

**182 ANAYASASI'NA GÖRE TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERİN OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMİ: ESKİ
KAVRAMLARA YENİDEN BAKMAK***

*(THE STATE OF EMERGENCY REGIME IN THE 1982 CONSTITUTION:
REVIEWING OLD CONCEPTS)*

Tolga Şirin**

ÖZ

Bu makalede 1982 Anayasası'nın olağanüstü hal dönemleri için öngördüğü temel hak ve özgürlükler rejimi üzerinde durulmuştur. Konuyla ilgili önceki çalışmalardan farklı olarak üç temel nokta ön plana çıkartılmıştır.

Birinci olarak; İHAS metnindeki yükümlülük azaltma kelimesinin Türkçede askıya alma kelimesi ile karıştırıldığı tespit edilmiştir.

İkinci olarak; Alman Anayasası'ndaki "temel hakların yitirilmesi" kurumunun anlamı, bu kurumun Alman hukukundaki geçici anlamı ve Türkiye'de kurucu meclisin bu kuruma bilerek yer vermediği anlatılmıştır. Buna karşın, AYM'nin 2016 yılında, kendi üyeleriyle ilgili kararında, OHAL tedbirleri için "kalıcı" belirlemesi yapmasının, "temel hak kaybı" kurumunun kabul edilmesi anlamına gelip gelmediği sorgulanmıştır.

Üçüncü olarak; Anayasa'nın 15'nci maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan çekirdek haklar dışında, Anayasa'nın diğer maddelerinden ve uluslararası hukuktan (BM ve İHAS metinleri, genel yorumlar ve içtihatlardan) çıkartılabilecek çekirdek hakların neler olabileceği sorgulanmış ve çekirdek haklar katalogu güncellenmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 28.10.2016 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 30.11.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi – Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler: yükümlülük azaltma, temel hakların kaybedilmesi, temel hakların yitirilmesi, olağanüstü hal, olağanüstü hak kanun hükmünde kararname, sert çekirdek haklar.

ABSTRACT

The aim of this paper is to re-examine the system of fundamental rights of the 1982 Constitution in state of emergency in the context of comparative constitutional law and human rights law. Unlike previous researches on this matter in Turkish, three basic points were emphasized:

Firstly, the paper questions the difference of the terms of “derogation” and “suspension” in Turkish, which are generally confused in Turkish literature.

Secondly, the paper questions whether the institution of “forfeiture of fundamental rights” originating from the German Constitution is in existence in Turkey after the last judgement of the Turkish Constitutional Court to remove its members from profession, based on the decree law.

Thirdly, the paper questions if it is possible to derive other hard core (noyau dur) fundamental right from international human rights (conventions, general comments, jurisprudence etc.) and other articles besides Article 15 of the Constitution.

Keywords: *derogation from fundamental rights, forfeiture of fundamental rights, state of emergency, decree law, hard core right*

Giriş

Olağanüstü hal rejimi, anayasal olarak 1982 Anayasası ile birlikte ayrıntılı şekilde düzenlenmiş bir rejimdir. Temel hak ve özgürlüklerin üzerinde oldukça ağır etkileri olan bu rejim hakkında, anayasa hukuku literatüründe çok sayıda çalışma üretilmiştir.¹ Anılan eserlerde sürdürü-

¹ Örn. bkz. Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, (İstanbul: Kazancı, 1993); Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, (Ankara: Adalet Yay., 2008); Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, (İs-

len tartışmalar ve değerlendirmeler, bu makalede tekrarlanmayacaktır. Bu makalede, bu rejimin temel haklar sistemi üzerindeki etkisi üzerinde durulacak ve bu alandaki kavramlara, özellikle karşılaştırmalı anayasa hukuku ile insan hakları hukuku verilerinden ve çeşitli yorum tekniklerinden yararlanılarak, farklı bir perspektif kazandırılmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken; münhasıran Anayasa'nın 12 ve 16'ncı maddeleri arasında düzenlenen "Temel Hak ve Ödevlerin Genel Hükümlerinin", olağanüstü hal (OHAL) merceği kullanılarak analizi yapılacaktır. Bu analizlerin başlıca amacı, Türkiye anayasa hukuku doktrininde; terminolojik tercihler, OHAL'deki temel haklara yönelik müdahale ölçütleri, sert çekirdek (*noyau dur*) alanın kapsamı ve yabancıların OHAL'deki durumu üzerine yeniden düşünülmesini sağlamak ve bu alanlardaki görüşlerin sorgulanması gereğine dikkat çekmektir.

İlk başlıkta, OHAL kurumuna ilişkin genel açıklamalarda bulunulacaktır. İkinci başlıkta, temel hak ve özgürlüklerin niteliklerinde OHAL dönemine özgü bir değişiklik olup olmadığı sorusunun üzerine gidilecek ve bazı ölçütler yeniden değerlendirilecektir. Üçüncü başlıkta, OHAL ilanı ile birlikte canlanan temel hak ve özgürlükleri durdurma ve Anayasa'ya aykırı tedbirler alabilme rejimi, farklı yorum yöntemleri ışığında ele alınacaktır. Son başlıkta ise, yapılan tüm bu analizlerin, yabancılar yönünden anlamı üzerinde durulacaktır.

I. Olağanüstü Hal Rejiminin Anlamı: Kemoterapi Tedavisi

Olağanüstü hal rejiminin anlamını ortaya koymak, özel bir monografi yazmayı gerektirecek denli ayrıntılı açıklamaları gerektirir; fakat, burada konuya giriş yapılması adına rejimin genel anlamı ortaya konulabilir.

A. OHAL Rejiminin Genel Anlamı

Literatürde, "anayasal diktatörlük"², "komiseryal diktatörlük"³, "istisna hali"⁴ gibi kavramlarla ifade edilen olağanüstü hal, karşılaştı-

tanbul: BDS Yay., 1991); Sevtap Yokuş, Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, (Ankara: Yetkin Yay., 2002), s. 160.

² Clinton Rossiter, Constitutional Dictatorship, (New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2009).

³ Carl Schmitt, Die Diktatur, (Berlin: Duncker&Humblot, 1994).

⁴ Giorgio Agamben, İstisna Hali, Kemal Atakay (ter.), (İstanbul: Otonom Yay., 2006).

malı anayasa hukuku literatüründe geleneksel olarak aciliyet veya zorunluluk durumu olarak ifade edilir.⁵ Bu zorunluluk, anayasal düzenin korunmasına ilişkin bir zorunluluğu anlatır. Bu bakımdan, bir tür kemoterapi tedavisine benzer. Bilindiği gibi, kanser tedavisi için uygulanan kemoterapi, hastalıklardan bağımsız olarak, tek başına ele alındığında insanın bağışıklık sistemine zarar verebilen, yorgunluk, kusma, bulantı, saç dökülmesi, stres gibi etkiler gösterebilen bir tedavidir. Öte yandan bu tedavi yöntemi, kanser tedavisi sırasında ve gerektiği gibi kullanıldığında zarar değil, fayda getirebilir. Birçok kişi bu yöntemle sağlığına kavuşmuştur. Yine de bu yöntem uygulanırken dikkat edilmez, yanlış kullanılır ise hastanın durumu daha da kötüleşebilir, hatta kurtarılmak istenen hastanın ölümüne sebep olunabilir. Grip olan bir kişiye kemoterapi uygularsanız veya radyoterapi yöntemini (bu yöntem vücudun belli bir bölgesindeki kanser hücrelerine yöneliktir) yok sayarak, doğrudan bütün vücuda yönelik kemoterapiye geçerseniz; ya da kemoterapi gereken bir hastaya gereğinden fazla ilaç verirsiniz, hastanın ölümüne neden olursunuz. OHAL de böyledir. Bu yöntemin Anayasa'da düzenlenmiş olmasının nedeni, ülkedeki “kanser hücreleri” ile mücadelenin, hastanın kendince bildiği yöntemlerle değil; önceden belirlenmiş, sınırı ve dozajı hesaplanmış yöntemlerle gerçekleştirilmesinin gerekli görülmesidir. “Devletin de bir parçası olduğu toplumun örgütlü yaşamı”, eğer bir vücut olarak düşünülecek olursa, işte OHAL, bu vücutta oluşan kansere yönelik bir kemoterapi yöntemidir. OHAL, en son başvurulacak yöntem (veya sıkıyönetimi de dikkate alacak olursak sondan bir önceki yöntem) olarak düşünülmeli, gereği olmamasına rağmen uygulama bulmamalı, uygulanacağı zamanlarda da çok hassas bir şekilde ölçülü kullanılmalıdır. Aksi halde, geçmişteki pratiklerde de tecrübe ettiğimiz üzere, bu “tedavi yöntemi” onulmaz yaralara ve trajedilere yol açılabilir.

1982 Anayasası, bu tedavi yöntemini, Anayasa'nın 119 ve 122'nci maddeleri arasında düzenleyerek OHAL'i bir “hukuk rejimi” haline getirmiştir.⁶ Anayasa'da “tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebepleri” ve “şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması” şeklinde kümelenebilecek iki OHAL ilan nedeni düzenlemiştir;

⁵ Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, *Allgemeines Staatsrecht*, (Zürich/Basel/Genf: Nomos/Schulthess, 2013).

⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, (Ankara: İmge, 2013), s. 101.

Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na bu yönde karar alma ve sonrasında da OHAL KHK'si çıkartma yetkisi tanımış; bu yetkiyi ise parlamentonun onayına tabi kılmıştır. Ayrıca Anayasa, bu özgün rejimin ayrıntılarının düzenlenmesi için, konu itibariyle bazı sınırlamalar yaparak "OHAL Kanunu" çıkartılması yönünde talimatta bulunmuştur. Söz konusu hükümde, Anayasa'nın 15'inci maddesine gönderme yapılarak, OHAL sürecinde temel hak ve özgürlükler rejiminde farklılaşmanın olabileceği ifade edilmiştir.

Bu son gönderme, aslında daha genel nitelikteki "kemoterapi tedavisi"nin, temel hak ve özgürlükler boyutunu ifade etmektedir. Bu nedenle aşağıda, makalenin konusu gereği, bu göndermeye ve bu göndermenin işaret ettiği hükümlere odaklanılacaktır; fakat bundan önce, kısaca terminolojik bir sorunun üzerinde durulması gerekli görünmektedir.

B. Türkiye'deki Terminoloji Sorunu: Askıya Alma Değil Yüklümlülük Azaltma

Olağanüstü halin ilan edildiği dönemlerde, kamuoyunda temel hak ve özgürlüklerin "askıya alındığı" söylemi yaygınlaşmaktadır.⁷ Doktrinde de, Anayasa'nın 15'inci maddesiyle ilgili değerlendirmelerde, aynı kavramların kullanıldığı görülmektedir.⁸ Anayasa metninde böyle bir kavram bulunmuyor olmasına rağmen, bu tür bir kavrama başvuruluyor olmasının nedeni, büyük ihtimalle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) metninin tercümelerinde bu kavramın kullanılmasıdır.

Birçok tercümede, AYM'nin resmî internet sitesinde ve kararlarında, "*derogation*" kelimesi, İHAS'ın Türkçeleştirilmiş metninde "askıya alma" şeklinde çevrilmiştir.⁹ Bu çeviriye, iki nedenle katılmak mümkün değildir:

Birincisi; "askıya alma" kelimesinin İngilizce'deki karşılığı "*suspension*" şeklindedir. *Suspension* kavramı İHAS'ta yer almamaktadır.

⁷ "Numan Kurtulmuş Açıkladı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Askıda", Cumhuriyet, 1/07/2016.

⁸ Örn. bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, (İstanbul: Ekin Yay., 2015), s. 134; Oya Boyar, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", Sibel Inceoğlu (ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (İstanbul: Beta Yay., 2013), s. 97 vd.; Gemalmaz, s. 17.

⁹ <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim tarihi: 01/11/2016).

Bu kavram, Avrupa Konseyi Şartı'nın sekizinci maddesinde geçmekte ve çok özel koşullara bağlanmış bir süreci anlatmaktadır.¹⁰ Türkiye'nin Sözleşme'den çekilmesi veya Sözleşme'nin Türkiye için askıya alınması, İHAS'ın 58'nci maddesinde düzenlenmiştir. 58'nci madde gereğince Türkiye, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben göndereceği bildirimde içinde yer alacak olan uyarıdan altı ay sonra Sözleşme sisteminden çıkabilir. Bu tür bir çıkma bildirimini Türkiye'yi bu Sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerden, bildirim yürürlüğe girme tarihinden önce bu tür yükümlülüklerini ihlal oluşturabilecek tasarrufları bakımından kurtulması sonucunu doğurmaz. Yani her halükarda, Sözleşme'den derhal çekilme şeklinde bir usul bulunmamaktadır. Öte yandan çekilme ve askıya almayla ilgili olarak; Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8'nci maddesi uyarınca Bakanlar Komitesi, Türkiye'nin, Statü'nün 3'ncü maddesini ihlal edildiği için 7'nci madde gereği üyelikten çekilmesini isteyebilir. 3'ncü maddeye göre taraf devletler;

“Hukukun üstünlüğü ilkesini ve yargı yetkileri içindeki bütün kişilerin insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmasını kabul eder ve Konseyin amaçlarının, 1'nci Bölüm'de ifade edildiği gibi gerçekleşmesi için içtenlikle ve etkili bir şekilde işbirliği yapar.”

Dolayısıyla 58'nci maddeye uymadan yapılacak askıya alma, Avrupa Konseyi Şartı'nın anılan hükmünün uygulanmasına dayanak oluşturabilir.¹¹ Yani askıya alma, yükümlülük azaltmadan farklı bir usulü gerektirir. Nitekim 1967 yılında gerçekleşen askeri darbeden sonra 1969 ila 1974 yılları arasında Yunanistan için; 1980 yılındaki askeri darbeden sonra 1984'te yeniden seçimlerin yapıldığı tarihe kadar Türkiye için ve 2000 ila 2001 yılları arasında Çeçenistan politikası nedeniyle Rusya için

¹⁰ Bu konuda genel olarak ve özellikle 21 Nisan 1967 ve 24 Temmuz 1974 tarihleri arasında yönetimde olan Albaylar Cuntası politikalarından dolayı Yunanistan'ın Avrupa Konseyi üyeliğinin askıya alınması tartışması bağlamında bkz. Konstantinos D. Magliveras, *Exclusion from Participation in International Organisations: The Law and Practice behind Member States' Expulsion and Suspension of Membership*, (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999), ss. 79 vd.

¹¹ Statü'nün 7'nci maddesine göre; Türkiye'nin Avrupa Konseyi'nden çekilmesi durumunda ise bu çekilme, bildirim ilk Eylül ayının sonuna kadar yapılması durumunda, aynı (mali) yılın sonuna; Eylül ayından sonra yapılması durumunda ise bir sonraki (mali) yılın sonuna gerçekleşir.

askıya alma söz konusu olmuştur; fakat yeniden altını çizmek gerekir ki bu süreçlerde İHAS md. 15 usulü uygulanmamıştır.

Görüldüğü gibi *suspension* ile *derogation* farklı kavramlardır. Bu bakımdan iki kavramın aynılaştırılması, kavramların işaret ettiği konuların birbirine karışmasına yol açmaktadır.

İkincisi; askıya alma kelimesinin zihinlerdeki yankısı, *derogation* kelimesinin anlamının ötesinde bir nitelik taşımaktadır. Temel hakların askıya alındığı söylemi, başta kolluk güçleri olmak üzere, sosyal hayatta, kamu gücünün temel haklara yönelik müdahalelerde dilediği gibi hareket edebileceği; ortada kamu gücünü bağlayıcı herhangi bir hukuk normunun kalmadığı algısı yaratmaktadır.¹²

En az bu iki nedenle söz konusu kavramın kullanımına mesafeli olunması gerekir. Bu bakımdan O. Doğru'nun İHAS tercümesinde kullandığı “yükümlülük azaltma” kavramının tercih edilmesi önerilir.¹³ Bu makalede de, *derogation* kelimesine karşılık olarak, yükümlülük azaltma kavramı kullanılacaktır.

II. 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Nitelikleri ve OHAL

Temel hak ve özgürlüklerin niteliği, 1982 Anayasa'nın 12'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede öngörülen niteliklerin, olağanüstü hal dönemlerinde farklılaşıp farklılaşmadığı sorusuna bir yanıt verilebilmesi için, öncelikle bu maddenin anlamının ortaya konulması gerekmektedir.

A. Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği: Anayasa md. 12 Ne Anlatır?

Anayasa'nın 12'nci maddesinin ilk fıkrası “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” şeklindedir. Devam eden fıkrada ise “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” hükmüne yer verilmektedir.

¹² Bu konuda bkz. “Af Örgütü'nden OHAL Açıklaması”, Cumhuriyet, 21/07/2016.

¹³ Osman Doğru, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, (İstanbul: Beta Yay., 1998,) s. 265. Ayrıca İ. Ö. Kaboğlu, “sapma” tercümesini kullanmaktadır. Bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, s. 110.

Öncelikle, maddenin ikinci fıkrası, “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” şeklindeki madde başlığının aksine, temel hak ve özgürlüklerin nitelikleriyle ilgili değildir. Bu fıkra, başta özel sınırlama nedeni öngörülmeleyen haklar olmak üzere, bütün haklara dair zımnî sınırlama gerekçeleri üretilebilecek ölçütler öngörmektedir. Bu nedenle fıkra, bir “nitelik” belirlemesi yapmaktan çok, temel hakların kullanımına ve sınırlandırılmasına yönelik bir anlam taşımaktadır.¹⁴ Buna karşın; maddenin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden esinlenerek yazılan¹⁵ ilk fıkrası, gerçekten de temel hakların niteliğiyle ilgilidir. Bu fıkranın, dikkatli okunduğunda, doğal hukukçu bir esinlenmenin ürünü olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶ Bilindiği gibi, doğal hukuk öğretisine göre insanlar, sadece insan olmalarından dolayı, doğuştan birtakım haklara sahiptirler.¹⁷ Devletin veya herhangi bir üçüncü kişinin ve hatta sınırları konusunda tar-

¹⁴ Özel sınırlama nedeni olmayan hakların “zımnî sınırlarının” olduğu yönündeki sav, Anayasa'nın 13'üncü maddesi ve ayrıca Anayasa'nın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki “Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, 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” hükmü karşısında tartışmalı hale gelmektedir. İHAM bağlamında bkz. Golder v. Birleşik Krallık, İHAM, 4451/70, 21/02/1975, Yargıç Zekia'nın karşıoyu. 1982 Anayasası yönünden 12'nci maddenin ikinci fıkrasındaki “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” düzenlemesi bu bakımdan özgün bir anlam taşımakta, zımnî sınırlar öğretisine ek pozitif dayanak sağlamaktadır. Temsilciler Meclisi'nde bu hükmün hukuksal değil, ahlaki bir yükümlülüğü ifade ettiğinin söylenmiş olması bu tespiti etkilemez. Çünkü tarihsel yorum bağımsız bir yorum olarak kullanılamaz. Temsilciler Meclisi'nde Feyyaz Gölcüklü'nün bu görüşü için bkz. 19/08/1982 tarihli 130'uncu Birleşim”, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, s. 127.

¹⁵ Ömer İzgi/Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, (Ankara: TBMM Yay., 2002), s. 174.

¹⁶ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, (İstanbul: Gerçek Yay., 1997), s. 128; Tekin Akıllıoğlu, “1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 5-6, 1984, s. 58. Kuşkusuz, 1961 Anayasası hazırlık sürecinde de ifade edilmediği gibi madde doğal hukuka inanmayanları da tatmin edecek sentezci bir dille kaleme alınmıştır. Buna rağmen doğal hukukçu öz Anayasa'nın diline sınımıştır. Bkz. Ernst E. Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, (Frankfurt a. M./Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1966), s. 90. Ayrıca tartışmalar için bkz. Oktay Uygun, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, (İstanbul: Kazancı, 1992), s. 22.

¹⁷ Daha fazla bilgi için bkz. Oktay Uygun, Devlet Teorisi, (İstanbul: XII Levha Yay., 2014), ss. 481 vd.

tışma olmakla birlikte, insanın kendisinin dahi bu hakları yok sayması mümkün değildir.¹⁸ İşte, Anayasa'nın 12'nci maddesinin ilk fıkrası da bunu ifade ediyor gibidir. Dikkat edilirse fıkra, dört nitelik saymaktadır: (a) kişiliğe bağlılık, (b) dokunulmazlık, (c) devredilmezlik, (e) vazgeçilmezlik.

Bunlardan “kişiliğe bağlılık”, insanların kişilik kazanmakla, başkaca bir işleme gerek olmaksızın, temel haklara da sahip olmasını anlatır. Hukuk sisteminde özne olabilmenin ön koşulu olan “kişiliğin” ne zaman kazanıldığı konusunda ise Anayasa'da açık bir düzenleme yoktur; fakat, Anayasa'nın Başlangıç kısmının altıncı fıkrasının temel hak sahipliği bağlamında “doğuştan sahip olma”ya yaptığı yollama, bizi, kişilik kazanmanın doğum kaydına bağlandığı sonucuna ulaştırabilir. Dolayısıyla söz konusu ifadenin, kural olarak, “herkesin doğuştan temel haklara sahip olduğu”nu anlattığını söyleyebiliriz.¹⁹

“Dokunulmazlık” kelimesi, geniş anlamda kavrandığında temel haklara yönelik herhangi bir müdahalenin yapılamayacağı anlamına gelir. Ne var ki; hukuk sisteminde, başkalarının sahip olduğu hak ve özgürlükler ile farklı menfaatler, hakların sınırlandırılmalarını; dolayısıyla geniş anlamıyla dokunulabilir olmalarını gerekli kılar. Bu bakımdan, bütün haklara mutlak dokunulmazlık tanındığı düşünülecek olursa, paradoksal bir şekilde, aslında kimsenin haklara sahip olmadığını söylüyor oluruz.²⁰ Hukukta yorum yöntemleri böyle absürt sonuçlara izin vermediği içindir ki “dokunulmazlık” kavramının dar anlamını kabul etmek gerekir.²¹ Bu bakımdan, söz konusu ifadeden, temel hakların -devletin, kişileri temel hak sahibi olmaktan mahrum bırakamayacağı anlamda dokunulmaz olduğunu anlamak gerekir.

¹⁸ Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Mustafa Erdoğan/Levent Korkut (ter.), (Ankara: Yetkin Yay., 1989), s. 19 vd.

¹⁹ Bu bakımdan doğum öncesi hak sahipliği konusu, anayasal bir güvenceye sahip olmayan, yani bir tür takdir meselesi halini almaktadır.

²⁰ Gerhard Van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005), s. 22.

²¹ Benzer tespit, 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve ardından oradan esinlenmiş görünen İHEB'te yer alan “unalienable/inalienable” kelimeleri için de geçerlidir. Bkz. Rose Enemchukwu, “Inalienability of Human Rights: A Mistake in the Choice of Words”, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 28, 2014, ss. 141-143.

“Devredilmezlik” kelimesi ise bu haklardan yoksun kalma konusunda, devletin dışında kalan üçüncü bir başka kişi ile de sözleşme yapılamayacağını anlatmakta; bir bakıma, özel hukuk alanında sıkça kullanılan “sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü (butlanı)” kavramlaştırmasının anayasal temelini ortaya koymaktadır.²² Bunun tamamlayıcısı olarak görülebilecek “vazgeçilmezlik” kavramı ise; kişinin, insan olmasından kaynaklanan haklarının bazı koşullarda kendisinden dahi korunmasını ifade etmekte; dolayısıyla, bir değer olarak temel hakların, kişilerin intihar girişimlerine veya insan onuruna yaraşmayan eylemlerine karşı dahi bizzat korunacağını anlatmaktadır.²³

Bu niteliklerden, özellikle son ikisi, “paternalizm” tartışmasını da beraberinde getiriyor olsa da bu tartışma, kavramın kökeninde yer alan doğal hukukçu niteliğin baskın karakterini ortadan kaldırmamaktadır.²⁴ Şu halde, 12’nci maddenin ilk fıkrası bize, “ kişiliğe bağlılık” göndermesiyle, insanların doğmakla bazı temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu; ayrıca, bu kişinin hak sahipliğinden; “dokunulmazlık” bağlamında devlet eliyle & “devredilmezlik” bağlamında diğer kişiler eliyle & “vaz-

²² E. Hirsch, Türk Medeni Kanunu’nun 23’üncü maddesinin Anayasa’nın 12’nci maddesinin bir uzantısı olduğunu ifade etmektedir. Hirsch, s. 91.

²³ İnsan onuru kavramının kim tarafından tespit edileceği konusu, özellikle devletin ve toplumun onur anlayışının, kişinin kendi onur anlayışına ikame edilmesi yönünden tartışılmaktadır. Almanya’da, odaya benzer bir mekanizmada bekleyen kadınların, bu odanın içini gösteren bir dürbüne para atılması üzerine beş dakikalık soyunma pratiği (Peepshow), genel olarak fahişelik, Türkiye’de “Biri Bizi Gözetliyor” isimindeki kişilerin günlerce yaşamlarını canlı yayında teşhir ettiği televizyon programı (Big Brother), kısa boylu kişilerin para karşılığı bir hedefe fırlatılmasına dayanan, Türkçe’ye “cüce fırlatma” olarak tercüme edilecek olan Zwergenwerfen eğlencesi, katılımcıların birbirlerini simolasyonda birbirlerini vurmalarına dayanan Laserdrome oyunu bu bağlamda tartışmalara yol açmıştır. Bu konudaki içtihatlar için bkz. Nadine Klass, *Rechtlichen Grenzen des Realität Fernsehens: Ein Beitrag zur Dogmatik des Menschenwürdeschutzes und des allgemeinen Persönlichkeitsrecht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004), ss. 356 vd.; Michael Kloepfer, “Leben und Würde des Menschen”, Peter Badura/Horst Dreier (Hg.) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), ss. 77 vd.

²⁴ Kişilik haklarının veya daha geniş anlamda öznel gelişim hakkının korunmasının, kişinin kendisinden de korunmasını içerip içermediği sorununun paternalizme bağlamında tartışıldığı bir doktora tezi için bkz. Kai Möller, *Paternalismus und Persönlichkeitsrechts*, (Berlin: Duncker&Humblot, 2005). Türkçe’de ötenazi bağlamında Sibel Inceoğlu, *Ölme Hakkı*, (İstanbul: Ayrıntı, 1999).

geçilmezlik” bağlamında ise bizzat kendi kendine, mahrum hale getiremeyeceğini anlatmaktadır.

Sonuç olarak, buraya kadar yazılanlarla birlikte, 1982 Anayasası yönünden temel hak sahipliği konusuna ışık tutulmuştur. Böylece ikinci soruya geçilebilir: Acaba söz konusu nitelikler, olağanüstü hallerde farklılaşabilirler mi? Örneğin olağanüstü durumlarda kişilerin (devlet, üçüncü kişiler veya kendileri tarafından) temel hak ve özgürlüklerden mahrum halde bırakılmaları mümkün müdür?

Bu sorunun yanıtı, “Türkiye hukukunda “temel hakların kaybedilmesi” mümkün müdür?” sorusuna verilecek yanıtı bağlıdır.

B. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kaybedilmesi: Anayasa md. 12'nin İstisnası Var mıdır?

1982 Anayasası yönünden temel hak sahipliğinin niteliği yukarıda açıklanmıştır. Bunun bir adım ötesi nereye gidebilir? Acaba söz konusu nitelikler, olağanüstü hallerde farklılaşabilirler mi? Örneğin olağanüstü durumlarda kişilerin (devlet, üçüncü kişiler veya kendileri tarafından) temel hak ve özgürlüklerden mahrum halde bırakılmaları mümkün müdür?

Bu sorunun yanıtı, “Türkiye hukukunda “temel hakların kaybedilmesi” mümkün müdür?” sorusuna verilecek yanıtı bağlıdır.

İnsanların doğuştan sahip olduğu düşünülen temel haklarından kategorik olarak mahrum kalmaları teorik olarak mümkündür. Örneğin, Roma hukukundaki “sivil ölüm” kurumu, bunun en ileri aşamasını anlatmakta ve kişilerin medeni yaşamdan soyutlanması gibi, bugün için kabul edilemez bir yaptırımı beraberinde getirmektedir.²⁵ Günümüz hukuk sistemlerinde bu tür bir “sivil ölüm” pratiği, kural olarak, insan hakları değerleriyle uyumlu değildir. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM), vicdani ret konusuyla ilgili *Ülke v. Türkiye* kararında, başvurucunun durumunu anlatmak için kendisinin bir retorik olarak başvurduğu “sivil ölüm” kavramı, açıkça Sözleşme değerleriyle uyumsuz

²⁵ Roma Cermen hukukunda kamu barışını bozan (extra semonem regis) kişisel sivil toplumun dışına atılıyor (forbannitus, forjudicatus, forfactus) veya toplum düşmanı (faidosus) olarak ilan ediliyorlardı. Bu kişiler herhangi bir kamusal veya özel hukuk eylemi ve işlemi bulnamıyor, yetkilendirilemiyordu. Tanımın ayrıntıları ve açıklamalar için bkz. Carlo Calisse, *A History of Italian Law*, C. II, (Washington D.C.: Beard Books, 1928), ss. 511 vd.

görülmüştür.²⁶ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (MSHS) 16'ncı maddesinde düzenlenen “kişi olarak tanınma hakkı”nın, yükümlülük azaltılamaz edilemez haklar arasında sayılması da aynı mantığa dayanmaktadır.

Kişilerin, hukuk sisteminde kişi olmaktan çıkartılmaları kabul edilemez olsa da, belli sınırlar dahilinde, birtakım haklardan kategorik olarak mahrum bırakılmaları pratiğinin modern anayasacılığa tamamen yabancı olmadığını da söylemek gerekir. Federal Almanya Anayasası'nın 18'inci maddesinde yer alan “Temel Hakların Yitirilmesi” (*Verwirkung von Grundrechte*) kurumu, bunun spesifik örneğidir. Söz konusu madde aynen şu şekildedir:

“Düşünceyi dışa vurma özgürlüğünü, özellikle basın özgürlüğünü (madde 5 fıkra 1), eğitim özgürlüğünü (madde 5 fıkra 3), toplanma özgürlüğünü (madde 8), örgütlenme özgürlüğünü (madde 9), mektup, posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğini (madde 10), mülkiyet (madde 14) veya sığınma hakkını (madde 16a) özgür demokratik temel düzene karşı kötüye kullanan kişi, bu temel haklarını yitirir. Hakkın yitirilmesine ve bunun kapsamına Federal Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilir.”²⁷

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun (FAYM Kanunu) 39'uncu maddesinin ikinci fıkrası, burada sayılan haklar dışında, “seçme ve seçilme hakkı” ile “kamu hizmetine girme” haklarını da sahiplikten düşürülecek haklar kataloğuna eklemiştir.²⁸ Görüldüğü gibi birtakım haklardan yoksun bırakma kurumu, Almanya'da pozitif bir anayasal dayanak bulmuştur.

Söz konusu hüküm, doktrinde, mücadeleci demokrasi (*streitbare Demokratie*) veya K. Loewenstein'in kavramlaştırmasıyla ifade edecek olursak “militan demokrasi” (*militant democracy/wehrhafte Demokratie*)

²⁶ Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiği kararı verilmiştir. Bkz. Ülke v. Türkiye, İHAM, 39437/98, 24/01/2006, § 62.

²⁷ Maddenin gramer yönünden farklı şekilde Türkçe tercümesi için Christian Rumpf/Gökçe Uzar Schüller (ter.), Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 2014. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Erişim tarihi: 01/11/2016)

²⁸ Walter Krebs, “Art. 18”, Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, (Müchen: C.H. Beck, 2012), §17.

ilkesinin bir uzantısı olarak algılanmaktadır.²⁹ Bilindiği gibi mücadelecı demokrasi kavramı demokratik düzenin, demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik hareketlerle mücadele etmesini, yani kendisini korumasını anlatmaktadır. Bu bakımdan mücadelecı demokrasi kavramı ile olağanüstü hal rejimleri arasında sıkı bir bağ vardır. Yukarıda da değinildiği gibi OHAL rejimi, anayasal düzenden, anayasal düzeni korumak adına geçici olarak çıkılmasını veya istisnaların yürürlüğe girmesini anlatır. Mücadelecı demokrasi de demokratik düzeni korumak adına demokratik ilkelerden geçici olarak vazgeçilmesi veya istisnaların yürürlüğe girmesi anlamına gelir. Bu bakımdan akademik nüanslar bir tarafa bırakıldığında bu kurum ve kavramlar, aslında aynı konunun farklı uzantılarıdır.³⁰

FAYM, bu maddenin uygulama bulması için mutlaka şiddet eylemlerine gerek olmadığını, şiddete dayanmayan düşünsel kategoriler yönünden de belli şartların bulunması durumunda hükmün uygulanabileceğini ifade etmiştir.³¹ Ayrıca bu hükmün sadece gerçek kişiler için değil, siyasi partiler de dahil olmak üzere tüzel kişiler için de uygulanacağı kabul görmektedir.³² Ne var ki; özellikle totaliter parti ve kişilere

²⁹ Walter Schmitt Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, Detlef Merten /Hans-Jürgen Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte: Allgemeine Lehren II, Bd. III, (Heidelberg: C. F. Müller, 2009), s. 750; Wolfgang Löwer, “Wehrhafte Demokratie”, Christian Hillgruber/Christian Waldhoff (Hg.), 60 Jahre Bonner Grundgesetz: Eine geglückte Verfassung?, (Bonn: Bonn University Press, 2010), ss. 83. Terminoloji ve ilk tespitler için bkz. Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, The American Political Science Review, Vol. 31, 1937, ss. 417-432. Türkiye bağlamında bkz. Bertil Emrah Oder, “Militant Democracy in Turkey”, Markus Thiel (ed.), ‘Militant Democracy’ in Modern Democracies, (Burlington: Ashgate, 2009), ss. 263-311. Türkçe’de bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, (Ankara: Seçkin Yay., 2000). Yokuş, ss. 53-58.

³⁰ Glaeser, ss. 750-752.

³¹ Michael Brenner, Art. 18”, Hermann von Mangoldt/ Friedrich Klein/Christian Starck, (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, (Verlag Franz Vahlen, 2010), § 44.

³² Sığınma hakkı yönünden tabii ki kayıp yabancılar için geçerli olacaktır. Öte yandan milletvekilleri ve devlet başkanının Anayasa’nın 46 ve 60’ıncı maddeleri uyarınca durumu da özel bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Özneye ilgili olarak değerlendirmeler için bkz. Glaeser, ss. 759-760; Franz Klein, “Art. 39”, Maunz et. al. (Hg.), Bundesverfassungsgesetz Kommentar, Bd. 1, (München: C. H: Beck, 2016), §2; Krebs, § 6.

karşı yapılan başvuruların hiçbirinde, haklarında başvuruda bulunulan kişilerin temel haklarının düşmesine karar verilmemiştir.³³

Doktrinde ise bu konudaki değerlendirmelerde, genellikle tedbirin esnek şekilde yorumlandığı görülmektedir. Bu bakımdan; temel hak kaybı uygulamasının bir ceza olmaktan çok bir güvenlik tedbiri olarak algılanması gerektiği ifade edilmekte ve getirilme amacının kural olarak anayasal düzene karşı karakterdeki politik faaliyetleri kontrol altında tutmak olduğu vurgulanmaktadır.³⁴ Bu nedenle, kuralın bu amaç çerçevesinde olabildiğince dar yorumlanması ve Anayasa'daki bütün tedbirler için geçerli olan ölçülülük ilkesinin bu kurum yönünden de dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır.³⁵ Ölçülülüğün sağlanması için ise bu kurumun “ileriye etkili” ve “geçici” nitelikte algılanıp, kaybedilmeyen hakların kullanımına etki etmeyecek şekilde yorumlanması gerektiği söylenmektedir.³⁶ Anayasal düzenin korunması için uygulanacak olan bu tedbirin, bütün haklara sirayet edecek şekilde katı uygulanarak, hukuk alanı dışında bırakılan insanlar (*Vogelfrei*) yaratılmaması ve tehdidin ortadan kalkmasından sonra temel hakkın kaybı kararının kaldırılmasının yargısal bir kararla mümkün olması noktasında bir mutabakat oluşmuştur.³⁷ Yani kural, kişilerin her halükarda bazı haklarından kalıcı olarak yoksun hale geleceği bir uygulamayı içermemektedir. Sonuç itibarıyla Almanya'da farklı yorumlara açık bu kurum, insanların insan olmasından kaynaklanan haklarının bulunduğu kabulüne tamamen zıt bir istisna getirir şekilde değil, tehlikenin ortadan kalkmasına kadar hür demokratik anayasal düzeni korumak adına uygulanacak bir tedbir olarak yorumlanmaktadır.

Almanya'dan Türkiye'ye dönecek olursak; bu kuralın, 1982 Anayasası'nın hazırlık çalışmaları sırasında gündeme geldiğini söyleyebili-

³³ Löwer, ss. 83-84.

³⁴ Klein, § 5; Günter Dürig/Franz Klein, “Art. 18”, Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz: Loseblatt-Kommentar, (München: C.H. Beck, 2016), §§ 39-40.

³⁵ Klein, § 7.

³⁶ Ibid., §§ 12-13. FAYM'ın hak düşürme kararının, kurucu (konsitütiv) nitelik taşıdığı söylenir. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, (Heidelberg: C. F. Müller, 1991), s. 281.

³⁷ Bu sürenin en az bir yıl süreceği, birkaç yıl içinde gözden geçirilmenin yapılacağı ifade edilir. Dürig/Klein, § 1 ve oradaki atıflar; Klein, §5.

riz.³⁸ 12 Eylül'den sonra oluşturulan Orhan Aldıkaçtı başkanlığındaki Anayasa Komisyonu'nun Danışma Meclisi'ne sunduğu taslağın 13'üncü maddesi aynen şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ce Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve özgürlükleri 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 ya da sair herhangi bir yoldan komünizme, faşizme veya dini temellere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz; bu amaçla kullananlar, kötüye kullandıkları *hak ve özgürlüğü kaybeder*. Hak kaybı hükmü mahkemelerce verilir.”³⁹

Almanya örneğinden farklı olarak “hak ve özgürlüklerin ne gibi kötü kasıtlarla kullanılamayacağı sayım yoluyla gösterildiği”⁴⁰ ve AYM'ye karar tekeli⁴¹ tanınmayan bu örnekte, “kaybedilecek” hak ve özgürlükler de sınırlı sayıda tutulmamıştır. Komisyon başkan yardımcısı F. Gölcüklü'nün⁴² ve Komisyon üyesi F. Feyzioğlu'un⁴³ çok ağır bir

³⁸ Gören, Anayasa Hukuku, s. 435.

³⁹ Vurgu orijinal metinde yoktur. Metin için bkz. “04/08/1982 tarihli 120'nci Birleşim Tutanaklarına Ek Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı”, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, S. 166, C. 7, s. 10.

⁴⁰ Gereklçeler, ibid., s. 11.

⁴¹ Bunun bilinçli bir tercih olduğu Komisyon sözcüsü Şener Akyol'un açıklamalarından anlaşılmaktadır. 19/08/1982 tarihli 130'uncu Birleşim”, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, s. 169. Oysa Almanya'da bu tür bir tekelden bahsedilmektedir. Bkz. Hesse, s. 28-281 ve oradaki atıflar; Klein, § 8.

⁴² Komisyon başkan yardımcısı Feyyaz Gölcüklü, maddede geçen ‘kullananlar, kötüye kullandıkları hak ve özgürlüğü kaybederler’ hükmünün de maddeden çıkarılması gerektiğini “hak kaybı, hele süresiz ise, çok ağır bir müeyyidedir. Devletin görevi ‘hak inkarı’ yoluyla suistimali önlemek değil; kişilerin, haklarını kötüye kullanmalarına imkan vermeyecek bir düzen kurmaktır. Bu hükmün en büyük sakıncası uygulama imkanının hemen hemen bulunmamasıdır. Bir gösteri yürüyüşünde saldırganlık yapan; yazdığı bir kitap nedeniyle mahkum olan, yasaklanmış bölgede seyahat eden, bir dernek üyeliği sıfatını kötüye kullanarak suç işleyen kişi bu haklarından nasıl mahrum edilecektir. Belli bir hakkın yahut özgürlüğün kullanılma□ bir me□lekî faaliyet haline gelmişse (gazete sahipliği yahut sorumlu müdürlüğü vb. gibi); yahut kamusal bir hak niteliğinde ise bunun yasaklanması mümkündür. Bu hususu da Ceza Kanunumuz ‘muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası’, ‘hidematı ammeden mahrumiyet’ hükümleriyle düzenlenmiştir. Hak ve özgürlüğü kötüye kullanmanın suç teşkil etmediği hallerde mesele daha da karmaşıktır. Hak yahut özgürlükten mahrumiyetin,

yaptırım olduğu için karşı çıktığı bu hükümde, yapılan tartışmalardan sonra ideolojilerin isimleri “mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni” şeklinde değiştirilmiş⁴⁴, Milli Güvenlik Konseyi'ne sunulan metinde ise “hakkın düşürülmesi” hükmü, “Bu yasaklaya aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.” şeklini almış ve aynen kabul edilmiştir.⁴⁵ Bu hükmün Anayasa'dan çıkartılmasına askerlerin de rolü olduğunu düşünen İ. Ö. Kaboğlu'na göre “askerler ‘hak kaybı’ni öngören sivillere, ‘bu kadarı da fazla!’ demişlerdir.”⁴⁶

Şimdi, buraya kadar yazılanlar açısından bir değerlendirme yapmak adına, bulguları özetleyelim: Öncelikle, 1982 Anayasası'nın, temel hak ve özgürlüklerin niteliğine ilişkin doğal hukukçu bir özünün olduğu, bu bakımdan insanın insan olmasından dolayı temel haklara sahip olduğu düşüncesini pozitifleştirdiği açıktır. Bu, birçok insan hakları metniyle koşut bir özelliktir. İnsanlar, insan olmaktan dolayı dokunulamaz, vazgeçilemez, devredilemez haklara sahiptirler. Bunun istisnası, temel hakların kaybedilmesidir. Roma hukukunda görülen bu kavramlaştırma, modern anayasa hukukunda, anayasal düzenin mücadeleci demokrasi bağlamında korunması amacı ve buna bağlı olarak istisnaî tedbirlerin ortaya çıkması şeklinde tezahür etmektedir. Bilinen örneği Almanya Anayasası'dır. Almanya'da Anayasa hükmü, temel hak sahipliği konusunda lafzen bu tür bir istisnaya yer vermektedir; fakat, FAYM ve doktrin, bu hükmün, temel hak sahipliğinden kategorik ve sürekli olarak yoksun bırakmanın önünü açacak şekilde değil; temel hak kaybının geçici, politik alanla sınırlı ve güvenlik tedbiri niteliğinde olacak şekilde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Türkiye açısından ise Anayasa'da anılan türden bir düzenleme yoktur. Bu yokluk, bir ihmalin sonucu değildir;

Anayasa yerine, somut halleri düzenleyen uygulama kanunlarına (mesela Dernekler Kanununa, Basın Kanununa, Ceza Kanununa, Siyasi Partiler Kanununa) sürekli olarak konulması daha doğrudur.” şeklinde bir gerekçe sunarak savunmuştur. Ibid., s. 65.

⁴³ Ibid., s. 88.

⁴⁴ Ibid., s. 176.

⁴⁵ “18/10/1982 tarihli 118'inci Birleşim”, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, s. 337.

⁴⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, “Haktan Mahrumiyet Mümkün mü?”, BirGün, 21/02/2008.

çünkü bu konu açıkça kurucu mecliste tartışılmıştır. 1982 Anayasası'nın taslağında, olağanüstü süreçlerde temel hak kaybı hükmü uygulanması öngörülmüş; fakat, bunun ağır bir tedbir olacağı düşünülerek kurum taslaktan çıkartılmıştır. Yani Böyle bir hükme yer veren Almanya'nın aksine Türkiye'de bu kuruma bile isteye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, ona pozitif hukukunda yer vermiş olan Almanya'da dahi bu kurum, dar ve geçici bir tedbir niteliğinde uygulama bulurken, bu kuruma mevzuatında bilinçli olarak yer vermemiş olan Türkiye yönünden kişilerin temel hak ve özgürlüklere sahipliği konusunda sürekli ve kategorik olarak bir hak yoksunluğunun söz konusu olamayacağı evleviyetle savunulabilir.

Sonuç itibariyle Anayasa'nın 12'nci maddesindeki niteliklerin 1982 Anayasası'nın öngördüğü olağanüstü hal dönemlerinde dahi istisnası yoktur. OHAL döneminde çıkartılacak bir kararname yoluyla kişilerin OHAL'den sonra da geçerli olacak şekilde “kamu hizmetine girme hakkı” (örn. bir meslekten geri dönülemez şekilde çıkartılma), örgütlenme hakkı (örn. bir daha siyasi parti üyesi olamama), eğitim özgürlüğü (örn. eğitim kurumu açamama/öğrenci statüsünü kaybetme), seçme ve seçilme hakkı (örn. seçmen olmaktan çıkartılma, milletvekili olamama) vb. haklardan mahrum bırakılmasının; bu haklara dokunulmasının, bu yollarla devredilebilir ve vazgeçilebilir kılınmasının mümkün olmadığını söyleyebiliriz.

Bu sonucu ve buraya kadar yazılanları, Türkiye bağlamında somut bir eleştiriye dönüştürecek olursak; 2016 yılındaki OHAL sürecinin üzerinde durabiliriz.⁴⁷ Bu bakımdan, özellikle dikkat çekici düzenleme, 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin “Yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlara ilişkin tedbirler” başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası olmaktadır. “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca... meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir.*” şeklinde düzenlenen bu fıkra, Anayasa'nın AYM üyeliğinin sona ermesini, (a) hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm

⁴⁷ 2016 yılında süregelen OHAL süreciyle ilgili olarak ayrıca bkz. Levent Gönenç, “Acele Olağanüstü Hal”, Birikim, S. 330, Ekim 2016, ss. 32-47.

giyme” ve (b) görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması şeklinde iki nedenle sınırlayan 147’nci maddesine aykırıdır. Geçici olması durumunda OHAL rejiminin “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilirlik” marjı içinde düşünülebi-
lecek bu düzenleme, AYM, tarafından “kalıcı” şekilde yorumlanmıştır. AYM’ye göre;

“KHK’nın 3. ve 4. maddelerinde öngörülen meslekten veya kamu görevinden çıkarma; adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütleri ile milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, **geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran** “olağanüstü tedbir” niteliğindedir.”⁴⁸

Bu kalıcılık belirlemesinin, OHAL KHK’leri yoluyla asil yargılanma hakkı güvencesinden yoksun şekilde meslekten çıkartılan kişiler için de geçerli olduğu düşünülecek olursa, bu yorumun, Anayasa’nın 70’nci maddesindeki “kamu hizmetine girme” hakkının “yitirilmesi” anlamına geldiği söylenebilecektir. Şu halde, Alman Anayasası’nda açıkça yazılı olmasına rağmen, kalıcı olmadığı yorumu yapılan, 1982 Anayasası taslağında bulunmasına rağmen, “bu kadarı da fazla” denilerek bilinçli olarak metinde kendine yer bulmayan “temel hakların yitirilmesi” kurumunun 2016 yılında AYM yorumuyla ulusal hukukumuzda dahil edildiği söylenebilecektir.⁴⁹ Böyle bir tercihin yargısal aktivizme mesafeli durma iddiasındaki AYM’nin tutarsızlığı olduğu not edilmelidir, zira AYM, bu kararla Anayasa’nın kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanmıştır.

⁴⁸ Orijinal metinde vurgu yoktur. AYM, E. 2016/6 (değişik işler), K. 2016/12, T. 04/08/2016, §79. Bu durumun “anayasa hükmünde kararname üretmesi olasılığı” konusunda bkz. Tolga Şirin, “Anayasa Hükmünde Kararnameler”, Güncel Hukuk, Kasım, 2016.

⁴⁹ Oysa yapılması gereken, OHAL’in gerektirdiği aciliyet ve katı gereklilik uyarınca kişilerin açığa alınması, hızlandırılmış bir prosedür sonucunda yargısal bir tespitle bulunulması idi.

III. OHAL İlanı ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması Rejimi Ölçütleri

Anayasa'nın 121'inci maddesi, OHAL süreçlerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve durdurulması konusunda Anayasa'nın 15'inci maddesine gönderme yapmaktadır. Anayasa'nın 15'inci maddesi ise bizi savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, Anayasa'nın "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması" başlıklı 13'üncü maddesinden ve "Yabancıların Durumu" başlıklı 16'ncı maddesinden farklı bir rejimin uygulanacağı sonucuna ulaştıracak bir dile sahiptir. Bu konuda doktrinde de görüş birliği vardır.⁵⁰ Bununla birlikte, söz konusu rejimin özellikleri konusunda yaklaşım farklılıkları olduğu görülmektedir.

OHAL'de temel haklara yönelik müdahalelerde dikkate alınması gereken ilkeleri "iyi niyet ilkesi, sınırlamanın dar yorumlanması ilkesi, hukukun üstünlüğüne saygı ilkesi ve ölçülülük ilkesi" şeklinde sıralayan BM Siracusa İlkeleri ile büyük ölçüde uyumlu olan⁵¹ ve "asgari standartlar"⁵² olarak ifade edilebilecek bu ilkeler, ulusal hukuk yönünden; "kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninde gereklilik, ölçülülük, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler uygunluk ve sert çekirdek koruması" başlıkları altında değerlendirilebilir.

A. Kanunilik

Olağan dönemlerde temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince, ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanunla sınırlama şartı, Anayasa'nın 16'ncı maddesi uyarınca yabancılar için de geçerlidir. Anayasa'nın 15'inci maddesinde ise bu tür bir ifadeye rastlanmamaktadır.

BM'nin olağanüstü hal bağlamında yayımladığı Siracusa İlkeleri'nde, olağanüstü dönemlerde dahi hukukun üstünlüğü ilkesine saygı

⁵⁰ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (İstanbul: Beta Yay., 2013), ss. 156 vd.; Cem Eroğul, Anayasa Giriş, (Ankara: İmaj Yay., 2009), ss. 205 vd.; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yay., 2014), ss. 121 vd.; Gözler, ss. 134 vd.; Hasan Tunç/Faruk Bilir/Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Adalet Yay., 2015), ss. 117; İzgi/Gören, ss. 205 vd.; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, (Konya: Mimoza Yay., 2015), s. 135.

⁵¹ Oliver De Schutter, International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), ss. 583 vd.

⁵² Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, s. 107.

duyulmasının esas olduğu ifade edilmektedir.⁵³ Bilindiği gibi kanunilik, hukuk devleti ilkesinin bel kemiğidir.⁵⁴ Dolayısıyla kanunilik ilkesine olağanüstü hallerde de uyulması gerekir. Doktrinde 1982 Anayasası yönünden, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlük müdahaleleri bağlamında kanuna gerek olmadığı ifade ediliyorsa da⁵⁵, bunun kanunsuzluk rejimi olarak algılanmaması gerekir.⁵⁶ Kanunilik ilkesi temel hak ve özgürlük müdahaleleri bağlamında ikili bir anlam taşımaktadır. Bunlar “kanunla sınırlama” (*durch Gesetz*) ve “kanuna dayanarak sınırlama” (*auf Grund Gesetzes*) şeklinde ifade edilebilir.⁵⁷ 1982 Anayasası'nın olağan dönemler için öngördüğü sistem, her türlü müdahale için her hâlikarda “kanunla sınırlama” yapılması yönündedir. Hatta bu durum, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde “ancak kanunla” ifadesiyle katılaştırılmıştır. Alman literatüründe “mutlak kanun şartı” (*Totalvorbehalt*) olarak ifade edilen bu durum, OHAL rejiminde esnemektedir; fakat bu esneme, kanunsuzluk düzeyinde değildir.⁵⁸

⁵³ İlkeler için bkz. United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).

<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/siracusaprinciples.html> (Erişim tarihi: 01/11/2016)

⁵⁴ Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), ss. 37 vd. Teorik olarak bkz. Berke Özenç, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, (İstanbul: İletişim Yay., 2014), ss. 229 vd.

⁵⁵ Gözler, s. 134.

⁵⁶ Pieter van Dijk/Finola Flangan/Jeffrey Jowell, *Opinion on the Protection on Human Rights in Emergency Situations*, CDL-AD(2006)015, ss. 12-13.

⁵⁷ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen, *Grundrechte: Staatsrecht II*, (Heidelberg: C. F. Müller, 2015), s. 67 ve 263.

⁵⁸ Toplu kanun kaydı (Totalvorbehalt) konusunda bkz. Bkz. Fritz Ossenbühl, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes”, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, (Heidelberg: C. F. Müller, 2007), ss. 194 vd., §§ 23 vd. Almanya'da kanunla müdahale, esaslı noktalar yönünden zorunludur. Esaslılık teorisi (Wesentlichkeitstheorie) olarak ifade edilen bu teori, nispeten Türkiye hukukunda da geçerlidir. Fakat Türkiye'de 1921 Anayasası'ndan bu yana biraz da tarihsel nedenlerle mutlak parlamento kaydı öğretisi egemendir. Bu tespit ve gerekçeleri için bkz. Gottfried Plagemann, *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz: Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei*, (Münster et. al: LIT Verlag, 2009), s. 250.

Anayasa'nın 121'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Anayasa'nın 15'inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir." Dolayısıyla, bir temel hakka yönelik müdahale yapılması konusunda ana kural "kanunla" müdahaledir. Öte yandan; müdahale konusunda madde 13'teki "ancak kanunla" şeklindeki vurgunun madde 15'te bulunmaması, müdahalelere dayanak olması için kanun altı düzenlemelere daha kolay geçiş yapılmasını sağlamakta; bu işlemlerle gerçekleştirilecek sınırlamalar, Olağanüstü Hal Kanunu'nun çizdiği çerçevede, yani "kanuna dayanarak", daha kolay gerçekleşebilir hale gelmektedir. Ayrıca Anayasa'nın öngördüğü sistematik gereği, kalıcı olmayan OHAL KHK'leri yoluyla da temel haklara müdahaleler söz konusu olabilmektedir.⁵⁹ Fakat kanun olmadan tüzük veya yönetmelikle sınırlama OHAL döneminde dahi mümkün değildir.

Kanun kavramının demokrasi ilkesinden türeyen şeklî anlamı yanında, hukuk devleti ilkesinden türeyen maddi anlamı kanunların ulaşılabilir, öngörülebilir olmasını ve keyfiliğe karşı güvenceleri içermesini gerekli kılar.⁶⁰ Nitekim *Elçi ve diğerleri v. Türkiye* kararında, başvuru avukatların ev ve ofislerindeki arama ve el koymanın dayanağı olan 2935 sayılı OHAL Kanunu'nun 11'inci maddesi ve 430 sayılı OHAL KHK'sinin 3'ncü maddesi, maddi anlamda kanunilik kriterini karşılamıyor bulunmuştur.⁶¹

Şu halde, OHAL kanunu ve/veya OHAL döneminde çıkartılacak KHK'lerin de temel hak özneleri tarafından ulaşılabilir olması adına yayımlanması, metnin öngörülebilirliğinin sağlanması adına çok genel bir dille değil, anlaşılır ve net, yani "belirli" bir dille kaleme alınması ve normun tanıdığı yetkinin "iyi niyet" ilkesine uygun kullanımı için müdahaleye karşı başvuru yollarının da düzenlenmiş olması gerekir.⁶² Bun-

⁵⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 160. Buna karşın; OHAL KHK'leri ile kalıcı kanun değişikliği yapılmamalıdır.

⁶⁰ Lautenbach, ss. 86 vd.

⁶¹ *Elçi ve diğerleri v. Türkiye*, İHAM, 23145/93, 25091/94, 13/11/2003, § 699.

⁶² Belirliyet kavramı, AYM'nin geleneksel olarak terminolojik tercihidir. Örn. bkz. AYM, E. 2001/129, K. 2002/24, T. 31/01/2002. Bu kavrama Alman ekolünden yarar-

lar, maddi anlamıyla da olsa kanunilik ilkesinin gereğidir ve hem vatandaşlar hem de yabancılar yönünden OHAL rejiminde de geçerlidir.

B. İlgili Maddede Belirtilen Sebeplerle Sınırlama/Meşru Amaç Taşıma

1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesi temel hak ve özgürlüklerin “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlandırılabilirliğini ifade etmektedir. Olağan dönemlerde geçerli olan ve İHAM'ın müdahalenin “meşru amacı” kavramlaştırmasına denk düşen bu ölçütün OHAL dönemindeki yeri net değildir. Zira 1982 Anayasası'nın ilk halinde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 52'nci maddesinde olduğu gibi; fakat ondan daha kapsamlı şekilde genel sınırlama nedenlerine yer veren bir hüküm mevcutken, bu hüküm 2001 yılında Anayasa'dan çıkartıldı. Dolayısıyla belli sınırlar dâhilinde İHAS sistemi benzeri bir sistem söz konusu oldu. Bu bakımdan OHAL döneminde ilgili sebeplerden birine dayanmanın gerekli olup olmadığı tartışmalı hale geldi.

Bu konudaki İHAM pratiğine bakıldığında; Mahkeme'nin OHAL döneminde de “meşru amaç” tespiti yaptığı görülmektedir. Bu doğaldır; çünkü bu belirleme; meşru amaç, elverişlilik, gereklilik ve makullük⁶³ şeklinde dört adımdan oluşan “ölçülülüğün dört adımı testi”nin (*four-step proportionality test*) ilk adımıdır.⁶⁴ Meşru amaç belirlemeden, bir müdahalenin ölçülülüğü test edilemez. Şöyle ki; bir müdahale genel sağlığın korunması için ölçülü iken; genel ahlakın korunması için ölçüsüz olabilir. Dolayısıyla sınırlamanın, “neye göre” ölçülü olduğunu tespit

lanın yazarlarda da rastlanmaktadır. Örn. bkz. Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bir Bakış”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, 2005, ss. 80-125; Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yay., 2013), s. 370; Zafer Gören, Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yay., 2015), s. 429.

⁶³ Makullük kavramı yerine dar anlamda ölçülülük/orantılılık kavramları da kullanılabilir.

⁶⁴ Bu konuda bkz. Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, (Oxford: Oxford University Press), 2012, ss. 8 vd. Ayrıca bkz. Nikolaus Marsch/Vanessa Tümsmeyer, “Proportionality: German Administrative Law”, Sofia Ranchordás/Boudewijn de Waard (ed.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Administrative Law Study*, (Cheltenham: Roudledge, 2015), ss. 31 vd.

etmek için öncelikle sınırlama sebebinin netleştirilmesi gerekir. Bu sebebin OHAL nedeniyle, Anayasa'nın ilgi maddesinde öngörülmüş olması (tartışmalı olsa da) bir zorunluluk sayılmayacaksa bile, OHAL ile bağlantılandırılması, yani OHAL'in bu müdahaleyi gerektirip gerektirmediği inceleme konusu olmalıdır.

C. Demokratik Toplum Düzeninde Gereklik

Demokratik toplum düzeninde gereklik kriteri, 1961 Anayasası döneminde, temel hak ve özgürlüklerdeki “sınırlandırmayı sınırlandırma” (*Schranken-Schranken*) rejiminde yer alan kriterlerden biri değildir. 1982 Anayasası döneminde, İHAS sisteminden ilham alınarak Anayasa'nın 13'ncü maddesine eklenen bu kriter, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması” başlıklı 15'nci maddede yer almamaktadır. Bu nedenle, ilk bakışta olağanüstü dönemlerde bu kriterin kullanılmayacağı düşünülse de⁶⁵, Anayasa'nın “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler”e yaptığı yollama, bunu sorgulamamızı gerekli kılmaktadır.

İHAS sistemi tarandığında; Strazburg organlarının, yükümlülük azaltma bildirimini yapmış devletlere karşı yapılan başvuruları incelerken, bu kriteri kullanma olasılığını tamamen dışlamadığı görülmektedir. Ölçülülük kriteriyle bağlaşıklık bir anlamı olan demokratik toplum düzeninde gereklik kriteri, yükümlülük azaltma bildiriminde bulunan devletlerle ilgili başvurularda, “olağanüstü halde dahi yargısal denetimin demokratik toplumun temel unsuru olduğunun”⁶⁶, “avukatların, mesleklerini bir müdahale olmadan icra edebilmesinin demokratik toplumun temel bileşeni olduğunun”⁶⁷ ifade edilmesi ve yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı yaşam hakkı ve işkence yasağının demokratik toplumun en temel değerlerinden biri olarak altının çizilmesi⁶⁸ örneklerinde görüldüğü gibi içtihatla kendine yer bulabilmektedir. Buna karşın; OHAL sürecinde yükümlülük azaltma bildirimini kabul edilmekle birlikte, demokratik toplum düzeninde gereklik kriterine aykırılık tespiti yapıldığı bir örneğe rastlanmamaktadır. Mahkeme, yukarıda değinilen *Elçi ve diğerleri*

⁶⁵ Örn. bkz. Gözler, s. 137.

⁶⁶ Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, İHAM, 14553/89 ve 14554/89, 26/05/1993, § 41.

⁶⁷ Elçi ve diğerleri v. Türkiye, § 669.

⁶⁸ A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, İHAM, 3455/05, 19/02/2009, § 126; Elçi ve diğerleri v. Türkiye, § 634.

kararında, arama ve el koyma tedbirlerinin kanuniliğinin olmadığını tespit etmekte ve bu tespitinden dolayı 8'nci maddede yer alan diğer haklılaştırma nedenleri (meşru amaç, demokratik toplum düzeninde gerekli olma) yönünden inceleme yapmanın gerekli olmadığını söylemektedir.⁶⁹ Bu sonucun mevhum-u muhalifinden, söz konusu müdahale, kanunilik ve meşru amaç testini geçseydi 8'nci madde testine sokulabilirdi anlamı çıkmaktadır.⁷⁰

Sonuç olarak, demokratik toplum düzeninde gereklilik kriterinin OHAL süreçlerindeki yeri çok net olmamakla birlikte, bu kriterin göz ardı edilmemesi gerektiği söylenebilir. Nitekim bu kriteri, 15'nci maddede yer alan ölçülülük kriterinden ayırmak da her zaman çok kolay değildir.

D. Ölçülülük

Ölçülülük ilkesi yalnızca olağan dönemlerde değil, olağanüstü dönemlerde de geçerli olan bir ilkedir.⁷¹ 1982 Anayasası'nın 15'inci maddesinde geçen "durumun gerektiği ölçüde" ifadesinden ölçülülük ilkesinin türetileceği konusunda doktrinde ve uygulamada oйдаşma vardır.⁷² Bu ilkenin maddede açıkça yazılmış olması önemli bir güvencedir; fakat maddede böyle bir hükme yer verilmemiş olsaydı da "milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük"ler gereği bu ilkenin geçerli olacağı söylenebilirdi; çünkü ölçülülük ilkesine anayasada açıkça yer verilmeyen Almanya'da olduğu gibi hukuk devleti ilkesinden, kamu gücünün tüm eylem ve işlemlerinde ölçülü davranılmasını zorunluluğu türetilbilirdi.⁷³ Hatta bu bakımdan Türkiye'de de ölçülülük ilkesinin, Anayasa'nın

⁶⁹ Elçi ve diğerleri v. Türkiye, İHAM, § 699.

⁷⁰ Karş. Yunanistan v. Birleşik Krallık kararının komisyon raporunda üye Eustathiadis'in karşı oyu, 176/56, 26/09/1958, s. 397.

⁷¹ Bu konudaki dikkate değer Danıştay içtihatları için bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, ss. 110-111.

⁷² Bkz. supra, dn. 45. Farklı bir bağlamda Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, (Ankara: AÜSBF Yay., 1982), ss. 179 vd.

⁷³ Hatta bu ilkenin sadece eylemlerde değil, eylemsizlik hallerinde de geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bu, devletin pozitif ödevlerinin bulunduğu hallerde mali yeterlilik ölçütünün verdiği yetki bağlamında anlaşılır olmaktadır. Devlet bir temel hakka yönelik müdahalelerinde ölçülü olmak zorunda olduğu gibi, pozitif yükümlülüklerinden kaçınma anlamına da ölçülü olmalıdır. Aşırılık yasağı olarak da ifade edilen bu

15'inci maddesi uyarınca temel haklara yönelik müdahalelerde değil; aynı zamanda hukuk devleti ilkesi uyarınca OHAL ilanında veya OHAL KHK'lerinin çıkartılması bağlamında da geçerli olduğu ileri sürülebilir. OHAL ilanı gerekmeyen hallerde böyle bir rejime geçmek ölçüsüz olacağı gibi, gerekmediği halde OHAL KHK'si çıkartmak, yasama organı ve yürütme organı arasındaki dengenin ölçüsüzce bozulması anlamına da gelebilir.⁷⁴ Bu nedenle ölçülülük ilkesinin geniş kapsamda algılanması gerekir.

E. Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülüklerle Uygunluk

Anayasa'nın 15'inci maddesindeki “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülük” kaydı, öncelikle dokunulmaz sert çekirdek haklar yönünden bir anlam taşımaktadır. Bu konuya aşağıda değinilecektir. Bunun dışında söz konusu hükümden başkaca ilkeler de türetilir. Uluslararası hatta daha doğru bir ifadeyle uluslararası insan hakları organlarıyla işbirliği ilkesi bunlardan biridir.

Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler içinde bu tür bir yükümlülük açıkça İHAS md. 15'te yer almaktadır. 15'inci maddenin üçüncü fıkrasına göre; “yükümlülüklerini azaltma yetkisi kullanan bir Sözleşmeci Ta-

ilke, aşırı eylemleri (Übermaßverbot) ve aşırı eylemsizlikleri (Untermaßverbot) yasaklamaktadır. Örn. bkz. Volker Epping, Grundrechte, (Heidelberg et. al.: Springer, 2015), ss. 45 vd.

Marsch/ Tüsmeyer, s. 30.

⁷⁴ Ölçülülük ilkesinin dışında bir de öz kriteri dikkate alınmalıdır. F. Sağlam'ın, Anayasa'da 15'inci maddesi türü bir düzenlemenin mevcut olmadığı 1961 Anayasası dönemindeki şu tespiti kayda değerdir. “Durdurma temel hakları ortadan kaldırma ya da kullanılmaz hale getirme amacı taşımaksızın salt sıkıyönetim koşullarının gerekli kıldığı durumlarda hak kullanımını geçici olarak ertelemek anlamını taşımaktadır. Şu halde geçicilik durdurma kavramının en önemli unsurudur. Burada ... durdurma, amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olan süreyi aşmamalı, durdurma süresi ile durdurma amacı arasında ölçülü bir oran söz konusu olmalıdır. ... Durdurma, ancak kullanım biçimleri belli tekrarlar şeklinde ortaya çıkan haklar bakımından söz konusu (olabilir)(...) Bu nokta özellikle temel haklara getirilen ek güvenceler açısından önemlidir. Ek güvenceleri durdurma kavramı içinde düşünmeye imkân yoktur. Örneğin eziyet ve işkence yasağını sansür ya da önceden izne bağlama yasaklarını (...) durdurma kavramı ile bertaraf etmek olanaksızdır.” Yazarın o dönem tutarlı olan bu tespitinin geçerliliği, 1982 Anayasası'nın 15'nci maddesindeki “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” hükmü karşısında tartışmalı hale gelmiştir; fakat, belli sınırlar dahilinde hala savunulabilir durumdadır. Bkz. infra dn. 76.

raf Devlet, aldığı önlemler ve bunların sebepleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterini ayrıntılı olarak bilgilendirir. Sözleşmeci Taraf ayrıca, bu önlemlerin kullanılmasının ne zaman sona ereceği ve Sözleşme hükümlerinin ne zaman yeniden tamamıyla uygulanacağı konusunda Genel Sekreteri bilgilendirir.” Aynı şekilde MSHS'nin 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre de; “Sözleşmedeki yükümlülüklerini azaltma yetkisi kullanan Sözleşmeye Taraf bir Devlet, yükümlülük azaltılan Sözleşme maddeleri ile yükümlülük azaltmayı gerektiren sebepler hakkında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla Sözleşmeye Taraf diğer Devletleri derhal bilgilendirir. Yükümlülük azaltmanın sona erme tarihi de aynı yolla başka bir bildirimle iletilir.” Şu halde hem İHAS hem de MSHS sistemi, taraf devletlere, yükümlülük azaltmayı gerektiren sebepleri bildirme yükümlülüğü getirmektedir.⁷⁵

Bu yükümlülüğün nasıl uygulanacağı konusunda, anılan sözleşmelerde açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte söz konusu bildirimde, yükümlülük azaltmanın keyfilğe kaymaması adına alınması düşünülen tedbirler ve yükümlülük azaltılması planlanan hakların ne şekilde uygulanacağı konusunda nispeten net belirlemelerin bulunması gerekir. Örneğin Birleşik Krallık, 11 Eylül saldırılarından sonra gözetli sürelerini uzatmak amacıyla İHAS md. 5'teki haklar yönünden; Fransa, 2015 yılının Kasım ayında Paris'teki terörist saldırıdan sonra 14 ve 18 Kasım 2015 tarihlerinde çıkartılan kararnameler gereği MSHS'deki haklardan özellikle 9, 12 ve 17'nci maddedeki haklar yönünden yükümlülük azaltma bildirimini yapmıştır.⁷⁶

Türkiye'nin en son 2016 yılında BM'ye yaptığı bildirimde bir kısmı yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı hatta bazılarında daha önce zaten çekince koymuş olduğu “etkili başvuru hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, tutulanların hakları, seyahat özgürlüğü, yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı usuli güvenceler, adil yargılanma hakkı, mahremiyet hakkı, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, siyasal haklar (serbest seçim hakkı), hukuk önünde eşitlik hakkı, azınlık haklarının korunması” haklar kataloğuna, müdahale biçimlerini netleştirmeden ve çok geniş/soyut bir yükümlülük azaltma bil-

⁷⁵ Daha fazla bilgi için bkz. De Schutter, ss. 583 vd.

⁷⁶ Bildirim metnine şuradan ulaşılabilir: <http://goo.gl/5vz7pX> (Erişim tarihi: 01/11/2016).

dirimi yaptığı ve bunun eleştirilere konu olduğu izlenmiştir.⁷⁷ Öyle ki; BM tarihinde pek rastlanmayan şekilde 19 insan hakları özel raportörü, Türkiye'nin OHAL sürecinde dahi yükümlülüklerine uymaya davet eden bir bildiri yayımlamıştır.⁷⁸

Yükümlülüğün bildirilmesi durumu, tek başına bir denetimi beraberinde getirmemektedir; fakat, taraf devletlere karşı yapılan başvurular sırasında sözleşmelerin denetim organları, söz konusu yükümlülük azaltma tedbirini incelemekte ve gerçekten de böyle bir durumun ülkede olup olmadığını sorgulamaktadır. Örneğin 1967 yılında Yunanistan'da gerçekleşen darbeden sonra Albaylar Cuntası'nın ülkedeki komünizm tehdidiyle mücadele amaçlı yaptığı yükümlülük azaltma bildirimini, böyle bir tehdidin ülkede yükümlülük azaltmayı gerekli kılacak düzeyde bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁷⁹ Yargılama yetkisine sahip mahkemeler dışındaki kişi ve organların da bu konuda Konsey bünyesinde görüş bildirilmesi mümkün olmaktadır. Mesela Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri bunlardan biridir. Komiserin, 2016 yılında, Türkiye'nin yaptığı bildirim hakkında hazırladığı memorandum, bunun yakın ve tipik örneğidir.⁸⁰ Bu örneğin, hukuksal bağlayıcılığı olmasa da, siyasal-ahlaki etkisi göz ardı edilemez.

Bunun dışında, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler kavramı, maddi temel haklar yönünden de bazı yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler, özellikle “sert çekirdek haklar” güvencesi içinde anlam bulmaktadır.

⁷⁷ Martin Scheinin, “Turkey's Derogation from the ECHR: What to Expect?”, EJIL: Talk!, 27/07/2016.

⁷⁸ “UN experts urge Turkey to adhere to its human rights obligations even in time of declared emergency”, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20394> (Erişim tarihi: 01/11/2016).

⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. David Harris/Michael O'Boyle/Edward Bates/Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), ss. 829 vd.; Heike Krieger, “Notstand”, Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hg.), *EMRK/GG: Konkordanzkommentar*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), ss. 384 vd.; William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), ss. 592 vd.

⁸⁰ “Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum”, CommDH(2016)35, 07/10/2016.

F. Sert Çekirdek Haklar Güvencesi

Anayasa'nın 15'inci maddesinin ikinci fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencele- re aykırı tedbirler alınabilir olduğunu söyleyen ilk fıkrasını kayıtlamak- tadır. Bu bakımdan doktrinde ikinci fıkranın "OHAL'de dahi dokunula- mayacak sert çekirdek haklar" kategorisi ürettiği söylenmektedir. Bu fıkra- ya göre söz konusu kategoride şu haklar yer almaktadır.

- Yaşam hakkı,
- Maddî ve manevî varlığının bütünlük hakkı,
- Din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanma ve bunlardan dolayı suçlanmama hakkı,
- Suç ve cezaların geçmişe yürütülmesi yasağından faydalanma hakkı,
- Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar suçlu sayıl- mama hakkı.

Bunlardan ilk iki hak için Anayasa, istisnanın istisnasını düzenle- miş ve "savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler"i bu güvencenin dışında tutmuştur. Burada geçen "savaş hukuku" kavra- mının, "saldırı savaşı yasağı" ve/veya "barış hakkı" ile beraber algılan- ması ve irredantist savaş politikalarının buna dahil olmadığını söylenebi- lir. Nitekim Başlangıç'ta yer alan "yurtta sulh cihanda sulh" düsturu ve 92'nci maddede savaş ilanının "Milletlerarası hukukun meşrû saydığı haller" ile asker kabul ve gönderiminin ise "Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının ge- rektirdiği haller" ile kayıtlanması, böyle bir yoruma izin vermektedir.⁸¹ Öte yandan üçüncü hak, bazı çalışmalarda "din, vicdan, düşünce ve ka- naat özgürlüğü" şeklinde algılansa da, bu fıkra yönünden söz konusu hakların tamamına değil, bu hakların sadece "zorlanma yasağı" ve "suç- lanmama hakkı" boyutuna güvence tanındığının altını çizmek gerekir. Dördüncü hak yönünden "suç" ve "ceza" kavramlarının, İHAM'ın bun- ları yorumlama biçimi doğrultusunda, idari suç ve cezaları dışlayarak sadece dar anlamda ceza hukuku bağlamında bir anlam taşıyıp taşımadı-

⁸¹ Bu alana ilişkin açıklama ve tartışmalar için bkz. O. Korkut Kanadoğlu, "Silahlı Kuvvetlerin Kullanımının Parlamento Tarafından Denetimi", Hüseyin Ülgen/Arslan Kaya/Gül Okutan Nilsson (ed.), *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Arma- ğan*, C. III, (İstanbul: Beta Yay., 2003), ss. 418 vd.; Bertil Emrah Oder, "Silahlı Kuv- vet Gönderme ve Kullanma Bakımından Amerikan Anayasa Hukukunda Yasama- Yürütme İlişkileri ve Türkiye", Ülgen/Kaya/Okutan Nilsson (ed.), *ibid.*, ss. 423-455.

ğı net değildir.⁸² Bununla birlikte, AYM'nin bu kavramlara geniş bir anlam veriyor olması karşısında, söz konusu hükmün, daha geniş olarak, idari suç ve cezaları da kapsıyor şekilde anlaşılması gerekir.⁸³ Son olarak, altıncı hak, bazı çalışmalarda genel olarak “masumiyet karinesi” şeklinde kavranıyor olsa da, maddede “mahkeme kararına” gönderme yapılıyor olması, özel bir anlamla yorumlanmalıdır. İlgili hüküm, kişilerin mahkeme kararı olmadan suçlu kılınamayacağını söylemekte, diğer yandan da aslında suç ve cezalarla bağlantılı olarak genel bir idari başvuru yolunun ötesinde mahkemeye erişim hakkına yönelik bir güvence getirmektedir.⁸⁴ Bu bakımdan örneğin bir OHAL KHK'sinin bir kişiyi suçlu gibi “damgalaması” durumunda, kişilerin bu OHAL KHK'sine karşı bir “mahkemeye” (*tribunal* değil *court*) başvuru hakkı bulunmaktadır. Bu bakımdan son hak, suç belirlemeleri yönünden OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi konusunda özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşımaktadır.⁸⁵ Bunların dışında Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği, Anayasa'nın diğer maddelerinin ve Anayasa'nın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının yaptığı gönderme uyarınca diğer uluslararası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu konuya bir alt başlıkta dönecektir.

⁸² Mahkeme idari suç ve cezaları, Sözleşme'nin 6'ncı ve 7'nci maddeleri içinde göremeyebilmektedir. Örneğin 28 Şubat sürecinde atılan bazı kişiler yönünden kabul edilemezlik kararları verilmesinin nedeni budur. “Mahkeme, başvuruculara uygulanan atılma yaptırımının esasının, silahlı kuvvetlerdeki disiplin süreçleri alanında kaldığını ve sadece belli bir statüdeki belirli bir gruba yönelik olduğunu kaydeder. Sonuç olarak Mahkeme, atılma kararının Sözleşme'nin 6'ncı maddesi anlamında “suç isnadı” (criminal charge) olarak düşünülemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.” Bkz. Çelikates ve diğerleri v. Türkiye, İHAM [k.k.] 45824/99, 07/11/2000.

⁸³ Örn. bkz. AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, T. 14/01/2015.

⁸⁴ Destekleyici olarak bkz. UN Human Rights Comitee, § 16. “Komite'nin görüşüne göre, kanunilik ve hukukun üstünlüğü ilkeleri adil yargılanma hakkına olağanüstü durumlarda da saygı gösterilmesini gerektirir. Sadece hukuka uygun şekilde kurulmuş olan bir mahkeme yargılama ve cezalandırma yetkisine sahiptir.”

⁸⁵ OHAL KHK'sinin idare tarafından uygulamasının bu tür bir “suç damgalaması” yapması durumunda da benzer şekilde bu damgalamaya karşı esastan denetim hakkı mevcuttur.

1. Anayasa'nın Diğer Maddelerinin "Sert Çekirdek" Yönünden Anlamı

Anayasa'nın sistematik yorumu veya anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği Anayasa hükümlerinin, birbirleriyle uyumlu ve bütünlük içinde yorumlanması gerekir.⁸⁶ Bu bakımdan OHAL döneminde temel haklara yönelik müdahalelerin sınırı konusunda, diğer maddelerin de göz ardı edilmemesi gerekir. Gerçekten de Anayasa'nın diğer maddelerine bakıldığında, bu sert çekirdek alanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Bu hükümler, "Anayasa'nın özü", "her ne suretle olursa olsun kayıtları" ve "katı dille kaleme alınmış alanlar" şeklinde üç kategoride aktarılabilir.

a. Anayasa'nın Özünü Ortaya Koyan İlkelerin İçini Boşaltma Yasağı

1982 Anayasası'nın öngördüğü OHAL sistemi, iddia edilen aksine⁸⁷, kamu gücünün Anayasa'ya aykırı eylemlerde bulunabileceği bir sistem öngörmemiştir. Anayasa'nın 119 ve 121'nci maddelerinde bu tür bir kategorik sapma hükmü bulunmamaktadır. Söz konusu sapma, temel hak ve özgürlük güvenceleri yönünden geçerlidir. Anayasa'nın 15'inci maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının -durumun gerektirdiği ölçüde- kısmen veya tamamen durdurulabileceğinden veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğinden bahsetmektedir. Yinelemek gerekirse, temel hak ve özgürlükler yönünden Anayasa'da öngörülen güvenceler dışında kalan alanda, Anayasa'ya aykırı bir pratik içine girilemez. Bu bakımdan "aykırı tedbirler alınabilecek güvencelerin" Anayasa'nın 2'nci Kısmının "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlıklı 2'nci, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı 3'üncü, "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı 4'üncü bölümündeki güvenceler şeklinde algılanması gerekir. OHAL döneminde, bunların dışında kalan hükümler yönünden (örn. Cumhurbaşkanının tarafsızlığı, AYM

⁸⁶ Yüksel Metin, Anayasanın Yorumlanması, (Ankara: Asil Yay., 2008), s. 75

⁸⁷ Anayasa, belli sınırlar dahilinde "Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler"den bahsetmektedir. Siyasette çoğu kez bu sınırlara değinilmezken, yetki "Anayasa'ya aykırı tedbirler" şeklinde genişletilmektedir. Örn. bkz. "Bekir Bozdağ'dan 'OHAL' açıklaması: Anayasa, anayasaya aykırılık yetkisi veriyor", Cumhuriyet, 30/09/2016.

üyelerinin seçimi vb.) Anayasa'ya aykırı hareket etme yetkisinin canlandırıldığından bahsedilemez.

Bu bağlamda sorgulanmaya değer konu, doğrudan doğruya temel haklar ile ilgili olmamakla birlikte, temel haklar için “Anayasada öngörülen güvenceler” kümesi içinde görülebilecek bazı “ilkeler”e de aykırı tedbirler alınmasının mümkün olup olmadığıdır. Örneğin Anayasa'nın 2'nci maddesinde toplanan bu ilkelerden; demokrasi ilkesi serbest seçim hakkı ile, laiklik ilkesi din özgürlüğü ile, sosyal devlet ilkesi sosyal haklar ile, hukuk devleti ilkesi adil yargılanma hakkı ile ilgisi bulunmaktadır; hatta bu ilkeler, burada sayılan haklardan çok daha fazlası için “Anayasa'da öngörülen güvence” niteliğindedir. Bu bakımdan konuya lafzî yorumla yaklaşıldığında, OHAL döneminde bu ilkelere aykırı tedbirlerin de alınabileceği sonucuna ulaşılabacaktır. Ne var ki böyle bir sonuç, Anayasa'nın özü, OHAL rejiminin anlamı ve Anayasa'nın 4'üncü maddesinin amacı ile uyumsuz olacaktır.

Anayasa'nın 4'üncü maddesinin “bu maddelerdeki ilkeler değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez” düzeyinde netlikle ifade etmesi karşısında, OHAL sürecinde de ilkelerin içeriğinin boşaltılamayacağı rahatlıkla savunulabilir. Ayrıca, OHAL rejiminin mantığı, özgürlükçü anayasal düzeni korumaktır. Anayasal düzenin, anayasal düzenin özünü tahrip ederek korunması, bu rejimin mantığı ile de uyumlu olmayacaktır. Dolayısıyla 15'inci maddedeki ölçülülük ilkesi yönünden, temel hakları durdurma veya güvencelere aykırı tedbir alma pratiğinin gidebileceği en ileri sınırın bu ilkelerin sert çekirdeği olduğu söylenebilir. Hatta herhangi bir hak yönünden bu ilkelerin içeriğini boşaltacak ve bu bağlamda haklılaştırılmayacak bir müdahale yapılamaz. Zira; bu ilkeler, esasen bütün insan haklarının arka planında yer alan “insan onuru”nu güvence altına almak için vardır.⁸⁸ Karşılaştırmalı anayasa hukukunda da sıklıkla kabul edildiği gibi⁸⁹, Anayasa'nın bütün maddelerinin, insan onuruna üstün bir değer verilerek yorumlanması gerekir. Bu gereklilik, Anayasa kavramına içkin bir gerçektir. Dolayısıyla “insan onuru”nun korunmasının sütunlarını oluşturan bu ilkelerin de temel hakların sert çekirdeği belirlemede dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim,

⁸⁸ Açık bir insan onuru düzenlemesinin kaleme alınması gerekliliği konusunda bkz. Süheyl Batur, 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, (İstanbul: XII Levha Yay., 2009), ss. 293 vd.

⁸⁹ Özellikle bkz. Hesse, s. 129 vd.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin "Yükümlülük Azaltma" konusunun düzenlendiği 4'ncü maddeye ilişkin 2001 tarihli 29 no.lu Genel Yorum'da insan onurunun OHAL döneminde dahi vazgeçilemez niteliğinin altını çizilmesi bunu doğrulamaktadır.⁹⁰

AYM şimdiye kadar açıkça insan onuru temelli bir çıkarımda bulunmamıştır; bununla birlikte Mahkeme, açıkça "öz" kavramlaştırmasına başvurmasa da, 2003 yılında verdiği bir kararında "hukuk devleti" ilkesine ve "özgürlükçü de demokratik düzenin" kavramlarına yer vererek, olağanüstü dönemde Anayasa'nın özüne aykırı eylem ve işlemlerde bulunulamayacağını şu cümlelerle ortaya koymuştur:

"Anayasanın 125. maddesinin 7. fıkrası olağanüstü yönetimlerde yasanın, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün karşıt anlamı, olağanüstü yönetim usullerinde bile iptal davası açılması yolunun yasa ile olsa dahi engellenemeyeceğidir. Olağanüstü hal bir keyfilik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde, yetkili organların tesis ettikleri bireysel ve düzenleyici işlemlerin idari yargı denetimine tabi tutulması özgürlükçü ve demokratik düzenin bir gereğidir. Dava konusu hüküm yargı yolunu kapatmaya ilişkindir. Bu hüküm, Anayasanın hukuk devletini belirleyen 2. maddesine ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açan 125. maddesine aykırıdır. Çünkü, kamu düzeninin korunmasına ve şiddet eylemlerinin önlenmesine yardımcı olacak bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle ölçü kuralı, elverişlilik ilkesiyle çelişmekte ve dolayısıyla da Anayasaya aykırılık taşımaktadır."⁹¹

b. "Her Ne (...) Olursa Olsun" Kayıtları

1982 Anayasası'nda, 15'inci maddenin ikinci fıkrasına yönelik değerlendirmelerde dikkate alınması gereken diğer kategori, "her ne (...) olursa olsun" kalıbının bulunduğu maddelerin oluşturduğu kategoridir. "Pozitifleşmiş öz güvencesi" veya "ek güvenceler" şeklinde kavramlaştı-

⁹⁰ UN Human Rights Committee, "General Comment No. 29: States of Emergency: Article 4", CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 13. Türkçe tercüme için bkz. Lema Uyar (der.), Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi – 1981/2006, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2006), § 13.

⁹¹ AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, T. 22/05/2003.

rılan alanda yer alan bu güvenceler, kullanılan dil gereği mutlak bir koruma sağlar görünmektedir.⁹² Bu kurallar, şu şekilde sıralanabilir:

- 19'uncu maddenin sekizinci fıkrasında göre; “**Her ne sebeple olursa olsun**, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.”

- 24'üncü maddenin beşinci fıkrasına göre; “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla **her ne suretle olursa olsun**, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

- 25'inci maddenin ikinci fıkrasına göre; “**Her ne sebep ve amaçla olursa olsun** kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

- 42'nci maddenin sekizinci fıkrasına göre; “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla **her ne suretle olursa olsun**, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

- 130'uncu maddesinin yedinci fıkrasına göre; “Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca **her ne suretle olursa olsun** görevlerinden uzaklaştırılmazlar.”

Bu maddelerde geçen “her ne (...) olursa olsun” kalıbındaki boşluk, “suret” “sebep”, “amaç” kelimeleri kullanılarak doldurulmuştur. “Her ne (...) olursa olsun” kalıbı Türkçe’de ifade edilen hükme, istisnasızlık, yani mutlaklık anlamı katar. Bu boşluğu dolduran kelimelerde de buna koşut kavramlar kullanılmaktadır: Suret kelimesi günümüz Türkçesinde “biçim” anlamına gelir.⁹³ Yani hukuktaki eylem, ihmal veya işlem

⁹² Kavramlaştırma için bkz. Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, ss. 156 vd.; Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, Ozan Ergül, (haz.), Kamu Hukukçuları Platormu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, (Ankara: TBB Yay., 2013), ss. 128-129.

⁹³ “Suret”, Büyük Türkçe Sözlük, (Ankara: TDK Yay., 2011).

“biçimlerini” veya düzenlemeler yönünden kanun, olağan veya olağanüstü hal kararnamesi, tüzük, yönetmelik vb. düzenleme “biçimlerinin” tamamını kapsamaktadır. Örneğin belli bir hakka yönelik OHAL KHK’si yoluyla müdahalede bulunulması, bu hakka OHAL KHK’si “suret”iyle müdahale edildiği anlamına gelir. Sebep kelimesi Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü’ne göre “Bir şeyin olmasına veya belli bir hâlde bulunmasına yol açan şey” demektir.⁹⁴ Bu bakımdan belli bir tedbirin alınmasına yol açan savaş, sıkıyönetim, olağanüstü hal gibi nedenler bu kelimenin içindedir. Benzer şekilde belli bir kişinin özgürlükten yoksun bırakılmasına yol açan suç kuşkusu da bir sebeptir. Örneğin bir kişinin anayasal düzene karşı suç işlediği yönünde kuvvetli bir kuşku duyulması ve delilleri karartma ihtimalinin olması, tutuklanmasının “sebebi”dir. Amaç kelimesi ise TDK sözlüğüne göre “Ulaşmak istenilen sonuç, maksat” demektir.⁹⁵ Örneğin bir kişinin, siyasi nitelikteki bir suç örgütü ile ilişkisine ulaşılmak istenmesi, belli siyasi örgütlenmelere ilişkin fikrinin açıklanmaya zorlanmasının “amacı” olabilir.

İşte bu suret, sebep ve amaçlar, “her ne (...) olursa olsun” kalıbının içinde mutlak bir yasağın unsuru haline gelmektedir. Dolayısıyla, anılan kalıbın geçtiği hükümlerin, getirilen kural bağlamında mutlak nitelik taşıdığı düşünülebilir. Böyle bir düşünce ise şu sorgulamayı kaçınılmaz hale getirir: ‘Bu hükümler bağlamında “özel hüküm genel hükmü ilga eder” (*lex specialis derogat legi generali*) kuralı nasıl uygulanacaktır?’

Bu konuda ilk yorum, “her ne (...) olursa olsun” kavramının kural olduğu, md. 15/1’in ise bu kurala istisna getirdiği savına dayanılarak yapılabilir. Bu durumda, “her ne (...) olursa olsun” kalıbının getirdiği güvence, OHAL döneminde Anayasa’nın 15’inci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca geçerliliğini kaybedecektir. Konuya böyle yaklaşıldığında, söz konusu hükümler, çekirdek alanın içinde yer almayacak; fakat, bu alanlarda çok sıkı bir ölçülülük değerlendirmesi yapılması gerekecektir.

Buna karşın konuya farklı şekilde yaklaşılması da mümkündür. Eğer OHAL süreçlerinde “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” hükmünün OHAL süreçleri yönünden genel kural olduğu düşünülecek olursa, Anayasa’da (OHAL durumunu da kapsayan ve aşan bir dille) “her ne (...) olursa olsun” hükümlerine yer veren madde-

⁹⁴ “Sebep”, ibid.

⁹⁵ “Amaç”, ibid.

lerin özel hüküm olduğu düşünülecek; bunlar, OHAL’de özel korumaya tabi olan sert çekirdek alana dahil edilecektir. Çünkü 15’inci madde, Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilme yetkisini “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü haller” ile sınırlamıştır. “Her ne (...) olursa olsun” kalıbı ise, bu gibi hallerin dışında akla gelmeyen diğer bütün hallerde dahi koruma sağlayan, daha güçlü bir anlam taşır ve madde 15/1 buna etki etmez. Nasıl ki 15’inci maddenin ilk fıkrasındaki “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” ifadesi ikinci fıkra yönünden geçerli olmuyorsa, aynı şekilde ilk fıkra mutlak bir dille kaleme alınan ve her türlü suret, sebep ve amacı kapsayan bu kategori yönünden de geçerli olmayacaktır.⁹⁶

Özel bir gayretin ürünü olsa da, böyle bir sonuç için, yukarıdaki dört temel hak açısından, sözel yorum dışında kalan yorum yöntemleri de kullanılabilir. Bu tür bir sorgulama için, öncelikle, “her ne (...) olursa olsun” kalıbının geçtiği hükümlere birer isim verelim: Birinci hüküm “özgürlüğünden yoksun kalan kişinin mahkemeye başvuru hakkı”; ikinci hüküm, “din, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmama hakkı”; üçüncü hüküm, “din istismarından korunma hakkı”; dördüncü hüküm ise “akademisyenlerin akademik özerklik hakkı” şeklinde kavramlaştırılabilir. Şimdi bu adlandırmalardan sonra, bu dört hükmün, sert çekirdek alana dahil olduğu savını diğer yorum kuralları ışığında ele alalım.

“Özgürlüğünden yoksun kalan kişinin mahkemeye başvuru hakkı” yönünden- Anılan hükmün getirdiği güvencenin, uluslararası insan hakları hukukunda da sert çekirdek alan içinde görüldüğü söylenebilir. İHAM uygulamasında bu hak, dolaylı olarak işkence yasağının bir parçası olarak görülmektedir. Eski İHAM üyesi S. Trechsel’in dikkat çektiği gibi; kötü muamele yöntemleri, duruma göre insanların vücudunda uzun süre kalıcı olan izler bırakmayabileceği için, yargıç önüne çıkartılma hakkı, polis şiddetinin ve işkencenin mevcut olduğu ülkelerde özel

⁹⁶ F. Sağlam, 1961 Anayasası döneminde “durdurma” kavramının dahi temel hakkı ortadan kaldırma ve kullanılamaz hale getirmeyeceğini savunuyordu. Son derece yerinde olan bu yaklaşım, 1982 Anayasası döneminde 15’nci maddeye eklenen “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” ifadesi karşısında ilk bakışta savunulamaz görünse de, Anayasa md. 15/2 ve aşağıda değinilen tamamlayıcı yorum yöntemleri gereği “her ne (...) olursa olsun” kalıbının bulunduğu maddelerin bu ifadeye istisna getirdiği savı, yazarın tezini 1982 Anayasası dönemine de taşıyabilmektedir. Bkz. Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, ss. 181.

bir önem taşımakta, işkenceye karşı da bir işlev görmektedir.⁹⁷ Yine, D. Harris ve arkadaşlarının da dikkat çektikleri gibi; bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldıktan sonra yargıç önüne çıkartılması, işkence görüp görmediğine ilişkin bir kontrol imkânı sağlayan usulî bir güvence sağladığı gibi; bu usulün otomatik niteliği, akıl zayıflığı bulunan veya yerel dili konuşamayan kişilerin içinde buldukları korunmasız durum yönünden de kritiktir.⁹⁸

Aynı yaklaşımı paylaşan İHAM'a göre de;

“Yürütmenin, bireyin özgürlük hakkına müdahalesinin yargısal denetimi, madde 5/3'te bulunan güvencenin yaşamsal bir özelliğidir; keyfilik riskini en aza indirmeyi amaçlar ve hukukun üstünlüğünü sağlar. (...) Ayrıca, hızlı yargısal müdahale, Sözleşme'de mutlak olarak ve yükümlülük azaltmanın yasaklandığı (...) kötü muamele teşkil eden ciddi eylemlerin saptanmasını ve önlenmesini sağlayabilir.”⁹⁹

Öte yandan, bir kişinin uzun süreyle veya uzunluğu belirsiz bir süre boyunca yargıç önüne çıkartılmadan tutulmasının yaratacağı psikolojik etki de insanlık dışı muamele niteliği taşıyabilir. Şu halde, zaten sert çekirdek alanda yer alan işkence yasağının (maddi ve manevi bütünlük) usulî güvencesini getiren bu hakka ilişkin kullanılan mutlak dil, Anayasa'nın 15'inci maddesinin ikinci fıkrasıyla uyumlu gibidir. Bir yandan işkence yasağının geçerli olduğunu söyleyip diğer yandan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yargıç önüne çıkartılmayacağını söylemek, Anayasa'nın bütünlüğüne de aykırı sonuçlara yol açabilir. Bu bakımdan bu tür bir yorum, belli sınırlar dahilinde meşrudur.¹⁰⁰

⁹⁷ Stefan Trechsel, “Liberty and Security of Person”, R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994), s. 333.

⁹⁸ Harris/ O'Boyle/Bates/ Buckley, ss. 339. Çocuk hakları yönünden de bu değerlendirme yapılabilir. Zira çocuk haklar Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı kategoride yer almaktadır. Bkz. Gemalmaz, s. 43.

⁹⁹ Aksoy v. Türkiye, İHAM, 100/1995/606/694, 18/12/1994, § 76.

¹⁰⁰ Bu yoruma yönelik Anayasa md.19/8'in İHAS'taki karşılığının md. 5/4 olduğu itirazında bulunulabilir. Ayrıca; örneğin md. 19/8'deki “sebep” kavramı ile tutma sebeplerinin ifade edildiği de bu yoruma eklenebilir. Son olarak zamansal esnemeler bağlamında karşı. Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, İHAM, 14553/89; 14554/89, 26/05/1993.

“Din, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmama hakkı” yönünden- Söz konusu hak, kınama yasağı” hariç olmak üzere Anayasa’nın 15’inci maddesinin ikinci fıkrasındaki sert çekirdek kategorinin içinde zaten mevcuttur. ikinci fıkradaki ifadenin kınama kavramıyla birlikte yinelenmesi, bu hakka verilen önemin tezahürüdür. Dolayısıyla, bu hakkın sert çekirdek alan içinde olduğunu söylemek de radikal nitelikte değildir ve Anayasa’nın sözünü ve özünü aşmaz.

“Din istismarından korunma hakkı” yönünden- Bu hakkın mutlak bir dille kaleme alınmış olması da, bir önceki hakta olduğu gibi, özel bir hassasiyetin ürünüdür. Söz konusu vurgudan anlaşılması gereken şey, Anayasa’nın özünü ortaya koyan ilkelere laiklik ilkesinin çok özel bir önem taşıdığıdır. Anılan hakka yönelik mutlak vurgunun, yukarıda yer alan, OHAL döneminde dahi laiklik ilkesinin içeriğinin boşaltacak temel hak müdahalelerinin yapılamayacağı yönündeki belirlemenin spesifik bir görünümü olduğu söylenebilir. Anayasa’nın sistematığı ile uyumlu bu yorum, sistematik yorum kurallarına uygundur.

“Akademisyenlerin akademik özerklik hakkı” yönünden- Bu hakkın sert çekirdek alanda yer aldığını söylemek için tarihsel yorum yöntemine başvurulabilir. Tarihsel yorum yönteminin bağımsız bir yorum yöntemi olup olmadığı tartışılmalıysa da, bunun tamamlayıcı bir yorum yöntemi olarak kabul edildiği açıktır.¹⁰¹ Bu bakımdan, yukarıda sözlüklerden alıntılarla yapılan sözel yorumun tamamlayıcısı olarak tarihsel yoruma başvurulabilir. Türkiye’de akademisyenlerin yasama veya yürütmenin siyasal kanadının müdahaleleriyle görevlerinden alınması, eskiden beri bilinen bir pratiktir. Bu tür uygulamalar bir dizi derin krize neden olmuş, hatta askeri müdahalelere kadar gidecek süreçlerin önünü açabilmiştir. Türkiye’deki anayasa tarihinde, Berkes’lerin, Boran’ların ve Boratav’ların yasama organı yoluyla tasfiye edilmeye çalışıldığı “1946 olayları”, yine Demokrat Parti döneminde hükümetin üniversite özerkliğine baskı kurduğu “Hüseyin Nail Kubalı” olayı ve sonradan 1961 Anayasası döneminde bu tür olayların yaşanmaması yönündeki Temsilciler Meclisi’nde oluşan oydaşma, böyle bir tarihsel yoruma da izin vermektedir.¹⁰² Bu bakımdan Anayasa’da akademik özgürlüklerin

¹⁰¹ Bkz. Metin, s. 49; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, (İstanbul: Beta Yay., 2010), ss. 86 vd.

¹⁰² Bu konuda bkz. Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1969), ss. 161 vd. ve özellikle 174 vd.

ve üniversite özerkliğinin bir uzantısı olarak “Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanlarının, Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca görevlerinden uzaklaştırılmaması” hakkının bunalım dönemleri de dahil olmak üzere mutlak bir hak olduğu, tarihsel yorum yöntemi içinde kabul edilebilir durumdadır.¹⁰³

Sonuç itibariyle; bazı açıkları olsa da sözel, tarihsel ve sistematik yorum yöntemlerine dayanılarak, anılan hakların da sert çekirdek alan içinde olduğu yorumunu yapabilmek mümkündür. Öte yandan; bir an için bu yorumun tartışmalı olduğu düşünülecek olsa bile, “belirsizlik halinde özgürlük lehine yorum yapılır” kuralı gereği, yukarıdaki birinci görüşe nazaran bu görüşün nispeten ayrıcalıklı bir yerde durduğu da söylenebilecektir.

c. Mutlak Dille Kaleme Alınmış Alanlar

Anayasa'nın 15'inci maddesi dışında bazı maddelerine bakıldığında somut olarak bazı dokunulmaz alanların ortaya çıktığı görülmektedir. Bunun neti, Anayasa'nın 38'nci maddesinde yer alan “ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.” hükmüdür. B. Tanör/N. Yüzbaşıoğlu'nun gözlemlerine katılarak yukarıda ifade edilenlere ek nitelikteki bu alanları aktarmak gerekirse bunlar, şu şeklide sıralanabilir:

- Angarya yasağı (md. 18/1),
- Yurttaşlarını sınır dışı edilmesi yasağı ve yurda girme hakkı (md. 23/son),
- İbadete, dini ayin ve törenlere zorlanmama hakkı (md. 24/3),
- Basına sansür, izin ve teminat yatırma şartı yasağı (md. 28/1)
- Dernek/toplantı/gösterilerin izne tabi tutulması yasağı (md. 33 ve 34).
- Yaşına/cinsiyetine/gücüne göre çalıştırılma hakkı (md. 50/1)
- Yurttaşlıktan çıkartma kararına karşı yargı yolunun kapatılmaması (md. 66/son)¹⁰⁴

OHAL döneminde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi hükmü, bu kategorinin (milletlerarası yükümlülükler uyarınca md 18/1 ve md. 24/2 hükümleri dışındakiler hariç) soyut bir şekilde ve

¹⁰³ Bu hakkın getirdiği yasak, muhatap itibariyle sadece Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'na değil, aynı zamanda yasama ve yargı organlarına da yöneliktir.

¹⁰⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 156.

sadece sözel yoruma dayanılarak, sert çekirdek haklar içinde sayılmasının önünde nispeten engeldir. Ne var ki yazarların dikkat çektikleri mutlak dil, ölçülülük konusunda daha katı bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Ayrıca bu hakların, diğer haklar gibi, somut olayın koşullarına göre OHAL ile ilgisinin kurulamadığı ölçüde, anayasal güvencelerden yararlanacağını da yeniden altı çizilmelidir.

2. Uluslararası Sözleşmelerde Başkaca Sert Çekirdek Haklar Var mı?

Anayasa'nın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasını veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesini "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl etmemek" kaydına bağlamıştır. Bu nedenle "sert çekirdek hak" kategorisinin üzerinde dururken Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler içinde ikisinin bu konuya ilişkin düzenleme içerdiğini görmekteyiz. Bunlar, İHAS ve MSHS'dir.

a. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHAS'ın konuyla ilgili olan 15'inci maddesinin ikinci fıkrası aynen şu şekildedir:

"Savaşta hukuka uygun eylemler nedeniyle meydana gelen ölümler hariç ikinci maddede, üçüncü maddede, dördüncü maddenin birinci fıkrasında ve yedinci maddedeki yükümlülüklerde azaltma yapılamaz."

Fıkranın atıf yaptığı maddelerden ikinci maddede "yaşama hakkı", üçüncü maddede "işkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı", dördüncü maddenin ilk fıkrasında "kulluk ve kölelik yasağı" ve yedinci maddesinde "suçta ve cezada kanunilik", "suç ve cezaların geriye yürümezliği" yer almaktadır. Buna ek olarak, en son 17/09/2009 tarihinde verilen bir karar ile, lehe olan ceza hükmünün uygulanması hakkının (*lex mitior*) da bu madde kapsamında olduğu konusunda içtihat oluşturulmuştur.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Scoppola v Italy (2), İHAM, 10249/03, 17/09/2009, § 103. Bkz. Kadelbach, "Keine Strafe ohne Gesetz", Grote/ Marauhn (Hg.), s. 858.

Bundan başka; İHAS sisteminde, ölüm cezasını tamamen kaldıran ve Türkiye için 01/06/2006 tarihinde yürürlüğe giren 13 no.lu Protokol'ün 2'nci maddesi bu yasakta yükümlülük azaltılmayacağını ifade etmiştir. Ayrıca *Öcalan v. Türkiye* kararında İHAM'ın "Sözleşmecî Devletlerin 2/1'nci maddenin 2'nci cümlesini yürürlükten kaldırmak veya en azından değiştirmek üzere mutabakata vardıkları" ve barış zamanındaki ölüm cezasının, protokol imzalanmasa bile "Sözleşme'nin 2'nci maddesinde izin verilmeyen, kabul edilemez bir ceza şekli olarak kabullenilmesi gerektiği" yönündeki tespiti, bu yasağı, Sözleşme'nin ayrılmaz parçası kılmıştır.¹⁰⁶

Yine yükümlülük azaltmayla ilgili olarak 4 no.lu ek Protokol'de de bu tür bir düzenleme olduğunu görmekteyiz. Türkiye tarafından imzalanmış ve 01/08/2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan 7 no.lu ek Protokol'ün dördüncü maddesinde yer alan "Çifte yargılanmama ve çifte cezalandırılmama hakkı" da (*non bis in idem*) yükümlük azaltılmayan haklar arasında düzenlenmiştir.¹⁰⁷ Dolayısıyla sert çekirdek kategoriye bir hakkın daha dahil edildiği söylenebilir.

b. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

MSHS'nin konuyla ilgili 4'üncü maddesinin ilk ve ikinci fıkraları ise aynen şu şekildedir:

"Sözleşmecî Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinde azaltma yapan tedbirler alabilir.

Sözleşmenin 6, 7, 8 (1 ve ikinci fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. Maddelerindeki yükümlülüklerde hiç bir azaltma yapılamaz."

Bu maddenin ilk fıkrası "eşitlik hakkı"nda yükümlülük azaltılmayacağını ifade etmektedir. Altıncı maddede "yaşama hakkı", yedinci maddede "işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve ceza yasa-

¹⁰⁶ *Öcalan v. Türkiye*, İHAM 46221/99, 12/05/2005, §163.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. Tolga Şirin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 no.lu Protokol Hakkında Bilgilendirme", *Güncel Hukuk*, Ağustos, 2016, ss. 38 vd.

ğı”, sekizinci maddenin ilk iki fıkrasında “kulluk ve kölelik yasağı”, on birinci maddede “borç nedeniyle hapis yasağı”, on beşinci maddede “suçta ve cezada kanunilik”, “suç ve cezaların geriye yürümezliği” ve “lehe olan hükmün uygulanması hakkı”, on altıncı maddede “kişi olarak tanınma hakkı”, 18’inci maddede ise “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” düzenlenmektedir.

Bunun dışında; Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan MSHS’ye Ek 2 no.lu ek ihtiyari Protokol’ün 6’ncı maddesi bu ölüm cezası yasağında yükümlülük azaltma yapılamayacağını düzenlemektedir. Ayrıca bu Sözleşme, Avrupa Konseyi sistemindeki konuyla ilgili sözleşmelerden farklı olarak Sözleşme sisteminden çekilmeyi de düzenlemektedir. Nitekim BM İHK’nin “Yükümlülüklerin Sürekliliği” başlıklı 26 no.lu Genel Yorumu’nda da ifade edildiği gibi, Sözleşme sisteminden çıkmanın düzenlenmemesinden dolayı, bu güvence bir defa kabul edildikten sonra, artık bundan geri adım atılamayacağı söylenebilir.¹⁰⁸

Son olarak; İnsan Hakları Komitesi de, 29 no.lu Genel Yorum’da uluslararası hukukun emredici kurallarının (*jus cogens*) da yükümlülük azaltılamaz arasında olduğunu ifade etmiş¹⁰⁹, ayrıca yorum yoluyla şu hakları da bu kategoriye dahil etmiştir:

“(a) Özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır. Sözleşme’nin 10. Maddesinde öngörülen bu hak, 4’üncü maddenin 2’nci paragrafında belirtilen, yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı haklar arasında yer almasa da, 10’uncu maddede yükümlülük azaltma mümkün olmayan genel bir uluslararası hukuk kuralı düzenlenmiştir. Komite’nin bu görüşü, Sözleşme’nin Başlangıç kısmında, kişinin doğuştan sahip olduğu onura yapılan vurgu ve Sözleşme’nin 7’nci ve 10’uncu maddeleri arasındaki yakın ilişki ile desteklenmektedir.

(b) Rehin alma, kaçırma ve keyfi tutma ile ilgili yasaklar da yükümlülük azaltmaya tâbi değildir. Bu yasaklamaların olağanüstü durumlarda dahi emredici özellik taşımaları, genel uluslararası hukuk normları olarak kabul edilmeleriyle haklılaştırılmaktadır.

¹⁰⁸ UN Human Rights Committee, “General Comment No. 26: Continuity of Obligations”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8, § 13.

¹⁰⁹ UN Human Rights Committee, §11.

(c) Komite'ye göre, azınlık mensuplarının uluslararası alanda korunması her durumda saygı duyulması gereken unsurları içerir. Bu durum, uluslararası hukukta soykırımın yasaklanması, 4'üncü maddenin 1'inci paragrafında ayrımcılık yasağına yer verilmesi, 18'inci maddede yükümlülük azaltılamaması şeklinde de kendisini göstermektedir.

(d) Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Sözleşmesi'nde belirtildiği üzere, uluslararası hukukta meşru görülen sebeplere dayanmadan kişilerin sınırdışı edilmesi veya yer değiştirmeye zorlanması veya kişilerin hukuksal olarak buldukları yerlerde benzeri zorlayıcı tedbirlere maruz kalmaları, insanlığa karşı işlenen bir suçtur. Olağanüstü halde, Sözleşme'nin 12'inci maddesinde yükümlülük azaltmaya yönelik meşru hak, asla bu tür tedbirleri meşrulaştırmak için kullanılamaz.

(e) Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin 1'inci paragrafına dayanılarak, 20'inci maddeye aykırı şekilde, savaş propagandası yapmak veya ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulmasını meşru kılmak amacıyla olağanüstü hal ilan edilemez.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin 3'ncü fıkrası taraf Devletin, Sözleşme hükümlerinin ihlali hâklinde hak arama yolları sağlamasını öngörmektedir. Bu fıkra, 4'üncü maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı hükümler arasında yer almasa da belirtilen yükümlülük, Sözleşme'nin tamamına yayılmış sözleşmesel bir yükümlülüktür."¹¹⁰

(...) Sözleşme'nin 4'ncü maddesinde yer alan yükümlülük azaltmayla ilgili tedbirler Sözleşmenin bütününde var olan hukuku üstünlüğü ve kanunilik ilkelerine dayanmaktadır. Silahlı çatışma sırasında adil yargılanma hakkının belli başlı yönlerinin uluslararası insancıl hukukta açıkça güvence altına alınması sebebiyle Komite, diğer olağanüstü durumlarda da bu güvencelere aykırı düzenlemeler getirilmesini meşru kılacak sebepler öne sürülemeyeceğini belirtmektedir. Komite'nin görüşüne göre, kanunilik ve hukuku üstünlüğü ilkeleri, adil yargılanma hakkına olağanüstü durumlarda da saygı gösterilmesini gerektirir. Sadece kanunla kurulmuş olan bir mahkeme yargılama ve cezalandırma yetkisine sahiptir. Masumiyet karinesine uyulmalıdır. Yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı hakların korunması için, mahkeme önünde yargılan-

¹¹⁰ Ibid., § 13- 16.

ma hakkının kullanılması ve yasal tutuklu kalma süreleri ihlal edilmeden, gecikmeksizin hüküm verilmesi gerekliliği taraf Devlet'in yükümlülüğün azaltılmasının gerekli olduğuna karar vermesi gerekçesiyle ortadan kaldırılmamalıdır.”

Yükümlülük azaltılamayacak haklar bağlamında atıf yapılan bu hakların bir kısmı Anayasa ve İHAS sistemi ile koşut görünse de MSHS'nin onlardan daha fazla güvence getirdiğini kaydetmek gerekir. Bu bakımdan “eşitlik hakkı”, İHAS'ın aksine; diğer yanda açıkça metinde ifade edilmesi bakımından “lehe hükmün uygulanması hakkı”, kişi olarak tanınma hakkı ve son olarak, sadece “açıklamaya zorlanmama” bağlamında güvence tanıyan Anayasa'nın aksine hakkın tamamının ifade edilmesi bakımından “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” MSHS'nin getirdiği ek güvencelerdir. Ayrıca 29 no.lu genel yorumda az önce alıntılanan (aşağıda tabloya yansıtılan) kısımda da çok sayıda başkaca hak için de yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

IV. Yabancıların Durumu

Anayasa'nın temel hakların genel rejimine ilişkin hükümlerinden biri “yabancıların durumu”na özgülenmiştir. 16'ncı maddeye göre; “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” Olağan dönemler için kaleme alınmış olduğu görülen bu maddede kanunla sınırlama kavramı, 13'üncü madde kriterleriyle ortaktır. Öte yandan İHAS'taki temel hakların özneleri, egemenlik yetkisiyle doğrudan ilgili bulunan serbest seçim hakkı hariç olarak, yurttaş veya yabancı “herkes”tir. Dolayısıyla Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ve İHAM pratiğinde de büyük ölçüde aynı şekilde kullanılan kriterler, bu yolla yabancılar için de geçerli olmaktadır. Bu konuda İHAS sistemi yönünden tek farklılaşma, Sözleşme'nin 16'ncı maddesindeki “Sözleşmenin 10, 11 ve 14'üncü maddeleri, Sözleşmeciler Devletlerin yabancıların siyasal faaliyetleri üzerine yasaklar koymalarına engel sayılamaz.” Hükmü olabilir; fakat, bu maddeye ilişkin yorumunda da İHAM, bu hükmün olabildiğince dar yorumlanması gerektiğini söylemiş, tespitleriyle hükmü adeta uygulanamaz hale getirmiştir.¹¹¹

¹¹¹ Piermont v. Fransa, İHAM, 15773/89 ve 15774/89, 20/01/1994. Schabas, ss. 608-610.

AYM'nin geçmişte mülkiyet edinme hakkı ile ilgili bir davada ürettiği “mütekabiliyet” kriteri¹¹² ise İHAM'ın *Nacaryan ve Deryan v. Türkiye*¹¹³ ve *Fokas v. Türkiye*¹¹⁴ kararlarında reddedilmiş; mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere bir ulusal-üstü insan hakları sözleşmesi olan İHAS'taki haklar yönünden mütekabiliyet şartının geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. Şu halde Anayasa'nın aradığı “milletlerarası hukuka uygunluk” kriteri, kural olarak “mütekabiliyet” ilkesini dışlamaktadır. Dolayısı ile, olağan dönemlerde, egemenlik yetkisiyle ilgili siyasal haklar hariç olmak üzere, yabancılar yönünden temel hakların genel rejimi yönünden esaslı bir farklılaşma söz konusu değildir. Sonuç olarak, olağan dönemlerde kural olarak; temel hakların genel sınırlama rejimi yönünden yurttaşlar ve yabancılar yönünden kural olarak bir farklılaşma yoktur. Bu konuda OHAL döneminde bir farklılaşma evleviyetle söz konusu değildir. MSHS bakımından ayrımcılık yasağının yükümlülük azaltma yapılamayacak alanda sayılması, bu tespiti daha da önemli hale getirmektedir.¹¹⁵

Sonuç

Giriş kısmında, üzerinde hâlihazırda çeşitli çalışmalar yapılmış olan OHAL rejiminin temel hakların genel esaslarına olan etkisi konusuna, yeniden ve bu kez farklı perspektiflerden bakılacağı ve farklı yorumlar üzerinde durularak okuyucunun konunun başkaca boyutları üzerine düşünmeye yöneltileceği söylenmişti. Bu bakımdan ulaşılan sonuçları şu şekilde toparlayabiliriz.

Birincisi; OHAL'in ne anlama geldiği genel hatlarıyla açıklanırken, “derogation” kavramının “askıya alma” şeklinde yanlış tercüme edildiği savunuldu ve “yükümlülük azaltma” öneri getirildi.

İkincisi; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği” konusunda OHAL döneminde bir farklılaşma olup olmadığı sorusu üzerine gidildiğinde,

¹¹² AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, T. 13/06/1985.

¹¹³ *Nacaryan ve Deryan v. Türkiye*, İHAM, 19558/02 ve 27904/02, 08/01/2008.

¹¹⁴ *Fokas v. Türkiye*, İHAM, İHAM, 31206/02, 01/11/2013.

¹¹⁵ Haklar arasında bir fark yokken, yükümlülükler yönünden Anayasa'nın “Savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek yükümlülükler kanunla düzenlenir.” şeklindeki 122'nci maddesi uyarınca vatandaşlar aleyhine bir düzenleme yapılmış olması kayda değerdir.

insanın insan olmasından kaynaklanan temel haklara sahiplik yönünden, karşılaştırmalı anayasa hukukunda “temel hakların düşmesi” kurumunun OHAL dönemleri için bir istisna olabileceği düşünülecekse de, bu kurumun uygulama bulduğu Almanya’da anılan tedbirin kalıcı nitelikte algılanmadığı görüldü. Bu kurumun 1982 Anayasası’na girmesinin istenmesine rağmen, “ağır” bulunduğu için kabul görmediği tespit edildi. Dolayısıyla Almanya’da bile kalıcı temel hak kaybı olmazken, Türkiye’de bunun evleviyetle söz konusu olamayacağı sonucuna ulaşıldı.

Üçüncüsü; Temel haklara, OHAL döneminde müdahale edilme kriterlerini ortaya koyan 15’inci maddede yer almayan “kanunilik”, “meşru amaç” ve hatta “demokratik toplum düzeninde gereklilik” kriterlerinin aslında OHAL rejiminde de belli sınırlar dahilinde mevcut olduğu sonucuna ulaşıldı.

Dördüncüsü; milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerden birinin de Avrupa Konseyi ve BM Genel Sekreterliği’ne bildirimde bulunmak olduğu ve bu bildirimde uygulamada gerektiği gibi yapılamadığı tespit edildi. Ayrıca AYM’nin denetim yetkisinin tartışmalı olduğu OHAL ilanı kararının İHAM tarafından incelendiği tespit edildi.

Beşincisi; OHAL dönemlerinde görünür olan temel hakların sert çekirdeği konusunda, anayasanın lafzını aşan güvencelerin olduğu tespit edildi. Bu bakımdan tartışmalı olmayan şu katalog oluşturuldu:

Yükümlülük Azaltmanın Mümkün Olmadığı Sert Çekirdek Haklar	Yükümlülük Azaltmanın Mümkün Olmamasının Dayanağı
Eşitlik hakkı	MSSH md. 4/1
Kişi olarak tanınma hakkı	MSSH md. 4/2
Yaşam hakkı	MSSH md. 4/2, İHAS md. 15/2, Anayasa md. 15/2
Ölüm cezası yasağı	MSSH’e Ek 2 no.lu Protokol md. 6, İHAS’a ek 13 no.lu Protokol md. 2, Anayasa md. 38/9 (genel müsadere yasağı genişletmesi ile)
İşkence yasağı	MSSH md. 4/2, İHAS md. 15/2, Anayasa md. 15/2
Kulluk ve kölelik yasağı	MSSH md. 4/2, İHAS md. 15/2

Din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlüğü hakkı	MSSH md. 4/2, kısmen İHAS md. 15/2, kısmen Anayasa md. 15/2
Tutukluluk sürelerinin kanuniliği	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Mahkemeye erişim hakkı/Etkili başvuru hakkı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu, İHAM İçtihatları, Anayasa md. 15/2
Suç ve cezaların kanuniliği/geriye yürümezliği hakkı	MSSH md. 4/2, İHAS md. 15/2, kısmen Anayasa md. 15/2
Masumiyet karinesi hakkı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu, Anayasa md. 15/2
Kanunî hakim güvencesi	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Makul sürede yargılanma hakkı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Avukatların mesleklerini yerine getirebilmeleri hakkı	İHAM İçtihatları
Borç nedeniyle hapis yasağı	MSSH md. 4/2
Non bis in idem	İHAS'a ek 7 no.lu Protokol md. 4/3
Özgürlüğünden yoksun bırakılanların insan onuruna uygun tutulma hakkı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Rehin alma, kaçırma ve keyfi alıkoyma yasağı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Azınlık mensuplarının uluslararası alanda korunması	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Hukuka aykırı sınır dışı etme ve yer değiştirmeye zorlama yasağı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Soykırım yasağı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Savaş propagandası ve nefret söylemi yasağı	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu
Jus Cogens	BM İHK'nin 29 no.lu Genel Yorumu

Altıncısı, buna ek olarak, Anayasa'nın, temel hak güvencesi sağlayan ve değiştirilemez hükümlerinin de sert çekirdek alan içinde sayılabileceği savunuldu.

Yedincisi; “ne olursa (...) olsun” kalıbının bulunduğu hükümler ile katı şekilde kaleme alınmış maddelerden sert çekirdek haklar lehine çıkarımlar yapılabileceği anlaşıldı. Bu yolla, konunun farklı yorumlara, tartışmalara ve gelişime açık olduğu ortaya konulmuş oldu.

Sekizincisi; temel haklara müdahale konusunda yurttaşlar ve yabancılar arasında, dar anlamda siyasi haklar hariç olmak üzere, esaslı bir farkın olmadığı; hatta AYM'nin mütakabiliyet şeklinde ürettiği kriterin dahi geçerli sayılamayacağı görüldü. Bu rejimde OHAL döneminde bir farklılaşmanın olmayacağı sonucuna ulaşıldı.

KAYNAKÇA

AGAMBEN, İstisna Hali, Kemal Atakay ter., İstanbul, Otonom Yay., 2006.

AKILLIOĞLU Tekin, “1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 5-6, 1984.

ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya, Mimoza Yay., 2015.

BATUM Süheyl, 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, İstanbul, XII Levha Yay., 2009.

BOYAR Oya, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, Sibel İnceoğlu ed., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, İstanbul, Beta Yay., 2013.

BRENNER Michael, “Art. 18”, Hermann von Mangoldt/ Friedrich Klein/Christian Starck, Hg., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, Verlag Franz Vahlen, 2010.

CALISSE Carlo, A History of Italian Law, C. II, Washington D.C., Beard Books, 1928, ss. 511 vd.

CAN Osman, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bir Bakış”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, 2005.

DE SCHUTTER Oliver, International Human Rights Law, Cases, Materials, Commentary, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

DOĞRU Osman, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, İstanbul, Beta Yay., 1998,.

DONNELLY Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Mustafa Erdoğan/Levent Korkut ter., Ankara, Yetkin Yay., 1989.

DÜRIG Günter/Franz Klein, "Art. 18", Theodor Maunz/Günter Dürig Hg., Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, München, C.H. Beck, 2016.

ENEMCHUKWU Rose, "Inalienability of Human Rights, A Mistake in the Choice of Words", Journal of Law, Policy and Globalization, Vol. 28, 2014.

EPPING Volker, Grundrechte, Heidelberg et. al., Springer, 2015.

EROĞUL Cem, Anütüze Giriş, Ankara, İmaj Yay., 2009.

ESEN Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara, Adalet Yay., 2008.

GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, İstanbul, BDS Yay., 1991.

GLAESER Walter Schmitt, "Grundrechtsverwirkung", Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier Hg., Handbuch der Grundrechte, Allgemeine Lehren II, Bd. III, Heidelberg, C. F. Müller, 2009.

GÖNENÇ Levent, "Acele Olağanüstü Hal", Birikim, S. 330, Ekim 2016, ss. 32-47.

GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yay., 2015.

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, Ekin Yay., 2015.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Ankara, Seçkin Yay., 2000.

HALLER Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, Allgemeines Staatsrecht, Zürich/Basel/Genf, Nomos/Schulthess, 2013.

HARRIS David/Michael O'Boyle/Edward Bates/Carla Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2014.

HESSE Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, C. F. Müller, 1991.

HIRSCH Ernst E., Die Verfassung der Türkischen Republik, Frankfurt a. M./Berlin, Alfred Metzner Verlag, 1966.

İNCEOĞLU Sibel, Ölme Hakkı, İstanbul, Ayrıntı, 1999.

İZGİ Ömer/Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Ankara, TBMM Yay., 2002.

KABOĞLU İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, Ankara, İmge, 2013.

KABOĞLU İbrahim Ö., “Haktan Mahrumiyet Mümkün mü?”, BirGün, 21/02/2008.

KANADOĞLU O. Korkut, “Silahlı Kuvvetlerin Kullanımının Parlamento Tarafından Denetimi”, Hüseyin Ülgen/Arslan Kaya/Gül Okutan Nilsson ed., Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. III, İstanbul, Beta Yay., 2003.

KLASS Nadine, Rechtlichen Grenzen des Realität Fernsehens, Ein Beitrag zur Dogmatik des Menschenwürdeschutzes und des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

KLATT Matthias Klatt/Moritz Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford, Oxford University Press, 2012.

KLEIN Franz, “Art. 39”, Maunz et. al. Hg., Bundesverfassungsgesetz Kommentar, Bd. 1, München, C. H, Beck, 2016.

KLOEPFER Michael Kloepfer, “Leben und Würde des Menschen”, Peter Badura/Horst Dreier Hg. Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

KREBS Walter, “Art. 18”, Ingo von Münch/Philip Kunig Hg., Grundgesetz-Kommentar, München, C.H. Beck, 2012.

KRIEGER Heike, “Notstand”, Rainer Grote/Thilo Marauhn Hg., EMRK/GG, Konkordanzkommentar, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

KUZU Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul, Kazancı, 1993.

LAUTENBACH Geranne, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2013.

LOEWENSTEIN Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, The American Political Science Review, Vol. 31, 1937.

LÖWER Wolfgang, “Wehrhafte Demokratie”, Christian Hillgruber/Christian Waldhoff Hg., 60 Jahre Bonner Grundgesetz, Eine geglückte Verfassung?, Bonn, Bonn University Press, 2010.

MAGLIVERASM Konstantinos D., *Exclusion from Participation in International Organisations, The Law and Practice behind Member States' Expulsion and Suspension of Membership*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999.

MARSCH Nikolaus/Vanessa Tümsmeyer, "Proportionality, German Administrative Law", Sofia Ranchordás/Boudewijn de Waard ed., *The Judge and the Proportionate Use of Discretion, A Comparative Administrative Law Study*, Cheltenham, Roudledge, 2015.

METİN Yüksel, *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara, Asil Yay., 2008.

MÖLLER Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrechts*, Berlin, Duncker&Humblot, 2005.

ODER Bertil Emrah, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler", Ozan Ergül, haz., *Kamu Hukukçuları Platformu, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara, TBB Yay., 2013.

ODER Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul, Beta Yay., 2010.

ODER Beril Emrah, "Militant Democracy in Turkey", Markus Thiel ed., *'Militant Democracy' in Modern Democracies*, Burlington, Ashgate, 2009.

ODER Bertil Emrah, "Silahlı Kuvvet Gönderme ve Kullanma Bakımından Amerikan Anayasa Hukukunda Yasama-Yürütme İlişkileri ve Türkiye", Hüseyin Ülgen/Arslan Kaya/Gül Okutan Nilsson ed., *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. III, İstanbul, Beta Yay., 2003.

OSSENBUHL Fritz, "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", Josef Isensee/Paul Kirchhof Hg., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 2007.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yay., 2014.

ÖZENÇ Berke, *Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İstanbul, İletişim Yay., 2014.

PIEROTH Bodo/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen, *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg, C. F. Müller, 2015.

PLAGEMANN Gottfried, Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz, Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei, Münster et. al, LIT Verlag, 2009.

ROSITTER Clinton, Constitutional Dictatorship, New Brunswick/London, Transaction Publishers, 2009.

RUMPF Christian /Gökçe Uzar Schüller ter., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 2014. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>

SAĞLAM Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., 2013.

SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, AÜSBF Yay., 1982, ss. 156 vd.;

SCHABAS William A., The European Convention on Human Rights, A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2015.

SCHEINEN Martin, “Turkey's Derogation from the ECHR, What to Expect?”, EJIL, Talk!, 27/07/2016.

SCHMITT Carl, Die Diktatur, Berlin, Duncker&Humblot, 1994.

SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, Gerçek Yay., 1997.

ŞİRİN Tolga, “Anayasa Hükmünde Kararnameler”, Güncel Hukuk, Kasım, 2016.

ŞİRİN Tolga, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 7 no.lu Protokol Hakkında Bilgilendirme”, Güncel Hukuk, Ağustos, 2016.

TANÖR Bülent/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 2013.

TRECHSEL Stefan, “Liberty and Security of Person”, R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold eds., The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

TUNAYA Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1969.

TUNÇ Hasan/Faruk Bilir/Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Adalet Yay., 2015.

UYAR Lema der., Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi – 1981/2006, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2006.

UYGUN Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul, Kazancı, 1992.

UYGUN Oktay, Devlet Teorisi, İstanbul, XII Levha Yay., 2014.

VAN DIJK Pieter/Finola Flangan/Jeffrey Jowell, Opinion on the Protection on Human Rights in Emergency Situations, CDL-AD2006015.

VAN SCHYFF Gerhard, Limitation of Rights, A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005.

YOKUŞ Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Ankara, Yetkin Yay., 2002.

Kararlar

AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, T. 13/06/1985.

AYM, E. 2001/129, K. 2002/24, T. 31/01/2002.

AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, T. 22/05/2003.

AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, T. 14/01/2015.

AYM, E. 2016/6 (değişik işler), K. 2016/12, T. 04/08/2016.

A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, İHAM, 3455/05, 19/02/2009.

Aksoy v. Türkiye, İHAM, 100/1995/606/694, 18/12/1994.

Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, İHAM, 14553/89; 14554/89, 26/05/1993.

Çelikateş ve diğerleri v. Türkiye, İHAM [k.k.] 45824/99, 07/11/2000.

Elçi ve diğerleri v. Türkiye, İHAM, 23145/93, 25091/94, 13/11/2003.

Fokas v. Türkiye, İHAM, İHAM, 31206/02, 01/11/2013.

Golder v. Birleşik Krallık, İHAM, 4451/70, 21/02/1975.

Piermont v. Fransa, İHAM, 15773/89 ve 15774/89, 20/01/1994.

Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, İHAM, 19558/02 ve 27904/02, 08/01/2008.

Scoppola v Italy (2), İHAM, 10249/03, 17/09/2009.

Ülke v. Türkiye, İHAM, 39437/98, 24/01/2006.