

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA

«DEMOKRASİ»

— sentetik bir deneme için notlar —*

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR**

■ Le social n'est pas tout, le droit existe aussi»

(Sosyal herşey değildir, Hukuk da vardır)

BAŞLARKEN

Demokrasinin iki adı, Sivil Toplum Devlet münasebetleri biçimi olarak demokrasi ve Siyasi yapılanma biçimi olarak demokrasidir ve demokrasi, sadece bir iktidar verme tekniği değil ama, aynı zamanda bir iktidar kullanma tekniğidir ve köklerinde, her zaman, mikro-sosyal münasebetler ağı vardır.

Ve bugün, demokrasinin ne olduğunu sadece «sosyal» le ve «politik»le açıklamak yetmez, demokrasinin ne olduğunu söyleyen «**Hukuk**»da vardır. Bu çalışmada yapılmak istenen de budur.

«İnsan hakları, bugün, yeni bir ideoloji, Marksizm ve klasik liberalizm dışında bir üçüncü yoldur. Plüralist demokrasilerde, Sivil Toplum üzerinde Devletin vesayet aracı hukuk anlayışından, Hürriyetin Hukuku'na, geçiş, Toplum-Devlet münasebetlerini, Siyasi yapılanma biçimlerini farklı düşündürmüş, hürriyetler hukukuna sivil toplum baskını Hukuk Devleti'nin anlamını yenilemiştir.

(*) Anayasa Mahkemesi'nin 28. Kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Anayasa Yargısı konulu sempozyuma sunulmak için hazırlanan tebliğ.

(**) İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

Plüralist demokrasilerde, bugün insan Hakları pozitif hukukunun kaynağında, demokrasi ve İktidar anlayışını yenileyen fert merkezli düşünce vardır. Ve eklemek gerekir ki, bugün, insan hakları hukuku, bir «DEVLETSİZ HUKUK», ya da Yargıç yapısı hukuk olma istidadı taşımaktadır, insan Hakları yeni ideolojisini hukuk yapan, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Mahkemesi, Topluluk Mahkemesi, Anayasa Mahkemeleri yargıçlarıdır. Neden **«Hukuk da vardır»** sorusunun basit cevabı belki de budur.

82 Sisteminin **«Zorlu Problem»**!, -Yönetilebilir - Yapılı Demokrasi» felsefesi yanında, İnsan Hakları yeni ideolojisini şekillendiren Avrupa **«Üstün - Hukukiliğine ve «Devletsiz Hukuk»a** açıklığıdır.

Ve hangi «Demokrasi» sorusunun cevabı da bu «Zorlu Problem »in çözümüne bağlıdır.

BÖLÜM BİR

SİVİL TOPLUM-DEVLET MÜNASEBETLERİ BİÇİMİ OLARAK DEMOKRASİ YA DA «**YÖNLÜ DEMOKRASİ**» VE JÜRİSPRÜDANSİYEL ANAYASA.

- I. **MÜCADELEÇİ DEMOKRASİ**. POLİTİK ANAYASA VE -POLİTİK ALAN-IN SINIRLARI PROBLEMİ.
- II. YÖNETİLEBİLİR DEMOKRASİ.
- III. YÖNLENDİRİLEN DEMOKRASİ. TEKDOĞRU YASAĞI ETİK DEMOKRASİ VE İNSAN HAKLARI YENİ İDEOLOJİSİ.

BÖLÜM İKİ

SİYASİ YAPILANMA BİÇİMİ OLARAK DEMOKRASİ -YAPILI» YA DA -KORSELİ VE PROTEZLİ- DEMOKRASİ VE JÜRİSPRÜDANSİYEL ANAYASA HUKUKU.

- I. 1982 ANAYASASI'NIN GİZLİ MANTIKLARI (I) YA DA DİARŞİK İKTİDAR YAPISINDA YENİ DENGELER TEŞEKKÜLÜ VE JÜRİSPRÜDANSİYEL ANAYASA.
- II. 1982 ANAYASASININ GİZLİ MANTIKLARI (II). DİARŞİK İKTİDAR YAPISI DEĞİŞİRKEN ANAYASA MAHKEMESİNİN SİSTEM İÇİNDE ROLÜNÜ YENİDEN DÜŞÜNMEK.

BİTİRİRKEN

DEMOKRASİNİN METOMORFOZU. İKTİDAR YAPISINDA DEĞİŞMELER VE JÜRİSPRÜDANSİYEL POLİTİKA DA «**ZORLU PROBLEM**».

**SİVİL TOPLUM-DEVLET MÜNASEBETLERİ BİÇİMİ OLARAK
DEMOKRASİ YA DA «YÖNLÜ DEMOKRASİ» VE
JÜRİSPRÜDANSİYEL ANAYASA.**

**«Mücadeleci Demokrasi, Yönetilebilir Demokrasi ve
Yönlendirilen Demokrasi.»**

- Men feared wltches and bu m t women»
(İnsanlar cadıdan korkup kadın yakar]

Yargıç Brandeis

1961 Anayasası'nın çözümede yetersiz kaldığı «Kriz»e cevap teşkil eden, 1982 Anayasası, «**Güçlü Devlet**» ve «**Etkili Yürütme**» arayışı için de, rasyoneleştirilmiş «**Başkanı parlamenter sistem**» yapısı ve yeni bir «**Yönetilebilir demokrasi**» formülü (1) getirmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14 Eylül 1983 tarihli kararında (2), Anayasa Mahkemesi de 1985/7 karar sayılı kararında (3) benzer bir değerlendirme yapmıştır.

«**Devlet Fikrinin restorasyonu**» Anayasanın tipik Özelliklerinden biridir. Anayasa bu anlamda iktidarı iki planda düzenlemiştir: Devlet Başkannın kişiliğinde bir «**Devlet iktidarı**» ve Parlamento aracılığı ile bîr «**Partiler iktidarı**».

Siyasi Partiler Anayasaların «yazılmasını etkilerken, anayasal normlarla parti sistem ve yapılarını düzenleme, yeni Anayasalar önemli problemlerinden biri olmuş, parti sisteminin basitleştirilmesinde,

-
- (1) ■ «Yönetilmezliğin» (Ingouvernabiltd) analizleri için bk. M. Crozier, J. Watanuki, S.P. Huntington, The Crsls of Democracy, N.Y. 1971.
(2) Bk. Yargıtay Hukuk Gene] Kurulu, 14.9.1983, K. 983/803, Yargıtay Kararları Dergisi,1983, s.11,s.1591 vd.
(3) 24 Ağustos 1985 tarih ve 18852 tarihli R.G., s. 37.

siyasi hayatın mali saydamlığı ve parti-içi demokrasinin sağlanmasında hukuk tekniklerinden yararlanılmıştır. Kısaca, «**Partiler Devleti**», plüralist demokrasinin siyasi mimari modeli olarak görülmüştür ama, her sosyal yapı bu siyasi mimariye uymaz. «**Sivil toplumla yönetilen sistemler**» ve «**Devletle yönetilen sistemler**» ayrımı bu gerçeğin kavranmasında ilk adımdır. V. Cumhuriyet Fransız ve III. Cumhuriyet Türk Anayasaian'nda, İktidar anlayışını şekillendiren «**Partiler Devleti**» formülü yanında «**Devlet İktidarı**» formülüdür.

Bonn Temel Yasası'nın 21. maddesi, Karlsruhe Mahkemesi'nin kullandığı formülle, «siyasi partileri slyasi-sosyolojlk alandan anayasal kurum düzeyine çıkarmıştır- ve bu anlamı ile siyasi partiler demokrasinin siyasi-sosyoiojik araçlarıdır. İL Cumhuriyet Türkiyesi'nde 1961 Anayasası, İtalyan ve Federal Alman Anayasaları'ndan sonra, siyasi partileri kurumsallaştırmış, **Parti-siyasi-sosyolojik** araç formülünü getirmiştir. Aynı anlayış 29 Aralık 1978 İspanyol Anayasası'nda yer almıştır.

1958 Fransız Anayasası ise, siyasi partilere çok daha sınırlı bir **alan** tanımış, **G. Burdeau**, siyasi partileri «**teknik-araç**» rolleri ile sınırlayan Anayasa koyucuların bu tercihini, İktidar kaynağını partiler dışında arama amaçları ile açıklamıştır (4). İktidarın kaynağını partiler dışında arama amacı 1982 Türkiye Anayasası'nda da vardır ve 1982 Anayasası, **Partiler İktidarı** yanında, «**Devlet İktidarı**»nı da düzenlemiştir. II. Cumhuriyetin 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, «Parti-siyasi - sosyolojik araç», III. Cumhuriyetin 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ise «Parti-teknik araç- formülünün açık izlerini taşır.

1982 Anayasası, toplu hürriyetlere getirdiği kayıtlamalar ve özellikle de «**dayanışma yasakları**» İle «**gruplar demokrasisini**» ve «**mikro demokrasiyi**» reddederken sınırlı siyasi plüralizmtın hukuk çerçevesini de çizmiştir (5).

Temel hak ve özgürlüklere genel sınırlama getiren Anayasa, hak ve ödev bağlantısını kurarak «**yönlendirilen hürriyet**» formülünü dü-

(4) Ancak not etmek gerekir ki, -partiler rejimi-ni tasfiye etmek isteyen V. Cumhuriyet, Modern Fransa'nın en gelişmiş partizan sisteminin doğuşuna sebep olacaktır. Bk. **D. Mauss**, -La Constitution Jugêe par sa pratique. Reflexions pour un bilan» İn **O. Duhamel, J. - L. Parodi**, öds, La Constitution de la CInquième RSpublique FNSP, Paris 1985, S. 318.

(5) Bu konuda bk. **İ. ö. Kaboğlu**, Kolektif özgürlükler, Diyarbakır 1989, s. 238 vd.; **M. Mumcuoğlu**, «2533 sayılı Kanunla siyasal partilerin kapatılması olayına bir değişik yaklaşım-, İn Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s. 349 vd.

zenlemiş, «siyasi alan-ı Anayasa ideolojisine aykırı düşüncelere kapamıştır.

«Siyasi alan-ın Anayasa ideolojisine aykırı akımlara kapatılması, Devleti ve anayasal düzeni «koruma teorisi-nin Anayasa İle kurulması, **Max Weber** düşüncesinden etkilenen **Cari Schmitt'in** «Politik Anayasa» (6) adını verdiği Anayasaların tipik özelliğidir.

Schmit, «Weimar Anayasası»nın zaafını «politik anayasa» olmasında görmüş (7), ve «**Politik anayasa anlayışı**» «**Militan Demokrasi**» formülünü şekillendirmiştir.

Kavramın Schmitt'çi anlamında «**politik anayasa**» olan 1982 Anayasası, «Başlangıç-da -koruma görmeyecek- düşüncelere «siyasi alan»ı kapamıştır. Anayasa Mahkemesinde, «**Huzur Partisi Vak'ası**»nda «Atatürk ilke ve inkıpları... 1982 Anayasasının temel dayanağını ve felsefesini oluşturmuştur» derken, resmi bir anayasa ideolojisinin varlığını kabul etmiş ve bu İdeolojiyi, belirlenen siyasi alan dışında kalan partiler için, bir kapatma gerekçesi olarak görmüştür (8).

III. Cumhuriyet'de Formel Anayasada bir seçim sistemi problemi yer almamaktadır ama, **plüralizmleri** ve **çokmerkezlilikleri** sınırlayan anayasal düzenlemelerin mantığı «yönetilebilir demokrasinin parti ufanmasını engelleyici, siyasi bakımdan etkili formüllerini de öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi, engelle düzeltilmiş d'Hondt yönetimini getiren düzenlemeleri Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği 1968/13 karar sayılı kararından (9) sonra, 1984/2, 1988/1 ve 1988/18 karar sayılı Kararlarında geniş anlamı **İle** bir «**siyasi konservatizm**»den kaynaklandığı söylenese bile, yeni bir «**Yönetilebilir Demokrasi**» biçimi getiren tezi benimsemiştir (10).

(6) Politğin Schmitt'çi tanımı için bk. Gianfranco Poggi, The Development of the Modern State. A Sociological Introduction, Hutchnson, London, 1978, s. 9 vd.

(7) Bk. Cari Schmitt, La notion de politique, Préface de Julien Freund, Calmann - Levy, Paris 1972, s. 59 vd., s. 86 vd., 161 vd.

(8) Anayasa Mahkemesi'nin 1983/2 karar sayılı Kararı, AYMKD., s. 20, 1985, s. 357 vd.

(9) Bk. AYMKD., S. 6, s. 125 vd.

(10) «Yönetilebilir demokrasi» (dSmocratle gouvernable) tezi ve Alman Federal Mahkemesinin seçim engeli ile ilgili karar için bk. Walter Lelsner, «La Conception du 'politique' sel on la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle allemande», RDP., 1961, s. 754 vd.

Sivil Toplum-Devlet münasebetlerinin düzenlenmesinde «**Tekdoğru yasağı**» plürallst demokrasilerin kurucu unsurudur ama bu yasağı getirilen sınırlar da vardır. Mahkeme Kararları ile kurulan «**Kapalı anayasal değerler alanı teorisi**» ve «**Etik Demokrasi**» anlayışı, demokrasilerin temelinde yer alan mikro-sosyal münasebetler ağını da etkilemektedir.

Bir ilk tesbite göre, «**Yönlü Demokrasi**», Devletle Yönetilen Sistemlerin Hukuk matrisidir ve bu matris jürisprüdansiyel anayasa hukukunu da şekilendirir.

I. **MÜCADELECI DEMOKRASİ. POLİTİK ANAYASA VE «POLİTİK ALAN» İN SINIRLARI PROBLEMİ**

M. Weber'den C. Scmltt ve Anayasa Mahkemesi kararlarına «**Anayasa Düşmanı**» ya da «**Cadı**» kimdir.

Her anayasal sistem, sosyal bütünün potansiyel ya da gerçek bir uzlaşmazlık içindeki parçalarını, genel yararı temsil ettiği varsayılan bir Yönetim altında blrarada tutma ve denetleme prosedür ve teknikleri **bütündür. Jürisprüdansiyei anayasa da bu prosedür ve teknikler bütününün bir parçasıdır.**

Muhalefetleri kısmen tahliyeci, kısmen de sistemle bütünleştirici liberal-demokrasilerin merkezinde, görünürdeki uzlaşmazlık, sosyal bölünmeyi meşru saymak ve dolayısı ile Yönetim formülünün farklı değerler adına tartışma konusu yapılmasını kabul etmek, bunu yaparken de «**Politik alan** »in, bu alanın dışında tutulacaklara karşı sınırlarını koymak (11), başka bir İfade ile, siyasi-ideolojik plüralizmi sınırlamaktır. Anayasa teorisinde, plüralist yapılar bloku içinde plüralizme getirilen kayıtlara göre bir kademeienme yapılmış; ideolojik plüralizm ve partiler plüralizmi esas alınarak, liberal ideoloji dışında başka İdeolojilere «**açık sistemler**», ve liberal ideoloji ile kayıtlı ya da «**bütünleştirilmiş sistemler**» ayrımı getirilmiştir (12).

(11) Bk. J. Leca, «Perspectives democratiques», in J- Leca, R. Papini, Les démocraties sent elleş gouvernables., Economica, Paris 1985, s. 173 vd.

(12) Bk. C. Leclercq, Droit constitutionnel et institutlons politiques, Lİtec, Paris, 1982 (4. ed.). s. 121 vd.

Ancak bu ayırım nisbi bir ayırımdır. Federal Alman modeli bîr parti yasaklaması rejimi Fransa'da yoktur ama, Fransız Anayasa Konseyi, millileştirmelerle ilgili, ilki 16 Ocak 1982 tarihli kararlarında, Anayasanın belli bir toplum modeli öngördüğünü ve değişmelerin de bu modelle sınırlı olduğunu açıklamıştır [13]. Ayrıca eklemek gerekir ki, Fransa'da «**Politik alan teorisi**» Conseil d'Etat Kararları ile kurulmuştur. Bu durumda, muhalefet hak ve hürriyeti teorisinin İnşaa alanı, öncelikle, jürisprüdansiyel Anayasa hukukudur ve liberal-demokrasilerin problemi de Yargıç **Brandfts'nin «Whitney v.California»** davasında not ettiği gibi, «**cadıdan korkup kadın yakmama**» problemidir (14).

Siyasi alan sınırı çizen Anayasalar ya da «**Politik Anayasalar**», sistemi koruma teorisini pozitifleştirirken, Anayasaları Schmittci anlamında politikleştirme, jürisprüdansiyel Anayasa hukukunda da görülmektedir.

Max VVeber'in, kurumsallaştırılmış hukuk kategorisi olarak Anayasalarda düzenleme konusu yapılan (15), «**iç-düşman**» ya da «**Anayasa düşmanı**» kategorisi değişen milletlerarası «çevre» şartlarına (16), demokratik değerlerin halk değerleri olma ölçüsüne (17), sosyal ve ideolojik dengelere göre daralıp genişleyerek, yargı kararları ile kurulan «**Devleti koruma teorileri**»nde kullanılmaktadır.

1. Jürisprüdansiyel anayasada «Devlet'l koruma teorileri» ya da «Politik alan»ın sınırları.

«**Criminal Syndicalism**» ve **Brandenburg** testi. «**Streibare Demokratie**» ve Politik anayasalar.

-
- (13) Cf. L. Favoreu, «Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'Affaire d es nationalisations», RDP., 1982, s. 404 vd.
- (14) «Men feared witches and burnt women-. Bk. «Whitney v.California-, 274 US 357 (1972).
- (15) Cf. G. Vlachos. «La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste», RIDC., 1972, s. 350 vd.
Weberci Devlet anlayışı ve «iç düşman»ın tasfiyesi sorunu için özellikle bk. Gençse et dedin de l'Etat, APD., 1976 (21).
- (16) Alman Federal Anayasal sistemi üzerinde «dış-çevre*nln etkisi için bk. R. Charvin, La République Démocratique Allemande, LGDJ., Paris 1973, s. 78 vd.; Amerikan anayasal sistemi için bk. A.E. Sutherland, «Freedom and International security», Harvard Law Review, 1951, s. 383 vd.
- (17) Cf. Japon Anayasa Mahkemesinin Meclis'in feshi davasında verdiği 15 Nisan 1953/44 tarihli karar, in Murphy Tanenhaus, Comparative constitutional law, N.Y. 1977., s. 142 vd., 558 vd.

Politik alan nereye kadar kapatılabilir. «**Massera V. Uruguay**»
davası.

Amerika Birleşik Devletlerinde Devlet güvenlik kanunlarının Anayasaya uygunluğu, Yüksek Mahkeme'de, soyut bir problem olarak karara bağlanmak yerine sosyal ve siyasi gerçeklere göre çözümlenmiştir.

«**Ohio Criminal Syndicalism Statute**» 1919 yılında yürürlüğe konmuş, 1917'den 1920'ye 20 Devlet benzer kanunlar kabul etmiştir. ■ Criminal Syndicalism» kanunları, siyasi değişiklikler gerçekleştirmek için hukuk dışı, terörizm metodlarını savunmayı (Advocating) ve bu amaçla örgütlenmeyi suç saymıştır.

Yüksek Mahkeme, 1927 yılında, «**VWhitney v. California**» davasında, Ohio kanunlarının benzeri olan Kaliforniya Kanunu Anayasaya uygun bulmuştur (18).

Kaliforniya Kanununa göre hüküm giyen, «**Communist Labor Party**» üyesi **Miss Whitley'in** davasında Yüksek Mahkeme yargıçlarından Brandeis, itade ve örgütlenme hürriyetlerinin temel hürriyetler olmakla birlikte mutlak olmadıklarını ve Devleti koruma adına kayıtlanabilecekleri™ oyunda not etmiştir.

«**Brandenburg v. Ohio**» davasında kararından dönen Yüksek Mahkeme, Ohio kanununa göre mahkum edilen Ku Klux Klan grubu lideri **Brandenburg'tn** davasında, «Criminal Syndicalism» kanununu, Anayasa I ve XIV. Eklerine aykırı bulmuştur. Mahkeme'nin davada kullandığı «**Brandenburg testi**»ne göre, ifade hürriyeti ancak, düşünce ifadesinin hukuk dışı eyleme bitişik olması durumunda, «Inciting or producing imminent lavvless action», kayıtlanabilecektir (19).

«**Açık-demokrasi**» örneklerinden sayılan Fransa'da ise «politik alan teorisi», siyasi gruplaşma ve derneklerin Hükümet kararnamesi ile idari feshine imkân tanıyan Mücadele grupları (groupes de combat) ve özel milislerle ilgili 10 Ocak 1936 tarihli Kanun çerçevesinde, yeni ifadelerinden birini, -Service d'action civique» (Sac) in feshi ile ilgili vakada bulan, **Conseil d'Etat** (Devlet Şûrası) kararları ile kurulmuştur (20).

(18) 274 US 357. (1972).

(19) «Brandenburg v. Ohio», 395 US 444. (1969).

(20) Bk. Conseil d'Etat'nın 13 Şubat 1985 tarihli kararı, in AJDA, 20 Mayıs 1985. Cf. G. Peiser, «La dlssolution par dcret de s associations et groupements politiques Français», D. 1963, chr. 59; Labetouie, Cabanes, «Les mesures de dlssolution des associations et les recours qu'elles suscrtent», AJDA, 1970, 607.

18 ve 23 Haziran 1936 tarihli fesih kararnamelerine karşı Conseil d'Etat'da açılan davada kanun sözcüsü **Deften**, «Üniforma ve silah yokluğunu önemsiz, **örgüt ve zihniyeti** önemli» bulmuş, Mahkeme de bu değerlendirmeye katılarak davayı reddetmiştir.

Conseil d'Etat fesih kararnamelerinin denetiminde, öncelikle, iki kriter kullanmaktadır; Cumhuriyetçi Yönetim biçimini ortadan kaldırma kastı ve zor kullanma iradesi (21).

Anayasa teorisinde **Cari Schmitt** «VWeimar Cumhuriyeti»nin kendini inkâr edenlere «politik alan»ı açma eğilimini güçlü bir biçimde eleştirmiş (22) ve bu eleştirinin izleri, «Weimar Bozgunu» sonuçlarına eklenerek, Bonn Cumhuriyetinin «Hür ve demokratik düzen»i tahribe yönelenleri, politik alan dışı bırakan anayasal ve yasal düzenlemelerinde kalmıştır.

Anayasal değerlerle sınırlı «**politik alan**» teorisi, II. ve **Eli. Cumhuriyet** Türkiye Anayasalarında da düzenleme konusu olmuş, Anayasa Mahkemesi, sınırlı politik alan teorisi ile düşünce hürriyetinin sınırları arasında yakınlıklar kurarak, sınırlı plüralizm anlayışının tipik örneklerinden birini vermiştir. Anayasa Mahkemesi II. Cumhuriyet'de, «Devleti koruma teorisinin ilk unsurlarını getirmiş, III. Cumhuriyet Anayasası bu teoriyi pozitifleştirmiş, başka kelimelerle, «Politika»nın **Schmitt'çi anlamını** düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesi 1983/2 karar sayılı Kararında «politik alan»ı Anayasa Başlangıcında ifadesini bulan «**Resmi ideoloji**» ile sınırlarken, «Mücadeleci Demokrasi» (Fighting democracy) ya da «Mücadeleci Anayasa» anlayışının yeni bir formülünü getirmiştir. Anayasa Mahkemesi, «Başlangıç» da getirilen «Anayasa ideolojisi-ni yeniden yorumlama yetkisini kendine tanırken, bu İdeolojik ilkeler blokunun «Anayasa'nın yorum ve uygulanmasında siyasi kadroların değerlendirilmesini etkisiz kılmak amacı ile» getirildiğini de ileri sürmüştür (23).

(21) Bk. D. 1970. 633, nete Broutin : AJDA., 1970, 618.

(22) Cf. C. Schmitt, La notion de politique. Preface de J. Freund, Calmann-Levy, Paris 1972. «Politika»nın, Easton ve Schmitt'de iki farklı anlamı için bk. G. Poggi, The Development of the Modern State. A sociological introduction, Hutchinson, London 1978, s. 2 vd. Ayrıca bk. P. Birnbaum, La fin du politique, Seuil, Paris 1975, S. 13 vd., 147 vd.

(23) Cf. AYM 1983/2 karar sayılı Karar, 15.10.1984 t. ve 18546 s. RG. Bu görüş bir başka ifadesini, Mahkeme'nin 1985/4 karar sayılı Kararında bulmuştur. Bu konuda ayrıca bk. L. Duran, «Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin hukuk düzeni», AİD., C. 19, S. i., 1986.

Bu formülün, klasik liberal demokrasilerde Devletin ideolojik yanlışlığı tezi ile ne ölçüde bağdaştığı ayrı bir sorundur. Ancak eklemek gerekir ki, **Sosyalist Parti Vakası**, parti yasaklamasında, probiematiğin, değişmekte olduğunu gösteren klinik bir vakadır,

«**Kapalı**» ya da «**Bütünleştirilmiş demokrasi**» teorisi en gelişmiş ifadesini Alman Anayasa jürisprüdansında bulur-, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Bonn Temel Yasası'nın getirmiş olduğu temel hak ve hürriyetleri (24), Anayasada tanımlanan siyasi-sosyal düzenle sınırlamıştır (25).

Karlsruhe Mahkemesi, Bonn Temel Yasası'nda bir değerler hiyerarşisinin varlığını kabul ederken, temel değerler içinde «**Kapalı**» ya da «**Militan demokrasi**» (**Streibare Demokratie, Democratie militante, Fighting democracy**) anlayışına da yer vermektedir (26). Bu anlamda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu bütünleştirilmiş demokrasinin, «rejim ideolojisi»nin de koruyucusudur (27). Yüksek Mahkeme, 23 Ekim 1951 tarihli kararından başlayarak, «**siyasi etik**» tanımında **Anayasa-öncesi**, anayasal prensiplerin varlığını da kabul etmiştir.

«**Beader-Meinhof** davası» ve savunma hakları ile ilgili, ilki 11 Mart 1975 tarihli bir dizi kararında Karlsruhe Mahkemesi, rejimi koruma işlemlerini, bu niteliklerine, öncelik tanıyarak, Anayasaya uygun bulmuştur.

Kamu görevlilerinin Anayasaya bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen işlemlerin «**Berufsverbot**» Anayasaya uygunluğunu denetleyen 22 Mayıs 1975 tarihli kararında Mahkeme, kurulan yetkinin genelliğini Anayasaya uygun bulurken, idari yargı yerleri denetim yetkisini kısıtlamıştır. Mahkeme aynı kararda, parti yasaklaması rejimini de geniş-

(24) Cf. D.J. M. Soulas de Russel, «Aspects dogmatiques et critiques des droits fondamentaux constitutionnels de la République Fédérale d'Allemagne». RDP., 1980. s. 743.

(25) Bk. T. Burkett, «Germany 1948 - 1978: Evolution of the Bonn Republic». Parliamentary Affairs, 1979, s. 176.

(26) Cf. D.P. Kommers, Judicial politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court. Sage, Los Angeles. 1976. s. 70 vd.; Murphy, Tanenhaus, Comparative constitutional law. op.cit.. 32 vd.

(27) Not etmek gerekir İd. Bonn Temel Yasasında. 1968 değişiklikleri ile geniş bir «Kriz Hukuku» düzenlemesi de yapılmıştır. Cf. M. Fromont, «Le problème de l'état de siège», RDP.. 1969. s. 197 vd.; İD., »RFA. les modifications apportées à la loi Fondamentale depuis 1949», Pouvoirs. 17. s. 131 vd.

leterek, «Anayasaya aykırı eğilimli parti» kavramını hukuk düzenine sokmuş ve yasaklanmayan bu tip parti üyelerinin «Anayasa düşmanı» sayılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır (28). «Haberleşmenin gizliliği Vak'ası»da, Yüksek Mahkeme'nin «militan demokrasi »nin koruyucusu olma misyonunu öne çıkaran olaylardan biridir (29).

Politik alan nereye kadar kapatılabilir.

Fertleri siyasi düşünceleri ya da bir siyasi örgüte üye olmaları sebebiyle belli bîr süre siyasi haklarından mahrum etme ya da -siyasi alan» dışına çıkarma politikası, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin (U.N. Human Rights Committee) «Massera v.Uruguay», «Silva et al v.Uruguay», «VVeinberger v.Uruguay», «Pietrarola v.Uruguay» davaları ile önüne gelmiş, Komite bu tür siyasi jenositlerin sivil ve siyasi haklar Milletlerarası Sözleşmesi'nin «International Covenant on civil and Political Rights» 25 ve 26. maddelerini ihlal ettiği sonucuna varmıştır (30).

Siyasi plüralizmin Hukuk dilinde ifadelerinden biri olan Muhalefet hakkı, Demokrasiye ulaşma hakkının her şeyden önce «Fert olma hakkı»na bağ olduğunu göstermektedir.

2. «Militan demokrasinin cihazlanması. Karlsruhe Mahkemesi Avrupa Hukuku ve Türk Anayasa Mahkemesi jürisprüdansı profili.

2.1. «Mücadeleci Demokrasi» neyin mücadelesini yapar ya da Mephisto Vak'asından parti yasaklamasına. İnsan Hakları Avrupa hukukunu «Mücadeleci Demokrasi Değerleri» ile okumak.

Bonn Temel Yasası (Grundgesetz, GG.) Anayasa Mahkemesi'ni, Tanıdığı misyon ikiliği ile, temel hakların ve «anayasal düzen!»n koruyucusu yapmış, Mücadeleci Demokrasi (Strelbare Demokratie) ya da, «Militan Demokrasi» cihazlanmıştır. Militan Demokrasi klasik liberal demokrasinin de sonudur.

(28) Bu kararlar için bk. M. Fromont, Chronique. ROP., 1975, 8. 109 vd.: 1977. s. 335 vd.: 1978. a. 400 vd.

(29) Haberleşmenin gizliliği vakası (1970) için bk. Murphy. Tanenhaus. Comparative constitutional law. op.cit.. s. 659 vd.

(30) Bk. P. Sloghart. The International law of Human Rights, Oxford U.P. Oxford 1983.. s. 365 vd.

Karlsruhe Mahkemesi'nin «**Mephisto** Vak'ası»nda açıkça ifade ettiği gibi, temel hak ve hürriyetler teminatı, Temel Yasa'nın, sosyal toplulukta kişiliği serbest geliştirme hakkına sahip **muhtar fert** anlayışı üzerine kuruludur [31]. **Militan Demokrasi** bu anlayışın mücadelesini yapan demokrasidir.

Militan demokrasiler Siyasi-İdeolojik plürallizmi anayasal düzen çerçevesinde düşünmüş, kişiliği serbest geliştirme hakkına sahip muhtar fert anlayışı, demokrasileri demokrasi yapan özellikler arasında yerini almıştır. Parti yasaklaması rejiminin kritik problemi, sonuçta, **Mephisto'nun** ikinci yüzü problemidir.

G.G. m. 18, belli temel hak ve hürriyetlerin, bu arada düşünce hürriyetinin, hür demokratik temel düzene karşı kötüye kullanılması halinde bu hakların kaybına karar verme yetkisini Anayasa Mahkemesi'ne tanımıştır. Bu önlemin, sosyal düzeni ve hukuki-siyasi yapıyı koruyucu fonksiyonu olan Ceza hukuku ile münasebeti çok açık değildir. Federal Ceza Mahkemesi'ne göre, m. 18 GG.nin amacı, «demokratik ve liberal düzeni koruyan yürürlükteki hukukun sınırlandırılması değil ama genişletilmesidir» [32]. Anayasa Kurucular, temel hak kaybını, ferdi planda, parti yasaklaması, karşılığı saymıştır. Anayasa Mahkemesi, düşünce hürriyetinin ihlali konusunda bir başvuru olduğu zaman, norm denetimi ve özellikle de Anayasa şikâyeti yolu ile ferdi hürriyeti Devlet organları karşısında, buna karşılık Bundestag, Federal Hükümet ya da bir Uand Hükümeti'nin hürriyetin kaybettirilmesi ve parti yasaklaması talepleri karşısında «Devlet»i, fert ve siyasi örgütler karşısında korumaktadır.

GG. siyasi partilerle ilgili düzenlemelerinde iki probleme çözüm getirmiştir; her siyasi eğilime partileşme imkânı tanımak ve bu alana «Hür ve demokratik temel düzen»İN değerleri ile müdahale etmek.

Bonn Temel Yasası siyasi plüralizmin sınırlarını çizirken partilere, Yürütmenin düzenleme alanına giren yasaklamalara konu olabilen dernekler karşısında, «**parti imtiyazı**» tanımış, siyasi muhalefete anayasal teminat getirmiştir.

(31) Bk. 30 B. VerfGE 173 (1971) Cf. Mtırphy. Tanenhaus. Comparabve Constitutional law.. op cft., s. 538 vd.

(32) Federal Hükümet Anayasa Mahkemesi ne mfiracaatfa. SRP.'nln ikinci başkanının, düşünce, toplanma ve örgütlenme hkrriyetleri ile seçme ve seçilme haklarının kaybettirilmesine karar verilmesini İstemıştır. Bu arada SRP. kapatılmış. hüküm giyen sanık siyasi hayattan çekilmiş, m. 18 GG. uygulamasının anlamı da kalmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, Federal Ceza Mahkemesi'nden farklı olarak, Ceza Kanununda dernekle ilgili düzenlemelerin siyasi partilere uygulanamayacağına, parti üyelerinin de, parti yasal bir parti olarak kaldığı sürece, bir çeşit dokunulmazlıktan, «**parti imtiyazı**» odan, yararlanacaklarına karar vermiş ve Dernekler Kanunu Mahkeme jürisprüdansı yönünde yeniden düzenlenmiştir (33).

Parti yasaklaması probleminin «radikaller»! kamu görev⁵ dışında bırakma politikası ile fizyonomi değiştirip değiştirmedığı sorusu da sorulmuştur. Terörizme tepki olan bu politika, Anayasa Mahkemesi nin 22 Mayıs 1975 tarihli kararı ile (**Radikale im Öffentlichen Dienst**) onaylanmıştır (34). Alman Kamu hukuku klasik prensiplerine göre kamu görevlileri, Anayasaya sadakat borcu altındadır ve bu ödev «Mücadeleci Demokrasi» (Streibare Demokratie) prensibinin (bk. Anayasa m. 9, 18,21) sonuçlarından biridir. Bu prensibi koruyan Karlsruhe Mahkemesi, 22 Mayıs 1975 tarihli kararında, stajiyer yargıç görevine atanmayı, adayın her şart altında demokratik ve liberal düzeni koruyacağı kanıtına bağlayan Kanunu Anayasaya uygun bulmuş, yasaklanmamış olsa da Anayasa'ya aykırı eğilimli bir siyasi partiye üyeliğin dikkate alınabileceği sonucuna varmıştır.

Karlsruhe Mahkemesi, m. 21 GG hükmüne istinaden, iki siyasi partinin kapatılmasını kararlaştırmıştır: **Sosyalist Reich Partisi (Sozialistische Reichspartei, SAP.)** ve **Alman Komünist Partisi (Kommunistische Partei Deutschlands; KPD)**.

Kapatma kararı ertesinde KPD, birinci sekreteri aracılığı ile, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 25. maddesine dayanaiak İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na müracaat etmiş ve kapatma kararının, Sözleşme ile teminat altına alınan düşünce, düşüncelerin serbestçe açıklanması ve dernek kurma hürriyetlerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Komisyon müracaatı, Sözleşme hükümleri ile telif edilemez bulularak kabule şayan görmemiş (m' 27), KPD'nin Sözleşme'nin hak ve hürriyetleri koruyucu hükmünü (m. 17) de ihlal ettiğini açıklamıştır (K. 250/57).

Komisyon 17. maddedeki hürriyetleri yok etme, yada Sözleşme de öngörüldüğünden daha geniş ölçüde kayıtlama yasağının, totaliter

(33) Of. J. D. Perret, La liberté d'opinion face à l'état, Nauchatel, 1968. s. 165 vd.

(34) Cf. J.C. Bdguin. le controle de la constitutionnalité de 3 lois en RFA Economie, Parla 1982. s. 85 Bk. Fromont; >Chronique>, RDP., 1977, s. 351 vd. Benzer konuda Mahkeme kararını teyit eden bir başka karar için bk. Fromont, -Chronique-, RDP., 1978, a. 1559 vd.

akımların, Sözleşme'deki prensipleri insan haklarını yok etmek için kötüye kullanmalarını engelleme amacını taşıdığını açıklamıştır.

Komisyon, Parti ilkelerini, örgütleniş ve işleyişini 17. madde ya-
sağına giren bir faaliyet saymış, Parti'nin, Sözleşme'nin, söz, düşün-
ce, toplanma ve dernek kurma hürriyetlerini düzenleyen hükümleri
teminatından yararlanamayacağı sonucuna varmıştır (35).

Komisyon kararı, insan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni «Mücade-
leci Demokrasi* değerleri ile okumanın tipik örneklerinden biri, yeni
bir «Mephisto» kararıdır.

Sağ ve sol kanat partilerinin kapatma kararları ertesinde, yeni-
den yapılanmaları karşısında Karlsruhe Mahkemesi kayıtsız kalmış-
tır. Mahkeme'nin hareketsizliği, m. 21 GG'ye ek bir kriter getirme
eğilimini göstermektedir: Partinin «Temel düzeni» için **«açık ve mev-
cut tehlike»** yaratması kriteri.

Son bir analizde, Mahkeme siyasi alanın anayasal yelpaze parti-
lerince doldurulmasının, bu tehlikeyi sınırladığı görüşündedir, ama,
parti yasaklaması rejimine ikâme yeni bir düzen de getirmiştir: Ana-
yasa terminolojisine yabancı «Anayasaya aykırı eğilimli parti» kavra-
mı.

Karlsruhe Mahkemesi 22 Mayıs 1975 tarihli kararında, parti yasa-
klaması rejimini genişleterek. **«Anayasaya aykırı eğilimli parti»** kav-
ramını Anayasaya sokmuş ve yasaklanmayan bu tip parti üyelerinin
«Anayasa düşmanı» sayılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır (36).

2.2. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında **«mücadeleci de- mokrasi»**.

2.2.1. «Partilerin çerçevesi anayasal düzen teorisi »nin un- surları.

Türk anayasal sisteminde siyasi partilerle ilgili yasaklar, Anaya-
sa'nın 69. maddesi ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun dördün-

(35) Cf. A. B. McNulty, A. Eisaan, «The European Commission of Human Rights. Procedure and jurisprudence», Journal of the International Commission of Jurists. 1958. 2. s. 198 vd ; K. Vatsak. La Conventton europ^enne des droits de l homme. LGDJ., Paris 1964, e. 71 vd.; C- San. Bonn Anayasasına göre siyasi partilerin kapatılması. Ankara 1966, s. 38 vd.; M. Kındı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi. Ankara 1963. s. 41 vd.

(36) Cf. M. Fromont, chroniques. ROP., 1977. s. 351 vd.

cü kısmında düzenlenmiştir. Partilerle ilgili yasaklar, şematik olarak, üç ana **kategoride** toplanabilir: «**Demokratik Devlet, Millî Devlet ve Lâik Devlet'in** korunması. Ancak, Anayasa Mahkemesi, parti kapatma davalarında, «Anayasa kuralları gerek Devlet organlarını, gerekse bütün kişileri bağlayan temel kurallar oldukları için, birer tüzel kişi olan partilerin de bu kurallara bağlı tutulması gerekir» düşüncesi ile, Anayasa metni ve Başlangıcı'ndan çıkardığı ilkeleri, «**Partilerin çerçevesi anayasal düzen teorisini**»ni kurmada kullanmış ve partilerin uyacakları esasları düzenleyen pozitif kurallardan çok daha geniş bir yasaklama rejimi getirmiş, ilk unsurları Mahkeme'nin 1965/40 ve 1973/1 karar sayılı Kararları (T.İ.P. Vak'ası) ile kurulan bu teori «**Huzur Partisi Davası**»nda da uygulanmıştır. **Huzur Partisi Vak'ası** Anayasa ideolojisinin tanımlanması ve korunmasında klinik bir vak'adır.

Anayasa Mahkemesi 1965/40 karar sayılı Kararında, Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki temel prensipleri ihlal eden millî, demokratik, lâik ve sosyal Hukuk Devleti nitelikleri ile bağdaşmayan bir amaç edinmiş siyasi partilerin, Anayasaya uygun bir müessese olarak kalamayacakları görüşünü ileri sürmüştü, aynı mantığı 1973/1 karar sayılı Kararında da kullanmıştır. Kısaca, Türk Anayasa Mahkemesi Karlsruhe Mahkemesi'nin «**Anayasaya aykırı eğilimli parti**» kavramını, partilerin çerçevesi anayasal düzen teorisine ithal etmiş, «**Cumhuriyetin Büyük Yasaklan**» yeni versiyonu ile, jürisprüdansiyei Anayasa hukukunda ifadesini bulmuştur.

Siyasi partilerin yasaklanması rejiminde, Anayasa ve Ceza Kanunu münasebetleri önemli bir problem teşkil etmiş, Anayasa Mahkemesi problemin çözümünde Karlsruhe Mahkemesi'nden farklı bir formül kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Ceza Kanunu'nun siyasi, hukuki, sosyal ve ekonomik düzeni koruyan ve cemiyet kurma, yönetme ve propaganda yapma yasağı getiren, 141/1 ve 142/1. maddeleri, Anayasa'nın, parti kurma hakkı ve partilerin siyasi hayattaki yeri ile siyasi partilerin uyacakları esasları düzenleyen kurallarının yaptırımını meydana getirmektedir (37). «**Mücadeleci Demokrasiyi «Yönlü Demokrasi»** yapan da Anayasa Mahkemesi'nin bu anlayışıdır.

Ayrıca not etmek gerekir ki, «**Sosyalist Parti Girişim Komitesi**» üyelerinin DGM'de yargılanması vakasında, iddianamede «Sanıkların kurmayı tasavvur ettikleri parti(nin) işçi sınıfı diktatoryasını temine matuf- olduğu ileri sürülmüş ve TCK 141 ve 142.den ceza istenmiş-

(37) AYM 1965 / 40 karar sayılı kararı.

tir. İddianamenin düzenlendiği tarihte Parti kurulmuş ve hakkında Anayasa Mahkemesi'nde kapatma davası da açılmıştır (38).

2.22. İki anayasa vak'ası: Parti yasaklamasında anayasa ideolojisi Huzur Partisi Vak'ası ve parti yasaklamasında değişen problematik Sosyalist Parti Vak'ası.

Anayasa Mahkemesi, 1983/2 karar sayılı parti kapatma kararına konu olan «Huzur Partisi Vak'ası»nda, Anayasa da resmi bir ideolojinin varlığını tcsbit etmiş ve bu ideolojiyi, belirlenen siyasi alan dışında kalan partiler için bir kapatma gerekçesi saymıştır. Mahkeme, Huzur Partisi Vak'asında, Resmi ideoloji ile kayıtlı «**Bütünleştirilmiş sistem**» anlayışının tipik örneğini vermiştir.

Mahkemenin «Sosyalist Parti Vak'ası»nda verdiği karar ise, parti yasaklaması rejiminde problemiğin değiştiğini gösteren klinik bir karardır.

Anayasa Mahkemesinin «**Sosyalist Parti Vak'asında verdiği kararın** (39) anatomisi incelendiğinde, **Siyasi-ideolojik model**, ya da «Temel yapı» (basic structure) ve Ekonomik model şeklinde İki modelin birbirinden ayrıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir parti programının ÖZGÜRLÜKÇÜ DEMOKRATİK SİSTEM içinde ve bu anlayışla yürürlüğe konması ve iktidar olunduktan sonra da ÇOĞULCU SİSTEM İÇİNDE ÖZGÜRLÜKÇÜ NİTELİĞİN korunması gerekir. Buna karşılık, Anayasa'da ekonomik kimliğin değiştirilemeyeceği yönünde bir kural bulunmamaktadır.

Kısaca, Türk Anayasa Mahkemesi, İtalyan, Fransız ve İspanyol Anayasa Mahkemelerinden sonra, **ilk derecede**, (Anayasada siyasi - ideolojik model ya da temel yapı (basic structure) ile ilgili hak ve hürriyetler ve ekonomik modellerle ilgili, İkinci derecede ya da **zayıflatılmış hak ve hürriyetler** ikili ayrımını kabul etmiştir.

İtalyan ve Fransız doktrini ve jürisprüdansiyel anayasa hukukunda hak ve hürriyetler arasında ikili bir ayrım yapılmıştır: öncelikli ve istikrarlı haklar ve «süreksiz haklar» (droits temporaires). Ekonomik haklar bu ikinci kategoriye sokulmaktadır.

İtalyan, Fransız ve İspanyol «temel hürriyetler genel teorisinde üstün korumalı ilk derecede hak ve hürriyetler» karşısında, eksik ko-

(38) Bk. B. Tanör, Türkiye'de insan hakları sorunu, İst 1990, s. 189.

(39) 1988/1 karar sayılı karar.

rumalı ikinci bir kategori, ikinci derecede ya da zayıflatılmış hak ve hürriyetler (droits de deuxieme rang ou affaiblis) kategorisi kurulmuştur (40).

Sosyalist Parti Vak'asında Anayasa Mahkemesi, Kapalı politik alanın sınırlarını ilk derecede, üstün korumalı hak ve hürriyetlerle çizmiş, «**Bütünleştirilmiş Sistem**» anlayışından da uzaklaşmıştır. **Parti** yasaklaması rejimi ile korunan «Özgürlükçü-Çoğulcu» demokratik sistemdir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; «... 1961 ve 1982 Anayasalarında sınıf gerçeğini ya da bunun iktidara yansımaları önleyici bir hüküm yoktur. Yasaklanan, bu iktidarın bir sınıf egemenliği kurmak yolunda kullanılması ve bir tek sınıfın öteki sınıflar üzerinde egemenlik kurmasıdır. «Egemenlik» ve «iktidar» kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Anayasanın 6. maddesine göre, «Egemenliğin kullanılması, hiç bir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmaz ama, iktidar, bir süre için partiler yoluyla ağırlıklarını duyuran zümre ya da sınıfların eline geçebilir. Bu maddede yasaklanan, egemenliğin kullanılmasının sürekli ve değişmez bir biçimde bir kişi, zümre veya sınıfa bırakılmasıdır.»

■ Sınıf egemenliği, siyasi iktidarın... belli bir sınıfın tekeline geçmesi, diğer sınıf ve partilerin siyasi hayatın dışına itilmesi, onlara iktidar olma hak ve imkânının tanınmaması olarak tanımlanabilir. Anayasanın yasakladığı da budur. Diğer sınıflar üzerinde tahakküm kurmak amaçlamadığı, hukuk devleti ilkesine, çok partili çoğulcu sisteme ve iktidarın seçimlerle değişebilirliği kuralına aykırı bir tutum alınmadığı sürece sınıf iktidarını istemek ya da bu yolda çalışmak yasalara aykırı düşmez... sosyalist teorinin yol göstericiliği de o partinin kapatılma nedeni olamaz... önemli olan parti programının, özgürlükçü demokratik sistem içinde ve bu anlayışla yürürlüğe konması ve iktidar olunduktan sonra da çoğulcu sistem içinde özgürlükçü niteliğin korunmasıdır».

(40) Bu konuda bk. G. Zagrebeky. «Objct et portee de la protection des droits fondamentaux. Cour constitutionnelle italienne», in. L. Favoreu, Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, Paris, 1982. s. 303 vd.; L. Favoreu. «Droit constitutionnel (uriaprudentiel (mars 1983/mars 1986)», RDP. 1987. s. 473. vd.: F. Colly, «Le Consell Constitutionnel et le droit de propriété». RDP. 1988.3.193 vd.; P. Bon et al., La justice constitutionnelle en Espagne. Economica. Paris. 1984.

Bu konuda ayrıca bk. (naan Hakları Avrupa Mahkemesi, 23 Eylül 1982 tarihli Sporong ve 8 Temmuz 1986 tarihli Lithgow kararları.

Son bir analizde, Anayasa Mahkemesi kararlarında, «**Mücadeleci Demokrasi**» neyin mücadelesini yapar sorusuna getirilen cevap değişmiştir. Değişen cevap, Türk Ceza Kanunu için de yeni bir **yorum prensibidir**. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi, «Sosyalist Parti Vak'ası»nda, Anayasa da siyasi-ideolojik yapı ya da Temel Yapıyı da yeniden yorumlamıştır.

Bu yeni yorum, parti yasaklaması rejiminde önemli bir problematik değişikliğini göstermektedir ve bu değişiklik, Türk pozitif hukukunda düşünce ve örgütlenme hürriyeti ile ilgili düzenlemelerin koruma alanını da etkileme istidadı taşımaktadır.

II. YÖNETİLEBİLİR DEMOKRASİ.

1. Siyasi ve anayasal düşüncede «Yönetilebilir Demokrasi» tezi.

Siyasi anayasal sistemlerin «gelişme» ve «bozulmalarının incelenmesinde kullanılan testlerden biri, katılma artışında ifadesini bulan sosyal ve ekonomik hareketlenme (mobilisation) ile siyasi kurumların bu artan katılmayı çerçeveleyip bütünleştirme yeteneği arasındaki münasebettir. Politika biliminin hâkim teorilerinden biri, «**yeni kurumsalcı teori**», krizleri ya da siyasi bozulmaları, siyasi katılma - siyasi kurumsallaşma arasındaki denge bozuklukları ile açıklamaktadır (41).

S. Huntington'un belirttiği gibi, «Siyasi gelişme» hiç bir zaman tam değildir ve hiç bir siyasi sistem karşılaştığı problemlerin bütünü çözemez (42) ama, özellikle geçiş toplumlarında, katılmada görülen artışları kurumsallaşmanın karşılayamaması genel bir politikleşmeye ve krize sebep olmaktadır. Türkiye'de 12 Mart muhtırasından sonra kurulan «1971 Rejimi»ni açıklamada kullanılan resmî tezlerden biri de budur.

Bugün «demokrasilerin yönetilebilirliği» (The Governability of Democracies) hem siyaset hem de Anayasa teori ve politikasında gündemdedir (43).

(41) Cf. M. Croaer. S P. Huntington. J. Watanuki. The crisis of democracy. Report on the governability of democracies, New York University Press. N Y-. 1975.

(42) Cf. S. Huntington. Political order in changing societies. Yale University Press, New Haven. 1968. s. 324 vd.

(43) Cf. P. Birnbaum, La logique de l'état. Fayard. Paris 1982. s. 113 vd.

Ancak hemen eklemek gerekir ki, Platon'dan Hamilton'a, Hamilton'dan Huntington'a, Politika ve Anayasa teorisinde «yönetilebilirlik», krizli küllerinden yeniden doğan «Eski bir problem»dir; çağdaş demokrasiler teorisyenlerinden Sartori'nin 1975'lerde sorduğu soruyu, «Will democracy kill democracy» **Montesquieu** -Kanunların Ruhu»nda sormuştur (44). Bu soru, 1982 Anayasa Kurucularının da «**Zorlu Soru**»su olacaktır.

Türk anayasacılık hareketleri içinde 1982 Anayasası, «Demokrasilerin yönetilebilirliği» genel problematiği içinde özel bir anlam taşır ve bu anlamı ile 1961 Anayasası'nın Savaş sonrası liberal anayasacılığın etkisindeki «garantizm felsefesi »ne tepki teşkil eder. «Yönetilebilir demokrasiler» de garantizm felsefesinden uzaklaşma «Yönetilebilirliğin ■ «Demokrasi» ile bağdaştın İmasında siyasi plüralizmlerin korunması problemini kritikleştirirken, muhalefetin anayasal statüye kavuşturulması da özel önem kazanır.

1919 Weimar Anayasa laboratuvarında çatışan teoriler arasında, **C. Schmitt'in** 1919'larda etkili yeni bir yorum getirdiği, Devleti Toplum ve partiler üstünde tutan teorilerin yanında, çoğunluk kararı ihtiyacının, uzlaşma ve bütünleşmeyi sağlayacağı Parlamentoda, çeşitli sosyal güçlerin gerçek temsilinin yararlarını savunan teoriler de vardır. Weimar Laboratuvarında tartışılan «Sivil Toplum» - «Devlet» münasebetlerine, «**Devletçi**» (Statist) ve «**Demokratçı**» (Democratist) yaklaşımlar İkili, Anayasa teorisinde klasikleşmiş bir ikilidir. 1982 Anayasası bu tezlerden ilkinde, Devletçi teze çok daha yakındır; Bu tez 1982 Anayasası'nın genetik kodunda yer almıştır. 1982 Anayasası'nın otobiyografik unsurlu «Başlangıç»ında yazılan resmi tarih, jursprüdan-siyel politikayı da şekillendirmiştir. Anayasa Mahkemesinin Seçim teknolojisi ve Siyasi örgütlenme konusundaki kararları bu konuda verilebilecek tipik örneklerdir.

2, «Yönetilebilir Demokrasi »ye seçim teknolojisi ile getirilen protez. Zorlamalı seçim düzeni ve Anayasa Mahkemeleri.

III. Cumhuriyet'in zorlamalı seçim sistemi, «istikrarsız koalisyon hükümetleri» uygulamasına radikal tepki örneğidir (45). Başka kelimelerle siyasi sisteme eklenen protez, zorlamalı seçim sistemi, demokrasinin «yönetilebilirlik» şartı sayılmıştır.

(44) G. Sartori, «Will democracy kill democracy». Government and Opposition. Summer, 1975.

(45) Bk. Milletvekili Seçimi Kanun Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu. 1/672. a. 3., Danışma Meclisi. 386.

IV. H. Cumhuriyet beş genel seçiminin üçünde çoğunluk partisi iktidarı kurulamamış ve Milletvekili seçimi Kanun tasarısını hazırlayan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda, «İstikrarsız koalisyon hükümleri devri»ne tepki olarak, «yeni konacak seçim sisteminin her şeyden önce mümkün olduğu ölçüde İstikrar sağlamaya elverişli olması fikri benimsenmiş... ufak partilerin yasama meclisinde temsilini Önlemek için baraj konulması gerekli görülmüş «tür.

Anayasa Mahkemesi II. Cumhuriyet'de etkin yargılama «judicial activism» sayılabilecek 1968/13 karar sayılı Karart ile, basit seçim sayılı barajı getiren Kanunun, engeli ve uygulanmasını düzenleyen fıkralarını Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. İptal kararının önemli siyasi sonuçları olmuş (46), Parti ufalanması ve oyların partiler arası bölünme endeksinin yüksek olduğu 1973 seçimlerinde, iptal edilen düzenlemenin yürürlükte kalması durumunda, toplam 38 sandalyenin partiler arasında yer değiştireceği, iki büyük partinin % 7.06 ve 9.14 oranlarında üstün, diğer partilerin % —3.89 ile 1.71 oranlarında eksik temsil edileceği tesbit edilmiştir. Mahkeme, III. Cumhuriyet'de, «judicial selfrestraint»e geçerek, sisteme seçim teknolojisi ile getirilen protezi, onda birlik baraj uygulamalı oranlı seçim tekniğini Anayasaya uygun bulmuş, «**82 Felsefesini** meşrulaştırmıştır.

Anayasa mahkemelerinin seçim düzeni ile ilgili kararlarında iki farklı tezi benimsedikleri görülmektedir; Ölçülülük prensibine bağlı kalarak «Yönetilebilir demokrasi» tezini benimsemek ya da önceliği ■eşit seçim prensibi »ne tanıyarak, «çok partili siyasi hayatı ve partilerin serbestçe faaliyette bulunması prensibi»ni korumak. III. Cumhuriyet'de Türk Anayasa Mahkemesi 70'li yıllar hayaletinin etkisinde İkinci tezdten birinci teze geçmiştir ama seçim düzenini düşünürken, yeni teknolojinin «**Yönetim mekanizmalarında tıkanmaları önleme amacı**»nı gerçekleştirirmede «**ölçülülük prensibi**»ne, «**demokratik toplum**» anlayışına bağlı kalıp kalmadığı zorlamasız seçim sistemlerinin hükümet İstikrarsızlığının tek «günahkâr»! olup olmadığı sorularını da cevaplamak gerekecektir. Bu soruların cevap unsurlarını Alman Federal Anayasa Mahkemesi «**Bavyera Partisi Vak'ası**»nda getirmiştir.

(46) Bk. H.S. Türk, «Seçim sisteminde değişiklik yapılmasına ilişkin bazı öneriler-», in Kanunu Esasınının 100. Yılı Sempozyumu, Ankara t978. s. 377 vd.

2.1. «Weimar Hayaletinden «Yönetilebilir demokrasi» tezine, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Bavyera Partisi Vak'ası.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Bavyera Partisi Vak'asında(47), 1956 tarihli seçim kanunu ile getirilen engelli seçim düzeninin Anayasaya uygunluk denetimini yaparken, «VVeimar Hayaletinin etkisinde «Yönetilebilir demokrasi» tezini benimsemiş ancak ölçülü' lük prensibini de korumuştur (48).

14 yıllık Weimar döneminde 21 farklı Hükümet kurulmuş ve bu 14 yılın 10 yılında Yönetimler gerçek bir «leadership» gerçekleştire? meyen azınlık rejimleri olmuştur. Aynı süre içinde kriz dönemlerinde Devlet Başkanına olağanüstü yetki tanıyan Anayasa m. 48 mekanizması, 250 kere uygulamaya sokulmuştur.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, eşit seçim prensibi, genel eşitlik prensibinin (m. 3/1) bir uygulaması ve aynı zamanda yazılı olmayan bir Anayasa prensibidir. Ancak, Bonn Temel Yasası'nın kurmuş olduğu rasyonelleştirilmiş parlamenter rejim mekanizmaları, özellikle 67. maddede düzenlenen «kurucu güvensizlik oyu», çok sayıda siyasi partinin Parlamentoda temsilinin doğuracağı siyasi tehlikeleri gideremez.

Mahkeme davada, seçim yasaları ile getirilen engelin ancak Yönetim mekanizmasındaki tıkanmaları önleme amacı gütmeyeceği ya da bu amacı gerçekleştirmede ölçülülük prensibine bağlı kalmadığı (49) takdirde Anayasaya aykırı bulunması gerektiği sonucuna varmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, 1956 tarihli seçim kanununun % 5'lik engel kaydı, seçimlerin bütünleştirme fonksiyonunu teminata almakta ve düzenleme yasamanın takdir alanı içinde kalmaktadır.

Kısaca, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, «Yönetilebilir demokrasi» modelinin gerçekleşmesinde siyasi karar yapı ve mekanizmalarında rasyonelleştirici formüllerin yeterli olmadığı, seçim sisteminin de bu mantık içinde düzenlenmesi gerektiği tezini benimsemiştir (50). Bu anlayışta seçimlerin bütünleştirici özelliği yönetilebilirliğin, ölçülülük prensibi ise demokrasinin korunmasında önemli görülmüştür.

(47) 6 B. VerfGE 84 (195?) Bk. Murphy. Tanenhaus, Comparative Constitutional law, op-Glt., s. 570 vd.

(48) Cf. W. Leisnor. «La cncception du 'Politique' selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Allemande», RDP.. 1961. s. 769 vd

(49) Alman hukuk sisteminde ölçülülük. Anayasaya bağlanan Hukuk genel prensibidir.

2.2 Etkin yargılamadan kayıtlı yargılamaya Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında «Yönetilebilir Demokrasi» tezi.

Türk Anayasa Mahkemesi, engelli seçim düzenleri ile ilgili iki kararından ilkinde, «millî bakiye» usulünü kaldırarak oranlı temsil sisteminin bir başka tipini, engelli d'Hondt metodunu getiren 1036 sayılı Kanunun engeli ve bunun uygulama şeklini düzenleyen 32. maddesinin 4. ve 5. fıkralarını Anayasaya aykırı bulurken, ikinci kararında onda birlik baraj uygulamalı oranlı temsil sistemi getiren 2972 sayılı Mahalli idareler ile ilgili Kanunda Anayasaya aykırılık görmüştür.

2.2.1. Seçim teknolojisi ve anayasanın «plüralist felsefe»si. Anayasa Mahkemesinin 1968/13 karar sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi, 1968 tarihli ilk kararında, Kanun koyucunun ■seçim düzenlerinden birini kanunlaştırmada takdir serbestliğine sahip bulunduğunu» kabul ederken, «takdir serbestliğini sınırsız düşünenin mümkün olmadığını, sınırların Demokratik Devlet ilkesi, seçme ve seçilme hakkının özü ile çok partili siyasi hayat ve siyasi partilerin serbestçe faaliyette bulunması ilkeleri ile getirildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme kararında, «seçim kazandırmamak suretiyle partilerin gelişmelerinin önlenmesi ve çoğalmamalarının sağlanması için seçim kanununa hüküm konması»nı Anayasanın plüralist felsefesine aykırı bulmuştur. Mahkeme seçim engelini iptal eden kararında, «belli bir seçim düzenini teklif veya telkin etmek veya koymak durumunda olmadığını» da açıkça ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, «dolaylı yasama» sayılmış ve 1982 Anayasa metninin Komisyonunda görüşülmesi sırasında «Anayasa Mahkemesi aleyhine ortaya çıkan akımın menşesinde yer aldığı» ileri sürülmüştür.

2.2.2. Seçim teknolojisi ve anayasanın -yönetilebilir demokrasi felsefesi». Anayasa Mahkemesi'nin 1984/2, 1088/1 ve 1988/18 sayılı kararları ya da «ll. **Cumhuriyet Hayaleti**».

Anayasa Mahkemesi 1984 tarihli ikinci kararında (51) İse 2972 sayılı Kanunu (52) Anayasaya uygun bulurken kanun koyucunun siyasi tercihlerine müdahaleden kaçınarak, Anayasaya uygunluk denetiminin «**daha çok teknik yönden** yapılması» gerektiğini belirtmiş, siyasi tercih konusu olan seçim sistemlerinin eşitlik ilkesi yönünden yargılanmasını doğru bulmamıştır.

Mahkeme «Mahalli Seçimler Kanunu»nun Anayasaya uygunluğunu denetlediği davada «(İndirimli baraj sisteminin)... partiler arası eşitsizliğe yol açacağı düşünülebilir. Ancak bu eşitsizlik haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olduğundan söz edilemez... Şu halde siyasi tercih konusu olan seçim sistemlerini, Anayasa'nın diğer hükümlerine uygun olmak koşulu ile eşitlik ilkesi açısından yargılayıp bit sonuca varmak doğru değildir. Bir seçim sisteminin eşitliğe... ağırlık vermesi **istikrarsızlığa neden olduğu**, istikrara ağırlık vermesi de eşitliği zedelediği gerekçesi ile eleştirilmektedir.

Böylece seçim sistemleri üzerindeki tartışmalar hangisinin daha faydalı ya da sakıncalı olduğu noktasına dayanmaktadır. Bunun takdirinin yasa koyucuya ait olduğu açıktır...» demiş ve Anayasa'nın 68. maddesinin 2. fıkrası ile getirilen «Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır» kuralında «birden çok, başka bir anlatımla en az iki siyasi partinin kastedildiği»TM, «bazı batılı demokrasilerin seçim sistemleri çok sayıda partinin parlamentoya girmesine imkân vermediği halde, buralarda demokrasinin olmadığını söyleyemeyeceği »ni ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 1984/2 karar sayılı Kararında, «**judicial self-restraint**» uygulamalarının tipik bir örneğini verirken, Anayasa ve yasa koyucunun «Yönetilebilir demokrasi tezi»ni tartışma konusu yapmamıştır. Bu örnek çok daha genel bir problemin altını çizme imkânı vermektedir. 1982 Anayasası ilk üç yıllık uygulama döneminde Anayasa Mahkemesi kararlarının % 85'i red, sadece % 15'i iptalle sonuçlanmıştır. Mahkeme'de 1962-82 döneminde açılan davalarında İptal oranı ise % 52'dir.

(51) AYM. 1984/2 karar sayılı Kararı, 1 Mayıs 1984 tarih ve 18388 sayılı RG.

(52) 5.1.1984'de onaylanan 2971 sayılı Mahalli Seçimler Kanunu. Anayasa m. 89 uyarınca bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderilmiş, yeniden kabul edilerek 18.1.1984 gün ve 2972 sayılı Kanun olarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında belli bir ölçülük ilkesi de getirerek, «Yasama organının... halkın serbest irade izharı yollarını tıkayacak veya siyasi hayatın cereyanını bir tek partinin tekeline bırakacak ve çok partili rejimi yok edecek düzenlemelerde bulunmadıkça belli seçim usullerinden herhangi biri üzerinde karar vermesinin mümkün olduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 1984 tarihli kararı, Anayasa ile getirilmek istenen «Yorum ahlakına bağlı kalırken, Mahkeme'nin -dolaylı yasama» suçlaması karşısında hassasiyetini de göstermektedir. Ayrıca eklemek gerekir ki, küçük partilerin Parlamentoda temsilini engelleyen % 10 kuralı ile düzeltilmiş oranlı sistemi getiren 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'na karşı, Anayasa'nın geçici 15. maddesi ile Anayasa yargısı yolunun kapatılmış olması ve özellikle de siyasi istikrarsızlığın tipik örneklerinden biri sayılan «**II. Cumhuriyet hâyeti**» Anayasa Mahkemesi kararında etkili olmuş, bu etkiler, Mahkeme'nin siyasi teknolojisi ile ilgili sonraki kararlarında da görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, Siyasi partilere Devlet yardımı ile ilgili 1988/1 karar sayılı Kararında da aynı felsefenin etkisinde kalmıştır. Mahkemeye göre : «Siyasi partileri sağlam tutmak, **bölünmelerini ve çoğalmalarını** önlemek gibi düşüncelerin, Devlet yardımının belirli nitelikteki partilere yapılmasını **gerekli kıldığı** gözden uzak tutulmalıdır» (53).

Anayasa Mahkemesi Kararlarında «**Yönetilebilirlik felsefesi**» konusunda verilebilecek bir başka örnek, Mahkeme'nin, seçimlere katılacak partilere getirilen örgütlenme sınırı ile ilgili, 1988/18 karar sayılı Kararıdır.

Mahkemeye göre «Seçme ve seçilme hakkına zarar vermeyen, (düzenleme ve) sınırlamalar, **anayasal gereklere** uygun düzenlemelerdir. Yapılan sınırlamayla **sağlanan yarar** arasında hakkaniyete uygun dengenin bozulduğunu gösteren bir belirti yoktur. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmayan yeni sınırlamanın (Anayasaya) aykırı olmadığı görülmektedir. Düzenleme, siyasi partilerin seçimlere katılmalarını zorlaştırarak, seçme ve

(53) Cf. Anayasa Mahkemesinin, II. Cumhuriyet'de siyasi partilere Devlet yardımı ile ilgili kararları: 969/14 ve 971/13 karar sayılı kararlar. Not etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal karardan Anayasa He etkisizleştirilmiştir.

Bu konuda ayrıca bk. Y. Q. Özden in 1988/1 karar sayılı karara ekli ekli karşı oy gerekçesi.

seçilme hakkım koşula bağlasa da, AMACI OYLARIN GEREĞİN-DEN FAZLA BÖLÜNMESİNE ÖNLEYEREK **İSTİKRARI SAĞLAMAYA YÖNELİK** olduğundan, hakkın özüne dokunmadığı gibi, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı değildir». «... Anayasa'nın Başlangıç'ta ki amaçlarından biri de DENG VE DÜZEN içinde uygar bir yaşamdır. BU SONUCU SAĞLAMAK KİMİ... SINIRLAMALAR! ZORUNLU KILACAKTIR».

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, insan haklarını sınırlayabilecek «Amaçlar»ı anayasallaştırırken, «Yerİndelik denetimine de imkân hazırlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile «Anayasal amaçlar» ve hak ve hürriyetler arasında yeni bir kademelendirme yapmakta, Anayasal değerlerde prensipleri, ya da amaçları da Anayasa Başlangıcında bulmaktadır. Kısaca Yönetilebilirliğin kurucu unsurları «**Denge, Düzen ve istikrar**», Mahkemeye göre, Anayasal değerlerde prensiplerdir.

Seçim sistemi ile ilgili problemler çözümü siyasi ve hukuki açıdan zor anayasal problemlerden sayılmıştır. Yargı kararlarının siyasi kararlardan farkı, prensip olarak etik görüşler yerine nötr prensipler üzerine kurulu olmalarındadır. Seçim teknolojisi yargılamaları bu anlamda zor davalardır ve «**Hard cases make bad law**» formülünün anlamı da budur.

ili. YÖNLENDİRİLEN DEMOKRASİ. TEKDOĞRU YASAĞI, ETİK DEMOKRASİ VE İNSAN HAKLARI YENİ İDEOLOJİSİ.

1. Kapalı anayasal değerler alanı teorisi, Etik Demokrasi ve sınırları. Ya da kafalardaki «Goulag» nasıl tasviye edilir.

Azınlıktaki bir düşünce ya da kanaate sahip olma ve bunları açıklayabilme imkânı, plüralizm ve açıklık üzerine kurulu demokratik toplumun kurucu unsurlarından biridir (54).

Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi, 1943 tarihli «West Virginia v. Bernette» davasında, «... Anayasal takım yıldızı içinde, eğer sabit bir yıldız varsa o da, hiçbir resmi makamın politikada, milliyetçilikte, dinde ya da düşünce ile ilgili herhangi bir alanda tekdoğrunun

(54) Of. F. Sudre, Droit International et europden dcs droits de l'homme. PUF, Paris 1989, s. 9; L. Cohen - Tanugl, Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France »t en Am4rique, PUF., Paris 1987

ne olacağını buyurma yetkisine sahip olmadığıdır» yargısına varmıştı (55). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, Yüksek Mahkeme kararından 33 yıl sonra, ifade hürriyetinin, sadece genel kabul gören düşünceler için değil ama, «tahrik ya da rahatsız eden düşünceler» için de geçerli olduğunu kabul edecektir. Ancak bugün, tekdoğru yaşağının hürriyetler hukukunun bütün alanlarında geçerli olduğu söylene-
mez. Özellikle basın hürriyetine getirilen kayıtlamalarda «kamusal ahlak» kavramının kritik bir önemi vardır. Ve «Etik demokrasi- anlayışı, Hürriyetlerin korunmasında önemli bir problemdir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ne göre, ahlaki değerlerin korunması zorunluluğu zamana ve mekana göre değişir ve plüralizm, tek-
biçimli ahlaki bir «Avrupa kavramı» yapmayı da engeller. Ancak devletlerin hürriyetleri hukuk-ötesi ahlaki değerlerle kayıtlama yetkisi de kayıtsız değildir. Türkiye’de hürriyetler hukukunu, hukuk ötesi değerlere açma problemi 1987 yılında görülen «Muzır Davası» ile önem kazanmış ve o günden bugüne önemini korumuştur.

Ancak, Avrupa üstün-hukukiliginde, ahlaki değerlerin korunmasında takdir yetkisi mutlak, sınırsız değildir. Hak ve hürriyetlerin kamusal ahlak gerekçesi ile kayıtlanması, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Toplum Mahkemesi denetim alanına sokulmuştur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu alanda getirilen kayıtlamaların demokratik bir toplumda zorunlu ve amaçla orantılı olmaları şartını aramıştır. Toplum Mahkemesi’ne göre de, üye Devletlere tanınan iç ahlak çekincesine başvurma yetkisi, Anlaşma ile tanınan temel prensipleri ihlal edemez. 4 Aralık 1974 tarihli kararında, Mahkeme, ahlaki değer tehdit gerekçesinin geçerli sayılması için, tehdidin «açık» olması şartını aramıştır.

Kısaca bugün, «Hukuk-ötesi değerleri» de Avrupa üstün-hukukiliği çerçevesinde düşünmek gerekecek, insan hakları yeni ideolojisi **bu** alanı da etkileyecektir. Fert olma hakkı’nın yeni anlamı da budur.

1.1. «Kapalı Anayasal değerler alanı teorisi» Tütün Davası ve örtünme Davası. İki Klinik Vak’a.

Plüralist demokrasilerde tekdoğru yaşağı her türlü inanç ifadesini her zaman korumaz. Jürisprüdansiyel anayasada kurulan **«Kapalı anayasal değerler alanı teorisi»** bu korumanın sınırlarını da çizer.

(55) 319 U.S. 624. Cf. Murphy, Tanenhaus, Comparative Constitutional Law, op. Cit, s. 472 vd.

Karlsruhe Mahkemesi'nde görülen «Tütün Davası» ve Türk Anayasa Mahkemesinde görülen «Örtünme Davası- bu konuda İki klinik vak'a teşkil eder.

«**Kapalı anayasal değerler alanı teorisi**» Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında uygulama alanı bulmuştur. Bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biri, Dini inançlar sebebiyle örtünme davasıdır.

Anayasa Mahkemesi 1989/12 karar sayılı Karar'a konu olan «**Di-nî inançlar** sebebiyle **örtünme** Davası»nda «Kapalı anayasal değerler alanı teorisi-nîn unsurlarını Anayasa Başlangıcı ve Anayasa'nın 174. maddesinde bulmuş, resmi Anayasa ideolojisi içinde «lâiklik prensibinin «**anayasal ayrıcalığa**» sahip olduğunu tesbit etmiştir. Bu tesbitin Anayasa Mahkemesi'nin kurmakta olduğu ölçü normlar blokunun kavranmasında kritik bir önemi olduğu açıktır. Normlar blokunun arkasındaki «ideoloji-nin en açık ifadelerinden biri, belki de, Anayasa Mahkemesi'nin 1989/12 karar sayılı Kararıdır.

Lâiklik prensibini, «Anayasada öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden» sayan Mahkeme, «Atatürk Milliyetçiliği »ni sivil barışın kurucu unsuru olarak görmüştür. «Dinsel gerekli düzenlemeler- ise bölünmelere yol açma ve sivil barışı bozma İstidadı taşıyan düzenlemelerdir. «Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır».

Bütünlükçü Demokrasi düşüncesinin ilk kaynakları Antik Yunan'ın ortak ruh, düşünce anlamında «Homonoia-sındadır. Bugün, bünyesine yüksek dozda «Homonoia» zerk edilmiş demokrasi anlayışı en açık ifadelerinden birini 1982 Anayasa Başlangıcında bulur. Aynı felsefe, açık ifadesini, Anayasa Mahkemesi'nin «Örtünme Davası- ile ilgili kararında da bulmuştur.

Karlsruhe Mahkemesi 1960 yılında, «Anayasa şikâyeti» yolu ile baktığı davada, gençliğinde General Lındendorff başkanlığındaki radikal-milliyetçi harekete katılmış, III. Reich'in çöküşünden sonra takma adla Alman Federal Cumhuriyeti istihbarat teşkilâtında görev almış ve gizli belgeleri Sovyet işgal bölgesine sızdırmış ve yargılanarak hüküm giymiş davacının, hükmün infazı sırasında tanrıtanımazlık propagandası yaptığı ve karşılığında tütün verdiği gerekçesi ile tahliye talebinin reddi kararını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre Temel Yasa her türlü inanç ifadesini korumaz. Korunan, medeni -ahlaki değerler çerçevesinde kalan inanç ifadeleridir (56).

(56) Cf. Murphy, Tamenhaus, Comparative Constitutional Law, op.cit. s.466 vd.

Bugün pozitif hukuku, hukuk-ötesi değerlere açan kavramlar arasında **kamusal ahlak** kavramı kritik önem kazanmıştır.

1.2. İnsan Hakları Avrupa Hukuku'nda ahlaki değerler. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Topluluk Mahkemesi kararları

1.2.1. Düşünce hürriyeti «Tahrik ya da rahatsız eden düşünceler için de geçerlidir» : Handyside Vak'asının anatomisi.

R. Handyside, bir bölümü seksüel problemlerle ilgili ilk baskısı Danimarka'da yapılan «**Öğrenciler için küçük kırmızı kitap**»! Birleşik Krallık'ta yayınlamış, ancak İngiliz makamları, müstehcen yayınlarla ilgili 1959 ve 1964 tarihli yasalar uyarınca tedbir almış, kitabın basımcı ve yayıncıda— kî nüshalarına elkonmuş ve kitap takibat konusu yapılmıştır. Mahkeme elkonan kitapların imhasına karar vermiş, ayrıca pa- ra cezasına da hükmetmiştir. **Handyside** !n bir üst derece mahkemesine başvurusu da sonuçsuz kalmıştır.

Handyside İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurusunda, İngiliz makamlarının ifade hürriyetini (Konvansiyon m. 10), mülkiyetten yararlanma hakkını (1 no.lu Protokolün 1. maddesi) ihlal ettiğini İddia etmiş, Büyük Britanya'nın kendisine görüşlerinden dolayı ayırım gözetmeksizin hak ve hürriyetlerden yararlandırma sağlamadığını da (Konvansiyon m. 14) iddiasına eklemiştir. Komisyon davayı, Konvansiyon'un 17. ve 18. maddeleri açısından da İncelemeyi kararlaştırmıştır. 30 Eylül 1975 tarihli raporunda Komisyon, ne Konvansiyon ne de 1. no.lu Protokol İhlali görülmediği görüşünü beyan etmiştir.

İnsan Hakları Mahkemesi, **Handyside** Vak'asında, dava konusu kayıtlama amacının meşru olup olmadığını araştırmış ve ahlaki değerlerin korunmasını meşru amaç saymıştır. Mahkeme, kayıtlamalar demokratik bir toplumda zorunlu mudur sorusunu cevaplandırırken, üye Devlet iç hukuklarından Avrupa ortak ahlak kavramının çıkartılamayacağını, madde 10, İkinci paragrafının Devletlere, ahlaki değerlerin korunmasında bir takdir alanı tanıdığını not etmiştir. Ancak Mahkeme, bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığını ve Mahkeme denetimine tabi tutulması gerektiğini de tesbit etmiştir. Mahkeme'ye göre, ifade hürriyeti demokratik bir toplumun kurucu unsurlarından biridir ve bu hürriyet, **tahrik ya da rahatsız eden düşünceler** (Ees ideas qui heurtent, choquent ou Inquietent) için de geçerlidir. Bu alanda getirilen kayıtlamalar meşru amaçla orantılı olmalıdır ve bu konuda ileri

sürülen gerekçelerin yeterli olup olmadığına karar verme yetkisi de Mahkeme'nindir (57).

1.2.2. Avrupa Topluluk Mahkemesi'nde «Kapalı anayasal değerler alanı teorisi» ve Ahlaki değerlere «açık tehdid» şartı (58).

Topluluğu kuran Anlaşma'nın 48/3 ve 36. maddeleri iç ahlak ihtiyat ya da çekince kayıtları getirmiştir. Bu ihtiyat kayıtları üye Devletlere belli bir takdir marjı tanır. Bu çerçevede Topluluk Mahkemesi'nin denetim ve yorumu, üye Devletlere Anlaşma ile tanınan muhtariyetle, Topluluk yapısını meydana getiren hukuki prensipler arasında gerilim noktasında yer alır.

Topluluk hukukunun tek düzen uygulanması, Topluluk kurallarının önceliği ve doğrudan uygulanırılığı prensiplerinin sonucudur. Bu durumda -kamusal ahlak kavramı» da kritik önem kazanır.

Topluluk Mahkemesi'nin 1979 tarihli, 34/79 sayılı kararı ile sonuçlanan **Henn ve Darby** vak'asında, Büyük Britanya gümrük yetkilileri Anlaşma'nın 36. maddesine dayanarak pornografik malzemenin ülkeye sokulmasını reddetmişlerdir.

Van Duyn Vak'asında ise, «Church of Scientology»nin iş ilanına cevap veren Van Duyn'e Büyük Britanya'ya giriş izni verilmemiş ve karar bu mezhep faaliyetlerinin kamu düzenini tehdit eden sosyal bir tehlike teşkil ettiği gerekçesine dayandırılmıştır. 4 Aralık 1974 tarihli «**Van Duyn C. Home Office**» davası, İngiliz vatandaşlarının ahlak sağlığını koruma iradesini esas almıştır. Henn ve Darby davasında hukuk sözcüsü VVarner, nisbiliği dikkate alındığında, kamusal ahlakın objektif olarak tanımlanamayacağını ileri sürmüş, Mahkeme de sonuçta, Topluluk için geçerli genel bir tanım getirmekten kaçınmıştır.

Mahkeme, her Devletin kendi ülkesinde, kendi değer ölçülerine göre kamusal ahlak gereklerini belirleme yetkisini tanımış ve Van Duyn davasında, Devletlere tanınan bu takdir yetkisinin, aynı Devletlerin muhtar bir hukuk düzenine, topluluk düzenine, aidiyetinden kaynaklanan zorunlulukların dikkate alınmasını engellemeyeceğini ileri

(57) 8k. R. Pelloux, «Trois problemes de sociötö devant la Cour europöenne des droits de l'homme», AFDI., 1977, s. 494 vd.: V. Berger, La jurisprudence de la Cour europöenne des droits de löhomme, op.cit, s. 75 vd.

(58) Bk. P. Hetsch, «Emergence des valeurs morales dans la Jurisprudence de la CJCE». Rev. Europ., 1982, s. 511 vd.

sürmüştür (41/74). Mahkemeye göre iç ahlak çekincesine başvurma, Anlaşma ile tanınan temel prensipleri ihlal edemez. Ancak Van Duyn kararında Mahkeme, ahlaki değer tehdit gerekçesinin geçerli sayılması için, **tehdidin açık** (manifeste) olması şartını da aramıştır (59).

1.2.3. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında iki klinik vak'a.: Muzır Vak'ası ve İffetsiz Kadınlar Vak'ası.

1.2.3.1. Jürisprüdansiyel anayasa hukukunda «**Etik demokrasi**» problemi ya da «**Muzır Vak'ası**».

Anayasa Mahkemesi, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Korumaya Kanunu ile, Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve 1117 sayılı Kanuna ek maddeler ilavesine dair 3266 sayılı Kanunun iptali için açılan davada, «demokratik hak ve özgürlükler içinde önemli bir yer işgal eden basın özgürlüğünü zedelememek, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan korumak zorunluluğunun)... çağdaş bir kaygıya dönüştüğü »nü ve bu -gerekli ve duyarlı dengeyi» kurmak ve korumanın «önemi inkar edilemeyecek bir Anayasa problemi- halini aldığım not etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, «Maneviyat» ve «muzır» kavramlarını belirleyici unsurların, etik demokrasi anlayışını pozitifleşiren 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun genel amaç ve temel ilkelerinde (60) ayrıntılı olarak gösterildiği ve bu düzenlemelere aykırılığın «yayım suçu» doğurduğu sonucuna varmış, basın hürriyetine «**kamusal ahlak**»ın korunması amacı ile sınırlama getirilmesini Anayasaya uygun bulmuştur (61). 1739 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, fertlerin, «...Türk milletinin millî, ahlaki, İnsanî, manevî ve kültürel değerlerini benimseyen... kişiler olarak» yetiştirilmesi Öngörülmüştür, Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi «Anayasa ile uyum içinde, **bir direktif kural**» saymıştır.

Mahkeme, basılmış eserlerin muzır olup olmadığını inceleme ve karar verme, Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunarak soruşturma başlatma ve resmi bilirkişi yetkisine sahip, çoğunluğu me-mur statüsünde üyelerin arasında bir din adamının da yer aldığı, Baş-

(59) 41/74; Rec. 1337 vd.

(60) Bk. 21 Kasım 1987 t. ve 19641 s. RG.

(61) Cf. Mahmut C. Cuhruk, Y. Aliefendioğlu ve M. Gönül'ün karşı oyları.

bakanlık Bünyesinde kurulan Kurulun, kuruluş tarzi ve yetkilerine, davacının itirazını yerinde bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Kurul  yeleri, olaya toplumda geçerli olan ve genel nitelik kazanan ortak **ahlaki değerler** açısından yaklaŐmak ve görüŐlerini buna göre oluŐturmak» zorundadır.

1.2.3.2. «İffetsiz Kadınlar» Vak'ası ya da  zg rl klerde bozulma  l s .

Anayasa Mahkemesi'nin, «İffetsiz kadımlar»a karşı gerçekleŐtirilen eylemlerde ceza indirimini getiren Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin Anayasa ve Hukukun Genel Prensiplerine uygunluğunu denetlediği davada verdiği karar, «**Etik karakterli karar**»ların tipik örneklerinden biridir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleŐik kararlarına göre, «eşitliği bozduğu iddia edilen kural **haklı** bir **nedene** dayanmakta veya kamu yararı amacı ile yürürlüğe konmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez». Anayasa Mahkemesi, 1989/3 karar sayılı Karara konu olan «İffetsiz Kadınlar Vak'ası »nda, İffetsiz kadınlara karşı gerçekleŐtirilen eylemlerle, «**bu tür kadınların** kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlar kadar **bozulmuŐ** sayılamaz» sonucuna varmış ve ceza İndiriminin haklı nedenini «** zg rl klerde bozulma ölçüsü**»nde bulmuştur.

Not etmek gerekir ki, « zg rl klerde bozulma ölçüsü-, jürisprüdansiyel anayasa hukukunda, «Hukuk- tesi değerlerce kurulan yeni bir « l »d r.

Sorulması gereken soru «yerindelik değil uygunluk denetimi yapan, yasa kuralının Anayasaya aykırı olup olmadığını tesbit eden «Anayasa Mahkemesi'nin, moral yerindelik kavramını ne ölçüde kullandığı sorusudur.

Topluluk Mahkemesi'nin 62/76 **Strehler kararında** Hukuk sözcüsü **Warner**, «Bereket versin ki, bu Mahkemenin, moral karakterli kararlar verme misyonu yoktur. Bu Mahkemenin görevi Hukuktan dıŐarı ıkmamaktır» demiŐtir ama, «**Etik demokrasi**» anlayışı, Ahlak-Hukuk dilemmasından çıkmayı da son derece zorlaŐtırmıŐtır. Plüralist demokrasilerde «Anayasa Problemi» halini alan, herhalde önce bu zorluktur.

Son bir analizde Avrupa  st n-hukukiliğinde, ahlaki değerlerin korunmasında takdir yetkisi mutlak, sınırsız değildir. Pozitif hukuku

hukuk-ötesi değerlere açan kamusal ahlak kavramının genel geçerli tanımı getirilemese de, kamusal ahlak değerleri ile hak ve hürriyetlerin kayıtlanması, kazai denetim konusudur. Kısaca, etik demokrasi genel anlamda kültürel değerlerle kayıtlı demokrasidir ama, tekdoğru yasağı kayıtlamaları da kayıtlamaktadır. Kayıtlamaların kaydı, «Kişiliği geliştirme» sentetik hürriyeti, herşeyden önce, «**kafalardaki Goulag**»ın tasfiyesi demektir.

2. İnsan hakları yeni ideolojisi ve 1982 Anayasası. 1982 Anayasası «favor libertatis» okunabilir mi.

Demokratik-liberal sistemlerde temel haklar ve kamu hürriyetlerini bugün, siyasi düzen ve sosyal barışın temelleri olarak tanımlamak mümkündür. Bu anlayış açık ifadesini 1978 tarihli İspanyol Anayasası madde 10.1. düzenlemesinde bulmuştur. Çok daha genel bir ifade ile Demokrasi, haklara sahip olma hakkının tanındığı yerde vardır ve bugün, Marksizm ve Klasik liberalizmin dışında bir -üçüncü yol- sayılan insan hakları yani İdeolojisinin temelinde fert merkezli değerler sistemi vardır. Sivil Toplumu güçlendiren de bu anlayıştır.

2.1. «**Libertates singularum v.Salus rei publicae**» ya da fert merkezli değerler sistemi kurulurken.

Türk anayasacılığında, II. ve IH. Cumhuriyet Anayasaları, Devlete ve kamu iktidarlarına, ferdin hak ve hürriyetlerini sosyal Hukuk Devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, sosyal ve ekonomik engelleri kaldırma, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama jenerik ödevini yüklemiştir (62).

Benzer bir düzenleme İspanyol Anayasası madde 9.2 ile getirilmiş ve jürisprüdans bu anayasal düzenlemeden, çok sayıda pratik sonucu olan, «**Favor libertatis**» (hürriyetden yana) bir genel prensip çıkarmıştır. İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin, «temel hakları anayasal rejimin özü» sayan görüşü de aynı prensibin bir başka dilde anlatımıdır (63).

Ekleme gerekir ki, 1982 Anayasası'nın «Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen ve yeni bir «kriz yasalığı» getiren 15. maddesinde «kişinin... maddi ve manevi var-

(62) Bk. 1982 Anayasası, m. 5.

(63) Bk. İspanyol Anayasa Mahkemesi 26/1983 karar sayılı kararı. Cf. M. S. Moron, «Le systfeme de protection des droits fondam e ntaux et libertös publiques en Espagne», JÖR. 1986, s. 149 vd,

liğının bütünlüğüne dokunma» yasağı getirilmiştir (64). «**Tarihi hata**», bu düzenlemelerden «**favor libertatis**» bir genel prensip çıkarma yerine, Anayasada «Devleti koruma teorisi »ne öncelik tanımak; kamu yararını (**Salus rei publicae**) fert hürriyetinden (**Libertates singularum**) üstün tutmak ya da Anayasayı bu kimliği ile yargılamak olmuştur. Anayasada «Cumhuriyet'in nitelikleri»ni yorumlamada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kullandığı «**Güçlü Devlet, otoriter idare**» ya da Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı «**Devlet menfaatlerine üstünlük tanıma**» formülleri gibi...

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, çok yakınlarda, Anayasayı farklı okumaya başladığı da not edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi, 2559 sayılı **Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun** bazı maddelerinin değiştirilmesi ve kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkında 3233 sayılı Kanunun iptali davasında, Anayasa da hürriyetlerin «hangi anlayış için de düzenlendiğini» araştırmış ve Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinden «**favor libertatis**» bir genel prensip çıkarmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, «Anayasa özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir. Gerçekten de, Anayasa'nın ikinci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir Devlet olduğu belirtildikten sonra, 5. maddesinde kişinin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmasını, Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır..» [65].

Fert merkezli değerler sisteminin kurulmasında, bugün, «**Demokratik Toplum Düzeni**» anlayışı ve muhtevası yenilenen «**Hukuk Devleti**» anlayışı kritik bir önem taşır.

(64) Milli vs milli-üstü planda haklar, koruyucu fonksiyonlarına bağlı olarak hiyerarşileştirilmiş ve insan haklarının «**sert çekirdeği**» 1982 Anayasasının 15 maddesinde düzenlenmiştir. Olağanüstü hallerde bile «kullanılması durdurulamayan- bu hak ve hürriyetler, insan Hakları Deklarasyonlarında da bu karakteristikleri ile tanınan hak ve hürriyetlerdir. 15. maddenin ikinci fıkrasına göre, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptamncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

(65) Bk. AYM. 1986/27 karar sayılı Karar.

2.2. Fert merkezli hak ve hürriyetler sisteminde hak ve hürriyetlerin tahrip edilemez muhtevası.

öze (**Contenu essentiel**) dokunma yasağı Bonn Temel Yasası (m. 19/1) arşetipini uygulayan 1961 Anayasası (m. 11/1) ve İspanyol Anayasası (m. 53) ile getirilmiştir (66).

Uygulamada, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin «öz-den önceki alanda, oranlılık ya da daha geniş anlamda ölçülülük prensibi (le principe de proportionnalité, Grundsatz der Verhältnismässigkeit) (67) ile yaptığı denetim karşısında, Türk Anayasa Mahkemesi II. Cumhuriyet'de hak ve hürriyetlerin korunmasında sınırlama sebep ve amaçlarına aykırılıktan verdiği çok sayıda iptal kararına rağmen (67a), öncelikle öze dokunma yasağını operasyonelleştirmiştir.

Oranlılık prensibi, özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında, bu ülkeler Anayasalarına bağlı bir hukuk genel prensibi sayılmıştır. Alman sisteminde, «yasa kayıtları»nda (röserve lögale, Gesetzesvorbehalt) yer alan sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araç orantısını ifade eden bu prensip, Hukuk Devleti prensibinin (Rechtsstaatsprinzip) (m. 20/3) sonucu, anayasal değerde bir prensip sayılmıştır.

Öze dokunma yasağı tekniği, herşeyden önce, hakkın norm alanı, koruma alanı ya da çekirdeğinin tesbitini gerektirmektedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, öz teminatı prensibinin, hak ve hürriyetlere kamu gücü müdahalesinin mutlak ve nihai sınırı olduğunu tesbit etmiş ve öz teminatı muhtevasının, her temel hak ve hürriyetin, hürriyetler sistemi içinde yerine göre tesbit edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (68).

İnsan merkezli hak ve hürriyetler sisteminde, hak ve hürriyetin tahrip edilemez asgari muhtevası, «insan haysiyeti» ya da fert olma hakkıdır. Temel haklar bugün sadece Devlet gücüne getirilen kayıtlar-

(66) Öze dokunma yasağı tekniğini Topluluk Mahkemesi de kullanmaktadır. Cf. 14 Mayıs 1974 tarihli Nold karar. (4/73).

(67) İsviçre hukukunda «yazısız Anayasa hukuku prensibi» sayılan oranlılık prensibi uygulamaları için bk, ATF 94/492, 496; 96/234, 242. Ayrıca bk. E. Forsthoff, T rai 16 de droit administratif allemand, Bruylant, Bruxelles, 1969, s. 190 vd.; grisel, Droit administratif su İsse, Neuchatel, 1970, s. 40 vd.; G. B rai bant, «Le principe de proportionnalité, İn Melanges Waline», op.cit., s. 297 vd.; Adank, La coexistence d es libertäs, Neuchatel, 1980.

(67a) Bu konuda tipik bir örnek için bk. AYM. 1976/51 karar sayılı Karar.

(68) Cf. F. Sağlam, Temel hakların sınırlanması ve özü, Ankara 1982, s. 164 vd.

malar olmaktan çıkmış, Devlet anlayışını da şekillendirmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kurduğu anayasal haklar şebekesinde, iktidarın ölçülü kullanımı prensibi, bu anlayışın ifadelerinden biridir (69).

Türk Anayasa Mahkemesi II. Cumhuriyet'de hak ve hürriyetler «öz»ünün tesbitinde, ilk kararlarından başlayarak, »kullanılabilirlik testi-ni uygulamıştır (70).

Not etmek gerekir ki, demokratik-liberal Anayasalarda, hak ve hürriyetlerin norm alanına koruma getiren, insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza koyma, önceden izne bağlama ve sansür yasakları ya da yasal sınırlar uygulamasını yargıç kararına bağlayan kaza kaydı (râserve juridictionnelle) gibi... pozitifleştirilmiş öz unsurları da yer alır. Başka kelimelerle, Demokratik-Hukuk Devleti ölçüleri öz unsuru pozitifleştirmektedir(71).

Öze dokunma yasağı tekniğini kullanan İspanyol Anayasa Mahkemesi de 8 Nisan 1981 tarihli kararında öz kavramını tanımlamış (72) ve Mahkeme hakkın «öz muhtevası »m tesbitte bir birini tamamlayıcı iki metod kullanmıştır.

Bu metodlardan İki, her temel hakkın yasamayla maddileştirilmeden önce kavramsal olarak varolduğu ve opinio juris'in, normatif hal öncesinde ifadesini bulan bu hak ve hürriyetin muhtevasını tayin ettiği varsayımı üzerine kuruludur.

İkinci metod, Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1963'lü yıllarda şekillendirdiği «kullanılabilirlik testi »ne çok yakındır. İspanyol Anayasa Mahkemesi, bir hak ve hürriyetin kullanılmasını zorlaştıran ya da zorunlu korumasını yok eden kayıtları öz tahribi saymıştır.

2.3. İnsan hakları yeni ideolojisi ve «Demokratik toplum düzeni» ya da «Devletsiz Hukuk» nedir.

1982 Anayasası'nın «Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması »m düzenleyen 13. maddesi ise ikili bir resepsiyon, normatif [İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu) ve jürisprüdansiyel (Strasbourg

(69) Bk. K. Schlaich, «Procödures et techniques de protection des droits fondamentaux Tribunal constitutionnel födöral allemand», in Favoreu, öd., Cours constitutionnelles europöennes et droit fondam e ntaux, Economica, Paris 1982.

(70) AYM. 1963/1 karar sayılı Karar.

(71) Bu konuda özellikle bk. Anayasa Mahkemesi'nin toplantı ve gösteri yürüyüşleri İle ilgili 1976/51 karar sayılı Karar.

(72) Cf. P. Bon et al.. La Justice constitutionnelle en Espagne, Economica, Paris 1984., 8. 245 vd.

organları jirisprüdansı) resepsiyon ürünüdür. 13. madde gerekçesinde, maddenin ikinci fıkrasında sınırlamanın sınırının öngörüldüğü belirtildikten sonra, sınırlayıcı tedbirlerin, «**genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı**» ile uzlaşabilir olması ve sınırlamanın öngörülen meşru amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından «fazla olmaması gerektiği» açıklanmış, «amaç ve sınırlama orantısının korunması» ya da oranlılık prensibi, anayasal prensip sayılmıştır.

Gerekçe, getirilen kıstasın, 1961 Anayasasının kabul ettiği «öze dokunmama» kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay bir kıstas olduğunu söyledikten sonra, bu kıstasın milletlerarası sözleşmelerde de kabul edildiğini belirtmiştir. Başka bir ifade ile 1982 Anayasası, anayasal haklar kataloğu yanında anayasal prensipler de tanımaktadır. Bu anayasal prensipler anayasal hakların koruduğu çerçeveyi çizmektedir (73).

Ancak Anayasa Mahkemesi, hak ve hürriyetler «ÜZ»ün tesbitinde, ilk kararlarından başlayarak uyguladığı -kullanılabilirlik testi ni muhafaza etmiş ve -öz»ü demokratik toplum kavramı içinde düştürmüştür (74).

Bu durumda Strasbourg organları (Komisyon ve Mahkeme) jürispüdansı, 13. madde ikinci fıkra yorum ve uygulanmasında kritik önem kazanmıştır (75).

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu'nun çeşitli maddeleri, stereotipleştirilmiş bir formül aracılığı ile haklara getirilen sınırlamaların «**demokratik bir toplumda**» zorunlu tedbirler olması gerektiğini öngör-

(73) Anayasal prensipler konusunda bk. A. Grisel, «Droit public non écrit; droit s constitutionnels, principes constitutionnels, règles Gdnraies», in Mólanges Max Imboden, Bale, 1972, s. 139 vd.

(74) Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da hürriyetlerin hangi anlayış içinde düzenlendiği konusunu incelediği «Polis Vakası»nda, «Anayasanın esprisi»ni bir sacayak üzerine kurmuştur: Temel prensip : m. 12; Hürriyetlerin korunması ve kullanılmasının sağlanması: m. 5; Hürriyetlerin sınırlandırılması; m. 13. Anayasa Mahkemesine göre, «Hürriyetler ancak, istisna! olarak ve **demokratik toplum düzeninin sürekliliği için** zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilir., Temel Hak ve Hürriyetlerin **özüne dokunup kullanılamaz hale** getiren kısıtlamalar, **demokratik toplum düzeni** gerekleri ile uyum içinde sayılamaz*. Hürriyetlere getirilen kısıtlamaların «Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan temel ilkelere de uygun olması gerekir.

(75) Bu önemi Anayasa Mahkemesi de kabul etmektedir. Bk. «Türkiye Raporu», in Anayasa Yargısı, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (27 Nisan 1987 Lizbon), Ankara 1988, s. 205 vd.

müş, sınırlayıcı tedbirlerin bu formüle uygunluğunu denetleyen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, «Sözleşmenin tanıdığı bir hakka getirilen sınırlamanın güdülen amaçla oranlı olması gerektiği» sonucuna varmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, madde 10/2 anlamında «demokratik bir toplumda zorunlu» deyiminin nasıl yorumlanması gerektiğini de Handyside kararında açıklamıştır: Zorunlu kavramı «zorlayıcı bîr sosyal ihtiyaç »in (besoin social imperfeux, pressing social need) varlığını gerektirir (76). Bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biri **Klass ve diğerleri Vak'asıdır** (77).

Klass ve diğerleri vak'asında, Bonn Temel Yasası m. 10/2 değişikliği ve 13 Ağustos 1968 tarihli kanunla getirilen gözetleme sistemi ile haberleşme hürriyetinin gizliliğine dokunulduğu iddia edilmiştir.

Mahkeme, terörizme karşı mücadelenin, demokrasiyi koruma adına demokrasiyi tahrip etme tehlikesini dikkate alarak, haberleşme hürriyetine getirilen kayıtların kötüye kullanılmasına karşı uygun ve yeterli teminatın varlığını aramıştır.

Demokratik plüralist sistemlerde Temel haklar katalogu başlıca hakları ihtiva eder ve bu sistemlerde, temel hakların gereken başlıca değerler konusunda belli bir consensus vardır. Bu consensus, açık ifadesini, milletlerarası planda haklara hukuki koruma getiren hukuki cihazlarda bulur.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na ferdi başvuru hakkının ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yargılama yetkisinin tanınması, anayasal haklar Türk sistemini de bu «consensus» alanına sokmuştur.

Bu durumda «**demokratik toplum**» düzeninden ne anlaşılması gerektiği kritik bir önem kazanmıştır.

Bu konuda, Anayasa Mahkemesi kararlarında iki farklı tezin varlığı görülmektedir.

(76) Cf. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside kararı, Sörle A, no. 24; 26 Nisan 1976 tarihli Sunday Times kararı Sörle A, no. 30; 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri kararı, Sörle A, no. 28.

(77) Bk. Mahkeme'nin 6 Eylül 1978 tarihli kararı; R. Pelloux, «Trois affaires allemandes devant la cour européenne des droits de l'homme», AFDI., 1979., s. 338 vd.; V. Berger, Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, op.cit, s. 90 vd.

Anayasa Mahkemesi, 1986/23 karar sayılı kararına konu olan «Serbest Bölgeler Vak'ası»nda, «Millî Demokratik toplum düzeni»ni benimsemiştir (78). Mahkemeye göre : «Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde (genel ve özel sınırlama sebeplerine) dayanmak suretiyle **demokratik toplum düzeninin** gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir.

Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz **Anayasamızda** gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.»

Anayasa Mahkemesi 1986/27 karar sayılı Karara konu olan «Polis Vakası»nda ise «**Standart demokratik toplum düzeni tezi**»ni getirmiştir.

«**Klasik demokrasiler** temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı» sistemlerdir.

■ Kişinin sahip olduğu DOKUNULMAZ, vazgeçilmez devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde sayılamaz»

«**özgürlükçü** olmak yanında **Hukuk Devleti** olmak ve **Kişiyi ön planda tutmak** da aynı «sistemin unsurlarındandır.

Şu halde, hak ve hürriyetlere getirilen kısıtlamaların, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir.

Bu anlayış içinde, hürriyetlerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, **demokratik toplum düzeni kavramı** içerisinde değerlendirilmelidir».

Anayasa Mahkemesi, yerel yönetim seçimleri ile ilgili kararında ■Çağdaş BATI DEMOKRASİLERİ»nin bir başka kurucu unsurunun altını çizmiştir.

■ İncelenen kural, ÇAĞDAŞ BATI DEMOKRASİLERİNİN en güçlü niteliği olan katılımcılığın 'sürekli biçimde etkin olma' öğesini zedeleyerek, bireyleri ve toplumu kamu İşlerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırmaktadır... Siyasi hakları, Hukuk Dev-

Jeti ilkesinin temel taşlarından birini oluşturduğundan bunlara aykırılık Hukuk Devleti ilkesine ve dolayısı ile Anayasanın 5. maddesinde düzenlenen Devletin Cumhuriyeti ve Demokrasiyi koruma amacına da zarar verecektir» (79).

Son bir analizde Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, demokratik toplum düzeni konusunda, altının çizilmesi gereken önemli bir değişme görülmektedir. Anayasa Mahkemesi Serbest Bölgeler Vak'asında «millî demokratik toplum düzeni» tezini benimseyerek, «demokratik toplum düzeniyle, hiç kuşkusuz, Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icapları ile belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur» derken, sonraki kararlarında, standart demokratik toplum düzeni tezini getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Poliz Vazife ve Selahiyetleri Vak'asında, «Hürriyetler ancak, istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilir... Hak ve hürriyetlerin özüne dokunup kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleri ile uyum içinde sayılamaz- derken ve yerel yönetim seçimleri ile ilgili kararında, demokratik toplum düzeninden, çağdaş batı demokrasilerinin düzenini anlarken, **insan hakları yeni ideolojisinin** benimsenmesinde önemli bir mesafe alınmıştır.

İnsan hakları yeni ideolojisine ulaşmada ikinci önemli problem, Komisyona ferdi başvuru hakkını kayıtlı tanımanın, çekince koyma hakkının kullanımı sayılıp sayılamayacağı problemidir. Türk Hukuk doktrini konuyu problemleştirmiştir ama, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi problemi çözmüştür. Mahkeme, 29 Nisan 1988 tarihli kararında (Belilos Vak'ası), genel nitelikte çekincelerin Sözleşmeye aykırılığını tesbit etmiştir (80).

Bu durumda Komisyona ferdi başvuru hakkı kayıtsız kullanılabilir. Mahkemenin İsviçre'ye karşı verdiği ve en önemli kararlarından sayılan Belilos Kararı, kamu hürriyetleri jürisprüdansiyel hukukunu da derinden etkileyecektir.

Yargılama etkisi, bütün üye devletler, bu arada Türkiye tarafından kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 6 Aralık 1988 tarihine kadar 180 karar vermiştir (81).

(79) Bk. AYM. 1988/18 karar sayılı Kararı.

(80) Bu konuda özellikle bk. G. Cohen-Jonathan, «Les rdserves à la Conventfon Europöenne des drofts de l'homme. A propos de l'arret Belilos du 29 Avrfl 1988- in, Revue gdnöräle de droit International public, 1989, s. 274 vd.

f81) Bk. G. Cohen-Jonathan, .Sur quelques aspects röcents de l-actividd de la Cour europÇenne des drofts de l'homme-, in, Rev. trlm. dr. europ., 1989, s. 153 vd.

Konvansiyon ve getirdiği koruma hukuku Avrupa hür demokrasi-leri ortak kamu düzeninin kurulmasında etkili bir cihazdır; Komisyon ve Mahkeme, temel haklarla ilgili ortak normları tanımlarken, Avrupa liberal Kamu hukukunu kurmaktadır ve kurulmakta olan Avrupa kamu düzeni üye Devletler pozitif hukukunun bir parçasıdır.

Hak ve hürriyetler hukukunun liberalleştirilmesinde, parlamen-toların hareketsiz kalması durumunda, bu misyonu yargıç üstlene-cektir. Hürriyetler hukukunun, bugün, bir «Devletsiz Hukuk» olması-nın anlamı da budur. 1982 Anayasası'nın 138. maddesine göre, «Yar-gıçlar, Anayasaya, kanuna ve Hukuka uygun olarak karar verirler- ve 138. madde mantığı, Anayasalın 15. maddesi ile birlikte düşünülür İse, yargıcın kanunu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne uygun yoru-muna da imkân tanır. Farkında olunsun ya da olunmasın, Türk hukuk sisteminde, insan hakları yeni ideolojisine ulaşma kanalları açılmıştır. ■Yargıçlar Cumhuriyeti-nin demokratik meşruiyetini sağlayacak olan da bu kanalların kullanılmasıdır.

Bugün, plüralist demokrasilerde, sosyal uzlaşmazlıkların çözüm-lenmesinde, Hukuk Devletin gelişmesini ve somut bir muhteva ka-zanmasını sağlayan jürisprüdansiyel politika, önemli bir rol oynamak-tadır.

2.4. Hukuk Devletin muhtevası somutlaşırken -Ölçülülük Pren-sibi»

Hukuk Devleti kavramının, en önemli parçası, fertlerin temel hak-larının korunması ile ilgilidir (82), ve bugün, korumanın etkili cihazı anayasa mahkemeleri, anayasal haklar eksik katalogunu tamamlarken, yeni koruma prensipleri de getirmektedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kamu hürriyetlerine Devlet müdahalesine sınırlamada da Hukuk Devleti kavramından yararlan-maktadır; bu sınır Alman İdare ve Anayasa hukuklarına hakim olan ■ ölçülülük- ya da «oranhlık» prensibidir. Bu prensip üç kriterden meydana gelir; Müdahale, temel hakların sınırlandırılmasını doğru-layan kamu yararını teminat altına almaya elverişli olmalıdır; yasa koyucu ya da idare fertlerin temel haklarına çok daha sınırlı bir mü-dahale ile kamu yararını sağlama İmkânına sahip olmamalıdır; kamu yararı müdahale edilen özel yarardan çok daha önemli olmalıdır. Oran-

(82) Koruma yeni anlayışı ya da «DrIttvirkung teorisi», temel hakları, sadece Dev-lete karşı değil ama üçüncü kişilerin müdahalesine karşı da bir koruma aracı olarak görmektedir.

İlhk prensibi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (83) ve Avtupa Top-
lulukları Mahkemesi, Alman hukuk alanından, Avrupa hukuk alanına
taşımış, 1982 Anayasası da aynı prensibi Türk Anayasa hukukuna sok-
muştur.

Türk Anayasa Mahkemesi de Avukatlık Kanunu İle ilgili 1989/27
karar sayılı kararında;

«Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili '**ölçülülük**' **te-
mel ilkesi'nin** alt ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaş-
maya elverişli olup olmadığını tesbite yönelik '**elverişlilik**', sınırlayıcı
önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadı-
ğını arayan '**zorunlu-gereklilik**', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir ora-
nı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip
getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleriyle çatışan sınırlamalar...»
kriterini kullanmıştır.

2.5. Hak ve hürriyetler hukuku ve kriz yasallığı. Eksik Anayasa
Hukukunu «look behind the facts» teorisi ile tamamlamak.

Kriz hukukunda hak ve hürriyetlerin durdurulması ve kazai dene-
timin sıfır noktası tartışması, Anayasa'ntn 121 ve 2935 sayılı Olağan-
üstü Hal Kanunu'nda (84), verilen yetkiye dayanılarak çıkartılan ve
2935 sayılı Kanun'la 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası
Hakkında Kanun Hükmünde Karamame'nin bazı maddelerinde deği-
şiklik yapan 413 sayılı Kanun Hükmünde Karamame ile yeniden gün-
deme gelmiştir.

«**Kriz yasallığı**», hak ve hürriyetler hukukî teminatını kayıtlama
Formülüdür (85). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesinde
düzenlenen kriz formülü 1982 Anayasasında normatif resepsiyon
konusu olmuştur (86).

15. madde ile önce, hak ve hürriyetlere getirilen kriz kayıtlama-
ları ve sınırlan düzenlenmiştir. Kriz kayıtlamalarına getirilen sınırlar

(83) Cf. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside, Sörie A, no. 24; 26 Nisan 1979 tarihli Sun-
day Times, Sörie A, no. 30; 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri, Sdrle A, no.
28 kararlan.

[64] Olağanüstü Yönetim usulleri konusunda **bk. E. Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku,
Ankara 1989 (2. baskı), s. 329 vd.

(85) Bk. **J. Akande**, States of emergency, AİDC., Paris 1987.

(86) Cf. **M. Soysal**, -İnsan Hakları Açısından Teme! Hak ve Özgürlüklerin Niteliği-,
in Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 37 vd.

iki prensip üzerine kuruludur. İlk prensip Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme kaydı, ikinci prensip ise **Ölçülülük** prensibidir. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine, Milletlerarası hukukun genel prensipleri yanında, özellikle konvansiyonel hukuktan, Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükler girer.

15. maddenin ikinci fıkrasında ise, açık bir dokunma yasağı ya da kriz kayıtlamalarına kapalı alan düzenlenmiştir.

Ancak hak ve hürriyetleri kayıtlayan **özerk kriz kararname**leri Anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulmuştur (87). Bu düzenleme **«eksik Anayasa Hukuku»** ya da kazai denetimin **«sıfır noktası»** sayılabilir mi. Hak ve Hürriyetler kriz hukukunun kilit sorunu budur.

Kriz kayıtlamalarında Avrupa denetimi özellikle etkili bir denetimdir. Konvansiyon organları sadece, kayıtlamaya temel teşkil eden olayların maddi varlığını araştırmakla yetinmemekte, bu olayların hukuki kalifikasyonunu da incelemekte ve ayrı düzenlemelerin denetiminde «orantılık prensibi»ni kullanmaktadır.

Konvansiyon organları kriz kayıtlamalarına kapalı hak ve hürriyetler alanının korunmasında da etkilidir (88).

Gerard Richard Lavviess'e karşı, Devlet emniyetine karşı işlenen suçlarla ilgili İrlanda Yasası'nın (89) idareye tanıdığı hürriyet kısıtlaması tedbirine başvurulmuş, 12 Temmuz 1957'de **Lavless** tutuklanmış ve habeas corpus talebi de yargı yerlerince reddedilmiştir.

Lavless, tutukluluk süresi içinde hâkim önüne çıkarılmamasının İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu İhlal ettiği gerekçesi ile Komisyon'a başvurmuştur.

İnsan Hakları Mahkemesi Önce, 15. madde çerçevesinde »milletin varlığını tehdit eden umumi tehlike halı«nin varlığını araştırmış, İrlanda Cumhuriyeti topraklarında ve bu toprakların dışında etkinlik

(87) Bk. Anayasa m. 91/5; 121/1; 148/1.

(88) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. F. Sudre, Droit International et europÇen d es drolt de l'homme, op.cit., s. 113 vd.

(89) Önleyici polis hürriyet kısıtlaması tedbirini ve yargısız tutuklama »Interment without triai« müessesesini getiren, Offences against the State (Amendment) Bili, 1940 için bk. **J. M. Kelly**, The Irish Constitution, University College, Dublin 1984 (2. ed.), s. 524 vd.

gösteren, amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan Anayasa dışı gizli bir ordunun varlığı ve 1956 sonbaharından başlayarak terörist eylemlerde görülen tehlikeli artışı tesbit etmiştir. Kısaca Mahkeme, hakları durdurmak ya da Konvansiyon'da öngörülen teminatlara aykırı tedbirler almak için gerekli şartların varlığını araştırmada kendini yetkili görmüştür.

Lavvless vak'asında Mahkeme, yargısız tutuklama (interment without trial)ın durumun gerekleri ile kayıtlı bir tedbir olduğu, Milletlerarası hukuktan doğan diğer yükümlülükleri de ihlal etmediği sonucuna varmıştır (90).

«Kriz yasal lığı» çerçevesinde olağanüstü hal fiili varlığını arayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden sonra İrlanda Yüksek Mahkemesi «**look behind the facts**» teorisi ile aynı politikayı uygulamıştır.

İrlanda Anayasası m. 28/3.3 olağanüstü hal düzenlemelerinde ve bu düzenlemeleri uygulama tedbirlerinde yargı kısıntısı getirmiş, başka kelimelerle, bu düzenlemelere karşı Anayasaya uygunluk denetimi yolunu kapamıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, Cumhurbaşkanının gönderdiği, 1976 tarihli «Emergency Power Bili »i görüşürken, bu düzenlemelerin Ötesinde, olağanüstü hal gereklerini araştırma yetkisini kendinde görmüştür (91).

Hindistan Federal Yüksek Mahkemesi de, 1964 tarihli **Makhan Singh v. State of Punjab** ve 1977 tarihli «**Flajasthan Vakası**»nda, aynı mantığı kullanmış, Kriz kararlamelerini, **ultra vires** ve **mala fide** gibi aykırılık hallerine göre denetleme yetkisini kendine tanımıştır (92). «**Look behind the facts**» teorisinin kısa özeti **budur**.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve İrlanda Yüksek Mahkemesi jürisprüdensiyel politikası, olağanüstü hal düzenleme ve tedbirlerinde denetimin sıfır-noktası tezine açık bir reddiyedir.

(90) **Lavvless vak'ası** için bk. **P.O'Hjggins**, «The Lavvless Case», Cambridge La w, Journal, 1962, s. 234 vd.; R. Pelfoux, «L'arret de la Cotir europdenne des droits J'homme dans l'affaire Lawiess-», AFDİ., 1961, s. 251 vd.; **J, Veiu**, «Le controle des organes prevus par la Convention europeenne des droits de l'homme sur ie but, le motif et l'objet des mesures d'exceptions derogeant à cette Convention. in Melanges Rolin. Probl&mes ds droit des gens, PĞdone, Faris 1964, s. 462 vd.

(91) Bk. **JJM. Kelly**, The irlsh Constitution, op. cit., s. 162 vd.; **F.W.O'rlen**, «Judicial revievu İn France, Svvtizerland, and Ireland», İPSA, Paris 1985, s. 7.

(92) Bk. **J. L. Kap** ur, «An Anomaiy in the Indian Constitution*», JÖR, 29, s. 616 vd.; **C, Pasbecg**, «L'inde düne urgence à l'autre», RDP, 1977, s. 1253 vd.

Bu durumda, 1982 Anayasası ile getirilen ve yargı denetimine kapatılan Özerk kriz kararlarının, Konvansiyon ve getirdiği koruma hukukunda, «**look behind the facts**» teorisi çerçevesinde, yetki tecavüzü, yetkinin kötüye kullanılması ve hürriyetlerin saklı koruma alanına müdahale halinde, Anayasa Mahkemesi'nde denetimine hukuki bir engel olduğunu söylemek zordur.

Son bir analizde XVI. Yüzyıl «Kültür İhtilali»nden Liberal İhtilaller çağına, ve İhtilaller Çağından İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasacılığına fertmerkezli değerler sistemi Anayasa anlayışı, liberal Anayasaların, eskilerin «Anayasanın ruhu» dedikleri hücre hafızası ya da genetik kodunda vardır. Demokratik-plüralist anayasaları «**Sivil Toplum anayasaları**» yapan da bu özelliştir.

Ancak not etmek gerekir ki, 82 Sisteminin «Zorlu Problem»!, Yönetilebilirlik felsefesi yanında, insan hakları yeni ideolojisini şekillendiren Avrupa «üstün hukukiliği»ne ve «Devlet'siz Hukukla açıklığıdır. Ve hangi demokrasi sorusunun cevabı bu «Zorlu Problem »in çözümüne bağlıdır.

BÖLÜM İKİ

SİYASİ YAPILANMA BİÇİMİ OLARAK DEMOKRASİ «YAPILI » YA DA «KORSELİ VE PROTEZLİ» DEMOKRASİ VE JÜRİSPRÜDANSİYEL ANAYASA HUKUKU.

«Yaşlı Potez 25'leri uçurmak» (93).

Krizle uyarlama, parlamenter sistemlerin bünyesel özelliğidir, ama hükümet krizlerinde sayısal artış başlangıç ve çözümleri arasında sürenin uzaması rejim-içi krizden, rejim krizine geçişin şartlarını da hazırlar. III. ve IV. Cumhuriyet Fransası, VWeimar Almanyası ve İtalyan Cumhuriyeti'nden sonra **çoğunluksuz pariamanter rejimlerin** tipik Örneklerinden biri olan II. Cumhuriyet «bis»da (94) hükümetler, Maranini'nin partitokratik sistem olarak nitelendirdiği İtalya benzerinde, **«çoğunluk partisi krizi»**, soğuk kriz (crisa fredda) ya da parti desteğinin çekilmesi **«partiler krizi»** (crise partiticha) sonunda görevden ayrılmak zorunda kalmışlardır. 1961 Anayasa koyucularının çoğunluk korkusu ile getirdiği düzenlemeler, sonunda partitokraslyi kolaylaştırmıştır.

(93) **M. Duverger**, «Olayların öteki yüzü» adlı kitabında, İli. ve IV. Fransız Cumhuriyetleri'ni, uçma yeteneklerini kaybetmiş, ancak yerde sürüklenip un ufak olan yaşlı **«Potez 25»** lere benzetikten sonra, **yarı-prezidansiyel** modeli, Cumhuriyetlerin zaaflyetini giderebilecek kurumsal çözüm olarak önermişti. Yetkilendirilmiş Devlet Başkanı formülü getiren, **«Başkanlı parlamenter sistemler»de** bu problematik içinde yer ahr. Başka kelimelerle, başkanlı parlamenter sistem, **«Potez 25»**leri uçurma formüllerinden biridir.

(94) II. Cumhuriyet'de «consensus krizi >ni, partiler sistemi çözmede yetersiz kalmış, *12 Mart Rejimi »nln 1971 ve 1973 Anayasa değişiklikleri ile gerçekleştirdiği ve Anayasa Mahkemesi muhalefeti ile karşılaşan radikal revizyonum, *II, Cumhuriyet-bis»i tescil etmiştir. Cf. M. Soysal, Anayasanın anlamı, İstarf- bul 1936 (6. baskı), s. 115 vd. Başka kelimelerle II. Cumhuriyet anayasal re- vizyonlzmı, bir «Konsoltdasyon revizyonizm» değil ama bir «mütasyon revrz- yonizm»dir. Bu ayırım için bk. E. Jos, «Le reformistine constitutionnel parle- mentaire», RDP., 1988, s. 717 vd.

III. Cumhuriyet «Devlet fikri-nin yeniden inşası projesi üzerine kurulu Anayasası, başkanb parlamenter yapıyı partitokratik Traumanın hazırladığı iklimde getirecek, Devlet iktidarı (95) partizan iktidar karşısında bir fren ve karşı-ağırlık, olağanüstü hallerde ise ikame iktidar sayılacaktır.

■ 82 Formu 1ü »nün özelliği, Sivil toplum güçlerinin sistem krizini çözmeye yetersiz kalmaları halinde, Devlet cihazını yedek güç olarak düzenlemiş olmasındadır.

Kısaca Formülün, Sivil toplum - Devlet münasebetleri anlayışı klasik parlamentarizmden farklıdır.

Türk sisteminde «**Anayasa'nın Yüzyıllık Yalnızlığı**» ya da anayasaların Sivil toplum dengelerini düzenleyememesi «82 Formülü»nü hazırlamıştır.

Liberal demokrasilerden farkh kurulan Sivil Toplum - Devlet münasebetleri. Demokrasiyi, «**Kuvözdeki Demokrasi**», Anayasayı da bu demokrasinin Anayasası yapmıştır.

■ II. Cumhuriyet Hayaleti» etkisinde kurulan, «**Demokrasi**» «Başkanlı» - «Yapılı» ya da korseli ve protezi! demokrasidir. Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi «Çevre» formülü budur.

1982 Anayasası ile kurulan Üçüncü Cumhuriyet, bugün, «Kurucu Babalar»ının düşündüğünden farklıdır. Ama, bu farklılığı kurucu unsurlar, 1982 Anayasasının «genetik kod»u ya da doku hafızasında vardır. Anayasa'nın gizli mantıklarından anlaşılması gereken de kısaca budur.

Anayasa, bir felsefe, bir kurumlar sistemi ve bir «pratik» ya da uygulamadır. 1982 Anayasası'nın ilk günlerinde yapılan analizlerle, bugün yeniden şekillenen İktidar yapısı arasındaki fark pratiğin etkisini gösterir. Şimdi yapılması gereken, Anayasayı siyasi ve jürisprüdansiyel pratiği ile yargılamaktır. İktidar yapısında «82 Formülü» ■ muamma»sını çözümenin tek yolu da herhalde budur.

İktidar yapısında «82 Formülü», Türk anayasa teorisinde farklı düşünölmüştür. Bu farklılığın sebeplerinden biri, 82 Anayasası ile parlamenter sistemin «Başkan»ılaştırılmış olmasıdır. Bu durumda Anayasa'nın iki farklı okuması yapılmıştır; Anayasayı -Devlet Başkanızdan kalkarak okumak ve Anayasayı, «Parlamentomdan kalkarak okumak.

(95) «Devlet İktidarı» kavramı için bk. G. Burdeau, «La conception du pouvoir salon la Constitution du 4 Octobre 1958» RESP., 1959, s. 88 vd.; J.L. Ouermonne, ■ La notion de pouvoir d'Etat et le pouvoir prdsidentiel s ou s la V. Republique», in Etudes offertes à L. Hamon, Economica, Paris 19B2.

Anayasayı «Başkan»darı kalkarak okuyanlar, Sisteme, adı konmamış «**Presidencialisimo**» demişlerdir. Devlet Başkanında İktidar temerküzü, anayasa teorisinde, Başkanlık sisteminin bozulması ciarak görülmüştür (96).

Anayasayı «Parlamentomdan kalkarak okuyanlar ise, Sisteme, «Zayıflatılmış parlamentarizm» ya da sadece parlamenter demişlerdir.

Ancak «82 Formülü»nün iki İktidar odaklı, Prezidansiyel İktidar ve Partizan İktidar, yapısı düşünülürse, yeni bir analiz şeması, «**Başkanlı Parlamenter Sistem**» (97), çok daha kullanışlıdır.

Başkanlı parlamenter sistem, «Yarı - prezidansiyel» (98) ve parlamenter sistem mekanizmalarını bir araya getirir. Şematik olarak söylendiğinde, 82 Sistemi, **Başkanlı, korseli ve protezli** bir parlamenter sistemdir.

Başkanlı parlamenter sistem'in «ZORLU PROBLEM»!, bu iki İktidar «slt»ii sistemde, İktidarlar arasındaki münasebet problemidir.

Problem, **kurumlar planında** düşünülürse, Sistemde ya da çoğunluk İktidarı bünyesinde kriz meydana gelmemesi durumunda, **Partizan İktidar ve parlamentarist** vektörün üstün geleceği, Devlet Başkanınım Avusturya tecrübesinde görüldüğü gibi, silineceği, Kriz durumunda ise, Devlet Başkanı rolünün ve **Prezidansiyel iktidarın** yeniden keşfedilerek, rezervdeki anayasama, ya da Sistemin ikinci mantığının devreye gireceği söylenebilir. Olağanüstümün Olağanlaştığı, Türk siyasi ■ anayasa! sisteminde rezervdeki anayasanın devreye girme istidadı da çok yüksektir (99).

Ancak problemi sadece kurumlar sisteminde düşünmek yetmez, kurumlar pratiğini şekillendiren parti sistemini de hesaba katmak gerekir. Bu durumda iktidarlar arası münasebeti'de farklı kavramak gerekir.

(95) Bu konuda bk. **R. Moulin**, Le prdsidentialisme et la classification des rögimes polititques, LGDJ., Paris 1978, s. 35 vd.

(96) Bu konuda bk. **B. Çağlar**, Anayasa Bilimi, İstanbul, 1989, s. 2B6 vd.

(97) Bu konuda bk., **M. Duverger**, öd. Les rägimes semi-présidentiels, PUF., 1986.

(98) Türk anayasal sisteminde sıkıyönetim uygulamaları konusunda bk., **Z. Üsküi**, Siyaset ve asker, İstanbul, 1989.

III. Cumhuriyetin ilk yıllarında, korseli ve protezli sistemde teşekkül eden parlamento çoğunluğu ve Hükümeti, 82 Sistemi'nin birinci mantığı, Partizan İktidar ve «**Başbakan Demokrasisini**», potansiyel mantık olmaktan çıkartıp, gerçek mantık haline sokmuş, Sistem «Başkansız»laşmıştır. Kurumlar pratiği Anayasayı, birden çok çalgıcının birlikte yada peş peşe icra ettikleri bir senfoni concertant kompozisyonu olmaktan çıkartıp, Parlamantonun orkestrayı meydana getirdiği, sadece Başbakan için concerto partisiyonu haline sokmuştur.

Bu değişimin önemli sonuçları olacaktır.

Partilerde, Siyasi sisteminkine benzer bir iç-iktidar yapılanması şekillendiği bilinmektedir; Başbakan demokrasisi, İktidar partisini de «**Monokratik Parti**» yapacaktır. Parti yapı ve pratiklerine «Başbakan modeli»nin yayılması, Parlamantonun çalışma usullerini de etkilemiş ve Parlamento'yu, «**A manos levantadas, rapidez asombroza**» (Eller havada, akıl almaz sür'atle) çalışan bir mekanizma haline sokma istidadı taşıdığını göstermiştir.

Jürisprüdensiyel anayasa hukukunda, Kanun Hükmünde Kararname normatif devresi üzerinde yargısal zorlamaların azaltılması, «**Fon Ekonomisi**» ve buna bağlı yeni iktidar «Sit»lerinin kurulmasını kolaylaştırma, ekonomik politikanın yasadışılaştırılması, parti-içi yeni yapılanmayı ya da partilerde monokratikleşme istidadını kayıtlamama politikası (100), İli. Cumhuriyetin ilk yıllarında, «**Başbakan demokrasisinin** kuruluşunu kolaylaştırmıştır. Bugün ise, «Başbakan Demokrasisinin sonbaharı yaşanmaktadır. Cumhurbaşkanı seçiminden sonra Anayasa farklı okunacaktır. «**Başkanın Partisi**» formülü «**Başbakan Demokrasisinden «Cumhurbaşkanı Demokrasisine** geçişi hazırlamıştır.

(100) SPK. 37. madde düzenlemesi, 233.1986 T. ve 3270 S. Kanununun 9. maddesi ile değiştirilerek, 37. madde kuralı «esnek hale getirilmiş», zorunlu ön-seçim formülü terk edilerek aday tesbiti usulü partiler tercihine bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1987/11 karar sayılı Kararında, «aday tesbiti parti-içi konu» görüşüne yaklaşmış ve 9. madde düzenlemesini ön-seçiml «tümüyle dışlamadığı» gerekçesi ile Anayasaya aykırı bulmamıştır. Ancak, aday tesbitinde parti politikası formülünden, 3403 s. Kanununun 8. maddesi ile ön-seçim yasağı formülüne geçilmiş, Anayasa Mahkemesi 1987/27 karar sayılı Kararında, partiler iç-düzenleme, demokrasi ilkelerine aykırı biçimde müdahale gerekçesi ile 8. madde düzenlemesini Anayasaya aykırı bulmuştur,

Şimdi sorulması gereken soru, farklı okunacak Anayasa'da Anayasa Mahkemesi'nin rolünün ne olacağı sorusudur. Bu soruyu kritik-leştiren, Devlet İktidarı Kullanan Devletbaşkanı'nın, partizan iktidar karşısında, bir fren ve karşı-ağırlık unsuru olmaktan uzaklaşmasıdır.

Liberal-demokrasilerde, kurumsal pratikler Anayasa Mahkemele-rinin fonksiyonunu etkilemektedir (101).

Parlamentoların çoğunluksuzlaşması ve hareketsizleşmesi duru-munda Anayasa Mahkemeleri, bir çeşit «**yasama ortağı**» ve hatta kıs-mi bir «**yasaya koyucu**» olmaktadır.

Anayasa Mahkemelerinin «**fkame yasa koyucu**» rolünü üstlenme-lerine verilebilecek iki tipik örnekten ilki, İtalyan Anayasa Mahkemesi, İkincisi, II. Cumhuriyetin parti ufalanma endekslerinde yükselme ile eşzamanlı Türk Anayasa Mahkemesi politikalarıdır.

1982 Anayasası'nın m. 153. 2.sinde «Anayasa Mahkemesi... **ka-nun koyucu gibi hareketle**, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez- kuralı, bu politikanın korkutucu hayaleti altın-da getirilmiş ve bu kural Anayasa Mahkemesi'nin jürisprüdansiyel po-litikasını derinden etkilemiştir.

Parlamentoların çoğunluklaşması durumunda, özellikle de ek-sik muhalefeti i frensiz ve karşı-ağırlıksız sistemlerde, Anayasa yar-gısı muhalefetin ihtiyaç duyduğu karşı ağırlığı sağlamakta, Anayasa Mahkemelerinin «**İkame Hukuk Muhalefeti**» olma misyonu öne çık-maktadır.

III. Cumhuriyet'de Türk Anayasa Mahkemesi, 1980'li yıllar trau-masından uzaklaştıkça bu misyonu yüklenme istidadı göstermekte-dir. Başbakan Demokrasisi'nin İlk 5 yılında eksik muhalefetin tahrik ettiği dava sayısı ellilere yaklaşırken, karara bağlanan davalarda ip-tal oranı % 60'ları bulmuştur,

I. 1982 ANAYASASI NIN GİZLİ MANTIKLARI (I) YA DA DİARŞIK İK-TİDAR YAPISINDA YENİ DENGELER TEŞEKKÜLÜ VE JÜRİSPRÜ-DANSİYEL ANAYASA

1. «Başbakan Demokrasisi» Kurulurken. 1982 Anayasası pratiği ile yargılamak.

(101) Bk. **B. Çağlar**, «Anayasa yargısı ve normatif devreler karşılaştırmalı analizi», Anayasa Mahkemesi 1989 Sempozyumuna sunulan tebliğ.

İktidar yapısında «82 Formülü», Türk anayasa teorisinde, **Presidencialismo**, ya da Devlet Başkanında iktidar temerküzü ve «**Zayıflatılmış Parlemantarizm**»den «**Klasik Parlemantarizm**»e kadar uzanan geniş bir yelpazede düşünülmüştür.

«**Presidencialismo**», ya da Devlet Başkanında İktidar temerküzü tezi, adı konmadan L. Duran'ın çalışmalarında getirilmiştir (102). Ancak, **Duran**, yeni çalışmalarında, bu formülün uygulamada gerçekleşmediğini not edecek, pratiği ile yargılanan Anayasada İktidar yapısının farklı olabileceğini görecektir (103).

82 Anayasası'nda İktidar yapısı ile ilgili farklı bir tezi, **E. Özbudun** getirmiştir. **Özbudun**, 82 Sistemine, Fransız literatüründen esinlenerek «**Zayıflatılmış Parlemantarizm**» (Parlementarisme attdnud) adını vermiştir (104). M. **Soysal** ise, 82 Anayasasının klasik parlamenter sistem şemasına köklü bir değişiklik getirmediğini yazmıştır, iktidar cephesinde değişen bir şey yok tezi, 82 Formülü ile ilgili üçüncü tezdır (105).

Bu üç tezin basit varlığı dahi, anayasaların farklı okunabileceğini göstermiş, klasik şemaların 82 Formülünü çözmeye sınırları düşürmüştür.

Anayasalar şifreli metinlerdir ve her anayasada İktidar yapısının **gizli mantıkları** vardır.

Bugün anayasa analizlerinde iki şifre anahtarı kullanılmaktadır: **Anayasaları kurumlar yapısı ile okumak** ve **anayasaları partizan yapıları**, ya da partiler sistemi ile **okumak**. Anayasa sadece bir kurumlar sistemi değil, ama, aynı zamanda, bir pratik ya da uygulamadır : Anayasaların ilk uygulanma yıllarında «yazısız anayasa kuralları» teşekül eder.

Kuramların stratejik analizi, kurumlar pratiği analizi ve partiler sistemi ile analiz, yazılı anayasa yanında, yazısız anayasayı çözmeye kullanılan tekniklerdir.

(102) Bk. L. Duran, «Türkiye'de anayasa yargısının işlevi ve konumu», in Anayasa yargısı, Ankara 1984, s. 57 vd.; —İD., «Türkiye'nin Siyasi Rejimi», Yeni Gündem, Mayıs 1985; B. Tanör, İki Anayasa, İst. 1986, s. 120 vd.

(103) L. Duran, «ili. Cumhuriyetin "Yürütmesi": Kuvvetli İcra mı, Kişisel İktidar mı.-, in Savcı'ya Armağan, Ankara, 1988, s. 232 vd.

(104) E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1986, s. 310 vd.

(105) M. Soysal, Anayasanın Anlamı, İst. 1986, s. 282 vd.

Kurumların stratejik analizinde, kurumsal sistemin kurucu unsurlarını ve bu unsurların geçici dengelerini tesbitte kullanılan kriter GÜÇ VE ZORLAMA kriteridir. Sistemin kurucusu sayılan mekanizmaların varlık ya da potansiyel mantıklarının üst derecede zorlama istidadına sahip olması gerekir (106).

Kurumların geçici dengelerini şekillendiren güç faktörleri arasında, teşekkül tarzları, diğer kurumlar karşısında sahip oldukları doğrudan ya da dolaylı silahlar, mali kaynaklar üzerinde denetim imkânları, göreve getirme ve görevliler üzerinde denetim yetkileri gibi faktörler vardır.

Zorlama açısından incelendiğinde, İli. Cumhuriyet'in rekabet halindeki kurumsal otoriteleri, Devlet Başkanı, Hükümet, Meclis ve Anayasa Mahkemesi'dir. Kurumsal sistem analizinde, sistemin kurucu unsurlarını tesbitten sonra, yapılması gereken, bu unsurlar bütünü dinamiğini incelemektir.

Bir ilk tesbitte göre, İli. Cumhuriyetin ilk yıllarında Hükümetin zorlama İstidadı yükselirken, Anayasa Mahkemesi kararları zorlama istidadında düşmeler olmuştur (107).

(106) Cf. J.L. Parodi, «Imprévisible ou Inductable, l'évolution de la Cinquième République. Eléments constitutifs et combinatoires Institutionnelles*», in Duhamel, Parodi, öds., La Constitution de la Cinquième République, op, cit, s. 24 vd.

(107) Anayasa Mahkemesine göre »Eksik düzenleme, anayasal zorunluluk (Anayasanın öngördüğü, düzenlenmesini zorunlu kıldığı bir konudaki boşluk) dışında, aykırılık oluşturamaz*. (1989/4).

-AYM.sı AY'ya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz... bir kuralın uygulama atanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenilemez». (1989/4).

«AYM.sinden ancak AY'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, öзде AY'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre, bir kısım sigortalılar hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleri ile düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi AY'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır.» (1989/13).

■ Siyasi düşünce suçunun mevzuatımızda kabulü ve Anayasaya aykırılık savları konu dışında kalmaktadır. Yasaların daha uygun, daha doyurucu, daha uygar kural taşımaları dileği, kimi sakıncalı uygulamaya yol açtığı görüşleri anayasaya aykırı oldukları anlamına gelmez. İtiraz konusu kuralın suçların türünü esas alması, siyasi düşünce suçlarını kapsaması eleştirisi, Anayasa

82 Anayasası İktidar yapısında kullanılan formül, her şeyden önce TEMERKÜZ FORMÜLÜ'dür ve bu formülde Üç ayrı teknik kullanılmıştır : Başkanlılaştırma, rasyonelleştirme ve çoğun (ulaştırma teknikleri).

Devlet Başkanı, devlet cihazlarına dayalı bir «Devlet iktidarı» kullanma hukuki imkânına sahiptir {Başkanlılaştırma tekniği}; parti ufanmasının Sistemi bozucu etkilerini gidermek için, Parlamentoda politika, bir hukuk korsesine sokulmuş, rasyoneleştirilmiştir (Rasyonelleştirme tekniği); Parlamentoyu çoğunluk!ulaştırmak için, zorlamalı seçim tekniği ile Sisteme bir protez eklenmiş, zorlamalı seçim tekniği parlamentoyu çoğunluklulaştırırken, muhalefeti ufalamıştır (Çoğunluklulaştırma tekniği].

Burada sorulması gereken soru, bu üç teknik arasındaki münasebetlerin neler olduğu sorusudur. Bu sorunun basit cevabı, korseli ve protezi i sistemin krizsiz işlemesi durumunda, sistemin fiilen başkansızlaşacağı, korseli-protezi sistemin kriz çözümede yetersiz kalması durumunda ise, Devlet Başkanının, İKAME İKTİDAR olarak devreye gireceğidir.

III. Cumhuriyet'in ilk yıllarında, korseli ve protezi i sistemde kulan Parlamento-çoğunluğu ve Hükümeti, 82 Sistemi'nin birinci mantığı, BAŞBAKAN DEMOKRASİ'sini, potansiyel mantık olmaktan çıkartıp gerçek mantık haline sokmuş, Sistem «Başkan»sızlaşmıştır. Ancak 1982 Sistemi'nin geçici ■ Başkan »sızlaşması sistemin ikinci mantığını tahrip etmiş değildir. Bunun da ötesinde, 26 Mart yerel seçimleri «Hakim Parti»nin ufanma istidadı taşıdığını göstermiş, «**Başbakan Demokrasisinin** Sonbaharı, sistemin ikinci mantığını gündeme getirmiştir.

ili. Cumhuriyet'in zorlamalı seçim tekniği, Parlamentoda çoğunluk sağlamak için gerekli en düşük oy oranını, liberal demokrasiler % 41 minimum standartının altına düşürerek, Sistemi ÇOĞUNLUKLU-LAŞTIRMIŞ ve muhalefeti ufalamıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarında teşekkül eden «**Başbakan Demokrasisinde** yeni iktidar -Sit-leri üstün zorlama istidadına sahip olmuştur.

Mahkemesi'nin norm denetimi görevinin sınırlarını aşip yerindelik denetimine girmesi sakıncasını getirir. (1989/27).

2. Başbakan demokrasisi ve jürisprüdanseyel anayasa hukuku: Parlamentosuz Politika ve Sınırları. Fon Ekonomisinden Kanun Hükümünde Kararnameler Hukukuna.

2.1. Anayasa Mahkemesi kararlarında «Fon Ekonomisi»: Sistemin merkezsizleşmesi ya da Parlamentosuz Politika.

III. Cumhuriyetin ilk yıllarında teşekkül eden «BULUNMAZ PARLAMENTO»nun Hükümeti, ekonomik politika alanında klasik siyasi ve mali denetim alanı dışında kalan, «Siyasi İktidarın ekonomiye esnek müdahale aracı», «Bütçe dışı fon uygulaması tekniği ile Parlamento karşısında güçlenirken yeni «İKTİDAR SİTLERİ» teşekkül etmiş, Bakanlar Kurulu yetkileri, «Ekonomik İşler Koordinasyon Kurulu», «Para Kredi Kurulu», «Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu» gibi, Başbakanın denetiminde yeni karar merkezleri ya da «İÇ KABİNELER»ce kullanılmıştır (108). Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda, Anayasanın 161. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükmü: «Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir», bütçe dışında oluşturulan kamusal fonlardan yapılan kamu harcamalarının pozitiflemeli olarak kabul etmiştir (109).

Mahkeme Fonlar konusunda, 1987/6 karar sayılı kararında: «... anında karar alıp sür'atle harcama yapma ve ek finansman sağlama zorluklarını giderebilecek, bütçenin sınırlı ve kısıtlı olanakları ve kendine özgü bürokrasisi içinde çözülemeyecek yahut uzun sürede zorlukla çözülecek Önemli sorunlara tezelden köklü ve kalıcı çözümler» getirme biçiminde özetlenebilecek, Anayasaya **yeni bir uygunluk ölçüsü de getirmiştir (110)**.

Anayasa Mahkemesi, II. Cumhuriyet'de fonlarla ilgili kanun hükümlerini «**eksik denetim**» gerekçesi ile iptal ederken, ili. Cumhuriyetin ilk yıllarında iptal İstemlerini reddetmiştir. Ancak çok yakınlardadır ki, Yüksek Mahkeme, «**case-by-case approach**»un tipik örneği sayılabilecek bir anlayışla kimi davalarda (111) «eksik denetim tezi»ne geri dönmüştür. Bu durumda Yürütmenin güçlendirilmesinde kullanılan tekniklerden biri, fon uygulamasında görülen yoğunlaşmanın Anayasa Mahkemesi'nin tavrını etkilemeye başladığını söylemek çok yanlış olmaz.

(108) Cf. O. Oyan, A.R, Aydın, İstikrar programından fon ekonomisine, Ankara 1987.

(109) Bk. Anayasa Mahkemesi'nin 1985/1, 1985/4 karar sayılı Kararları.

(110) Bu «uygunluk ölçüsü» ile ilgili olarak bk. Y. G. Özden'in 1989/36 karar sayılı Karara ekli karşıoy gerekçesi.

(111) Bk. N, Çağan, «Kamu Mâliyesinin anayasal çerçevesi- in Savcı'ya Armağan, op. cit., s. 210 vd.

2.2. Normatif sistemde «Hukuk İhtilal i »nin başı ve sonu ve Parlamento'nun «Yitirilen Onuru-nun iadesi.

III. Cumhuriyet'de normlar alanında meydana gelen değişmelere **tektonik** açısından bakıldığında, düzenleme alanı tabakasının yasama iktidarı alanının üzerine kaydığı, Anayasal normlar tabakasını da yer yer örttüğü görülür. Olağanüstü hal rejimi ihdas eden 285 sayılı «**Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**» bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biridir.

Hükümetin Parlamento aleyhine güçlenmesi biçim ve usulleri arasında, **siyasi karar alma sürecine** özerk düzenleme teknikleri ve özellikle de, siyasi ve hukuki denetimi sınırlı kalan, **Kanun Hükmünde Kararname**'lerle müdahale imkânında genişleme, 111. Cumhuriyetin tipik Özelliklerinden biri olmuştur.

Hukuk sistemine giren maddelerin % 37'sinin KHK.lerle düzenlenmiş ve Kanun Hükmünde Kararnameler üzerinde siyasi ve yargısal denetim de eksik kalmıştır. İlk 5 yıl içinde çıkartılan KHK.lerin % 63'ü TBMM'de ele alınmış değildir. Anayasa Mahkemesi ise 70'li yıllar krizinin ürktücü hayaletinin etkisinde kalmış, kendi kendini sınırlamıştır. Bunun da ötesinde 10 Temmuz 1987 tarih ve 285 sayılı «**Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**» [112] ile de yeni bir olağanüstü hal rejimi de yaratılmıştır (113).

Başlangıcında Anayasa'nın 121. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarıldığı belirtilen bu Kriz kararnamesi yargı denetimi dışında tutulmuş, uygulama alanı, Bakanlar Kurulu ve TBMM'nin talebi ve bilgisi dışında genişletilebilmiştir.

2.2.1. Anayasa Mahkemesi kararlarında «**Ayrık Haller Teoris**» ya da özerk düzenleme alanları

(112) 14 Temmuz 1987 T. ve 19517 S. R.G.

(113) Bk. L. Duran, «111. Cumhuriyetin 'Yürütme'si...», op.cit., s. 240 vd.; Cf. T. Tan, «Anayasa Mahkemesi kararları ışığında yürütmenin düzenleme yetkisi», in Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 203 vd.

1982 Anayasası normatif devreler şebekesini genişletirken, Anayasa Mahkemesi Yasama yetkisinin devredilmezliği genel prensibi marjında, özerk düzenleme alanı ya da «**Ayrık haller teorisi**»nin ilk unsurlarını getirmiş, Mahkeme Kararları ile «**Kanun Hükmünde Kararname Hukukunda** kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 985/7 karar sayılı Kararında Yürütmeye yetki veren ayrık hallerin esaslarını belirlemiştir. Mahkeme'ye göre, kriz kararnameleleri, mali yükümlülükler ve dış ticaretin düzenlenmesi alanları **özerk düzenleme** alanlarıdır.

Fon yükümlülüklerinin kurulmasında da kullanılan 73 ve 167. madde ile Yürütmeye tanınan yetkiler, bir değerlendirmeye göre, kanun hükmünde kararnamelerden de öteye, sürekli olarak ve T.B.M.M.'nin bilgi ve onayı dışında kullanılabilir, Anayasa Mahkemesi denetiminden uzak, idari yargının çok sınırlı ve kısıtlı denetiminde kalacaktır (114). Sorulması gereken soru, Anayasa Mahkemesinin yorumuna konu olan düzenlemelerin yeni bir normatif devre meydana getirip getirmediği sorusudur.

Anayasa Mahkemesi, Dış ticaretin düzenlenmesi hakkında 2.2.1984 gün ve 2976 sayılı Kanunun 3. maddesinin Anayasaya aykırılığı İddiası ile açılan iptal davasında, «Anayasa'nın 167. maddesinin 2. fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama organı dış ticaretin düzenlenmesini Yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasaya uygun olmak koşulu ile bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönleri ve ayrıntılarını **Tümüyle düzenleme** yetkisine sahiptir» derken, Anayasa'nın 7. maddesindeki düzenleme yetkisinin devredilmezliği kuralının özel kurallar gözönünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiş, ekonomik politikanın yasalılaştırılmasında önemli bir mesafe alınmıştır (115).

Anayasa Mahkemesi, Yürütmeye yetki olma gücünü veren esasları Anayasada sayılan ayrık hallerle sınırlarken Yürütmenin klasik düzenleme yetkisini idarenin kanuniliği prensibi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki olarak görmüş, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda sübjektif hakları etkileyen kural koyma yetkisi bulunmadığı so-

(114) Bk. L. Duran, «Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin hukuk düzeni» (I), AİD., 1986, s. 20 vd.; O. Oyan, A. R. Aydın, s. 78 vd.

(115) Bk. T. Yıldırım, Türkiye'de Devletin ekonomiyi düzenlemesi örneği olarak ihracat rejimi. (Doktora tezi), İstanbul 1989.

nucunâ varmıştır (116) ama, 2972 sayılı Mahalli İdareler ve Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunla ilgili yetki yasasının anayasal niteliği konusunda getirdiği yorumlar (117), İli. Cumhuriyet'de siyasi denetimi sınırlı kalan kanun hükmünde kararnamelerin genel düzenleme tekniği olarak kullanılmasını kolaylaştırmıştır (118). Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa yargısında «geçici **koruma**» uygulamasına girmemesi, Kararname devresinin asgari zorlamalı normatif devre haline gelmesinde önemli rol oynamıştır. Ana yasa Mahkemesi Kanun Hükmünde Kararname alanını da genişletmiş ve 1987/1 karar saydı Kararında Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin «**yargıya** teşmilinde Anayasaya aykırılık görmemiştir (119).

2.2.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kanun Hükmünde Kararname Hukuku. AYM.'sinin Yüksek ve Düşük «Profil »li Kararları.

Anayasa Mahkemesi kararları ile kurulmakta olan Kanun Hükmünde Kararname Hukuku'nun basit profili iki tesbit arasında bir çizgi çizerek belirlenebilir. Ancak not etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kararları içinde bazıları, Anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili teknik bir probleme Özel bir çözüm getirmek gibi «**açık**» (exotérique) bir rol yerine getirirken, diğerleri jürisprüdansiyel politikanın genel trendlerini belirlemede kullanışlı bir kriter getirmek gibi «**kapalı**» (esotérique) bir ikinci bir rol yüklenirler. Anayasa Mahkemesi'nin Kanun Hükmünde Kararnameler Hukukunu kuran «**yüksek profili**» ya da açık kararları karşısında «**düşük profili**» (low profile, ya da istiva hattına yakın) kararlarının anlamı farklıdır. Bu iki profil arasındaki fark, Anayasa Mahkemelerinin içtihadından geri dönmesini hazırlayan önemli bir faktördür.

2.2.2.1. Anayasa Mahkemesi'nin «açık» ya da «Yüksek Profil»li Kararları.

-
- (116) Bk. AYM. 1965/7 karar sayılı Karar. Ayrıca bk. L. Duran, «Düzenleme yetkisi özerk sayılabilir mi.», İH İD., 1983, 1-3, s. 33 vd.
- (117) Cf. T. Tan, «Kanun hükmünde kararname uygulaması», AİD., 1984, S. 4, s. 33 vd.
- (118) 1, 2, 3 ve 4. Yasama yıllarında Parlamenteoya 316 adet Kanun tasarısı, 206 adet KHK verilmiş. Aynı dönemlerde KHK.lerden 65 adedi kanunlaşmış, 139 adet KHK komisyonlarda kalmış, sadece 2 adedi Genel Kurul'da reddedilmiştir,
- (119) Bk. AYM. 1987/1 karar sayılı Kararı, ve M. Turan'ın Karşılığı.

Anayasa Mahkemesi'nin, Kanun Hükmünde Kararnamelerle İlgili «açık» ya da «yüksek profil»li kararları iki prensip üzerine kuruludur. Bu prensiplerden birincisine göre : «Anayasanın {bir maddesinin) yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, 91. maddedeki yasaklarla ilgili olmadıkça, Kanun Hükmünde Kararname İle düzenlenmesi Anayasaya aykırı değildir... Sıkıyönetim ve olağanüstü durumlarda ise, her konu da Kanun Hükmünde Kararname çıkartılabilir» (120): «Anayasanın bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili özel hüküm olan 91. m.'nin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163. maddede olduğu gibi Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenebilir. AY'nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi ayrı kural olan 91. m.yi gereksiz ve geçersiz kılmaz. Yasa ile Kanun Hükmünde Kararname'nin hukuksal yapıları, nitelik ve oluşum yöntemleri ayrı olsa da Anayasa 91. maddesiyle açıkça Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlemeye olur vermiştir» (121).

ikinci prensibe göre, ise «Yetki yasası ile verilmeyen bir yetkinin kullanılması, Kanun Hükmünde Kararnameyi dayanaksız, geçersiz duruma düşürür. Yetkisiz bir düzenleme Anayasanın 91. maddesine aykırıdır» (122).

Kısaca saklı kanun alanı sınırları 91. madde ile çizilmiştir ve yetkisiz düzenleme de bu maddeye aykırıdır.

2.2.2.2. Anayasa Mahkemesi «Düşük Profil»li kararlarında, «Saklı Kanun alanı teorisi» ve KHK. devresinde aşırı ısınmanın sonuçları.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin «düşük profili» kararlarında «saklı kanun alanı teorisi» farklı kurulmuştur. Bu konuda verilebilecek tipik örnek, Anayasa Mahkemesi'nin 1989/10 karar sayılı Kararına konu olan Hâkim ve Savcılarının (naklen] görevlendirilmelerine adli ve İdari alan ayrımı gözetilmeksizin imkân veren 3446 s. Kanununun 2. maddesinin iptali davasıdır.

(120) Bk. Anayasa Mahkemesi'nin 1989/7 karar sayılı Kararı.
(121) Bk. Anayasa Mahkemesi'nin 1989/23 karar sayılı Kararı.

Bu konuda farklı bir görüşü, Anayasa Mahkemesi'nin, 1989/23 karar sayılı Karara ekli karşıyda Y. Aliefendioğlu getirmiştir: «...91. madde kuralı genel bir düzenlemedir. AY'nın kimi maddelerinde bir konunun *Kanun»la düzenlenmesi öngörülmüşse, bu hüküm özel kural niteliğindedir. Bu durumda 91. maddedeki genel kural yerine, özel kurala itibar edilmesi ve o maddeye göre yalnız yasayla düzenleme yapılması gerekir. Çünkü -Kanun- ile <KHK» aynı şey değildir.

(122) Bk. Anayasa Mahkemesi'nin 1989/7 karar sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesine göre, «Demokrasilerde, «**Hukuk Devleti**»nin en tipik özelliği, kuvvetler ayrılığı prensibine anlam kazandıran **Yargı bağımsızlığıdır. Yargı İktidarı**'nın varlığı yeterli olmayıp bağımsızlığı vazgeçilmez geçerlik şartıdır. Bağımsızlık, Anayasa'nın, insan onurunun koruyucusu olan Yargının karakteridir. Demokrasinin unsuru olan bağımsız yargı, mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkim teminatının temelidir. Temel hak ve hürriyetlerin en büyük, en etkin teminatı da, bağımsız yargı kuvvetidir.

Anayasa koyucu, yargı bağımsızlığını koruyacak önlemleri, gerekli kurullarla, Anayasa da almıştır. Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluğu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin **Kanunla düzenleneceğinin** öngörölmesi de bağımsızlığı güçlendirmektedir.

Anayasa ile getirilen adli ve idari yargı ayrımını sözde bırakacak düzenlemeler bağımsızlık ve teminat kurumlarını zedeler. (Ayrıca) Hâkim bağımsızlığını, yalnız Yürütme organına karşı değil, **demokratik bir toplumda**, devlet yapısı içinde bütün kurum, kuruluğu ve kişilere karşı da düşünüp sağlamak gerekir».

«Anayasa Mahkemesi kararlarında, başlıca özellikleriyle muhtevası açıklanarak tanımlanan Hukuk Devleti prensibi, özde Anayasal düzene, Hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılığı anlatır. Anayasanın üstünlüğü, bağlayıcılığı yanında, yasakoyucunun uymak zorunda bulunduğu **prensipieri, evrensel hukuk kurallarını** düzenin dayanakları olarak benimseyen hukuk devletinde bütün işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ve yargı denetimine açık oluğu en güçlü teminattır (123). **Savunma hürriyetinin teminatı olan**, Hukuk Devletinin en önemli unsuru, yargı bağımsızlığı hiçbir nedenle **sınırlanamaz**.

(123) Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin, Yetki Yasaları'nın denetiminde, Fransız Anayasa Konseyi gibi, yorum kaydı tekniğini (la technique de la rdserved'interprdtation) kullanması, «gelecekteki hukuk»u. Kanun Hükümünde Kararnameleri, «kanun koyucunun da uymak zorunda olduğu prensiplerde kayıtlaması mümkündür.

Fransız Anayasa Konseyi pratiği ve kurmakta olduğu ordonanslar hukuku için bk., O. Çayla, «Les nouvelles mdthodes du Conseil Constitutionnel-, RDP, 1987, s 677 vd.

Bağımsızlık teminat kurumlarını, dolaylı biçimde bile olsa zedeleyecek düzenlemeler Anayasa ile bağdaşmaz. Giderek daha bağımsız, daha teminatlı hâkim ve savcılarının görev yaptığı daha saygın, daha etkili yargı İçin Hukuk Devletini yücelten düzenlemelerin arandığı günümüzde, geriye gidiş anlamındaki kuralların uygunluğu savunulamaz (124). Anayasa Mahkemesi'nin bu -düşük profil »li kararı nasıl yorumlanabilir. Önce, Kanun Hükmünde Kararname alanı sadece 91. madde ile sınırlı değildir ve Kanun Hükmünde Kararname alanının tesbitinde Anayasanın diğer düzenlemelerinin de dikkate alınması gerekir (125). Anayasa Mahkemesi'nin, bu şekilde yorumlanan kararı, Fransız Anayasa Konseyi'nin 2 Temmuz 1965 tarihli kararına yakındır, Ve eklemek gerekir ki, Hukukun Genel (126) Prensipleri ile ilgili alan da «saklı yasa alanıdır (127).

(124) Anayasa Mahkemesi 1989/10 karar sayılı Karar.

Türk Anayasa Mahkemesi, hak ve hürriyetleri koruma ve güçlendirme ikilisini kabul etmekle, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyi ile aynı çizgiye girmiştir. Anayasa Konseyi 10 ve 11 Ekim tarihli kararında, yasakoyucu hak ve hürriyetleri ancak daha etkin hale getirmek veya hak ve hürriyetlerin kullanılmasını anayasal değerde diğer kural veya ilkelerle bağdaştırmak için düzenleyebilir, derken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, adalete ulaşma hakkı ve adli müzaheretle ilgili AİREY VAK'ASINDA koruma-güçlendirme ikilisini kullanmıştır.

Ayrıca bk. Anayasa Mahkemesi'nin 1986/11 karar sayılı Kararı.

(125) Benzer bir değerlendirmeyi, Y. G. Özden ve A. N. Sezer 1989/23 karar sayılı Karara ekli karşı oylarında getirmişlerdir: «maddelerdeki olurlar ve yasaklamalar Anayasa'nın tümlüğü içinde değerlendirilmeli (yorum metodu], yasamayı yürütmenin egemenliğine bağlayan yöntemin. Hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığı da gözetilmelidir... Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası, açıkça yasayla düzenlemeyi öngördüğüne, ayrıca düzenlenecek hususlar da kimi temel haklar, kişi hakları ve ödevleri düzeyinde olduğuna göre bunlar Kanun Hükmünde Kararname konusu yapılamaz».

(126) Bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biri Anayasa Mahkemesi'nin 1986/11 karar sayılı Kararına konu olan «Kaçakçılık Vak'ası»dır. Mahkemeye göre Hukuk Devletinin ANAYASA'NIN AÇIK HÜKÜMLERİNDEN ÖNCE, Hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu İLKELERE uygun olması gerekir... Hukuk Devleti her eylem ve işlemi hukuka uygun, İNSAN HAKLARINA saygı gösteren, bu hak ve hürriyetleri koruyup GÜÇLENDİREN, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu güçlendirerek sürdüren, Anaya-sa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve HUKUKUN ÜSTÜN KURALLARI İLE kendini bağh sayıp, yargı denetimine açık olan, YASALARIN ÜSTÜNDE, yasa koyucunun da bozamayacağı TEMEL HUKUK İLKELERLİ ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.

(127) Bu konuda bk., L. Favoreu, öd. Le domaine de la loi et du reglement, Econo-mica, Paris 1981, s. 30 vd. (rapport Intrôductif).

Türk Anayasa Mahkemesi 1989/10 karar sayılı Kararında, Yargı bağımsızlığını Savunma hürriyetinin teminatı saymıştır. Bu çerçevede düşünülürse, yargı bağımsızlığı prensibi de fert hakkıdır ve bu alan Kanun Hükmünde Kararnemelerle düzenlenemez. Altını çizerek not etmek gerekir ki, 1982 Anayasasında «kanunla düzenlenir» formülü getiren düzenlemeler anayasa ile tanınan hak ve hürriyetleri takviye eden **bu tür «çevresel hak ve hürriyetler»le** ilgilidir.

Anayasa Mahkemesi'nin «**düşük profil**»li bir başka kararı 1987/7 karar sayılı Karardır.

Anayasa Mahkemesine göre, «TBMM tarafından Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasakoyucunun amacına daha uygundur» (128).

Mahkemenin bu kararına göre, Politikanın Hukuk yapılmasında normlar Şebekesinde prensip olarak, kullanılması gereken normatif devre, Kanun devresidir ve Kanun Hükmünde Kararname devresinin, ısınacak ölçüde, sık kullanılması da Anayasal «amaç»a uygun değildir.

Denilebilir ki Kanun Hükmünde Kararnemeler Hukuku Anayasa Mahkemesi'nin «Düşük Profil»li kararları ile okunursa, farklı okunacaktır.

Son bir analizde, Fransa'da pratik, Anayasal ve idari jürisprüdans Anayasanın ikili normatif iktidar teorisini pozitifleştiren 34 ve 37. maddelerini yeniden yorumlarken (129), 1982 Anayasası da aynı kaderi farklı paylaşmış; Fransa'da pratik Yürütmenin düzenleme alanını daraltırken (130) Türkiye'de genişletmiştir(131), ama Anayasa Mahkemesi'nin son kararları Kanun Hükmünde Kararname tekniğinin genel düzenleme tekniği olmaktan çıkartmış, istisnai düzenleme tekniği haline sokmuştur. Parlamento'ya yitirilen onurunu iade eden Anayasa Mahkemesi olmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarının demokratik meşruiyeti de buradadır.

(128) Anayasa Mahkemesi 1989/7 karar sayılı Karan.

(129) Cf. Le domaine de la loi et du röglement, Economica, Paris 1981 (2. öd.).

(130) Bk. J.-L. Pezant, «Loi/röglement. La constitution d'un nouvel équilibre», in Duhamel, Parodi, öds., La Constitution de la Cinguième République, op. cit., s. 342 vd.

(131) Bk. L. Duran, »Düzenleme yetkisi özerk sayılabilir mi.», İHİD., S. 1-3, 1985, s. 33 vd.; T. Tan, «Anayasa Mahkemesi kararları ışığında Yürütmenin düzenleme yetkisi», in Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 203 vd. - İD., «Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması», AİD., 1984, s. 4., s. 45 vd.

Kanun Hükmünde kararname şebekesi üzerinde artan yargısal zorlama, ve yetki yasalarının İptali teknik hukuk problemlerini de beraberinde getirmiştir. Bu problemler içinde belki de en önemlisi İptal edilen yetki yasasına göre çıkartılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin hukuki durumudur.

Bu konuda iki tez ileri sürülebilir: Anayasa Mahkemesi'nin yetki yasasını İptal eden kararının yürürlüğe girmesinden sonra bu yasaya göre çıkartılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin de yürürlükten kalkması ya da itiraz yolu ile tahrik edilecek davalarda, işin esasına girilmeden iptal edilmesi. İlk tez anayasal yargılama hukukunun mantığına çok daha yakındır. Ancak, Kanunun teknik ayrıntılarına girmeden belki de şu söylenebilir;

Bugün, fren ve karşı ağırlıkları azalan bir sistemde, Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı Hukuk İktidarı politikayı anayasa çemberine sokmaktadır. Bir kurumun aşırı güçlenmesine tepki olarak bir başka kurum güçlenmektedir.

Kanun Hükmünde Kararname şebekesi üzerinde yargısal zorlamaların artmasının sebebi de budur.

ii. 1982 ANAYASASI NİN GİZLİ MANTIKLARI (II). DİARŞIK İKTİDAR YAPISI DEĞİŞİRKEN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SİSTEM İÇİNDE ROLÜNÜ YENİDEN DÜŞÜNMEK

1. Başkanın partisi gerçeği ve İktidar yapısında iki mantık yerine tek mantık ya da «Devletbaşkanı Demokrasisi», kurulurken.

1982 Anayasası'nda iktidar yapısı, **Kurumlar Sistemi** ile okunursa, getirilen düzen iki mantıklı bir sistemdir. Ancak bugün İktidar yapısı değişmiş, iki mantık yerine tek mantık geçmiştir, Başkanın Partisi gerçeği, Başbakan Demokrasisinden Devlet Başkanı Demokrasisine geçişi hazırlamıştır. **Partiler Sistemi** ile okunan 1982 Anayasasının gizli mantıklarından biri de budur.

Yarı-prezidansiyel ve Başkanlı parlamenter sistemlerde, Prezidansiyel İktidar ve Partiler İktidarı arasındaki münasebetlerde farklı

formüller uygulanabilir. Bu formülleri, şematik olarak, üçe ayırmak **mümkündür**; **«Apartheid formülü»**, **«Başkanın Partisi formülü»** ve **Başkanın Partisinin** parlamentoda çoğunluğu kaybetmesi durumunda, **«Çoğunluksuz Başkan»** formülü. Şimdi sorulması gereken soru, Türkiye'de kurumlar pratiğinin bu formüllerden hangisine göre şekilleneceği sorusudur.

Prezidansiyel İktidar ve Partizan İktidar ayrılığı ya da **«Apartheid formülü»**, III. Cumhuriyet'in ilk yıllarında siyasi hayatı yönlendirmiştir. Bu dönemde, Cumhurbaşkanının kullandığı iktidar bir **«Engelleme İktidarıdır**. Kanunların tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmesini, Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davalarını bu çerçevede düşünmek gerekir, Anayasa'nın 104. maddesi okunursa, Anayasa koyucuların formülünün **»apartheid formülü»** olduğu görülür.

«Başkanın partisi» formülü, Devlet Başkanının çoğunluk partisinin başkanı olması formülüdür. Çoğunluk partisinin «monokratik parti» olduğu düşünülürse, bu formülle «Sadece Başbakan için concerto»dan, «Sadece Devlet Başkanı için concerto»ya geçileceğini söylemek yanıltıcı olmaz. Kısaca, Başkanın partisi formülü, bir İktidar temerküzü formülüdür ve bu formül iki iktidar «slt»li Sistemi, tek İktidar «sit»ii Sistem haline sokar. Yeni Cumhurbaşkanı seçiminden sonra Anayasa'nın yeni okunma biçimi de budur. İktidar temerküzü formülünde, **tek fren ve karşı-ağırlık Anayasa Mahkemesi olacaktır**.

1982 Anayasası ile kurulan üçüncü cumhuriyeti -Kurucu Babaların düşündüğünden farklılaştıran da, bugün, bu formülün uygulamasıdır.

Üçüncü formül, «Çoğunluksuz Başkan» formülünü ise, iki farklı siyasi yapıda düşünmek gerekir; Başkanın partisinin parlamento da çoğunluğu kaybetmesi ve hiç bir partinin çoğunluğu sağlayamaması, kısaca parlamentoda parti ufalanması ve parlamentoda farklı bir çoğunluğun teşekkül etmesi. İlk tip siyasi yapıda, ya da parti ufalanmasında, fesih yetkisine sahip Devlet Başkanı gerçek bir İktidar, bir çeşit «İkame İktidar» kullanabilecektir.

İkinci siyasi yapıda ise, farklı uygulamalar görülebilir; Fransız modeli «Cohabitation» ya da birlikte yaşarlık uygulaması ya da Portekiz modeli «Kurumlar gerillası»; Prezidansiyel İktidar ve Partizan İktidar çatışması. Bu son durumda, politikanın barışlandırılabilmesi için,

Portekiz ve Yunanistan'da görüldüğü gibi, Devlet Başkanının yetkilerini kayıtlayan bir anayasa değişikliği gerekecektir (132).

Kısaca. Anayasa pratiği ile yargılandığında, ya da olabirlikler üzerinde düşünülduğünde, Anayasanın farklı okunabileceği görülmektedir. Anayasaları bitmemiş politik senfoniler yapan da bu özelliştir. İki mantıklı Anayasaların «bitmemiş»liğini bitirmek de, herhalde, mümkün değildir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin «Sistem» içinde rolünü yeniden düşünmek : Yasama-ortağından İkame Hukuk muhalefetine.

Anayasa Mahkemesi kararları, klasik hukuki analizleri yanında, bugün kurulması gereken yeni bir analiz şeması, «**Mahkeme kararları ontolojisi**» dir. Kararı, kararla incelemek yerine, kararı sosyal, siyasi, ideolojik »çevre»si içinde İncelemek, Mahkeme kararları ontolojisinin kurulmasında bir ilk adımdır. Mahkemelerin jürisprüdansiyel politikasını şekillendiren de bu »çevre»dir, «Politik çevre» de değişimler, sistemlerin çoğunluklaşması ya da çoğunluksuzlaşması Anayasa Mahkemelerinin sistem içindeki rolünü de etkilemektedir.

Bugün, İtalya dışında, Siyasi sistemlerde «çoğunluklaşma» istidadı görülmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemelerinin sistem içinde rollerini iki farklı mantık şekillendirir. İtalya örneğinde görüldüğü gibi, parlamentonun çoğunluksuzlaşması halinde, Anayasa Mahkemesi bir çeşit «**yasama-ortağı**» (co-legislateur) ve hatta «**yasakoyucu**» olmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, bir çeşit ikame yasa koyucu rolünü üstlenmiş, ek veya ikame kararlarla yasa koyucunun siyasi tercih boşluklarını doldurmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi politikasını da, II. Cumhuriyet'de, aynı kurumsal mantığın etkilediği söylenebilir.

Özellikle parti bölünme endekslerinde yükselme ve siyasi kutuplaşmanın yol açtığı parlamenter hareketsizlik, Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisini arttırmıştır. Basit bir sayısal karşılaştırma, akla gelebilecek bütün itirazi kayıtlara rağmen, yine de anlamlı bir sonuç verebilir: Türk Anayasa Mahkemesi 1962 - 1977 yılları arasında, 15 yıl içinde, 223 kanunu ya da belli hükümlerini Anayasaya aykırı bu-

(132) J. Georgal, «La crise politique de 1978 au Portugal», RDP., 1979, s. 425 vd.;

P. Gerard, «La stabilité retrouvée au Portugal», RDP., 1989, s. 159 vd.; J. Çata İapla, «Les dix ans de la Constitution grecque du 9 Juin 1975-», RDP., 1987, s. 399 vd.

arak İptal etmiştir. Oysa Birleşik Devletlerde Warren Mahkemesi «Judicial Activism» dönemi olarak bilinen 1953 - 1969 arasında, 16 yıl içinde, sadece 16 kanunu Anayasaya aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin jürisprüdansiyel politikası, 1932 Anayasa «Söylevi-ni de etkilemiştir. Anayasa Komlasyonu'nun Danışma Meclisi Başkanlığına sunduğu raporda «... yargı denetimi ile yükümlü organların zaman zaman politik eğilimlere kendilerini kaptırdıkları gözlemlenmiştir- denilmiş ve «bu değerlendirmeden hareketle... (Komisyonun) yargı denetiminin hukuki sınırlar içerisinde yapılmasını sağlama felsefesine dayanarak...- gerekli düzenlemelerin getirildiği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler içinde özellikle madde 153/2 kuralı anlamlı gözükmektedir : «Anayasa Mahkemesi... kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez*. Bu düzenlemenin komisyonda görüşülmesi sırasında özellikle «Anayasa Mahkemesi aleyhine ortaya çıkan akımın menşesinde yer aldığı- düşünülen iki karar üzerinde durulmuştur; Anayasa Mahkemesi'nin 1974 de Af Kanunu'nun istisnai hükmünü ve 1968 de Seçim Kanunu'nun «engel- hükmünü iptal eden kararları (133) eklemek gerekir ki, Af Kanunu'nun istisnai hükmünün iptali ile ilgili karar, Anayasa Mahkemesi'nin 1963-1977 yılları arasında verdiği toplam 462 kararın % 3.2'sini meydana getiren, 7'ye karşı 8 oyla alınmış «bıçak-sırtı» 15 karardan biridir.

Komisyon, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarını «Dolaylı Yasama» olarak görmüş ve yaptırımını Komisyon çalışmalarında da bir soru olarak kalan 153/2 hükmünü getirmiştir.

Parlamentoların çoğunluklaşması durumunda ise, farklı bir kurumsal mantık etkili olmakta, Anayasa yargısı muhalefetin ihtiyaç duyduğu karşı ağırlığı sağlamaktadır. Kısaca söylendiğinde, plüralist sistemlerde, bir kurumun aşırı güçlenmesi tepki olarak bir başka kurumu doğurmakta ya da güçlendirmektedir (134).

(133) Komisyon 153. madde gerekçesinde, Mahkemenin 1974 tarihli kararında örneği bir referansla, şu açıklamayı getirmiştir: «...Kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Halbuki Kanun Koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için İstisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu İstisna hükmünün iptali millî iradeye ters düşeceğinden...»

(134) Bk. **L. Favorau**, «Europe occidentale», in **L. Favoreu, J. - A. Joknvtz, öds.**, Le controle juridictionnel des lois. Lögitiiltö, effectvitö et döveloppements röcent, Economica, Paris 1986, s. 47 vd.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Hükümetin parlamenter sorumluluğunun ortadan kalkması karşısında bu fonksiyonu, çoğunluğun etkili denetimi adına yüklenmiş, Avusturya Anayasa Mahkemesi de, eksik temsil edilen ya da hiç temsil edilmeyen sosyolojik ve politik azınlıkların korunması yolu ile siyasi tartışmanın büyük formasyonlarsa monopolleştirilmesini engellemiştir.

Son bir analizde, Politikayı hukuk çemberine sokan, plüraiist demokrasiler yeni dengelerinde, Anayasa Mahkemelerinin Anayasa adına bir «**İkame Hukuk muhalefeti**» olma misyonudur. Türkiye'de, III. Cumhuriyet'de, eksik muhalefetin tahrik ettiği iptal davalarında görülen sayısal artış aynı arayışın ifadesidir.

Bugün İktidar yapısında görülen değişme, fren ve karşı-ağırlıklıan eksilen bir sistemde, Anayasa Mahkemesi'nin rolünü daha da kırtık-leştirilmektedir ve herhalde, Başbakan Demokrasisi'nden Devlet Başkan Demokrasisi ne geçişin Jürisprüdansiyel politikada görülür etkileri olacaktır. Yetki yasalarının iptali bu konuda bir İlk göstergedir.

BİTİR İRKEN

DEMOKRASİNİN METOMORFOZU. İKTİDAR YAPISINDA DEĞİŞMELER VE JÜRİSPRÜDANSİYEL POLİTİKA DA «ZORLU PROBLEM.

Bugün liberal sistemlerde görülen kurumsal ve siyasal değişmeler «**Demokrasinin metamorfozu**» problemini gündeme getirmiştir (135). Demokrasinin metamorfozundan anlaşılan, **iktidarın parçalanması**, klasik kategoriler dışında yeni İktidar kaynaklarının teşekkülü ve fert merkezli insan hakları yeni ideolojisinin güçlenmesidir.

Öncelikle, klasik düşüncede halk egemenliğinin ifadesi Parla-mentonun yasama yetkisi, İktidara tırmanan yeni kurumlarca kayıtlanmakta, Devletde yeni yapısal değişmeler sonucunda, kararlar tek bir merkezden üretilmek yerine millüstü merkezlere ve bugüne kadar Devlete bağlı düşünölen yerel merkezlere kaymaktadır (136). Avrupa Toplulukları Komisyonu, millî parlamentoları bağlayan Avrupa yasamasının kaynağı olurken, Luxembourg Mahkemesi de Avrupa Hukukunun uygulanmasını sağlamaktadır. İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi, Komisyon ve Strasbourg Mahkemesi kararları ile insan hakları konusun-

da üye Devletleri bağlayan yeni bir düzen kurulmaktadır (137).

(135) Cf. **Laurent Cohen - Tanugi**, La mötamorphose de la democratie, Paris 1989.

(136) Türk Anayasa Mahkemesi de bu gelişmeyi 1989/7 karar sayılı Kararı İle tes-cil etmiştir; «Yerel yönetimler, kamu kurum ve kuruluşu» ibaresinin genelliği içinde düşünülemez. Bu tür bir değerlendirme, AYM.sinin önceki birçok ka-rarında kabul ettiği **yerel yönetimlerin demokratik varlığı ve özerk yapılarıyla** bağdaşmaz. Doktrinde de, yerel yönetimler, idarenin bütünlüğü içinde özerk yapısı ve özellikleriyle ayrı bir alan olarak görülmektedir.»

(137) Bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biri, Türk Ceza Kanununda deęi-şiklik yapan tasarı ile gözaltı süresinin 4 güne indirilmesidir. Bu süre Ko-misyonun Sözleşmeye uygun gördüğü standart süredir. Cf. **G. Cohen - Jonat-han**, «Sur quelques aspects récents de l'activité de la Cour européenne des Droits de l'homme», Rev. trim. dr. europ., 1989, s. 153 vd.

Konvansiyon ve getirdiği koruma hukuku Avrupa hür demokrasi-leri ortak kamu düzeninin kurulmasında etkili bir cihazdır. Mahkeme ve Komisyon, özel hayatın korunmasına, haberleşme ve ifade hürriyetine (138], toplanma hürriyetine... getirilen kayıtlamaların «demokratik bir toplumda zorunluluğunu» denetlemektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bugüne kadar verdiği 180 kararn büyük bir bölümü, davada taraf olanın ve sanığın hakları ile —prosedüral ya da usuli haklarla (139)— ilgili ise de, Federal Almanya'da kamu görevlilerinin Anayasaya sadakat borcunun ifade hürriyeti ile ne ölçüde bağdaştığı (140), seçme ve seçilme hakkı ve temsili niteliği olan meclislere üye tayini gibi (141), hukukun başka alanlarında da karar verilmiştir. Başka bir ifade ile Konvansiyon bir millî-üstü ceza ve medeni usul kodu ya da «usulün Hukuku» olmanın ötesinde «Hukukun hukukudur. Öylesine ki, **Brogan ve Deumeland** (1986) vak'alarında, azınlıkta kalan yargıçlar Mahkemeyi, üye Devletler yerine yasama rolü oynamakla suçlamışlardır.

Barbara, Messçue, Jabardo, C.Espagne (6 Aralık 1988) vak'asında ise Avrupa Mahkemesi, millî Mahkemelerin yerine geçip davayı yeniden görmekle suçlanacaktır.

Topluluk Mahkemesi de temel haklar kavramının muhtevasını belirlemek için üye Devlet Anayasalarında ve insan haklarının korunması ile ilgili milletlerarası belgelerde, özellikle de Avrupa Konvansiyonunda teminat altına alınan haklara başvurmakta hak ve hürriyetlere getirilen kayıtların uygunluğunu denetlerken de, «öz»ün korunması, «**demokratik bir toplumda zorunluluk**» ve «**ölçülülük**» prensiplerini

(138) Bk. **Mark intern Verlag c. R.FA.** (Rapp. de la Commission du 18 dec. 1987).

(139) Prosedüral haklar **Yargıç Douglas'ın, «Wisconsin v. Constineau»** davasında not ettiği gibi, Hukuk Devletinın teminatıdır: «İt is signifcant that most of the provisions of the Bili of Rights are procedural, for İt Is procedure that marks much of the difference between rule by law and rule by fiat». 400 US. 433, 436, 1971.

(140) Bk. 28 Ağustos 1986 t. karar.

(141) Cf. 2 Mart 1987 t. **Mathieu-Mohin ve clerfaut** kararı.

kullanmaktadır (142), Kısaca, Topluluk Mahkemesi jürisprüdansı, «Avrupa Normu»nun kaynaklarından biri haline gelmiştir.

Topluluk Mahkemesi jürisprüdansı, Avrupa Parlamentosunun 12 Nisan 1989 tarihli Kararla kabul ettiği «**Temel Hak ve Hürriyetler Deklarasyonu**»nun da kaynakları arasında yerini almıştır.

Deklarasyon'un «Başlangıcında, insan haysiyeti ve temel hakların teminatı üzerine kurulu bir «**Hukuk topluluğu**»nun varlığı doğrulanırken, Topluluğu kuran anlaşmalara, üye Devletler ortak anayasal geleneklerine, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve haklarla ilgili yürürlükteki anlaşmalara yollama yapılmış, «**Avrupa Norm**»unun muhtevası belirlenmiştir (143). Komisyonun, 30 Mayıs 1989 da teklif ettiği «**Temel Sosyal Haklar Avrupa Şartında** bu gelişmeyi takviye edecektir.

Parlamentonun muhtariyetini kayıtlayan Avrupa Hukuk düzeni gelişmelerine demokrasilerde ilerleyen anayasa yargısını da eklemek gerekir. Öylesine ki bugün bir «**Yargıçlar Cumhuriyetinden** söz edilebilmektedir (144). İktidar merkezlerine «Sivil Toplum» baskını Hukuk-Politika münasebetlerini yenilerken, fert merkezli Hukuk sistemi İktidar yapılarını da şekillendirmektedir. Bugün, fertleri de bağlayan Anayasalarda, insan haysiyeti ve dokunulmaz hakları, siyasi düzenin ve Sosyal barışın temelidir (145) ve siyasi düzen ve sosyal barış, **kamusal düzen ve kamusal barışla** sınırlı değildir, «**Sivil düzenci** de içine ahr. Hak ve hürriyetlerin gelişmesi, Sivil Toplumunu da takviye eder. Yeni anayasa düşüncesinde İktidar'ın «**Çoğul** hakinin varlık sebebi de budur.

Anayasa yargısında, Anayasa kavramının geniş yorumu, doktrinde «**Anayasa Bloku**» formülünün getirilmesini hazırlamıştır. Bu formül, anayasa yargıcının kullandığı referans ya da ölçü normların bütünüdür

(142) Cf. **P- Pescatore**, «Les droits de l'homme et l'intégration européenne», Cah. dr. europ., 1968, s. 629 vd., - İD., -La protection des droits fondamentaux par le pouvoir Judiciaire», 7. Congrès FIDE, Bruxelles 1975, Rapport s. 1 vd; **1_ Marcoux**, «Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la communauté économique européenne.» in Rev. Int. dr. comp. 1983, s. 691 vd.; **MA. Dausés**, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», in Rev. europ. 1984, s. 401 vd.

(143) Bull. CE.4. 1989.

(144) **R. Badinter**, «La R4publique des Juges», Le Monde, 8 sept. 1989.

(145) Bk. İspanyol Anayasası'nın 10. maddesi.

ifade eder ve bugün, Anayasa Mahkemelerinin kurmakta olduğu «**Anayasa Bloku**» İnsan hakları yeni ideolojisinin de pozitif temelidir,

Türk Anayasa Mahkemesi de anayasal normlar bloku içine, -Tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu» ilkeleri, Hukukun üstün kuralları ve Temel hukuk ilkelerini, Milletlerarası andlaşmaları, Anayasanın açık hükümlerini sokarken, Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel prensipleri de aynı blok içinde düşünmektedir (146).

Son bir analizde, Demokrasinin metomorfozundan anlaşılması gereken, **Hukuku «Devletsiz Hukuk»**, sistemleri de «**Sivil Toplumla Yönetilen Sistemler**» yapan gelişmelerdir.

Bu tesbitler çerçevesinde, Türk Anayasa Mahkemesi'nin «**Zorlu Problem**»!, Avrupa anayasallığı çemberine sokulan eksik Sivil Toplumlu, Devletle yönetilen bir sistemde kurulan «**Kuvözdeki Demokrasi**»yi İnsan Hakları yeni İdeolojisi ile yorumlamaktır.

* * *

«SED OUIS CUSTODIET ET IPSOS CUSTODES».

YA DA TÜRKÇEDE, ÇÖZÜMSÜZ BİR PROBLEM NASIL ÇÖZÜLÜR.

(146) 1987/7 karar sayılı Karara konu olan davada Mahkeme, Cumhuriyet yasalarınca tanınan bir temel ilkeyi, ölçü-norm olarak kullanmış, Cumhuriyet dönemi -Hukuk Siyaseti'nin temel prensiplerinin de -yeniden keşfedilerek- anayasallık bloku içine sokulabileceğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, **-Masumluk karinesi**» ile ilgili 1980/11 karar sayılı kararında, hak ve hürriyetler problemini -sadece millî bir problem değil ama evrensel anlam ve içrikli bir problem» olarak görürken (Bk. Anayasa Mahkemesi 1980/11 karar sayılı Karar) ya da «**Evlilik dışı çocuklar Vak'asında**» itiraz konusu hükümleri incelerken (Bk. Anayasa Mahkemesi 1987/18 karar sayılı Karar) Türkiye tarafından imzalanan ve onaylanan İnsan Hakları ile ilgili temel metinleride anayasallık bloku içine sokmuştur.