

**PARTİ KAPATMA DAVALARINDA
MERMER-MOZAİK
İKİLEMİ**

"Demokratik Toplum Düzeni Hukuku"
Tartışması Üzerine Notlar^(*)

Prof. Dr. BakırÇAĞLAR^(**)
Doç. Dr. Naz ÇAVUŞOĞLU^(***)

BAŞLARKEN: ÇALIŞMA SORUNSALI VE İKİ SORU

I- Çalışma Sorunsalı

"İnsan Hakları Mekanı"nda, anlam ve değerlerin paylaşılması çizgisinde, **PLÜRALİST ORTAK BİR HUKUK** düşünülebilir mi? Yoksa "**Herkes kendi evinde politikası**" bugün de geçerli mi?

Ya da, "**Maksimalist tez**" karşısında Türkiye'nin "**Minimalist Tez**"i - Demokratik Toplum düzenlerinde değişken bir geometrinin varlığı — savunulabilir mi?

Bu sorunların görülebilmesi için, Anayasa Bilimi'nde farklı bir sorunsal (paradigma) kurmak gerekiyor (HAZIRLAYICI BÖLÜM).

II- İki Soru

Soru Bir:

Anayasa yargılamasında bugün iki "Çevre" ya da "Düzey" in varlığı sorusu: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi "**ANAYASA MAHKEMESİ**" midir?

* Anayasa Mahkemesinin 37. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen Anayasa Yargısı Sempozyumu'na (Ankara 26-27.04.1999) sunulan tebliğ.

** İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

*** İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

Bu soruya evet cevabı verilebilirse, "ANAYASAL DEVLET", İktidar modeli ve temel haklar tanımı değişti demektir. (BÖLÜM BİR)

Soru İki:

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, "**DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ HUKUKU**"NDA, özellikle "Ezeli Fransa'ya karşı" ve "Türkiye Birleşik Komünist Partisi" davalarında, toplantı ve örgütlenme hürriyetleri ile ifade hürriyeti arasında bir bütünlük kurdu ama, inanç hürriyeti ile bu hürriyetler arasında "TERS SİMETRİ YASASI"nı da uyguladı.

Bu durumda bu hürriyetler RESMİ ANAYASA İDEOLOJİSİ ile kayıtlanabilir mi?

Düşünce açıklama ve parti kapatma davalarında, **MERMER** - Resmi Anayasa İdeolojisi / **MOZAIK** - Demokratik Toplum Düzeni'nin plüralist ortak hukuku - ikileminin anlamı bu soruya getirilecek cevapta (BÖLÜM İKİ).

HAZIRLAYICI BÖLÜM: İnsan Hakları Mekanı'nda Plüralist Hukuk'a Maksimalist ve Minimalist Yaklaşımlar

1 . "Nesneler Hukuku"ndan "Anlamlar Hukuku"na

Mireille Delmas - Marty, "Trois Dâfis pour un Droit Mondial" başlıklı kitabında¹ Zaki Laidi'nin formülünü² kullanarak, kapital finans üretim ve tekniklerinin yayılması için ekonomik anlamda "**Küreselleşme**"yi (Globalisation)³, İnsan Hakları konusunda "ANLAMLARIN PAYLAŞILMASI" (Partage des sens), "Evrenselleşme"den (Universalisation) farklılaştırıyor.

Sorun sadece bir dil sorunu değil, bir "KÜLTÜR" sorunu. Bu yaklaşımda, İnsan Hakları Hukuku, özellikle de İnsan Hakları Avrupa

¹ Bk. Mr. Delmas Marty, Trois Dâfis pour un droit imndial, Seuil, Paris 1998. Ayrıca bk. B. Stern, "Vers la mondialisation Juridique", RGDİP. 1996, s.4 vd; %rre-Henri Imben. "L'apparente simplicité des droit de l'homme" . RUDHI 1998, s. 7. vd.

² Z. Laidi, "Malaise dans la mondialisation", Textuel, Paris 1997, s. 28-29.

³ Cf. André-Jean Arnaud, Entre modernité et mondialisation, LGDJ, Paris 1998.

Sözleşmesi Hukuku, Çok-Uluslu Şirketler Birliği'nin, hukuku finans cihazı olarak kullanan "Hukuk Satıcıları"nın "HUKUK"u değil.

"Nesneler Hukuku", "Mondial Kapitalizm Manifestosu"; İnsan Hakları Hukuku'nda ise durum farklı, üretici ve tüketicileri de.

2. "Haklar'ın Yargıcı"ndan "Hukuk'un Yargıcı"na

İnsan Hakları Mekanı'nda "Plüralist ortak bir Hukuk"un varlığı düşünülebilir mi? Düşünülebilirse bu Hukuk'un YARGICI kim?

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) 29 Nisan 1988 tarihli "Belilos Kararı"nda bu sorulara bir ilk cevap getirmişti.

"Belilos Kararı"nda Mahkeme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (İHAS) getirilen genel nitelikte "Çekinceler'i geçersiz saymış, İsviçre'nin rezervsiz bağlı olduğu sonucuna varmıştı.⁴

"Belilos Kararı"nda "Milli-Üstü Bir Mahkeme", ilk defa, uluslararası denetime tek tarafı getirilen kayıtlamaları, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü 36. madde düzenlemesini dikkate almadan, geçersiz saydı.⁵

Avrupa Mahkemesi bu yaklaşımını, 23 Mart 1995 tarihli ünlü "Loizidou Türkiye'ye karşı Davası"nda da kullandı.⁶

⁴ **Belilos İsviçre'ye karşı**, Seri A No:132(29.4.1988)Ayrıca bk. N. Çavuşoğlu, "Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na Kişisel Başvuru Hakkını Tanıma Bildirimi'ne Koyduğu "Hususlar" Üzerine Bir Not", AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2 (1991).

⁵ "Belilos Jürisprüdansı" Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi doktrininin gelişmesini derinden etkiledi. Cf. G. Cohen-Jonathan, in RGDİP, 1989, s. 311 vd; "Les reserves dans les traites relatifs aux droits de l'homme", RGDİP, 1996, s. 916 vd.

⁶ **Loizidou Türkiye'ye karşı**, Seri A No: 310 (23.3.1995): "In the Court's view, the existence of such a restrictive clause governing reservations suggests that States could not qualify their acceptance of the optional clauses thereby effectively excluding areas of their law and practice within their "jurisdiction" from supervision by the Convention institutions. The inequality between Contracting States which the permissibility of such qualified acceptances might create would, moreover, run counter to the aim, as expressed in the Preamble to the Convention, to achieve greater unity in the maintenance and further realisation of human rights" (par.77) Ayrıca bk par. 82-84. Cf. G. Cohen-Jonathan, "L'Affaire Loizidou", RGDİP, 1998, s. 123 vd; J.P. Cot, "L'responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord Chypre, RTDH, 1998, s. 108 vd.

Mahkeme'nin bu anlayışı, İHAS'nin amacını "İnsan Haklarının korunmasında çok daha yakın bir birlikteliği gerçekleştirme"de görmesi ve "Herkes Kendi Evinde Politikası"na karşı çıkmasının sonucu.

Kısaca bugün, İHAS "Plüralist Ortak Hukuk"un "ANAYASA"sı, Strasbourg Yargıçları da bu Anayasa'nın Yargıçları.

Avrupa Mahkemesi jürisprüdansiyel politikasının etkileri, paradoksal olarak, İHAS'ni iç hukukla bütünleştiren Büyük Britanya yasa projesinin "Beyaz Kitap"da "Rights Brought Home" olarak nitelendirilmesinde de görülüyor.⁷

"Rights Brought Home" projesinin köklerinde, "Cebelitarık'da Ölüm Davası" da var.⁸

3. İnsan Haklarında "Değişken Geometri Tazi"nin Sınırları

"Cebelitarık'da Ölüm Davası", üç İRA militanının SAS komandoları tarafından pusuya düşürülerek infaz edilmeleri ile başlamıştı.

Strasbourg'un Birleşik Krallığı mahkum eden kararına İngiliz Hükümeti büyük tepki göstermişti. Türkiye de benzer bir tepkiyi, iç hukuk yolları tüketilmeden Strasbourg'a götürülen "Güneydoğu Davaları"nda gösterdi. Şimdi bu sorun, Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve "Parti Kapatma Davaları" ile yeniden gündemde.

Strasbourg'un "Cebelitarık Kararı" ertesinde İngiliz Liberal Demokrat Parti'nin Lordlar Kamarası üyesi ve anayasa hukukçusu A. Lester, The Guardian gazetesinde yayınlanan yazısında; "Büyük Britanya Hükümeti, bölgesel ya da ulusal farkların, ulusal yargı kararlarının ve değişik hukuk geleneklerinin hesaba katılmasını talep ediyor, ayrıca İHAS'ne açıkça aykırı olmadığı takdirde hukuki

⁷ Bk. Stephen Sedley, "A Bill of Rights for Britain", European Human Rights Law Review (EHRLR) (1997/5), s. 458-465; Anthony Hooper, "The Impact of the Human Rights Act on judicial decision-making", EHRLR (1998/6), s. 676-686; David Feldman, "Remedies for violations of Convention rights under the Human Rights Act", EHRLR (1998/6), s. 691-711.

⁸ **Mc Cann ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı**, Seri A No: 324 (27.9.1995).

teamüllere ve uygulamalara saygı gösterilmesini istiyor. Böylece sorunlu demokrasilerde, insan haklarında değişken bir geometri olmasının kabul edilebileceği mesajını veriyor" demişti.

Bugün, İnsan Hakları konusunda hazırlıksız Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi ve Sözleşme sistemine alınması, Merkezi-Doğu Avrupa yeni demokrasilerinin "Sistem"e katılması,⁹ İnsan Hakları Hukuku'nda "Minimalist" ve "Maksimalist" tezler tartışmasını yeniden canlandırdı.

Farklılıkları kabul etmek; insan haklarının kavranmasının tarihli, değişik politik, kültürel, dinsel, ekonomik ve sosyal faktörlerle şartlandırılabilceğini, P-H İmbert'in yazısıyla "Her ferdin insanlığa özel bir kültür aracılığı ile ulaşabileceği düşüncesi"ni¹⁰ kabul etmek anlamına geliyor.

Minimalist tezlerin kısa tanısı bu.

İnsan hakları mekanında Türkiye'nin tezi "Minimalist tez" olmuştu ve Dışişleri Bakanlığı danışmanı Profesör H. Golsong Strasbourg davalarında İHAS'nin Viyana Sözleşmeler Hukuku Konvansiyonu ötesinde yorumlanamayacağı görüşünü savunmuştu.¹¹

Ancak minimalist tezler, Avrupa Mahkemesinin Anayasa Mahkemesi fonksiyonunu yüklenmesi ve ürettiği pretoryen hukuk karşısında savunmasız kalıyor, özellikle de Strasbourg Mahkemesi'nin yorumlarında okunan iki temel karakteristik dikkate alınır.¹²

⁹ İHAS'ne taraf 40 Devlet için bk: Human Rights Information Bulletin No: 44 (August-October 1998), s.8.

¹⁰ Bk. Pierre- Henri İmbert, "L'Apparente Simplicité des droits de l'homme", loc.cit.

¹¹ Bk. H. Golsong, "Faut-il interpréter La Convention au-Delà de la Convention de Vienne sur le droit des traités" in Macdonald et autres, The European System for the protection of Human Rights, Nijhoff, 1993, s.147 vd.

¹² J.F. Flauss, "La Cour européenne est-elle une Cour Constitutionnelle?", in La Convention Européenne des Droits de l'Homme: Développements récents et nouveaux défis, Bruylant, 1997, s. 69 vd; "Convention Européenne des droit de l'Homme et droit constitutionnel", RFDC, 1997, s. 377 vd.

Birinci karakteristik:

Sözleşme bugünün koşullarına göre yorumlanan "Avrupa Kamu Düzeni'nin Yaşayan Cihazı". Avrupa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı normatif düzenlemelerle kayıtlı değil, denetim mekanizmalarının yapısı ve uyguladıkları prosedür için de geçerli.¹³

İkinci karakteristik:

Strasbourg yargı yerlerine göre, fertleri koruma cihazı Sözleşme'nin konu ve amacı, düzenlemelerinin hakların gündelik hayatta etkili kullanımını gerçekleştirecek biçimde yorumunu gerektiriyor.¹⁴

4. Devlet'in Kayıtlanan "Anayasal Özgürlüğü": Yeni Bir Sorunsal

Bu gelişmeler, Anayasa Hukuku'nun konusunu, yaklaşımları ve boyutlarını da değiştirdi.

"Yeni Anayasa Hukuku'nun, G. Burdeau'nun belirlediği, "İktidarın kazanılması, kullanılması ve değiştirilmesi" kurumsal yaklaşımı dışında iki ayrı konusu var: Normatif sistem ve temel hakların korunması .

Anayasa Hukukunu "jürisprüdans"la okuma, Anayasa'yı siyasal kurumlarla okumanın yanında farklı bir yaklaşım getirdi.¹⁵

Anayasa Hukuku'nun mekan ve boyutları da değişti: Ulusal mekanda kavranan Anayasa Hukuku'nun, bugün, karşılaştırmalı, milli-üstü boyutları önem kazandı. Temel hakların tanımı da farklı.¹⁶

¹³ **Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections)**, Seri A No: 310 (23 Mart 1995), par.71. İlk örnek kararlar için bk. J.G. Merrills, The development of international law by the European Court of Human Rights, Manchester University Press, New York, 1998, s. 72 vd.

¹⁴ **TBKP v. Türkiye (30 Ocak 1998)**, par. 33; **Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections)**, Seri A No: 310 (23 Mart 1995), par. 72; **Soering v. Birleşik Krallık**, Seri A No 161 (7 Temmuz 1989), par. 87; **Artico v. İtalya**, Seri A No:37 (13 Mayıs 1980), par. 33.

¹⁵ Cf. L. Favoure et la., Droit Constitutionnel, Dalloz, Paris 1998.

¹⁶ Le droits fondamentaux: Une nouvelle catégorie juridique? AJDA (Özel sayı) 1998.

Şimdi Anayasa sorunsalı farklı. Türkiye'nin Strasbourg'da görülen parti kapatma davalarında, "Anayasa İdeolojisi"ni yorumlayan Anayasa Mahkemesi kararları Avrupa denetimine sokuldu; "Devlet" in "Anayasal Özgürlüğü" kayıtları.

Plüralist onak bir hukuk adına "Anayasal özgürlüğü kayıtlı Devlet" Anayasa Bilimi'nin yeni sorunsalı.

BÖLÜM BİR

ANAYASA YARGISINDA İKİ DÜZEYİN VARLIĞI: MİLLİ DÜZEY VE AVRUPA DÜZEYİ

"HAKLARIN YARGICI"ndan "HUKUKUN YARGICI"na

"İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku" nun görünürdeki yörüngesi, Anayasa Mahkemeleri ve anayasa hukukçuları için ihtilalci sonuçlar yüklü bir soruyu tartışmaya açıyor.¹⁷ Anayasa Yargılamasında iki düzey ya da "çevre"nin - Ulusal Düzey ve Avrupa Düzeyi - varlığı sorusu.¹⁸ Bu konudaki tezlerin değerini belirlemek için "klinik muhasebe" yapanlardan biri Jean-François Flauss.¹⁹

Flauss'un klinik muhasebesi üç soru üzerine kurulu:

Soru bir: Avrupa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi misyonlarını yerine getirir mi?

Soru iki: Avrupa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi yetkilerini kullanır mı?

¹⁷ Cf. L. Favoreu, Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s)?, In Vers un droit constitutionnel européenne: Quel droit constitutionnel européen?, RUDH, 1995, No: 11-12, s. 360. vd.; J.Velu et R. Ergec, La Convention Européenne Des Droits de L'homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, s. 35 vd.; B. Stirn, Questions sur la liberté, Montchrestien, Paris, 1996, s. 57 vd.

¹⁸ Yasaların Anayasa'ya uygunluk denetiminin uygulanmadığı, ancak anayasal normlarla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi düzenlemeleri arasında özünde denklik olduğu durumlarda, Avrupa Mahkemesi "Anayasallık denetimi" yapmakta. Cf. J. Frowein, "The European Convention On Human Rights as the Public Order Of Europe", in Collected Courses of the Academy of European Law (1990, Vol. I Book 2), Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 267 vd. Bir örnek karar için bk. Modinos c. Chypre 22 Nisan 1993), Series A, No:259.

¹⁹Jean-François Flauss, "La Cour Européenne Des Droits de L'Homme est-elle une Cour Constitutionnelle?", RFDC, 1998, s. 711 vd.

Soru üç: Avrupa Mahkemesi, Anayasa Mahkemelerinin "demokratik meşruiyet" ine sahip mi?

Son soru, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin "demokratik meşruiyeti"nin tartışma konusu yapıldığı günlerde kritik bir önem taşıyor.

Anayasa Mahkemesi'nin "Sosyalist Türkiye Partisi"ni kapatma kararına karşı, Kemal I. Okuyan ve diğerlerinin Türkiye'ye karşı Komisyona yaptıkları başvuruda (3 Şubat 1995, no. 26482/95) İHAS'ın tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ihlal edildiği iddia edilmiş, gerekçe olarak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanmaları gösterilmişti.

1. Klasik "Enternasyonalist credo" ve Avrupa Mahkemesi'nin Yeni Misyonu

Ortak Hukuk Mekani'nda görünürdeki yörünge, Avrupa Mahkemesi'nin ilk belirlemelere göre,²⁰ sekmeli ya da doğrudan anayasal norm ve pratiklerin Sözleşmeye uygunluğunu denetlediği ölçüde "Anayasal-üstü" (supranationale) bir yargı yeri olduğunu gösteriyor.²¹ Strasbourg Mahkemesi, ulusal-anayasal özellikleri koruyucu "rezervler"in geçerliliğini Avrupa denetimine sokmakta,²² Anayasayı yorumlayarak uygulayan Anayasa Mahkemeleri kararlarının ve anayasallık denetimi prosedürlerinin Sözleşme m.

²⁰ Bu konuda bk. **Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland**, Seri A No: 246-A (29 Ekim 1992); **Kokkinakis v. Greece**, Seri A No: 260-A (25 Mayıs 1993); **Ruiz Mateos v. Spain**, Seri A No: 262 (23 Haziran 1993); **Poitrinol v. France**, Seri A No: 277-A (23 Kasım 1993); **Karlheinz-Schmidt v. Germany**, Seri A No: 291-B (18 Temmuz 1994); **Vogt v. Germany**, Seri A No:323 (26 Eylül 1995); **Süssmann v. Germany** (16 Eylül 1996); **Gitonas and others v. Greece** (1 Temmuz 1997). Ayrıca bk. J.F. Flauss, "La Contribution de la jurisprudences des organes de la Convention Européen des Droits de L'Homme a La Formation d'un Droit Constitutionnel Européen", RUDH, No: 11-12, s. 373 vd.

²¹Cf. L. Favoure, "La notion de la Cour constitutionnelle", Melanges en l'honneur de J.F. Aubert, De la Constitution, Helbling et Lichtenbahn, Bale/Francfort, 1996, s. 16.

²² J-F. Flauss, "Actualité de la Convention Européenne des droits de L'Homme", AJDA, 1995, s. 719 ve AJDA, 1996, s. 376-377.

6/1 'e uygunluğunu denetlemekte,²³ Anayasa kuralının Sözleşmeye aykırılığını omissio medio belirlemekte.²⁴

Bütün bu gelişmeler çerçevesinde, ferdi başvurunun, özellikle 11. Protokolün yürürlüğe girmesi ertesinde, Anayasal doğrudan başvuru tekniği (Verfassungsbeschwerde) ve sonuçlarına yakınlığı görülmekte. Başkan Ryssdal da bu benzeşmenin altını çizmişti.

Avrupa Mahkemesi bir Anayasa Mahkemesinin misyonlarını yerine getirir mi sorusu karşısında Türkiye'nin resmi tezi, danışmanı Prof. H. Golsong'un savunduğu²⁵ ve Strasbourg Mahkemesi'nin onaylamadığı,²⁶ "klasik entemasyonalist credo" (ilke)²⁷ çizgisinde kalmıştı.

Karşı tezlerin - İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin "Anayasal niteliği" tezi - jürisprüdansiyel malzemesini Strasbourg Komisyon ve Mahkemesi hazırladı.

Komisyonun "Chrysostomos vd. Türkiye'ye karşı" davasında²⁸ belirlediği formülü Mahkeme, "Loizidou Türkiye'ye karşı" davasında kullandı.

Mahkeme'ye göre; "İHASI insan hakları mekanında, Avrupa kamu düzeninin Anayasal cihazı".

Komisyon ve Mahkeme, "Anayasa"nın kurumsal yapı düzenlemeleri karşısında bugün sadece görünüşte eksik kalan Sözleşme düzenlemelerini, "Demokratik toplum düzeni" yeni

²³ Pammel v. Germany (1 Temmuz 1997), Probstmeir v. Germany (1 Temmuz 1997) Bu uygulamaların yarattığı tepkiler konusunda bk. 8e Colloque international sur la Convention Européenne des Droits de L'homme, Publications du Conseil de l'Europe, 1996.

²⁴ Ct. Mahkemenin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası m. 159 (16) nın Loizidou Türkiye'ye karşı davasında, uluslararası geçerliliğini denetlediği 18 Aralık 1996 t. Kararı.

²⁵ "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin "Sözleşmeler Hukuku"na mutlak bağımlılığı tezi için bk. H. Golsong, loc.cit.

²⁶ Ct. Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), Seri A No: 310 (23 Mart 1995), par. 96.

²⁷ Teknik bilgi için bk. J.-F. Flauss, Actualite de la CEDH, AJDA, 1995, s. 724. vd.

²⁸ "Decision, 4 mars 1991, Chrysostomos et autres c. Turquie", RUDH, 1991, s. 200 vd.

yorumu²⁹ ve özellikle 6. maddeyi kullanarak, Kuvvetler Ayrılığı Prensibi çerçevesinde yeniden üretiyor. "İncal Türkiye'ye karşı" davası bu konuda verilebilecek örneklerden sadece biri.³⁰

"İncal Davası"nda Mahkeme, in concreto (olayla sınırlı) yargılama paravanının arkasına sığınsa bile, soyut denetim yaptı, Anayasa'nın 143.maddesini mahkum etti.

"İncal Kararı"nda; "İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görev yapan bir askeri hakimin varlığı nedeniyle, mahkemenin davanın tabiatına yabancı telakkilere haksız yere kapılabileceğinden kaygı duymakta başvuru sahibinin haklı sebepleri olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu kaygılar, bir yargı makamına özgü yetkilerin bütünü kullanamayan Yargıtay'da giderilememiştir... Sonuçta İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlık ve tarafsızlığı hususunda kaygı duymak için başvuru sahibinin haklı sebepleri vardır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 6.1 maddesi ihlale uğramıştır"³¹ yazılı.

Bu durumda Türkiye'nin Sözleşme'nin 53. maddesine göre Anayasal ve yasal düzenlemelere gitmesi gerekiyordu, ama, İncal Vakası ertesinde başlatılan tartışma sonuçsuz kaldı. İncal ve Çıracıklar Kararlarının gerektirdiği Anayasa değişikliği ancak 18 Haziran 1999'da gerçekleştirildi ve Anayasa'nın 143. maddesi değiştirilerek DGM ler "sivilleştirildi".

2. Avrupa Mahkemesi'nin "Derive Kurucu İktidar" fonksiyonu

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Anayasa Mahkemeleri gibi, belli sınırlar çerçevesinde "derive kurucu iktidar" fonksiyonu kullanıyor.³²

²⁹ Ct. M.-J. Redoir, "La société démocratique européenne," in C. Grwe(dir.), Questions Sur le droit européen?, Presses Universitaires de Caen, 1996, s. 69 vd.

³⁰ Ct. M.-J. Redoir, "La société démocratique européenne." in C. Grwe(dir.), Questions sur le droit européen?, Presses Universitaires de Caen, 1996, s. 69 vd.

³¹ **İncal Türkiye'ye Karşı** (9 Haziran 1998), par. 72-73.

³² Bk. J.-F. Flauss, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme ..." loc.cit. s. 718 vd.

Strasbourg Mahkemesi, "Sözleşme yargıç yapısı ya da (constructive) pretoryen hukukunu" kurarken "Yaşayan Hukuk Doktrini" çizgisinde Anayasa Mahkemelerinin yorum metodlarını kullanmakta.³³

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 11. Protokolle³⁴ kurulan tek mahkemenin rolünü, 4 Eylül 1992 tarihli görüşünde, insan hakları alanında İnsan Hakları, Anayasa Mahkemesi rolü ile karşılaştırmıştı. Mahkeme'nin bu karşılaştırmasını kolaylaştıran, Avrupa jürisprüdansı ile Sözleşme'ye tanınan anayasal kimlik.³⁵

Strasbourg Mahkemesi'nin rolü; özellikle insan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ek 11. Protokol'le tanınan rol, Mahkeme'nin kullandığı "Amplifikatör (yansıtıcı) Kavramlar tekniği" , evrimsel yorum (Interpretation evolutive)³⁶ ile birlikte okunursa, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bir Anayasa Mahkemesi olduğu hipotezinin doğrulandığı sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Ancak sorun sadece bu değil. Düşünülmesi gereken kritik konu, Strasbourg Mahkemesi'nin ilk tasarımının yapıldığı günlerdeki yörüngesinden çıkıp "hakların yargıcı" (juge des droits) olmanın yanında "hukukun yargıcı" (juge de droit) çizgisine ulaşması.

Devlet başvurularında Avrupa yargılamasının "objektifleşmesi", bu başvuruların Avrupa Anayasal-Kamu düzenini koruma adına, j.Q abstracto bir denetim olması yeni değil.³⁷

³³ Bu konuda bk. O. Jacot-Guillarmod, Regles, "Methodes et Principes d'Interpretation dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme," in L. E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article, Economica, Paris, 1995, s. 56 vd.

³⁴ Cf. J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", AJOA, 20 Şubat 1995, s. 124 vd.; L. Cameron, "Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", YEL Vol. 15, 1996, s. 219vd.

³⁵ Cf. Doc. Cour (92). 271. Ayrıca bk. Komisyon'un "Chrysostomos et al, v. Turkey" Kararı, HRLJ, 1991, s. 121.

³⁶ Bu konuda bk. J.-P. Marguenaud, La Cour Européenne des droits de l'homme, Dalloz, Paris 1997.

³⁷ Cf. İHAK'nun 11 Ocak 1961 tarihli **Austria v. İtaly** (No: 788/60) kararı; **İreland v. United Kingdom**, Seri A No: 25 (18 Ocak 1988). Ayrıca bk. **Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland**, Seri A No: 246-A (29 Ekim 1992); **Modinos v. Cyprus**, Seri A No: 259 (22 Nisan 1993).

Ancak; İHAM 'nin "mağdur" kavramını genişletmesi, potansiyel mağdurlara gerçek bir "actio popularis" kanalı açması,³⁸ Mahkeme kararlarının uygulanmasının Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce denetlenmesinin devletlere yüklediği "genel düzenlemeler" getirme şartı,³⁹ Mahkeme'nin Sözleşme'ye aykırı bulduğu yasal düzenlemeleri iç hukukunda muhafaza eden devletleri, Modinos Kıbrıs'a Karşı davasında olduğu gibi, mahkum etmesi (kararların erga omnes etkisi),⁴⁰ "autorite de la chose jugée" klasik formülü yanında "autorite de la chose interprétee" (yorumun bağlayıcılığı) tekniğine açıklığı İHAM'nin kimliğini tanımlamada açık yörünge değişikliği örnekleri.

Sözleşme Yargısı açısından altı çizilmesi gereken bir diğer nokta da, İHAM'nin, Sözleşme'nin 53. maddesi uyarınca taraf devletlerin Mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğünü "restitutio in integrum" kuralı çerçevesinde yorumlaması.⁴¹

Akduvar Türkiye'ye karşı davasında İHAM, Sözleşme'yi ihlal kararlarının, sorumlu devlete, "ihlali sona erdirmek ve ihlalin neden olduğu sonuçları ortadan kaldırarak, ihlalden önceki durumu yeniden sağlama yükümlülüğü" getirdiğini belirtti.⁴²

Bunun da ötesinde Mahkeme, Papamichalopoulos ve diğerleri Yunanistan'a karşı davasında, Avrupa Topluluk Mahkemesi "Hareketsizlik Davaları" kararlarında (arrât en manquement) görülen benzeri bir yetkiyi, kararlarının uygulanmasını denetleme yetkisini kendine tanıdı.⁴³

Avrupa Mahkemesi, 18 Ocak 1978 tarihli "İrlanda Birleşik Krallığa karşı Davası"nda,⁴⁴ kararlarının sadece somut vakaları çözüme bağlamak olmadığını ama, çok daha geniş bir çerçevede

³⁸ **Van de Hurk v. The Netherlands**, Seri A No: 288 (19 Nisan 1994).

³⁹ Bk. İleride.

⁴⁰ **Dudgeon v. United Kingdom**, Seri A No: 45 (22 Ekim 1981); **Modinos v. Cyprus**, Seri A No: 259 (22 Nisan 1993).

⁴¹ **Papamichalopoulos ve diğerleri v. Yunanistan**, Seri A No: 330-B (31 Ekim 1995), par. 34. Ayrıca bk. P. Van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, (Second Edition) 1990, s. 175 vd.

⁴² **Akduvar ve diğerleri v. Türkiye** (m. 50/1 Nisan 1998), par. 47.

⁴³ Seri A No: 330-B (31 Ekim 1995), par. 39.

⁴⁴ CEDH, arret Irlande c/Royaume-Uni du 18 janv. 1978, serie A, No: 25.

Sözleşme normlarını açıklama, koruma, geliştirme amacı taşıdığını açıklamıştı.⁴⁵

F. Sudre, Mahkeme'nin bu yaklaşımında, insan hakları ulusal hukuk rejimlerini uyşur duruma getirme vokasyonu görüyor.⁴⁶ Mahkeme'nin özerk kavramlar üretme ve geliştirmesi de bu vokasyonu güçlendirdi.

"Kural yorumunun bağlayıcılığı" teorisi ("autoritâ de la chose interprâtê) Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 117. madde (ön-karar) düzenlemesi çerçevesinde düşünölmüşü. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku konusunda çalışan hukukçular, bu teorinin, İHAM kararlarında da (Sözleşme'nin 45. maddesi çerçevesinde)⁴⁷ uygulanabileceğini düşünüyorlar.⁴⁸

Kısaca, Jean-François Flauss ve G. Cohen-Jonathan'ın not ettikleri gibi,⁴⁹ Strasbourg Mahkemesi ulusal yargıca, "Topluluk Hukuku'nun önceliği"ni gerçekleştirme yükümlölüğü getiren Topluluk Mahkemesi'ni örnek alarak, Sözleşme Hukuku'nun doğrudan etkisi tezini getirdi.⁵⁰

⁴⁵ "Le arrêts (de la Cour) servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur quantité de parties contractantes" (§. 158).

⁴⁶ F. Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, 3e ed., PUF, 1997, s. 342, vd.

⁴⁷ 11. Protokolle değişen İHAS metninde bk. m. 32: "The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the protocols thereto ...".

⁴⁸ Bk. G. Cohen-Jonathan, La Convention européenne des droits de l'homme, Economica, Paris, 1989, s. 255 vd; F. Sudre, Droit international et droit européens des droits de l'homme, PUF, 1997, s. 342 vd.; P. Waschsmann, "La Prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européens des droits de l'homme", in Le droit des organisations internationales: Recueil d'études a la mémoire de Jacques Schwab, (Textes réunis par J.F. Flauss et P. Waschsmann), Bruxelles, Bruylant, 1997, s. 241 vd.

⁴⁹ Bk. J.F. Flauss, "La Cour Européenne des Droits de l'Homme", loc.cit., s. 724; G. Cohen Jonathan, "Considerations sur l'autorite des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", in Liber Amicorum M.A. Eissen, Bruxelles, Bruylant, 1995, s. 49 vd.

⁵⁰ **Bk. Vermeire v. Belgium**, Seri A No: 214-C (29 Kasım 1991), par. 26: "The freedom of choice allowed to a state as to the means of fulfilling its obligations under Article 53 cannot allow it to suspend the application of the Convention while waiting for such a reform to be completed, to the extent of compelling the Court to reject in 1991, with respect to a succession which took effect on 22 July 1980, complaints identical to those which it upheld on 13 June 1979".

Bugün Anayasa yargısında bu iki düzeyin varlığından Türkiye de etkileniyor.

Bu konuda verilebilecek örneklerden ilki, Mitap-Müftüoğlu davası; ikincisi Öcalan davası ile ilgili "ara önlemler"; üçüncüsü Sosyalist Parti davasının sonuçları.

Örnek bir: "Mitap ve Müftüoğlu Davası" ve Sonuçları

Mikap ve Müftüoğlu'nun Türkiye'ye karşı yaptığı başvurularda (15530/89 ve 15533/89) İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, Sıkıyönetim Mahkemelerinin "**bağımsız ve tarafsız**" mahkemeler olmadığı sonucuna varmıştı. Bakanlar Komitesi 22 Nisan 1998 tarihli (98) 82 sayılı kararı ile bu başvuruları sonuçlandırdı. Komite, Komisyon Raporu doğrultusunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu belirlerken, Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 32. maddesi uyarınca kararın gereğini yerine getirmek için aldığı önlemleri yeterli gördü.

Türkiye bu konuya ilişkin olarak Bakanlar Komitesi'ne gönderdiği "**bilgi**"de, Sıkıyönetim Kanunu'nda 27 Aralık 1993'te yapılan değişikliği açıklamış; sıkıyönetimin kaldırılmasıyla sıkıyönetim askeri mahkemelerinin yargı yetkisinin sona erdiğini, görülmekte olan davaların da görevli ve yetkili sivil mahkemelere devredildiğini, sivil kişilerle ilgili davalarda askeri mahkemelerin artık yetkili olmadığını belirtmişti.⁵¹

Örnek iki: "Öcalan Vak'asında Ara-Önlemler"

Öcalan'ın avukatları 17 Şubat'ta İHAM'ne başvurarak müvekkillerinin haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme Yeni İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca ara-önlem ("ihtiyati tedbir") alınmasını talep etmişlerdi.⁵² 23 Şubat'ta Mahkeme'nin 7 yargıçtan

⁵¹ Human Rights Information Bulletin No: 43, (March-July 1998), s. 29.

⁵² Başvuruda İHAS'nin kişi hürriyeti ve güvenliğini koruma altına alan 5. maddesinin ihlal edildiği ileri sürülmüş; Sözleşme'nin yaşama hakkını koruyan 2. maddesine, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesine ve adil yargılanma hakkını güvenceye alan 6. maddesine de yollama yapılmıştı.

oluşan Daire'si avukatların yargı öncesi acil geçici önlemler alınması yönündeki taleplerini reddetti. Ancak buna karşın, iddiaların ağırlığını/ciddiliğini dikkate alarak, İktüzüğün 54. maddesine dayanarak Türk makamlarından, Öcalan'ın yakalanması ve gözaltına alınması ile ilgili bir dizi konu hakkında bilgi istenmesine karar verdi. Mahkeme, özellikle de, Türk hükümetinin, Öcalan'ın avukatlarıyla görüşme imkanları konusunda en kısa sürede bilgi vermesini istedi.⁵³

3 Mart günü Öcalan'ın avukatları müvekkilleriyle serbestçe görüşürülmedikleri gerekçesiyle ikinci kez ara-önlem talebiyle başvuruda bulundular ve Mahkeme 4 Mart'da bu yönde karar aldı.

Kararda; Şikayetçiye Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanmayla ilgili bütün hakların tanınması, Şikayetçinin savunma haklarına tam olarak riayet edilmesi ve avukatlarıyla serbestçe görüşmesinin sağlanması, İHAM nezdindeki başvurusu için serbestçe avukat tayin etme hakkının tanınması isteniyor.^{53a} İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 4 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren, "Mahkeme Kuralları" (Rules of Court) 39. madde düzenlemesi "Ara-önlemler'e (Interim measures) ilişkin. Kural 39'a

"1. (7 yargıçtan oluşan) Daire ya da gerektiğinde Daire'nin Başkanı; re'sen veya bir tarafın ya da ilgili diğer herhangi bir kişinin talebi üzerine, tarafların çıkarları veya önündeki davanın gereği gibi görülmesi açısından yerine getirilmesini uygun gördüğü herhangi bir ara önlemi taraflara bildirebilir.

2. Bakanlar Komitesi bu önlemler hakkında haberdar edilecektir.

3. Daire, bildirdiği herhangi bir ara önlemin uygulanması ile ilgili herhangi bir konu hakkında taraflardan bilgi isteyebilir."

⁵³ Press Release (23.2.1999/106).

^{53a} Öcalan v. Türkiye (no. 46221/99), Information Note No.4 on the case-law of the Court March 1999.

Örnek üç: "Sosyalist Parti Davası" ve Bakanlar Komitesi "ara karar"ı.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, Türkiye'nin İHAM'nin 25 Mayıs 1998 tarihli Sosyalist Parti ve diğerleri Türkiye'ye karşı davasında verdiği kararın gereklerini yerine getirmesi ile ilgili olarak 4 Mart 1999'da aldığı ara karar Sözleşme Hukuku'nun etkinliği açısından yeni sonuçlar doğuruyor.

Bakanlar Komitesi, Sosyalist Parti kararında Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan İHAM 'nin öngördüğü tazminatın Türkiye tarafından zamanında ödendiğini belirtmekle birlikte, Parti'nin kapatılmasına neden olan sözlerinden dolayı Doğu Perinçek'in İHAM kararından sonra Ankara DGM'de yargılanarak 14 ay hapis cezasına mahkum olduğuna dikkat çekiyor.

Bu mahkumiyet nedeniyle Perinçek'e siyaset yasağının da getirildiği belirtilen ara kararda, Bakanlar Komitesi, İHAS'nin 53. maddesi uyarınca Türkiye'nin Sosyalist Parti kararının gereklerini yerine getirme yükümlülüğü çerçevesine Perinçek'in aldığı mahkumiyet kararının sonuçlarının onadan kaldırılmasını da katmakta.

4 Mart 1999 tarihli ara kararda açıkça vurgulanan şu: Yetkili Türk mercilerinin gecikmeksizin harekete geçerek Perinçek'in mahkumiyetinden doğan bütün sonuçları ortadan kaldırmasının, Sözleşme'nin 53. maddesi gereği olarak Türkiye'nin yükümlülüğü olduğu.

3. Değişen "Anayasal Devlet Modeli" ve "Sürekli Demokrasi"

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin taraf Devletler "Kurucu Otoriteler"i tarafından tartışma konusu yapılamaması, "ANAYASAL DEVLET MODELİ"ni değiştiriyor.⁵⁴

⁵⁴ L. Favoreu, La notion de Cour constitutionnelle, in De la Constitution. Etudes en l'Honneur de J-F. Aubert, Helbing et Lichtenbahn, Bâle et Francfort-Sur-leMain, 1996, s. 26 vd; F. Sudre, L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme, RFDC, 1993, s. 222 vd.

Bu durumun açık örneklerinden biri, gebeliğin iradi kesintiye uğratılması konusunda İrlanda Anayasa Yargıcısı ile Avrupa Yargıcısını karşı karşıya getiren dava.⁵⁵

Bu davada İHAM, referandumla kabul edilen bir anayasa kuralını uygulayan Anayasa Mahkemesi kararını mahkum etmiş; "HALK"ın üzerinde yer almıştı.⁵⁶

Bu gelişmeler, taraf Devletlerin Sözleşme'yi onaylamalarıyla, "ANAYASAL EGEMENLİK" AYRIKLIĞINDAN, ferdi başvurularla çalıştırılan "SÜREKLİ DEMOKRASİ" - adına vazgeçmeleri anlamına geliyor.⁵⁷

Bu durumda İHAM 'nin demokratik meşruiyeti tanınması da önem kazanıyor.

4. İHAM'nin "demokratik meşruiyeti" sorunu ve MARTİNEZ

Strasbourg Mahkemesi yargıçları, her taraf devlet için, kendi gösterdiği üç aday arasından hükümetlerin yörüngesinde ulusal parlamentolarda belirlenen parlamenterlerden kurulu Avrupa Konseyi "Parlamenter Asamblesi" tarafından seçiliyor.⁵⁸

Strasbourg Mahkemesi demokratik meşruiyetinde "ölü açığı", aday belirlemede partizan kimlik ya da siyasal sadakatin etkili olması. Aday, parlamenter, muhalefet sıralarından gelmiyor, ama yine de, Sözleşmeye taraf 40 Devlet Hükümeti tarafından belirlenmesi

⁵⁵ **Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda**, Seri A No: 246 (29.10.1992). " ... It is, in principle, open to the national authorities to take such action as they consider necessary to respect the rule of law or to give effect to constitutional rights. However, they must do so in a manner which is compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions. To accept the Government's pleading on this point would amount to an abdication of the Court's responsibility under Article 19 to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties ... ", par. 69.

⁵⁶ J.-F. Flauss, Le controle de constitutionnalité des lois "referendaires", in Commission européenne pour la démocratie par le droit, Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, Publications du Conseil de l'Europe, collection Science et technique de la démocratie, No: 14, 1996, s. 13 vd.

⁵⁷ D. Rousseau, De la démocratie continue, in La démocratie continue, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1995.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi "yargıçları"nın seçiminde kullanılan formüller için bk: L. Favreau, Les Cours constitutionnelles, PUF, 1992 (2 edition) s. 20 vd.

Mahkeme'de belli bir plüralizmin varlığında etkili.⁵⁹ Avrupa Konseyi mutfağını da bilmek gerekiyor.

Kendini "paleo-marxiste" ya da "soixante-huitard" olarak tanımlayan İspanyol Miguel-Angel Martinez, 1992 yılında Parlemanter Asamble Başkanlığına seçilmişti.

Liberation gazetesine verdiği demeçte Martinez, "Nasıl Sandinista Cephesi Managua'yı kurtaran ilk komando grubunun bir üyesi olduysam, aynı biçimde Strasbourg'da Meclis Başkanım. Bu, özgürlükler için verilen kavgada sadece bir ara durak...." diyordu.⁶⁰ Martinez'in programında öncelikli sorun "Azınlıklar sorunu". Ona göre, "Bu sorun ya Konsey bünyesinde çözülür ya da hiç çözülemez".

Eğer demokratik meşruiyet tanımında insan hakları anlayışı da kullanılırsa, Martinez'in kimliği önemli bir gösterge.

BÖLÜM İKİ

PARTİ KAPATMA DAVALARINDA SÖZLEŞME YARGISI,

"DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ HUKUKU" ve "TERS SİMETRİ YASASI

1. Plüralizmle Tanımlanan "Demokratik Toplum Düzeni

Strasbourg yargı yerleri, "Demokratik Toplum Düzeni Hukuku"nu, "PLÜRALİZM"le tanımlıyor.

Dominique Rousseau'nun not ettiği gibi plüralizm, demokrasinin varlığı için gerekli unsurlardan sadece biri değil; Kantçı anlamı ile,

⁵⁹ 11. Protokol'le getirilen Avrupa Yeni Mahkemesi'ne üye seçimi tartışmaları için bk. H. Ch. Krüger, Procédure de sélection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, RUDH, 1996, s. 113 vd.; H.CH. Krüger, "Selecting judges for the new European Court of Human Rights", 17 HRLJ (1996), s. 401-404; J.F. Flauss, Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, RTDH, 1998. s. 435 vd.

⁶⁰ Liberation, 19 Haziran 1992.

demokrasinin sosyal, kültürel, siyasal, anayasal organizasyonunun bütününü şekillendiren bir prensip.⁶¹

Strasbourg organları İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin tanıdığı hakları yeni bir Hukuk tanımında kullanmakta. Bu yeni tanımda Hukuk, Devlet'in tanımı değil ama "Toplum"un tanımı; Hukuk'la gerçekleştirilen "**Demokratik Toplum Düzeni**".⁶² Özellikle de **grupsal kullanımlı hakların** yorumunda "**Plüralizm**" ya da farklılaşma hakkı, "Sivil Toplum" - "Devlet" münasebetlerinde "Hukuk Devleti"nin yeni tanımı. Kısaca, bugünün Hukuk Devleti, dünün Hukuk Devleti değil... **Sivil Toplumla tanımlanan Hukuk, Devlet'le tanımlanan Hukuk'un** yerine geçiyor. Hukuk Üreticileri ya da Politika'nın **aktörleri** de farklı.

Avrupa Komisyon ve Mahkemesi jürisprüdansında "**Demokratik Toplum**"; AYRIMCILIK YASAĞI,⁶³ HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ,⁶⁴ PLÜRALLİZM PRENSİBİ (Düşünsel, Siyasal, Sendikal) ile tanımlanıyor. Bu durumda, Delmas Marty"nin not ettiği gibi, "ulusal gelenekler karşısında plüralizmin korunması ciddi bir sorun."⁶⁵

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre "Demokratik Toplum"; plüralizmin, hoşgörünün düşünceye açıklığın, farklı olma hakkına saygının gerçekleştiği bir toplum. Kısaca çoğul yaşama hali, "plüralizm", "Demokratik Toplum"un kurucu unsuru.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hukuku, Velu ve Ergeç'in not ettiği gibi bütünü ile Demokratik Toplum düşüncesi üzerine kurulu.⁶⁶

⁶¹ Bk. D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien 1990, s. 249 vd. Ayrıca bk. J-P. Bizeau, "Pluralisme et Democraie Democratie" in RDP 1993, s. 513 vd.

⁶² Cf F. Sudre, La Convention Européenne des droits de l'homme, PUF, Paris 1992, s. 83 vd.; G.Cohen-Jonathan, Aspects européens des droits fondamentaux, Montchrestien, Paris 1996, s. 65 vd.

⁶³ Cf. G. Cohen-Jonathan, AFDI, 1996, s. 798 vd. Ayrıca bk. **Ingrid Hoffmann v. Austria**, No. 12875/87 (16 Ocak 1992), in 14 HRLJ (1993), s. 106 vd.

⁶⁴ Bk. P. Wachsmann, "La Prééminence du droit dans la jurisprudence de la CEDH", in Le droit des organisations internationales, Bruylant, 1997, s. 211 vd.; **Klas v. Germany**, Seri A No: 28 (6 Eylül 1978), par. 25-26.

⁶⁵ M. Delmas Marty, "Pluralisme et traditions nationales", Colloque de Rouen, Bruylant, 1996, s. 81 vd.

⁶⁶ Cf., J. Velu, R. Ergeç, La Cour Européenne des Droits de l'Homme. Bruylant. Bruxelles, 1990, s. 151 vd. Ayrıca bk. D.S. Harris et al, Law of the European Convention on Human

Devletlerin hak ve hürriyetlere bağlı kalacakları onak ölçütü ifade eden bu kavramın metne konma düşüncesinin kaynağında, "American Law Institute"un Evrensel Beyanname projesi var.

BM İnsan Hakları Komisyonu'nda, önerilen cümledeki "Devlet" kelimesi yerine "Toplum" konmuştu. Formül bu biçimi ile, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (m. 13, 15, 18), Sivil ve Siyasi Haklarla ilgili Milletlerarası Pakt'da (m. 6, 14, 21, 22) da yer aldı.⁶⁷ Bu yeni formülasyonun esprisi, öncelikle, kompleks bir toplumun gereklerini dikkate almakta. İnsan hakları konusunda Demokrasi düşüncesi, Sivil Toplum temeli üzerine kurulmuştu. "Toplum" kelimesinin "Devlet" kelimesinin yerine konması P. Vegleris¹ in altını çizdiği gibi, deskriptif bir ifadeyi Hukuk Kavramı

Son bir analizde Sözleşme Hukuku; kişi bütünlüğü, Hukukun üstünlüğü, çoğulculuk ve hoşgörüyü "Demokratik Toplum"un göstergesi sayıyor.⁶⁸ Bu anlamda Demokrasi, "Sivil Toplum" aidiyetli bir kavram. Sözleşme Hukuku, "Demokrasi"yi "Sipsi Toplum" kavramı olmaktan çıkarttı; "Sivil Toplum" kavramı yaptı.⁶⁹

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, kararlarında, demokrasinin çoğunluk düşüncesinin hakimiyeti anlamına gelmediğini, hakim konumların kötüye kullanılmasını engellemek için azınlık haklarının adil korunmadan yararlandırılması gerektiğini açıkça ifade etmişti. Çoğulculuk/Plüralizm zorunluluğu, Avrupa Mahkemesini bazı hakları üstün korumadan yararlandırma düşüncesine götürüyor. Bu haklardan biri de "ifade Hürriyeti". Mahkeme ifade hürriyetini

Rights, Butterworths, London 1995; G. Duprat, "Démocratie et société démocratique dans la construction politique de l'Europe" in G. Duprat ed, L'Union Européenne: Droit, Politique, Démocratie, PUF, Paris, 1996, s. 243, vd.

⁶⁷ Oscar M. Garibaldi, "On the Ideological Content of Human Rights Instruments: The Clause in a Democratic Society", Essays in Honor of Louis B. Sohn, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1984, s. 23-68; O. Jacot-Guillarmod, Rapport sur les rapports entre démocratie et droit de l'homme. "Permissible Limitations on Rights", in The International Bill of Rights: the covenant on Civil and Political Rights, L. Henkin, ed, Columbia Univ. Press, 1981, s. 290 vd.

⁶⁸ 68 F. Sudre, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, PUF, Paris, 1992 (2. ed.), s. 85 vd.; F. Sudre, "Les libertes proteges par La Cour Europeerine des Droits de l'Homme", in II Rousseau, F. Sudre, (ed), Conseil Constitutionnel et La Cour Européenne des Droits de l'Homme. Droit et Libertes Européennes, STH, 1990, Paris, s. 17 vd.; D. Rousseau, Les Libertes individuelles et la dignité de la persooe humaine, Montchretien, Paris, 1998.

⁶⁹ Bk. Bakır Çağlar, "Hukukla Kavranan Demokrasi, Ya da Anayasal Demokrasi", Anayasa Yargısı, C. 10 (1993), s. 265 vd.

demokratik toplumun ana temellerinden biri ve insan varlığının gelişmesinin ön şartı saydı.⁷⁰

Hoşgörü, plüralizm, düşünceye açıklık kavramlarını, Karl Popper de "Açık Toplum" düşünürken kullanmıştı ve bu demokrasi anlayış güncelliğini koruyor.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri Türkiye'ye karşı davasında verdiği 30 Ocak 1998 tarihli kararında, "Avrupa Kamu düzeninin kurucu unsuru" demokrasinin, Sözleşmenin öngördüğü ve onunla bağdaşabilen tek model" olduğunu söyledi.⁷¹ Mahkeme önceki kararlarında, özellikle de, Mathieu-Mohin ve Clerfayt'da demokrasinin insan haklarının korunmasında temel direklerden biri olduğu sonucuna varmıştı.⁷² Bu anlamda bütün hakların siyasi bir boyutu var. Kısaca Sözleşme "POLİTİK"le okunuyor.

Amerikalararası insan Hakları Mahkemesi'ne göre de, ifade hürriyeti, serbest tartışma kamusal alanı varlığının teminatı. Mahkeme 13 Kasım 1985 tarihli görüşünde,⁷³ "Bir ferdin ifade hürriyeti hukuka aykırı biçimde kayıtlığında, sadece o ferdin hakkı ihlal edilmiş olmaz, başkalarının da demokrasi ideallerine doğrudan bağlantılı bilgi ve düşünceye ulaşma hakkı da ihlal edilmiş olur. Bu nedenle, İnsan Hakları Amerikan Konvansiyonu 13. maddesi düzenlemesinin (ferdi ve kolektif boyutlarıyla) ikili bir koruma alanı vardır" sonucuna vardı. Mahkeme, "ifade hürriyetini", demokratik bir toplumda kamu düzeninin ilk ve belirleyici unsuru sayıyor.

Kamuoyunun oluşmasında vazgeçilmez unsur ifade hürriyeti, farklı düşünme hakkının, siyasi partilerin, sendika ve derneklerin gelişmesinin sine qua non şartı.

Toplantı ve örgütlenme hürriyetleri ile ifade hürriyeti arasında gel-gitler İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadında yerleşiklik

⁷⁰ Örnek kararlar için bk. Key extracts from a selection of judgements of the European Court of Human Rights and decisions and reports of the European Commission of Human Rights, Council of Europe, 1998, s. 132 vd.

⁷¹ **TBKP v. Türkiye** (30 Ocak 1998), par. 45.

⁷² **Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belgium**, Seri A No: 113 (2 Mart 1987), par. 47.

⁷³ Advisory Opinion OC-5/85 (13 Kasım 1985) in 7 **HRLJ** (1986) s. 74.

kazanan açık bir bağlantı. Plüralizmin kayıtlanmasının da bu çerçevede düşünülmesi gerekir.

Belli vakalarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 10. maddeyi bir *lex generalis* olarak gördü ve ihlalin bir *lex specialis* olan 11. madde ihlali içinde eridiği sonucuna vardı.

Bu konuda verilebilecek iki klinik örnekten ilki, "Ezelin Fransa'ya Karşı" davası⁽⁷⁴⁾; ikincisi, "TBKP ve diğerleri Türkiye'ye Karşı" davası.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 11. maddenin, özerk anlamı ve özel uygulama alanı varlığına rağmen, TBKP davasında 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtti ve düşüncelerin korunması ve bunları ifade hürriyetini, 11. maddede öngörülen toplanma ve örgütlenme hürriyetinin temel unsurlarından biri olarak kabul etti:

"The Court reiterates that notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 must, in the present case, also be considered in the light of Article 10. The protection of opinions and the freedom to express them is one of the objectives of the freedoms of assembly and association as enshrined in Article 11"⁷⁵

Benzer yaklaşımlar, sendikal haklarla ilgili olarak iki davada da görüldü.

Petrol-İş Sendikası başkanı Münir Ceylan haftalık bir gazetede yayımlanan "Yarın Çok Geç Olacanın" başlıklı yazısı nedeniyle İstanbul 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yargılanarak TCK

⁷⁴ **Ezelin v. France**, Seri A No: 202 (26 Nisan 1991): "In the circumstances of the case, this provision (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 10) is to be regarded as a *lex generalis* in relation to Article 11, a *lex specialis*, so that it is unnecessary to take it into consideration separately" (par. 35). "Notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 must, in the present case, also be considered in the light of Article 10. The protection of personal opinions, secured by article 10, is one of the objectives of freedom of peaceful assembly as enshrined in Article 11" (par. 37).

⁷⁵ par.42.

m. 312/2'den mahkum olmuş,⁷⁶ karar Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından da onanmıştı.⁷⁷

Ceylan'ın avukatlarının "karar düzeltilmesi" istemi reddedildi. Kararın düzeltilmesi başvurusunda, Sendikalar Yasası 'na göre TCK'nın 312/2. maddesinden hüküm giyenlerin sendikacılık yapamayacakları üzerinde de durulmuştu.

Münir Ceylan davası şimdi insan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde.⁷⁸ İHAK, Şubat 1994'de yapılan başvuruya (Başvuru No: 23556/94) ilişkin 11 Aralık 1997 tarihli raporunda 2'ye karşı 30 oyla İHAS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardı.⁷⁹

İHAM, Incal Davası'nda da, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini karara bağlarken TCK m. 312/2'den mahkum olanların siyasal örgütlerde, sendikalarda veya derneklerde faaliyette bulunma yasaklarını dikkate almıştı.⁸⁰

2. "Muhalefet Estetiği" ve Politik Arenanın Sınırları

Strasborug organlarının jürisprüdansiyel sentezini, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 'Piermont Fransa'ya Karst Davasında verdiği 27 Nisan 1995 tarihli kararında okumak mümkün. Mahkeme'ye göre ifade hürriyeti, J. P. Sartre'dan ödünç alınan bir formülle, "MUHALEFET ESTETİĞİ"

⁷⁶ İstanbul 1 No.lu DGM Kararı; E. 1991/330, K. 1993/122 (3.5.1993): "Dava konusu ... Münir Ceylan tarafından yazılan "Yarın çok geç olacaktır" başlıklı yazıda ... "Türkiye'de Kürtlere yoğunlaşan soykırım uygulandığı", "Kürt halkının sesinin soluğunun kesilmek istendiği" iddia ve ithamlarıyla halkın ırk, bölge ve sınıf farklılığı gözetilerek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmek istendiği ve TCK'nun 312/2. maddesindeki suçun unsurlarının oluştuğu kanaatine varılmıştır".

⁷⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesi onama ilamı; E. 1993/4192, K. 1993/5460 (14.12.1993).

⁷⁸ Press release (26.2.1999/111).

⁷⁹ Press releases issued by the Registrar of the European Court of Human rights (Strasbourg, March 1998), s. 28-29.

⁸⁰ **İncal v. Türkiye** (9.6.1998), par. 56: "The Court noted the radical nature of the interference in question ... Furthermore, as a result of his conviction of a "public order" offence, Mr Incal had been debarred from the civil service and forbidden to take part in a number of activities within political organisations, associations or trade unions".

Mahkeme⁸¹, kararında, "ifade hürriyeti"nin önemini tekrarlarlarken, "resmi görüşlere karşı gelen kişilerin de politik arenada yer alması gereği"nin altını çizdi ve Piermontun barışçıl-izinli bir gösteride yerel partilerin bağımsızlık taleplerini desteklemek amacıyla yaptığı şiddet çağrısı içermeyen konuşmasını "demokratik tartışma"ya katkı olarak değerlendirdi: "A person opposed to omca/ ideas and positions must be able to find a place in (the political arena)".⁸¹

"Euroland"ın doğuşunda İnsan Hakları anlayışının formülü kısaca bu. Ancak politik arena sınırsız değil. Karşılaştırma için iki örnek karar:

- Castells İspanya'ya Karşı Kararı.⁸²

İspanyol senatör Miguel Castells 11 Haziran 1979 tarihinde haftalık bir dergide yayımlanan yazısında, Bask Ülkesi'nde meydana gelen adam öldürme ve silahlı saldırılardan devlet cihazı içinde yerleşik olduğuna inandığı aşırı sağ örgütleri sorumlu tutmuştu.

Yüksek Mahkeme (Supreme Court) Senato'dan Castells'in parlamenter dokunulmazlığının kaldırılmasını istemiş, dokunulmazlığı kaldırılan Castells Yüksek Mahkeme'de yargılanarak 31 Ekim 1983'te 1 sene 1 gün hapis ve ayrıca aynı süre kamu hizmeti ve meslekten men cezalarına mahkum edilmişti.

Castell'in Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı kişisel başvuru (amparo) da mahkemenin 10 Nisan 1985 tarihli kararı ile reddedilmişti.

Bunun üzerine Miguel Castells 17 Eylül 1985'te insan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurdu. Başvuruyu (No: 11798/85) kabul edilebilir bulan Komisyon 8 Ocak 1981 tarihli raporunda insan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ifade hürriyetini koruma altına aran 10. maddesinin ihlal edildiğine 3'e karşı 9 oyla karar verdi. Castells

⁸¹ **İncal v. Türkiye** (9.6.1998), par. 56: "The Court noted the radical nature of the interference in question ... Furthermore, as a result of his conviction of a "public order" offence, Mr Incal had been debarred from the civil service and forbidden to take part in a number of activities within political organisations, associations or trade unions".

⁸² **Castells v. Spain**, Seri A No: 236 (23 Nisan 1992).

İspanya'ya karşı davası 8 Mart 1991 'de Komisyon, 21 Mart 1991 tarihinde ise İspanya hükümeti tarafından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne getirildi.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, kararında, ifade hürriyetinin, demokratik toplumun esas temellerinden birini Oluşturduğunu ve demokratik toplumun gelişmesinin temel şartlarından biri olduğunu; ifade hürriyetinin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, saldırgan olmayan ya da önemsiz görünen haber ya da düşünceler yanı sıra, karşı gelen, sarsan ya da rahatsız eden düşünceler için de geçerliliğini, bunun da demokratik toplumun onlarsız olmayacağı çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olduğunu, önceki kararlarına yollama yaparak bir kez daha belirtti.⁸³

Mahkeme'ye göre, herkes için önemli olan ifade hürriyeti, halkın seçilmiş temsilcisi açısından özellikle önemli ve muhalefet üyesi bir parlamenterin ifade hürriyetine yapılan müdahale Mahkeme'nin daha sıkı denetimini gerekli kılmakta.

Siyasi tartışma hürriyetine getirilen kayıtlamaların Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetine uygun olup olmadığını nihai olarak denetleme ve karar yetkisi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin.⁸⁴

Castells Kararı'nda, İHAM, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik toplum için zorunlu olmadığı sonucuna vardı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırdı.

İspanyol ad hoc Yargıç Carillo Salcedo oybirliğiyle alınan karara eklediği farklı görüşünde ise; ifade hürriyetinin mutlak olmadığını, hiç kimsenin Sözleşme'de düzenlenen hak ve hürriyetleri yok edici faaliyette bulunma hakkına sahip olmadığını (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 17) vurgulamıştı.

⁸³ Par. 42. Ayrıca bk. **Handyside v. The United Kingdom** (7 Aralık 1976) Seri A No: 24, Par. 49; **Observer and Guardian v. The United Kingdom** (26 Kasım 1991), Seri A No: 216, par. 59.

⁸⁴ Par. 46. Ayrıca bk. **Observer and Guardian v. The United Kingdom** (26 Kasım 1991), Seri A No: 216, par. 59.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Castells Kararı'nda, demokratik toplum düzenini tanımlarken, muhalefete hak ve bu hakkın kullanılmasında ifade hürriyetini esas alıyor. Mahkeme'nin önceki kararlarında da görüldüğü gibi, demokratik toplum düzeni çoğulcu bir düzen ve bu çoğulcu düzende ifade hürriyeti üstün korumadan yararlanmakta.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi muhalefet hakkı ya da muhalefeti ifade hürriyetinin korunmasında, "hükümet düzeni"ni gerekleri yerine, "demokratik toplum düzeni"nin gereklerini "belirleyici faktör" olarak görmekte.⁸⁵

- Mehdi Zana Türkiye'ye Karşı Kararı

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ifade hürriyetinin kayıtları konusunda "çok liberal" bir yaklaşımı benimsediği görülüyor ve ifade hürriyeti Strasbourg organları kararlarında maximal koruma alanından yararlandırılıyor. Strasbourg'a göre sadece kamu düzeninin açık ihlâli ifade hürriyetine getirilen kayıtlamayı doğrulayabilir.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, özellikle terörle mücadelede, demokratik bir toplumda öncelikli bir kamu yararı görmekte.⁸⁶

Komisyon "Mehdi Zana Türkiye'ye karşı"⁸⁷ davasında; "İfade hürriyeti (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 10), görev ve sorumluluklar içerir. Yetkili makamlarca terörizme karşı yürütülen amansız mücadele, demokratik bir toplumda son derece önemlidir. Böyle bir toplumda siyasi amaçlı şiddet toplum hayatına ve güvenliğine sürekli bir tehlike teşkil ediyorsa ve bu şiddet taraftarları medya aracılığıyla desteklerini belirtiyorsa, ifade hürriyetine olan hak ile toplumun demokratik rejimi yıkma gizli veya açık amacı güden silahlı grupların hareketlerine karşı korunması meşru hakkı arasında

⁸⁵ Naz çavuşoğlu, "Faili Meçhul Cinayetler, Hükümet ve ifade Hürriyeti: Miguel Castells İspanya ya Karşı", İ.Ü SBF Dergisi, NO.6 (Ocak 1994), s. 39 vd.

⁸⁶ Komisyon'a göre "la victoire sur le terrorisme est un interet public de toute premiere importance dans une société démocratique" (**Betty Purcelles et autres c. İrlande** (16.04.1995), DR 70, s. 262).

⁸⁷ Başvuru No: 18954/91, (10 Nisan 1996).

doğru bir dengenin sağlanması şarttır" sonucuna varmıştı. İHAM de bu davada aynı yaklaşımı kullandı.⁸⁸

3. "Değerlere Bağlı Demokrasi": Parti Kapatma Rejimi ve Sınırları

Alman hukukçu Carl Schmitt, Anayasanın yansız olmadığını, belli bir siyasi rejim tercihi siyasi kararının sonucu olduğunu yazmıştı.⁸⁹ Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası 21. maddesinde bu görüşü pozitifletirdi ve bu formül doktrinde "Militer demokrasi", "Koruyucu" ya da "Değerlere bağlı demokrasi" anlayışı olarak adlandırıldı.⁹⁰

Türk Anayasa Mahkemesi, HUZUR PARTİSİ VAKASINDA ilgili Anayasa hükmünün (m, 24/4), "Atatürk ilke ve inkılaplarıyla birlikte ele alınıp değerlendirilmesi" gerektiğini, bu düşünce sisteminin ANAYASA'NIN FELSEFESİ olduğunu ifade etmişti (K. 1983/2).⁹¹

Anayasa Mahkemesi, Huzur partisi ve benzeri Parti yasaklama davalarında, Resmi bir Anayasa ideolojisinin varlığını kabul etti ve POLİTİK ALANI, Anayasa Başlangıcında ifadesini bulan Resmi İdeoloji (milliyetçilik ve laiklik ilkeleri) ile sınırladı. Kısaca, "**Değerler Demokrasisi**"nin adını koydu.

1961 Anayasası'nın uygulandığı dönemde ve 1982 Anayasası çerçevesinde bugüne kadar, Anayasa Mahkemesi'nde 32 parti kapatma davası açıldı; 22 parti kapatıldı. Üç parti laiklik ilkesine aykırılık, oniki parti "Devlet'in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi"ne ve "Azınlık yaratma yasağı"na aykırılık gerekçesiyle kapatıldı.

Schmitt'çi tezin anti-tezini Strasbourg yargı yerleri getiriyor.

⁸⁸ **Mehdi Zana v. Türkiye** (25 Kasım 1997), par. 55, 56-62.

⁸⁹ Bk. O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar-Carl Schmitt face a l'avenement du nazisme*, Descartes et cie, 1997; O. Pfersmann, "Constitution et partis politiques", *Annuaire int. Just. Constit.*, 1993, s. 61 vd.

⁹⁰ *Democratie "combattante", "defensive", "armée", "liee a des valeurs"*. Bu konuda bk. G. Peiser, "L'institutionnalisation des partis politiques dans la République Fédérale d'Allemagne", *RDP*, 1959, s. 676 vd.

⁹¹ **Huzur Partisi**, E. 1983/2 (Parti Kapatma), K. 1983/2, R.G.: 15 Ekim 1984, 18546.

Bu görüş, insan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 30 Ocak 1998 tarihli Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 25 Mayıs 1998 tarihli Sosyalist Parti ve diğerleri Türkiye'ye karşı davalarında ifadesini buldu. Mahkeme'ye göre, siyasi hayata **şiddete çağrıda** bulunmadan, demokratik kurallara saygılı olarak katılan partilerin, Üniter ve Merkezi Jakoben Devlet anlayışı üzerine kurulu **Anayasal Yapıları** değiştirme projesi mahkum edilemez.

Bu mantık çerçevesinde, sadece Türkiye'de parti yasaklaması kuralları ve uygulamaları değil ama, Portekiz Anayasası'nın bölgesel vokasyonlu partileri yasaklayan 51(4). maddesi, İspanyol mevzuatı ve Avrupa "Yeni demokrasileri" anayasaları da Strasborug yargıcının kışkacına giriyor.

Portekiz'de, partilerin anayasallığı a priori denetimi mevcut. İspanya'da ise denetim a posteriori. Yargı yerlerinin kapatma karadan amparo başvurusu ile Anayasa Mahkemesine götürülebilir.

İspanyol Anayasası'nın 6. maddesi, Anayasa'ya ve yasaya uygun olmak kaydıyla siyasi partilerin serbestçe kurulabilecekleri ve faaliyette bulunabilecekleri hükmünü getiriyor. 6. maddede belirtilen tek sınırlayıcı düzenleme, partilerin iç yapısının ve işleyişinin demokratik olması gerekliliği.

Ancak 1978'de yürürlüğe giren 54/1978 sayılı Siyasi Partiler Yasası partilerin kapatılması kurallarını düzenledi. Bir siyasi partinin kapatılması, içişleri Bakanı'nın emriyle Cumhuriyet Savcısının açacağı dava üzerine mahkeme tarafından karara bağlanıyor.

Siyasi Partiler Yasası'nın 5. maddesi bir partinin "yasadışı" olarak kabul edilmesini iki nedene bağlamakta: 1) Partinin iç yapısının veya faaliyetlerinin demokratik ilkelere uygun olmaması; 2) Bir partinin Ceza Yasası'nda tanımlanan "kanuna aykırı" dernekler kategorisine girmesi.

Ceza Yasası'nın "kanuna aykırı" derneklerle ilgili 173. madde düzenlemesi, siyasi partiler açısından da geçerli. 173. maddeye göre; 1) Suç işlemeyi amaçlayan ya da teşvik eden; 2) Kanuna uygun amaçlar gütmekle birlikte şiddete yönelik araçlar kullanan; 3) Gizli ya

da paramiliter örgütlenmeler oluşturan; 4) Irk ayrımcılığı güden dernekler "kanuna aykırı" n sayılmakta.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi felsefesi çizgisinde, Avrupa Konseyi Hukukla Demokrasi Komisyonu'nun Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri için yazdığı anayasalar ise, siyasi Partiler, "Etnik, Irksal ya da Dinsel Temeller Üzerine Kurulamaz" kuralını getiriyor.⁹² Bu kuralın yaptırımını, bu tür partilerin Anayasa Mahkemelerince kapatılması.⁹³ Korunmak istenen yine sivil barış ama farklı bir yöntemle. Kısaca, "Politik Arena" sivil barışsızlık üreten düşünce ve örgütlenmelere kapalı.

Parti kapatma, örgütlerin karartılmasında tek teknik değil.

İrlanda'da 1972 tarihli yasa IRA'nın yasal siyasal kanadı SİNN FEIN'e anten yasağı getirmişti. İsrail'de Merkezi Seçim Komisyonu, sivil ve siyasi hayatta dini kuralları uygulamayı programına alan "Le Kach" partisinin 1988 yasama meclisi seçimlerine katılmasına izin vermedi ve bu karar İsrail Yüksek Mahkemesi'nce de onaylandı.⁹⁴

Fransa'da benzer bir uygulama Front National'e bağlı iki sendika için kullanıldı.⁹⁵

Ankara DGM Savcısı Nuh Mete Yüksel'in kullandığı hukuk mantığı da aynı çizgide.

⁹² Bk. Bulgaristan Anayasası (1991) m. 11/4; Makedonya Anayasası (1991) m. 20. Ayrıca bk. Romanya Anayasası (1991) m. 8/2, 37; Hırvatistan Anayasası (1990) m. 6/3; Estonya Anayasası m. 48/3-4; Slovakya Anayasası (1992) m. 29.

⁹³ Bk. Bulgaristan Anayasası (1991) m. 149/5; Makedonya Anayasası (1991) m. 110, 112; Romanya Anayasası (1991) m. 144; Hırvatistan Anayasası m. 125; Slovakya Anayasası (1992) m. 129/4.

⁹⁴ Bk. O. Beaud, Les derniers jours de Weimar-Carl Schmitt face a l'avenement du nazisme, Descartes et cie, 1997, s. 17.

⁹⁵ Bk. Jugement de la 1^{ere} Chambre Civile du Tribunal Evry du 10 mars 1997, jugement de la Cour d'appel de Paris du 17 Juin 1997, arret de la chambre mixte de la Cour Cassation du 10 Avril 1998, note A. Jeammaud, D. 1998, J., s. 399; Ayrıca bk. A. Jeammaud, note sous ch. Mixte, Cour de Cassation, 10 Avril 1998, Syndicat Front national penitentiaire et syndicat national des policiers en tenue, D. 1998, J., s. 389; Jugement de la 1^{er} Chambre civile du Tribunal de Toulon, jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier de 17 Dec. 1996 et arret de la chambre mixte de la Cour de cassation du 10 Avril 1998.

Ankara DGM Savcısı Nuh Mete Yüksel, RP'nin kapatma kararı ile milletvekillikleri düşen Erbakan ve siyasi yasaklılara aynı suçlamalarla TCK m. 146/1 'den iddianame düzenleyerek açtığı davada; 'Anayasal düzeni yıkararak yerine din devleti kurmak amacıyla militan yetiştirdikleri sabit olan Milli Gençlik Vakfı ile Milli Görüş'e büyük destek verdiği sabit olan Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği'nin kapatılmasını istedi.

Yine Fransa'da bugün, demokrasi yapısının parti iç yapısına uygulanması, seçmeli bir parti yasaklaması rejimini 10 Ocak 1936 tarihli bir yasa ile getiriyor. Askeri savaş grupları ya da sivil milis benzeri örgütlenmeli partiler sistem dışı sayılıyor.⁹⁶

Şiddet kullanma, ya da sokakta silahlı şiddete çağrı; Jeunesse Communiste Revolutionnaire, le Groupe Revoltes, Parti Communiste internationaliste, Parti Marxiste Leniniste de France, Gauche Proletarienne, La Ligue Communiste⁹⁷ gibi gruplaşmaların feshine gerekçe oldu. 1986 yıllarında gerçekleştirilen terörist eylemlerde; Bask bağımsızlık örgütü Iparretarak ve Kürdistan Komitesi'nin idari feshini hazırladı.⁹⁸

"Sistem-dışı ifade", Devlet-dışı şiddetle bir **"Karşı-meşruiyet"** üretiyor. Bu karşı-meşruiyet "Kızıl Tugaylar"da ideolojik, Bask ya da İrlanda olaylarında etnik ya da kültürel.

Terörizm kendi içinde bölünebilen bir "Şiddet Mekanı"nı tanımlıyor.⁹⁹ Bu farklılaşmalar, İspanyol "Bask Bölgesi"nde ETA (Euzkadi Ta Azkatasuna/Bask Ülkesi ve Özgürlük), Kuzey İrlanda'da

⁹⁶ "Commissaire du Gouvernement" Josse, "Parti National populaire" Vakasında bu örgütleri tanımlamıştı: "des formations hlerarcnisees. encadrees, soumises a une rigoureuse discipline, a des exercices de rassablement; des lors que leur organisation et leur entrainement tendent a les rendre aptes a des coups de main, ne seraitce que de stricte défense, on est en presence pour le moins d'une milice privée au ses de la loi de 1936. Peu importe l'absence d'armes, ce qui importe c'est l'organisation, l'entrainement l'esprit". Concl. Josse sur CE, 27 Kasım 1936, Parti National populaire s 37-3

⁹⁷ Decret de dissolution 12 Haziran 1968; Decret de dissolution 27 Mayıs 1970; Decret de dissolution 28 Haziran 1973.

⁹⁸ Décret de dissolution 17 Temmuz 1987; Décret de dissolution 2 Malık 1993.

⁹⁹ Sistem-dışı ifade biçimlerinden biri, TERÖR, karşı-terörü de üretiyor. Kanıt, İspanya'da "Grupos antiterroristas de liberacion" (GAL). iki GAL üyesinin yargılanıp mahkum edildiği ilk davada (1991), GAL'liler Devlet Cihazı'na yabancı sayılmış ve eylemlerinden dolayı Devletin "Sivil sorumluluğu" kabul edilmemişti ama, sistem-dışı ifadelerle mücadelede kullanılan örgütlerin varlığı da gerçektir.

IRA (Irish Republican Army/İrlanda Cumhuriyet Ordusu) Vakalarında görüldü.

Bu mekânları bölen, "Siyasi Mantık"la "Askeri Mantık" arasındaki farklılaşmalar. Bu farklılaşma tanışmasını yazanlardan Severine Labat,¹⁰⁰ "İslami Selamet Cephesi"nin (FIS) politik mantığı ile GIA'nın askeri mantığı arasında bir gerilim ya da derin bir uzlaşmazlık var mı yok mu? sorusuna verilebilecek cevabın zaman içinde değişebileceğini söylüyor.

Bu tartışma İspanya'da ilk defa Yüksek Mahkeme'nin üç yargıçlı Ceza Dairesi kararıyla gündeme geldi ve yargıçlar Herri Batasuna (Halk Birliği) yöneticileri ile, silahlı Bask Örgütü ETA arasında bağlantı kurdu; ayrılıkçı Bask siyasi örgütü kollejiyal yönetiminin 23 yöneticisini yedi yıl hapis ve 500.000 pezetas ödemeye mahkum etti. Mahkemenin, "suçta kollektif sorumluluk" anlayışını getiren toplu mahkumiyet kararı gerekçesi, toplum üzerinde terörle hakimiyet sağlamayı amaçlayan "silahlı çete" ile dayanışma ya da işbirliği. Farklı bir PARTİ KAPATMA anlayışının hukuki alt-yapısı.

İspanya'da "Herri Batasuna Vakası", parti kapatmadan 'PARTİ SÖNDÜRME" ya da "PARTİ KARARTMA" tekniğinin ilk uygulamalarından biri. En güçlü Bask sendikası genel sekreteri Şose Elorrieta'nın; 'Bu karar son derece ciddi. Çünkü, bir Partinin yedisi seçilmiş, 23 yöneticisi mahkum oldu" açıklamasının anlamı da bu. Bask yöresinden oyların % 15'ini alan, Özerk Bask Parlamentosunda 18, Ulusal Parlamentoda 2 temsilcisi olan Herri Batasuna Partisi kapatılmadı ama karartıldı. Yüksek Mahkeme kararında, "Önce büyük balıkları kızart" formülü kullanıldı.

İspanya'da "Herri Batasuna Vakası", Türkiye'de "DEP Vakası "nı hatırlatıyor. Bunun içindir ki, basında, "Başka Güneydoğu Modeli", "İspanya'da DEP Sendromu" başlıkları kullanıldı.

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın "PKK terör örgütünün siyasi kanadı olarak oluşturulan yasal görünümündeki maske kuruluş DEP'in milletvekilleri, Ahmet Türk, Leyla Zana, Orhan Doğan, Sırrı Sakık,

¹⁰⁰ S. Labat, Les Islamistes algeriens, Paris, Seuil, 1995.

Hatip Dicle ve Mahmut Alınak (Bağımsız)" başlıklı iddianamesinde, sanık milletvekillerinin, "HEP, sonra ÖZDEP, sonra DEP siyasi kuruluşları içinde çalıştıkları... ve eylemleri, PKK terör örgütünün Marksist-Leninist bir düzen içinde, Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da Kürdistan Devleti kurma amacına ulaşmadaki eylemlerinin bütünüdür" yazılı.

Herri Batasuna ve DEP vakalarının onak özelliği, "Denetlenen Siyasi İfade"nin sınırlarını, "Sistem-dışı İfade" ile çizme ve parti karartma ya da yasaklamada "Devlet-dışı" şiddet kriterini kullanma. Refah Partisi Davası'nda da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı benzer bir mantık kullandı.

Kısaca, parti kapatma tekniklerinde açık bir farklılaşma görülüyor.

Ancak siyasi partilerin yasaklanması, Pierre Esplugas'ın söyleşi ile "Ateşi düşürmeden termometreyi kırma!"¹⁰¹ politikası, sistemin korunmasında her zaman etkili olmayabilir; parti ideolojisinin taşıdığı değerler küllerinden yeniden doğabilir.

Fransa'da 1936'da aşırı sağcı ligaların feshi, birkaç yıl sonra Vichy Rejimi Olayı'nı engelleyememişti. Çok daha yakınlarda Korsika "Ulusal Bağımsızlık Cephesi'nin kapatılması ertesinde terör önlenemedi ve "Cephe" milliyetçi partilerde ve onların silahlı kollarında (A Cuncolta naziunalista, A Cuncolta naziunale Carsa (ANC), FLNC Canal historique, FLNC Canal habituel Resistenza) yeniden örgütlendi.

Türkiye'de kapa-aç partileri de bu çizginin örnekleri.

Pani yasaklama, rejimin korunmasında her zaman etkili değil; siyasi hayata hukuk protezi başarısız kalabiliyor.

Cezayir'de 1992 seçimlerinin askıya alınmasından sonra İslami Selamet Cephesi (Front islamique du Salut/FIS) yasaklanmıştı. 28

¹⁰¹ PIERRE ESPLUGAS, "L'interdiction des partis politiques", Revue Française de Droit constitutionnel, 36, 1998, s. 675 vd.

Kasım 1996 Anayasa değişikliği ve 1997 tarihli uygulama yasası bütün siyasi partilere İslam'a referans yapma yasağı getirdi, Dinin ulusa ait olduğu ve partizan farklılaşmaların üstünde kalması gerektiği gerekçesiyle. Sonuç biliniyor...

4. Strasbourg Yargı Yerlerinin "Mozaik Modeli"nde Ters Simetri Yasası

Strasbourg yargı yerlerinin "Demokratik Toplum Düzeni Hukuku"nun "'MOZAİK MODELİ"nde ters simetri yasası uyguladığı görülüyor.

Komisyon ve Mahkeme, "vicdan ve din özgürlüğü"nü (m. 9), "ifade" (m. 10) ve "örgütlenme" (m. 11) özgürlüğüne tanıdıkları üstün korumadan yararlandırmıyor.

4. 1. "Demokratik Toplum"un dinsel yansızlık prensibi

Strasbourg organlarının "Başörtüsü", "Yanaşık" ve "Kalaç" vakalarında 9. maddeye getirdikleri yorumla hedefledikleri, "Plüralist Demokratik Toplum" ve "Fert özerkliği" ile bağdaşmayan "İSLAMCI FUNDAMENTALİZM"ın mahkum edilmesi. Kısaca, farklı olma hakkına talebin, farklılıkları yok edici özüne hayır politikası.

İHAK "Yanaşık Kararı"nda;¹⁰² "Kamu yönetimlerinde dinsel yansızlık prensibinin, Demokratik Toplumun savunulmasında yararı"nın altını çizdi.

İHAM de "Kalaç Vakası"nda benzer bir karar verdi.¹⁰³

Türk Anayasa Mahkemesi, "**laiklik ilkesi**"ni; "Dinin, bireyin manevi hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama..." (K. 53/76) şeklinde

¹⁰² Başvuru No: 14524/89, (6 Ocak 1993).

¹⁰³ **Kalaç v. Türkiye** (1 Temmuz 1997), par. 27, 30-31.

özetlemiştir.¹⁰⁴ Strasbourg yargı organları da "**Entegrist**" (köktendinci) faaliyetleri 9. madde korumasından yararlandırmıyor.

İlk kararlardan biri, Anayasa Mahkemesi'nin Devletin yüksek eğitim laiklik kurumlarında prensibi adana başörtmeye Anayasa'ya imkan tanıyan yasal düzenlemeyi laiklik prensibi adına Anayasa'ya aykırı bulması ertesinde,¹⁰⁵ Komisyon önüne İHAS 9. maddenin ihlali iddiası ile gelen dosyada verildi. Komisyon 3 Mayıs 1993 tarihli kararında, Sözleşme'nin 27-2. maddesine göre başvurunun açıkça temelden yoksun olması (Dâfaut manifeste de fondement) nedenine dayanarak, başvuruyu kabul edilebilirlik aşamasında reddetti.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, 'Şenay Karaduman ve Lamiye Bulut Türkiye'ye karşı" davalarında; "**Sözleşme'nin 9. maddesinin, kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını mutlak olarak güvence altına almadığı; özellikle 9. maddenin 1. fıkrası anlamında, bir dinin uygulanması" ifadesinin, bir dinin veya inancın zorunlu kıldığı ya da esinlendiği her türlü hareketin yapılabileceği anlamına gelmediği**" sonucuna varmıştı.

Komisyon, Türk Anayasa Mahkemesi'nin "**Türban Davası**"na da referans yaptığı kararlarında; ulusal düzenlemeler, "farklı inanışlardaki öğrencilerin **birlikteliğini** sağlamak amacıyla yönelik olarak, öğrencilerin dinsel inançlarını açığa vurma özgürlüklerini yer ve biçim bakımından sınırlandırabilirler. **Özellikle nüfusun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin tören ve simgelerinin herhangi bir yer ve biçim sınırlaması olmaksızın sergilenmesi, sözü geçen dini uygulamayan veya başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabilir**" gerekçeleri ile, Sözleşme'nin 9. maddesinin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan hakka herhangi bir müdahale

¹⁰⁴ Ayrıca bk. **Refah Partisi Kararı**, E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, R.G. 22 Şubat 1998, 23266: "Laik düzende ... kamusal düzenlemelerin dini kurallara göre yapılması düşünülemez(...) Demokratik ve laik devlet, bireyler arasında inançlarına göre ayırım gözetemez.. Devletin dinlerden birini tercih fikri, ayrı dinlere bağlı yurttaşların yasa önünde e~itliğine de aykırı düşer"

¹⁰⁵ Karar yorumu için bk. C. Grewe et Ch. Rumpf, "La Cour constitutionnelle turque et la décision relative au foulard islamique", RUDH 1991, s. 121.

görmemiş, şikayetin kabul edilemez olduğuna oy çokluğu ile karar vermişti.¹⁰⁶

J.F. Flaussı 3 Mayıs 1993 tarihli kararın, Sözleşme'nin 9. maddesini dinsel emperyalizm adına bir çeşit "**Truva Atı**" olarak kullanmadan caydırıcılığını ve Sözleşme'nin her maksatla kullanılabilirliği olmadığını gösterdiğini yazdı.¹⁰⁷ Laiklik, "demokratik toplum düzeni"nin korunmasında etkili bir prensip olarak görülüyor.

4.2. Düşünce ve Örgütlenmede Farklılığın Korunması

Strasbourg organları, Türkiye'nin parti kapatma davalarında ise, Anayasa resmi ideolojisi ve yapısının "insan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku"na uygunluğunu sorguladı ve "Demokratik Toplum Düzeni"nde bu ideoloji ve yapılara "Karşı-Proje" üreten partilerin de siyasi arenada yer alması gerektiği sonucuna vardı. Başka bir ifadeyle, Avrupa Sözleşme denetimi, TBKP pilot-davası ve sonrasında, Parti yasaklama rejimine "Mermer Modeli"ne karşı "Mozaik Modeli"ni getirdi; Devletlerin "Anayasal özgürlüğü"nü gözaltına alırken "Takdir marjı"nı da sınırladı. Artık siyasal partilere getirilebilecek "**Anayasal Değerler Kayıtlaması**" mutlak değil.

Strasbourg organları "Devletin toprak bütünlüğünün korunması"nı, İHAS'nin 11. maddesinde yer alan "ulusal güvenliğin" sağlanması amacıyla bağlı olarak, prensipte, parti yasaklamada meşru amaç sayarken,¹⁰⁸ Devlet ve Halk'ın (peuple) bölünmezliğini bu korumadan yararlandırmıyor. Strasbourg yargıcı, "Ayrılıkçı" (sâparatiste) ve "otonomisi" parti programlarını da, şiddet üretmediği sürece, parti kapatmaya neden olarak görmüyor.¹⁰⁹

Yargıçlara göre, Demokratik bir toplumda örgütlenme (ve ifade) hürriyetine, özellikle de siyasi partiler söz konusu olduğunda, yapılan müdahalelerde taraf devletler sınırlı bir takdir marjına sahip ve bu

¹⁰⁶ **Şenay Karaduman v. Türkiye** (No: 16278/90; 3 Mayıs 1993); **Lamiye Bulut v. Türkiye** (No: 18783/91; 3 Mayıs 1993).

¹⁰⁷ Jean François Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme" L'Actualité juridique Droit administratif, 20 janvier 1994.

¹⁰⁸ **TBKP v. Türkiye** (30 Ocak 1998), par. 40-41.

¹⁰⁹ Bk. **Sosyalist Parti v. Türkiye** (25 Mayıs 1998).

takdir alanı da sıkı bir Avrupa denetimine tabi.¹¹⁰ Strasbourg'un bu yaklaşımı, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Sosyalist Parti pilot davalarında rahatlıkla okunuyor.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, "Sosyalist Parti ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı Davası"nda verdiği 25 Mayıs 1998 tarihli kararında, "Demokratik Toplum Düzeni"ni tanımlarken, toplantı ve dernek kurma hürriyetini (İHAS m.11), düşüncüyü açıklama hürriyetinin (İHAS m.10) tezahür şekillerinden biri saydı ve bir siyasi parti projesinin - Türklerle Kürtlerin eşit temsil edildiği "Federal Sistem"in - Devletin örgütlenme biçimine, Anayasa ideolojisine aykırı bulunsa bile demokrasiyi tahrip etmeyi amaçlamadığı, şiddete çağrıda bulunmadığı sürece, Sözleşme Hukuku korumasından yararlanması gerektiği sonucuna vardı.

Oysa, plüralizmin kayıtlanmasında, plüralizmin ulusal bütünlüğün teminatı sayılan ulusal egemenlik ideolojisi¹¹¹ ile bağdaştırılması arayışları da var. Bu sorun Korsika'nın statüsü ile ilgili Fransız Anayasa Konseyi'nin kararında; Anayasa'nın, yasa koyucuya, Fransız halkının farklı halklardan kurulu olduğu yönünde bir düzenleme yasağı getirir mi? tartışmasında açık ifadesini bulmuştu.

Anayasa Konseyi, Fransız halkı hukuki kavramının anayasal değerde olduğunu ve unsularını sadece anayasal değerde bir yasanın tanımlayabileceği sonucuna varmıştı.¹¹²

Anayasa Konseyi'nin bu anlayışını, Türkiye, Strasbourg'da parti kapatma davalarında kullandı ama İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin değerlendirmesi farklı.¹¹³

¹¹⁰ **TBKP v. Türkiye** (30 Ocak 1998), par. 46. Ayrıca bk. **Sidiropoulos and others v, Greece** (10 Temmuz 1998).

¹¹¹ Sorunun Avrupa Topluluk Hukukunun gelişmesi ile değişen boyutu için bk. J.C. Masclet, D. Maus (eds), *Les Constitutions Nationales a l'epreuve de L'Europe*, Documentation Française, Paris 1993. (Paris'te düzenlenen Kollokyuma sunulan tebliğler).

¹¹² Karar için bk. F. Luchaire, "Le statut de la collectivite territoriale de Corse", in RDP, 1991, s. 943 vd.

¹¹³ Ct. **TBKP v. Türkiye** (30 Ocak 1998), par. 29-30.

Buna karşılık 11. madde, Sözleşme'nin 17. maddesinin ışığında, faşist ideolojiden etkilenen örgütlenmelerin yasaklanma ya da feshine imkan tanıyan bir düzenleme olarak yorumlanmakta.

Hangi biçimde olursa olsun faşist düşüncelerin üretilme ve yayılması Sözleşme değerlerine aykırı görüldü ve Avrupa Hukuku korumasından yararlandırılmadı.¹¹⁴

Bugünler Fransa'sında Le Pen'in "Ulusal Cephe"sinin yasaklanması talepleri de bu çizgide tartışılıyor. Fransa devlet başkanı 23 Mart 1998 tarihli demecinde,¹¹⁵ "Ulusal Cephe"nin (Front National) "Yabancı Düşmanı" bir parti olduğunu açıklamıştı. Tartışma kaynağında bu görüş var.¹¹⁶

Sözleşme m. 17'nin ilk uygulanması (Alman Komünist Partisi v. Almanya, No: 250/57),¹¹⁷ Sözleşme ideolojisinin Batı Avrupa ülkelerinde komünist partilerin varlığı ile bağdaşmadığı biçiminde kavranmış ve eleştirilmişti.¹¹⁸ Bugün ise 17. madde nasyonsosyalist ideoloji partizanlarına karşı kullanılıyor. Komisyon nasyonsosyalizmin "Demokrasi ve insan hakları ile bağdaşmaz totaliter bir doktrin" olduğunu söyledi ve partizanlarının da 17. maddede sıralanan amaçları hedeflediği sonucuna vardı.¹¹⁹ Komisyon ırkçı ayrımcılık ve düşmanlığa tahriki de ayım kategori içine soktu.¹²⁰

Türkiye'nin "STRASBOURG DOSYALARI" arasında, Anayasa Mahkemesi'nin "Devlet'in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü ilkesi"ne ve "Azınlık yaratma yasağı"na aykırılık gerekçesi ile kapattığı Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Sosyalist Parti, Sosyalist Türkiye

¹¹⁴ Bk. Komisyon'un 21 Mayıs 1976 tarihli **X v. italya** (No: 6741/74; D.R. 5, s. 83) kararı. Komisyon'un öne çıkarttığı, "demokratik kurumları koruma" amacı. Ayrıca bk. **J. Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda** (No: 8348/78, 8406/78; 11 Ekim 1979).

¹¹⁵ Bk. Le Monde, 25 Mars 1998.

¹¹⁶ P. Robert Duard, "Faut-il interdire le FN?", Le Monde, 18 Mai 1990; F. Dufay, "Que faire de FN?", Le Point, 4 Avril 1998, s. 62; P. Devedjian, Le Monde, 21 Aout 1998.

¹¹⁷ Comm. EDH, req. 250/57, Parti communiste d'Allemagne c. RFA. Dec. 20 juillet I-57, Ann., I, s. 22.

¹¹⁸ Ct. F. Sudre, Droit International et europeen des droits de l'homme, PUF, Droit fondamental, 1997, s. 145.

¹¹⁹ Comm. EDH, dec. 12 octobre 1989, H, w.p et C. Autriche. D et R, 32, s. 216.

¹²⁰ Comm. EDH, 18 oct. 1995, Honsik c/Autriche, DR, 83 B, s. 77. 17. madde uygulama sorunu konusunda bk. P. Le Mire, in La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imberl (eds.), Economica, 1995, s. 510 vd.

Partisi, Halkın Emek Partisi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi, Demokrasi Partisi dosyaları var. Bu dosyalardan üçü İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne intikal etti. Türkiye Birleşik Komünist Partisi davası ile Sosyalist Parti davasında karar verildi. Özgürlük ve Demokrasi Partisi davası ise hâlen devam ediyor.¹²¹

Türkiye'nin parti kapatmayla ilgili Strasbourg dosyalarının ağırlıklı konusu "azınlık" sorunu.

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan "Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşme" 1 Şubat 1995'te imzaya açılmıştı; 1 Şubat 1998'de yürürlüğe girdi. 40 Konsey üyesinden 36'sı Sözleşme'yi imzaladı, ya da onayladı. İmzalamayan 4 üye Devlet arasında Fransa ve Türkiye var.¹²²

Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşme, genel olarak ulusal azınlıkların korunmasını konu alan hukuki bağlayıcılığa sahip çok taraflı ilk belge. "Çerçeve Sözleşme" hükümleri doğrudan uygulanabilir olma özelliğine sahip değil. Sözleşme hükümlerinin çoğu "programatik" nitelikte. Ancak Üniter (Tek-Yapılı) Devletlerin politikalarının bu yeni düzenlemeden etkileneyeceği açık. Taraf devletler, Sözleşme hükümlerini, ulusal yasal düzenlemeler ve uygun hükümet politikalarıyla uygulamayı "taahhüt ediyor".

Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında, özel koşullarını göz önünde tutabilmeleri için devletlere geniş takdir yetkisi bırakılmış olsa da, bu düzenleme Türkiye için ciddi bir sorun.

Kısaca, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Komisyonu karadan birlikte okunursa, Strasbourg 'da mahkum edilen Türkiye'nin mücadelecisi ya da "Militan Demokrasi" anlayış. Komisyon'a göre yasaklanabilir partiler, sadece "İhtilalci", "Faşist İrkçi" partiler. Bu durum, Türkiye'nin siyasi ve hukuki topografyasını ve Anayasa Mahkemesinin sistem içindeki yerini derinden etkiliyor.

¹²¹ Türkiye Birleşik Komünist Partisi (No. 19392/92), Sosyalist Parti (No. 21237/93), Sosyalist Türkiye Partisi (No. 26482/95), Halkın Emek Partisi (No. 22723-25/93), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (No. 23855/94), Demokrasi Partisi (No. 25141/95). Kapatılan Refah Partisi'nin de başvuruda bulunduğu biliniyor.

¹²² Bk. Naz Çavuşoğlu, İnsan hakları hukukunda azınlık hakları: Ulusal azınlıkların korunmasına ilişkin çerçeve sözleşme, Bilim Yayınları, İstanbul 1999.

"Azınlık" haklarına ilişkin şekillenmekte olan ortak standartlar da düşünülürse, sorun Oldukça ciddi.

İKİ SONUÇ

1. Kaosun "Jeo-Hukuku" ve Yargıç Jambrek'in Sorusu

Klasik liberal demokrasilerin anayasal teknolojisi, sosyal bir münasebetle yapısal olarak bölünmüş işçi ve burjuva geleneksel blokları - toplumu, siyasal çoğunluk ve çoğunluk olma istidadı taşıyan siyasal azınlık çerçevesi içinde örgütleyip bütünleştirme formülü üzerine kurulu.

Sosyal-sınıfsal bölünme ve uzlaşmazlıkların, bu uzlaşmazlıkları ifade eden ideolojiler ve örgütlenmelerin erozyonu, demokrasilerin siyasal-anayasal projesinin içine işlemekte. Geleneksel sosyal blokların çöküşü, anayasal örgütlenmenin siyasal-ideolojik unsurunu değiştiriyor.

Sosyal münasebetler yerine milli, etnik, dinsel köklü kimliksel kapanmalar ya da sadece bu köklerde kimlik arayışı, liberal anayasa ideolojisi ve bu ideoloji üzerine kurulu anayasal tekniklerin krizini hazırlıyor.

Ignacio Ramonet'nin söyleyişi ile, "Kaos'un Jeopolitigi,¹²³ bu kaosa uyumsuz Strasbourg mekanizmalarını da etkileyecek.

Bu sorunun altını Yargıç Jambrek, İHAM'ın "Loizidou Türkiye'ye Karşı Davası"nda verdiği 18 Aralık 1996 tarihli karara yazdığı karşı oyda çizmişti: "Loizidou kararı, İHAM'ın rolünü etkileyebilir. Mahkeme, Hırvatistan, Bosna-Hersek ya da Rusya gibi yeni üyelerle ilgili olabilir davalarda, Loizidou Davası'nda verdiği kararın sonuçlarına katlanacaktır. Mahkeme, "Sırp Cumhuriyeti" (Republica Srpska) nın, Krajina sırp bölgesinde, Bosna-Hersek'in diğer bölgelerinde ya da Çeçenistan'da olanlar üzerinde karar vermek zorunda kalabilir.

¹²³ Cf. i. Ramonet, Géopolitique du chaos, Galilée, Paris 1997; P. Boniface, "Danger&Proliferation étatique", Le Monde Diplomatique, Janvier 1999. Ayrıca bk. Franck Attar, Le droit international: Entre ordre et chaos, Hachette, Paris 1994, s. 566 vd.

Bu mekanlarda, Sözleşme ile korunan hakların ihlali iddiaları, sadece yüzler ve binlerle değil ama milyonlarla sayılacaktır. Bu sorun Mahkeme'nin İnsan haklarını korumada etkinliğini de tartışma konusu yapacaktır. Çünkü sorun, etnik, toplumlararası ya da büyük boyutlu politik sorunlardan soyutlanamayacak ferdi durumlarla ilgilidir...".

Yargıç Jambrek'in "Problem"i, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Sistemi'nin yeni tür uzlaşmazlık ve çatışmalar karşısında donatımsız olması problemi, bir "Hukuk Dilemması". Mill-Üstü bir yargı yeri, etnik, toplumlar arası ya da büyük boyutlu politik sorunlarla karmakırıışıklık içindeki ferdi durumlar sorununu nasıl çözebilir? ...

Kaos'un "Jeo-hukuk"u, Türk Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma dosyalarında da okunuyor.

2 Sözleşme Yargısı'nın Niteliği Tanışması

İHAM yargısının niteliği tartışması sadece teolojik ya da akademik bir tartışma değil.

Tartışma, Strasbourg yargıçları kararlarının bağlayıcılığı konusunda kritik bir önem taşıyor; özellikle de, Strasbourg dosyalarının sonuçlandırılmasında Mahkeme'nin önceki kararlarının emsal teşkil etmesi durumunda.

Bugün Mahkeme kararlarının "Autoritâ précâdentielle" niteliğinin dikkate alınması, Anayasallık denetimi "sert çekirdeği"nin sadece karar hükmünde değil ama gerekçede kurulması (ratio decidendi) belli bir anayasa yargısı anlayışını tartışılır kılıyor.¹²⁴

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, insan haklarına iki "Çevre"li (spheres) - "Ulusal Çevre" ve "Avrupa Çevresi" - koruma sistemi

¹²⁴ Bu konuda bk. Jean-François Flauss, "La Cour Européenne des droits de l'homme ... ". loc.cit., s. 728 vd.

getirirken¹²⁵ önceliği ilkin tanımış, ikincisinin "Subsidiarite - Subsidiarity" karakteri üzerinde durmuştu.¹²⁶

Bu prensibe göre, Strasbourg denetim organlarına ferdi başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekli, Ancak bu kural her zaman geçerli değil¹²⁷ ve taraf devletin Sözleşme'nin 53. maddesine göre Avrupa Mahkemesi kararını uygulaması gerekli. Bu durumda Strasbourg Mahkemesi ilk ve son derece mahkemesi.

İki yargı 'Çevre' nsi kesin kararlarının çelişmesi durumunda¹²⁸ karşılaşılabacak sorunların çözümü için, İnsan Hakları Yönetim Komitesi denetiminde çalışan "İnsan hakları koruma prosedürlerinin iyileştirilmesi Uzmanlar Komitesi", "**Yargılamanın yenilenmesi**" formülünü önermişti: "La rävission des procespeut assurer une évolution uniforme et harmonieuse de la jurisprudence de Strasbourg dans les Etats parties" (Yargılamanın yenilenmesi taraf devletlerde Strasbourg jürisprüdansının tek biçimli ve uyumlu gelişmesini sağlayabilir).¹²⁹

Bu arayış karşısında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve İspanyol Anayasa Mahkemesi çizgisinde, Türk Anayasa Mahkemesi de İHAM kararlarının "deklaratif niteliğinin altını çizdi. Ancak Yüksek Mahkemeler kararları arasında benzerlik bununla sınırlı.¹³⁰

¹²⁵ K. Lenaerts, Le juge et la Constitution aux Etat-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen. Bruxelles, Bruylant, 1988, s. 333, vd.

¹²⁶ H. Petzold, "The Convention and the Principle of Subsidiarity", in The European System for the Protection of Human Rights, R. St.-J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (ed.), Dordrecht, sosisoo. London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 41 vd.

¹²⁷ F. Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, 3e ed., PUF, 1997, s. 306 vd. Bir örnek karar: Menteş v. Türkiye (28 Kasım 1997), par. 55-61.

¹²⁸ G. Ress, Effects des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux, Actes du 5e séminaire international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Paris, Pedone, 1982.

¹²⁹ Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme sous l'autorité du Comité directeur pour les droits de l'homme, "La Convention européenne des droits de l'homme: instauration d'une procédure de (vision au niveau national pour faciliter la conformité avec les décisions de Strasbourg", RUDH 1992, s. 1vd.; Study prepared by the Committee of Experts for the improvement of procedures for the protection of Human Rights under the authority of the Steering Committee of Human Rights, "The European Convention on Human Rights: Institution of review proceedings at the national level to facilitate compliance with Strasbourg decisions, Council of Europe, H(92) 1, January 1992.

¹³⁰ Sistematiik bir değerlendirme için bk. A.J. Andriantsimbazovina, "L'Autorité des arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'Etat", RFDA, 14(5), 1998, s. 978 vd.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, "İki Yargı Çevresi" teorisi karşısında tavrını, 19 Mart 1997 tarihli "HORNSBY KARARI"nda açıkladı.

- Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin "PAKELLİ KARARI"

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 11 Ekim 1985 tarihli "PAKELLİ KARARI"nda, ulusal yargının "revizyon" yükümlülüğünü açıkça tanımadı ama, Avrupa Mahkemesi kararlarının doğrudan etkisini (effet direct), mahkum edilen ulusal yargı kararının uygulamasının İHAM kararının verildiği tarihte sürmesi durumunda kabul etti.¹³¹

- İspanyol Anayasa Mahkemesi

İspanyol Anayasa Mahkemesi başkanı Alvarez Rodriguez Bereijo'nun Mahkemenin 1989 sonrasında verilen en önemli kararları arasında saydığı,¹³² 16 Aralık 1991 tarihli kararda, Anayasa Mahkemesi, "Anayasa ve temel hakların yüksek yargıcı olarak, kamu otoritelerince bir temel hakkın ihlal edildiğine hükmeden Avrupa Mahkemesi kararının etkili uygulamaya konmasında" kendini yetkili gördü.¹³³

- Türk Anayasa Mahkemesi ve Türkiye Birleşik Komünist Pam Davası

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 30 Ocak 1998 tarihli TBKP kararı ertesinde TBKP, Nihat Sargın ve Nabi Yağcı adına Avukat Güney Dinç ve Avukat Ersan Şansal "yargılamanın yenilenmesi" talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardı.

¹³¹ R. Ergec, "L'autorité dans l'ordre juridique beige des décisions des organes de la Convention européenne des droits de l'homme", in P. Vassart (ed.): G. Haarscher, L. Ingber et R. Vander Elst (dir.), Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, travaux du Centre national de recherche de logique, Bruxelles, Nemesis, 1988.

¹³² Bk. "Entretien avec Alvarez Rodriguez Breijo" in Les Cahiers du Conseil Constitutionnel m, 1997, s. 54 vd.

¹³³ Tribunal constitutionnel espagnol, arret No: 245/1991 du 16 decembre 1991, AİJC Vii, 1991, chron. E. Aliberti et aL., s. 512 vd. ispanyol Anayasa Mahkemesi kararına esas teşkil eden, Barbera, Messegue ve Jabardo ispanya'ya karşı davasında verilen kararının uygulanmasıydı. Bk. İHAM'nin 6 Aralık 1988 tarihli kararı (Seri A No: 146).

Anayasa Mahkemesi Genel Sekreteri'nce 29 Haziran 1998 tarihinde kayda geçirilen dilekçede; insan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı gerekçe gösterilerek, "yargılamanın yenilenmesi" isteminin kabul edilmesi, "TBKP'nin kapatılması hakkındaki kararın kaldırılması, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan kapatma davasının reddine karar verilmesi" talep edilmişti.

"Yargılamanın yenilenmesi", talebi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327/1 (5). Maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 53. maddesine dayandırılıyor.

Dilekçe'de; Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 2949 sayılı Kanun'un 33. maddesindeki "Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar Ceza Muhakemeleri Usulü hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır" hükmü hatırlatılmakta ve, siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi'nde yargılandıkları davalarda savunma hakkına ilişkin yorum ve uygulamaların CMUK çerçevesinde değerlendirildiği; CMUK'un 327. maddesinin 5. bendinin ise, "yeni vakıalar veya yeni deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başma veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde sanığın beraatini" gerektirecek koşullar oluşmuşsa, bu durumu yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul ettiği belirtilmekte.

Bu çerçevede, CMUK madde 327/1 (5) ile insan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 53. maddesi arasında bir bağlantı kuruluyor.¹³⁴

TBKP avukatları, İHAM'nin 30 Ocak 1998 tarihli kararının, CMUK 327/1 (5). madde uyarınca "en azından 'yeni vakıalar veya yeni deliller' kapsamında değerlendirilmesini" , bu yönde bir değerlendirmenin de (Anayasa Mahkemesi Kararı ile İHAM kararı arasında) "oluşan çelişkinin ulusal hukuk içinde çözümüne yol açacağını" savunmaktalar.

¹³⁴ İHAS m. 53: "Sözleşmeciler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin vereceği karara uymayı taahhüt ederler". 11. Protokol'le değişen Sözleşme metninde eski 53. maddeyi (ve 54. maddeyi) kapsayan yeni 46. maddenin başlığı, "Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve yerine getirilmesi" .

Anayasa Mahkemesi ise, İHAM kararını "yeni vakıa ve delil" niteliğinde bulmayarak, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine 16 Şubat 1999 tarihinde oybirliğiyle karar verdi. Kararda; İHAM'nin TBKP kararının "Parti'ye yüklenen eylemlerin kanıtı olan Parti Program ve Tüzüğü dışında yeni delil sayılabilecek" herhangi bir hususu ortaya çıkarmadığı; İHAM'nin "Parti program ve Tüzüğünde yer alan düşüncelerin ve Sözleşme'nin 11. maddesinin yorumunu yaparak" kapatma kararının Sözleşmeye aykırılığına karar verdiği belirtilmektedir.

İHAS'nin 11. maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelikte bir hüküm olmadığına altını çizen Anayasa Mahkemesi, TBKP' nin kapatılması davasında Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu hükümlerinin uygulandığını, "Parti Program ve Tüzüğünde yer alan ve gerçekleştirilmesi istenilen düşüncelerin, Anayasa ve Siyasi Partiler Yasası normları karşısında değerlendirilmesi(nin) kuşkusuz bağımsız Türk Yargı Organlarının yetkisi ve görevi içinde" olduğunu söylüyor.

Karara göre; "Doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan Sözleşme'nin 11. maddesi ile, kapatılan Parti'nin Program ve Tüzüğünde yer alan düşüncelerin hukuki değerlendirilmesi ve yorumu biçiminde olan Divan (İHAM) kararı Mahkememizce yeni vakıa ve delil olarak kabul edilmemiştir. Hukuki değerlendirme ve yoruma dayalı kararlar yeni vakıa veya delil olarak kabul edildiği takdirde, kesin hüküm kavramının yok olması, dolayısıyla hukuk güvenliğinin ortadan kalkması tehlikesi ile karşılaşılabilir".

Kısaca, Türk Anayasa Mahkemesi, Sözleşme kurallarını" doğrudan uygulanabilir" nitelikte bulmuyor ve kesin hüküm kavramını, "hukuk güvenliğinin korunması" adına korurken iki çevreli hukuk yargılamasını da kabul etmiyor.

- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve HORNSBY KARARI

Hornsby Davası'na bakan Avrupa Yargıcı'na göre, bir kararın uygulanması, hangi yargı karar olursa olsun, Sözleşme 6. madde düzenlemesinin etkili sonucunu gerçekleştirme zorunluluğunun mantıksal bir sonucu.¹³⁵

¹³⁵ Hornsby v. Greece (19 Mart 1997): "Execution of a judgement given by any court had to be regarded as an integral part of the "trial" for the purposes of Article 6".

Avrupa Mahkemesi'nin bu anlayışı, ulusal yargıca Avrupa kesin yargı kararlarını uygulama yükümlülüğü de getiriyor.¹³⁶

Bu durumda, 6. madde düzenlemesinin uygulanması, taraf devletlerin Sözleşme'yi onaylarken taahhüt ettikleri hukukun üstünlüğü prensibinin zorunlu bir sonucu; kararların uygulanmasını talep hakkı da "maddi bir hak".¹³⁷

Şubat 1999'a göre İHAM önünde Türkiye aleyhine 1924 dava var, İtalya 1290 dava ile ikinci sırada. İtalya'ya karşı davalarda yoğun şikayet konusu yargılama sürelerinin uzunluğu. Türkiye'nin DAVA TOPOGRAFYASI çok farklı.

Türkiye'ye karşı davaların içinde; 106 dava Yaşama Hakkı, 109 dava işkence, 129 dava Kişi Güvenliği, 232 dava Adil Yargılanma, 128 dava Düşünce-Din Vicdan Hürriyeti, 10 dava Toplantı ve Örgütlenme Hürriyeti ile ilgili.

Bu durumda, "İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ HUKUKU"nun Türk hukukçuları için, siyasi-hukuki bir UFO (Undefined flying objects) olduğunu söylemek zor, anlamak kolay...

¹³⁶ J.F. Flauss, JCP 1997, 11. 22.949: note Dugrip et Sudre, Rev. Trim dr. Civ. 1997, 5.1009 vd.

¹³⁷ Cf. S. Guinchard, "Le procès équitable: Un droit fondamental?" in Les droits fondamentaux, op.cit., s. 191 vd.