları, medrese talebesi, fedailer ve nihayet cami cemaatinin hep birlikte Meclis-i Hass'ın toplanmış olduğu Bâb-ı Âli'ye yürümekti. İlk amaç Meclis-i Hass'ı dağıtmaktı. Başta Âli Paşa, Fuat Paşa gibi en önemlileri olmak üzere, vükeladan karşı koyanların öldürülmeleri öngörülmüştü. Arkasından cemiyete mensup ulema özellikle millet meclisi kurulmasını içeren ıslahat projelerini bir arzuhalle padişaha sunacaktı."* Bkz. ONARAN, (2018), s.273.

[711] Ebüzziya , *"Yeni Osmanlılar",* Yeni Tasviir-i Efkar, 7 Haziran 1909, s.3, Aktaran: MARDİN, Şerif, " Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu", İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2006, İstanbul, s.30. "*Cemiyetin başta insani amaçlar için hareket eden bir yapı olarak kurulduğu, cemiyet tarafından daha sonra gerçekleştirilen suikast teşebbüsünün yargılaması ile ilgili hazırlanan mazbatada yer alıyordu. Hatta olayla ilgili olarak yapılan tutuklamalardan 20 gün öncesine kadar bu durum değişmemişti. Ancak, bir cemiyetin 20 gün içerisinde böyle bir dönüşüme uğraması ihtimal dahilinde görülmemektedir."* Bkz. ONARAN, (2018), s.264-271.

[712] DEMİRTAŞ, Barış, "Jön Türkler Bağlamında Osmanlı'da Batılılaşma Hareketleri", U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 13, 2007/2, s.389-408.

[713] DEMİRTAŞ, (2007), s.392.

Taleplerini kabul ettirmek adına örgütün silah kullanmasına karşı olan Ayetullah Bey'in ihbarı üzerine bu girişim sonuca ulaşamamıştır.[714] Daha sonra, Sultan Abdülaziz'i meşrutiyet fikrine sıcak bakmaması gerekçesiyle tahttan indirerek yerine beşinci Murat'ı geçirmeleri, Sultan Murat sağlık sorunları sebebiyle tahttan indirilince yerine "meşrutiyet sözü" aldıkları İkinci Abdülhamit'i geçirmeleri, yöntem olarak ihtilalciliği benimsemiş olduklarını açıkça ifade etmektedir. Görüldüğü üzere Osmanlı'da otoritenin yüzü farklılaşmaktadır. Yeni ortaya çıkan otorite bir yandan sonuçta diktatörlüğe giden bir yolda ilerlerken öte yandan anayasa çalışmalarını da yürütmüştür. Yeni otorite, bir yandan katı bir toplumsal kontrol sağlarken, diğer bir yandan eski otoriteyi dengelemek adına demokratik araçları sisteme dahil etme çabası içerisinde olmuştur.

Askeri darbeler sonucu İkinci Abdülhamid tahta çıkarılmış, sadrazam olarak Mithat Paşa görevlendirilmiş, bu olayı müteakip tarihimizde ilk anayasa olan Kanun-ı Esasi'nin hazırlıkları başlamıştır. 1876'da ilan edilen Kanun-ı Esasi'de, özgürlük otorite dengesinin başarılı şekilde sağlandığını söylemek zordur. Her ne kadar, kişi hak ve hürriyetleri geniş şekilde düzenlenmişse de, bu hak ve özgürlüklerin korunması için, otoriteyi zorlayacak unsurlar ve denetleme mekanizmaları, sisteme dahil edilmemiştir. "Osmanlı" olmanın tanımına yer verilmiş, din ve mezhepten kaynaklanan ayrımcılıkların önlenmesi adına, "Osmanlı" tanımının kanunda belli olduğu şekilde yorumlanması gerektiği açıklanmıştır (md. 8). Yine, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı kuralı Kanun-i Esasi'de yer bulmuş (md.10), matbuatın serbestiyet sınırlarının belirlenmesinde ise, "kanun dairesinde" ibaresiyle yine kanun işaret edilmiştir. Her Osmanlı'nın umumi ve hususi eğitim almaya nizam ve "kanun dairesinde" hakkı olduğu (md. 15), kanuna uygun olmayan biçimde cebren kimsenin mesken ve menziline girilemeyeceği (md. 23) vb. şekilde hakların kullanımı ve sınırlandırılmasında kanunilik prensibi ölçü olarak konulmaya çalışılmışsa da, "kanun" un, sağlıklı olarak sistemde yer almasının, mümkün olmadığı açık ve ortadadır. Şöyle ki, yeni kanun hazırlanması ve kanun değişmesi

[714] MARDİN, (2006), s. 54.

için sadrazam başkanlığındaki heyet-i vükela veya kendi görev alanları içerisindeki konularda heyet-i mebusan, padişahtan izin alma şartı ile kanun teklif edebilmektedir (md.53). Parlamentonun kanun yapımını Padişah'ın iznine tabi kılmak, yasamanın yürütmeyi yani iktidarı sınırlama fonksiyonunu daha baştan imkansız kılmaktadır. Ayrıca, padişahın, Meclis-i Umumi'de, Heyet-i Ayan ismiyle ömür boyu görevde kalacak meclis üyeleri ataması, bir de bu meclise, kanun tekliflerini tamamen red ve düzelterek sadarete sunma yetkilerinin verilmesi, yasamanın etkinliğini doğarken öldürmüştür. Padişahın meclisi feshi yetkisini elinde bulundurması, heyet-i vükelanın meclisin toplanmış halde olmadığı hallerde muvakkaten kanun hükmünde karar verme yetkisinin bulunup, bu muvakkatlığın nihayetinde heyet-i vükelanın kararlarının meclis tarafından onaylanması gerektiği gibi bir hükme ise yer verilmemiş olması (md. 36), meclisin varlığını tamamen göstermelik hale getirmiştir. Tüm bunların yanında, olağanüstü hal kurumunun da Kanun-ı Esasi'nin son bölümünde "idare-i örfiye" adıyla yer alması dikkat çekicidir. 113. maddede, devletin bir bölümünde ihtilal olacağını belirten iz ve işaret görüldüğü halde hükümetin o bölgede geçici olarak "idare-i örfiye" ilanına hakkı olduğu belirtilir. Bu durumda sözü geçen bölgenin idaresinin özel bir düzen ile belirleneceği bildirilmiş, bu kapsamda padişahın, hükümetin güvenliğini tehdit ettikleri zabıta soruşturmasıyla sabit olanları Osmanlı ülkesinden ihraç yetkisi bulunduğu ifadesi hükümde yer almıştır. "Güvenliği tehdit etme" ifadesinin soyutluğu ile ihraç edilecek kişilerin zabıtanın soruşturması ile belirlenmesi bir araya geldiğinde, bu hükmün, muhalif kişilere karşı alınmış bir tedbir olduğu ve kişi güvenliğini oldukça tehlikeye soktuğu söylenebilir. Bir dengeleyici unsur olması beklenen yargı organı da Kanun-ı Esasi'de düzenlenmiştir. Hakimlerin görevleri kanunla düzenlenir (md.81), muhakeme alenidir (md. 82), herkesin kendisini istediği biçimde savunma hakkı vardır (md. 83), her davanın ait olduğu mahkemede görüleceği kaydı ile tabii hâkim ilkesi kendine düzenlemede yer bulmuştur (m.86). Mahkemeler, her türlü müdahaleden azadedir (m. 86). Yargının yasamaya göre daha demokratik düzenlendiği görülmektedir. Sonuç olarak Kanun-ı Esasi'nin yargıyı düzenleyiş biçiminden kısmen de olsa

yargının, yürütmeyi sınırlayıcı ve dengeleyici bir fonksiyonunun olduğunu ifade edebiliriz.

Padişah İkinci Abdülhamid, Kanun-ı Esasi'de kendisine tanınan meclisi tatil etme yetkisini (md. 7) 14 Şubat 1878'de kullanmış ve meclisi tekrar toplantıya çağırmamıştır. Esasen, Sultan Abdülhamid meşrutiyet ile ilgili olumlu düşüncelerini çok kez dile getirmiş, süreci desteklemişti. Örnek olarak, Kanun-ı Esasi'nin ilan edildiği gün Sadrazam Mithat Paşa'ya göndermiş olduğu Hatt-ı Hümayun'un bir bölümünde, bu çağda gereken şeyin kanunların meşruti bir meclis tarafından yapılması olduğunu, bunun için parlamentonun açılacağını belirtmiştir.[715] Hatta Mebusan Meclisi açıldığında verdiği nutukta, Sultan Abdülhamit istibdât rejimini eleştirmiş, medeni devletlerin kalkınmış, güvenli ve mamur olmalarının sebebinin, kanunları seçilmiş parlamentoların yapması olduğunu ifade etmiştir.[716] Fakat bu sırada 93 harbi devam etmektedir, düşman Yeşilköy'e kadar gelmiş, Ayastefanos Antlaşması'nı dayatmaktadır. Sultan Abdülhamit böyle bir olağanüstü durumda çalışamayacağı gerekçesiyle, birliği ve gücü sağlamak gerektiği inancıyla meclisi tatil etmiştir.[717] Böylelikle olağanüstü bir durum daha demokratik hakların karşısına çıkmış ve onu alaşağı etmiş olmaktadır. Güçlü yürütmenin, güvenlik tehdidi karşısında en güvenli çözüm olarak kendini göstermiş olduğu bu durum, Türkiye'de özgürlük-otorite arasındaki dengenin güvenlik kaygısıyla bozulmasına yerinde bir örnektir. Bu gelişmeden sonra, kimi yazarların 'mutlakıyetçi bir rejim'[718] dediği kimilerinin ise 'istibdât rejimi'[719] olarak andığı dönem başlamıştır. Bu dönemin

---

[715] AKYOL, Taha, *"Türkiye'nin Hukuk Serüveni: Fıkıhtan Hukuka ve Demokrasiye Geçiş Sorunları",* Doğan Kitap, 1. Baskı, Kasım 2014, İstanbul, s. 225.
[716] AKYOL, (2014), s.225.
[717] ÖZTUNA, Yılmaz, *"Bir Darbenin Anatomisi"*, Ötüken Yay.,13. Baskı, 2011, İstanbul, s.290-293.
[718] GEORGEON, François, *"Sultan Abdülhamid"*, İletişim Yay. 1. Baskı, 2012, İstanbul, s.201-233; KANSU, Aykut, *"İttihadcıların Rejim ve İktidar Mücadelesi, 1908-1913"*, Çev. Seda Somuncuoğlu, İletişim Yay., 1. Baskı, 2016, İstanbul, s.1-21; BORA, Tanıl, *"Cereyanlar: Türkiye'de Siyasi İdeolojiler"*, İletişim Yay.,1. Basım, 4. Baskı, 2017, İstanbul.
[719] ÖZTUNA, Yılmaz, *"II. Abdülhamîd: Zamânı ve Şahsiyeti"*, Ötüken Yay., 1. baskı, 2008, İstanbul, s.80; UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, *"Osmanlı Tarihi"*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1947, Ankara, s.292; HOCAOĞLU, Baran, *"II. Meşrutiyette İktidar-Muhalefet İlişkileri, 1908-1913"*, Kitap Yay., 2010, İstanbul, s.75.

özellikleri, tehdit altındaki otoritenin özgürlükler karşısında aldığı biçimin tahlili açısından dikkate değerdir.

Meclisin tatilinden sonra Osmanlı ülkesinde polis devleti özellikleri görülmeye başlanmıştır ve özgürlük-otorite dengesi büsbütün bozulmuştur. Basın ve toplanma hürriyetine ciddi kısıtlamalar getirilmiştir.[720] Toplumsal kontrol üst seviyeye çıkarılmıştır. Öyle ki, jurnal vermeyi teşvik eden ve bizzat Sultan Abdülhamid'e bağlı bir hafiye sistemi dahi kurulmuştur. Basın sansürü üst seviyeye çıkarılmış ve birçok devlet adamı sürgün edilmiştir. Bu ortam, şiddetli bir muhalefeti de beraberinde getirmiştir. İttihat ve Terakki Cemiyeti ön plana çıkmıştır. Bu cemiyet, toprak kaybına engel olunamamasına ve istibdad rejimine tepki olarak çalışmalarını sürdürmektedir. İttihat ve Terakki'nin Jön Türkler'den ayrılan yönü, iktidarı fiilen ellerinde bulundurmaları ve onu kaybetmemek adına otoriteyi en zirveye taşımaktan çekinmemeleri, birer eylem adamı olmalarıdır.[721] Pozitivizm, düşüncelerinin temel kaynağıdır ve aralarında Fransız pozitivistlerin başı olan Pierre Lafitte'nin derslerine devam etmiş olan dahi vardır. Fransız İhtilali'nin getirdiği değerler çerçevesinde bir siyasal düzen tahayyülleri bulunmaktadır. Cemiyetin karakteri devrimcidir, Namık Kemal'de ifadesini bulan Osmanlı Milliyetçiliği ve İttihâd-ı Anasır (unsurların birliği) ilkesini benimsemişlerdir.[722] 1895 tarihli ilk ayrıntılı cemiyet nizamnamesinde amaçlarını da; "hükümet yönetimini insan haklarının koruyucusu ve uygarlıkta ilerlemenin kaynağı olan 'usulü meşverete' döndürmek, muhafaza-i hüsnü ahlak, genel eğitimin ilerlemesi, genel olarak uygarlığa ve insanlığa hizmet etmek" olarak belirlemişlerdir.[723] O güne kadar özgürlük ve adalet talepli olan tüm muhalif örgütlenmeler gibi ihtilalci karakterdedirler. Planladıkları bir darbe harekete geçilmeden bir gün önce Numune-

[720] AKŞİN, Sina, *"Jön Türkler ve İttihat ve Terakki",* İmge Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, Kasım 2001, İstanbul, s. 28.
[721] ZÜRCHER, Eric Jan, *"Modernleşen Türkiye'nin Tarihi",* Çev..Yasemin Saner, İletişim Yayınları, 26. Baskı, 2011, İstanbul, s. 199.
[722] AKŞİN, (2001), s.31.
[723] TUNAYA, Tarık Zafer, *"Türkiye'de Siyasi Partiler",* Doğan Kardeş Basımevi İstanbul, 1952, s.117-122.

i Terakki müdürü Nail Bey tarafından açık edilmiş, Askeri Mektepler Nazırı Zeki Paşa'yı öldürmekle başlayacak olan diğer bir darbe de yine ihbar edilmek suretiyle önlenmiştir.[724] Ali Suavî'nin Beşinci Murad'ı tahta geçirmek için teşebbüs ettiği darbe de unutulmamalıdır. İhtilalci ideolojik temelin tırmanmasına kanıt olarak Tanör, Ahmet Rıza'nın başını çektiği kanadın, Jön Türkler'in seçkinciliğini, seçkinci-otoriter tezlere ve aydın despotizmine evriltmesini göstermiştir. Buna göre,

> *"Halka tanınan ayaklanma hakkı, yönetimin bir uzman-seçkinler zümresine geçmesini sağlamak içindir. Buna göre, ilk amaç siyasi liderlik yapabilecek sınıfı yetiştirmek olmalı, parlamenter ve temsili bir sistemin kurulması ise halkın eğitilmesinden sonraya bırakılmalıdır."*[725]

Askerlerin siyasal hayata önderlik etmesi gerektiği görüşü de seslendirilmektedir. Cemiyetin 1902 kongresinin ardından Prens Sabahattin, bunu askeri bir darbe organize ederek hayata geçirmiştir.[726] Özellikle 1905'ten sonra askerin bir otorite olarak siyasette etkin rol alması artarak devam etmiştir. Özgürlükçülerin aynı ölçüde otoriter olmaları neredeyse kural haline gelmiştir. Karşıt güçler arasında otorite mücadelesi devam eder ve her iki taraf da baskıcılığı benimserken, dengeleyici bir unsurun sisteme dahil olamayışı da otoriterizmi pekiştirmiştir.

Bir karşı-devrim niteliğindeki 31 Mart Ayaklanması bastırıldıktan sonra, 23 Temmuz 1908'de İttihat ve Terakki Manastır'da hürriyet ilan edilmiştir. Aynı günün gecesi Sultan Abdülhamit, Kanun-ı Esasi'nin yeniden yürürlüğe konulduğu anlamına gelen Meclis-i Vükela Mazbatasını onaylayıp Meşrutiyet'i resmen ilan etmiştir.[727] Devamında yapılan 1909 anayasa değişiklikleri otorite ile özgürlüğün dengelenmesi yolunda 1876 Anayasası'na göre daha umut vericidir. Bu anlamda en önemli

---

[724] AKŞİN, (2001), s.41.
[725] TANÖR, (2001), s. 171.
[726] BİRECİKLİ, İhsan Burak, *"Sultan II. Abdülhamit'e Karşı Başarısız Bir Darbe Girişimi"*, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, Cilt:1 Sayı:1, 2012, s.683-697.
[727] AKŞİN, (2001), s.129

değişiklik monarşinin gerçekten sınırlanmasının sağlanmasıdır.[728] Yetkide eğırlık Meclis-i Mebusan'a geçmiş, Paadişah bu anlamda geri plana çekilmiştir. Meclis-i Mebusan'ın yıllık çalışma süresi uzatılarak devlet yönetimindeki ağırlığı arttırılmıştır.[729] Kanun teklif etme yetkisinin vekillere verilmesi, güvenoyu kurumunun oluşturulması, hak ve özgürlük düzenlemeleri gibi hususlar 1909 değişikliklerinin temel noktalarıdır.[730] Otorite-özgürlük dengesini kurmak adına bir yandan, kanun teklif etmek için padişahtan izin alma koşulu kaldırılarak ve padişahın mutlak veto yetkisi geciktirici ve zorlaştırıcı veto yetkisine dönüştürülerek, kanun tekliflerinin öncelikle Şura-yı Devlet'te tarafından değerlendirilmesi kuralı terk edilmekle yasama kuvveti yürütme karşısında güçlendirilirken, öte yandan hak ve özgürlükler ile ilgili anayasal düzenlemeler de geliştirilmiştir. Cezalandırmada olduğu gibi, tutuklamada da kanunilik koşulu getirilmiş, padişahın 113. madde kapsamında kişileri sürgüne yollama yetkisi kaldırılmıştır. Basın özgürlüğü de kuvvetlendirilmiş, basının ön denetime tabi tutulamayacağı hükmü getirilmiştir. Toplanma ve dernek kurma hakkı da bu değişiklikte yerini almıştır. Bunun gibi, postalanan belgelerin ancak hâkim kararıyla açılabileceği hükmü getirilerek haberleşmenin gizliliği hakkına uygun bir düzenleme yapılmıştır.[731]

Yukarıda yer verdiğimiz anayasal değişikliklerin gerçekleşme yolu darbe ile açılmıştır; daha önce de belirttiğimiz gibi, özgürlükçüler de otoriterdir. Dolayısıyla değişen haliyle anayasa uygulanmaya başlandıktan sonra, İttihat ve Terakki otoriteye yönelerek dengeyi bozma eğilimi göstermiştir. Mevcut durumda Meclis üzerindeki kontrolünü kaybettiği kanısına varan İttihat ve Terakki Cemiyetinin reaksiyonunu Tanör şu şekilde ifade etmektedir;

---

[728] TANÖR, (2014), s.192

[729] BUCAKTEPE, Adil, "*Birinci ve İkinci Meşrutiyet Anayasalarında Öngörülen Devlet Modelleri Hakkında Bir Değerlendirme"*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 42. Sayı Ekim 2014, s.45-56.

[730] ÇALEN, Mehmet Kaan, *"1909 Kanun-i Esasî Tadilatı"*, Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 4, Temmuz-2012, s. 129-140.

[731] BULUT, Nihat, *"Türkiye'de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi"*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII S: 1 – 2, 2008, s.1-15.

"*Parlamento üzerindeki denetiminin elinden kaçtığını gören İttihat ve Terakki, Meclis-i Mebusan'ın feshini denemek istedi. Fakat kendi eseri olan 1909 değişikliği bunu epey zorlaştırmıştı. Bu engeli kaldırmak için fesih mekanizmasının 1876'daki biçimine geri döndürülmesini planladı. Meclis-i Mebusan'ın (itihatçı) reisi Halil Bey'e göre de 'Meclis ihtirasa kapılıp memlekette muzır hal alınca devlet reisi onu feshedebilmeliydi.'*"[732]

İttihat ve Terakki meclise bu teklifi sunmuştur; ancak kuvvetli muhalefet teklifin görüşülmesine dahi imkan bırakmayınca başka bir formül bulunup anayasa maddeleri dolanılarak meclis feshedilmiştir. Bu, apaçık bir darbedir. Takip eden seçimlere de "sopalı seçimler" denilmesi aynı otoriter tutumun eseridir. Seçimler sonucu mecliste 300 koltuğun 264'ünü alan İttihat ve Terakki, kendisine yakın olan Mehmet Said Paşa kabinesiyle de otoritesini pekiştirmektedir. Özgürlük-otorite dengesinin kurulması için gerekli olan ilk koşul olan "denetimli iktidar", bu gelişmelerle ortadan kalkmıştır. Daha sonra kamuoyu ve asker baskısı neticesinde kabine çekilmiştir. Meclis ise, Heyet-i Ayan'ın görüşüyle yeniden feshedilmiştir. Fakat İttihat ve Terakki 1913'te Bâb-ı Âli baskını ile yeniden hakimiyeti ele almıştır. Sait Halim Paşa hükümeti kurulduktan sonra İttihat ve Terakki, parlamento çoğunluğunu sorgulanamaz kabul ederek antidemokratik işlemlerin de parlamento iradesi olarak hukukileştirilmesi sürecini başlatmıştır.[733] 1914'te başlayan Birinci Dünya Savaşı ve Osmanlı Devleti'nin dağılması sürecinde İttihat ve Terakki iktidarını sürdürmüş, bunu, ulus-devletin kurulması izlemiştir.

[732] TANÖR, (2014), s.199.
[733] TANÖR, (2014), s.207.

1.3.Cumhuriyet Dönemi

1.3.1. 1921 Anayasası ve 1924 Anayasası Dönemi

Dünya Savaşı sona ererken, mütareke döneminde, halkta Osmanlı Devleti hükümetinin teslimiyetçi tutum izlediğine yönelik kanaat yaygındır. Bunun bir getirisi olarak da toplumda siyasallaşma başgöstermiştir. Mustafa Kemal Atatürk'ün önderlik ettiği kongrelerde milli egemenlik doktrini benimsenmeye başlanmıştır.[734] Erzurum ve Sivas Kongrelerinde alınan; "irade-i milliyeyi hakim kılmak" kararı bunu göstermektedir. Böylelikle yeni kurulacak cumhuriyette anayasanın temeli olacak düşüncenin tohumları ekilmektedir. Bu ilke, otoritenin kontrolörü olma rolünü hakiki olarak halka vermekle kalmayan, aynı zamanda meşruiyetin temelini bizzat halka dayandıran bir ideolojik çerçeveye sahiptir. 1921 Anayasası'nın 1. maddesinde[735] cumhuriyetimizin temel taşı olarak yer alacak olan "millet egemenliği", yahut "millî egemenlik"; ilkesi[736], otoritenin eskisi gibi devletin varoluş gayesi olmayacağını, bireyin ve özgürlüklerinin, devlet yönetiminde önceliği ele alması yönünde başlangıç teşkil edecek şekilde anayasal dayanak bulacağını göstermektedir.

1921 Anayasası, kişi hak ve özgürlükleri ve yargılama ile ilgili hükümler bakımından, Kanun-ı Esasi'deki hükümleri esas almaktaydı. Bu açıdan özgürlükler ve denge mekanizmaları anlamında somut değişimlerden bahsetmek mümkün değildir. Bu anayasanın önemi, Devlet ve birey arasındaki ilişkiler ile ilgili paradigmayı kökten değiştirmesidir. Ne var ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi henüz benimsenmemiştir, tüm kuvvetler mecliste birleşmektedir. Kuvvetler birliği rejiminin özgürlük-otorite dengesini otorite lehine bozmasının en önemli göstergesi

---

[734] TANÖR, (2014), s.226-227.
[735] "Hâkimiyet bilâ kayd-u şart milletindir"
[736] Geniş Bilgi için bkz. RENAN, Ernest, "*Nutuklar ve Konferanslar" ,"Millet Nedir?"* Çev.Ziya Ishan, Sakarya Basımevi, Ankara, 1946, s.123.

yargı faaliyetiyle ilgilidir. Yasama ve yürütme faaliyetlerini denetler şekilde düzenlenmesi gereken yargı faaliyeti hakkında anayasada bir hüküm bulunmamaktadır. İstiklal Mahkemeleri uygulamaları ise, bir yargı organı olarak üyelerini meclis üyelerinin oluşturması dolayısıyla yasama ve yürütme organıyla yekvücut olmuş biçimde çalıştığını göstermektedir.

Yargısal faaliyetler yanında, kuvvetler birliği meselesiyle ilgili yasama-yürütme ilişkileri anlamında da icra, yani yürütme kuvvetinin en üstün, hatta tek kuvvet olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre; "Meşrutiyette milli hakimiyet, yasama organında tecelli ettiriyor. Halbuki efendiler, milli hakimiyet yasama kuvvetinde değil, bu kuvvetin de üstünde tecelli eder, o ise yürütme kuvvetidir".[737] Hatta meclis hükümeti sisteminin benimsenmesine; bu sistemde de devlet başkanlığı kurumu olmamasına karşın fiilen devlet başkanlığı kurumunun ayakta tutulması da, yürütme faaliyetinin üstünlüğüne olan inancın göstergesidir.

11 Eylül 1920'de kabul edilen Firariler Hakkında Kanun'la kurulan İstiklâl Mahkemelerinin üç fonksiyonu bulunmaktaydı*: "Ankara'daki yeni hükümetin otoritesini kabul ettirme, asker kaçaklarını önleyerek Türk ordularını güçlendirme ve bölgede asayişi sağlama".*[738] Üyelerinin hakim olmaması, kuvvetler birliği gereği meclisin içerisinden seçilen bir grup mebusun hakim teminatı ilkesine bakılmaksızın bir veya birkaç belirli olay ile ilgili yargılama yapmak üzere meclis tarafından görevlendirilmesiyle oluşması, onu otoriteyi dengeleyici değil, destekleyici bir organ haline getirmiştir. Bu süreçteki yargılama faaliyetlerine bakıldığında, verdiği kararlara karşı başvurulacak bir hukuk yolunun bulunmaması, hukuk güvenlik ilkesine aykırı şekilde mahkemelerin kanunla belirlenmiş görevleri dışında hırsızlık, şekavet, gasp gibi can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini alakadar eden davaları karara bağlaması[739], sanıkların mahkemede savunmalarını kendileri yapmak

[737] AKYOL, (2014), s.264.
[738] ASLAN, Seyfettin, DÜNDAR, Tahir *"Cumhuriyet döneminde İstiklal Mahkemeleri"*, Mukaddime, 2014, S.5, C.1, s.27-44.
[739] AKIN, Rıdvan, "TBMM Devleti (1920-1923): Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare", İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2001, İstanbul, s.165.

mecburiyetinde olmaları[740], cezaların kanuni olmaması[741], bu mahkemelerin uygulamalarının kuruluşundan itibaren insan haklarıyla bağdaşmadığını göstermektedir. İstiklâl Mahkemeleri bu dönemde birçok idam kararına da imza atmıştır.[742]

1921'in Temmuz ayında TBMM Başkomutanlık Kanunu ile tüm askeri yetkilerini Mustafa Kemal'e devretmiş, başkomutanlık emriyle İstiklâl Mahkemeleri yeniden kurulmuş ve çalışmaya başlamıştır.[743] İstiklal Mahkemelerinin yetki ve görevleri ile uygulama hataları konusunda mecliste sürekli tartışmalar olmuş, çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Bu noktada, mahkemece verilen kararların hukuki değil siyasi olduğuna yönelik eleştirilere cevaben Karahisarı Sahip Mebusu Mehmet Şükrü Bey'in yanıtı konumuz açısından dikkat çekicidir. Kendileri; *"fevkalade zamanlarda yararı âm için zararı hâsın ihtiyar olunabileceğini"* dile getirmektedir. Bu olağanüstü dönemlerde kamu menfaati için kişi hak ve özgürlüklerin zarara uğratılmasının meşru sayıldığı manasını taşır.[744]

Yetki alanı 1920'de genişletildikten sonra[745] birçok davada kendini görevli addederek karar veren İstiklal Mahkemelerinin kararlarına gazetecilik yargılamaları da konu olmuştur. Esasen, basın-iktidar ilişkileri, her zaman gergin değildir. Cumhuriyet'in ilanından önce de Lozan görüşmelerinde takip edilen politikayı eleştiren yazılar yazılmıştır. Bu süreçte basının yaptığı haberler karşısında iktidar, basına karşı bir baskı ya da sansür uygulamamıştır. Cumhuriyetin ilanı ve meclis ile devlet başkanının yetkileri meseleleri, Ankara'nın başkent olması gazetelerde uzun

---

[740] ASLAN, DÜNDAR, (2014), s.29
[741] AKIN,(2001), s.166.
[742] *"1920-21 arası siyasi ağırlık taşıyan önemli davalara bakmış olan Ankara İstiklal Mahkemesi, Damat Ferit Paşa ile Sevr'i imza eden Hadi Paşa, Rıza Tevfik, Reşat Halis'i gıyaplarında ölüm cezasına çarptırmıştır"*, KANDEMİR, Feridun, *"İstiklal Savaşında Bozguncular ve Casuslar"*, Yakın Tarihimiz Yayınları, İstanbul, 1964,s.20-21 **"***Kadıköy inzibat subayı Mahmut Hamdi, İngilizler hesabına casusluk yaptığı gerekçesiyle idam edilmiştir*", AYBARS, Ergun, *"İstiklal Mahkemeleri"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1988,s.66.
[743] AKIN,(2001), s.170.
[744] AKIN,(2001), s.173.
[745] Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt *Ceridesi,* D: I, c. 4: 361-373.

uzun tartışılmıştır.[746] İstanbul basını hükümeti sıkça eleştirmektedir. Ankara Basını ise inkılapları ve hükümetin tüm uygulamalarını destekler nitelikte bir yayıncılık yapmaktadır.[747] Tartışmalar böylece sürüp gitmekteyken, hilafet lehine yayınlar yapıldığı görüldüğünde, durum değişmiş, gözdağı verme amacıyla İstanbul'a bir İstiklâl Mahkemesi gönderilmiştir.[748] Lütfi Fikri Bey'e, Tanin'de yayınlanan; Halife'ye istifa etmemesini, istifa ederse hanedan sülalesinin tahtını kaybedeceğini belirten açık mektubu sebebiyle 5 yıl kürek cezası verilmiştir.[749] Bir grup gazeteci ise Ağa Han ve Emir Ali'nin İsmet Paşa'ya yazdığı; Hilafete Türkiye üzerinde vazife-i idare, vazife-i siyasiye, vazife dünyeviye verilmesi gerektiği yönündeki mektubun farklı gazetelerde yayınlanması sebebiyle cezalandırılması istenmiştir. Ancak mahkeme, yıkıcı bir amacı bulunan bu mektubu yayınlamak ile istemeyerek de olsa Ağa Han ve Emir Ali'nin amaçlarına aracı olduklarını, bunun tekrarlanmaması gerektiğini ifade ederek gazetecilerin beraatine karar vermiştir.[750] Böylece yargı, otoriteyi kuvvetlendirmiş, basın özgürlüğünü ise gözdağı verme yoluyla baltalamıştır. Daha sonra verilen cezalar ile ilgili aflar da gündeme gelmiştir.

Diğer yandan hükümet, Şeyh Sait isyanını müteakip bir çok tedbir almış, hatta Fethi Bey, Mustafa Kemal'in daha sıkı önlemlerden yana çıkması üzerine Cumhuriyet Halk Fırkası grubundaki güven oylamasını kaybetmiştir.[751] Fethi Bey'in yerine başvekillik makamına gelen İsmet Paşa ve hükümeti tarafından, sıkıyönetim ilan edilmiş, 1925 yılında Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nda, siyasî din istismarını yasaklayan değişiklik yapılmış ve nihayet, Takrir-i Sükûn Kanunu çıkarılmıştı.[752] Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nun birinci maddesi; *"Dini veya mukaddesat-ı diniyyeyi siyasî gayelere esas veya alet ittihaz maksadıyle cemiyetler teşkili memnudur. Dini*

[746] GÜZ, Nurettin, "*Türkiye'de Basın-İktidar İlişkileri (1920-1927)",* Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1991, s.70-80.
[747] GÜZ**,** (1991), s.79.
[748] GÜZ, (1991), s.90.
[749] Bu ceza daha sonra 13 Şubat 1924'te meclis kararıyla affedilmiştir.
[750] GÜZ, (1991), s.90-100.
[751] ZÜRCHER, (2011), s.254.
[752] TANÖR, (2014), S.314.

veya mukaddesat-ı diniyyeyi alet eden hain-i vatan addolunur." şeklini almıştır. Toplanma özgürlüğüne son derece orantısız şekilde müdahale içeren bu düzenleme ile Takrir-i Sükûn Kanunu, İstiklal Mahkemeleri'nin adil yargılanma ilkesine aykırı yargılamalarıyla birleştiğinde, felakete yol açmıştır. Zira, bu kanun, iki yıl boyunca, hükümetçe kamu düzenini bozduğuna kanaat getirilen örgüt ve yayınların yasaklanmasının yolunu açmaktadır.[753] Öyle ki, kanunun çıkması sırasında da itirazlarını bildiren Türkiye'nin ilk muhalefet partisi Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (TpCF), Şeyh Sait isyanıyla ilişkilendirildiğinden[754], bu hükme dayanılarak kapatılmış[755], üyelerinden tutuklananlar olmuştur. Böylelikle olağanüstü hal, bir kez daha otoritenin güçlenmesinin zeminini teşkil etmiştir.

Takrir-i Sükûn'un ilanından sonra, biri Doğu vilayetleri, biri de ülkenin geri kalanı için iki İstiklal Mahkemesi tesis edilmiştir. Doğu illeri için kurulan İstiklâl Mahkemesi'nin kararıyla Şeyh Sait ile birlikte kırk dokuz kişiye idam cezası verilmiş, Tekke ve zaviyelerin kapatıldığı açıklanmıştır. Bu mahkeme, yalnız Şeyh Sait isyanını bastırmak için kullanılmamıştır. Şeyh Said'in duruşma sırasında basındaki kışkırtıcı yazılardan etkilendiğini söylemesi üzerine İstanbul'daki en önemli gazete ve dergileri sekiziyle bazı taşra gazeteleri kapatılmış[756], birçok gazete başyazarı ve sahibi tutuklanmıştır. Tutuklanan gazeteciler savcı tarafından vatana ihanetle suçlanmışlar; fakat Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk'ün gazetecilerin yazdıkları af talepli mektubu mahkeme reisine göndermesi ve mektubun dikkate

[753] ZÜRCHER, (2011), s.254.
[754] Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk'ta yer alan bir konuşmasında, konuyla ilgili: *"Bu parti yurtta can kıyıcıların, gericilerin sığınağı ve dayanağı oldu; dış düşmanların yeni Türk devletini yıkmayı öngören planlarının kolaylıkla uygulanmasına yardım etmeye çalıştı. Tarih gizli amaçlarla düzenlenmiş genel ve gerici doğu ayaklanmasının nedenlerini inceleyip araştırdığı zaman onun önemli ve belirli nedenleri arasında TpCF'nın dinsel konularda verdiği sözleri ve doğuya gönderdiği sorumlu kâtibinin kurduğu örgütleri ve yaptığı kışkırtmaları bulacaktır."* demiştir.
[755] SARIAY, Ercüment, *"Takrîr-i Sükun Kanununa Dair Bazı Düşünceler"*, Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:4, 2015, s. 377-403.
[756] ZÜRCHER, (2011), s.255.

alınmasını istemesi neticesinde, yazılarını isyanı çıkarmak için kasıtlı olarak yazdıkları hususunda delil olmaması sebebiyle büyük oranda tahliye edilmişlerdir.[757]

İstiklâl Mahkemeleri, toplumu laikleştirme ve modernleştirmeyi amaçlayan reformlara karşı direnç gösteren kişilerle ilgili olarak da yargılamalar yapmıştır.[758] Örneğin Şapka Kanunu'na aykırı davranışlardan ötürü çeşitli illerde idam hapis ve sürgün gibi cezalara hükmedilmiştir.[759] Bu yargılamalarda, normal koşullarda özel yaşama saygı hakkı, ifade özgürlüğü din ve vicdan hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi beklenen birçok davranışın idam, hapis gibi cezalarla karşılandığı görülmüştür. Burada, açık bir ölçüsüzlük bulunmaktadır.

15 Haziran 1926 günü Mustafa Kemal Atatürk'e düzenlenmiş bir suikast tertibinin ortaya çıkarılması İstiklal Mahkemeleri'nin yeniden toplanmasına sebep olmuştur. Mahkeme 18 Haziran'da İzmir'e varır varmaz tutuklamalar başlamıştır.[760] İzmir'de ele geçirilen tetikçilerle birlikte, TBMM toplantılarına katılmayı reddeden bütün TpCF milletvekillerinin ve birçok eski İttihatçının tutuklanmasına karar verilmiştir.[761] Hayatta kalan neredeyse tüm ittihatçılar bu kapsamda tutuklanmış, suikast tertibine yardımcı olmak ve darbeye teşebbüs etmekten yargılanmışlardır. Duruşmalar 26 Haziran'da başlamış ve 13 Temmuz'da on beş idam kararının verilmesiyle bitmiştir. Suikast hazırlıklarına doğrudan doğruya karışmış olanların yanı sıra, suikast girişiminden haberdar oldukları halde resmi makamlara ihbar etmemiş birçok TpCF mensubu da idama mahkum edilenler arasındadır.[762] Ağustos ayında ikinci bir dava daha açılmıştır. Bu ikinci dava kapsamında da elli ittihatçı daha tutuklanmıştır. Mahkeme sonunda, İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin eski Maliye

[757] GÜZ, (1991), s.180-182.
[758] ORTAK, Şaban, *"Vaiz İbrahim Edhem Efendi'nin İstiklâl Mahkemelerinde Yargılanması",* Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi / Cilt: 18, Sayı: 2, Aralık 2016, 51-81.
[759] AYBARS, (1988), s.404-420.
[760] ZÜRCHER, (2011), s. 258.
[761] KUYAŞ, Ahmet, *"İzmir Suikasti-1926"*, NTV Tarih Dergisi, Sayı:41, Haziran 2012, İstanbul, s.36-44.
[762] KUYAŞ, (2012), s. 38

Nazırı Cavit Bey, Doktor Nazım, Hilmi ve Nail Beyler idam edilmiştir.[763] Kuyaş, Ankara'da 2 Ağustos 1926'da başlayan yargılamanın amaçları arasında İttihat ve Terakki Cemiyeti önde gelenlerini, tıpkı bir yıl önce, Şeyh Sait İsyanı sonrasında kurulan Şark İstiklal Mahkemesi'nin yargıladığı İstanbullu gazeteciler gibi, iyice korkuttuktan sonra affetmenin bulunduğunu ifade etmektedir.[764] Ankara İstiklal Mahkemesi zabıtlarına bakıldığında, yargılanan kişilerin, Osmanlı Devleti'ni Birinci Dünya Savaşı'na dahil etmek

, savaştan sonra Anadolu'ya geçmek yerine yurt dışına kaçmak, Kafkasya'dan Anadolu'ya geçmeye çalışan Enver Paşa ile çalışmak gibi konu dışı ve içinde bulunulan tarih itibariyle bir ağırlığı bulunmayan konularda sorgulanmaları, sorumlu olunduğu kararlaştırılan suçlarla cezaların birbirini tutmaması, aynı durumdaki kişilere farklı cezalar verilmesi gibi durumlar, İstiklal Mahkemelerinin bir yargı organı olarak tanımlanmasını oldukça güçleştirmektedir. İstiklâl Mahkemesi pratiklerinden, Kamu güvenliği karşısında devletin, özgürlük-otorite dengesinin sağlanmasında, otoritenin pekiştirilmesine yönelik adımlar atıldığı anlaşılabilir.

Olağanüstü halin hukuku askıya aldığı haller bu dönemde de yaşanmıştı. 1930 yılında, Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın kapanmasından 1 ay sonra gerçekleşen ve yeni basın kanununun çıkmasına sebep olarak gösterilen Menemen İsyanı bunlardandır. Bir diğer istisna durumu ise Dersim olayında yaşanmıştır. Öncelikle Menemen Olayı'nı irdeleyecek olursak; olay, din merkezli bir hareket olarak ortaya çıkmış ve kendini mehdi ilan eden Giritli Mehmed'in hükümeti ele geçirme ve tekkeleri tekrar açmayı içeren eylem planlarını bir grup müridiyle beraber harekete geçirmeleriyle devam etmiştir. Bozalan köyü meydanında kendilerine katılan kişilerle birlikte zikir yapan bu kişilere müdahale etmek isteyen Yedek subay Asteğmen Kubilay Bey'i öldürüp, kafasını keserek bir kazığın üzerinde

[763] KOÇAK, Cemil, "İzmir Suikasti ve Muhalefetin Susturuması", (iç.), AKŞİN, Sina (haz.) "Yakınçağ Türkiye Tarihi",, Cilt:1, Milliyet Kitaplığı, İstanbul, s.143-145.
[764] KUYAŞ, (2012), s.40.

dolaştırmışlardır.[765] Bakanlar Kurulu, olayın gerçekleşmesinden sonra, "Suçun geniş kapsamlı bir düzene dayandığı hakkında kesin belgeler olduğu" gerekçesiyle Menemen ilçesi ile Manisa ve Balıkesir merkez ilçelerinde 1 ay süreyle sıkıyönetim ilan etmiştir. Meclis kararı onaylamış ve bir Askeri Mahkeme kurulmuştur.[766] Yargılamalar sonucu 28 kişi idam edilmiştir.[767] Bu gelişmeden sonra, olayın siyasi kaynağının bulunması gerektiği, Serbest Cumhuriyet Fırkası'nı desteklemiş olan *Yarın* ve *Son Posta* gazetelerinin hükümete karşı olan kişileri cesaretlendirdiği gibi politik söylemler, kamuoyunda bir şüpheli profili yaratmak ve masumiyet karinesini yok saymak anlamına gelmektedir. Böylece bu olağanüstü durum üzerinden otoritesini sağlamlaştıran iktidar, özgürlüklerin kısıtlanması bakımından da bir meşruiyet zemini bulmuştur. Nitekim, Menemen Olayı ile ilgili yapılan yargılamalar biter bitmez seçime gidilmiş ve "Tek Parti Dönemi" başlamıştır.

Devlet otoritesinin 1930-1945 yılları arasında Türkiye'de aldığı biçim, Tek Parti Devletidir.[768] Bu dönemde, otoriteye duyulan büyük ihtiyaç, toplanma özgürlüğünün hiçbir kullanımına izin vermemektedir. Ülkedeki her kurum ve oluşum, Cumhuriyetçi Halk Fırkası'nın (CHF) denetimi altındadır. Türk Ocaklarının kapatılıp, yerine tamamen CHF'nin denetimi altında bulunan Halkevlerinin açılması[769] otoritenin bu yeni biçiminin simgeleşen göstergesidir.[770] Bu durum, Parti'den bağımsız hiçbir kuruluşun var olmasına müsaade edilmediğini göstermektedir. 1931 yılında yeni basın kanununun kabul edilmesi ise İstiklâl Mahkemesi yargılamalarıyla halihazırda engellenmiş bulunan muhalif yayıncılığa karşı bir önlem niteliğindedir.[771] Kanunun çıkmasının sebebi olarak, gazetelerdeki

---

[765] GOLOĞLU, Mahmut, *"Devrimler ve Tepkileri"*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Baskı, 2017, İstanbul, s. 331-333.
[766] GOLOĞLU, (2017), s.333-334.
[767] GOLOĞLU, (2017), s.337.
[768] KARATEPE, Şükrü, *"Tek Parti Dönemi"*, 3. Baskı, 2001, İstanbul, s.38.
[769] KARATEPE, (2001), s.38-39.
[770] *"Aynı şekilde mason dernekleri de 10 Ekim 1935'te malları Halkevlerine bağışlanarak lağvedildi."* KARATEPE, (2001), s.38-39.
[771] Yeni basın kanunu; *"Gazete ve dergi sahiplerinde aşağıdaki kayıt ve niteliklerin bulunması şarttır. Vatan, Ulusal Savaş, Cumhuriyet ve devrim aleyhinde bulunup da herhangi bir divan ve mahkeme*

yazıların yaşanan isyan hareketlerine zemin hazırlaması ve toplumda küfür, argo ve müstehcen yayınların yaygın olarak gazetelerde yer alması olarak gösterilmiştir.[772] Konuyla ilgili olarak İsmet Paşa, basın özgürlüğünün korunması gerektiğini, fakat basın önem kazandığı için bu özgürlüğün kötüye kullanımına karşı tedbir oluşturmak amacıyla bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç olduğunu, meclis görüşmelerinde dile getirmiştir.[773]

Tek Parti Dönemi'nin konumuz açısından önem arz eden meselelerinden birisi de 1938 yılında gerçekleşen Dersim İsyanı ve bastırılma biçimidir.[774] Osmanlı devrinde ve Cumhuriyetin kuruluş süreci ile ilk yıllarında da bir çok Kürt isyanı gerçekleşmiştir.[775] Cumhuriyetin kuruluş yıllarında, hilafetçi olup özerklik talebinde bulunan taraf ile bağımsızlık isteyen taraf ayrılmış, hilafetçi kesim Kürt Teali

---

tarafından mahkum olmamak (md,12-k); Ulusal Savaş'ta işgal altında düşman emellerine hizmet edici yayın yapmış olmamak (md.l2-m) gerekmektedir. Bireylerin kişisel ya da özel yaşamlarını ima yoluyla bile olsa yayınlayanlar para ve hapis cezalarına çarptırılmaktadırlar (md.29). İntihar olaylarını o yerin en büyük zabıta memurundan izin almaksızın yayınlamak yasaktır (md.30). TBMM üyelerine, bakanlar kuruluna, devlet memurlarının onur ve şereflerini kırıcı, zan altında bırakıcı yayın yapanlar para ve hapis cezalarına çarptırılmaktadırlar (md.30). Türk Ceza Kanunu'nun 426. ve 427. maddelerine göre müstehcen, halkın ar ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeyler [yayınlanamaz] (md.31). Bir kimsenin namusunu çiğneyecek ve saygınlığını sarsacak ya da şöhret ve servetine zarar verecek bir maddeyi yayınlayarak tehdite [ya da şantaja] yönelenler TCK'nun 192. maddesi gereğince ceza görmektedir (md.32). Padişahlık ve hilafetçilik yolunda ve komünistlik ve anarşitliğe kışkırtan yayın yapılamaz (md.40). 3 Mart 1925 tarih ve 431 sayılı yazıyla TC sınırları dışına çıkarılmış olanlarla 16 Nisan 1925 tarih ve 481 sayılı Af Kanunu'nun 3. maddesinde yazılı kişilerin gönderdikleri yazılan yayınlamak yasaktır (md.44)." şeklindeki hükümleriyle basın özgürlüğüne, hakkın özüne dokunacak nitelikte sınırlamalar getirmekteydi. TBMM ZC, C:3, D:4,25 Temmuz 1931 , Aktaran; MAZICI, Nurşen, *"1930'a Kadar Basının Durumu ve 1931 Matbuat Kanunu",* Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, C.5, S.18, s.131-154.

[772] MAZICI, Nurşen, *"1930'a Kadar Basının Durumu ve 1931 Matbuat Kanunu"*, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, 1996, S**:** 18 Cilt**:** 5, s.131-154.

[773] *TBMM* ZC, C:3 D:4,5 Temmuz 1931, Aktaran: MAZICI, (1996), s.145.

[774] ALGÖR, İlhami, *"Ma Sekerdo Kardaş?: N'etmişiz Kardaş: 'Dersim 38' Tanıklıkları"*, Doğan Kitap Yay., 1. Baskı, 2010, İstanbul, s.20-25; GÜNDOĞAN, Nezahat, GÜNDOĞAN, Kâzım, *"Dersim'in Kayıp Kızları: Tertele Çenequ"*, İletişim Yay., 9. Baskı, 2019, İstanbul, s.23-47; GÜNEL, Necmi, "Dersim İsyanı", Paraf Yay., 2011, İstanbul, s.197-205; DEMİR, Ramazan, *"Feodalizmin Devlete İsyanı ve Dersim Olayları"*, Palme Yay., 1. Baskı, 2010, Ankara, s.89-137; SOLGUN, Cafer, *"Dersim… Dersim…",* Timaş Yay., 5. Baskı, 2014, İstanbul, s.117-209; ABAY, Müslüm, *"1937-1938 Madalyalı Alevi Katliamı: Dersim"*, Cinius Yay., 1. Baskı, 2014, İstanbul, s.239-276.

[775] KAHRAMAN, Ahmet, *"Kürt İsyanları: Tedip ve Tenkil"*, Evrensel Yay., 3. Basım, 2011, İstanbul.

Cemiyeti etrafında kalmış iken[776], bağımsızlık talebi bulunanlar Teşkilat'ı İçtimaiyye etrafında birleşmişlerdir.[777] Daha sonra Hoybun isminde yeni bir topluluk oluşmuş, bu topluluk da geçici bir Ermeni-Kürt işbirliği kurarak bağımsızlık istekleri doğrultusunda çalışmaya devam etmişlerdir.[778] Ağrı İsyanı, ardından Koçgiri isyanı[779] ve son olarak Dersim İsyanı[780], aynı çizgide devam etmiştir. Merkezi otoriteye muhalefeti din merkezli yürüten Hilafetçi Kürt Hareketi ise, tarafsız kalmış, silahlı isyana girişmemişlerdir.

Dersim bölgesi, coğrafi durumu itibariyle 1930'lu yıllarda ulaşımı çok zor olup, dağlarla kaplı bir bölgedir.[781] Otorite kaybı buradan başlamakta, devletin ağa-maraba ilişkisine müdahale edememesi, aşiretlerin bölgede devlet yerine bir otorite kurmasıyla devam etmektedir.[782] İsyandan önce bölge ile ilgili raporlar yazan Jandarma Genel Komutanlığı ve Celal Bayar, bu konulara ayrı ayrı eğilmişlerdir. Bayar, otoritenin sağlanması için bölge halkına toprak verilmesi, gerekli kredi ve üretim desteğinin sağlanması, bölgedeki devlet kurumlarına daha çok yatırım yapılması gibi iktisadi çözümler önermiştir.[783] Bununla birlikte, her ne kadar General Abdullah Alpdoğan'ın Dersim meselesinin kan dökülmeden çözüme ulaşması temennisine iştirak etse de, bölgede Türklük-Kürtlük ihtirasının karşılıklı şahlandığı tespitinden hareketle isyan edenleri cezaladırmak için şiddet kullanımını da anlaşılabilir bulmuştur.[784] Bölgede bir devlet otoritesi eksiği olduğu gerçektir. Olağanüstü bir otorite düzeni vardır ve bu olağanüstü rejim, ancak devletin de olağanüstü tedbirleri ile mümkün olacaktır; en azından 1930'lu yıllarda otoritenin geliştirdiği çözüm budur. Daha önce üzerinde durduğumuz, Türkiye'de devlet

[776] ZELYURT, (2017), s.123-128.
[777] ZELYURT, (2017), s.136.
[778] ZELYURT, (2017), s.144.
[779] ZELYURT, (2017), s.202-222.
[780] ZELYURT, (2017), s.164-188.
[781] AKGÜL, Suat, *"Cumhuriyet Dönemine Kadar Dersim Sorunu"*, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi OTAM S.4, 1993, s.1-22.
[782] Devletin Dersim'de bir otorite kuramaması gerçeği, Osmanlı devrinden itibaren kendisini göstermeye başlamıştır. Bkz. AKGÜL, (1993), s.6.
[783] BAYAR, Celal, *"Şark Raporu"*, Sadeleştirme: Nejat Bayramoğlu, Kaynak Yay., 1. Basım, 2006, İstanbul, s.69-152.
[784] BAYAR,(2006), İstanbul, s.64.

otoritesiyle çatışan olgunun özgürlük talepleri olmayıp, alternatif otoriteler olduğu savını burada da vurgulamak yerinde olacaktır. 16. yüzyıldan başlayarak Osmanlı'da yerel yöneticilerin halkın üzerinde zulme dayalı bir otorite kurmasını, sonrasında Bâb-ı Âli hükümetinin bu otoriteyi ele almasıyla meşru otorite olan Padişah'ın üzerinde dahi zorlayıcı bir otorite sahibi olmasını, İttihat ve Terakki yönetiminin özgürlük getirme yöntemi olarak kullandığı diktasını ve Cumhuriyet döneminde, kurucu kadronun benzer şekilde özgürleştirme hareketlerini anlatırken sözünü ettiğimiz otoriteler arasında gelişen çatışmanın türevi burada da gerçekleşmiştir. Dersim bölgesinde devletin adeta yokluğu, yeni bir otoriteyi meydana getirmiş, yaşanan çatışma da, bölgede varlık göstermek isteyen devlet otoritesi ile bu alternatif otoriteler arasında gerçekleşmiştir. Halk, hiçbir zaman özgür olmamış, özgürlük ve otorite arasında zaten hiç kurulamamış olan denge, devlet otoritesinin isyanı bastırma şekliyle ve yaptığı yargılamalarla da sağlanamamıştır. Burada, yargı organı, otoriteyi kollayıcı ve güçlendirici bir tutum sergilemiştir.

İsyan 27 Nisan 1937 günü beş aşiretin saldırısı ile başlamış[785], 4 Mayıs 1937 yılında alınan bakanlar kurulu kararında yapılacak askeri operasyon şöyle ifade edilmiştir;

> *"Toplanan kuvvetlerle Nazimiye, Keçigezek, Sin, Karaoğlan hattına kadar şedid ve müessir bir taarruz faaliyeti ile varılacaktır.*
>
> *Bu defa isyan etmiş olan mıntıkalardaki halk toplanıp başka bir yere nakil olunacaktır. Ve bu toplama amaliyesi de köylere baskın edilerek hem silah toplanacak, hem de bu suretle elde edilenler nakledilecektir.*
>
> *Şimdilik 2.000 kişinin nakli tertibatı hükümette ele alınmıştır.*
>
> *Mülahaza:*
>
> *Sadece taarruz hareketi ile ilerlemekte iktifa ettikçe isyan ocakları daimi olarak yerinde bırakılmış olur. Bunun içindir ki, silah kullanmış olanlar*

[785] ZELYURT, (2017), s. 271.

ve kullananları yerinde ve sonuna kadar zarar vermeyecek hale getirmek, köyleri kamilen tahrip etmek ve aileleri uzaklaştırmak lüzumlu görülmüştür.[786]*"*

İşte bu gizli bakanlar kurulu kararı doğrultusunda isyan ile mücadele edilmiş, bu sırada ciddi çatışmalar yaşanmıştır. İsyan bastırılmış, yakalananlar ile ilgili yargılama yapılmıştır. Devletin meşru güç kullanımı yetkisi kapsamında yaptığı eylemler ve sonrasındaki yargılamalar kapsamında, kişilerin çekirdek haklarının ihlali gerçekleşmiş, bu konuda özgürlük-otorite dengesi bakımından bir yargısal değerlendirme yapılmamıştır, zira verilen kararlar kesindir.[787]

11 Kasım 1938 tarihi itibariyle İsmet İnönü'nün cumhurbaşkanı olmasıyla yeni bir döneme geçilmiştir. Bu dönemin konumuz açısından önem arz eden meseleleri ise laiklik uygulamaları, basın özgürlüğü, Milli Koruma Kanunu'nun çıkarılması ile varlık vergisi uygulamasıdır. Ayrıca, bu dönemin İkinci Dünya Savaşı'nın yaşandığı dönem olması, iç güvenlik önlemlerinin son derece otoriter olmasında etkili olmuştur. Millî Şef yönetimi konsantrasyonunu tamamen dış savunmaya sarfetme kaygısı ile, iç güvenlik konusunda toleranssız davranmıştır.[788] Bu dönemde de istisna hali yaşanmış, yine onun gereği olarak yürütme son derece güçlü şekilde kendini göstermiştir. İnönü'nün Cumhuriyet Halk Partisi'nin değişmez başkanı seçilip milli şef ilan edilmesi ise, otoritesini güçlendiren başka bir unsur olmuştur. Böylesine antidemokratik bir durumun yaratılması da, yine, partinin halk üzerindeki otoritesini koruma gayesiyle bağdaştırılabilir. Millî Şef Dönemi 1946 yılında yapılan CHP kurultayında alınan kararla sona ermiştir. Laiklik ilkesinin korunması amaçlı uygulanan tedbirler Türkçe tedrisat yapılması, devrime uygun kıyafet giyilmesi, şapka takılması, ezanın Türkçe okutulması, tarikatların varlığı ve

[786] ZELYURT, (2017), s.272-273.
[787] TERZİ, Abdurrahman, *"Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Karar verme Yetkisi: Tarihsel Süreç, Belgeler ve Tartışmalar"*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Yasama Uzmanlığı Tezi, 2014, Ankara, s.83-84.
[788] DİKİCİ, Ali, *"Millî Şef İsmet İnönü Dönemi Laiklik Uygulamaları"* Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi S 42, Kasım 2008, s. 161-192.

faaliyetlerine yöneliktir. Kanunların birey özgürlüklerini sınırlamada ne kadar dengeli olduğu meselesi tartışmalı olmakla birlikte, anılan düzenlemeler din ve inanç özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı toplanma özgürlüğü gibi hakların devrim kanunları ve Türk Ceza Kanunu ile sınırlanmalarından ibarettir. Bu kanunlara muhalefetten kaynaklanan yargılamalarda kanunlara dayanıldığı görülmektedir. İsmi konulmasa dahi, mahkemenin ölçülülük değerlendirmesi yaptığı örnekler de bir hayli fazladır. Said-i Nursi liderliğindeki nurculuk hareketi ile ilgili yargılamalarda; Said-i Nursi'nin "risaleler" olarak anılan kitaplarında siyasi bir mevzu olup olmadığı ile ilgili İlahiyat profesörlerinden görüş alınması[789], Şevket Sezen'in bir vaazında, Cumhuriyetin 16. yıl dönümü sebebiyle gerçekleştirilen Cumhuriyet balosu ile lgili olarak "Balo Ramazandan sonra yapılmış olsaydı, Müslümanların hissiyatına hürmet edilmiş olurdu" biçimindeki ifadesi ile ilgili olarak takibata yer olmadığı kararı verilmesi[790], tarikatlarla ilgili yargılamalarda önceden belli kararlar verilmeyip, her dava için ayrı değerlendirmelerin yapılmış olması[791], Nakşibendî tarikatına mensup olduğundan ve üfürikçülük, muskacılık gibi faaliyetleri bulunduğundan takip altında olan bir kişinin, yaşlılığı ve acziyeti, şüpheli davranışlarda bulunmayı terketmesi göz önünde bulundurularak takibinden vazgeçilmesi[792] bu uygulamalardan birkaçıdır. Ayrıca, ezanın Türkçe okutulmasına muhalefetin "kamu düzenini sağlamaya yönelik emirlere aykırılık" gibi genel ve belirsiz bir düzenleme kapsamında değerlendirilmesinden, daha sonra vazgeçilerek, bu konuda özel bir kanun hükmü getirilmesi, hukuksal belirliliği artırmak açısından yasama faaliyetine verilen önemi ifade etmektedir. Zira bu gelişme, yürütmeden gelen talimatlar yerine, yargının kanuna konulacak yeni ve spesifik bir ceza hükmüne dayanarak kararlarını vermesi şeklinde bir tercih yapıldığına delalettir. Fakat, özgürlüklerin kanunlarla sınırlanması, ancak kanunların kendileri de özgürlük-otorite dengesini korur nitelikte olmasıyla bir araya geldiğinde demokrasiye hizmet

[789] DİKİCİ, (2008), s.177.
[790] DİKİCİ, (2008), s.167-168.
[791] DİKİCİ, (2008), s.166-170.
[792] DİKİCİ, (2008), s.168.

edebilecektir. Bu sebeple, anılan dönemde çıkarılan kanunların bugün kavradığımız anlamıyla kanunilik prensibini karşıladığını söylemek güçtür.

Basın özgürlüğünün kısıtlanması, dönemin bir diğer kriziydi. Kanun, talimatname ve emirler yoluyla gazete ve dergilerin sansürlenmesi, kapatılması ya da nüshalarının toplattırılması, radyo ve filmlerin kontrolünün bizzat hükümet tarafından yapılması bu kapsamda değerlendirilebilecek olaylardır.[793]

İnönü döneminde, İkinci Dünya Savaşı'nın sebep olduğu istisna halinin kamu güvenliğini belki en çok sarstığı nokta ekonomidir. Ayhan, durumu şöyle özetlemiştir;

> "*Önlem alınmaması nedeniyle artan enflasyon karşısında, halkın alım gücü giderek düşmüştür. 1939'da savaşın başlamasıyla, piyasaların bu duruma olumsuz tepki vermesi neticesinde fiyatlar önemli oranda artmıştır. Hükümet, çaresizlik içinde giderek baş gösteren yoksulluk karşısında önleyici ve kısıtlayıcı bazı tedbirler almıştır. Ancak savaşın getirdiği zor şartlar içinde bu tedbirler de işe yaramamış ve özellikle köylü kesimi büyük bir yoksulluk buhranıyla karşı karşıya kalmıştır."*[794]

Savaş süresince çıkarılan kanunlar arasından, Millî Koruma Kanunu ve Varlık Vergisi Kanunu Türk demokrasi tarihi açısından önemli yere sahip kanunlar olarak öne çıkmaktadır.[795] Milli Korunma Kanunu için mecliste yapılan görüşmelerden kanunun savaşın yarattığı olağanüstü hal ile başa çıkmak hedefiyle çıkarıldığı anlaşılmaktadır.[796] 26 Ocak 1940'da kanunlaşan ve kullanımı sayma

---

[793] AYHAN, Hasan, *"İnönü Döneminde Basın"*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Gazetecilik Anabilim Dalı, 2013, Konya, s.68.
[794] AYHAN, (2013), s. 119.
[795] AYHAN, (2013), s. 124.
[796] "*Kanunun görüşmelerinde Bingöl Milletvekili Feridun Fikri, Millî Korunma Kanunu'nun gerekçelerini şu şekilde açıklamıştır: Dünya yüzünü kaplayan büyük iktisadî buhrana karşı Hükümetin gerek halkı ve gerek millî müdafaayı koruması için lâzım gelen kuvvetlerle ve kudretlerle tecehhüz etmesini ve bunu da kanunî salâhiyetler halinde ifade etmeği birinci gaye bilmiştir... Bu*

yoluyla belirtilen[797] olağanüstü hallerle sınırlı olan düzenlemenin yürütmeye verdiği yetkiler arasında, fiyatları saptama, ürünlere el koyma, hatta zorunlu çalışma yükümlülüğü getirme bulunmaktadır. Üyeleri meclisten seçilen Men-i İhtikar Mahkemeleri kurulmuş, mahkemeye, idama varan cezalar verme yetkisi tanınmıştır. Bakanlar Kurulu'na tüm ekonomiyi dizayn etme sağlayan kanun, kararnamelerle desteklenmiştir.[798] Varlık vergisi uygulaması da, olağanüstü hal ortamında uygulanan bir diğer çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Varlık Vergisi Kanunu, 11 Kasım 1942'de çıkmıştır. Kanunun amacı, savaş koşullarından doğan fırsatlar sonucu yüksek gelir elde edenlerin gelirlerini dengelemek üzere vergilendirmektir. Bunlar büyük çiftçiler ile ithalat-ihracatla uğraşanlardır. Müslüman Türklerin ekseriyeti ziraatle iştigal ederken, Rum, Yahudi ve Ermeniler komisyonculuk ve ticarette önde oldukları görülür.[799] Kanunda; varlık vergisi mükellefleri dört gruba ayrılmıştır. Bunlar; *"kazanç vergisi mükellefleri ile bu vergiden muaf olmakla beraber buhran vergisine tabi tutulan bir kısım mükellefler, kazancı olan çiftçiler, muayyen bir gayrisafi iradın veya kıymetin fevkinde binaları ve arsaları bulunanlar, bu zümrelerin dışında kalan ve 1939 senesinden beri ticaret ve sanatla uğraştığı halde layihanın gireceği tarihte işlerini bırakmış*

lâyihamız... Bilhassa harp esnasında gayri meşru kârlara ve memleketin fevkalâde vaziyetlerinden mütehassıl şekillere meydan vermemek olmuştur ki kanunun muhtelif noktalarına bu esaslara hadim maddeler konmuştur... Bu nokta-i nazarla encümenimiz; vücuda getirilen maddeler, ihtikâr ve istismarla mücadele edebilmek için Hükümetin muhtaç olduğu mücadele cihazlarını bu kanunla umumî hükümleri ve teferruatı itibariyle, kendisine temin ettiği kanaatindedir" (TBMMZC, 18 Ocak 1940). Başvekil Refik Saydam da kanunun gerekliliğini şu şekilde ifade etmektedir: "Dünya harp ve iktisadî vaziyetinin mecburiyetleri olmasaydı bu kanunun tedvini için üzerinde durmazdık. Binaenaleyh bu gün bu kanunun kabulünden sonra derhal tatbik mevkiine geçmesini tabiî ve lâzım görüyoruz. Haricî, iktisadî müesseselerin dahilde yaptığı inikaslar ve bilhassa ihtikârla mücadele lüzumları bu kanunun derhal tatbikine geçilmesi için âmil oluyor" (TBMMZC, 18 Ocak 1940). Aktaran: AYHAN, (2013), s.125-126.

[797] Milli Korunma Kanunu md.1: *"Olağanüstü hallerde devletin bünyesini ekonomi ve millî savunma bakımlarından güçlendirip pekiştirme amacı ile Bakanlar Kuruluna, bu kanunda gösterilen şekiller ve koşullar içinde görevler ve yetkiler verilmiştir. Olağanüstü haller şunlardır: Genel yâda bölgesel seferberlik, devletin bir savaşa girmesi ihtimali, Türkiye Cumhuriyeti'ni de ilgilendiren yabancı devletler arasındaki savaş hali."*

[798] ÇOBAN KARABULUT, Pakize, *"İkinci Dünya Savaşı Yıllarında Milli Korunma Kanunu ve Ege Kırsalında Etkileri"* , Tarih Okulu Dergisi (TOD) Haziran 2015, Yıl 8, Sayı XXII, ss. 371-398.

[799] LEWİS, Bernard, *"Modern Türkiye'nin Doğuşu"*, Çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1984, Ankara, s.296.

*bulunanlar"*dır.[800] Ödenecek vergi miktarları ise kanunla sabitlenmemiştir. Bunların belirlenmesi, yerel komisyonlara terkedilmiştir.[801] Kanunun 11. maddesinde, "Komisyon kararları nihai ve kafi mahiyette olup bunlara karşı idari ve adli kaza mercilerinde dava açılamaz" ifadesi yer almıştır.[802] Bu anlamda kanun düzenlemesinin, hızı, maddi fayda ve otoriteyi öncelerken, birey haklarının korunması ile bu otoriteyi dengeleyecek bağımsız denetleyici organları oluşturmadığını ya da yargı yolunu açık tutmadığını söylemek mümkündür. Bu durum, vergi borcunu ödeyemeyenler için getirilen çalışma mükellefiyeti için de geçerlidir. Karı koca ile beraber ikamet ettikleri birinci ve ikinci dereceden akrabalarının taşınır ve taşınmazları bu verginin teminatı olup, bu bahiste istihkak davasının ya da rehin ve temlik iddialarının muteber olmadığı da Varlık Vergisi Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu, aynı dönemdeki önemli ekonomik düzenlemelerdendir.[803] Bu düzenleme de kırsaldaki zenginlerden vergi alınmasını hedeflemektedir. Ayrıca, 11 Haziran 1945 günü kanunlaşmış olan Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu[804] da, savaş yıllarında gerçekleşen gelir dengesizliğini gidermeyi hedeflemektedir. Kanunun amacı birinci maddesinde; "Arazisi olmayan ya da yetersiz olan çiftçilere, aileleri ile geçimlerini sağlayacak miktarda arazi vermek, ihtiyacı olan çiftçilere kuruluş onarma ve çevirme sermayesi, canlı-cansız demirbaş vermek, yurt topraklarının sürekli işlenmesini sağlamak" olarak açıklanmıştır. Kanuna göre, kullanılmayan devlet arazileri, dini vakıf arazileri, tarıma elverişli hale getirilmiş araziler, mülkiyeti belli olmayan araziler, ve 5000 dönümden fazla toprağı olan toprak sahiplerinin arazilerinin bir

[800] Resmi Gazete, Sayı:5255,12 Kasım 1942, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/5255.pdf, E.T.11.03.2019.
[801] KIZILKAYA, Ahmet, *"Ekonomik ve Siyasi Boyutlarıyla Varlık Vergisi"*, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt: 5, Yıl: 5, Sayı: 12, s.84-85.
[802] AKTAR, Ayhan, *"Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları",* İletişim Yayınları, İstanbul, 2001. s.164.
[803] BORATAV, Korkut, *"Türkiye'de Devletçilik"*, Savaş Yayınları, Ankara, 1982, s. 225; AKMAN, Solak, *"II. Dünya Savaşı Yıllarında Türkiye'de Hububat Üretiminin Vergilendirilmesi"*, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., S.1, C.2, 2011, 73–91.
[804] Resmî Gazete, S. 6032, 15 Haziran 1945, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6032.pdf, E.T. 11.03.2019

kısmı kamulaştırılabilecektir.[805] Bu ihtiyacı karşılamazsa, 2000 dönüm ile 5000 dönüm arası, yani orta büyüklükteki mülkler kamulaştırılabilecektir.[806] Kanunun 17. maddesi gereğince, devlete, vakıflara ve belediyelere ait topraklar ihtiyacı karşılamazsa, yoğun nüfusu olan bölgelerde 2000 ya da daha az dönümlük mülkler de kamulaştırılabilecektir.[807] Bu kanun üzerine yapılan sert tartışmaları dörtlü takririn sunulması[808] izlemiş ve 7 Ocak 1946'da Demokrat Parti resmî olarak kurulmuştur. Mayıs 1946'da 'de olağanüstü kongre yapıldı. Kongrede doğrudan seçimler kabul edildi ve değişmez genel başkanlık konumuyla Milli Şef sıfatı kaldırılmıştır.[809]

Mayıs 1950 seçimlerinde Demokrat Parti CHP'nin 69 sandalyesine karşılık 408 sandalyeyle ezici çoğunluğu elde etmiştir, Adnan Menderes Başbakan, Celal Bayar ise Cumhurbaşkanlığı koltuğuna oturmuştur. Bu denli yüksek bir çoğunluğu temsil eden büyük bir gücü dengeleyecek bir Anayasa Mahkemesi ise bulunmamaktadır. Özellikle 1954 yılından sonra bu durumun etkileri kuvvetle hissedilmeye başlanmıştır.[810]

Demokrat Partinin, iktidara gelmesinden az bir zaman sonra, 21 Temmuz 1950'de 1931 Matbuat Kanunu yürürlükten kaldırılıp, yerine yeni bir basın kanunu çıkarılmıştır.[811] 5680 Sayılı Basın Kanununda, eski kanuna hükümetin yetkileri.

---

[805] ZÜRCHER, (2011), s.309.
[806] KARPAT, Kemal, *"Türk Demokrasi Tarihi"*, Timaş Yay., 1. Baskı, 2010, İstanbul, s.208.
[807] KARPAT, (2010), s.208.
[808] *"Parti içi muhalefet, uzun zamandır süren, fakat büyük ihtimalle 1945 yılının kış aylarında ortak bir hareket haline gelen grup çalışması sonunda; 7 Haziran 1945'te, CHP Meclis Grup Başkanlığı'na, 'Dörtlü Takrir' olarak bilinen ve altında Celal Bayar, Adnan Menderes, Fuat Köprülü ve Refik Koraltan'ın imzaları bulunan, genel olarak ülkede ve partide siyasal liberalleşme talebi içeren bir önerge verdi. Önergede; bütün dünyanın liberalleşme yolunda hızla ilerlediği belirtilmekte ve Türkiye'nin de bu akımdan ayrı kalamayacağı vurgulanmaktaydı. Önerge, daha çok parti içinde serbest ve özgür tartışma olacağı yaratmaya yönelik bir amaç taşıyordu. Bunun yanında tüm ülkede siyasal liberalleşme gereği de açıklanmaktaydı."* Bkz. KOÇAK, Cemil, *"Siyasal Tarih: (1923-1950)"*, (iç.) AKŞİN, Sina, TANÖR, Bülent, BORATAV, Korkut (haz.), *"Yakınçağ Türkiye Tarihi-1 : (1908-1980)",* Milliyet Kitaplığı, 2003, İstanbul, s.127-211.
[809] ZÜRCHER, (2011), s.311.
[810] ZÜRCHER, (2011), s.324.
[811] YILDIZ, Nuran *"Demokrat Parti İktidarı (1950-1960) ve Basın"*. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 51 / 01 ,Temmuz 2014, s.481-505.

Daha kısıtlı tanımlanmıştır.[812] Önceden izin almadan gazete çıkarmak mümkün hale gelmiştir.[813] Basın suçları için özel yetkili bir mahkeme belirlenmiştir. Gazetedeki yazılardan ötürü gazete sahiplerine ceza sorumluluğu yüklemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bunun yerine yazı işleri müdürleri, yazarla birlikte cezai sorumlu olarak belirlenmekten kurtulamamışlardır.[814] Bir başka otoriter değişim 1953 yılında TCK'da yapılmıştır. Değişikliğe göre bakanlarla ilgili olarak yapılan "küçük düşürücü" yayınlarla ilgili yapılacak soruşturma şikayete bağlı olmaktan çıkarılmıştır.[815] Bu değişikliği müteakip 1954 yılında "Neşir Yoluyla Veya Radyo İle İşlenecek Bazı Cürümler Hakkında Kanun" un çıkarılması ve bu kanunda, devletin politik ve ekonomik saygınlığını kötü etkileyecek veya da panik yaratacak gerçeği yansıtmayan haberlerin yayınlanmasının, bireylerin namus, şeref veya haysiyetine tecavüz edilmesinin, itibar kırıcı yayın yapılmasının, özel veya aile hayatının kişilerin rızası alınmadan teşhir edilmesinin para cezası gerektiren fiiller olarak düzenlenmesi, iktidarın otorite ve özgürlük konusuna bakışının değiştiği görüşünü oluşturmuştur.[816] Üstelik, bu kanundan dolayı suçlanan gazetecinin iddiasını ispat etmesine de izin verilmemektedir.[817] Bu kanun, 1956'da değişikliğe uğrayarak daha da sert hale getirilmiştir. Zira, kanunun 1. maddesine eklenen beşinci fıkraya göre, resmî sıfatı bulunanları küçük düşürmeyi hedef alan, bu kişileri aşağılayıcı nitelikte olan yahut soyut ve kötüye yorulma müsait mahiyette yayın yapılması da hapis ve para cezasını gerektiren hallere eklenmiştir. Şu durumda, bir basın mensubunun bu kanuna göre suçlanabilmesi için, yayınladığı haber içeriğinin hakaret içermesine ya da özel hayatı rıza hilafına afişe etmesine lüzum yoktur. Haberin yeterince somut olmaması dahi cezalandırma için yeterlidir. Haberin ne kadar soyut ve kötüye yorulmaya müsait olduğunun tespitinde ele alınacak kriterlerin

[812] YILDIZ, (2014),s.487.
[813] YILDIZ, (2014),s.487.
[814] YILDIZ, (2014),s.487.
[815] ÇAKIR, Hamza, YAVALAR, Deniz Elif, *"Demokrat Parti İktidarı ve Basın",* Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.6, S.3, 2017, s.257-270.
[816] BULUNMAZ, Barış, *"Türk Basın Tarihi İçerisinde Demokrat Parti Dönemi ve Sansür Uygulamaları"*, Öneri Dergisi, C.10, S.37, 2012, s.203-214.
[817] YILDIZ, (2014),s.492.

belirsiz olması ve bu türden bir belirlemeyi yapan makamı denetleyecek bir organ bulunmaması değişikliği otoriter kılan unsurlardır. Kanunun 3. maddesinde yayınlayanın cezalandırılacağı haberlere kamu düzenini, toplumun huzurunu bozabilecek, halkın devlete karşı güvenini sarsabilecek haberler de eklenmiştir. Cezalandırmanın koşulu olarak ise kanun maddesine haberlerin abartılı olması durumu eklenmiştir. Buna göre bir haber yalan olmasa dahi eğer abartılı bulunursa, yine hapis ve para cezasıyla cezalandırılacaktır. Son derece muğlak kıstasların kanuna dahil olması, basın özgürlüğünün kısıtlanması adına otoriteye geniş bir yer açmıştır. Anılan kanunda yapılan bu değişikliğin itici gücü, 6-7 Eylül olayları[818] olmuştur.[819] Zira bu olayların ateşleyicisi olarak İstanbul Ekspres Gazetesi'nin haberi gösterilmektedir.[820] Selanik'te bulunan Atatürk'ün doğduğu evin bombalandığına ilişkin bu haberin halkı galeyana getirdiği ifade edilmektedir. Bu, kamu güvenliği endişesiyle özgürlük-otorite dengesinin özgürlük aleyhine bir kez daha bozulması anlamına gelmektedir.[821]

1956 yılında, 1940 tarihli Milli Korunma Kanunu tekrar yürürlüğe konmuştur.[822] 1953'te çıkarılan "6178 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetleri'nin Koruması Hakkında Kanun" ile hukuki düzenlemeye kavuşmuş olan toplanma hürriyeti, "1956 tarihli Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu" ile kısıtlanmıştır. Bu kanun, siyasi partilerin halkla etkilelime geçtikleri politik etkinliklerini seçim

---

[818] *"6-7 Eylül 1955'te, İstanbul ve İzmir'de, bu kentlerde yaşayan gayrimüslimlerin mülklerine saldırılmıştı. Dönemin Başbakanı Adnan Menderes'in açıklamasına göre olayların sebebi, milliyetçi Türk basınında da haberleştirilen iki gelişmedir. Bunlardan ilki, Kıbrıs'lı Rumların, Kıbrıs'ın Türk azınlığına karşı bir saldırı içinde olduğu yolundaki söylentidir. Bu duruma Hürriyet Gazetesi yazı kurulu misilleme tehdidiyle karşılık vermiş ve hararetle, 'İstanbul'da saldırabileceğimiz yeteri kadar Rum yaşadığını vurgulamıştır. İkinci olarak da İstanbul Ekspres adlı akşam gazetesinin6 Eylül 1955 tarihli bir haberine göre, Mustafa Kemal Atatürk'ün doğduğu Selanik'teki evde bir bomba patlamıştı. Bu saldırılardan sonra giderek artan sayıda rum, Yunanistan, Avustralya ve Kanada'ya göç etmek üzere İstanbul'u terk etmiştir.", Bkz. GÜVEN, Dilek, "Cumhuriyet Dönemi Azınlık Politikaları ve Stratejileri Bağlamında 6-7 Eylül Olayları", İletişim Yay. 7. Baskı, 2017, İstanbul, s.13-14.*

[819] BULUNMAZ,(2012), s.209.

[820] AYAZ, Erhan, *"6-7 Eylül Olaylarının Türk Gazetelerindeki Yansımaları"*, International Anatolia Academic Online Journal, Social Science, S.2, C.2, s.82-92.

[821] BULUNMAZ,(2012), s.209.

[822] ALBAYRAK, Mustafa, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, *"Demokrat Parti Döneminde Milli Korunma Kanunu Uygulamaları (1955-1960)"*, Sayı 67-68-69, Cilt: XXIII, 2007, ss.1-20.

dönemi ile sınırlamaktadır.[823] Bu türlü bir kanunun çıkarılmasına duyulan ihtiyacı, 27 Haziran 1956 günü TBMM'de kanun hakkında DP Meclis Grubu adına konuşma yapan Çorum Milletvekili Kemal Biberoğlu, "millet olarak, siyasi ve iktisadi istiklâlini ve millet olmak haysiyetini muhafaza edebilmek ve muasır medeniyet seviyesine ulaşabilmek için, önemli mesele ve davalarda mutlak birliğe, sükûn ve huzura ve nihayet bunu sağlayacak asgari bir hükümet otoritesine duyulan ihtiyacı" dile getirmiştir.[824] Ne var ki, bahsedilen otoritenin asgariliğini denetleyecek bir bağımsız kuruluş ya da mahkeme bulunmamakta olduğundan bu kanunun, özgürlük-otorite dengesinin sağlanmasında sınırının ne olacağını tayin etmek söz konusu değildir.

1.3.2. 1961 Anayasası Dönemi

Türkiye'de Demokrat Parti dönemi, 27 Mayıs 1960 darbesi ile noktalanmış, otorite siyasi erkten askerî erke geçmiştir. 1961 Anayasası'nın "Temel Hakların Niteliği ve Korunması" kenar başlıklı 10. maddesi incelendiğinde, ilk fıkrada yer alan; "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez. vazgeçilemez haklara sahiptir" ibaresiyle doğuştan gelen hakların kabul edilmiştir. İkinci fıkrada, "Devlet, kişinin hak ve hürriyetlerini, temel fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi, ve sosyal bütün şartları hazırlar" denilerek devlete hak ve özgürlükleri sağlamada pozitif yükümlülük yüklenmiştir. Hakların sınırlandırılması rejimi ise 11. maddede belirlenmiştir. Buna göre sınırlamalar; Anayasa'nın lafzı ve ruhuyla uyuşmalı, Anayasa'nın öngördüğü sebeplere dayanmalı, kanunla yapılmalı ve idari işlemlere bırakılmamalı, hakkın ve özgürlüğün özüne dokunmamalıdır.[825] Meselenin diğer ayağı olan devlet ve iktidarın

[823] TUĞLUOĞLU, Fatih,*"Demokrat Parti'nin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu ve Zile Hadisesi"*, Tarihin Peşinde-Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi-, Yıl: 2016, Sayı: 15 Sayfa: 155-183.
[824] TUĞLUOĞLU, (2016), s.163.
[825] TANÖR, (2014), s. 382, ÖZBUDUN, (2011), s.44.

düzenleniş biçimi 1921 ve 1924 Anayasalarından temel farklılıklar gösterir. 4. maddeye göre, "Millet, egemenliğini, (…) yetkili organlar eliyle kullanır". Artık hiçbir organ millet iradesini tek başına temsil edemez.[826] Kuvvetler birliği sisteminden, Temsilciler Meclisi Anayasa komisyonu raporundaki ifadeyle "yumuşak kuvvetler ayrılığı" sistemine geçilmiştir.[827] İki meclisli bir yasama, görev tanımı belirlenmiş ayrı bir yürütme ve yargı organı bulunmaktadır. Ayrıca, ilk olarak anayasal denetimin yolu açılmış, Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Böylece, Anayasanın üstünlüğü yalnız teorik şekilde ifade edilmemiş, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemi benimsenmiş[828], otoritenin dengelenmesi konsundaki en büyük kurumsal boşluk doldurulmuştur. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin kanunlar üzerinde esastan denetim yapan kararları tepki görmüş, mahkemenin TBMM'nin yerine geçtiği yönünde eleştirilere hedef olmuştur.[829] 1961 Anayasası'na yönelik olarak, istikrarsızlık eleştirileri yapılmış, dengenin otorite aleyhine bozulduğu ifade edilmiştir.[830] 12 Mart muhtırasını takip eden 1971-1973 Anayasa değişiklikleriyle bozulduğu ifade edilen denge tekrar sağlanmaya çalışılmıştır. Hakların genel sınırlama hükmü ile sınırlanması ve bu genel hükümde sınırlama sebeplerinin artması

, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi, üniversite özerkliğinin zayıflatılması, TRT'nin özerkliğinin kaldırılması, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kurulması; otoriteyi güçlendirmeye yönelik değişiklikler olarak gösterilebilir.[831] Ayrıca, yargı denetimine getirilen, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini ancak şekil yönünden denetleyebileceğine ilişkin sınır, güçlendirilen yasama kuvvetinin karşısında Anayasa yargısını zayıflatarak siyasi otoriteyi güçlendirmiştir.[832] 1961 Anayasası döneminde otoritenin güçsüz olduğu

[826] TANÖR, (2014), s.394.
[827] ÖZBUDUN, (2011), s.40.
[828] ÖZBUDUN, (2011), s.40.
[829] TANÖR, (2014), s.409.
[830] ÖZBUDUN, (2011), s.62.
[831] ÖZBUDUN, (2011), s.47.
[832] ÖZBUDUN, (2011), s.47.

yönündeki eleştirilerle ilgili olarak Gözler, sistem tıkanıklığını çözmede yeterli enstrümanların anayasada bulunmadığını kabul etmekle birlikte, istikrar ve otorite eksikliğinin yalnızca hukuki düzenlemeden değil, siyasi durumdan kaynaklandığını, sağlam ve disiplinli bir parlamento çoğunluğunun bulunmamasının koalisyon hükümetlerini ve istikrarsızlığı getirdiğini ifade etmektedir.[833] Tanör ise, bu değerlendirmenin kısmen doğru olduğunu tespitini, kriz çözücü anahtarların sistemdeki eksikliğine dikkat çekerek aktarış, yaygın şiddet olaylarını bastırmaya yönelik sivil bir olağanüstü hal rejiminin sistemde bulunmayışını, yürütmeyi zayıflatan bir unsur olarak görmüştür.[834]

1.3.3. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na benzer şekilde bir askeri darbenin ardından, kurucu iktidarca yapılmıştır. 1961 Anayasası'nda yürütme kuvveti güç, otorite ya da yetki olarak algılanmazken, 1982 Anayasası'nda yürütmenin sadece bir görev değil, aynı zamanda anayasadan doğan bir yetki olduğu tezi kabul edilmiştir. Bu anlayış kendini yürütmenin geniş bir kural koyma yetkisi ile donatılması, olağanüstü hallerde genel olarak yürütmenin ve özel olarak da Cumhurbaşkanı'nın etkinlik alanının genişletilmesi[835], yürütmenin güçlendirilmesi vasıtasıyla devlet otoritesinin artırılması şeklinde göstermiştir. Ayrıca, yargının otoriteyi dengeleyici gücünün ve yürütme karşısındaki bağımsızlığının atama yöntemlerindeki değişikliklerle zayıflatılması, denetlenebilecek işlemlerin azaltılması, anayasaya aykırılık denetiminin sadece şekil yönünden yapılabileceğinin belirtilmesi yoluyla yargı denetimi de gevşetilerek, azaltılmıştır.[836] Birey hak ve özgürlüklerinin düzenlenmesi açısından 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan önemli farklılıklarla ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, 1985 yılında verdiği bir kararda belirttiği

[833] ÖZBUDUN, (2011), s.48.
[834] TANÖR, (2014), s.430.
[835] TANÖR, Bülent, *"İki Anayasa"*, Onikilevha Yayınları, 4. Baskı, Şubat 2012, İstanbul, s.104.
[836] TANÖR, (2012), s. 105-107.

üzere; *"1982 Anayasası'nın ikinci maddesinde insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer verilmek suretiyle 1961 Anayasası'na nazaran devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır".*[837] Özgürlüklerin düzenlenmesi açısından ana yenilik, katmerli sınırlama sistemi diyebileceğimiz bir mekanizmanın getirilmiş olmasıdır.[838] 1961 Anayasası'nda 11. maddedeki genel hükümden farklı olarak[839], net bir biçimde tüm hakların sınırlandırılması için genel düzenlemeye yer verilmiş, bunun yanında, özel sınırlama sebepleri de her hak için ayrı ayrı belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde yer alan, *"Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar. Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir. Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz"* düzenlemesi ise bu zinciri tamamlayan son halka olmuştur.[840] Bu

---

[837] E.1984/14, K. 1985/7, k.t. 13.6.1985, AMKD, S. 21. S.173; ÖZBUDUN, (2011), s.108.

[838] TANÖR, (2012), s.121.

[839] Bu konudaki tartışmalar için bk. SAĞLAM, Fazıl, *"Temel Hakların Sınırlanması ve Özü"*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s.62-84, TANÖR, Bülent, *"Siyasi Düşünce Hürriyet, ve 1961 Anayasası"*, Öncü Kitabevi, 1969, İstanbul, s.121-172.

[840] Bu madde 2001 yılında, *"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."* şeklinde değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik ile, *"1) Eski metindeki devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak dışındaki diğer haller madde metninden çıkarılmıştır. Bunların yerine, insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmak kavramları eklenmiştir. Bununla AİHS'nin 17. maddesine yaklaşılmıştır ki bu durumu olumlu karşılamak gerekir. 2) Eski metindeki "amaç" kelimesi yerine yeni metinde faaliyet*

düzenleme genelliği, belirsizliği ve öngörülebilirliği sebebiyle sık sık eleştirilmiştir. Hatta insan haklarının kullanımı ile ilgili başlangıçta yer alan sınırlamaları ve md.12/2'deki "temel hak ve hürriyetleri kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder" kurallarını da değerlendirerek, 1982 Anayasası'nda ana kuralın hakların sınırlılığı olduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır.[841] Her iki anayasa döneminde de, gerek hak ve özgürlükler açısından, gerekse devlet ve iktidarın biçimlenmesi açısından özgürlük-otorite dengesi ile ilgili birçok tartışma yaşanmış, bunlar gerek Anayasa Mahkemesi'nin, gerekse diğer yüksek yargı organlarının kararlarında yer almıştır. Çalışmamızın devam eden bölümünde, bu tartışmalardan birkaçı, örnek kabilinden Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenecektir.

1.3.4. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Özgürlük-Otorite Dengesini Sağlamadaki Rolü

Ülkemizde ilk kez 1961 Anayasası ile kurulan, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu ilk kararlarından birinde, Mahkeme yasama işlemlerini denetleme fonksiyonunu Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun 9/3/1961 tarihli raporunun genel gerekçe bölümünün yargı kısmına atıf yaparak açıklamıştır. Mahkeme'nin bu kararına göre, "*Hukuk Devletinin temel unsuru bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlıyacak makamlar yargı organlarıdır. Anayasa, bütün devlet faaliyetlerini kazaî murakabeye*

kavramı getirilmiştir ki bu olumlu bir değişikliktir. Ama faaliyet yerine eylem kelimesinin kullanılması daha olumlu olurdu. Çünkü mevcut durumu sorgulayan ve eleştiren ifadeler de hakkkın kötüye kullanılabilmesi sayılabilir. Kaldı ki, faaliyet kelimesi belirsizdir. 3) Eski metne ekleme yapılmış ve Devletin de kişiler gibi temel hak ve özgürlükleri kötüye kulanabileceği kabul edilmiştir bu da olumlu bir değişikliktir." Bkz. FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "*2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması"*, Anayasa Yargısı, AYM Yayını, C. 19, Y. 2002 , s.111-149.

[841] TANÖR, (2012), s.121-123. Aksi görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *"Anayasa Hukuku"*, Turhan Kitabevi, 13. Bası, Ağustos 2004, Ankara, s.170.

tabi tutmuş bulunmaktadır. Yasama organının faaliyetleri Anayasa Mahkemesinin kazaî denetimi altındadır."[842]

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir diğer karar, 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 1393 sayılı kanunla değişik (Z) fıkrasının iptali Mahkeme'nin şu gerekçesine dayanmaktadır;

> *"Yabancılarla evli bulunmama şartını, bazı kamu hizmetlerinde görevin gerektirdiği bir nitelik saymak yerinde olur. Meselâ askerlik. Dışişleri, Millî Emniyet ve benzeri hizmetlerde kamu güvenliği gereği olarak önemli devlet sırlarının korunması bakımından bu türlü bir sakınganlık tedbirine başvurulması zaruri görülebilir. Böyle bir hüküm, Anayasanın 58 inci maddesindeki temel hukuk kuralına aykırı düşmez. Ancak dava ve inceleme konusu (Z) fıkrasındaki şart, bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıtlamadır. Aslında bu şart, evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlandırmakla beraber, bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve Anayasa'nın kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir. O halde hüküm Anayasa'nın 58 inci maddesine ve eşitlik temel ilkesine aykırıdır; iptali gerekir."*[843]

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, kanun maddesini, kamu güvenliği ilkesini nazara alarak temelde anayasaya uygun bulsa da, ismini koymadan bir ölçülülük değerlendirmesi yapmıştır. Kanun maddesinin genel bir sınırlama öngörmesi, yabancı kişilerle evlenme yasağının, memurun bulunduğu ya da talip olduğu görevin bir gerekliliği olup olmadığının incelenmesine yönelik bir düzenlemeye yer vermemiş olması sebebiyle Anayasanın "Her Türk kamu hizmetine

---

[842] 6435 Sayılı Kanun Hakkında Karar, E. 1962/221, K.1962/86, K.T. 14/11/1962, Resmi Gazete tarih/sayı: 8.12.1962/11277, AMKD, S.1, www.anayasa.gov.tr, E.T. 21.03.2019.

[843] Kamu Görevlisinin Yabacıyla Evliliği Kararı, E. 1963/205, K.1963/123, K.T. 22/5/1963, Resmi Gazete tarih/sayı: 14.8.1963/11480, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.

girmek hakkına sahiptir" hükmünü içeren 58. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Bu anlamda devletin kamu güvenliği gerekçesine dayalı otoritesi ve kamu hizmetine girme hakkı arasında bir denge kurmuş olmaktadır.

Kamu güvenliğinin tartışıldığı bir başka örnek kararda ise 3236 sayılı Kan Gütme Sebebiyle İşlenen Adam Öldürme ve Buna Teşebbüs Cürümleri Failleri, Hısımları Hakkında Tatbik Olunacak Muameleye Dair Kanun'un 1 inci ve 2 nci maddelerinin iptali istenmektedir. Karara konu kanun maddelerinde, *"kangütme sebebiyle adam öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden veya başkasını bu cürmü işlemeye azmettiren veya tahrik eyleyen kimsenin, cürüm işlendiği zaman bir dam altında yaşayan usul ve füruları ve kardeşleri ve karı veya kocası ikametgâhlarının bulunduğu yerden başka bir yere nakledilirler"* (md.1) ve "*fail ile bir dam altında yaşamasalar bile cürüm işlendiği zaman failin ikametgâhının bulunduğu köy veya kasaba veya şehir içinde ikamet eden birinci maddede yazılı hısımlarından ve amca, dayı, hala, teyze, yeğen, kaynana veya kaynatasından herhangi birinin de takdir edilecek lüzuma göre nakillerine karar verilebilir*" denmektedir. İtiraz eden mahkeme ise, tedbirin, sonuç olarak, bir ceza niteliği taşıdığından Anayasa'nın, cezaların şahsiliği prensibini kabul eden, 33. maddesine aykırı olduğu, bir ailenin fertlerini, ileride suç işleyeceklerini kabul etmek suretiyle cezalandırmanın suçsuz ceza olmaz prensibi ile de bağdaşamayacağı, vatandaşın dilediği yerde yerleşme hürriyetini sınırlandırabilmek için Anayasa'nın 18/2. maddesinde yazılı sebeplerin var olması gerektiği, 3236 sayılı kanundaki sınırlamanın ise, bu sebeplere dayanmadığı savını öne sürmüştür. AYM, öncelikle, kanundaki uygulamanın bir ceza değil güvenlik tedbiri olduğu değerlendirmesini yapmış, 3236 sayılı kanunla emniyet tedbirleri konulmasında hukuk kurallarına ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık yoksa da; kanunun 1. ve 2. maddeleri, yer değiştirme tedbirinin suçlu veya ortakları hakkında değil, suçla bir ilgisi bulunmayan hısımlar hakkında uygulanmasını öngörmekle ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini zedelediğinden Anayasa'nın 33. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, burada, tedbirin fazla genel düzenlenmesi itibariyle anayasaya aykırılığına karar vermiş,

tedbirin mahiyeti üzerindeki incelemeyi ise, seyahat hürriyeti ile ilgili değerlendirmesinde yapmıştır. Seyahat hürriyeti düzenlemesinin yer aldığı Anayasa'nın 18. maddesini inceleyen Mahkeme, anılan güvenlik tedbirinin, maddede yazılı hiçbir amacı sağlamaya elverişli olmadığı değerlendirmesiyle hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Altı üyenin imzasını taşıyan muhalefet şerhinde ise, Anayasa Komisyonu görüşmelerine atıf yapılarak, kamu güvenliğinin seyahat özgürlüğünün içkin sınırı olduğu şu ifadelerle açıklanmıştır:

> "*Anayasa tasarısının 33. maddesinin Temsilciler Meclisi'ndeki ikinci müzakeresi sırasında 33. maddeye bazı hükümlerin eklenmesi hakkında iki teklif yapılmıştır. Bu teklifler, 'Kan gütme sebebiyle işlenen suçlar hakkında kanunla konacak hükümler saklıdır.' ve 'Kan gütme geleneği köklü ve yaygın olan yerlerde, tehlike yaratan ve tehlikeye maruz bulunan kişiler başka bölgelere göçtürülebilirler. Göçtürüleceklerin hısımlık dereceleri, malların tasfiyesi, göç ve yerleştirmede yapılacak Devlet yardımı, kamu güvenliği ve adalet ilkelerinin gerektirdiği ölçüler iççinde kanunla tesbit edilir.' hükümlerin 33. maddeye eklenmesine yöneliktir. Bunun üzerine; 'Efendim, böyle bir hükmün Anayasaya konması için bir sebep yoktur, ihtiyaç var mı, yok mu? Biz bir kanun yapmıyoruz ki. Bir an için, hakikaten ihtiyacın var olduğunu kabul edelim. O zaman, diğer hükümler bunu mümkün kılar. Eğer varsa yani sosyal gelişmemiz bakımından bir zaruret halini almş ise, yerleşme ve seyahat hürriyetlerini düzenleyen maddelerdeki kayıtlar, gerekli hükmün konulmasını mümkün kılacaktır. Binaenaleyh ayrıca böyle bir hükmü belirtmek, modern Anayasalarda kabul edilemez. Zaruret kendisini gösterdiği zaman, Anayasa' nm mevcut hükümleri bunu mümkün kılabilir.' denmek suretiyle memleketin sosyal gelişmesini gerçekleştirmek için kan gütme olaylarına karşı teklif edildiği şekilde*

tedbirler alınmasına zaruret bulunduğu takdirde Anayasa'nın dilediği yerde yerleşme hürriyetine dair olan hükümlerinin verdiği imkanlar içerisinde bu hakta sınırlamalar yapılabileceğini Temsilciler Meclisi huzurunda ifade edilmiş ve bu suretle önerge sahipleri de, önergeleriyle sağlamak istedikleri maksatlarının esasen Anayasa'da mevcut hükümlerle karşılanmakta olduğu cevabını almaları üzerine tekliflerini geri almışlar ve mesele kapanmıştır.[844]

Özetle muhalefet eden üyeler, hak çeşidine özgü değerlendirme yaparak, bu hak bakımından kamu güvenliği ölçütünün yazılı olarak sınırlandırma sebepleri arasında yer almasa bile, amaçsal yorumdan hareketle hakkın içerisinde bu sınırlamanın var olduğunu savunmaktadır. Mahkemenin, özgürlüklerin sınırlandırmasında yoruma açıklığı kabul edip sınırlandırma hükümlerini dar yorumlamaya yönelmesi, bu konuda otoriteye net bir sınır çizerek belirsizliği ve keyfîliği ortadan kaldırması açısından değerlidir.

1982 Anayasası döneminde kamu güvenliği, "Terörle Mücadele Kanunu" ile ilgili olarak tekrar tartışma konusu olmuştur. Bu kanun ve terörle mücadeleyi amaçlayan tüm kanunlar, bir amaç olarak kamu güvenliğini sağlama saikini taşıdığından, esasen bu kanunlarla ilgili Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmış tüm değerlendirmeler kamu güvenliği karşısında özgürlük-otorite dengesinin kuruluş biçimini kavramak açısından önem arz eder. Mahkeme'nin 31/03/1992 tarihinde vermiş olduğu karar bu konuda iyi bir örnektir.[845] Kararda; "*Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet*

[844] E.1963/330, K. 1964/15, K.T. 11/2/1964, Resmi Gazete tarih/sayı: 14.7.1964/117.
[845] Terörle Mücadele Kanunu Kararı, E.1991/18, K.1992/20, K.T.31/03/1992, R.G. Tarih-Sayı :27.01.1993-21478, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.

otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir" şeklindeki terör tanımının belirsiz olduğu için iptali istemine karşılık, Mahkeme, madde metnini, metin içindeki kavramları anlamlarıyla açıklamış, maddenin açık ve anlaşılır olduğunu savunmuştur. Dolayısıyla bu maddenin belirsizliği savına dayanan diğer maddelere ilişkin iptal istemlerini de reddetmiştir. Kanun kapsamında basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin olarak 6. ve terör örgütü propogandası yapan basın organları hakkında yaptırımları düzenleyen 8. maddelerin son fıkrasında belirlenen para cezalarının hesaplama yöntemleri ile ilgili eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle iptal kararı veren mahkeme, aynı kanun maddesinin basın özgürlüğü açısından kısıtlama getirdiği yolundaki tespite katılmamakta, terörle mücadele eden kamu görevlilerinin kimliğinin muhafaza edilmesi söz konusu olduğundan bu hükmün basın özgürlüğünü ihlal etmediğini ifade etmektedir. Mahkeme, kanunun 7. maddesini de incelemiştir. Terör örgütü kurma ve bu örgütlere yardım etme eylemlerini düzenleyen kanun hükmüne ilişkin; hükmün yeni bir suç oluşturduğu ve kanunun 1. maddesinden kaynaklanan belirsizlik problemleri taşıdığı savını reddetmiştir. Yalnızca, maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, *"Dernek, vakıf, sendika ve benzeri kurumların teröre destek oldukları saptandığında faaliyetleri durdurulur ve mahkemece kapatılır. Kapatılan kurumların malvarlıklarının zoralımına karar verilir"* hükmü hakkında, belirsizlik yarattığı gerekçesiyle *'benzeri kurumlar'* ibaresinin iptali kararı vermiştir. Ayrıca Mahkeme, kanunun 10. maddesini temel alan bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre, başka suçtan sanık olan kişiler hakkında böyle bir sınırlama getirilmemiş iken terör suçu sanıklarının savunma hakkını en fazla üç avukatla sınırlı olarak kullanmak zorunda bırakılması eşitlik ilkesiyle bağdaşamaz. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü konusunda özel bir sınırlandırma da öngörülmemiştir. Bu durumda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen genel sınırlama nedenleri, hak arama özgürlüğü için de geçerlidir. Avukat sayısını sınırlamanın, devletin ülkesi ve

milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının korunması gibi kavramlarla bir ilişkisi de yoktur. 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerine dayanılarak yapılacak sınırlandırmalar ancak sayılan kavramların ciddi bir tehlike karşısında korunması söz konusu olduğunda demokratik toplum düzeni gereklerine uygun düşer. Yapılan düzenleme bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Mahkeme bu sebeplerle karara konu düzenlemeyi Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı bulmuş ve hükmü iptal etmiştir. Tutuklu sanık veya hükümlü avukatı ile tutuk evi veya cezaevi görevlilerinin nezaretinde görüştürülebilir" biçimindeki (b) bendi de aynı sebepten iptal edilmiştir. Kanunun 12. maddesinin ikinci tümcesinde yer alan, tanık ifadelerinin yapılacak gizli duruşmada alınabileceği hükmü de Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Gerekçe olarak ise, Anayasa'nın 141. maddesi gösterilmiştir. Bu maddede, duruşmaların kapalı yapılabileceği durumlar olarak gösterilen; genel ahlakın ve kamu güvenliğinin gerekli kıldığı durumların oluşup oluşmadığına yargılama sırasında yapılacak değerlendirme sonucu karar verilmesinin gerekliliği ifade edilmektedir. Terörle Mücadele Kanunu'nun 12. maddesi, yargılama sırasında yapılacak bir muhakemeyi öngörmemiştir.

Mahkemenin Terörle Mücadele Kanunu ile ilgili verdiği iptal kararında, terörle mücadele olgusu ve dolayısıyla kamu güvenliğini sağlama gayesi karşısında, Anayasa'nın çizdiği sınırları muhafaza etmeye yönelik yaklaşımı birkaç noktada özellikle dikkat çekmektedir. Kanunun 15. maddesinin ilk fıkrasındaki, terörle mücadelede yer alan güvenlik güçlerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlarla ilgili tutuksuz yargılanacakları hükmünün eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle iptal edilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Yine, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve zabıta amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı aleyhlerine açılan davalarda en çok üç avukat bulundurabilecekleri hükmünün iptali isteminin, savunmaya yapılan devlet yardımı yönünden değerlendirilerek reddedilmesi mahkemenin bu yönde bir yaklaşımı olduğunu savını

destekler niteliktedir. Yine, 15. maddenin üçüncü fıkrasındaki, terörle mücadelede görev alan kamu görevlilerinin bir kısım suçlar yönünden Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri dışında bırakmaya yönelik hükmün haklı nedene dayanmadığı görüşü örnek gösterilebilir. Mahkemeye göre, bu görevliler de diğer kolluk görevlileri ile aynı görevleri yapmaktadırlar. Daha ağır görev şartları ve daha fazla mesleki tehlike içinde bulunmaları onlara böyle bir ayrıcalık tanınması için yeterli değildir. Böylece Anayasa Mahkemesi, belirsizliğe, adil olmayan yargılama koşullarına yahut eşitsizliğe kapı açan maddelerin iptaline karar vererek, yasama kuvvetinin otoritesini dengelemiş olmaktadır. Fakat her konuda aynı tutumu göstermemiştir. Terörle Mücadele Kanunu'ndaki suçlara karşılık verilen cezaların infazının düzenlendiği 16. maddede, hükümlülerin cezalarını tek veya iki kişilik hücrelerde çekmeleri hükme bağlanmıştır. Mahkeme bu hususu eşitliğe veya insan haysiyetine aykırı bulmamış, "*Cezalandırmanın temelinde toplumun kendini savunma hakkı bulunmaktadır. İnceleme konusu fıkralara bu yönden bakıldığında, bu önlemler alınmakla bir yandan tutuklu ve hükümlülerin kaçmaları, ayaklanmaları, dışarıdaki yandaşlarıyla ilişki kurmaları, ileriye dönük suç planları yapmaları önlenmek istenmiş, diğer yandan, uygulamanın katılığı karşısında suç işlemeyi düşünenlerin bundan caymaları sağlanmaya çalışılmıştır. Dava dilekçesinde ileri sürülen iddialar yerindelikle ilgili olup Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamı dışındadır."*[846] diyerek denetimden kaçınmıştır. Burada, diğer hükümleri değerlendirirken yaptığı gibi, insan hakları ile ilgili bir denetimi 'yerindelik denetimi' olarak nitelemiştir. Fakat mahkeme, bu konuda 'toplumun kendini savunma hakkı' na vurgu yaparak böyle bir denetim yapmamayı tercih etmiştir.

Kamu güvenliğinin kavramsal olarak Anayasa Mahkemesi kararlarında tartışılmasının yanında, önceki bölümlerde "kamu güvenliğini bozan" durumlarla başa çıkmak için devletin hukuku askıya aldığı "olağanüstü hal" rejimi de 1982

[846] Terörle Mücadele Kanunu Kararı, E.1991/18, K.1992/20, K.T.31/03/1992, R.G. Tarih-Sayı :27.01.1993-21478, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.

Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesini meşgul eden sorunlardandır. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin denetlenmesi konusunda takındığı tavırla, otoriteyi dengeleme fonksiyonunu üst perdeden ifa etmeye çalışmıştır. Mahkeme, Anayasa'da denetlenemeyeceği öngörülen bu kararnamelerin isimlendirildiği gibi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığını denetlemekte, bu kararname, yer, zaman ve konu bakımından gerekli şartları sağlamıyorsa onu olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi gibi denetleyebileceği görüşünü benimsemektedir.[847] Bu değerlendirmesinin dayanağı ise olağanüstü rejimin hukuk içinde bir rejim olduğu fikridir. Zira mahkeme, hukuk gözardı edilerek, insan hak ve özgürlükleri çiğnenerek yapılacak düzenlemelerin, yürütülecek çalışmaların yararı geçici olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre, güvenliğin, hukuk dışlanmadan ya da hukuk dışına düşülmeden de gerçekleştirilme olanağı vardır. Hiç bir kurum ve kişi, hukukun ve Anayasa'nın üstünde ve dışında olamayacağından, Anayasa'yı dışlayan her girişim durdurulmalıdır. Bu yaklaşımla Anayasa Mahkemesi, yürütme organını etkin biçimde denetlemiş ve otoritesini dengelemiş olmaktadır. Doktrinde bu yaklaşımla ilgili farklı görüşler bulunmaktadır[848]. Mahkeme, 2016 yılında konuyla ilgili görüş değişikliğine gitmiştir.[849] Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvurulan usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabileceği

[847] OHAL KHK'leri hakkında eski karar,. 1990/25, K. 1991/1., K.T. 10.1.1991, R.G. Tarih-Sayı :05.03.1992-21162, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.

[848] Kararı destekleyen görüş için bkz. TAN,Turgut, "Türk Hukuku'nda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunlar" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 50 Sayı: 1,Yıl:1995, s.335-353; ÖDEN, Merih, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58 S. 3, Yıl:2009, s.659-69. Karşı görüş için bkz. GÖZLER, Kemal, *"Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi"*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000; CAN, Osman, ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu, *"Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine"*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23 , Sayı 1 , Ocak 2017 , Sayfalar 13 - 43.

[849] OHAL KHK'leri hakkında yeni karar, E. 2016/167, K. 2016/160, K.T. 12.10.2016, R. G. Tarih-Sayı: 04.11.2016-29878, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.

kanaatini dile getirmiştir. Mahkemeye göre, hangi kriter esas alınırsa alınsın yapılan nitelemenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'lerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir. Olağanüstü hâl KHK'lerinin Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hâl KHK'lerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'lerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağını açıkça göstermektedir. Anılan hükme rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında bu gerekçelerle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini denetleme yetkisinin bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin, 2001 yılında gerekçeli olarak yayınlanan bir genel kurul kararı, güvenliği sağlamak adına idareye 4178 sayılı "İl İdaresi Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu, Kuvvetli Tayın Kanunu, Er Kazanından İaşe Edileceklere İlişkin Kanun, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve Kimlik Bildirme Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile verilmiş yetkiler ile ilgilidir. Başvurucular, kanunun amacını; "olağanüstü halin yarattığı boşluğu ortadan kaldırmak" olarak belirleyen gerekçesine vurgu yaparak, getirilen düzenlemelerin, olağanüstü hal rejimini "olağan" hâlde de geçerli duruma soktuğunu, bu değişikliklerle Anayasa'ya aykırı özgürlük kısıtlamaları ve kolluk kuvvetlerinin yetki genişlemesini olağan dönemlere de taşıdığını ifade etmişlerdir. Bu kapsamda iptali tartışılan iki düzenleme dikkat çekicidir. Bunlardan ilki, 4178 sayılı kanunun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na ek madde ekleyen üçüncü maddesidir. Maddede; "Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat

edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler" denmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu maddeyi, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silah kullanmaya teşebbüs edilmesinin, görevlileri her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullamak zorunluluğunda bırakacak bir durum olmadığı, kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmelerinin mümkün olabileceği, olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı "ateşli silah" kullanılmasının yaşam hakkını zedeleyeceği gerekçeleriyle iptal etmiştir.[850] Kolluk kuvvetinin, otoriteyi temsil eden en önemli faktörlerden olduğu düşünüldüğünde, terörle mücadele amaçlı olsa da silahlı kuvvet kullanımında bir ölçüt bulunması gerekliliği hususunda Anayasa Mahkemesi'nin kolluk faaliyetlerini sınırlamasını, devlet otoritesinin sınırlanması olarak algılamak mümkündür.[851] Bununla birlikte, Mahkeme sözü geçen kararında, İl İdaresi Kanunu'na ek madde olarak getirdiği düzenlemenin 5.tümcesini Anayasa'ya uygun bulmuştur.[852] Madde metni; *"Görevlendirilen mülkî idare amiri Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile Gümrük Kanununun arama ile ilgili hükümleri saklı kalmak üzere, genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli gördüğü hallerde, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaları, uçakları, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarına, giren çıkan yolcular ile bunlarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin üstlerini, araçlarını ve eşyalarını aratabilir"* şeklindedir. Her ne kadar, tanınan geniş

---

[850] 4178 sayılı kanun ile ilgili karar, E.1996/68, K. 1999/1, K.T. 6/1/1999, R.G. Tarih-Sayı :19.01.2001-24292, www.anayasa.gov.tr, E.T.13.03.2019, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.

[851] *"Tarih boyunca birtakım normların denetlenmesinde ve toplumun güvenliğinin sağlanmasında etkin rol oynamıştır. Özellikle siyasi iktidarlar, buyruklarını toplumda uygulatmak için kolluk yapıları oluşturmak durumunda kalmışlardır. Bu bakımdan, kolluk devletin iktidarını kurması ve sürdürmesi için vazgeçilmez bir erk olmuştur."* Bkz. KARA, Evrim, "Devlet-Kolluk İlişkisi Kapsamında Jandarma ve Türk Jandarması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Yönetim Bilimleri Anabilim Dalı, 2016, Ankara, s. 126.

[852] GÖNENÇ, Levent, ERGÜL, Ozan, *"Yaşayan Anayasa-2001 Yılı Anayasa Gelişmeleri"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2002/1, Y. 15, s. 13-84.

yetkilerin özel hayata müdahale niteliği taşıdığı eleştirileri başvurucularca yapılmışsa da, bu kez çoğunluk, kanunun iptal edilmemesinden yana olmuştur.[853] Mahkeme, yukarıda açıkladığımız Terörle Mücadele Kanunu'ndaki yaklaşımında olduğu gibi, otoriteyi dengeleme anlamında bütüncül bir pozisyon almamış, bu fonksiyonunu yer yer ifa etmiştir.

Konu hakkında genel bakış açısını ve dengeleyici unsurların gelişimini aktardıktan sonra, siyasi parti kapatma davaları konusunda var olan geniş içtihat arasından, kamu güvenliğini tehdit etmesi sebebiyle kapatma davasına muhatap olan partiler açısından konuyu ele alıyoruz. Emek Partisi'nin kapatılması kararında Mahkeme, bu kez tamamen otorite yanında yer almış, "Davalı Parti'nin programı ile bunu destekleyen yazılı ve sözlü savunmalarında Türkiye Cumhuriyeti toprakları üzerinde yaşayan ayrı dili ve kültürü olan bir Kürt Ulusu'nun varlığı ileri sürülmektedir. Millî yapıya aykırı "milliyetler" savı, "etnik" sözcüğünün getirdiği ayrımcılık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında geçen ulusal güvenlik ve düzenin korunması ilkesine aykırılık oluşturur." ifadeleriyle güvenliği tehdit edici bir eylem dahi aramaksızın önleyici bir tutumla partiyi

[853] Bu konuda Başkan Ahmet Necdet Sezer'in karşı oyu *"Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesinin ikinci fıkrasında, yasanın açıkça gösterdiği durumlarda, yöntemine göre verilmiş yargıç kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da yasayla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara el konulamayacağı belirtilmiştir. Özel yaşamın gizliliğinin korunması bireyin temel haklarından olması nedeniyle, anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmıştır. Buna ilişkin getirilecek sınırlamaların öze dokunmaması asıldır. Bu bağlamda bireyin üstünün ve eşyalarının aranması sınırlama anlamına geleceğinden, hangi durumlarda yapılacağına ilişkin belirsizlikler bu hakların özünü zedeler. Belirsizlik sonucunda doğacak keyfi uygulamalardan insan onuru zarar görür. Aramanın yapılacağı zorunlu durumların açıkça belirlenmesi bu onurun güvencesidir. İptali istenen kuralda, kanunla yetkili kılınan merci gösterilmiş olmasına karşın bu yetkinin hangi durumlarda kullanılabileceğine ilişkin yeterli açıklık getirilmemiştir. Genel güvenlik ve kamu düzeninin korunması amacıyla aramanın yapılabileceğine yetki verilmesi, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen gecikmesinde sakınca bulunan haller"kapsamında düşünülemez. Genel güvenlik ve kamu düzeninin korunması amacı, sınırları açıklığa kavuşturulmadıkça yargısal denetimi zor olan durumlardır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin yasada açıkça gösterilmesi gerekir. Bu nedenle, 5442 sayılı İl İdaresi Yasası'na 4178 sayılı Yasa'yla eklenen ek 1. maddenin beşinci tümcesinin Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğunu düşünüyor ve çoğunluk görüşüne katılmıyorum."* biçimindedir.

kapatmıştır.[854] Kararda, bir partinin kapatılması için 68/4'teki faaliyetlerin odağı haline gelmesi gerektiği vurgulanmışsa da karar partinin kapatılması yönünde olmuştur. "odak olma" kriteri, 1995 Anayasa değişikliğinden beri Anayasa'da bulunmaktadır. Ancak içeriği Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır.[855] Ayrıca, Emek Partisi karında olduğu gibi, mahkeme, tüzük ve programdaki kanuna aykırılığı partinin kapatılması için tek dayanak noktası olarak alabilmktedir.[856] Kanaatimizce Mahkeme'nin otorite yanlısı sayılabilecek bu yaklaşımı, 2001'de yapılan Anayasa değişikliği kapsamında hangi hallerde siyasi partilerin yasaklanan siyasi faaliyet biçimlerinin odağı haline geleceğinin saptanmasıyla bu kez yasama organı tarafından dengelenmiştir. Bu kanuni gelişmenin ardından verilen parti kapatma kararlarında oluşan dengenin izlerini sürmek mümkündür. İşçi Partisi hakkında verilen kapatma isteminin reddi kararı buna örnek olabilecek niteliktedir. Kararın sonuç bölümünde

---

[854] Emek Partisi Kararı, E.1996/1, K. 1997/1, K.T. 14/2/1997, Resmi Gazete tarih/sayı:26.6.1998/23384, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.

[855] HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *"2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri"* Anayasa Yargısı Dergisi, S.19, 2002, s. 550-571.

[856] *"İlgili Anayasa maddelerinin açık anlatımından da anlaşılacağı gibi, Anayasa siyasî Partilerin kapatılmalarını tüzük ve programlarındaki kimi eksiklikler ya da Anayasa'ya aykırılık1arla parti yetkililerinin Anayasa ya da yasaya aykırı beyan ve eylemlerinin birlikte gerçekleşmesi koşuluna bağlamamıştır. Anayasa'nın 69. maddesinde yasa ile düzenleneceği belirtilen, siyasî Partilerin kurulmaları, teşkilatlanmaları, faaliyetleri, görev, yetki ve sorumlulukları, gelir ve giderleri, denetlenmeleri, kapanma ve kapatılmalarıyla ilgili konular, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nda düzenlenmiştir. Bu Yasa'nın dördüncü kısmında siyasî Partilerle ilgili yasaklar belirlenmiştir. Bu kısımda yer a1an 78. maddede 'Demokratik Devlet düzeninin korunması i1e ilgili yasaklar", 81. maddede de "azınlık yaratılmasının önlenmesi' ile ilgili yasaklar hükme bağlanmıştır. Bu yasaklara uyulmamasının yaptırımı da Yasa'nın 101. maddesinde gösterilmiş ve bu bağlamda maddenin (a) bendinde, 'parti tüzüğünün veya programının yahut Partinin faaliyetlerini düzenleyen ve yetkili Parti organları veya mercilerince yürürlüğe konulmuş olan diğer Parti mevzuatının bu kanunun dördüncü kısmında yer alan hükümlerine aykırı olması' kapatma nedeni olarak kabul edilmiştir. Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Anayasa'nın 69. Maddesinin beşinci fıkrasında, 'bir siyasî partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatılacağı' belirtilmiş, Siyasî Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (a) bendinde de bu husus kurala bağlanmıştır. Bir siyasî Partinin faaliyetleri ve eylemleri nedeniyle kapatılması ise, aynı maddenin (a) bendi dışında kalan bentlerinde ve ilgili diğer maddelerinde düzenlenmiştir. Koşulların gerçekleşmesi durumunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca bir siyasî partinin sâdece tüzük ve programı ya da sâdece faaliyetleri ve eylemleri nedeniyle dava açılabileceği gibi, birlikte gerçekleşmesi durumunda her iki nedenle de dava açılması olanaklıdır."* E.1996/1, K. 1997/1, K.T. 14/2/1997

belirtildiği üzere[857] iddianamede dava konusu eylemler olarak belirtilen; 12.12.2000 günü F tipi cezaevlerini protesto eden ve cezaevlerinde çocukları tutuklu bulunan ailelere destek amacıyla parti binasını açmak, parti binasında yasadışı örgüt mensuplarının resimlerini, onların eylemlerini olumlayan pankart ve dövizleri parti binasında bulundurmak suretiyle sınıf diktatörlüğünü savunan silahlı örgüt mensuplarına yardım ve yataklık etmek, F tipi cezaevlerini protesto etmek amacıyla ölüm orucu başlatan mahkûm ve ailelerini desteklemek yoluyla "suç işlenmesini teşvik etmek" fiilleri, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olduğu sabit olan tek bir eyleminin 69. maddenin altıncı fıkrasında öngörüldüğü üzere odaklaşma için zorunlu olan yoğunluğu sağlayamayacağı, öte yandan eylemin parti organlarınca işlenmiş olduğunun kabulü durumunda dahi, yukarıda belirtilen eyleme bakılarak kararlılıktan söz edilemeyeceği gerekçesi ile partinin kapatılması istemi reddedilmiştir. Anayasa değişikliğinin hemen ardından HADEP hakkında verdiği kapatma kararında da mahkeme, "odak" haline gelmenin koşullarının oluşup oluşmadığını inceleyerek ve partinin, yasak siyasi faaliyetlerin odağı haline hangi eylemlerden ötürü geldiğini, kararlılık ve yoğunluk kriterleri açısından tek tek açıklayarak kararını gerekçelendirmiştir.

2012 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte, özgürlük-otorite dengesi yalnızca yasama faaliyetleri bakımından değil, devlet kudretinin tüm kullanım biçimleri bakımından tartışılmıştır. Bu kararlarda öne çıkan konunun terörle mücadele olduğu ilk bakışta göze çarpmaktadır. 2013/409 başvuru numaralı Abdullah Öcalan başvurusu[858] da böyledir. Kararda, başvurucunun yazdığı kitaba el konulması, kitabın toplatılması ve imhası sebebiyle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine bir müdahalenin olduğu mahkemece tespit edilmiş, başvuruya konu kitaba el konulması kararının, PKK erör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların

[857] İşçi Partisi Kararı, E.2002/2, K. 2009/1, K.T.9/7/2009, R.G. Tarih-Sayı : 12.02.2011-27844, www.aym.gov.tr, E.T.21.03.2019.
[858] Abdullah Öcalan Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/409) K. T.: 25/6/2014, R.G. Tarih-Sayı: 6/7/2014 - 29052, www.anayasa.gov.tr, E.T.20.03.2019.

önlenmesi, suçluların cezalandırılmasına yönelik çalışmaların bir parçası olduğu ve müdahalenin de Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrası ve basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddesinin 7. fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır. Mahkeme burada, demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi de yapmıştır. Buna göre, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüklerine içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Fakat ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda devlet otoriteleri müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Mahkeme, söz konusu kitabın bazı bölümlerinin "şiddet çağrısı", "silahlı ayaklanma çağrısı" ve "isyan çağrısı" içerip içermediğinin, bölümdeki ifadelerin "derin ve mantık dışı bir kini aşılayarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olup olmadığının" (Sürek/Türkiye, B. No: 26682/95, 8/7/1999 § 62), kitapta yer alan ve yukarıda açıklanan görüşlerle birlikte değerlendirilmesinin bir sonuca varmak için gerekli olduğunu ifade etmiştir. Sonuç itibariyle başvuruya konu kitabın toplatılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin başvurucunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin yaptığı bu değerlendirme ve esas aldığı ölçülülük ilkesi, özgürlük- otorite arasında makul bir denge kurmasına yardımcı olmuştur. Terörle mücadele içerisinde, kamu güvenliği konusunun, sadece hakların kanundan kaynaklanan sınırlandırılma sebeplerinden ibaret olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bunun yanında soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde oluşan olağanüstü durumun kaynağı olarak özgürlük-otorite dengesini etkileyen bir etmen olarak da kendini göstermektedir. Örneğin, 2013/2541 başvuru numaralı Burak Çileli kararında[859], başvurucunun gözaltında iken avukatıyla görüştürülmemesi ve kendisine kötü muamele edilmesi, gözaltı sürecinde işkence ve

[859] Burak Çileli Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2541, Karar Tarihi: 9/9/2015 R.G. Tarih- Sayı: 13/10/2015-29501, www.anayasa.gov.tr, E.T.20.03.2019.

baskıya dayalı alınan ifadelerinin hükme esas alınması, soruşturma işlemlerinin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin (DGM) faal olduğu dönemde yapılması, bazı kovuşturma işlemlerinin eksik bırakılması, mahkeme kararının uygun bir şekilde gerekçelendirilmemesi, başvurucunun temyiz duruşmasından haberdar edilmemesi ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazının ömür boyu devam edecek olması nedenleriyle yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı özgürlük ve güvenlik ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiaları tartışılmıştır. Karar da yer alan, avukat talebinin bulunmadığına dair matbu dilekçenin gözaltı ifadesi sırasında başvurucuya imzalatılması ve hükmün gözaltında alınan ifadeler üzerine kurulmuş olması durumunu Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. İhtisas alanı; "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara ilişkin davalara bakmak[860]" olarak belirlenmiş Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde yapılan başka yargılamalar ile ilgili olarak da benzer sonuçlara ulaşılmıştır[861]. Bu yargılamaların incelendiği kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü yetkilerle donatılmış olağanüstü yargı organlarının devlet kudretini kullanış biçiminin denetimini de yaptığını göstermektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yapılan müdahalenin değerlendirildiği bir başka kararda Anayasa Mahkemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının önemini uzunca açıkladıktan sonra, Demokratik Toplum Partisinin (DTP) çağrısı üzerine yapılan toplantıya katılma sonucunda cezalandırılmanın toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına, kanunda sayılan sınırlama sebepleri olan "milli güvenlik ve kamu düzeni" gerekçesiyle kanuni ve meşru amaç taşıyan bir müdahale teşkil ettiğini, şiddeti meşru olarak gören bir partinin bayraklarını taşıma ve o parti ile lideri lehinde slogan atma eylemlerinin, şiddete verilen desteği ifade ettiği ve toplantıyı terör propogandasına dönüştürdüğü

[860] 2845 Sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun , R.G. 18.06.1983.
[861] Erol Kaplan ve Diğerleri Başvurusu, (BaşvuruNumarası: 2014/14284), Karar Tarihi: 27/6/2018, R.G.Tarih ve Sayı: 27/7/2018-30491.

sebebiyle barışçıl olmaktan çıkardığı, başvurucunun bu eylemleri yapanların içerisinde bulunduğunun tespit edildiği gerekçesiyle yapılan müdahalenin ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Özgürlük-otorite dengesini olağanüstü hal perspektifinden değerlendirdiği Mehmet Altan ve Şahin Alpay kararlarında ise mahkeme ihlal kararı vermiştir. Kararda, bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfi olmamasının, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde de geçerli olması gereken temel bir güvence olduğu, -hangi nedenle benimsenmiş olursa olsun- olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde de kişilerin suç işlediklerine dair belirti bulunmadan tutuklanmalarının "durumun gerektirdiği ölçüde" bir tedbir olarak kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir. Kişilerin suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan haklarında tutuklama tedbirinin uygulanmasının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan güvencelere aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.[862]

Türkiye'nin özgürlük-otorite dengesinin kurulması yolundaki gelişimini, Osmanlı klasik döneminden itibaren incelemeye aldığımızda, başta birey özgürlüğü dengenin bir unsuru dahi olmayıp, özgürlük yerine adalet kavramı ön plana çıkarıldığını, bireyin özgürlüğünün devlet otoritesini karşısında konumlandırılmasının ise batı ülkeleriyle yaşanan etkileşim sonucu bir talep olarak ortaya çıktığını, fakat bu talebin tabana yayılmayıp, belirli bir zümrenin ideali olarak kaldığını, tabana yayılmamış özgürlük idealinin kendi otoritesini oluşturduğunu görmekteyiz. İmparatorluk döneminden itibaren el değiştirerek taşınan otoritenin ardından Türk Bağımsızlık Savaşı sırasında oluşan kongre iktidarlarının milli egemenlik ilkesi çerçevesinde yeni bir suret almıştır. Yeni devlet bu temel üzerine oturmuş ve milli egemenlik ilkesi çerçevesinde oluşan otoritenin tek partili devlet ve parti devletinin otoritesine dönüşmüştür. 1950'den itibaren demokratikleşme süreciyle ve çok partili hayata geçişle birlikte bireysel özgürlükler ön plana çıksa da

[862]Mehmet Hasan Altan Başvurusu **(2)** (Başvuru Numarası: 2016/23672) Karar Tarihi: 11/1/2018, R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2018-30306, Şahin Alpay Başvurusu (BaşvuruNumarası: 2016/16092) Karar Tarihi: 11/1/2018, R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2018-30306.

otoriterleşme belirtileri de gözlemlenmeye devam etmiştir. 1960'tan itibaren bireysel özgürlüklerin anayasal yoldan korunması mümkün hale gelmiş, anayasal denetim, özgürlük ve otorite arasında bir denge aygıtı olarak ortaya çıkmıştır. Daha sonra 1980 darbesiyle otoriteyi bu kez askeri güç devralmış, askerî otorite tarafından, yürütmenin güçlendirilmesi araç edinilerek devlet otoritesinin güçlendirilmesi politikası uygulanmıştır. Bu süreçte Anayasa Mahkemesinin kamu güvenliği ve bireysel özgürlükler arasında denge kurmada zaman zaman farklı yaklaşımlar izlediği görülmektedir. Bireysel özgürlüklerin güçlü bir şekilde devlet otoritesi karşısında yer almasının anayasal denetim ile mümkün olduğu, Türkiye pratiğinde açıkça görülmüştür. Yukarıda açıkladığımız üzere, anayasal denetimin olmadığı dönemlerde, özgürlük-otorite dengesiyle ilgili tartışma hep sonradan yapılmış, uygulandığı dönemde otoriteyi dengelemek mümkün olmamıştır. Güçlü yürütmenin dünyada önemli bir siyasal eğilim olarak yükseldiği ve parlamenter sistemlerde bile yürütme organının üstünlüğünü kabul ettirdiği günümüzde, anayasal denetimin ve dolayısıyla yargı kuvvetinin demokrasi denklemindeki önemi artmıştır. Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçiş yapılması ile yükselen ve otoritenin birey özgürlükleri aleyhinde güçlendiğine yönelik tartışmalarda da çözüm anahtarı olarak öne çıkan etkili yargısal denetim, devlet kudretinin büründüğü her biçim karşısında birey özgürlüklerinin garantisi olacaktır.

2.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), güvenliğin sağlanması adına özgürlüklere yapılan müdahaleler hakkında birçok karar vermiştir. Çalışmamızda, tıpkı yerel yüksek mahkeme kararlarında olduğu gibi, son yıllarda verilen kararlar üzeride durduk. Önem arz eden önceki kararlara da kısaca yer vermeye çalıştık.

Devletin kamu güvenliğini sağlama yükümlülüğü ile ilgili olarak, 2000 yılında vermiş olduğu Kılıç v. Türkiye kararı, devletin yükümlülüğünün yalnız kişilerin haklarına dokunmamak olmadığını, aynı zamanda hal ve koşulları, ihlallerin

önüne geçecek şekilde düzenlemenin de bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermiştir.[863] Bunun, etkili ceza hukuku hükümlerini ve kişileri korumak için önleyici operasyonel tedbirlerin alınması ile yapılabileceğini, bunların birer pozitif yükümlülüğü olduğu ifade edilmektedir.[864] Bu pozitif yükümlülük kapsamındaki faaliyetlerin uygulanış biçimleri mahkeme önünde çokça tartışılmıştır.

Kamu güvenliğinin sağlanmasında en önemli unsurlardan biri olan kolluk kuvveti, kararlara sıkça konu olmuştur. Özellikle toplumsal olaylarda, yakalama, tutuklama ve sorgu aşamalarıyla ilgili olarak; yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlalleri sıkça gündeme gelmiştir. Terör örgütleri ve çeşitli aykırı siyasi yapılanmalara yönelik yürüttüğü operasyonlarda ve her türlü suçla mücadelede, polisin gerçekleştirdiği, ifade özgürlüğü, toplantı gösteri ve yürüyüş hakkı, adil yargılanma hakkı ihlalleri ön plana çıkmıştır.

Polisin güç kullanımı ile ilgili ilke karar denebilecek 2001 tarihli McKerr v. United Kingdom kararında AİHM, öldürme amaçlı silah kullanımını yaşama hakkının ihlali saymış, 1998 tarihli Ergi v. Türkiye kararında mutlak gereklilik şartının yerine gelmesi yanında can kaybının en aza indirilmesi için kuvvet kullanma eyleminin seçilen araçlar ve teknikler de dahil olmak üzere planlanmasından devleti sorumlu tutmuştur. Tomasi v. Fransa Kararında soruşturmanın gerekleri ve suçla mücadelede kişilerin fiziksel bütünlüklerine sınırlama getirilmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmiş, Chalal v. United Kingdom kararında işkence yasağının olağanüstü halde bile askıya alınamayacağı vurgulanmıştır. Son yıllarda verilmiş kararlardan örnekleri ele alacak olursak; AİHM, Mihdi Perinçek v. Türkiye kararında,

> *"28 Mayıs 2004 tarihinde PKK saldırılarını önlemek iddiasıyla başlatılan operasyon sırasında vurulan Şiyar Perinçek'in ölümü hakkında başlatılan soruşturmada savcının olay yeri incelemeye*

[863] KAYA, (2005), s.197.
[864] Kılıç v. Türkiye, Karar tarihi 28/03/2000

gitmemesi, olay yerindeki delillerin polisler tarafından kaldırılması, kıyafetlerin kaybedilmesi, parmak izi ve atış artığı alınmaması, polislerin ifadelerinin olaydan altı hafta geçtikten sonra alınması, Yargıtay'ın beraat kararını iki yıl sonra ve tek sayfalık bir karar ile onaması gibi usul eksikliklerinin varlığını ve polis hakkında beraat kararı verilmesini"[865]

yaşam hakkının etkili soruşturma yükümlülüğü yönünden ihlali olarak değerlendirmiştir. Lutskevich v. Rusya kararına konu olayda ise,

"Olay tarihinde üniversite birinci sınıf öğrencisi olan başvurucunun da katıldığı cumhurbaşkanlığı seçimlerinin hileli olduğu iddiasıyla şehir otoritelerinden izin alınarak Moskova'da halka açık barışçıl bir protesto yapılmıştır. Protestonun, yürüyüş ve ardından meydanda buluşma şeklinde gerçekleşmesi planlanmıştır. Protestocuların yürüyüşten sonra meydanda buluştuklarında polis tarafından beklenmedik bir şekilde bariyerlerle meydana girişin daraltıldığını görmüşlerdir. Alanda bu sebeple yoğunluk oluşması ve protestocuların bariyerlerin ardında kalmış olmalarından ötürü polis ile protestocular arasında çatışma olmuştur. Aynı gün Rusya Federasyonu Araştırma Komitesi tarafından başvurucu hakkında meydandaki çatışma sırasında kamu düzenini bozma ve kamu görevlisine karşı şiddetten ötürü cezai soruşturma açılmıştır. Ayrıca Moskova Bölge Mahkemesi başvurucu hakkında, babasının Ukrayna'da yaşaması sebebiyle kaçma ihtimalinin olduğu; özgür olduğu sürece suç oluşturan faaliyetlerine devam edeceği, tanıkları etkileyeceği, kanıtları yok edeceği ve genel olarak soruşturmanın işleyişini tehlikeye sokacağı gerekçeleriyle tutuklama kararı vermiştir. Tutukluluk halini inceleyen mahkemenin, başvurucunun

[865] Mihdi Perinçek v. Türkiye kararı, www.anayasagündemi.com, E.T. 5.10.2018.

gözaltına alınma sebeplerinde bir değişiklik olmaması gerekçesiyle tutukluluk süresinin tutuklandığı günden mahkum edildiği güne kadar toplamda bir yıl sekiz ay olmak üzere üç defa uzatılmış ve başvurucunun alternatif önleyici tedbir isteğinin geçerli bir sebep olmaksızın reddedilmiştir. Başvurucunun tutuklama sırasında polisler tarafından kötü muameleye maruz kaldığı iddiası hakkında soruşturma açılması talebi, polisin güç kullanımının protestocuların çatışma sırasındaki davranışları sebebiyle meşru olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Cezaevi-mahkeme arası gidiş-gelişlerin sıklığı ve uzunluğu, başvurucunun duruşma günlerinden önce yeteri kadar uyuyamamasına yol açmıştır. Mahkemedeki bekleme odası koşullarının genel olarak kötü olması, başvurucunun duruşma sırasında cam kabin ve metal kafese hapsedilmesi ve cezaevi aracındaki kötü koşullar, başvurucuyu fiziksel yorgunluk ve mental sıkıntıya sokmuştur. Sonuç olarak otoritelerce izin verilmiş bir eylemden dolayı başvurucunun kamu düzenini bozma ve polis memuruna karşı şiddet eylemlerinde bulunmaktan ötürü üç yıl altı ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Yerel mahkeme başvurucunun şiddetli eylemlerde bulunduğu hakkında yeterince kanıt olmayışını ve başvurucunun vücudunda morluk ve yaralar olmasına rağmen polisin aşırı güç kullandığı iddiasını dikkate almamasını Mahkeme, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ile toplanma ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlali olarak görmüştür.[866]

AİHM, Mihdi Perinçek için yaptığı değerlendirmede, kolluğun kuvvet kullanımının sınırları olduğunu, kuvvet kullanımının ancak mutlak suretle gerekli olduğunda kabul edilebilir olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bu bağlamda, demokratik bir toplumdaki kolluk görevlilerinin, tehlikeli teröristlerle uğraşırken bile

[866] www.anayasagündemi.com, Mayıs 2018 İHAM kararları bülteni, e.t.10.07.2018

ateşli silah kullanımında bir miktar dikkat göstermesinin beklendiğini ifade etmiştir.[867] Özgürlük-otorite dengesini sağlamada, ölçüt olarak "mutlak gereklilik", ve "demokratik toplumda gereklilik" prensiplerini benimsemekle AİHM, dengeleyici vasfını ortaya koymuştur. Lutskevich v. Rusya kararında mahkeme, bireylerin şiddet eylemlerine katılmaları halinde, kamu otoritelerinin toplanma özgürlüğüne yapılacak müdahalenin gerekli olup olmadığını incelerken daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını ve böylesi eylemler için bir yaptırım uygulanmasının, Sözleşmenin 11. maddesi ile uyumlu olduğunu ifade etmiştir. Fakat bu yaptırımların yapılan eylemlerle ve eylemin sebep olduğu zararlarla orantılı olması gerektiğini vurgulamıştır. AİHM, yerel mahkemenin, başvurucunun polisin aşırı güç kullandığı ve şiddetin başlamasında katkısı olduğu yönündeki iddialarını değerlendirmediği, oysa bu iddiaların hastanenin darp raporlarında bir karşılığı olduğunu da göz önünde bulundurarak, başvurucuya olaydaki ölçüde büyük bir ceza (3 yıl hapis) vermek için bir "zorlayıcı sosyal ihtiyaç" olmadığı, ayrıca, verilen böyle bir cezanın, mahkumun kendisini, diğer muhalefet destekçilerini ve genel olarak halkı gösterilere katılmaktan caydıran bir etki yarattığı değerlendirmesini yapmıştır.[868] Bu değerlendirmeleri sonucu olarak yapılan müdahelenin, kamu düzeninin sağlanması, suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması amaçlarıyla orantısız olduğu, dolayısıyla demokratik toplumda gerekli olmayan bir tedbir uygulandığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiş olması, Mahkeme'nin dengeleyici rolünü ortaya koymuştur.

Polisin, kamu güvenliğini bozan faaliyetler arasında görülen eylemlere müdahalelerinden doğan ihlallere yönelik kararlara bir başka örnek olarak, Chumak v. Ukrayna kararı verilebilir.

"Ukrayna'da karara konu olayın geçtiği şehirde Sivil Gençlik Derneği başkanı ve aynı zamanda Ukrayna vatandaşı olan başvurucu, belediye

[867] MİHDİ PERİNÇEK v. TÜRKİYE, başvuru no: 54915/09, karar tarihi: 29/5/2018.
[868] Lutskevich v. Rusya, Başvuru No: 6312/13 ve 60912/14, karar tarihi: 15/5/2018.

başkanına bölgedeki sosyal ve ekonomik durumu protesto etmek amacıyla, süresi belirsiz olmak üzere, merkez otorite binasının önünde grev gözcülüğü yapacaklarını bildirmiştir. Bu bildirimden bir gün sonra ilgili şehrin icra heyeti, derneğin kamu düzenini ve huzurunu ihlal ettiği gerekçesiyle gelecekte grev gözcülüğü organize etmek ve yürütmekten men edilmesi ve kurulan çadırların kaldırılması hakkında idari işlem başlatmıştır. Yerel mahkeme, derneği temsil eden başvurucunun kamu düzenini ihlal edecek bir davranışta bulunmadığı iddiası ile ancak grevin önlenmesi için şikayette bulunabileneceği iddiasını gerekçe olmaksızın reddetmiştir. Yerel mahkemenin bu kararı üzerine başvurucu, yapılan eylemin kamu düzenini bozduğu hakkında yeterli kanıt olmadığı, yerel mahkeme kararının keyfi ve orantısız olduğu ve Ukrayna kanunlarına göre şehrin icra heyetinin mahkemeye şikayette bulunmasının grev başlamadan önce yapılması gerektiği iddiasıyla temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi, şehrin icra heyeti tarafından başlatılan idari işlemin zaman bakımından kabul edilebilir olduğunu, yerel mahkemece verilen kararın orantılı olduğunu dile getirmiştir. Ukrayna Anayasası'nın sadece barışçıl toplanmalara izin verdiği ve merkez otorite binası önünde yapılan eylem sebebiyle binaya girişin engellenmesinin ve bina önünde çadır kurulmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını onamıştır. AİHM, bu yaklaşımı AİHS'nin 11. maddesinin ihlali olarak görmüştür."[869]

Mahkeme, Chumak v. Ukraine[870] kararına konu olayı değerlendirirken, şikâyet edilen müdahalenin hukuki dayanağını teşkil eden kanunların yayımlanmış olduklarını, bu sebeple halkın erişimine açık olmaları konusunda herhangi bir ihtilaf

[869] www.anayasagündemi.com, Mart 2018 AYM ve İHAM kararları bülteni, e.t. 10.07.2018.
[870] Chumak v. Ukrayna, Başvuru no: 44529/09, K.T: 06/03/2018.

bulunmadığını ortaya koymuştur. Bununla birlikte kanunda yer alan ifadelerin genel olmasının, öngörülebilirlik açısından sorunlu olduğu mahkemece belirlenmiştir. Mahkeme, uzlaşmacı bir orta yol bulmak yerine gösterinin dağıtılması ve şehirde grev gözcüsü bulundurulmasının belli olmayan bir süre için yasaklanması için haklı bir gerekçe göremediğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, belirlilik hususunu vurgulamanın yanında, siyasi hayata ilişkin kamusal olaylara özel bir önem verilmesinin altını çizmiştir. Önemli kamu figürlerini eleştiren görüşleri ifade edenlere daha fazla tolerans gösterilmesi gerekliliğini vurgulamış ve eleştirel görüşlerin ifade biçimlerinin kamu güvenliğini sağlamak adına öçüsüz şekilde engellenmesini doğru bulmamıştır. Böylece Mahkeme, kamu güvenliğini sağlamak uğruna eleştiri kültürüne zarar verilmemesi adına da kıstaslarını belirlemiş olmaktadır. Otoriteyi frenlemek için böyle bir kıstas ortaya koyması, Mahkeme'nin dengeleyici rolünü vurgulamaktadır. Benzer şekilde, Navalny v. Rusya kararında[871] da mahkeme, Rusya'da popüler bir blogger ve muhalefet lideri olan başvurunun 2012-2014 yılları arasında katıldığı barışçıl eylem sırasında gözaltına alınıp tutuklanması ve idari cezalar almasını, AİHS'nin 11. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirmeyi, tanınan bir siyasetçinin barışçıl bir eyleme katıldığı için medyanın gözü önünde gözaltına alınmasının yaratacağı caydırıcı etkiyi nazara alarak yapmıştır. Ayrıca Mahkeme, Rusya'daki ilgili kanuna göre yalnızca olay yerinde rapor tutulamayan durumlarda olaya karışan kişilerin karakola götürüleceğinin belirtilmesine rağmen bu kuralın neden başvurucu hakkında uygulanmadığının ortaya konmaması nedeniyle AİHS'nin 5. maddesinin ihlaline karar vermiştir.[872] AİHM'nin kararda, özgürlük kısıtlayıcı kıstaslar uygulanırken kullanılan takdir yetkisinin gerekçelerinin ortaya konması gerekliliğini vurgulamış olması da tutuklamalar veya diğer güvenlik tedbirlerinin keyfi uygulanmasının

[871] Navalny v. Rusya, Başvuru no: 29580/12, K. T.: 02/02/2017.
[872] www.anayasagündemi.com, Şubat 2017 AYM ve İHAM kararları bülteni, E.T: 10/07/2018.

önünde geçmek adına otoriteyi frenleyici bir araç ortaya koyması açısından önemlidir.

Basın özgürlüğünün tartışıldığı bir karar olarak, Gîrleanu v. Romanya[873] kararı örnek verilebilir. Karara konu olayda,

> *"Gîrleanu hakkında Romen askeri birliğine ait gizli dokümanları 2004 yılında sızdırması ile ilgili olarak soruşturma başlatılmıştır. Fakat 2005 yılında söz konusu belgelerin uzman bir asker tarafından başvurucuya teslim edildiği ve başvurucunun belgelerin gerçekliğini doğrulamak amacıyla sadece iki kişi ile paylaştığı tespit edilmiştir. Yerel mahkeme tarafından başvurucunun gizli belgeleri paylaşarak ülkenin güvenliğini tehlikeye attığı değerlendirmesi yapılmış, telefonlarının dinlenmesine, tutuklanmasına ve bilgisayarının hard diskine el konulmasına karar verilmiştir. Fakat savcılık, soruşturmanın devam ettiği süre içinde sızdırılan bilgilerin güncelliğini yitirmesi sebebiyle cezai soruşturmanın sürdürülmesine gerek olmadığına kanaat getirmiş, başvurucunun sadece para cezası ve yargılama giderlerini ödemesine hükmedilmiştir. AİHM, her ne kadar müdahale iç hukukta temellendirilmiş ve meşru bir amaç taşıyor olsa da belgelerin paylaşılmasının ulusal güvenliğe vereceği zararın kayda değer derecede olduğu konusunda ikna olmaması nedenleriyle başvurucuya yöneltilen cezai soruşturmanın ve verilen cezanın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. Ayrıca AİHM tarafından yerel mahkemenin; basın özgürlüğünün korunmasında demokratik toplumun menfaatlerini göz önünde bulundurarak, başvurucunun belgeleri yasadışı bir şekilde ele geçirmediği ve belgelerin araştırılması ve paylaşımının kamu yararına yapılmış bir gazetecilik*

[873] Gîrleanu v. Romanya, Başvuru No: 50376/09, K.T:26/06/2018.

soruşturması olduğu gerçeğiyle birlikte değerlendirme yapması gerektiğine dikkat çekilmiştir."[874]

Kamu güvenliğini tehlikeye attığı sebebiyle bir kişi cezalandırılırken, bu cezalandırmanın toplumun ifade özgürlüğünün kullanımından caydırılması anlamında verebileceği zarar öngörülerek değerlendirme yapılması gerekliliği, bu örnekte dengeleyici ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel Hayatın gizliliğinin ihlali de, devlet otoritesinin kamu güvenliğini sağlamak adına sıkça yaptığı ihlaller arasındadır. Sezgin Tanrıkulu v. Türkiye[875] kararı, kamu güvenliği gerekçesiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği kararının verildiği kararlardan biridir.

"Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi hakimi, Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Diyarbakır Bölge Başkanı'nın isteğiyle 6 Mayıs 2005'te tüm Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarını kapsayacak şekilde bir buçuk ay boyunca iletişimin dinlenmesi ve elektronik iletişimin takibi kararı vermiştir. Bunun üzerine dönemin Diyarbakır Barosu Başkanı olan başvurucu özel hayatın gizliliği hakkının ihlali iddiasıyla tedbir kararı alınmasını talep etmiş ve şikayet konusu tedbirin uygulanmasında rolü olan hakim, savcı ve MİT yetkilileri hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Fakat suç duyurusu takipsizlikle sonuçlanmış ve Adalet Bakanlığı, milli güvenlik gerekçesiyle sorumlu kişiler hakkında işlem yapmamıştır. AİHM bu durumu AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiş, ayrıca AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru yolu hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir."[876]

[874] www.anayasagündemi.com, Haziran 2018-AYM ve İHAM Kararları Bülteni, e.t.11.07.2018.
[875] Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Türkiye, Başvuru No: 27473/06, K.T.18/07/2017.
[876] www.anayasagündemi.com, Temmuz 2017 AYM ve İHAM Kararları Büteni, e.t.11/07/2018.

Mahkeme, konuyu değerlendirirken, öncelikle tedbirin kanunda öngörülmüş olması şartının sağlanıp sağlanmadığını incelemiştir. Müdahalenin kaynağını bulduğu kanunun ilgili maddesinde ve kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 10. maddesinde yer alan iletişimin dinlenmesinin belirli kişiler üzerinde uygulanabileceği kuralının uygulanmadığından, ayrıca tedbir kararı verilmesi için kanunda belirtilmiş bir başka şart olan, bir suçun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphenin bulunması şartının sağlandığına ilişkin bir ibare bulunmadığından hareketle kanunilik şartının sağlanmadığını tespit etmiştir. Sommer v. Almanya[877] kararında,

> *"AİHM, müvekkillerinden biri hakkında organize dolandırıcılık suçundan soruşturma başlatılan, bu nedenle kendi mesleki banka hesabı hakkında da gerekçe gösterilmeden izleme kararı verilen avukatın özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Hakkında ceza soruşturması açılmamasına ya da kendisinin suç işlediğine dair yeterli bir şüphe bulunmamasına rağmen mesleki banka işlemi bilgilerinin üç yıla yakın bir süre toplanması, daha sonra bu bilgilerin incelenmesi ve depolanması, soruşturma dosyasında 53 işlemin hesap özetinin ifşa edilmiş olması, tüm bunların başvurucunun mesleki faaliyetleri ve müvekkilleri hakkında genel bilgi veriyor olması, bu durumun ise savunma avukatı olarak müvekkilleri ile arasındaki gizlilik ve güven ilişkine zarar vermiş olması, bu değerlendirmenin gerekçeleri olmuştur."*[878]

Mahkeme bu kararı verirken, yapılan müdahalenin kaynağı olan kanunun, genel ifadelerle düzenlendiğinden ötürü yeterince öngörülebilir olmadığını ifade etmiş, uygulanacak tedbirin kapsamını ve uygulanma rejimini düzenleyen açık ve ayrıntılı

[877] Sommer v Almanya, Başvuru no. 73607/13, Karar Tarihi: 23.04.2017.
[878] www.anayasagündemi.com, Nisan ve Mayıs 2017-AYM ve İHAM Kararları Bülteni, E.T:11/07/2018.

kurallara ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır. Tedbirin süresi, verilerin depolanması, kullanımı, üçüncü şahısların bu verilere erişimi, veri bütünlüğünü ve gizliliğini koruma prosedürleri ve verilerin yok edilmesi prosedürlerinin ayrıntılı şekilde düzenlenmesinin kötüye kullanım ve keyfiliğe karşı yeterli güvenceyi sağlayacağını ifade etmiştir. Burada, genel ifadeler kullanılarak tedbiri uygulayacaklara geniş bir takdir alanı bırakmanın özgürlük-otorite dengesini otorite lehine bozacağı tespitini yapıp, yasama organını da denge mekanizmasına dahil etmiş, yasamanın, yürütmeyi belirli sınırlar içine alması gerekliliğini vurgulamıştır.

AİHM, özgürlük-otorite dengesinin sağlanmasında, meşru amaç, kanunîlik, ölçülülük prensiplerini kararlarında etkili biçimde uygulamış, yerel mahkemeler, hakka yapılan müdahaleyi kamu güvenliğine yönelik tehdidin yüksek olması sebebiyle orantılı görürken, AİHM, kamu güvenliğini sağlama amacını hakkın sınırlanmasında meşru bir amaç olarak görmekle birlikte, ölçülülük prensibinin bu koşullarda da uygulanabileceğini göstermiştir.

SONUÇ

Yüzyıllar boyunca toplumların özgürlük adına verdiği mücadele, aslında bir taraftan, "sınırlı bir otoriteyi var etmek için verilmiş bir mücadeledir", denebilir. Verilen mücadelelerin ardından bir kazanım olarak ortaya çıkan ve gelişim sürecini dünyanın dört bir yanında devam ettiren anayasal demokrasiler, sınırlı bir otoritenin ve kullanılabilir özgürlüklerin güvencesidir. Bu kazanımın anlamını koruması, üzerine kurulu olduğu temellerin ayakta kalmasına bağlıdır. Bu temeller yıkıldığı takdirde anayasalar, yüzlerce benzeri bulunan herhangi bir kitapçıktan başka bir şey olamazlar. Demokratik seçimler, erkler ayrılığı, yargısal denetim gibi unsurlar anayasaları ayakta tutarlar.

Tercih edilen hükümet sistemi, olağanüstü hal, yargısal denetimin yokluğu ya da etkisizliği, kuvvetlerin hukuksal ya da fiilî birliği, özgürlük-otorite dengesinin bozulmasına sebep olabilir. Latin Amerika Başkanlık sistemi örnekleri gibi, demokratik kurguya sahip hükümet sistemlerinin dejenere edilerek uygulanması, 11 Eylül hadiseleri sonrası ABD'de olduğu gibi olağanüstü halin bir politika aracına dönüştürülmesi ve bu yolla hem bireysel hak ve özgürlüklere, hem de devletlerin egemenliklerine orantısız müdahalede bulunulması böyledir. Otoriter ya da totaliter devletlerde kuvvetlerin fiilî olarak birleşmesiyle, Hitler Almanya'sı ve Mussolini İtalya'sında tecrübe edildiği üzere, özgürlükleri otorite karşısında korumak imkansız hale gelir. Yine kuvvetlerin hukuksal olarak birleştiği meclis hükümeti ve monarşilerde de yargı bağımsızlığını korumak çok zor olduğundan, otoritenin frenlenmesi güçleşir. Kişi hak ve özgürlüklerinin günümüzde karşı karşıya olduğu en önemli tehlikelerden biri olarak, terörle mücadeleden doğan güçlükler gösterilmektedir.

Terör, insan hayatını tehdit eden güncel bir sorun olarak, dünya üzerinde korkuyu hakim kılmaktadır. Terörle savaşmak, güçlü bir devlet yapısını gerektirmektedir. Öte yandan terörle savaşmanın en güvenceli yolu hukuktan geçmektedir. Devletin güçlü olması, hukukunun da güçlü olmasını gerektirir. Hukuku, güvenlik tesis edildikten sonra tekrar kullanmak üzere tozlu raflara

kaldırmak ve yerine saf siyasi iradeyi koymak, hukuktan bir daha hiç istifade edememek anlamına gelebilir. Zira hukukun demokrasilerde önemli bir unsur olarak öne çıkarılmasındaki amaç, onun, yönetilenleri siyasal otoritenin keyfî yönetiminden koruma gücünden faydalanmak ve yönetimi hukuka bağlamaktır. Terör sebebiyle yitirdiğimiz güvenliği sağlamak için, otoritenin önünden hukuk engelini kaldırmak, tüm bu güvenceden vazgeçmek anlamına gelecektir.

Kendini terör yoluyla güçlü bir şekilde gösteren hukuka aykırı şiddet, günümüzde insan hakları karşısında duran en büyük tehditlerdendir. Bununla birlikte, devletin tekelinde olan hukuka uygun şiddetin sınırlarının çizilebilmesi de insan haklarının korunması açısından önem arz etmektedir. 11 Eylül terör saldırıları ile başlayan ve tüm dünyayı saran "teröre karşı savaş" politikalarının uygulanması sırasında, devlet şiddetinin, hukuku aştığı söylenebilir. Guantanamo Kampı ve Ebû Gureyb Hapishanesi örnekleri ile İngiltere'de Belmarsh kararına konu olan Belmarsh Hapishanesi uygulamaları bu duruma örnek teşkil etmektedir. Yürütme organının fiiliyle gerçekleşen bu ihlallerin yanında, terörle mücadele amacıyla çıkarılan yasalar da, insan haklarına orantısız müdahaleler için zemin oluşturmuştur. ABD'de çıkarılan PATRIOT Act, İngiltere'de çıkarılan Anti Terrorism, Crime and Security Act (ACTSA) ve Almanya'da çıkarılan Bundeskriminalamtgesetz (BKA) bu tür yasalara örnektir.

Ulusal yargı organlarının ve uluslararası mahkemelerin, yasama ve yürütme organlarının faaliyetleri karşısında gösterdiği tutum, özgürlük-otorite dengesinin sağlanmasında anahtar rol teşkil etmiştir. Almanya ve İngiltere'de yargı organlarının terörle mücadele yasaları ve yürütme fiilleri karşısında denetimi ön plana çıkaran tutumu gözlemlenirken, Fransa'da yargının, yasama ve yürütmeyi destekleyici bir pozisyonda kaldığı, verilen kararlardan anlaşılmaktadır. ABD'de Guantanamo'da tutuklu bulunan kişiler konusunda, bu kişilerin tutukluluklarının sınırsız olamayacağına, burada tutuklu bulunanların tutukluluklarının yasallığının mahkemelerce incelenebileceğine yönelik Şefik Resul v. Bush kararı ile tutuklu kişilerin tutukluluğa itiraz hakkını tanıyan Hamdi v. Rumsfeld kararı, yargının,

yürütmenin denetlenebilirliği hakkında verdiği kararlar olarak öne çıkmaktadırlar. Bununla birlikte, bu kararlarda, terörist olarak isimlendirilmeleri, kişilerin tutuklanmalarında haklı bir sebep olarak ele alınmıştır. Paye, bu durumu "anominin hukuk içine yerleştirilmesi" olarak isimlendirmektedir. Bu, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yürütme üzerinde sınırlı bir denetimi benimsediğini göstermiştir. Çalışmamızda incelediğimiz, daha geç tarihli kararlarında Mahkeme'nin hukuki prensipler üzerinde daha çok durduğu ve denetimde sınırlılığı, elverişlilik, gereklilik, orantılılık gibi prensiplere dayandırdığı görülmektedir. AİHM'nin de konuya bu ölçütler doğrultusunda yaklaştığı görülmektedir.

İstisna hali tecrübesi açısından zengin olan Türkiye'de de tüm dünyada yaygınlaşan "terörle savaş" doktrini uygulanmıştır. Gerçekleşen askerî darbeler dışında, 11 Eylül 2001 öncesi olağanüstü hal tecrübesi olarak, 1987'de Bingöl, Diyarbakır, Elazığ, Hakkari, Mardin, Siirt, Tunceli ve Van'da ilan edilen ve 2002 yılına kadar varlığını sürdüren bölgesel olağanüstü hal gösterilebilir. Burada da olağanüstü hal ilan edilme sebebi olarak terörle mücadele esas alınmıştır. Bu dönemde çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri anayasal denetime konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kararnameleri, niteliği itibariyle aslında bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olmadığından bahisle denetlemiştir. Mahkeme, olağanüstü hal isimlendirmesiyle kendini bağlı görmemiştir. Bu karar, yargı organınca olağanüstü halin, hukukun içinde bir yol olarak benimsendiğini göstermektedir. 20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal sonrası çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile birlikte, bu görüş değişmiş, yargı organı, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini denetlemeyi yetkisizlik sebebiyle reddetmiştir.

Türkiye'de yaşanan iki olağanüstü hal arasında devletin özgürlük-otorite dengesini sağlamadaki rolü değişmiştir. Bu rolü değiştiren, yargı olmuştur. Yargı organının içerik incelemesine gerek duymaksızın olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini denetlemeyi reddetmesiyle birlikte, olağanüstü halin hukuk üstü bir rejim olarak kabulü gerçekleşmiştir. Hukuk, ihtiyaçlara cevap vermediğinde siyasal

karar mekanizmasını hukukun üzerine çıkarmak, bir yönetim paradigması olarak kendini gösterir. Rossiter, bu durumu, demokratik rejimin, normal koşullarda iş görecek şekilde düzenlenmiş olmasıyla açıklar:

"Kriz zamanlarında anayasal yönetim, tehlikeyi ortadan kaldırmak ve normal durumu yeniden tesis etmek için ne ölçüde gerekiyorsa o ölçüde değiştirilmelidir. Bu değişim, kaçınılmaz olarak daha güçlü bir yönetimi ima eder Bir başka deyişle, yönetimin daha fazla gücü, yurttaşların ise daha az hakları olacaktır."[879]

Hem olağan, hem olağanüstü haller bakımından, özgürlük ile otorite arasında tam bir denge kurulması zor olsa da, zorunludur. Aksi takdirde, özgürlük ile otoriteden biri, diğerinin alanını onu işlevsiz bırakacak biçimde daraltır, yahut onu yok eder. Dengenin özgürlük lehine bozulması, ve sınırsız özgürlüğün siyasal yaşama hakim olması ihtimali karşısında, güvenliğin ortadan kalkacağı endişesini taşımak olasıdır. Fakat bu ihtimale önlem olarak sınırsız bir otorite biçiminin kabullenilmesi de, en az sınırsız özgürlük kadar korkutucudur. Sorgulanamaz, geri alınamaz, erklere ayrılamaz, gücü frenlenemez bir otoritenin hâkimiyeti, arzu edilebilir bir durum olmaktan uzaktır.

879 ROSSITER, Clinton, *"Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies"*, Routledge, 2017, New York, s.5.

KAYNAKÇA

13. Türkiye İnsan Hakları Hareketi Konferansı, Nihai Rapor ve Sonuç Bildirgesi, *"Olağanüstü Koşularda İnsan Haklarını Savunmak"*, 25-27 Kasım 2016 Pamucak / İzmir.

A. FANID , Nematolah, *"İran İslam Cumhuriyetinin Hükümet Sistemi"*, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 7 Sayı:12 2015, s.283-296.

ABAY, Müslüm, *"1937-1938 Madalyalı Alevi Katliamı: Dersim"*, Cinius Yay., 1. Baskı, 2014, İstanbul

ABU-MANNEH, , "Âli ve Fu'ad Paşaların Bâb-ı Âli'deki Nüfuzlarının Kökleri (1855-1871)", (iç.) İNALCIK, Halil, SEYİTDANDIOĞLU, Mehmet, (Ed.), "*Tanzimat, Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu"*, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2014, p. 477-491.

ACKERMAN, Bruce, *"We The People"*, Vol: 1 and 2, (Harvard University Press 1991 and 1998), (Aktaran: TROPER, (2003), s.111.

AÇIL, Murat, *"Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi"*, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, Şubat 2018, İstanbul.

AGAMBEN, Giorgio, "İstisna Hali", çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, 1. Basım, Şubat 2006, İstanbul, s.12.

AGAMBEN, Giorgio, "Kutsal İnsan", Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yay., 3. Basım, 2017, İstanbul.

AGUILAR, Cristián Letelier , *"Anayasal Denetimin Anayasal Demokrasideki Rolü"* , Anayasa Yargısı 34 (2017), s.267-271.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent, "Tanrı Devletinden Kral Devlete", İmge Yay., 6. Baskı, 2013, Ankara.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali *(Ed.)*, "Siyasal Düşünceler Tarihi", T.C. Anadolu Üniversitesi Yay., 1. Baskı, 2013, Eskişehir.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, *"Socrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler",* İletişim Yay., 2011, İstanbul.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent, *" Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı",* İmge Kit. 4. Baskı, 2009, Ankara.

AKAD, Mehmet, DİNÇKOL VURAL, Bihterin, BULUT, Nihat, *"Genel Kamu Hukuku",* Der Yay., 12. Basım, 2016, İstanbul.

AKILLIOĞLU, Tekin, *"Temel Hakların Durdurulması"*, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., 7, 1988, Ankara.

AKGÜL, Suat, *"Cumhuriyet Dönemine Kadar Dersim Sorunu"*, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi OTAM S.4, 1993, s.1-22.

AKIN, Rıdvan, " TBMM Devleti (1920-1923): Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare", İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2001, İstanbul.

AKSOY, Mete Ulaş, *"Kutsal İnsan: Giorgio Agamben'in Egemenlik Anlatısında Kurbansal Durum"*, FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), 2016 Güz, sayı: 22, s.16-40.

AKŞİN, Sina, *"Jön Türkler ve İttihat ve Terakki",* İmge Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, Kasım 2001, İstanbul.

AKTAN, Coşkun Can, "Tımar sistemi ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Uygulaması", "Osmanlı Tımar Sisteminin Mali Yönü", Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, S:52, 1988, s. 69-78.

AKTAR, Ayhan, *"Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları",* İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.

AKYILMAZ Bahtiyar, *"Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi"* , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. 2, S. 1-2, Yıl 1998.

AKYOL, Taha, *"Türkiye'nin Hukuk Serüveni: Fıkıhtan Hukuka ve Demokrasiye Geçiş Sorunları",* Doğan Kitap, 1. Baskı, Kasım 2014, İstanbul.

ALBAYRAK, Mustafa, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, *"Demokrat Parti Döneminde Milli Korunma Kanunu Uygulamaları (1955-1960)"*, Sayı 67-68-69, Cilt: XXIII, 2007, ss.1-20.

ALFORD, Ryan, "Permanent State of Emergency: Unchecked Executive Power and the Demise of the Rule of Law", McGill-Queen's University Press, 2017, Canada, p.IX-X.

ALGÖR, İlhami, *"Ma Sekerdo Kardaş?: N'etmişiz Kardaş: 'Dersim 38' Tanıklıkları"*, Doğan Kitap Yay., 1. Baskı, 2010, İstanbul.

ALKAN, Haluk, *"Türk Cumhuriyetlerinde Siyasal Kurumsallaşma Süreci: Geçen Yirmi Yılın Bir Bilançosu",* Bilig Dergisi, Bahar 2012, S:61, s.1-30.

ALTUN, Hasan Mutlu, *"Terörle Mücadele Sırasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması"*, Selçuk Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, Konya.

AMNESTY INTERNATIONAL, *"Killing at Will: Extrajudicial Executions and Other Unlawful Killings by the Police in Nigeria"*, Amnesty International Pub., 2009, London.

ANAYURT, Ömer, "Anayasa Hukuku", Seçkin Yay., 2018, Ankara.

ARCHAR, Gilbert, *"The Clash of Barbarisms: September 11 and the Making of the New World Disorder"*, New York, Monthly Review Press, 2002.

ARENDT, Hannah, *"Totalitarizmin Kaynakları/1: Antisemitizm"*, İletişim Yay. 5. Baskı, 2014, İstanbul

ARENDT, Hannah, *"Totalitarizmin Kaynakları/3: Totalitarizm"*, İletişim Yay., 2. Baskı, 2017, İstanbul.

ARMAĞAN, Abdüllatif, *"Klasik Dönemde Osmanlılarda Devlet Yönetim Anlayışına Dair Bazı Düşünceler"*, Gazi Akademik Bakış Dergisi, Cilt:5, Sayı:9, Kış 2011, s.139-156.

ARNHART, Larry., *"Siyasi Düşünce Tarihi"*, (Çev. Ahmet Kemal Bayram), 4. Baskı, Adres Yay., 2011, Ankara.

ARSLAN, Rıza, *"Demokratik Yönetim Sistemleri"*, Dora Yayınları, 1. Baskı, Bursa, 2013.

ARSTEINTREDET, Leiv., LLANOS, Mariana, NOLTE, Detlef, *"Paraguay and the Politics of Impeachment"*, Journal of Democracy, 2013, S.24, N.4, s.110-123.

ASLAN, Seyfettin, *"Osmanlı Siyasi Rejimini Şekillendiren Bir Olgu Olarak Patrimonyalizm"*, İktisadi ve İdari İlimler Dergisi, Cilt:17, Nisan 2003, Sayı:1-2, s.245-253.

ASLAN, Seyfettin, DÜNDAR, Tahir *"Cumhuriyet döneminde İstiklal Mahkemeleri"*, Mukaddime, 2014, S.5, C.1, s.27-44.

ATAÖV, TÜRKKAYA, *"11 Eylül: Terörle Savaş mı, Bahane mi?"*, Alkım Yay., 2003, İstanbul.

AYAZ, Erhan, *"6-7 Eylül Olaylarının Türk Gazetelerindeki Yansımaları"*, International Anatolia Academic Online Journal, Social Science, S.2, C.2, s.82-92.

AYBAY, Rona, *"Genel Kamu Hukuku: Devlet (18.-20. Yüzyıl)"*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 1. Baskı, 2017, İstanbul.

AYBAY, Rona, *"Public Emergencies, Economic Crises and Human Rights "*, İnsan Hakları Yıllığı: 1981-1982, Yıl:3-4, Ankara, s.152-156.

AYBUDAK, Utku, *"Modern Devlet Bağlamında Ortaya Çıkan Egemenlik Kavramı ve Egemenliğin Dönüşümü"*, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi / The Journal of International Social Research Cilt: 10, Sayı: 54, Yıl: 2017, s.226-237.

AYDIN, M. Akif, "*Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri",* Osmanlı Araştırmaları Dergisi, XXIV , 2004, İstanbul, s.37-46.

AYHAN, Hasan, "İnönü Döneminde Basın", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Gazetecilik Anabilim Dalı, 2013, Konya.

BAL, İhsan,(Der.) *"Terörizm: Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler"*, USAK Yay., 1. Baskı, Nisan 2006, Ankara.

BALDWIN, Nicholas D. J., *"Concluding Observations: Legislative Weakness, Scrutinizing Strength?"*, The Journal of Legislative Studies, 2004, S.10,C.2-3, s. 295-302.

BARAK, Aharon, *"Proportionality"*, Cambridge University Press, 2012.

BARIN, Taylan, *"Anayasa Yargısının demokratik Meşruiyeti"*, Oniki Levha Yay., 2016, İstanbul.

BARKAN, Joel D. (2009) "African Legislatures and the "Third Wave" of Democratization",(in), BARKAN, Joel D. (ed.), *"Legislative Power in Emerging African Democracies*", Lynne Rienner Publishers, s.1-33.

BAŞTÜRK, Efe, *"Biyopolitika ve Savaşım: Foucault ve Agamben Arasındaki Ayrımın Kavramsal İçeriği"*, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi • Marmara University Journal of Political Science • Cilt 5, Sayı 2, Eylül 2017, ISSN 2147-6934, ss. 1-23.

BAŞTÜRK, Efe, "Modern Egemenliğin "Nomos"u Olarak İstisna Hali", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi (FLSF) . Spring 2013, Issue 15, p. 71-83.

BAUMANN, Zygmunt, *"Küreselleşme"*, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay. 4. Basım, 2012, İstanbul.

BAYAR, Celal, *"Şark Raporu"*, Sadeleştirme: Nejat Bayramoğlu, Kaynak Yay., 1. Basım, 2006, İstanbul.

BEAUD, Olivier, " *Anything Goes?: How does French Law Deal With the State of Emergency?", (iç.)* AURIEL, Pierre, BEAUD, Olivier, WELLMAN, Carl (Ed.), "The Rule of Crisis: Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law",Springer International Publishing, 2018, Switzerland.

BELL, Lauren Cohen, *"Following the Leaders or Leading the Followers? The US President's Relations with Congress"*, The Journal of Legislative Studies, S.10, C.2-3, s.195.

BERMANN, George A., GOEBEL, Roger J., DAVEY, William J., FOX, Eleanor M. "*European Community Law"*, West Publ., 1993, 166-191.

BIELEFELDT, Heiner, *"Demokratik hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik",* ÇOBAN, Ali Rıza, CANATAN, Bilal, KÜÇÜK, Adnan (Ed.) *"Hukuk Devleti"*, Adres Yay., 1. Baskı, 2008, İstanbul.

BİBER, Ahmet Emre, *"Değişen Devlet Anlayışı, Müdahalecilik ve Piyasa Ekonomisi"*, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2008, Cilt:1, Yıl:9, Sayı:16, s.56-69.

BİLGEN, Pertev, *"1961 Anayasası'na göre Sıkıyönetim"*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

BİRECİKLİ, İhsan Burak, *"Sultan II. Abdülhamit'e Karşı Başarısız Bir Darbe Girişimi"*, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, Cilt:1 Sayı:1, 2012, s.683-697.

BLACKSTONE, William,*"Commentaries on the Laws of England"*, Oxford Press, 3rd ed., 1765.

BORA, Tanıl, *"Cereyanlar: Türkiye'de Siyasi İdeolojiler"*, İletişim Yay.,1. Basım, 4. Baskı, 2017, İstanbul.

BORATAV, Korkut, *"Türkiye'de Devletçilik"*, Savaş Yayınları, Ankara, 1982, s. 225; AKMAN, Solak, *"II. Dünya Savaşı Yıllarında Türkiye'de Hububat Üretiminin Vergilendirilmesi"*, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., S.1, C.2, 2011, 73–91.

BOYAR, Oya, *"Anayasa Hukuku ve Şiddet",* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 22 / 1, s. 53-80.

BOYLE, Michael J., "*The War on Terror in American Grand Strategy",* International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-), Vol. 84, No. 2 (Mar., 2008), pp. 191-209.

BOZINOVIC, Filip G., *"Finding the limits of France's State of Emergency"*, Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union: Vol. 2017, Article 4, s.17.

BOZKURT, Enver, *"Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler"*, Asil Yay. 1. Baskı, 2007, Ankara.

BUCAKTEPE, Adil, "*Birinci ve İkinci Meşrutiyet Anayasalarında Öngörülen Devlet Modelleri Hakkında Bir Değerlendirme"*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 42. Sayı Ekim 2014, s.45-56.

BULUNMAZ, Barış, *"Türk Basın Tarihi İçerisinde Demokrat Parti Dönemi ve Sansür Uygulamaları"*, Öneri Dergisi, C.10, S.37, 2012, s.203-214.

BULUT, Nihat, *"Siyasal İktidar Tipleri ve Bir Siyasal Tipi Olarak Devlet"*, www.cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=siyasal-iktidar-tipleri-ve-bir-siyasal-tipi-olarak-modern-devlet.pdf.

BUSTAMANTE, Thomas, FERNANDES, Bernardo Gonçalves, (Ed.) *"Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory an the Legitimacy of Constitutionalism"*, Springer, 2016.

BULUT, Nihat, *"Türkiye'de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi"*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII S: 1 – 2, 2008, s.1-15.

BUZAN, Barry and WAEVER, Ole, *"Regions and Powers: The Structure of International Security"*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

BÜYÜK, Celal, *"Yasama Yürütme Yargı: Platon'dan Montesquieu'ya Devletin Fonksiyonlarına Genel Bir Bakış"*, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Cilt.10, Sayı:1, 2010, s.159-170.

CAHN, Olivier, *" The Fight Against Terrorism and Human Rights: The French Perspective"* (in) M. Wade and A. Maljevic´ (eds.)," A War on Terror?: The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications", Springer Science+Business Media, LLC 2010.

CAMPBELL, Colton C., STACK JR., John F. (Ed.), *"Congress Confronts The Court. The Struggle For Legitimacyand Authority in Lawmaking"*, Rowman & Littlefield Publishers Inc.

CAN, Osman, ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu, *"Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine"*, MÜHF - HAD, C.23, S.1,s.13-43.

CEVİZCİ, Ahmet."Felsefe Sözlüğü", Paradigma Yay., 2000, İstanbul.

CHAISTY, Paul, CHEESEMAN, Nic, POWER, Timothy, *"Rethinking the Presidentialism Debate*: Conceptualizing Coalitional Politics in Cross-regional Perspective", *Democratization*, 2012, s.1-23.

CHEIBUB, Jose Antonio, ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, *"Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective"* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 361, 2011.

COLOMER, Josep M., NEGRETTO, Gabriel L., *"Can Presidentalism Work Like Parliamentarism?"*, Government and Opposition, Vol:40, Issue:1, 2005, p.60-81.

CONCEIL OF EUROPE, Comittee of Experts on Terrorism", *Profiles on Counter-Terrorist Capacity: France" 2013*, https://rm.coe.int/1680641029.

COŞKUN, Nilüfer, *"Resmi İdeoloji ve Yargısal Aktivizm"*, DÜHFD, Cilt: 22, Sayı: 36, Yıl: 2017, s. 59-86.

COŞKUN, Vahap, *"Güvenliği Özgürlükte Aramak"*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 8-9-10-11, (2003-2004), s.1-10.

COX, Gary W., MORGENSTER, Scott, *"Latin America's Reactive Assemblies and Proactive President"*, The Journal of Comparative Politics, Vol.33, No.2, 2001, s.173.

ÇAKIR, Hamza, YAVALAR, Deniz Elif, *"Demokrat Parti İktidarı ve Basın",* Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.6, S.3, 2017, s.257-270.

ÇAKMAK, Diren, *"Asad Ghanem'in Etnik Azınlık Taleplerini Anlama Modeli Üzerine "*, Tesam Akademi Dergisi, 2014, 1(2), 97-113.

ÇAKMAK, Diren, *"Sammy Smooha'nın Etnik Demokrasi Modeli Üzerine"*, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler enstitüsü Dergisi, Yıl:6, S:2, Aralık 2013, s.53-83.

ÇALEN, Mehmet Kaan, *"1909 Kanun-i Esasî Tadilatı"*, Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 4, Temmuz-2012, s. 129-140.

ÇEÇEN, Anıl, *"Devlet ve İnsan Hakları"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989/6, s.826-845.

ÇELİK, Fikret, KAYA, Ayman, *"Thomas Hobbes ve John Locke'un Egemenlik Anlayışları Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Analiz"*, The Journal of Academic Social Science Studies, No: 65 , Spring I 2018, p. 333-350.

ÇETİN, Halis, *" Özgürlüğe Karşı Güvenlik: Hayek'in Kölelik Yolu Eserini Yeniden Okumak",* C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, Yıl:2004, s.1-23.

ÇETİN, Halis, *"Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine"*, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2002, s.1-16.

ÇETİN, Halis, *"Liberalizmin Tarihsel Kökenleri"*, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2002, s.79-96.

ÇOBAN KARABULUT, Pakize, *"İkinci Dünya Savaşı Yıllarında Milli Korunma Kanunu ve Ege Kırsalında Etkileri"* , Tarih Okulu Dergisi (TOD) Haziran 2015Yıl 8, Sayı XXII, ss. 371-398.

DAVER, Bülent, *"Fevkalade Hal Rejimleri"*, Ankara, 1961.

DEMİR, Ramazan, *"Feodalizmin Devlete İsyanı ve Dersim Olayları"*, Palme Yay., 1. Baskı, 2010, Ankara.

DEMİRTAŞ, Barış, "Jön Türkler Bağlamında Osmanlı'da Batılılaşma Hareketleri", U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 13, 2007/2, s.389-408.

DEVEREUX, Robert, *"The First Ottoman Constitutional Period"*, The John Hopkins Press, 1963.

DİKİCİ,Ali, *"Millî Şef İsmet İnönü Dönemi Laiklik Uygulamaları"* Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi S 42, Kasım 2008, s. 161-192.

DOĞAN, İlyas (Ed.), *"İnsan Hakları Hukuku",* Astana Yay. 1. Baskı, 2013, Ankara.

DUHAMER, Olivier, *"Terrorism and Constitutional Amendment in France"*, European Constitutional Law Review, Volume 12, Issue 1, May 2016 , p. 1-5.

DURAN, Lütfü, *"İdare Hukuku Ders Notları"*, Üniversite Matbaası, İstanbul.

DWORKIN, Ronald *"Hakları Ciddiye Almak"*, Dost Yayınevi, 1. Baskı, 2007, Ankara.

DWORKIN, Ronald, *"Siyasi Yargıçlar ve Hukuk Devleti"*, ÇOBAN, Ali Rıza, CANATAN, Bilal, KÜÇÜK, Adnan *(Der.), "Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal"*, Adres Yay. 1. Bası, 2008, Ankara, s.295-325.

EDLIN, E. Douglas, *"Institutional Identity and the Rule of Law: Belmarsh, Boumediene, and the Construction of Constitutional Meaning in England and the United States"*, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol.41, 2008, p.481-528.

EKİCİ, Süleyman, *"Hayek'te Özgürlük Demokrasi İlişkisi",* Akademik Yaklaşımlar Dergisi, Kış 2015, C:6, S:7, s.84-103.

ELLIOT, Mark, *"Constitutional Foundations of Judicial Review",* Hart Publishing, 2001.

ERDEM, Demirhan Fahri, ERDEM, Çiğdem, *"Ortadoğu'da Otoriter Rejimler:Ortadoğu Arap Toplumlarının Tarihsel, Siyasal ve Sosyo-Ekonomik Yapısı Üzerinden Bir Değerlendirme",* Akademik Orta Doğu, Sayı:2, s.213-238.

ERDOĞAN, Mustafa, *"Anayasa Hukuku"*, Orion Yay. 7. Baskı, 2011, Ankara.

ERDOĞAN, Mustafa, "Anayasal Demokrasi", Siyasal Kitabevi, Eylül 2015, Ankara.

ERDOĞAN, Mustafa, *"Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik ",* İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 21-29.

EREN, Abdurrahman, *"Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri",* Beta Yay.,1. Bası, 2004, İstanbul.

ERGÜL, Engin, "İbn Haldun'un Teorileri ile Karşılaştırmalı Genel Kamu Hukuku", Adalet Yay., 1. Baskı, 2019, Ankara.

ESEN, Selin, *"Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi"*, Adalet Yay., 2008, Ankara.

FALLON, Richard J., *"Law and Legitimacy in the Supreme Court"*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2018

FELDMAN, William, *"Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege"*,Cornell International Law Journal, Vol.38, 2005, s.1023.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "*2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması"*, Anayasa Yargısı, AYM Yayını, C. 19, Y. 2002 , s.111-149.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *"Anayasa Hukuku"*, Yetkin Yay., 2015.

FISH, M. Steven,*"Stronger Legislatures, Stronger Democracies",* Journal of Democracy, S.17, C.1, 2006, s. 5-20.

FITZPATRICK, Joan, *"Human Rights in Crisis: The International system for Protecting Rights during States of Emergency"*, University of Pennsylvania Press, 1994, Philadelphia.

FOLLESDAL Andreas, MALİKS, Reidar, (Ed.), *"Kantian Theory and Human Rights"*, Routledge, 2014, New York;

FREDMAN, Sandra, *"The Positive Right to Security"*, in B.J. Goold and L. Lazarus (eds.), *Security and Human Rights,* Hart Publishing, 2007, 307–324.

FRENCH, Robert, *"Executive Power in Australia-Nurtured and Bound in Anxiety",* University of Western Australia Law Review Vol 43, No.2, s.16-41.

GARCIA-MANSILLA, Manuel José, *"Seperation of Powers Crisis: The Case of Argentina"*, Georgia Journal of International & Comparative Law, 2004, s.360-387.

GELBER, Katharine, MCNAMARA, Luke, *"Evidencing the Harms of Hate Speech"*, Social Identities, Vol:22, Issue:3, 2016, p.324-341.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, *"Devlet, Birey, Özgürlük"*, Legal Yay, 2. Baskı, 2012, İstanbul.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, *"Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları",* BDS Yay., 1991, İstanbul.

GEORGEON, François, *"Sultan Abdülhamid"*, İletişim Yay. 1. Baskı, 2012, İstanbul.

GHANEM,A. (2012). *"Understanding Ethnic Minority Demands: A new Typology"*, *Nationalizm and Ethnic Politics*, vol.18, no.3, (pp.358-379).

GIDDENS, Anthony, *"Ulus Devlet ve Şiddet",* Çev. Cumhur Atay, Kalkedon Yay. 2. Baskı, 2008, İstanbul.

GINGSBERG, Benjamin, *"Presidential Power, Unchecked and Unbalanced",* W. W. Norton & Company, 2007.

GLASIUS, Marlies, *"What Autoritarianism is… and is not: A Practice Perspective"*, International Affairs, Volume 94, Issue: 3, 2018, p. 515–533.

GLASSMAN, Jim, *"Imperialism Imposed and Invited: The "War on Terror" Comes to Southeast Asia"* (In), Derek Gregory and Allan Pred (eds.), *Violent* Geographies: Fear, Terror, and Political Violence. New York: Routledge, 2007.

GOLDSMITH, Jack, "*The Terror Presidency. Law and Judgement Inside The Bush Administration"*, W. W. Norton & Company; Reprint edition, 2009.

GOLDSMITH, Jack, 'Will Donald Trump Destroy the Presidency?', The Atlantic Magazine (Washington DC), October 2017.

GOLOĞLU, Mahmut, "Devrimler ve Tepkileri", Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Baskı, 2017, İstanbul.

GÖK, Gonca Oğuz, "*Kimin Güvenliği? Uluslararası Göç-Güvelik İlişkisi ve Uluslararası Örgütlerin Rolü "*, KOSBED, 2016, 31: 65 - 82.

GÖNENÇ, Levent, *"Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries"*, b.1., NLD: Brill Academic Publishers, Leiden, 2002.

GÖNENÇ, Levent, *"Siyasi İktidarın, Dengelenmesi, Denetlenmesi ve Anayasalar",* TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri.

GÖREN, Zafer, "Temel Hakların Sınırlandırılması-Sınırlamanın Sınırları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2 s.39-59.

GÖREN, Zafer, *"Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü durdurma Kararları",* Anayasa Yargısı, C:12, 1995.

GÖZE, Ayferi, *"Siyasal Düşünceler ve Yönetimler"*, Genişletilmiş 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s.141.

GÖZLER, Kemal, *"Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku"*, Ekin Yay., 2013, Bursa.

GÖZLER, Kemal, *"Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu"*, Ekin Yay. Bursa, 1999.

GÖZLER, Kemal, *"Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi"*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.

GÖZTEPE, Ece, *"Anayasa Şikayeti"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, Ankara 1998,

GÖZTEPE, Ece, *"Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler"*, Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı (5-6 Haziran 2010), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010, s. 130-169.

GÖZTEPE, Ece, *"Anayasa Yargısının Meşruluğu"*, (iç.) GÖZTEPE, Ece, ÇELEBİ, Aykut *(Der.), "Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler"*, Metis Yay., 1. Bası, 2012, İstanbul, s.387-417.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *"Anayasa Hukuku"*, Turhan Kitabevi, 13. Bası, Ağustos 2004, Ankara.

GUNNEFLO, Markus, "Targeted Killing: A Legal and Political History", Cambridge University Press, 2016, Cambridge.

GÜL, Cengiz, *"Karşılaştırmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme"*, Yetkin Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2017.

GÜNDOĞAN, Nezahat, GÜNDOĞAN, Kâzım, *"Dersim'in Kayıp Kızları: Tertele Çenequ"*, İletişim Yay., 9. Baskı, 2019, İstanbul.

GÜNEL, Necmi, "Dersim İsyanı", Paraf Yay., 2011, İstanbul.

GÜNEŞ, Hakan, *"Başkanlık, Parlamentarizm ve Yerel Ağlar: Özbek ve Kırgız Siyasal Sistemlerinin Yeniden Düzenlenmesi ",* İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:45,2011, s.23-43.

GÜRBÜZ, Ahmet, *"J.J. Rousseau ve Toplum Sözleşmesi Kuramı'nın Değeri"*, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:4.

GÜZ, Nurettin, "*Türkiye'de Basın-İktidar İlişkileri (1920-1927)",* Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1991.

GÜZEL, Hasan Celal, ÇİÇEK, Kemal, KOCA, Salim (Ed.), *"Türkler"*, Cilt:10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *"Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerine Etkisi"*, AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, S.52, C.4, 2003, s. 69-92.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *"2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri"* Anayasa Yargısı Dergisi, S.19, 2002, s. 550-571.

HARD, William, *"The Spirit of the Constitution"*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 185, The Constitution in the 20th Century (May, 1936), p. 11-15.

HARTLY, T.C., "*European Community Law"*, Clarendon pres., Oxford 1988.

HAYEK, Freidrich A., "*Hukuk, Yasama ve Özgürlük",* Çev. Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Mehmet Öz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Basım, Eylül 2012, İstanbul.

HAYEK, Friederich A., *"Kölelik Yolu"*, Çev. Turhan Feyzioğlu, Yıldıray Arslan, Atilla Yayla, Liberte Yay., 5. Baskı, 2014, Ankara, s.167-168.

HAZIR, Hayati, *" Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği ve Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Tesiri"* Selçuk Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, C:1, S:1, 1988, s.29-41.

HECKER, Mark, TENENBAUM, Elie, *"France vs. Jihadism:The Republic in a New Age of Terror"*, Notes de l'Ifri, IFRI Security Studies Center, January 2017, s.11.

HERSH, Seymour, *"Emir Komuta Zinciri:11 Eylül'den Ebu Gureyb'e Uzanan Yol"*, Çev. Mehmet Harmancı, Agora Kitaplığı, 2004, İstanbul.

HEYWOOD, Andrew, *"Siyaset"*, (Çev. Berat Özipek, Bircan Şahin, Mete Yıldız, Zeynep Kopuzlu, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla), Ankara, 2014.

HOBBES, Thomas, *"Leviathan",* Çev. Semih Lim, YKY Yay. 14. Baskı, 2016, İstanbul.

HOCAOĞLU, Baran, *"II. Meşrutiyette İktidar-Muhalefet İlişkileri, 1908-1913"*, Kitap Yay., 2010, İstanbul.

HOLDEN, William N., *"A Neoliberal Landscape of Terror: Extrajudicial Killings in the Philippines"*, ACME: An International E-Journal for Critical Geographies, 2012, V.11, No.1, 145-176 .

HÜNER, Mehmet Fatih, *"Demokrasinin İşleyişinde Yargının Rolü ve Meşruiyeti",* Adalet Yay., 2012, Ankara.

IHONVBERE, J. (Ed.), *"The Political Economy of Crisis and Underdevelopment in Africa: Selected Works of Claude Alee"* Lagos, Nigeria: Jos Publishers, 1989.

IŞIK, Hüseyin Murat, *"Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmi İdeolojisi (Siyasi Parti Kapatma Kararlarının İçerik Analizi)"*, Adalet Yay., 2012, Ankara.

İLTER AKARÇAY, Ebru Rukiye, "*Karşılaştırmalı Perspektiften Başkanlık Sistemi Tartışması: Koalisyon İnşası ve Kuvvetler Birliğinden Kaçınmak Mümkün mü?* ", Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi / Marmara University Journal of Political Science • Cilt 4, Sayı 1, Mart 2016, ss. 105-127.

İNCEOĞLU, Sibel, *"Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı"*, Anayasa Yargısı Dergisi S.22 , C.9, 2005, s. 231-251.

JELLİNEK, Georg, *"İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine"*, Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger, Pinhan Yay. 1. Basım, 2017, İstanbul.

JENKINS, David, *"When Good Cases Go Bad: Unintended Consequences of Rights-Friendly Judgments"*, (in); DAVIS, F. Fergal, LONDRAS, Fiona de (ed.), "Critical Debateson Counter-Terrorism Judicial Review", Cambridge University Press, 2014, p.75-96.

KABACALI, Alpay, *"Türk Basınında Demokrasi"*, Ankara, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1994.

KABOĞLU, İbrahim (Der.), *"Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 Uzman, 66 Soru-Yanıt)"*, İletişim Yay. 1. Baskı, İstanbul, 2016.

KABOĞLU, İbrahim, *"Özgürlükler Hukuku",* AFA Yay. 2. Baskı. s.61, 1994, İstanbul.

KAHRAMAN, Ahmet, *"Kürt İsyanları: Tedip ve Tenkil"*, Evrensel Yay., 3. Basım, 2011, İstanbul.

KANSU, Aykut, *"İttihadcıların Rejim ve İktidar Mücadelesi, 1908-1913"*, Çev. Seda Somuncuoğlu, İletişim Yay., 1. Baskı, 2016, İstanbul.

KAPANİ, Münci, *"Kamu Hürriyetleri ; Teorik ve Pozitif Gelişmeler, Hürriyetlerin Korunması Problemi"* ,Ankara 1970.

KAPLAN, İbrahim, *"Demokrasi, Hukuk, Otorite"*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl:1994, Sayı:1-2, Cilt.:49, s.267-271.

KARABÖCEK, Can, "Modern Devlette Egemenlik Sorunu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011, İstanbul.

KARATEPE, Şükrü, *"Tek Parti Dönemi"*, 3. Baskı, 2001, İstanbul.

KARPAT, Kemal, *"Türk Demokrasi Tarihi"*, Timaş Yay., 1. Baskı, 2010, İstanbul.

KAVANAGH, Aileen, *"Constitutionalism, counterterrorism, and the courts: Changes in the British Constitutional Landscape"*, International Journal of Constitutional Law, Vol.9, Issue:1, 2011, p.172-199.

KAYA, Emir, *"Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini",* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s.573-604.

KAYA, İbrahim, *"Terörle mücadele ve İnsan Hakları"*, USAK yay., 2005, Ankara.

KESKİNSOY, Ömer, KAYA, Semih Batur, *"Türkiye'nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme"*, TBB Dergisi 2018 (137), s.67-96.

KILIÇOĞLU CİHANGİR, Çiğdem, "Modern Yunanistan'ın Karanlık Çağı: Albaylar Cuntası:1967-1974", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 37, Aralık2016, s. 518-539.

Kınalızâde Ali Efendi, "*Ahlâk, Ahlâk-ı Alâ'î",* Haz. Hüseyin Algül, Tercüman 1001 Temel Eser.

KIZILKAYA, Ahmet, *"Ekonomik ve Siyasi Boyutlarıyla Varlık Vergisi"*, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt: 5, Yıl: 5, Sayı: 12, s.84-85.

KMIEC, Keenan D., *"The Origin and Current Meanings of Judicial Activism"*, California Law Review, Volume 92, Issue 5, October 2004, s.1442-1476.

KOÇAK, Cemil, "İzmir Suikasti ve Muhalefetin Susturuması", (iç.), AKŞİN, Sina (haz.) "Yakınçağ Türkiye Tarihi",, Cilt:1, Milliyet Kitaplığı, İstanbul, s.143-145.

KUÇURADİ, İoanna, *"Yirmibirinci Yüzyılın Eşiğinde Demokrasi Kavramı ve Sorunları",* Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakiiltesi Dergisi Cumhuriyetimizin 75. Yılı Özel Sayısı.

KUYAŞ, Ahmet, *"İzmir Suikasti-1926"*, NTV Tarih Dergisi, Sayı:41, Haziran 2012, İstanbul, s.36-44.

KUZU, Burhan, *"Her Yönüyle Başkanlık Sistemi"*,Babıali Kültür Yay., 2. Baskı, İstanbul, 2012.

KUZU, Burhan, *"Olağanüstü Hal Kavramı ve türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi"*, Kazancı Yay., 1993, İstanbul.

KÜÇÜK, Adnan, "Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 0 / 6 (Ocak 2016): 311-361.

LANDES, William M., POSNER, Richard A., *"The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective."*, The Journal of Law & Economics, Vol. 18, No. 3, Economic Analysis of Political Behavior: Universities-National Bureau Conference Series Number 29 (Dec., 1975), p. 875- 901.

LAZARUS, Liona, *"Right to Security"*, Edited by Rowan Cruft, S. Matthew Liao and Massimo Renzo, "Philosophical Foundations of Human Rights", Oxford University Press, 2015.

LEHOUCQ, Fabrice, *"Constitutional Design and Democratic Performance in Latin America"*, Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America, Vol. 38, No. 4, 2005, p. 370-390.

LEWİS, Bernard, *"Modern Türkiye'nin Doğuşu"*, Çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1984, Ankara.

LIJPHART, Arend, *"Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri"*, (çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

LIJPART, Arend, *"Demokrasi Modelleri",* Çev. Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun, İthaki Yayınları, 2. Baskı, Şubat 2016, İstanbul

LİNZ, Juan J., *"An Autharitarian Rejime: The Case of Spain"*, In Erik Allard and Yrjo Littunen (eds.), "Cleavalagesi Ideologies and Party Systems", 1964

LINZ, Juan J.,"*Totaliter ve Otoriter Rejimler"*, Çev. Ergun Özbudun, Liberte Yay, 2017, Ankara.

LOCKE, John, *"Yönetim Üzerine İkinci İnceleme",* Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, 2012.

LOEWENSTEİN, Karl, *"Political Power and the Governmental Process"*, Chicago: The Univesity of Chicago Press, 1957.

LUBERT, Howard, *"Sovereignty and Liberty in William Blackstone's 'Commentaries on the Laws of England'"*, The Review of Politics, Vol. 72, No. 2 (SPRING 2010), p. 271-297.

MAINWARING, Scott,*"Presidentialism in Latin America"*, Latin American Research Review, Vol. 25, No. 1, 1990, p. 157-179.

MARDİN, Şerif, *"Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu"*, İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2006, İstanbul.

MAZICI, Nurşen, "1930'a Kadar Basının Durumu ve 1931 Matbuat Kanunu", Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, C.5, S.18, s.131-154.

MCDONALD, Christie, HOFFMANN, Stanley, *"Rousseau and Freedom",* Cambridge University Press, 2010.

MCSHERRY, J. Patrice, *"Operation Condor as a Hemispheric "Counterterror" Organization"* (In), Cecilia Menjivar and Nestor Rodriguez (eds.), *When States Kill: Latin America, the US, and Technologies of Terror*. Austin: University of Texas Press, 2005.

MERTENS, Thomas, *"Criminal Justice after 9-11: ICC or Military Tribunals"*, German Law Journal, Vol.5, No.5, 2004, p.545-568.

METİN, Yüksel, *"Ölçülülük İlkesi"*, Seçkin Yay. 1. Baskı, 2002, Ankara.

METİN, Yüksel, *"Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri ",* Anayasa Yargısı Dergisi, S.27, 2010, s.217-272.

MİŞ, Nebi, ASLAN,Ali, AYVAZ, M. Erkut, DURAN, Hazal ,*"Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları"*, SETA Yayınları, 51 I. Baskı: 2015, İstanbul.

MONTESQUİEU, "Kanunların Ruhu Üzerine", Çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink Yay., 2014, İstanbul.

MORAG, Nadav, *"International Counterterrorism Laws and Practices: Israel and France in Comparison"*, International Criminal Justice Review 2018, Vol. 28, No.2, s.162-176.

MORGENTAU, Hans J. *"Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace",* 6. Baskı, 1985, New York.

MUMCU, Ahmet, "*Osmanlı Hukuku'nda Zulüm Kavramı*", Phoenix Yay., 2007, Ankara.

NACIF, Benito, *"The Fall of the Dominant Presidency: Lawmaking under Divided Government in Mexico",* The Oxford Handbook of Mexican Politics, Edited by Roderic Ai Camp, Oxford University Press; 1. Ed. 2012, s.234-265.

NASHEF, Hania A.M., *"Abu Ghraib and Beyond: Torture as an Extension of the Desiring Machine"*, Other Modernities, N. 8 – 11/2012, p. 79-93.

NAVOT, Suzie, *"Emergency as a State of Mind—The Case of Israel"*,(in), AURIEL, Pierre, BEAUD, Olivier, WELLMAN, Carl, (Ed.) *"The Rule of Crisis: Terrorism, Emergency Legislation and Rule of Law",* Springer International Pub., 2018, p.185-213.

NDULO, Muna, *"Presidentialism in the Southern African States and Constitutional Restraint on Presidential Power"*, Vermont Law Review, Cornell Law Faculty Publications,(2002), p.769-780.

NİCHOLS, Andrew John, *"The Legitimacy Crisis in Judicial Review"*, 1996.
OCAK, Hasan, *"Siyaset/Toplum Felsefesi/ Ahlakı Açısından Katip Çelebi'de Ulema ve Ümeranın Yeri"* Mîzânü-l Hak İslamî İlimler Dergisi, S.1, 2016, s.83-100.

ODER, Bertil Emrah, *"Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü: Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları"*, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2016, Sayı: 154-10.

OJIE, A.E., *"Democracy, Ethnicity, and the Problem of Extrajudicial Killing in Nigeria",* Journal of Black Studies, Vol. 36, No. 4 (Mar., 2006), p. 546-569.

OKANDAN, Recai Galip, *"Umumî Âmme Hukuku Dersleri"*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.

OKAY TEKİNSOY, Özge, *"Avrupa Kamu Düzeni Kavramı"*, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., S.1, C.1, 2011, 66–79.

OMER-MAN, Emily Schaeffer, "Extrajudicial Killing With Near Impunity: Excessive force by Israeli Law Enforcement Against Palestinians", Boston University International Law Journal, Vol.35/115, 2017, p.115-156.

ONAR, Erdal, *"Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?",* (İç.) ERGÜL, Teoman, *"Başkanlık Sistemi"*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005, s. 71-104.

ONAR, Sıddık Sami, *"İdare Hukukunun Umumi Esasları"*, İstanbul 1966, C:1, s., 436-441; C:3, s.1497-1503.

ONARAN, Burak, *"Padişahı Devirmek, Osmanlı Islahat Çağında Düzen ve Muhalefet:Kuleli (1859), Meslek (1867)"*, Çev. Saadet Özen, İletişim Yay., 1. Baskı, 2018, İstanbul.

ORTAYLI, İlber, *"İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı"*, Timaş yayınları, 33. Baskı, İstanbul, 2011.

ÖDEN, Merih, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58 S. 3, Yıl:2009, s.659-69

ÖKTEM, Niyazi, *"Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları",* İstanbul, 1993.

ÖZ, Mehmet, *"Klasik Dönem Osmanli Siyasi Düşüncesii : Tarihi Temeller ve Ana ilkeler"*, Islami Araştırmalar Dergisi, C. 12, Sayı: 1, 1999, s.27-33.

ÖZALP YANCI, Nihan, *"Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu"*, Oniki Levha Yay., 2018.

ÖZBUDUN, Ergun, "*Anayasacılık ve Demokrasi"*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

ÖZBUDUN, Ergun, "*Türk Anayasa Hukuku*", Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ÖZCAN, Abdülkadir, *"Fatih Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem için Kardeş Katli Meselesi"*, Tarih Dergisi, Sayı:33, İstanbul, 1982, s. 17-18.

ÖZDEMİR, Ali, *"Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım",* International Journal of Legal Process, Vol:2, Year: 2016, No:2, s.78-115.

ÖZDEMİR, Gürbüz, *"Batı'da Ve Türklerde Egemenlik Kavramı"*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:23, Nisan 2009, s.123-138.

ÖZDEMİR, Gürbüz, *"Weberyan Anlamda Türklerde Otorite Ve Meşruiyet İlişkisi (15.yüzyıl Osmanlı Dönemine Kadar)",* Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries) , Cilt/Volume: 9, Sayı/Issue: 2, Yıl/Year: 2014, s.69-90.

ÖZER, Buğra, ŞEKER, Güven, ÖKMEN, Mustafa, *"Arendtçi Yaklaşım bakımından Ulus-Ötesi Süreçlerde İnsan Hakları ve Uluslararası Göç Süreçleri"*: Önleici Güvenlik Yaklaşımı Açısından Bazı Değerlendirmeler", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S: 16 (Özel Sayı I): 85-91, 2014.

ÖZEREN, Süleyman, CİNOĞLU, Hüseyin, "*Terörizm ve Amerika Birleşik Devletleri: 11 Eylül Öncesi ve Sonrası Terörle Mücadele Politikalarının Değerlendirilmesi", içinde;* Der. BAL, İhsan, "*Terörizm: Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler",*USAK Yay., 1. Bası, Ankara, 2006.

ÖZKORKUT ÜNAL, Nevin, *"Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiyesi'nde Yargıya Genel Bir Bakış"*, AÜHFD, 2008, C.57 S.1, s.225-242.

ÖZTAN, Güven Gürkan, BEZCİ, Egemen B, *"Türkiye'de Olağanüstü Hal: Devlet Aklı, Askerler ve Siviller"* Mülkiye Dergisi, S.39, C.1, 2015. 159-186.

ÖZTUNA, Yılmaz, *"Bir Darbenin Anatomisi"*, Ötüken Yay.,13. Baskı, 2011, İstanbul, s.290-293.

ÖZTÜRK, Fatih, *"Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?"*, Beta Yay., 2014, İstanbul.

PAYE, Jean-Claude, *"Hukuk devletinin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele",* Çev. Demet Lüküslü, İmge Yay., 1. Baskı, 2009, Ankara.

PEREIRA, Carlos, POWER,Timothy J.,RENNO, Lucio, *"Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power",* The Journal of Politics , Volume:67, Issue:1, 2005, pp. 178–200.

PERETTI, Terri Jennings, *"In Defense of a Political Court"*, Princeton University Press, 1999, New Jersey.

PERRY, Michael J., *"The Constitution in the Courts: Law or Politics?"*, Oxford University Press, 1994, New York.

POGGI, Gianfranco, *"Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği",* Çev. Aysun BABACAN, Bilgi yay. 3. Baskı, 2011, İstanbul.

POWELL, Rhonda, *"The Relational Concept of Security"*, DPhil Dissertation, University of Oxford, 2006, p. 73.

RAKICI, Cemil, KURŞUN, Arzu, *"Sosyal Refah Devletinin Tarihi Süreci ve Günümüz Bazı Refah Devletlerinin Değerlendirilmesi",* Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi, S.2, 2016, 135-156.

RENAN, Ernest, "*Nutuklar ve Konferanslar" ,"Millet Nedir?"* Çev.Ziya Ishan, Sakarya Basımevi, Ankara, 1946, s.123 (https://alibabahan.weebly.com/uploads/1/4/0/4/14044326/millet_nedir_ernest_renan.pdf.

ROSE, David, *Guantanamo Amerika'nın İnsan Haklarına Karşı Savaşı,* Çev. Şule Gülmen, Birinci Basım, 1001 Kitap Yayınları, 2005.

ROSSITER, C. L.. *"Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies"* Princeton: Princeton University Press, 1948, s.77.

RUMELİLİ, Bahar, KARADAĞ, Sibel, *"Göç ve Güvenlik: Eleştirel Yaklaşımlar",* Toplum ve Bilim, S:140, 2017, s.69-92.

ROUSSEAU, Jean- Jacques, *" Toplum Sözleşmesi"* (çev. Vedat Günyol), İstanbul, 1990.

RYAN, Allan A., *"The 9/11 Terror Cases: Constitutional Challenges in the War against Al Qaeda"* Lawrence: University Press of Kansas, 2015.

SAĞLAM, Fazıl, *"Hukuk Devleti ve Terör"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl 2007, Cilt 62, Sayı 03, s. 291 - 317.

SAĞLAM, Fazıl, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

SAMUELS, David, "Separation of Powers", (in) BOIX, C. ve STOKES, S.C. (eds.) "*The Oxford Handbook of Comparative Politics",* Oxford University Press., 2007, Oxford.

SANCAR, Mithat, *"Global Olağanüstü Hal",* (İç.) Ioanna Kuçuradi (Ed.) *"Yirmibirinci Yüzyılın Başında İnsan Haklarına Yönelik Tehditler",*, H.Ü. İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama ve Araştırma Merkezi, 1. Baskı, 2004, Ankara.

SARI, İsmail, *"1979 Devrimi Sonrası İran'ın Rejim Paradigması ve Dış Politika Yönelimleri",* Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi, Turkish Journal of Middle Eastern Studies, Cilt: 2, Sayı: 1, 2015, s.95-135.

SARIAY, Ercüment, *"Takrîr-i Sükun Kanununa Dair Bazı Düşünceler",* Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:4, 2015, s. 377-403.

SARICA, Ragıp, *"Fransa ve Türkiye'de Örfi İdare Rejimi",* İstanbul Barosu Mecmuası, Şubat-Mart 1941, S:2-3, Yıl:15, s.81-100.

SARTORİ, Giovanni, *"Constitutionalizm: A Preliminary Discussion",* The American Political Science Review, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), pp. 853-864.

SARTORİ, Giovanni, *"Demokrasi Teorisine Geri Dönüş",* Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yay. 1996, Ankara.

SAYGIN, Engin, *"Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz",* Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s.59-88.

SCHLESINGER, Jr., Arthur M., *"The Supreme Court: 1947",* Fortune, Jan. 1947, at 202-208.

SCHEPPELE, Kim Lane, *"Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11",* Journal of Constitutional Law, Vol. 6:5, May 2004, p.1001-1083.

SCHMIDT, Manfred G., *"Demokrasi Kuramlarına Giriş",* (Çev. M. Emin Köktaş), Ankara: Vadi Yay., 2001.

SCHMITT, Carl, "Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm", Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Yay., 2016, Ankara.

SCHWARZ JR, FREDERICK A.O., HUQ, Aziz Z., *"Unchecked and Unbalanced: Presidential Power in a Time of Terror",* The New Press, 2008.

SENNET, Richard, "Otorite", Çev. Kamil Durand, Ayrıntı Yay. 2. Basım, 2005, İstanbul.

SEROZAN, Rona, *"Anayasa ve Sıkıyönetim Yasası",* Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:5, S:8, 1971, s.85-92.

SEYAZ, Adnan, *"Bir Melez Rejim Olarak Rekabetçi Otoriteryanizm"*, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: 2018 , Cilt: 7, Sayı: 3, s.190-204.

SIMPSON, Matthew, *"Rousseau's Theory of Freedom",* Continuum International Publishing Group,2006.

SOLGUN, Cafer, "Dersim… Dersim…", Timaş Yay., 5. Baskı, 2014, İstanbul.

STEINER, Josephin, "Direct Applicability in EEC Law", *LQR*, 1982, vol. 98, s. 229-248.

STRAUSS, Leo, *"Tabii Hak ve Tarih"*,Çev. Ozan ERÖZDEN, AKAL, Cemal Bali (Der.), "Devlet kuramı", Dost Yay. 2. Baskı, 2005, Ankara, s.269-320.

ŞAYLAN, Gencay, *"Temsili Liberal Demokrasinin Önlenemez Krizi"*, İmge Yay. 1. Baskı, 2008, Ankara.

ŞENER, Bülent, *"Soğuk Savaş Sonrası Dönemde Uluslararası Göç Olgusu ve Ulusal Güvenlik Üzerindeki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme"*, Güvenlik Bilimleri Dergisi, Mayıs 2017, S.6 C.1, s. 01-31.

TACAR, Pulat Y.; *"Terör ve Demokrasi"*, Bilgi Yayınları, Ankara, 1999.

TAFLIOĞLU, Serkan, *"İran İslam Cumhuriyeti'nde Egemenlik ve Meşruiyet Kaynağı 'Velayet-i Fakih'"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 68, No.3, 2013, s.95-112.

TAN,Turgut, "Türk Hukuku'nda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunlar" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 50 Sayı: 1,Yıl:1995, s.335-353.

TANDOĞAN, Muhammed, *"Nijerya ve Nijer'in Devlet Sistemlerinin Otoriterleşmesinde Askerî Darbelerin Etkisi"*, Afrika araştırmacıları Derneği, Rapor-2, 2016, İstanbul.

TANNENBAUM, Donald G. ve SCHULTZ, David, *"Siyasi Düşünce Tarihi"*, (Çev. Fatih Demirci), 7. Baskı, 2011, Adres Yay., Ankara.

TANÖR, Bülent, "Sıkıyönetim", Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopaedisi, İletişim Yay., İstanbul.

TANRISEVER, Oktay F., *"Güç"*, (iç.) Atila Eralp (Ed.), *"Devlet ve Ötesi"*, İletişim Yay. 5. Baskı, 2010, İstanbul, s.53-71.

TARHAN, Ahmet Bora, *"Türkiye'de Postmodernizmle Gelişen Siyasetin Siyasal İktidara Yansıması",* Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010, İzmir.

TAYLOR, Charles, "Çokkültürcülük: Tanınma Politikası", YKY Yay., 2018, İstanbul.

TDK. Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.org.tr.

TELLİ, Kutlay, *"Legal Aspects of Counter-Terrorism Measures under the Practice of the United Nations",* Ankara Barosu, 2014, Ankara.

TERZİ, Abdurrahman, *"Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Karar verme Yetkisi: Tarihsel Süreç, Belgeler ve Tartışmalar"*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Yasama Uzmanlığı Tezi, 2014, Ankara.

TEZİÇ, Erdoğan, "Anayasa Hukuku", 4. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997.

TİRYAKİOĞLU, Feyza, *"Türkmenistan'da Başkanlık Sistemi ve İnsan Hakları",* (iç.) DOĞAN, İlyas, ÜNVER, Serdar (Ed.), "*Dört Kıtada Başkanlık Sistemi: Ülke Örnekleriye Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları ve Demokrasi*", 1. Baskı, Astana Yay., Ankara, 2017, s.528-557.

TROPER, Michel, *"The Logic of Justification of Judicial Review", International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 1, 1 January 2003, p. 99–121.

TUĞLUOĞLU, Fatih,*"Demokrat Parti'nin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu ve Zile Hadisesi"*, Tarihin Peşinde-Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi-, Yıl: 2016, Sayı: 15 Sayfa: 155-183.

TUNAYA, Tarık Zafer, *"Türkiye'de Siyasi Partiler",* Doğan Kardeş Basımevi İstanbul, 1952

TUNÇAY, Mete, "Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Eski ve Orta Çağlar", İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay, 2006, İstanbul.

TURHAN, Faruk, AKSU, Muharrem, *"11 Eylül sonrası ABD'de Özgürlük Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler/Özellikle Patriot Kanunu ile Getirilen Kısıtlamalar",* S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, Yıl 2011, s.47-90.

TURHAN, Mehmet, *"Anayasal Devlet",* Gündoğan Yay. 1. Bası, Haziran 1997, İstanbul.

TURHAN, Mehmet, *"Siyaset ve Anayasa"*, Gündoğan Yay., 1995, Ankara.

TUSHNET, Mark, *"Preserving Judicial Independence in Dominant Party States"*, New York Law School Law Review, Vol.60, 2015/16, p.107-123.

TUSHNET, Mark, "*Authoritarian Constitutionalism*, 100 Cornell Law Review, V. 391, p.421–431, 2015.

TÜRE, İlknur, *"Başkanlık sisteminde Yürütme Organının Gücü: ABD, Arjantin ve Brezilya"*,Researcher: Social Science Studies , Yıl:2016, Cilt: 4, Sayı: 7, s. 54-73.

ULLMAN, Richard H., *"Redefining Security"*, International Security, Vol. 8, No. 1 (Summer, 1983), p. 129-153.

ULUŞAHİN, Nur, *"Başkanlık Sistemi ve Değerler Sorunsalı"*, Liberal Düşünce Dergisi, Cilt:4, S:16, Güz 1999

ULUŞAHİN, Nur, *"Liberal Demokrasinin Çıkmazı: Çatışma Karşısında Barış için Azınlık-Çoğunluk İlişkisini Yeniden Düzenleme Gereği",* Anayasa Yargısı, S:24, 2007, s.609-640.

UNHCR Report , Global Trends Forced Displacement İn 2015, The UN Refugee Agency., 2015.

UYANIK, Halit, *"Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk",* Oniki Levha Yay. 1. Baskı, 2014, İstanbul.

UYGUN, Oktay, *"Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi"*, Editör: Ece Göztepe, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Ankara: TBB Yayını, 2010, ss. 22-80.

UYGUN, Oktay, *"Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi"*, Anayasa Yargısı Dergisi 20, 200, s. 250-284.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, *"Osmanlı Tarihi"*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1947.

ÜLMAN, A. Haluk, *"Alman Nasyonal Sosyalist Partisi"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 12 / 04,s.148-179.

ÜSKÜL, Zafer, *"Siyaset ve Asker"*, Afa yay., İstanbul, 1990.

VAN DER SCYHFF, Gerhard, *"Judicial Review of Legislation"*, Springer, Dordrecht, 2010, Switzerland.

WEBER, Max, *"Sosyoloji Yazıları"*, Çev. Taha Parla, İletişim Yay., 6. Baskı, 2004, İstanbul.

WILKINSON, Paul; *"Terör ve Terörizm: Kavramlar, Özellikler ve Tipoloji"*, Çev., Talip Kabadayı, (iç.) GÜZEL, Cemal "*Silinen Yüzler Karşısında Terör"*, (Der), Ayraç Yayınevi, Ankara, 2002, s.142-162.

WOKLER, Robert,*(Ed.) "Rousseau and Liberty",* Manchester University Press, 1995.

YAĞBASAN, Elif Berfin, *"İstisnalar Kaideyi Bozar mı?: Agamben ve Çıplak Hayat",* Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergi Cilt 1 - Sayı 1 / Aralık 2017, s.9-16.

YARDIMCIOĞLU, Fatih, *"1960'dan 15 Temmuz'a Darbelere Ekonomi Politik Bir Bakış"*, Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı, 2017, Ankara, s.216 vd.

YAVUZ, Bülent, *"Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s.283-302.

YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY, *"İdare Hukuku",* Oniki Levha Yay., 2013, İstanbul.

YILDIZ, Nuran *"Demokrat Parti İktidarı (1950-1960) ve Basın".* Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 51 / 01 ,Temmuz 2014, s.481-505.

YILMAZ, Hakan, "Tarih Boyunca İhtilaller ve Darbeler", TİMAŞ Yay. s.1-25.

YOO, John, *"The Powers of War and Peace: The Constitution and foreign Affairs After 9/11",* University of Chicago Press, 2006.

YURTSEVEN, Yılmaz, ŞAHİN, Gamze Nur *"Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi"*, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.1, 2016, s.159-206.

ZABUNOĞLU, H.Gökçe, *"Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı",* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7 , Sayı 2 , Ocak 2016 , s. 431 - 456.

ZABUNOĞLU, Yahya, *"Kamu Hukukuna Giriş"*, AÜHF Yay., Sevinç Matbaası, 1973, Ankara.

ZENGİN, Mehmet Ali, *"ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme"*, Sayı: 28, Yıl:7, ekim 2016, s.1-28.

ZUCCO, Cesar Jr., *"Legislative Coalitions in Presidential Systems: The Case of Uruguay",* Latin American Politics and Society, Vol. 55, No. 1, 2013, p. 96-118.

ZÜRCHER, Eric Jan, *"Modernleşen Türkiye'nin Tarihi",* Çev..Yasemin Saner, İletişim Yayınları, 26. Baskı, 2011, İstanbul.