

OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE POZİTİF HUKUK DÜZENİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Yard. Doç. Dr. Hayati HAZİR (*)

1 — Giriş

Mahiyetleri icabı kamu hürriyetleri üzerinde olumsuz etkileri bulunan olağanüstü hal rejimlerinin hukuk içindeki yeri ile pozitif hukuk düzeninde meydana getireceği değişikliklerin derecesini tespit ve tayin etmek önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bugüne kadar ileri sürülen belli başlı teorilerin, açıklayıcı olmaktan çok uzak oldukları görülmektedir. Nitekim Weimar Anayasası döneminde Almanya'da ortaya atılan "zaruret hakkı" (notrecht) teorisinin, siyasi iktidara sınırsız yetkiler vermesi sebebiyle, hukuk devletiyle bağdaşmadığı ve kamu hürriyetleri açısından büyük tehlikeler taşıdığı için kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık "siyasi teori", olağanüstü hal rejimlerinin kaynağını açıklayamadığı gibi, sınırlarını da çözememiştir (1). Bu yüzden, hukuki ve kanuni olağanüstü rejimlerinin meşrutiyetini korumak için, gerekli olan temel şartların nelerden ibaret olduğunu tesbit etmek ve hukuki bir esasa bağlamak lüzumlu olduğu gibi, bu özellikle kamu hürriyetlerinin korunması bakımından da kaçınılmazdır.

Bir takım fikri-siyasi teoriler yerine, her şeyden önce konuyu pozitif hukuk yönünden, öncelikle de anayasaların yapısı bakımından ele almak gereklidir. Çünkü bir ülkenin siyasi teşkilatında üstün yeri olan anayasanın koyduğu hukuki engeller aşılamaz veya çoğu zaman güçlüklerle aşılabılır (2). Elbette ki, yürütme organının geniş bir hareket serbestisine sahip olduğu, yumuşak anayasa sistemleri yönünden böyle bir problem söz konusu değildir. Fakat olağanüstü halleri ve bu hallerde alınacak tedbirleri öngörmeyen sert anayasa sistemlerinde bu güçlüklerin aşılması ol-

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Bu teoriler hakkında geniş bilgi ve tenkitleri için bkz. HAZİR Hayati, **Türkiye'de ve Yabancı Ülkelerde, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması ve 12 Mart Olağanüstü Rejimi**, basılmamış doktora tezi), (Trabzon 1982), s. 10. vd.

(2) CAMUS, Genevieve, **L'état de Necessite en Democratie**, (Paris - 1965), s. 51.

dukça imkansız görülmektedir (3). Bu bakımdan anayasa sistemleri ile olağanüstü hal rejimleri arasında oldukça sıkı bir ilişki bulunması dolaşısıyla, bu rejimlerin hukuki niteliklerini anayasa sistemleri içinde tespit etmek gerekir. Bu yapıldıktan sonra, pozitif hukuk düzeni üzerinde ne gibi etkiler meydana getireceklerini belirlemek ve değerlendirmek mümkün olur.

2 — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği

A — Yumuşak Anayasa Sistemleri Yönünden

Yumuşak anayasa sistemine sahip olan ülkelerde parlamento kendi yetkileri de dahil olmak üzere her türlü yetkiyi yürütme organına verebilir. Olağanüstü durumlarda, özellikle, savaş zamanlarında şartların gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında (ki bu tedbirler ne kadar sert olursa olsunlar) anayasal engellerle karşılaşılmadan yürütme organı yetkili kılınabilir. Hatta yumuşak anayasal sistemlerinde, hukuki olarak bütün yetkilerin yürütme organında toplanmasında anayasa yönünden bir sakınca yoktur.

Yumuşak anayasa sisteminin geçerli olduğu ülkelerde büyük ve şiddetli buhran anında bile yürütmenin zaruret hali tedbirlerine baş vurma ihtimali oldukça azdır. Gerçekten bu ülkelerde yürütmenin yetkileri elinde toplanmasını engelleyecek katı bir anayasa kuralı olmadığından, tek taraflı alacağı ve alındıkları anda hiç bir makamın onay ve denetimine tabi olmadan, uygulayacağı kararlarla, zaruret hali tedbirlerine başvurmadan olağanüstü halin ortadan kalkmasını sağlayabilir. Bunun en güzel ve en canlı örneğini İngiltere teşkil eder.

İngiliz anayasa sisteminin yumuşaklığı sebebiyle, olağanüstü hal rejiminin uygulandığı zamanlarda, bu ülkede hemen hemen hiç zaruret hali tedbirlerine başvurulmadı. İngiliz parlamentosu hiçbir sınırlamaya tabi olmadan, her türlü tedbiri almaya (bu tedbirler insan haklarını çiğnese bile) yürütme organını yetkili kılabilir. Nitekim İngiliz parlamentosu, olağanüstü hal ortaya çıktığı her zaman bu uygulamayı yapmıştır (4).

İngiltere örneği bir yana bırakılırsa, yumuşak anayasa sisteminin olağanüstü hallerde zaruret hali tedbirlerine başvurma ihtimalini tamamen ortadan kaldırdığını söylemek zordur. Teorik olarak bu mümkün ise de uygulamada siyasi ve hukuki bazı engeller ortaya çıkabilir. Meselâ, yürütme organının parlamentoyu toplantıya çağırmaya zaman bulmadan harekete geçmek zorunda kalması, parlamentonun çeşitli sebeplerle top-

(3) KAPANİ, Münci, *Les Pouvoirs Extraordinaires de l'Exécutif en Toms de Guerre et de Crise Nationale* (GENEVE - 1949), s. 20.

(4) KAPANİ, *Op. cit.*, s. 129.

lanamayacak, durumda olması veya parlamento siyasi bölünmeler yüzünden devletin güvenliği ve selameti için gerekli tedbirlerin alınmasını kabul etmemesi hallerinde anayasa sisteminin yumuşaklığına rağmen, zaruret hali yetkilerine müracaat etmek gerekli olabilir (5).

Bu son siyasi-hukuki ihtimalleri dikkate aldığımız zaman, yumuşak anayasa sistemlerinde olağanüstü hal rejimlerinin hukuk mecrasından çıkabileceğini ve hukuk dışı bir rejim haline gelebileceğini akıldan uzak tutmamak gerekir. Dolayısıyla bu tip anayasa sistemi, İngiltere istisna edilirse otokratik rejime kaymaya çok daha elverişlidir ve olağanüstü hal rejiminin sürekliliğine yol açabilir.

B — Sert Anayasa Sistemleri Yönünden

Sert anayasa sisteminde, parlamento anayasada öngörülme-yen olağanüstü bir yetkiyi yürütme organına veremez. Yürütme organı, ancak anayasada bulunması ve kanunla düzenlenmesi halinde olağanüstü yetkileri kullanabilir (6). Demek ki olağanüstü yetkilerin sadece anayasada bulunması yeterli olmayıp aynı zamanda bunların kanunla da düzenlenmesi şarttır. Anayasada bulunmasına rağmen, parlamento yürütme organına bu yetkileri vermekten kaçınırsa, yani kanuni düzenlemeyi yapmaz ise, yürütmenin de zaruret hali tedbirlerine başvurması ihtimali artar. Bu sert anayasanın yapısının ortaya çıkardığı bir durumdur.

Ancak, sert anayasanın yumuşak anayasaya oranla çok daha demokratik olduğu da bir gerçektir. Bu anayasa sisteminde, organların birbirinden ayrılmış ve yetkileri anayasa seviyesinde açık seçik belirlenmiş olduğundan, bir organın bütün yetkileri kendi elinde toplanması önlenmiş olmaktadır (7). Bu bakımdan sert anayasa çok daha demokratik ve teminatlıdır. Fakat olağanüstü hallerde toplumun güvenliği ve selameti için gerekli tedbirler anayasanın bazı maddelerine ters düşseler bile mutlaka alınmaları kaçınılmazdır. Bu tedbirlerin alınmasına engel olan anayasa hükümlerinin değiştirilmesinde veya yeni hükümler eklenmesinde sert anayasa sisteminde karşılaşılan güçlükler, yürütmenin zaruret hali tedbirlerine başvurusunun başlıca sebebi olmaktadır.

Bu durumun demokratik rejim açısından tehlikeli bir nitelik taşımakta olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten sert anayasa sisteminin demokratik niteliğinin ağır basmasına rağmen, anayasanın işlerliğinde ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi, bu sistemde çok zor olduğundan, halkta

(5) CAMUS, Op. cit, s. 134.

(6) LOEWENSTEIN, Karl, *Political Power and Governmental Process*, (CHICAGO - 1962, s. 221.

(7) CAMUS, op. cit ,s. 130.

demokratik rejimin kötü işlediği inancının yayılmasına ve giderek bu rejime karşı inancın zayıflamasına sebep olabilir (8). Özellikle şiddet olaylarından kaynaklanan olağanüstü hallerde anayasanın getirdiği engellerin aşılmasını, demokratik olmayan güçlerin siyasi iktidarı ellerine geçirmelerini kolaylaştırabilir (9). Böylece olağanüstü halin meydana getirdiği karışık ortamda demokratik rejim, anayasanın sertliği yüzünden bir dikta rejimi ile sona erebilir.

Olağanüstü hal rejiminin anayasaya girmekle hukuki bir müessese olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu, demokratik rejimin işlerliği ve hürriyetlerin korunması söz konusu olunca yeterli değildir. Burada daha da ileri gidilerek, özellikle demokrasi tecrübesi köklü olmayan ülkelerde, olağanüstü hal rejimlerin bir dikta rejimine dönüşmesini önlemek için hangi hallerin olağanüstü hal sayılması gerektiğini de anayasa ile tespit etmekte yarar vardır. 1961 anayasasının 123. maddesindeki gibi, eksik ve yetersiz anayasa normlarının getirilmesi halinde, gelecekte bir anayasa krizi ile karşılaşılması ihtimali oldukça kuvvetlidir. Sert anayasa sisteminin en önemli mahzuru burada görülmektedir.

Bu rejimlerin önemli bir özelliği de olağanüstü hal uygulamasıyla birlikte yürütmenin yetkilerinin normal zamanlara göre çok fazla genişleyeceği esastır. Yürütmenin istisnai yetkilere sahip olması demek fonksiyonel bakımdan birinci organ durumuna geçmesi demektir. Yürütmenin, yasama, hatta yargı organları karşısında bir üstünlük sağlamış olmasını günümüzde bazı yazarlar "Anayasal Diktatörlük" diye isimlendirmektedirler (10). Bu anayasal diktatörlüğün, anayasa müesseselerinde kalıcı bir değişiklik yaratmaması için, yani anayasa çevresinde kalabilmesi ancak, anayasa kurallarına uygun olarak çıkarılacak kanunda, tanınacak istisnai yetkilerin neler olduğu ve yetkilerin kimler tarafından, ne kadar zaman için kullanılabileceği, kısaca olağanüstü hal rejiminin "geçici" bir

-
- (8) Nitekim 1961 Anayasasının olağanüstü hallerle ilgili olarak getirdiği düzenlemenin yetersiz olması ve anayasanın değiştirilmesi ile kanuni düzenlemelerin yapılmasında karşılaşılan güçlükler, halkta demokratik rejimin işlemeyeceği inancının yayılıp kuvvetlenmesinin başlıca sebeplerinden biridir.
- (9) Bunun yaşanmış en canlı örneği Weimar Cumhuriyetidir. Weimar Anayasasının 76. maddesi anayasayı değiştirmeyi çok güçleştirmiş, gene anayasasının 48. maddesindeki olağanüstü yetkiler ülkenin içinde bulunduğu şiddet hareketlerini önleyememiştir. Bu anayasa krizinden en iyi yararlanan da Hitler olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ROSSITER, Clinton, **Constitutional Dictatorship, Crisis Government in Modern Democracies** (NEW-YORK - 1963), s. 50-73.
- (10) FRIEDRICH, Carl, **Constitutional Democracy** Revised 2. eel (NEW-YORK - 1950) s. 575.

rejim olduğu açıkça belirtilmesine bağlıdır (11). Aksi halde olağanüstü hal rejimi bir "İktidar tiryakiliği" (12) yaratarak, sürekli diktatörlüklerin kurulmasına yol açabilir.

Son olarak bu rejimlerin hem siyasi hem de hukuki denetime tabi tutulması şarttır. Böylece denilebilir ki, olağanüstü hal rejimi devletin keyfi takdiri ile, yani zaruret hakkına dayanılarak tesis edilmiş hukuk dışı veya hukuk üstü bir rejim değil aksine zaman, konu, yetki itibariyle belirli ve sınırlı olan hukuki ve kanuni bir rejimdir (13). Olağanüstü hal rejimlerini hukuki bakımdan bu şekilde nitelendirdiğimiz takdirde, milli topluluğun selamet ve emniyeti ile, kamu hürriyetlerini mâkul bir denge içinde tutmamız mümkün olabilir.

3 — Olağanüstü Hallerin Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Etkisi

Olağanüstü hallerin pozitif hukuk düzeni üzerindeki etkisi olağanüstü hal rejiminin uygulanmasına sebep olan olayların önemleri ve ağırlık derecelerine göre çeşitli şekillerde kendisini gösterir. Biz bu makalede, sadece olağanüstü hal rejimlerinin kamu hürriyetlerinin olağanüstü sınırlanmasına yolaçan etkilerinden söz edeceğiz. Bunlar da yürütme organının takdir yetkisiyle, düzenleme alanının genişlemesinden ibaret etkilerdir. Yalnız konuya girmeden önce genel olarak bu rejimlerin kamu hürriyetlerini sınırlayıcı etkisini ele almamızda yarar vardır.

A — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Kamu Hürriyetlerini Sınırlayıcı Etkisi

Soyut bir kavram olan hürriyetin toplum içinde bir değer kazanabilmesi, her şeyden önce onun toplum düzeninin ihtiyaçları ile sınırlandırılmasına bağlıdır. Ancak, bu sınırlandırma ile toplum düzeni arasındaki dengenin kurulması oldukça güç olduğundan hukuki ve siyasi açıdan önemli meseleler yaratmaktadır. Olağanüstü hallerde, normal zamanlardan farklı olarak kamu hürriyetlerine getirilen sınırlamalar çoğu zaman düzen lehine, fakat hürriyetler aleyhine büyük bir dengesizlik meydana getirdiğinden, bu meseleler çok daha karmaşık bir hal almaktadır. Her ne şart altında olursa olsun, hukuka bağlı ve hürriyet fikrinin gelişmiş olduğu ülkeler, diğerlerine göre bu meseleleri çözmekte çok daha başarılı olduklarına şüphe yoktur.

(11) DAVER, Bülent, *Fevkâlade Hal Rejimleri*, (ANKARA - 1961), s. 17.

(12) KAPANI - Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 6. bası (ANKARA - 1981), s. 243.

(13) KUBALLI, H. Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler* (İSTANBUL - 1971), s. 188.

Modern demokrasilerde, hürriyetleri koruyucu teminatlar genel olarak anayasa normları ile sağlamakta ve böylece düzen ile hürriyetler arasında bir denge kurulmaktadır. Hiç şüphe yok ki, modern demokratik anayasalar yalnız devlet düzeninin korunması ile ilgili normları getirmekle yetinmezler, aynı zamanda hürriyetlerin korunmasına dair normları da getirdiklerinden çağdaş demokrasilerde devlet düzeninin korunması, hürriyetlerin korunması anlamına gelir (14). Bu esas ana ilke olağanüstü hal rejimlerinin uygulanması sırasında da geçerlidir. Çünkü bu rejimler kendi hukuk düzenlerini kendileri koymadıklarından, daha önce anayasa ve kanun seviyesinde konulmuş normlara göre işlediklerinden, hürriyetler üzerindeki etkileri de gene önceden bilinmektedir.

Unutulmaması gereken nokta, bir anayasada hürriyetlerin yer almış olması, o rejimin demokratik hürriyetçi bir rejim olduğu anlamına gelmeyeceğidir. Hürriyetlerin tanınması kadar onların korunması da hürriyetçi-demokratik rejimin gayesi olmalıdır. Bu yüzden kamu hürriyetlerini kabul eden bir anayasa eğer gerçekten sağlam ve geçerli bir hürriyetler rejimi kurmayı amaçlıyorsa, olağanüstü hal rejiminin uygulanması sırasında bile, bu hürriyetlerin en asgariden korunmalarını sağlayacak tedbirleri de beraberinde getirmek zorundadır. Sırf kamu düzeninin ve dolayısıyla devletin korunmasına yönelik tedbirlerin alınması halinde, demokratik rejimin mahiyetinde köklü bir değişme meydana getirebilir.

Olağanüstü hallerde hürriyetlerin, kamu düzeninin yeniden kurulması için gerekli olduğu ölçüde, yalnız kanunla sınırlandırılması esas geçerliliğini korumaktadır. Burada dikkat edilecek nokta, zaten mühtevası belirsiz olan kamu düzeni kavramına bazı siyasi saiklerle olması gerektiğinden daha geniş bir anlam vermemektir. Normal zamanlarda, toplum hayatında maddi karışıklığın olmaması, kaba kuvvet, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi anlamına gelen kamu düzenine (15), olağanüstü hallerde farklı bir muhteva kazandırmamak gerekir. Bununla kamu düzeni kavramında olağanüstü hallerde, bir farklılık olmayacağı anlamını çıkarmak istemiyoruz. Demek istediğimiz, kamu düzeni sebebiyle hürriyetler sınırlandırılırken, geçici olarak askıya alınırken düzeni bozan faktörlerle sınırlı kalınmasıdır. Elbette ki olağanüstü hallerde kamu düzeni, hürriyetlerde geniş kısıtlamalar yapılmasına imkan verecek şekilde genişleyecektir (16). Önemli olan, bu kısıtlamaların kanunun izin verdiği kadar yapılmasıdır.

Devlet organları içinde hürriyetleri en çok ihlal edebilecek organın

(14) ÖZEK, Çetin, *Devlete Karşı Suçlar*, (İSTANBUL - 1976), s. 38.

(15) TANÖR, Bülent, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası* (İSTANBUL - 1969), s. 137 vd.

(16) DAVER, Op. Cit, s. 22.

yürütme organı olduğu fikri eskilerden günümüze kadar savunulmaktadır. Öyle ise olağanüstü hal rejimi uygulandığında hürriyetlerin düzenlenmesinin bu organın yetkileri, buhran zamanlarında normal zamanlara göre çok artar. Bu yetkilerin kötüye kullanılması halinde ise, kamu hürriyetleri için en tehlikeli organın yürütme organı olduğu üzerinde tartışma yapılmayacak kadar açıktır (17). Bununla birlikte, olağanüstü yetkileri devlet organları içinde yürütmeden daha etkili bir şekilde kullanılabilecek başka bir organın bulunmadığını da unutmamak gerekir.

Olağanüstü yetkilerin yürütme organı tarafından kullanılmasına ciddi ve mantıklı bir itiraz olmayacağına göre, yapılacak şey yürütmenin olağanüstü yetkilerini kötüye kullanmasını önleyici tedbirlerin önceden alınmış olmasıdır. Şüphesiz bu konuda en önemli görev yasama ve yargı organlarına düşmektedir. Her iki organ tehlikenin büyüklüğü ne olursa olsun yalnız kamu hürriyetlerinin korunması için değil, mevcut anayasa düzeninin zedelenmesi için de yürütme organının yetkilerini kötüye kullanılmasını önleyecek denetim fonksiyonlarını titizlikle yerine getirmek zorundadırlar. Ancak bu halde yürütme organına tanınan olağanüstü yetkiler demokratik hükümet sistemi ile bağdaşabilir (18). Fakat bugüne kadar geçirilen tecrübeler göstermiştir ki, olağanüstü hal rejimlerinin uygulandığı zamanlarda, bizde ve yabancı ülkelerde yasama ve yargı organları yürütme üzerindeki denetim fonksiyonlarında çok esnek davranmışlardır (19). Bunun sonucu olarakta olağanüstü hal rejimlerinin yürürlükte olduğu dönemlerde çoğu kere kamu hürriyetleri gerektiğinden fazla kısıtlanabilmiştir.

B — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Yürütmenin Takdir Yetkisini Genişletici Etkisi

“Kanuni idare” ilkesinin tabii bir sonucu olarak, yürütme, yasamanın anayasa çerçevesi içinde kabul ettiği kanunları uygulamakla görevli bir organdır. Fakat yasamanın ağır işlemesi veya bütün olayların en ince teferruatına kadar kanun konusu yapılmasının gereksizliği, daha doğrusu imkansızlığı karşısında yürütme organına kanunla senbest bir faaliyet alanı tanınması zorunlu hale gelmiştir. İşte hukukun yürütmeye uygun çözüm şeklini seçme konusunda yerine göre az veya çok tanıdığı bu ser-

- (17) LIPSON, Leslie, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu (ANKARA - 1978), s. 306.
- (18) ARSEL, İlhan, *Amerika Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme* (ANKARA - 1958) s. 169.
- (19) ABD, İngiltere, Fransa, Almanya ve Türkiye'deki uygulama konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. HAZİR, Op. Cit, s. 40-45, 53-57, 65-69 ve 93-97.

best faaliyet alanına "takdir yetkisi" denilmektedir (20). Hukuk tarafından tanıdığına göre takdir yetkisi de kanuni idare ilkesinin bir istisnası değil, bir gereği olmaktadır.

Yürütmeye kanunla verilen bu takdir yetkisi olağanüstü hallerde, normal zamanlara göre çok daha fazla genişlemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ne gibi ağır şartlar altında bulunulursa bulunulsun, idare bu yetkisini kullanırken kanunun maksat unsuru dışına çıkmaması bununla bağlı kalmasıdır. Takdir yetkisi, hukuka bağlı devletlerden idareye keyfi kararlar alabilmesi için tanınmış bir imkân değildir; aksine kamu düzeninin korunması ve kamu hizmetlerinin daha iyi görülmesi için verilmiş hukuki bir güçtür (21).

İdarenin takdir yetkisine dayanarak yaptığı tasarrufların çoğu zaman gerçeklerini oluşturan kamu düzeni, kamu yararı, milli güvenlik, genel sağlık gibi kavramların yeterince açık olmadıkları bir gerçektir. Kamu hürriyetlerinin sınırlandırılması, askıya alınması veya durdurulması için başlıca gerekçeleri bu kavramlar teşkil ettiklerinden, idarenin siyasi yorumuna terk edilmemeleri, somut olayla bu kavramlar aralarındaki yakın illiyet bağının tespiti gerekir (22).

Normal zamanlarda olduğu gibi, olağanüstü hallerde, idareye tanınan takdir yetkisi, yukarıda sayılan kavramlara dayansa bile, bu konudaki kanunun maksat unsuru ile sınırlıdır. Doktrin ve yargı içtihatları, idari tasarrufun maksat unsurunda takdir yetkisi olmayacağı hususunda birleşmişlerdir (23). Doktrin ve yargı içtihatlarının bu tespiti dayanarak diyebiliriz ki, kanunun maksat unsurunu aşacak şekilde kullanacak bir yetki, hukuki bakımından sakat olacaktır.

Bu konuda son olarak şunları söyleyebiliriz: Aslında idareye tanınan takdir yetkisi hukuk kuralları çerçevesinde kullanılacak bir yetki olduğundan, her ne sebeple olursa olsun, özellikle hürriyetler aleyhine kullanılması demokratik hukuk devleti fikri ile bağdaşmaz, dolayısıyla hukuk dışına çıkmaları müeyyidesiz bırakılamaz. Bunun aksi bir düşünceyi benimsemek, demokratik rejimden uzaklaşmak, otokratik bir rejimi kabul etmek anlamına gelecektir.

(20) ONAR, S. Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cit I, (İSTANBUL - 1966), s. 420 vd. BALTA, T. Bekir, *İdare Hukuku* (ANKARA - 1970/1972), s. 134.

(21) DAVER, Op. Cit, s. 18.

(22) Bu kavramlarla somut olay arasındaki illiyet bağının tespitinde şüphesiz en büyük görev yargıya düşmektedir.

(23) Geniş bilgi için bkz. ONAR, Op. Cit, s. 426-427.

C — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Yürütmenin Düzenleme Alanını Genişletici Etkisi

Olağanüstü hallerde idarenin iki türlü hareket etme imkânı vardır.

a — İdare olağanüstü halin icaplarını karşılayabilmek için, zaruret haline başvurarak gerekli tedbirleri hukuka aykırı olsalar bile vakit geçirmeden alır,

b — Yasama organının bu gibi hallere mahsus olmak üzere, vermiş olduğu geniş düzenleme yetkisine dayanarak hukuk içinde hareket eder.

Bu iki çözüm şekline birincisi bizi zaruret hakkı teorisinde götürür ki, bu yolun demokratik hukuk devletinde benimsenmesi mümkün değildir. İkinci çözüm şeklinde ise, idarenin düzenleme alanı çok genişlemekle birlikte hukuk devleti ilkesi ihlal edilmemiş olur. Başka bir ifade ile, birinci çözüm şeklinde denetim imkânları ortadan kaldırıldığı halde, ikinci çözüm şeklinde idarenin yaptığı tasarruflar hukuk içinde kalmakta, dolayısıyla denetim yolları kapatılmış olmamaktadır (24).

Hemen belirtelim ki yürütmenin düzenleme yetkisi, yalnız olağanüstü hallerde inhisar eden bir yetki değildir. Yürütme organının normal zamanlarda bile düzenleyici tasarruflar yaptığı ve bunların maddi bakımından yasama tasarruflarından farklı olmadığı bilinmektedir (25). Modern devlet hayatında kamu hizmetlerinin çok karmaşık bir durum göstermesi, özel bilgi ve ihtisası gerektiren bu hizmetlerin yasama organının ağır işlemesi sebebiyle yürütme organı tarafından düzenlenmesi ihtiyacı böyle bir yetki devrini zaruri kılmıştır (26).

Olağanüstü hallerde yürütme organının bu halin doğmasına yol açan sebeplerle gerektiği gibi mücadele edebilmesi için, normal zamanlara göre daha dinamik ve kuvvetli durumda olması şarttır. Bu yüzden yürütme-ye geniş bir düzenleme alanının tanınması kaçınılmazdır. Fakat, yasama yetkisinin devri kötüye kullanılmasına elverişli bir yetki olduğundan kullanılış şekli üzerindeki denetimin titizlikle yapılması gerekir. Günümüze kadar olan gelişmeler göstermiştir ki, hürriyet geleneği sağlam temellere dayanan ülkelerde, yasama yetkisinin devri, yürütmeyi kuvvetlendirmesine rağmen, kamu hürriyetleri ve demokratik rejim için ciddi sayılabilecek bir tehlike oluşturmamıştır. Buna karşılık, mesela, Nazi Almanyasının-

(24) ÖZBUDUN, Ergun, *İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları*, AÜHFĐ, Cilt. XVIII, (1961) den ayrı bası, s. 335.

(25) Düzenleyici işlemler konusunda etraflı bilgi için bkz. GÜNEŞ, Turan, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, (ANKARA - 1965).

(26) DAVER, Op. Cit, s. 19.

da, hiç bir hukuki sorumluluk tanımayan, sadece çıplak kuvvete dayanan totaliter devlet tipini ortaya çıkarmıştır (27).

Demokratik hukuk devletlerinde hürriyetlerin ancak kanun yolu ile sınırlanacağı esas kural olarak benimsenmiştir. Fakat günümüzün sosyal ve siyasi gerçekleri karşısında normal zamanlarda bile bunun, kanunun verdiği yetki sınırları içinde tüzükle yapılmasına imkan verecek bir genişlikte anlaşılması lazım gelir (28). Olağanüstü hal zaruretleriyle çok daha sık ve geniş olarak başvuru olan bu yetki devrinin amacı kişi hürriyetlerini yok etmek değil, fakat kişi hürriyetleri ile olağanüstü halin icaplarını bağdaştırmaktır (29). Şu halde, yürütmeye devredilen yetkilerle hürriyetlerin sınırlandırılması veya durdurulması, tehlike halinin devamı ve şiddeti ile orantılı olması icap eder.

Bu hususta kesin olarak gözden kaçırılmaması gerekli olan nokta, demokratik hukuk devletlerinde olağanüstü hal kanunları ile, yürütmeye devredilen yetkilerin mutlak ve sınırsız olamayacağıdır. Yetkilerin sınırsız olması halinde sadece olağanüstü hallerde uygulanması icap eden tedbirler zamanla sürekli olma eğilimi göstererek, bir uzlaşma rejimi olan demokrasinin tehlikeye düşmesine yol açabilir (30). Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun 1961 Lagos toplantısında da isabetle karşılaştırıldığı gibi (31), olağanüstü hal sebebiyle, yürütmeye devredilen yetkilerin gayesinin ve uygulama alanlarının açık olarak tespit edilmesi zarureti vardır.

Olağanüstü hal yetkileri suistimal edilmeye çok elverişli olduklarından, demokrasilerde bu yetkiler gayelerinin ve uygulama alanlarının iyi tespit edilmemesi halinde neticede bundan bizzat demokratik rejimin kendisi zarar görür. Her ne kadar, demokratik devletlerde bir parantez olan olağanüstü hal rejimini, hatta zaruret hali tedbirlerinin bütünüyle reddetmek mümkün olmadığına göre, yapılacak şey gerek bu rejimlere, gerekse bu tedbirlere elden geldiğince az müracaat edilmesinin yanında uygulama süresi ve alanlarının açık seçik olmasıdır. Aslında normal zamanlarda uygulanması zor bir rejim olan demokrasiyi yaşatabilmek ve bundan daha zor olanı kamu hürriyetlerini koruyabilmek için, olağanüstü

(27) ABADAN, Nermin, *Bürokrasi* (ANKARA - 1959), s. 114; ayrıca HAZIR, s. 71-74.

(28) KAPANI, Op. Cit, s. 237.

(29) ARSEL, Op. Cit, s. 227.

(30) CAMUS, Op. Cit, s. 66.

(31) *Rule Of Law and Human Rights, Principles and Refinitions* (CENEVA - 1966), s. 13.

hal yetkilerinin önceden açık seçik tespit edilmesindeki zaruret kendiliğinden ortaya çıkar. Eğer bu yapılmamış, yani olağanüstü hal yetkilerinin gayesi ve uygulama alanına bir sınır getirilmemiş ise demokratik toplumda yönetenlerin sık sık zaruret hali tedbirlerine başvurma eğilimi ortaya çıkar. Bu, demokratik yollardan karar verme usulünden yavaş yavaş vazgeçilerek zamanla demokratik devletin yerini otokratik bir devletin alması sonucuna götürür. Yirminci yüzyılın ilk yarısında bunun örneklerine rastlamak mümkündür (32).

Esasen, günümüze kadar yaşanan olaylar bize yürütme organının "zaruret hali" kavramının genişletme ve olağanüstü şartların meydana çıkması halinde kendine tanınan yetkileri genelleştirme eğiliminde olduğunu göstermiştir. Her zaman yürütme organı, yasamadan talimat alacağı yerde, kendi hareket şeklini tayin edecek olan normları bizzat tespit yolunu tercih etmek gayreti içinde olmuştur (33). Bu eğilim sonucunda güçlerin tek elde toplanması ile demokratik devletin mahiyetinde bir değişiklik meydana gelmeye başlamıştır.

İşte, demokratik toplumun böyle bir tehlike ile karşılaşmaması için yürütmenin kullanabileceği yetkilerin uygulama alanlarına dahil genel ilkeler modern anayasalarda yer almaya başlamıştır. Fransız anayasasının 16. maddesi, son zamanlarda federal Almanya anayasasına eklenen 80 a maddesi ve anayasamızda yer alan 121 ve 122 maddeler bu türden hükümlerdir (34). Özellikle olağanüstü hallerde dair yetki devrinin sert anayasalar bakımından önemli problemler çıkaracağından bunlara ilişkin genel ilkelerin anayasada yer alması zarureti vardır. Bu konuda şüphesiz yumuşak anayasalar bakımından önemli bir güçlük yoktur. İngiltere örneğinde olduğu gibi, parlamento "tam yetki kanunları" (Emergency Power Acts) ile yürütmeye istediği yetkileri verebilir (35).

Olağanüstü hallerde yürütmenin düzenleme alanının genişlemesi konusunda sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Olağanüstü hal yürütme organının düzenleme alanının genişlemesinde rol oynayan bir faktördür, fakat, bu haldeki yetkiler hiç bir zaman sınırsız, keyfi kullanılan ve uygulama alanları belirsiz yetkiler değildir. Çünkü olağanüstü hal yetkileri kendiliğinden ortaya çıkmayıp, kaynağını anayasa ve kanundan almaktadır. Bunun aksini düşünmek bizi, sınırsız zaruret hali tedbirlerine, do-

(32) Bu örnekler ve bunlarla ilgili geniş bilgi için bkz. CAMUS, Op. Cit, s. 69-72.

(33) ABADAN, Op. Cit, s. 114.

(34) Anayasamızdaki olağanüstü yönetim usulleri ayrı bir çalışmaya konu edilecektir.

(35) Emergency Pofer Acts konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. HAZIR, Op. Cit, . 47 vd.

layısıyla hukuk devleti ve kamu hürriyetleri ile bağdaştırılması mümkün olmayan "zaruret hakkı" teorisine götürür ki, bu da hukuki olağanüstü hal rejiminin inkarı anlamına gelir.

4 — Yargı İçtihatları ve Olağanüstü Hal Rejimleri

Doktrin ve mahkemeler olağanüstü hal yetkilerinin sınırlarına ve muhtevasına farklı endişelerle bakmaktadırlar. Doktrinin genelde ve soyut çalışması, yargının özelde ve somut çalışması bunun başlıca sebebi olduğu söylenebilir (36). Meseleye teorik açıdan yaklaşan doktrinin bu yetkiler konusundaki en büyük endişesi, olağanüstü hal rejiminin geçmişteki uygulamalarına ve ortaya çıkardığı sonuçlara da bakarak demokratik rejim ve kamu hürriyetlerinin yaşamasını güçleştirecek tehlikeli bir ortam yaratacağı noktasında toplanmaktadır. Mahkemeler ise özel ve somut olayları ele alarak toplumun emniyet ve selametinin korunmasını ön planda tutmuşlar ve bu amaçla çoğu defa kişi hürriyetlerine getirilen kısıtlamaları yerinde bulmuşlardır.

Bugüne kadar demokratik memleketlerdeki mahkeme içtihatları incelendiği zaman genel olarak olağanüstü hallerde yürütme organının sahip olduğu yetkileri geniş bir yoruma tabi tutmak eğiliminde oldukları görülür. Gerçi mahkemelerin bu konudaki tutumları her memlekette aynı olmamakla, hatta aynı ülkede zaman zaman değişmekle beraber, içtihatların tehlikenin ağırlığı, hal ve şartların özellikleri ile fonksiyonel bir bağlılık gösterdiği söylenebilir (37). Bazı ülke mahkemeleri içtihatları birinci ve ikinci dünya savaşları sırasında olağanüstü hal teorileri geliştirirken, diğer bazı ülkelerde mahkemeler bu rejimler konusunda çok ihtiyatlı davranmışlardır. Bu ülkelerin en çarpıcı örneğini Fransa ile Birleşik Amerika devletleri teşkil eder. Birinci Dünya Savaşının yarattığı şartların baskısı altında Fransız Hükümeti kanunlara ters düşen birçok tedbirler almak ve uygulamak zorunda kalmıştı. Bu tedbirler sebebiyle gerek adli, gerek idari yargı organlarına gelen davalar sonunda Fransa'da "Harp Yetkilileri Kazai Teorisi" tesis edilmiştir. Bu teori ile olağanüstü hal yetkileri geniş bir yoruma dayandırılmıştır (38). İkinci Dünya Savaşı sırasında da Fransız Danıştay "İstisnai Haller Kazai Teorisi" geliştirmiştir. Bu teori ise, olağanüstü hallerde normal yetki, usul, şekil ve konu kurallarının değişeceği, hatta yürütmeye daha önce mevcut olmayan yetkilerin tanınabileceği esasına dayanmaktadır (39).

(36) CAMUS, Op. Cit, s. 55.

(37) DAVER, Op. Cit, s. 24.

(38) ROSSITER, Op. Cit, s. 113 vd.

(39) DAVER, Op. Cit, s. 24.

Amerikan Yüksek Mahkemesi olağanüstü hal yetkileri konusunda çok ihtiyatlı bir tutum takınmıştır. Bir çok kararında olağanüstü şartların kendiliğinden yetki yaratmayacağını ve genişletmeyeceğini belirterek, tehlike hali yetkilerinin esas kaynağının anayasa olduğunu açıklamaktadır (40). Hukuk devletinde devlet organları, olağanüstü haller sebebiyle olsa bile yetkilerini anayasa ve kanunlardan almak zorunda olduklarını beilrten Yüksek Mahkeme olağanüstü yetkililerle önlenmek istenen tehlike arasında gerçek ve uygun bir ilişkinin bulunup bulunmadığını da araştırmıştır. (41). Yüksek Mahkemenin tutumu sayesinde Amerika'da olağanüstü hal rejimi uygulaması kamu hürriyetleri için daha az tehlikeli bir ortam yarattığı söylenebilir.

Yumuşak anayasa sistemine sahip İngiltere'de mahkemeler, olağanüstü hallerde kanunlarla yürütme organına verilen takdir yetkisinin ve düzenleme alanının çok genişlediğini kabul etmektedirler. Nitekim 1813 kararnamesine dayanılarak yapılan işlemler hakkındaki müracaatları mahkemeler kabul etmekte, fakat kararnamenin idareye çok geniş bir takdir hakkı verdiğini öne sürerek açılan davaları reddetmektedirler (42).

Bu konu hakkında özet olarak şunu söylememiz mümkündür. Örnek olarak verdiğim ülkelerde, olağanüstü hal rejiminin uygulanması kaçınılmaz olduğu hallerde mahkemelere müracaat yolu hiç bir zaman kanunlarla kapatılmamıştır. Tehlike hallerinin yarattığı ağır şartlar altında bile bu demokratik ülkelerde vatandaşların mahkemelere müracaat etme hakları her zaman saklı tutulmuştur. Mahkemeler ise olağanüstü hal ve şartlara uygun olarak yürütmenin sahip olduğu yetkileri geniş bir şekilde yorumlama yoluna gitmeyi tercih etmişlerdir.

(40) ROSSITER, Op. Cit., s. 213.

(41) FEYZİOĞLU, Turhan, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Mürakebei** (ANKARA -1951), s. 238.

(42) PHILLIPS Hood, **Constitutional and Administraltive law**, 8. bası, (LONDON - 1973), s. 322.