

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

HAZIRLAYANLAR

Ece Göztepe ve Aykut Çelebi

Demokratik Anayasa

GÖRÜŞLER VE ÖNERİLER

Andrew Arato • Kemal Başlar • Faruk Bilir • Aykut Çelebi
Kemal Gözler • Ece Göztepe • Yusuf Şevki Hakyemez • Fikret İlkiz
Sibel Inceoğlu • Ergun Özbudun • Fazıl Sağlam • Murat Sevinç
Oktay Uygun • Serap Yazıcı



metis

Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - <https://rantey.org>

HAZIRLAYANLAR
Ece Göztepe ve Aykut Çelebi
Demokratik Anayasa
Görüşler ve Öneriler



Metis Yayınları
İpek Sokak 5, 34433 Beyoğlu, İstanbul
Tel: 212 2454696 Faks: 212 2454519
e-posta: info@metiskitap.com
www.metiskitap.com
Yayınevi Sertifika No: 10726

Demokratik Anayasa
Görüşler ve Öneriler
Hazırlayanlar:
Ece Göztepe ve Aykut Çelebi

Derleme Eser © Ece Göztepe, Aykut Çelebi, 2012
Makaleler © Her makalenin yayım hakları yazarına aittir.
© Metis Yayınları, 2012

Birinci Basım: Nisan 2012

Kapak Resmi: John Shier. Bilgisayarla üretilmiş desen.

Dizgi ve Baskı Öncesi Hazırlık: Metis Yayıncılık Ltd.
Baskı ve Cilt: Yaylacık Matbaacılık Ltd.
Fatih Sanayi Sitesi No. 12/197-203
Topkapı, İstanbul Tel: 212 5678003
Matbaa Sertifika No: 11931

ISBN-13: 978-975-342-863-7

HAZIRLAYANLAR

Ece Göztepe ve Aykut Çelebi

Demokratik Anayasa

GÖRÜŞLER VE ÖNERİLER

**Andrew Arato • Kemal Başlar • Faruk Bilir • Aykut Çelebi
Kemal Gözler • Ece Göztepe • Yusuf Şevki Hakyemez • Fikret İlkiz
Sibel Inceoğlu • Ergun Özbudun • Fazıl Sağlam • Murat Sevinç
Oktay Uygun • Serap Yazıcı**



metis

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - <https://rantey.org>

İçindekiler

Sunuş:

Anayasa Kavramı ve Türkiye'de Anayasa Tartışmaları

Ece Göztepe, Aykut Çelebi 9

1. Demokratik Anayasa Yapımı ve Türkiye'deki Sürecin
Devamlılığını Sağlamak

Andrew Arato 27

2. Asli ve Tali Kurucu İktidar Ayrımı:
TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?

Kemal Gözler 45

3. Anayasanın Başlangıç İlkeleri

Murat Sevinç 62

4. Federalizm ve Bölgesel Özerklik Tartışmaları

Oktay Uygun 91

5. Temel Haklar ve Yargının Yargıları

Fikret İlkiz 140

6. Laiklik ve Din Hürriyeti

Ergun Özbudun 169

7. 1982 Anayasası ve Parti Yasakları

Serap Yazıcı 228

8. Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa

Yusuf Şevki Hakyemez 270

9. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa

Sibel İnçeoğlu 298

10. Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler

Kemal Başlar 339

11. Demokratik Meşruluk, Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı Bağlamında Yargı Organının (Yeniden) Yapılanması <i>Faruk Bilir</i>	369
12. Anayasa Yargısının Meşruluğu <i>Ece Göztepe</i>	387
13. Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar <i>Fazıl Sağlam</i>	418
14. Doğrudan Demokrasi ya da Temsili Hükümet Modelinin Demokratikleştirilmesi Üzerine <i>Aykut Çelebi</i>	467
Ek:	
Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun Çalışma Usulleri	499
Katkıda Bulunanlar	503
Kaynakça	509

Anayasa Kavramı ve Türkiye'de Anayasa Tartışmaları

Ece Göztepe, Aykut Çelebi

ANAYASA KAVRAMI Batı dillerinde Latince *constituere* fiilinden türetilmiştir. *Constituere*, yani kurma fiili, *con-* ön ekiyle *statuere* fiilinin birleşiminden oluşur (Kalyvas 2006: 588). *Con-* ön ekinin birçok anlamı olmakla birlikte, ilk ve en önemli anlamı birlikte ya da beraber olmadır. *Statuere* fiili ise kurma, oluşturma, yerleştirme, dikme anlamlarını içerir (Mohnhaupt 1990/2004: 832). Latince *constituere* kelimesi ise birlikte kurma, birlikte yaratma, birlikte ihdas etme anlamlarını taşır. Nitekim kelime "Latince aynı zamanda iktisadi bir terminolojiye karşılık gelir; mübadele ilişkilerini, mübadele edilen şeye dair bir anlaşmayı gösterir. Her mübadele edilen şeyde olduğu gibi, birden fazla aktör içerir. Görüldüğü üzere, sözcük etimolojik açıdan olduğu kadar anlamsal bakımdan da bir ortaklığa, ortak bir pratiğe işaret eder" (Kalyvas 2006: 588-9). Bu nedenle Batı dillerinde anayasa, herhangi bir durumu değil, birden fazla aktörün birlikte kurma, oluşturma, yapma faaliyetine dair bir edimi ifade eder. Türkçede anayasa sözcüğüne ilişkin böyle bir etimoloji ve anlam olmasa da, diğer yasaları doğuran yasa anlamı, anayasanın bir edimin ürünü olduğunu göstermesi bakımından kendine özgü bir niteliğe sahiptir.

Anayasa kavramının kendine özgü olduğu ilk defa Carl Schmitt'in *Anayasa Öğretisi (Verfassungslehre)* kitabında ayrıntılı biçimde ele alınmıştır (Schmitt 1928/1989). *Anayasa Öğretisi*, Alman *Staatslehre* (devlet öğretisi) geleneği içerisinde mütalaa edilmesi gereken bir eserdir. Eserin birincil amacı, devleti 19. ve erken 20. yüzyılda bir tür sosyal denge ya da normlar bütünü olarak tarif eden neo-Kantçı hukuki pozitivizme karşı koruma çabasıydı (Loughlin 2010: 210). Schmitt kavramın Almandaki karşılığı olan *Verfassung* sözcüğünün genel

anlamıyla bir ruh halini de belirtir biçimde kullanılmasına karşı çıkar ve anayasanın, şeylerin ruhu ya da özü olduğu anlamında bir şey gibi anlaşılmasını reddeder (Schmitt 1928/1989: 3). Schmitt'e göre anayasa, devletin kuruluş esasına ilişkin olup varoluşsal ve normatif açıdan devletle ilişkilendirilmesi gereken mutlak ve göreceli olmak üzere iki yönü bulunan bir kavramdır (4-10). Bir başka ifadeyle anayasa, Türkçedeki eski deyişle Teşkilat-ı Esasiye olup hem devletin kurumları arasındaki yetki ve hiyerarşiyi, hem de bireylerin devletle ilişkileri çerçevesindeki haklarını içermektedir (Preuß 1994: 12 vd). Bu, anayasanın göreceli yönünü oluşturur. Öte yandan anayasa sadece hukuksal niteliği haiz değildir. Bir halkın siyasal varoluşunu, kim olduğunu, diğer halklardan nasıl ayrıldığını gösteren siyasal bir belgedir de. Bu da anayasanın varoluşsal, mutlak tarafıdır (Schmitt 1928/1989: 4). Schmitt anayasa kavramını sözü edilen iki farklı yönüyle ele alır, anayasanın siyasal birliğe dair kısmına maddi anayasa, kurumlar arası hiyerarşi ve düzenlemeye ilişkin kısmına ise biçimsel anayasa der (11).

Anayasanın ikili karakteri biri ya da diğeri lehine ağırlık kazanmaya başladığında devletin anayasayla ilişkisi değişir. Örneğin yazılı anayasa mevcut gelenekleri yazıya geçirmekten ziyade, müzakere edilen, değiştirilen, yeniden yazılan maddelere indirgendiğinde, anayasanın anlamı, siyasi karakteri ve devletle bağlantısı baştan aşağı değişir. Loughlin'i izleyerek söylenirse, anayasa siyasal bir hak ya da siyasal bir doğrunun bilimi olma vasfını zaman içinde giderek kaybetmeye başlar (Loughlin 2010: 210). Bunun en önemli sonucu anayasanın ideal düzeyde kapalı bir normlar sistemi olarak anlaşılması, aynı biçimde, siyasal birlik ve düzen fikrine bir kapalılık, hukuki normlara bütünüyle dışsalılık atfedilmeye başlamasıdır (*a.g.y.*: 211).

Anayasacılık siyasal kurumların tarihinde görece yakın döneme ait bir icattır. Modern anayasacılığın doğuşu Aydınlanma ve devrim fikriyle yakından ilişkilidir. Bu ilişki tesadüfî bir ilişki değildir. Amerikan ve Fransız Devrimleri tarihteki çok sayıda ihtilal ve başkaldırıdan ilkesel bakımdan ayrılır (Grimm 2010: 5). Her iki devrim, adil olmayan bir yöneticinin adil bir yöneticiyle yer değiştirmesinden ziyade, yeni bir siyasal sistem kurmayı hedeflemiştir. Dolayısıyla Amerikan ve Fransız Devrimlerinde meşru bir hükümetin ancak belirli koşullar altında oluşturulabileceğine dair bir çerçeve öngörülmüştür. Amerikan ve Fransız Devrimi anayasaları önceden var olan yönetme hakkını değiştirmekle kalmamış, aynı zamanda yeni temel

lere oturtmuştur (*a.g.y.*: 7; Preuß 1994: 20). Devrim anayasaları, eski hukuki yükümlülüklerin aksine, kamu gücünü birbiriyle uyumlu ve kapsayıcı bir biçimde düzenledi. Kuşkusuz bu, siyasi iktidarın yasanın icrai gücüne indirgendiği anlamına gelmez. İktidarın teolojik - hukuki icra gücüne indirgenmesi, ortaçağdaki siyasal düzen anlayışının bir parçasıydı (Mohnhaupt 1990/2004: 837-9). Oysa anayasacılık, kamu gücünü anayasanın çizdiği sınırlar dışında kullanan hiçbir güç kabul etmediği gibi, yurttaşlarına karşı kamu gücünü anayasa dışı yol ve yöntemlerle kullanan hiçbir gücü de tanımaz. İlk bakışta basit gibi görünen bu ayrımın çok önemli bir sonucu var. Anayasa, yönetici ya da yönetim fikrinden doğmaz, meşru kamu gücü olarak düzenlenmiş edimin kaynağında halk ve halkın bir düzen kurmaya karar vermiş olma iradesi yatar (Grimm 2010: 7). Örneğin, Alman anayasa hukukçusu Badura'ya göre anayasa, somut tarihsel bir durumda topluluğu hukuki bir temelde kurmayı, ona şekil vermeyi amaçlayan, ilkesel bir kurma edimidir. Anayasa, anayasayı ihdas eden siyasal güçlerce belirlenen siyasal bir karara dayanır. Anayasa hem hukuki, hem siyasal sonuçları olan bir edimdir. Çünkü anayasa hukuki bilinci ve siyasal hayatı etkileyen ortaklığı ve devletin birliğini temsil eder.

Yukarıda belirtilen hususları göz önüne alarak bir anayasanın kurucu unsurları ve işlevi şöyle özetlenebilir:

1. Modern anlamıyla anayasa felsefi bir kurgu olmayıp bir dizi bağlayıcı, emredici normdan oluşur. Anayasal normlar herhangi bir zaman ve mekân dışı hakikati ifade etmez; siyasal bir karardan doğar.

2. Anayasal normların amacı, kamu gücünün kurulması ve icra edilmesidir. Önceki kamu gücünün yerini alan basit bir düzenleme değildir.

3. Anayasa normlarının düzenlenmesi, anayasa dışında kamu gücünü kullanan hiçbir güç tanımadığı gibi, yurttaşlar karşısında kamu gücünü kullanan hiçbir anayasa dışı yol ve yöntem de tanımaz. Anayasa bu anlamda kapsayıcıdır.

4. Anayasa hukuku köklerini meşru iktidarın yegâne kaynağı olan halkta bulur. Kurucu iktidarla ikincil iktidar arasındaki ayrım anayasa için yaşamsal önemdedir.

5. Anayasa hukuku hiyerarşik olarak iç hukuktaki en üstün normdur. Anayasaya uygun olmayan edimler hukuken de geçersiz sayılır.¹

Günümüzde devlet, yasanın yegâne ayrıcalıklı kaynağı olmaktan çıktı. Bazı durumlarda yasalar ya da yasaların icrası işlemi iç hukuku önceleyen, dış kaynaklardan besleniyor. Böylelikle egemenlik kavramının ifade ettiği kamu iktidarı ile devlet iktidarını özdeşleştiren şey giderek ya anlamını yitirmekte ya da sınırları belirsizleşmektedir (Grimm 2010: 13 vd; Habermas 2008). Söz konusu gelişmenin ulus-devletlerin anayasalarını teğet geçmesi düşünülemez. Böyle bir durumda modern anayasayı oluşturan beş etmenin ne olduğuna yeniden bakmak yerinde olur:

1. Anayasa hâlâ geçerliliğini siyasi bir karara borçlu bir dizi hukuki norm olmaya devam etmektedir.

2. Anayasanın konusu kamu gücünün kurulması ve icrası olmaya devam ediyor. Ancak bu önerme, kamu gücü hâlâ devlet gücü ile özdeş anlaşıldığı sürece geçerlidir.

3. Kamu gücüyle devlet gücü artık bir ve aynı şey olmadığından, yani örtüşmediğinden, anayasa kamu gücünü tutarlı ve kapsamlı biçimde düzenleme gücünü yavaş yavaş yitirmeye başlıyor.

4. Bunun sonucunda anayasa hukukunun birincilliği ve asliliği artık tekil olmaktan çıkmıştır. Anayasa iç hukukta hâlâ hiyerarşik olarak üstün norm niteliğini taşımayı sürdürmektedir, ama bu kural özellikle ulus-üstü bir kuruluş olan Avrupa Birliği üyesi ülkeler için artık mutlak değildir.

5. Anayasa hâlâ halktan doğan ya da halka atfedilen bir metindir. Ancak devlet içinde etkili olan herhangi bir kamu gücünü güvence altına alan bir kaynak değildir; halk tarafından demokratik biçimde meşrulaştırılmış ve kaynağını halkta bulan bir gücü içermez.²

Ulus-üstü ve uluslararası kamu hukukunda anayasacılık ve anayasa kavramı son zamanlarda çok kullanılmaya başladı. Ancak söz konusu kullanımlarda anayasanın siyasi mahiyetini ve demokratik kaynağını ihmal eden bir yan gözlenmektedir. Anayasa ya siyasi eylemin hukukileştirilmesi olarak anlaşılmakta ya da ulus-üstü ve uluslararası işbirliğine dair bir normlar hiyerarşisinin olup olmadığı çerçevesinde kavranmaktadır (Grimm 2010: 18 vd; Habermas 2011: 62-71). Ulus-

1. Zikredilen maddelerin tümü Grimm 2010: 9'dan aynen alınmıştır. Ayrıca bkz. Habermas 2001.

2. Zikredilen maddeler Grimm 2010: 16'daki sınıflamasına dayanmakla birlikte, onun genişletilmiş halidir.

üstü ve uluslararası kamu hukukunda kullanıldığı şekliyle anayasa metaforu, anayasanın kaynağını ve demokratik meşrulaştırma biçimini ihmal etmektedir (Grimm 2010: 20). Öte yandan anayasanın yerli yersiz kullanımı, anayasa-siyaset bağlantısını anayasacılık öncesi terimlerle, siyasal kararın ve siyasi edimin hukukileştirilmesi olarak sınırlandırır; anayasanın siyaseti demokratikleştiren katılımcı özelliğini gözardı eder. Her metafor gibi sadece bir benzetme kurmakla kalmaz, aynı zamanda yeni bir muradı anlatır.

Türkiye'deki anayasacılık tarihine bakıldığında, Amerikan ve Fransız anayasacılığından etkiler taşımakla birlikte, Türk anayasacılığının kendine özgü bir çizgisi ve tarihi olduğu görülecektir. 1876 Anayasası, döneminin meşruti monarşilerindeki siyasal ve hukuki dönüşüm, sınıfsal mevzilenme göz önüne alındığında bir başlangıcın metinsel ifadesidir. Ancak anayasanın mutlaki bir monarşide ifade ettiği anlam bakımından son derece mütevazı bir yer kaplamaktadır. Mithat Paşa tarafından padişahın emriyle kaleme alınan anayasa metni Genç Osmanlıların fikirsel birikiminden yararlansa da, monarşik iktidarın belli bir sosyal sınıfın iktidar talepleri karşısında sınırlandırılması, paylaşılması, iktidarın sınıfsal bir yeniden yapılanmasını öngörmesi söz konusu değildir.³

Yukarıda belirtildiği üzere, Amerikan ve Fransız Devrimlerinin yöneticinin yönetme hakkını yeni temellere oturtmasının başlangıcı, Osmanlı-Türk anayasacılığı açısından 1921 tarihlidir. Her ne kadar 1921 Anayasası Osmanlı devletinin hukuki varlığını resmen sona erdirmemiş ve bir "ara durum" belgesi olarak sunulmuşsa da, 1. maddede yer alan "Hâkimiyet bilâ kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir" cümlesi, açıkça ilga edilmeyen İmparatorluğun yönetim biçiminin ikame edildiğinin kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ifadesidir. Modern anlamda bir "devlet" anayasası olmayan 1921 Anayasası, Cumhuriyet tarihinde bir daha hiç benimsenmemiş olan Meclis hükümeti sistemi ve yargı kuvvetinin ayrıca düzenlenmemiş⁴ olmasıyla, pragmatik ve işlevsel bir iktidar metni olarak nitelendirilebilir.

3. Sadece 1876 Anayasası'nın 5. maddesindeki "Zatı Hazreti Padişahının nefsi hümayunu mukaddes ve gayrı mesuldür" cümlesi bile, anayasaya bağlılık yemini dahi etmekle yükümlü kılınmayan bir padişahın iktidarının sınırlandırılmasının, yetkilerinin başka bir sınıf/organ tarafından paylaşılmasının öngörülmediğini açıkça göstermektedir.

29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in kanunla ilan edilmesi, yumuşak bir anayasa⁵ olan 1921 Anayasası'nın değiştirilmesi yoluyla gerçekleştirilmiştir. Ama bu açık rejim değişikliğinden sonra Birinci Meclis, yeni kurulan devletin temel ilkelerini belirlemeyi, 1921 Anayasası'nın kapsamını normal bir kanun gibi değiştirmek suretiyle yapmayı tercih etmemiştir. Bu nedenle 1923 Nisanı'nda yapılan milletvekili genel seçimlerini müteakip toplanan İkinci Meclis aynı zamanda yeni kurulan Cumhuriyet'in anayasasını yapma görevini de üstlenmiştir. Olağan seçim yoluyla teşekkül eden İkinci Meclis'in yeni bir anayasa yapma yetkisi olup olmadığı, günümüzdeki tartışmaların aksine, tartışılması gereken bir hukuki mesele değildi. Çünkü belirtildiği üzere, 1921 Anayasası yumuşak bir anayasaydı ve yeni bir anayasa ile olağan bir yasa yapma arasında usuli bir fark öngörmüyordu. Bu nedenle İkinci Meclis bugünden bakıldığında her ne kadar bir Kurucu Meclis olarak nitelendirilebilirse de, Fransız ya da Amerikan Devrimlerinde olduğu gibi olağanüstü yetkilere sahip değildi ve olması da gerekmiyordu. Yine de Meclis, on iki kişilik bir komisyon tarafından hazırlanıp Meclis'e sunulan metnin anayasa taslağı niteliğinden dolayı, karar yetersayısının üye tamsayısının üçte ikisi olmasını kararlaştırmış, böylece normatif bakımdan mevcut olmayan bir nitelikli çoğunlukla kendisini bağlamayı tercih etmiştir.

1924 Anayasası, sonraki anayasalar tarafından da benimsenen, yumuşak kuvvetler ayrılığı esasına dayanan parlamenter hükümet sistemini benimsemiştir. Ancak 1921 Anayasası'nın kuvvetler birliği rejiminin izleri, 1924 Anayasası'nın 4. maddesinde yer alan "Türk milletini ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi temsil eder ve Millet adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır" ifadesinde görülmektedir. Her ne kadar 1924 Anayasası yasama yetkisi ve yürütme erkinin TBMM'de toplanmasını öngörmekteyse de (m. 5), yürütme yetkisinin "kullanılması"

4. Nitekim Meclis hükümeti sisteminin kapsamını aşar biçimde İstiklâl Mahkemeleri, yasama organı üyelerinin katılımıyla oluşturulmuştur.

5. Anayasa hukuku literatüründe yumuşak (*flexible*) ve sert (*rigide*) anayasa ayrımı yapılmaktadır. Yumuşak anayasa, olağan kanunların değiştirilmesi usulüne tabi, yani değiştirilmesi nitelikli bir çoğunluğa bağlanmamış olan, değiştirilemez ilkeler içermeyen anayasadır. Buna karşılık katı anayasalar hem değiştirilmesi özel usullere bağlanmış, hem de buna eşlik eder biçimde değiştirilemez ilkeler yoluyla devletin üzerine inşa edildiği ilkeleri bu yolla korumayı amaçlayan anayasalardır. Günümüz dünya anayasalarına bakıldığında, yazılı anayasaların neredeyse tamamının katı anayasalar olduğu görülmektedir.

Meclis'in seçtiği cumhurbaşkanına ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu'na verilmek suretiyle (m. 7) klasik parlamenter rejim işbölümünün benimsendiği söylenebilir. Ne yazık ki 1950 sonrasındaki çok-partili dönemde 5. maddedeki ifade, hükümet sisteminin işlevsel kavranışını gölgeleyecek biçimde öne çıkartılmış ve sanki TBMM'deki siyasal çoğunluk millet adına her türlü tasarrufta bulunabilir ve herhangi bir sınıra tabi değilmiş gibi anlaşılmıştır. Asli kurucu iktidar olarak halk ile, seçmenlerin temsilcileri olarak milletvekilleri arasında kurulan özdeşlik ilişkisi, Fransız Devrimi'nden bu yana bilinen ayrımı yok sayması itibariyle dikkat çekicidir. Bugünkü siyasal jargonda da sık sık başvurulmuş bu özdeşlik modern anayasal demokrasilerin en önemli özelliği olan siyasal iktidarın anayasayla sınırlı olma niteliğinin önemini daha da fazla vurgulamaktadır.

1950-60 arası dönemde ulusun ve seçmenin, seçimler yoluyla iktidara gelen Demokrat Parti tarafından giderek artan oranda özdeş adedilmesi ve parlamento içi muhalefetin yok sayılarak siyasal karar alma mekanizmalarının müzakereyi dışlar biçimde tekelleşmesi, o dönemdeki siyasal aktörlerin olağan siyasal ve anayasal mekanizmalarla çözmeye muktedir olmadığı bir düğüme dönüşmüştür. Siyasal aktörlerin içinde bulunduğu bu düğüm, Türk hukuk ve siyaset tarihindeki yeni bir dönemin, siyasetin tıkanığının düşünüldüğü noktada darbe yapılması geleneğinin de başlangıcını oluşturmuştur.⁶ 27 Mayıs 1960'ta yapılan silahlı müdahale sonucunda TBMM'nin yerini alan otuz sekiz subaydan oluşan Milli Birlik Komitesi, sürekli bir askeri yönetim tesis etmek yerine, yeni bir siyasal düzen tesis edip iktidarın kullanılmasını yine seçimle işbaşına gelen sivil siyasal aktörlere bırakmayı hedeflemiştir. Bu anlamda 1961 Anayasası'nın yapım yöntemi, bir sonraki darbenin ürünü olan 1982 Anayasası'na kısmen örnek teşkil ettiği gibi, Sıyesci anlamda asli kurucu iktidar olma talebinin de somut ifadesi niteliğindedir. Milli Birlik Komitesi'ne yeni anayasa yapımında yardımcı olmak üzere bir Temsilciler Meclisi seçilmiş ve bu iki organdan teşekkül eden Kurucu Meclis bir anayasa hazırlığına girişmiştir. Yine bu dönemde önce Prof. Dr. Sıddık Sami Onar başkanlığındaki İstanbul

6. Her ne kadar literatürde sıklıkla darbenin gerekçeleri arasında 1924 Anayasası'nın yetersizliği, parlamenter rejimin dinamiklerini iyi kavrayamaması gösterilse de, Mümtaz Soysal doğru bir tespitle suçun 1924 Anayasası'nda olmadığını ve modern bir demokrasi kavrayışının mevcut olması halinde anayasa metninin gayet iyi işleyebileceğini belirtmektedir. bkz. Soysal, <https://rante.org>

Bilim Komisyonu, daha sonra Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi üyelerinin⁷ hazırladığı anayasa taslakları da Türkiye'deki anayasa tasarı ya da önerilerinin ilk örnekleri sayılabilir.

1961 Anayasası, II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen 1946 tarihli Japonya, 1948 tarihli İtalya ve 1949 Almanya anayasalarının anayasal demokrasiyi biçimlendiren ve kurumsallaştıran içeriklerinden büyük ölçüde etkilenmiştir. Başta yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin birbiriyle ilişkisi, kamu gücünün kullanılma ilkelerinin belirlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin sistematize edilerek sınırlandırılma koşullarının anayasal güvenceye alınması olmak üzere, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulması, 1961 Anayasası'nın dünyadaki siyasal ve hukuki gelişmelere açık olduğunun ve bu yenilikleri benimsediğinin iyi bir örneğidir. Ancak 1961 Anayasası'nın Türkiye'deki demokrasi kültürünün gelişmişliğiyle ters orantılı demokratik içeriği, en başta sağ muhafazakâr siyasal aktörler tarafından benimsenmemiş ve tıpkı 1924 Anayasası'nda olduğu gibi, toplumsal-siyasal çatışmaların, sorunların, çözümsüzlüklerin nedeni anayasa metninde görülmüştür. 1924'ten başlayarak, Türkiye anayasacılık tarihinin bu anlamda bir metin kavgası olarak betimlenmesi, anayasaların siyasal hayattaki "hayır ve şer'lerin" kaynağı olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır. 1961 Anayasası'nın orijinal ruhuna gerçek anlamda aykırılık teşkil eden ve Anayasa'nın temel felsefesini büyük oranda değiştiren 1971 ve 1973 anayasa değişiklikleri de tahmin edileceği üzere siyasal aktörlerin yarattığı çatışmaların çözümüne çare olamamıştır. 1980 yılına gelindiğinde 1961 Anayasası'nın neredeyse tamamen değiştirilmesi anlamına gelecek anayasa değişikliği tartışmaları da yoğunlaşmıştır. Bunun en önemli örnekleri, *Tercüman* gazetesinin gerçekleştirdiği "Anayasa Semineri" ile *Yeni Forum* dergisinde yer alan anayasa değişikliği önerileridir.⁸ 12 Eylül Anayasası'nın aslında ruh ve lafzını bu iki anayasa önerisinde okumak mümkündür. En başta temel hak ve özgürlüklerin norm alanlarının daraltılması olmak üzere, siyasetin parlamentoyla sınırlandırılması, yürütmenin güçlendirilmesi, siyasi aktörlerin parlamento dışı

7. A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari Bilimler Enstitüsü 1960. Aynı kurum 1982 Anayasası için de Gerekçeli Anayasa Önerisi hazırlamıştır (1982).

8. Bkz. *Tercüman* gazetesi tarafından düzenlenen 19 Nisan 1980 tarihli "Siyasi Rejimin İşler Hale Getirilmesi, Anayasa ve Seçim Sistemimiz" konulu seminer (Tercüman Gazetesi 1980), Karatoprak ve Kırda 1980, <https://rantey.org>

kurum ya da aktörlerce denetlenmesi hedefleri bu önerilerin *Leitmotif*'ini oluşturmaktadır.

12 Eylül 1980 darbesi sonrasında ise Türkiye, tarihinin en otoriter, devletçi, temel hak ve özgürlük karşıtı anayasasıyla tanışmıştır. 1961 Anayasası'nın yapım sürecini andırsa da, 1982 Anayasası çok temel bir noktada 1961 Anayasası'nın yapım sürecinden ayrılmaktadır. Yine anayasa yapmakla görevli bir Kurucu Meclis vardır, ama Kurucu Meclis'in bir kanadını oluşturan ve darbeyi gerçekleştirenlerin yer aldığı Milli Güvenlik Konseyi (MGK) anayasa yapım sürecindeki asli unsur olup son söz sahibidir. 1961 Anayasası'nın yapımında yer alan Temsilciler Meclisi'nin yerini ise 1982 Anayasası hazırlanırken Danışma Meclisi almıştır ve işlevi, MGK'ye üzerinde son kararı vereceği bir metin hazırlamakla sınırlıdır. Son kertede hiçbir hukuk eğitimi almamış beş generalin yaptığı değişikliklerle ve onların son onayıyla 1982 Anayasası 7 Kasım 1982 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda kabul edilmiştir.⁹

1982 Anayasası yürürlüğe girdiği ilk günden itibaren 1980 askeri darbesinin mağdurları tarafından eleştirildi. Bu mağdurlar en başta 1980-83 arası askeri yönetim döneminde gözaltına alınan, işkence gören, haklarında dava açılan, vatandaşlıktan çıkarılan, uzun gözaltı ve dava süreleri sonrasında beraat eden ya da eksik/yanlış delillerle mahkûm edilen kişilerdi. Demokratik meşruiyeti başta olmak üzere baskıcı, güçlü yürütme eksenli, devleti yurttaş karşısında korumakla görevlendirilmiş bu anayasa ilk kapsamlı değişikliğin yapıldığı 1995 yılına kadar sağ muhafazakâr hükümetlerin sahip çıktığı bir anayasa olma niteliğini korudu. Bunun belki tek istisnası, merhum Başbakan ve Cum-

9. Seçime katılan seçmenlerin %91,17 oranında oyunu alan 1982 Anayasası, 9 Kasım 1982 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır (RG No: 17863-mükerrer). Seçime katılanların %61,5 oranında kabul oyunu alan 1961 Anayasası'yla karşılaştırıldığında, 1982 Anayasası'nın daha fazla demokratik meşruiyete sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bu rakamların yorumlanmasında 1960 darbesinden yaklaşık 17 ay sonra TBMM'nin genel seçimler sonrasında tekrar toplandığını, 1980 darbesinden sonra ise bu sürenin 38 ay olduğunu hatırlamakta yarar var. Bunun da ötesinde 1961'deki halkoylamasının olumsuz sonuçlanması halinde yeni bir anayasa yapım sürecinin başlatılacağı, Kurucu Meclis Teşkilî Hakkında Kanunun Altıncı Bölümünde ayrıntılı biçimde öngörülüyordu. Oysa 1982 tarihli halkoylaması öncesinde bu olasılığın gerçekleşmesi halinde ne olacağı hususunda hiçbir açıklama yoktu. Dolayısıyla seçmenlerin alternatifleri otoriter de olsa sivil yönetime geçmekle, askeri yönetim altında yaşamaya devam etme arasında seçim yapma ihtiyacı.

hürbaşkanı Turgut Özal'ın cumhurbaşkanı olma perspektifine eşlik eder biçimde gündeme getirdiği başkanlık rejimine geçiş yönündeki anayasa değişikliği talebidir. 1995 ve 2001 değişiklikleri temel hak ve özgürlükler rejiminin demokratikleştirilmesi, siyasal partilerin siyasal sistemdeki rolünün ve demokratik siyasetin aktörlerinin kim olacağına görece özgürlükçü biçimde yeniden düzenlenmesi gibi konularda 1982 Anayasası'na yönelik temel eleştirilere yanıt vermeyi amaçlasa da, Anayasa'nın tamamı sistematik biçimde ele alınamadığı için kısmi çözümler olarak kalmışlardır. 1990'ların başından itibaren Meclis'teki anayasa değişikliği çalışmalarına paralel biçimde toplumun değişik kesimlerinin sunduğu anayasa değişikliği önerilerinin sayısı da dikkat çekici ölçüde artmaya başlamıştır. Bu önerilerin en önemli özelliği, birçoğunun kısmi değişiklik yerine yepyeni anayasa tasarıları olmasıdır.¹⁰ 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra son derece farklı saik ve taleplerle kamuoyuna ve TBMM'ye sunulan anayasa taslaklarının, anayasa değişiklik önerilerinin listesi hayli uzundur. Bugün gelinen noktada bu taslak ve önerilerin tüketici biçimde sayılması neredeyse olanaksız hale gelmiştir. Kamuoyunda en fazla bilinen ve tartışılan taslaklar yeniden eskiye şöyle sıralanabilir:¹¹

- TÜSİAD, Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantılar Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu, Mart 2011 (Yayın No: TÜSİAD-T/2011/03/513).
- Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE), Vesayetsiz ve Tam Demokratik Bir Türkiye İçin İnsan Onuruna Dayanan Anayasa, Mayıs 2011.

10. Bu öneri ya da taslakların ne ölçüde anayasa değişiklik metinlerinde dikkate alındığı başka bir tartışma konusudur.

11. Aralık 2011 tarihli bir Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA) çalışmasında *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri* madde karşılaştırmalı olarak bir araya getirilmiştir. Ama bu çalışmanın en önemli eksikliklerinden birisi, 2009 tarihli Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Anayasa Taslağını dikkate almamış olmasıdır. SETA'nın bu çalışmasında incelenen anayasa taslakları arasında şu taslaklarda yer almaktadır: TÜRK-İŞ (1990): Anayasa Değişikliği Önerisi; HAK-İŞ (1991): Yeni Anayasa Çalışmalarında Esas Alınması Gereken Görüş ve Öneriler; Basın Konseyi (1991): Anayasa Değişiklik Önerileri; Toplumla Diyalog Forumu Anayasa Taslağı (1992): Türkiye Cumhuriyeti Yurttaşlarının Uzlaşma Anayasası Önerisi; TİSK (1993): Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüş ve Öneriler; Demokratik Cumhuriyet Programı Anayasa Önerisi (1995); Liberal Demokrat Parti: Yeni Anayasa Önerisi Taslağı (1997); Barış ve Demokrasi Partisi (2010): Anayasa Değişiklik Önerileri. Bkz. Erdem ve Neşer, 2011.

- Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Tasarısı, Ankara 2011 (Aynı üniversitenin tasarı önerisinden sonra yayımlanan "Yeni Anayasanın Temel Kodları – Görüş ve Taslakların Mukayese-si" çalışması da mevcuttur).
- TESEV Anayasa Komisyonu Raporu, Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru, Nisan 2011.
- BİLGESAM, Yeni Anayasadan Toplumsal Beklentiler, Rapor No: 36, Ekim 2011.
- TİSK Ekonomik Anayasa Raporu, Anayasa'nın Temel Esasları ve Mali Ekonomik Hükümlerine İlişkin Görüş ve Öneriler, Ekim 2011.
- Memur Sendikaları Konfederasyonu, Sahadan Yeni Anayasaya. Al-gı, Beklenti ve Talepler.
- MÜSİAD, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Kasım 2011.
- Mazlumder'in "Temel İnsan Hakları" başlıklarıyla sınırlandırılmış anayasa önerisi, Aralık 2011.
- TESEV, Kürt Sorununun Çözümüne Doğru: Anayasal ve Yasal Öne-riler, yazarlar: Dilek Kurban, Yılmaz Ensaroğlu, Haziran 2010.
- TESEV, Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Editör: Serap Yazıcı; Yazarlar: Serap Yazıcı, Ozan Erözden, Ümit Kardaş, Ergun Özbudun, Mayıs 2010.
- DİSK Anayasa Raporu, Özgürlükçü, Eşitlikçi, Demokratik ve Sos-yal Bir Anayasa İçin Temel İlkeler, Haziran 2009.
- Türkiye küçük Millet Meclisi'nin "Yeni Bir Anayasa'ya Doğru Sivil Önergeler 2008" başlıklı yayını, İstanbul: Can Mat., Mart 2008. Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği/78'liler Girişimi, Nasıl Bir Anayasa İstiyoruz? İstanbul: Siyah Beyaz Kitap, Mart 2008.
- Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığındaki Bilim Heyeti tarafından Adalet ve Kalkınma Partisi için hazırlanan Anayasa Taslağı, Ağus-tos 2007.
- Türkiye Barolar Birliği (TBB) Anayasa Önerisi (ilki 2001 yılında hazırlanmış olan öneri, 2007 yılında kapsamlı biçimde değiştirile-rek yeniden yazılmıştır).
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Anayasa Platformu Ulu-sal Çalıştayı, 2007.
- Anayasa Kadın Platformu, Demokratik, Özgürlükçü ve Eşitlikçi Bir Anayasa İçin, Aralık 2007 (Bu talepler AKP'nin hazırlattığı tas-lağa karşı yöneltilen talepleri içermektedir).
- Türkiye Komünist Partisi, Toplumcu Bir Anayasa İçin, Eylül 2007.

- Diyarbakır Barosu / Heinrich Böll Stiftung Derneği, Yeni Bir Anayasada İnsan Haklarına Yeni Bir Bakış, İstanbul, Kasım 2007.
- Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne İlişkin Anayasa Değişikliği Önerisi, 2004.
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) T.C. Anayasa Önerisi, Anayasa 2000.
- TÜSİAD, Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, 1997 (Bu çalışma Prof. Dr. Bülent Tanör tarafından kaleme alınmış ve kendisinin vefatından sonra 2006 yılında Prof. Dr. Zafel Üskül tarafından güncellenmiştir: Türk Demokrasisi'nde 130 Yıl (1876-2006) (Yayın No: TÜSİAD-T/2006-12/426).
- TBMM'de Temsil Edilen Siyasi Partilerin Anayasa Değişikliği Tekliflerinin Karşılaştırmalı Metinleri, Ankara: TBMM Başkanlığı, Mart 1993.
- TÜSİAD Anayasa Önerisi, 1992.

22 Kasım 2002 seçimlerinden bu yana tek başına iktidar olmayı başaran Adalet ve Kalkınma Partisi 2002 yılından başlayarak 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylaması sonucu kabul edilen kapsamlı değişiklik de dahil olmak üzere toplam on bir anayasa değişikliği gerçekleştirmiştir. Ancak 2 Temmuz 2007 seçimleri sonrasında Türkiye'deki anayasa tartışmaları yeni bir boyut kazanmıştır. Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında bir Bilim Heyeti tarafından 29 Ağustos 2007 tarihinde Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkan Yardımcısına teslim edilen "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi" 2007'de yapılan milletvekili genel seçimi sonrasında sivil anayasa tartışmalarının tetikleyicisi olmuştur.¹² Yukarıdaki listede de görüldüğü üzere, değişik kurumlar 2007 taslağı ekseninde kendi önerilerini kamuoyuyla paylaşmışlar ve yeni anayasa tartışmasını siyasetin gündemine oturtmuşlardır.

12 Haziran 2011 seçimleri öncesinde ise "yeni sivil anayasa" yapma ve 2011 seçimine katılan siyasi partilerin yeni bir anayasa konu-

12. Bilim Heyeti'nin üyeleri Prof. Dr. Zühtü Arslan, Prof. Dr. Yavuz Atar, Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem, Prof. Dr. Levent Köker, Doç. Dr. Serap Yazıcı. Önerinin başında yer alan nota göre Öneri, 8 Haziran 2007 günü Başbakan ve AKP Genel Başkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın Prof. Dr. Ergun Özbudun'dan talebi üzerine hazırlanmış, 2 Ağustos 2007 günü Recep Tayyip Erdoğan'a sunuşu yapılmış ve 29 Ağustos 2007 tarihinde de çalışmalar tamamlanarak AKP Genel Başkan Yardımcısı Dengir Atila'nın imza ve onayla kabul edilmiştir. <https://rantey.org>

sundaki görüşlerinin bir çeşit seçim bildirisi olarak dile getirilmesi talebi, seçim sonrasında anayasa tartışmalarının habercisi olmuştur. TBMM Başkanı Cemil Çiçek 19 Eylül 2011 tarihinde ilk olarak Türkiye'deki anayasa hukuku profesörleriyle TBMM'de bir araya gelerek onların yeni bir anayasa yapım sürecine ilişkin (yeni anayasa yapma yetkisi, anayasa yapma usulleri vb. konularda) görüşlerini almış, bir ay sonra da TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin eşit katılımıyla¹³ oluşturulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu ilk kez toplanmış, sonraki oturumlarda da çalışma ilkelerini belirlemiştir.¹⁴ Bu ilkelerden en önemlisi, Anayasa Uzlaşma Komisyonu'ndaki kararların oybirliğiyle alınacak olmasıdır. Özellikle MHP ve BDP'nin kırmızı çizgi olarak adlandırdıkları tartışma koşulları,¹⁵ Komisyonun başarı şansını önemli ölçüde düşürecek gibi görünmektedir.

Bu derleme kitap, yukarıda ana hatlarıyla açıklanan tartışma sürecine katkıda bulunma arzusundan doğmuştur. Kitabın editörleri, halihazırda anayasa taslaklarına bir yenisi eklemektense, demokratik bir anayasanın yapıtaşlarını ele alıp derinlemesine bir analiz yapılması ve öneriler geliştirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu amaçla, bir taslak niteliği taşımayan, ama Türk anayasa hukukundaki normatif düzenlemelerden ve/veya uygulamadan kaynaklanan sorunların ele alındığı, sorunların nedenlerinin araştırıldığı, karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanılarak önerilerin geliştirildiği bir kılavuz kitap çalışma-

13. Anayasa Uzlaşma Komisyonu'na üçer üyeye katılan siyasi partiler, Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP), Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ve Barış ve Demokrasi Partisi (BDP)'dir.

14. TBMM'nin internet sitesinde "Yeni Anayasa Sitesi" başlığıyla özel bir site açılmış ve Uzlaşma Komisyonu'nun çalışmaları, değişik toplantı tutanakları burada değişik bağlantı ve belgelerle desteklenerek yayımlanmaya başlamıştır. Bkz. yenianayasa.tbmm.gov.tr.

15. Örneğin MHP, 1982 Anayasası'nın değiştirilemez ilk üç maddesiyle ilgili tüm değişiklik tekliflerine, Cumhuriyetin temel niteliklerine, vatandaşlık tanımına, farklı etnik kimliklere siyasi ve hukuki statü tanınacak şekilde çok parçalı millet yapısı oluşturularak tek millet - tek devlet esasına dayanan üniter yapının bozulmasına ya da anadilde eğitime izin verilmesine ilişkin her türlü değişiklik önerisine kapısını kapatma kararı almış, bu maddelerin masaya getirilmesi halinde Komisyon çalışmalarına katkıda bulunmayacağını beyan etmişken, BDP de vatandaşlık tanımının mutlaka değişmesi gerektiğini ileri sürerek, devletin coğrafi, etnik, kültürel farklılıklara göre özerk bölgelere bölünmesinin kabul edilmesini talep etmektedir. Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - <https://rantey.org>

sına girilmiştir. Ancak her ortak çalışmada olduğu gibi, yola çıkılırken planlanan şeyle ortaya çıkan sonuç arasında iradi olmayan farklılıklar doğmuştur. Bazı konu başlıkları için bulunan yazarlar metinlerini zamanında teslim etmemişler ya da başlangıçta söz verdikleri halde katkıda bulunmaktan sonradan vazgeçmişlerdir. Bu nedenle Türk anayasa tarihinin köşetaşları ve siyasal tercihlerle ilgili tarihsel bir analiz ve toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda alınması gereken anayasal ve yasal diğer tedbirlerle ilgili bir yazı, son derece önemli olmasına rağmen, ne yazık ki bu derlemeye dahil edilememiştir.

Kitapta yer alan ilk makale, Türkiye'deki gazete okurlarına yabancı olmayan Amerikalı siyaset bilimci Andrew Arato'ya ait olup Türkiye'deki anayasa yapım sürecine ilişkin bir önerisini içermektedir. 2010 yılında yazılan bu makale anayasa yapımındaki asli ve tali kurucu iktidar tartışmasına üçüncü bir boyut ekleyerek mevcut hukuki ve siyasal seçenekleri genişletmektedir.

Kemal Gözler'in makalesi kurucu iktidar meselesine tarihsel ve hukuki bir çerçeveden bakarak, Türkiye'deki mevcut anayasa çalışmalarını öncelmesi gereken, ama çoğunlukla suskunlukla geçiştirilen anayasa yapma ve değiştirme yetkisi ile bu ikisi arasındaki sınırın nereden kaynaklandığını göstermekte ve bunun mantıksal sonuçlarını ele alıp tartışmaktadır.

Murat Sevinç, Türk anayasacılığında 1961 Anayasası'yla başlayan "Başlangıç" hükümlerinin işlevini sorguladığı makalesinde, aynı zamanda Türk anayasalarının meşruluk tartışmasının somutlaştığı bu hükümlerin ne ölçüde gerekli olduğunu da tartışmıştır.

Oktay Uygun, Türkiye'deki anayasa tartışmalarının nedenlerinden birisi olarak gösterilen Kürt sorunuyla ilgili siyasal ve hukuki meseleleri ele almaktadır. Makalesinde üniter devlet modeli çerçevesinde merkeziyetçi devlet anlayışının ne ölçüde değiştirilebileceğinin yanı sıra, federal ve bölgesel özerklik tartışmalarını da, istatistiki veriler doğrultusunda, tarihsel bir perspektiften ve karşılaştırmalı örneklerle analiz etmektedir.

Fikret İlkiz, yazarlar arasında hukuk pratiğinin bilfiil içinde yer alan ve norm ile olgu arasındaki zıtlığı en keskin biçimde yaşayan bir avukat olması vesilesiyle, hukukun işlevini olgudan norma yönelen bir perspektifle sorgulamakta ve sorduğu sorulara içkin cevaplarla okurların hukukun başlangıç ilkelerini yeniden düşünmeye davet etmektedir.

Ergun Özbudun, din ve vicdan özgürlüğünü laiklik ilkesiyle birlikte ele alarak, Türkiye'deki din - hukuk ilişkisinin çokkatmanlılığını ortaya koymakta ve değişik toplumsal aktörlerin ortak paydası olabilecek çözüm önerileri sunmaktadır.

Serap Yazıcı'nın makalesi ise, Avrupa Birliği üyesi ülkelerle karşılaştırıldığında bir parti mezarlığını andıran Türkiye'nin demokratik siyaset - anayasal demokrasi geriliminin kapsamlı bir tarihsel - hukuki analizi niteliğindedir. Uzmanlarının dahi kapatılan siyasi partileri bir çırpıda saymadığı, parti kapatma nedenlerinin anayasal ve yasal dayanaklarının son derece zengin olduğu bir ülkede bu makale, hem siyasi partilerin demokratik bir toplumdaki işlevlerinin yeniden tartışılmasına, hem de normatif sınırların yorumlanmasında esas alınması gereken ölçütlerin gözden geçirilmesine katkıda bulunmaktadır.

Yusuf Şevki Hakyemez, 1982 Anayasası'nda yer alan güçlü yürütme yaratmaya yönelik düzenlemelerle klasik bir parlamenter rejimden farklılıklar gösteren 1982 Anayasası'nı, Türkiye'deki başkanlık rejimine geçiş talepleri ve 2007 yılında cumhurbaşkanının seçilme prosedürünü değiştiren anayasa değişikliği çerçevesinde değerlendirdiği yazısında, hükümet sistemi değişikliğinin gerekli olup olmadığı sorusuna cevap vermektedir.

Sibel İnceoğlu'nun yazısı ise, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen son cümleyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere kanunlarla çatışmaları halinde öncelik tanıyan maddenin Türkiye açısından ne anlama geldiğini ya da gelmesi gerektiğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde tartışmaktadır. Bu yazı, her iki mahkemenin içtihatlarının sistematik bir analizini içermesinin yanı sıra, hukukta yorum meselesinin ortaya çıkardığı sorunları da ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

Kemal Başlar da İnceoğlu'nun yazısını tamamlar şekilde, 1961 Anayasası'ndan bugüne temel esasları itibariyle korunan uluslararası hukuka ilişkin normatif yaklaşımın neden bugünkü sorunlara çözüm üretmediğini ele almakta ve yeni bir anayasal düzenleme ihtiyacının olmasından hareketle çözüm önerileri geliştirmektedir.

Faruk Bilir'in yazısı, Türkiye'de paketler halinde ele alınan yargı reformunun ana tartışma argümanlarından biri olan, yargının demokratik meşruluğu tartışmasını ele almaktadır. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilişkili siyasal aktörlerin görüşleri için <http://canli.yargi.org.tr>

ruleğün ne ölçüde bağdaştığı, bu makale vesilesiyle tartışılmaktadır.

Ece Göztepe'nin makalesi, Faruk Bilir'in tezleriyle bir diyalog olarak da okunabilir. Yasama organının çıkardığı kanunları anayasaya uygunluk denetimine tabi tutan ve gerektiğinde bunları iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin anayasal bir demokrasideki işlevi ve bunun seçimler aracılığıyla demokratik meşruluğa sahip kılınmış yasama organıyla ilişkisi, bu yazının ana temasını oluşturmaktadır.

Fazıl Sağlam, hem temel hak ve özgürlükler konusunda uzman bir anayasa hukukçusu, hem de eski bir Anayasa Mahkemesi üyesi olarak 23 Eylül 2012'de uygulanmaya başlayacak olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını, teorik, anayasal ve yasal düzenleme boyutlarıyla ele almaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin maddi içeriğinin hukuk sisteminde gerçek anlamda hayata geçirilmesinin bir aracı olan anayasa şikâyeti, Almanya'daki başarılı uygulamasından örneklerle hem yasakoyucuya, hem de Anayasa Mahkemesi'ne yol gösterici bir nitelik taşımaktadır.

Aykut Çelebi kitabın kapanış makalesinde demokrasinin demokratikleştirilmesi sorusu etrafında doğrudan demokrasi araçlarını ele almaktadır. Türk hukuk literatüründe genel olarak halkoylaması başlığı altında ele alınan doğrudan demokrasi aracını, karar alma öncesinde gerçekleştirilen aşamaları ayrıntılı biçimde inceleyerek, hem literatüre kavramsal bir katkıda bulunmakta, hem de anayasadaki yeni katılım seçeneklerini analiz etmektedir.

Kitaba katkıda bulunan yazarlar, anayasa tartışmalarındaki siyasal ve toplumsal aktörler gibi, birbirinden son derece farklıdır ve bu anlamda Türkiye'deki anayasa tartışmalarının çoğulculuğunu yansıtmaktadır. Yazarların dünya görüşleri kadar, ait oldukları hukuk ekolleri, yönetsel yaklaşımları, hukuki meseleleri ele alma biçimleri ve çözüm önerileri de farklılık göstermektedir. Hiç kuşku yok ki kitapta yer alan konu başlıklarını her bir yazarın teker teker ele alması durumunda yazar sayısı kadar farklı görüş ortaya çıkacaktı. Kitaba katkıda bulunan yazarların düşünsel çeşitliliği, yazarların editörlerle olan akademik veya kişisel dostluklarının, onlara duydukları güvenin sonucunda biraraya getirilebilmiştir. Kitap bu anlamda Türkiye'de anayasa hukuku alanında nadiren gerçekleştirilen derleme kitaplardan biridir. Ama daha da önemlisi farklı düşünceleri ve yaklaşımları kapsayan çoğulcu yapısıyla diğer derleme kitaplarından ayrılmaktadır. Türkiye'deki derle-

me kitaplar aynı görüşteki yazarların işbirliğine dayanırken, bu derleme kitap, anayasa tartışmalarının fıkırsel çeşitliliğini yazarlar düzeyinde de somutlaştırmayı başarmıştır. Bu nedenle kitabın bütün yazarlarına verdikleri destek, gösterdikleri güven ve sabır için en içten şükranlarımızı sunmayı bir borç biliriz.

Demokratik Anayasa Yapımı ve Türkiye'deki Sürecin Devamlılığını Sağlamak

Andrew Arato

Giriş

BU KISA MAKALE, 1990'larda ve 2000'lerin başında dikkate değer kazanımlar elde eden Türkiye'deki anayasa yapımının halihazırda tıkanmış gibi görünmesinin nedenlerini ve soruna dair muhtemel çözümleri incelemeyi amaçlıyor.* Demokratik olduğu iddia edilen başlıca modern anayasa yapımı türlerini karşılaştırmalı bir biçimde ele aldığım önceki çalışmamda anayasa yapımında önemli olan hususun özgül bir modelin seçiminden ziyade meşruiyet problemi olduğu sonucuna varmıştım. Bunun nedeni, meşruiyet probleminin anayasa yapımı esnasında her bir sürecin normatif bakımdan gerekçelendirildiği düzeyi göstermesi ve anayasa yapımının en azından bölünmüş bir toplumda kısa vadede başarılı olup olmama ihtimalinin sınanma ihtiyacıdır. Netice itibariyle, demokratik meşruiyet veya kurucu otoritenin, halk iktidarı da dahil olmak üzere, salt iktidar biçimine ya da hukukiliğe indirgenmemesi gerektiğine dair güçlü bir sav ortaya atıyorum. Türkiye'de anayasaya dair yakın tarihli mücadelelere bakıldığında sorunlu görünen hususun bu türden indirgemeler olduğu söylenebilir. Çünkü hükümet denetimindeki yasama ile yargı erklerinin anayasayı şekillendirme konusundaki hak talepleri, yeterli siyasi meşruiyete sahip değildir. Anayasal yetkilerini demokratik seçimlere veya asli anayasal iktidara dayandıran iki erk, aralarındaki pek de inandırıcı olmayan çatışma nedeniyle, sonuçlandırılmaya muhtaç anayasa yapım sürecini tehdit ed-

* Makalenin İngilizce orijinali için bkz. Arato 2010.

er haldedir. Makalemi, hem meşru hem de hukuki olabilecek muhtemel bir anayasa yapımı usulü önermek suretiyle bitiriyorum.

I. Anayasa Yapımının Demokratik Biçimleri

On sekizinci yüzyıldan günümüze demokratik taleplerle ortaya çıkan anayasa yapımı, seçilmiş veya yetkilendirilmiş konvansiyonları (ilk kez ABD'de olduğu gibi), devrimci veya seçilmiş kurucu meclisleri (ilk kez ABD'de ve ertesinde daha çok bilinen biçimiyle Fransa'da olduğu gibi), halkoyuna başvuran yürütme organını (ilk kez Bonapartizm'de görüldüğü gibi), olağan parlamentoları (yine ilk kez ABD'nin bazı eyaletlerinde olduğu gibi) ve daha yakın tarihlerde İspanya ve Polonya'dan Güney Afrika ve Nepal'e kadar kullanılan, yuvarlak masa müzakerelerini, geçici anayasaları ve egemen olmayan seçilmiş meclisleri de kapsayacak biçimde kademeli çalışmalarla şekillenmiştir. Bir çalışmamda (2000) belirttiğim gibi, örneğin Türkiye'de de 1961 ve 1982'de uygulanan Bonapartist halkoylaması yönteminin, hâlâ çok kuşkulu ve savunulamaz olduğunu düşünüyorum. Ayrıca diğer anayasa yapım yöntemleri arasında, gerçek demokratik katılım ve açıklık unsurlarını göz önünde bulunduran bir hiyerarşinin kurulabileceğini düşünüyorum. Günümüzde dikkatimi çeken en önemli husus, en demokrasi dostu örneklerde bile –Amerikan kongre modeli ve Güney Afrika Cumhuriyeti'nde doruk noktasına ulaşmış en güncel örnekte– gizli bir otorite dayatması ve demokrasiyi araçsallaştıran türlerin mevcut olmasıdır. Çoğu Latin Amerika modelinde gizli otorite dayatması, çok-kademeli modelin uygulandığı Irak'ta ise demokrasinin araçsallaştırılmasının örneği görülmektedir (Arato 2009). Kurucu meclislerin ve olağan parlamentoların anayasa yapımında uğraştığı daha ciddi ve daha az görünür olan meşruiyet sorunları olsa bile, bunlar çözümsüz değildir –özellikle de ilgili kurumlar diğer iki modelden bir şeyler öğrenme kapasitesine sahipse.

Bugün anayasa yapımının demokratik olma niteliğini belirleyen asıl şeyin, anayasa yapımına dair modeller arasından yapılacak seçimden ziyade, Türkiye'yi de kapsayacak şekilde, meşruiyet sorununa getirilecek çözüm olduğu hususunu tartışmak istiyorum. Anayasa yapımına ilişkin modeller arasından yapılacak seçim, önemli ölçüde süreçle bağlantılıdır (çünkü bir PDF kitap Arşivi: <http://frantzen.org>).

nasında, o dönemdeki büyük etkisine rağmen Amerikan tarzı bir konvansiyon meydana getirilmesinin ihtimal dışı olduğu ortaya çıkmıştır. Oysa İsveç gibi bir ülke, 1974'te anayasasında reform yaptığında, parlamentosunun yerine bir kurucu meclis ikame etmemiştir. Yine de, Bonapartizm hariç olmak kaydıyla her modelde çoğulculuk, uzlaşma, aleniyet, (çoğunlukla) hukukilik ve uygun bir seçim sistemine dayanan yeni seçimler gibi mekanizmalar vasıtasıyla görece yüksek düzeyde meşruiyetin sağlanabileceği savunulabilir. Söz konusu mekanizmalar soyut bir kavram olarak halka atıfta bulunan, oysa halkın kendi namına hareket edemediği işleyişle kıyaslandığında daha demokratik bir gösterge niteliğini haizdir. Eğer hâlâ bazı anayasa yapımı modellerinin, örneğin kademeli olan iki yöntemin, en iyisi olduğunu söylüyorsam, yapısal bakımdan meşruiyeti sağlamada en iyi konumda bulunmaları nedeniyledir (Ancak bu modeller, ilginç bir biçimde, birinci aşamanın demokratik olmayan karakteri nedeniyle, meşruiyet sorunu-na sahip oldukları şeklinde anlaşılmaya da en müsait modellerdir). Ama nihayetinde, aynı meşrulaştırma kaynakları (bir kez daha tekrar edecek olursak: çoğulculuk, uzlaşma, aleniyet, hukukilik ve uygun bir seçim sistemi altında gerçekleştirilen yeni seçimler) şahsen daha az desteklediğim iki model için de kullanılabilir: kurucu meclisler ve olağan parlamentolar. Kabul etmek gerekir ki her iki model farklı süreçler öngörür. Parlamenter anayasa yapımı, devrimci kurucu meclislerin çalışma şeklinin aksine, çok-kademeli olabilir. Yani ilke olarak, farklı kademelerde farklı meşruiyet kaynakları kullanılabilir. Ancak parlamenter anayasa yapımındaki avantajlı durum, olağan parlamenter anayasa yapımında olağanüstü ve normal siyaset arasındaki farklılık ortadan kalkmaya başladığı ölçüde gölgelenir. Oysa söz konusu fark, bütün devrimci kurucu meclis örneklerinin en ayırt edici özelliğidir.¹ Sonuçta olağan bir parlamento, olağan yasa koyma faaliyetinde bulunmak yerine, uzun dönemde farklı hükümetlerin iktidarı kullanmalarını mümkün hale getiren temel, ortak bir çerçeve niteliğindeki kuralları koymaya başladığında, meşruiyet ihtiyacını gözden kaçırabilir (veya meşruiyeti hukukilik içinde eritebilir). Yine de kurucu meclisle-

* *Fr.* Eski rejim. Metinde Fransızca orijinali kullanılmıştır. Fransız Devrimi öncesindeki mutlaki monarşiyi tarif etmek için kullanılır. —ç.n.

1. İki kademeli anayasacılığa ilişkin en önemli güncel iddia, Bruce Ackerman'ın çalışmada ifade bulunabilir. Özellikle bkz. Ackerman 1991.

rin, meşruiyet sorunuyla ilgili potansiyel bir kör noktası vardır. Bu kör nokta, Bonapartist bir yürütme erkinin baskın olduğu süreçlerle ortak-tır. Birinde devrimci unsurlara, diğerinde karizmatik liderliğe inanç nedeniyle, meşruiyet sorununun kendiliğinden çözüldüğü kolaylıkla varsayılır. Her iki yaklaşımın ortak bir biçimde plebisit ve referandumu kullandığı bir vakıa olmakla birlikte, bu durum, her iki yaklaşımın da her şeye rağmen demokratik meşruiyet bakımından kestirme bir yol aradıklarını gösterir. Plebisitin geçici, diktatöryal yürütme gücü tarafından sınırlandırıldığı ve deforme edildiği yerde meşruiyet beklentisinin makul kabul edilmesi zordur. "Hayır" oylarının "evet" oylarına kıyasla daima demokratik özerkliğin bir ifadesi gibi görülmesi referanduma has bir özelliktir.

Kurucu meclislerin ve anayasakoyucu parlamentoların ortak sorunu, ilginç bir biçimde, meşruiyet sorununu hiçbir suretle kavramamaları ya da bu sorunu kestirme çözümlerle halledebileceklerini düşünmeleridir. Bu sorun, kurucu meclislerde asli bir meşruiyet kaynağının varlığından (devrimci veya karizmatik), olağan parlamentolarda ise anayasa değişikliği suretiyle anayasayı şekillendirme konusunda sahip olunan anayasal yetkiden kaynaklanır.

II. Türkiye Süreci: Uzlaşmadan Kördüğümce

Anayasa yapım modelleri süreç-bağımlıdır (*path-determined*). Türkiye, yarı otoriter 1982 Anayasası'nın hazırlanma tarzından ve Başbakan Turgut Özal'ın neredeyse başından itibaren anayasanın demokratik potansiyelini istismarından kaynaklanan nedenlerle, uzun süredir demokratik bir dönüşüm süreci içinde bulunuyor. Söz konusu dönüşüm sürecinde, Anayasa'nın orijinalinde yer alan anayasa değişikliği yapmaya dair normdan –ki bu madde 1987 yılında değişikliğe uğramıştır– kademeli bir biçimde, henüz tamamlanmamış çok önemli anayasa değişiklik paketlerini hayata geçirmekte geniş ölçüde (ama anayasayı bütünüyle değiştirmekte değil) yararlanılabilir. Brezilya, Şili ve Meksika'daki süreçlerle de benzerlikler gösteren bu durum, Türkiye dışında daha iyi tanınmaktadır.² Türkiye'deki demokratik dönüşüm süreci,

2. Bununla birlikte Ergun Özbudun, Serap Yazıcı, Levent Gönenç ve Ömer Faruk Genççaya, "Güçlü Demokrasi İçin Kurucu Meclis Sorunu", <https://trante.org>.

disinsel temelli kimlik politikalarının ortaya çıkması kadar Avrupa Birliği'ne üyelik nedeniyle de çetrefil hale gelmiştir. Yine de 2004'e kadar, herkesçe bilinen otoriter müdahalelere (1960 ve 1980'deki tam donanımlı askeri darbelerin kısa hali niteliğinde olan iki darbe) ve muhafazakâr kurumların baskısı sonucu ortaya çıkan bazı deformasyonlara rağmen, üç süreç birbirini güçlendirmiştir. İçlerinde bana göre en önemlisi, siyasal meşruiyetin, sadece Meclisin tasarrufunda olan anayasa yapım sürecinde, uzlaşmacı usuller yoluyla gerçekleştirilmiş olmasıdır. Gerçekten de uzlaşmacı usuller, siyasal açıdan sınırlayıcı, hukuken zorunlu olmayan usullerdi. Söz konusu usuller, müzakere esnasında rejimin otoriter kurumlarının zaman zaman şiddetle karşı çıktığı anayasal reform paketlerinin kabul edilmesi sürecinde kullanıldı. Bir örnek vermek gerekirse, siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasına ilişkin normların değiştirilmesi, 2001 yılında o dönemde nüfuzlu mahkemeden gelen kuvvetli itirazlara rağmen gerçekleştirilmiştir (Gönenç 2004: 94-95; Shambayati 2007: 117). Karşılıklı uzlaşmaya dayalı yaklaşımın sembolü ise Partilerarası Uzlaşma Komisyonu'ydu. Bu Komisyon olağan olmayan, ama hukuki bir parlamenter organdı; misyonu ise başlıca siyasi partilerin reform paketleri çerçevesinde uzlaşmalarını sağlamaktı. Bu çaba kayda değer ölçüde başarılı oldu: 1995 ve 2001'deki kapsamlı reform paketleri için verilen yüksek orandaki oylar bunu gösteriyordu (Özbudun ve Yazıcı 2004; Gençkaya 2003). Anayasanın değişmez hükümleri bağlamında, uzlaşmanın bir sonucu olarak, parlamentodaki hiçbir güç, cumhurbaşkanının da reform konusunda ikna edilmesi koşuluyla, Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açabilecek durumda değildi. 2002'den sonraki meclisler, diğer başkaca sebeplerin yanında, 1982'nin otoriter anayasa koyucuların karakteristik bir ürünü olan %10 barajlı seçim sisteminin devamlı surette eşitsizliklere gebe olması nedeniyle, çokpartili biçimini kaybetti. Buna rağmen, 2002 yılında Recep Tayyip Erdoğan'ın kendisi bir anayasa değişikliğiyle Meclis'te bir sandalyeye sahip olduktan sonra ve 2004 yılında başka bir anayasa değişiklik paketi görüşülürken dahi, en azından siyasi partiler arasında –somut durumda AKP ve CHP'nin ortaya koyduğu– uzlaşmacı yaklaşım devam etti (Gençkaya 2003: 51-4). Anayasa değişikliklerinin sadece tek bir partinin oylarıyla kabul edilmesi, cumhurbaşkanlığı konusunda tahripkâr mücadelenin yaşandığı 2007 yılında vuku buldu. Tek başına çoğunluğu elinde bulunduran partinin Erdoğan'ın anayasa değişikliği hakkındaki talebini göze

aldı. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunmaya yetkisi olup bu yetkisini kullanarak başvuruyu yapan iki "Kemalist" gücün varlığıdır. Başvuru konusu, diğer aykırılıkların yanında, cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine imkân veren anayasa değişikliğinin Anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkindi. "Kemalist" olduğu söylenen Anayasa Mahkemesi'nin daha önceden cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin toplantı ve karar yetersayılarına dair AKP aleyhine verdiği kararın akabinde, halkoylamasına sunulan anayasa değişikliklerini onaylamış olması bugün çoğu kez unutulmaktadır!³

AKP'nin cumhurbaşkanlığını ele geçirmemesi için verilen mücadele, birbirine eşit iki farklı açıdan değerlendirilebilir: Devlet kurumlarındaki otoriter güçlerin, cumhurbaşkanlığı gibi önemli bir yürütme makamının kontrolünü elinde tutma isteği ve (o dönemde oyların yüzde 34'ünü elinde tutan) tek bir partinin tüm önemli yürütme makamlarını tekeline almasını engelleme arzusu. Cumhurbaşkanı, önemli atama yetkilerine sahip olması yanında, anayasa değişikliği sürecine etkin bir şekilde katılır. Söz konusu ikileme getirilecek çözüm, ne devlet kurumlarıyla ne de AKP ile ilişkilendirilebilecek seçkin birisinin seçilmesi olabilirdi. Abdullah Gül'ün seçilmesi güvence altına alındıktan sonra, yine de anayasa yapımı için uzlaşmacı bir süreç öngörülebilirdi. Son büyük anayasa değişikliği gerçekleştirildiğinden beri Türkiye'nin Avrupalı ortakları, ancak bütünüyle yeni ve sivil bir anayasanın kendi taleplerinin gerçekleştirilmesine olanak tanıyacağı hususunda ısrar etmeye başladılar. Kısmi değişiklik paketlerinden yeni bir anayasa projesine gidecek adım belki de kaçınılmazdı. Ancak AKP'nin yeni bir anayasa metni kaleme almak üzere yürütmeye bağlı, "parti dışı" bir komiteyi tek başına ataması, anayasa yapımına ilişkin yetkinin hukuken yürütmeye değil, yasamaya ait bir yetki olarak kabul edildiği bir ülkede hataydı. Anayasa'nın tamamen değiştirilmesinin düşünüldüğü bir dönemde, mevcut Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde, milliyetçi

3. Özbudun yakın zamanda yazdığı önemli bir makalede bu kararı, kararın 2008 yılındaki karar ile çeliştiğini göstermek ve bunun eleştirisini yapmak amacıyla anımsatmaktadır. Ancak Özbudun, 1987 ve 2007'deki değişikliklerin, 1 ila 3. maddelerin kenar başlıklarıyla dahi ilgisi olmadığını gözden kaçırmaktadır. Mahkemenin, tüm önemli değişiklikleri inceleme yetkisinin kapsamını genişletme niyetinde olduğunu ileri sürmektedir. Mahkemenin en azından soruna bu gözle bakmadığını ummak başka bir çaremiiz yok. Bkz. Özbudun 2008b.

MHP ile AKP'nin işbirliği çerçevesinde değişiklik yapılması daha da büyük bir hataydı. İşte tam bu noktada CHP, sadece Anayasa Mahkemesi'ne anayasaya aykırılık iddiasıyla başvurma değil, aynı zamanda bütün süreci dondurma imkânına ve hukuki dayanağına kavuştu. AKP'nin başarısız olduğu başörtüsü davasından sonra, AKP aleyhine açılan kapatma davası kabul edilseydi, yukarıda anılan her iki sonuca da ulaşılmış olunacaktı. Benim açımdan en büyük sürpriz, kapatma davasının reddedilmesini müteakip AKP'nin sanki anayasa yapım süreci dondurulmuş gibi davranmasıydı. Partinin anayasaya yönelik amaçları geçici olarak engellendiğinde, bunun demokratikleşmeye karşı isteğin azalmasıyla bir ilgisi olsaydı, ne kadar temelsiz görünürse görünsün, kendini doğrulayan bir kehanet olurdu. Aslında her iki tarafın da iddia ve talepleri, tehlikeye katkıda bulunmaktadır.

III. Parlamenter Çoğunluğun Hukuki İddiaları ve Meşruiyet Sorunu

AKP hükümetine bağlı parlamenter çoğunluğun normatif iddiaları, hukukilik ve meşruiyet unsurlarının klasik karışımına indirgenmiştir. Kısaca "Türk anayasa hukuku" başlığı altında ele alınabilecek hukuki iddiaya göre kurucu bir meclis ile olağan bir parlamento ya da Büyük Millet Meclisi'ni birbirinden ayıran bir norm mevcut değildir. 1961 ve 1982 tarihli anayasa metinleri de böyle bir ayırım yapmadıklarından, Türk anayasa hukukundaki bu ilkenin hâlâ sürdüğü söylenebilir. 175. maddeye göre anayasanın değiştirilmesi yetkisini elinde bulunduran güç, tam yetkili kurucu ya da anayasayı yapma yetkisine sahip güçtür; Türk Anayasası'nı tamamen ya da kısmen değiştirebilir. Meşruiyete ilişkin savı hukukiliğin dar yorumu üzerinden kullanmayı amaçladığımdan, bu hususu iki görüşle desteklememe izin verin. Bunların ilki, burada bağımsız bir meşruiyet iddiası olduğudur ki, bence bu görüş reddedilmelidir. İkinci olarak, Türkiye örneğinde söz konusu hukukilik iddiası kendi içinde tutarsızdır.

Benim görüşümün geçerli kabul edilmesi halinde, ikisi arasında daha öncelikli olan meşruiyet iddiası ile başlamak istiyorum. Bu iddia, halk egemenliği kavramına dayanır. Halk egemenliğinde parlamenter çoğunluk halk tarafından seçilir, dolayısıyla çoğunluk, kendilerini tatmin edecek bir anayasanın kendilerine verim hakkına sahip olan

Türk halkının da çoğunluğunun isteğini yansıtır. Bu iddiada dört husus yanlıştır. En az önemli olan ilk nokta, 1982 Anayasası değişikliği için halkoyuna sunma şartı getirmemiş olsa da, cumhurbaşkanının bu değişikliği onaylamaması ya da değişikliğin Meclis üye tamsayısının beşte üçünden fazla, ama üçte ikisinden az oyla kabul edilmesi halinde değişikliğin halkoyuna sunulması gerekir. Sonuç itibariyle, anayasa yapımında kişileri temsil eden topluluk en azından, ya cumhurbaşkanı ile Meclisin nitelikli çoğunluğunun bir araya gelmesinden veya Meclisin nitelikli çoğunluğu ile seçmenlerden oluşur. Burada bazı önemli değişikliklerin halkoylanmasıyla kabul edilmesi gerektiği yönünde bir varsayım mevcuttur. Cumhurbaşkanı, diğer tüm yetkilerini kullanmasını müteakip değişikliği benimsediği zamanlarda dahi, salt söz konusu değişikliği önemli bulmasından dolayı halkoylaması yoluna başvurabilir. Daha önemli olan ikinci husus, 2002 ve 2007'deki AKP çoğunluğu, yüzde 10'luk ülke barajı nedeniyle, Mecliste söz sahibi olabilecek çoğu partiyi eleyen, son derece dışlayıcı bir seçim kanunun yarattığı yapay bir çoğunluktur. 2002'de yüzde 34, 2007'de ise yüzde 47 oranındaki oylar, AKP'nin Meclis sandalyelerinin yaklaşık üçte ikisine ve ardından beşte üçünden daha fazlasına sahip olmasıyla sonuçlandı. Ayrıca kabul etmek gerekir ki, 2007 yılında MHP milletvekilleri üçte ikilik kısmın eksik kalan bölümünü doldurdular.

Felsefi bakımdan can alıcı olan üçüncü yanlış, Amerikan Devrimi ve Fransız Haklar Bildirgesinden günümüze demokratik teorinin en iyi yorumuna dayanarak, hiçbir organ, hiçbir kurum ve hiçbir kişi, yeri "boş bir makam" olarak kalması gereken egemen halkı tamamen temsil ettiğini, ona vücut verdiğini iddia edemez (Lefort 1999). Çok-kademeli anayasa yapım modellerinden ikisi (ABD ve Güney Afrika), halk egemenliğinin en iyi ve darbe karşıtı yorumunu tercih eder. Fakat akla, süreç-bağımlı bu iki yolun Türkiye için uygulanabilir olup olmadığı sorusu gelmektedir. Kanaatime göre, yöntemler bir ölçüde Türkiye'ye uygulanabilir niteliktedir: uzlaşma çabası. Bu noktada, parlamenter çoğunluğun meşruiyet iddiasına karşı öne sürülen dördüncü itiraz devreye girer: Türkiye'de Meclis, 1983'ten 2004'e kadar, anayasa yapma yetkisini içeren meşruiyet iddiası çerçevesinde, sahip olduğu yetki hukuki yetkilere indirgenebilir gibi davranmamış ya da bu yetki tek bir organ tarafından tek kademeli bir süreçte kullanılabilir gibi hareket etmemiştir. Bu dönemdeki önemli anayasal değişiklikler, pek çok önemli itirazla karşılaşılmış ve sonuçta gerçekleştirilmiştir.

tirilmiştir. Her önemli aşamada, genellikle tüm partilerin yüksek seviyede uzlaşısı ve tam katılımı sağlanmıştır.⁴ Kanaatime göre, Sir Ivor Jennings tarafından geliştirilen ölçütler bağlamında, anayasa yapımında tüm önemli adımların partiler arası ileri seviyede uzlaşmayı gerektirdiği bir anayasa yapımı anlaşmasının doğmasından bahsedilebilir.⁵ Söz konusu anlaşma, basit bir hukuk metni sorunu olmayıp anayasal meşruiyetle ilgili bir husustur.⁶

Hukukiliğe gelecek olursak, devletin hiçbir organının egemen halkın iradesini tamamen temsil edemeyeceği yönündeki teorik görüş, tatmin edici seviyede olmasa da Türk anayasa hukukunda dile getirilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, hukuki anlamda bir kurucu meclis değildir, çünkü 1982 Anayasası (selefi olan 1961 Anayasası'nda olduğu gibi), değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez hükümler içermektedir (4. madde ile güvenceye alınmış 1 ila 3. maddeler). Hükümlerin tamamı anayasanın değiştirilmesine ilişkin 175. madde kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu türden mutlak değiştirilemezlik kurallarını sadece Türkiye'ye özgü değildir: Üçüncü Fransız Anayasası'nın, devletin şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilemezliğine ilişkin kuralı (14 Ağustos 1884 tarihli Anayasa Kanunu'nun 2. maddesi)* Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın selefi niteliğindedir. Çok daha önemli bir öncü, değiştirilemez maddeleri uzun bir listede sıralayan Grundgesetz'dir** (m. 79/III uyarınca 1. ve 20. maddelerde yer alan güvenceler ile federalizme ilişkin ilkeler). Bunlardan hareketle, hukukiliğe ilişkin iddiaların, meşruluğa dayanılarak öne sürülenlere kıyasla açıkça daha sorunlu olduğu görülmektedir.

İktidarın işlemleri, ne meşru ne de bütünüyle hukuki olmadığı zaman dahi, bir anayasa metni vücuda getirebilir (Jellinek 1996). Ger-

* Üçüncü Cumhuriyet Anayasası üç ayrı anayasal kanundan oluşmaktaydı.

** Federal Alman Anayasası. -ç.n.

4. Buna ilişkin önemli oy verileri: 1987'de, 56'ya 315; 1995'te 32'ye 360; 2001'de 162'ye 474; 2002'de 18'e 440 ve 48'e 455. Kaynak: Gençkaya 2003.

5. Bkz. Jennings 1959, III. Bölüm, özellikle s. 133-6. Dicey'in *Law of the Constitution*'da yer alan, meşhur ve halen ilginç sayılan konuyu ele alış yöntemini ikame etmektedir.

6. Aradaki fark en iyi şekilde, 1982'deki anayasa krizi ve iki mahkeme kararı –"Patriation" ve "Quebec Veto" istişari kararları– bağlamında, Kanadalı hâkimler ve yorumcular tarafından ele alınmıştır. Buna ilişkin en iyi incelemelerden biri için bkz. Russell 2004; ayrıca tartışmanın aydınlatıcı bir şekilde ele alındığı basım için bkz. Banting ve Simon (Haz.) 1992.

çekten de dünya, binbir şekilde tasarlanmış anayasalardan oluşan bir "anayasa bolluğu" içindedir.⁷ Ama acaba hükümete karşı hukukilik ve meşruluk iddialarını kim ileri sürebilir? Yoksa hukuk, tıpkı mutlakiyetçi rejimlerde "ilahi ve doğal hukuk"un olduğu gibi, sadece parlamentoda temsil edilen egemen gücün kendisine karşı icra edebileceği bir şey midir? Almanya örneği ve Hindistan'daki bir dizi örnek olayın çarpıcı bir şekilde gösterdiği gibi, anayasalcılığın üç kademesinin (anayasa yapımı - anayasanın değiştirilmesi - kanun koyma) birbirinden ayrıştırılması gerektiğini iddia eden, 1920'lerde Carl Schmitt tarafından savunulan düşüncenin destekçisi –Schmitt'in izniyle– günümüzde sadece Anayasa Mahkemesi olabilir. Örneğin Almanya'da, benzeri hükümlerin potansiyel ve fiili uygulayıcısının kim olduğu, açık bir yetkilendirme yapılmaksızın Federal Alman Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) tarafından zikredilmiştir (Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin önünde şu anda Parlamentodan geçmiş ve Lizbon Anlaşması'nı iç hukukun parçası halinde getiren bir anayasa değişikliği bulunmaktadır). Hindistan'daki tartışma, Bayan Gandhi'nin otoriter olağanüstü hal yönetimi esnasında, 1948 Anayasası'ndaki değiştirilemez hükümlere yaslanamayan mahkemenin zaferiyle sonuçlanmıştı (1880 tarihli *Minerva Mills* davası).⁸ Türkiye'de, hem anayasa yargısıyla ilgili özel, hem de Almanya ve Hindistan örnekleriyle ortak genel sorunlar mevcuttur. Özel sorun, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Türk Anayasası'nın 148. maddesinin anayasa değişikliklerini, sadece şekil bakımından inceleme yetkisi vermesine, daha açık bir ifadeyle, prosedürel bir denetimle sınırlı tutmasına ilişkindir. Dar yorumlandığı takdirde söz konusu yetki, değiştirilemez hükümleri sadece anayasayı değiştirme yetkisine sahip olan erkin takdirine bırakmakta veya Mahkemeye militan demokrasi silahını vermektedir. Militan demokrasiyle Mahkeme'nin, "Anayasanın temel ilkelerini" korumak amacıyla önleyici bir tedbire başvurup parti kapatma kararı vermesi kastedilmektedir. Her ikisi de hiç istenmeyen alternatiflerdir. Mahkeme, pek çok kısa yazı ve röportajda belirttiğim gibi, şimdiye kadar övgüye değer bir şekilde, her iki alternatiften de uzak

7. Özbudun 2008b. Özbudun burada Mahkemenin kuşkusuz dar bir yorum içeren normatif iddialarına karşı söz konusu ampirik savları öne sürmektedir. Tartışma konusu olan husus, Mahkemenin önerdiği modelin ötesinde meşruiyete sahip başka süreçler olup olmadığıdır.

8. Bu harkta Özbudun tamamlanmış Ökz. Austin 1959: 8, 10, 11, 15, 17, 19 ve 24.

durmuştur. Türkiye'deki hukuki sorunlar bir yana bırakılırsa, Almanya ve Hindistan'da olduğu gibi, Mahkemeye anayasa değişikliklerini esastan inceleme ve denetleme yetkisinin tanınmasına ilişkin üçüncü olasılıkta, Mahkemenin kendisini kurucu iktidar varsaydığı ya da demokratik açıdan egemenliğin kendisinde cisimleştiği iması yok mu?

IV. Hukuki İddialar ve Mahkemenin Meşruiyet Sorunu

Mahkeme, kanaatime göre, yargı yetkisinin sahibi olması bakımından, Meclise kıyasla daha güçlü bir hukuki argümana sahiptir. Ancak hukuki argüman, alenen Schmitt'in metnine dayanan bir çıkarımla, meşruiyete dair hem tehlikeli, hem de muğlak bir dizi iddiayla yer değiştirmiştir. Hukuki argümanlar, Anayasa uyarınca değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen değiştirilemez üç hükmün varlığına dayandırılmaktadır. Yani gereken Meclis çoğunluğu sağlanmış olsa bile, bu hükümlerin değiştirilmesini ya da ortadan kaldırılmasını öneren hiçbir işlem geçerli olamayacaktır. Bunun da ötesinde, Anayasanın başka maddelerini değiştirse bile, ilk üç maddeye aykırılık teşkil eden değişiklikler de geçersiz olacaktır. Dolayısıyla, 10. veya 42. maddelerde yahut başka bir maddede yapılan değişiklikler, esasen laiklik veya devletin Cumhuriyetçi yapısına bir tehdit niteliğindeyse, değişikliğin yapılması için gerçekleştirilen işlemler de anayasaya aykırı sayılacaktır. Aksi halde, 1. ve 2. maddelere aykırı olacak şekilde, Anayasanın başkaca bölümlerinde, İslami bir devlet ya da bir monarşi kuracak düzenlemeler getirilebilir. Daha önceleri öngöremediğim son bir nokta, Mahkeme'nin çok zekice işaret ettiği üzere, anayasa değişikliği için hukuka uygun yöntemin kullanılıp kullanılmadığına karar verilebilmesi için tek yolun, söz konusu değişikliğin esasının 1 ila 3. maddeye aykırılık teşkil edip etmediğine bakılmasıdır. Bu nedenle epistemolojik anlamda, anayasa değişikliklerinin esası, değiştirilemez hükümlerle ilişkilidir ve öngörülen sınırların dışına çıkamaz. Çünkü böyle durumlarda, ancak öze bakılmak suretiyle, gerçekleştirilen değişiklik işlemlerinin kabul edilir olup olmadığına karar verilebilir.⁹ Frankfurt'taki bazı hukuk öğren-

9. Anayasa Mahkemesi'nin 2008/16 E. 2008/116 K. ve 5 Haziran 2008 tarihli kararı (22 Ekim 2008 tarih ve 27032 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır). Öğrencilerim Aysel Madra ve Ertuğ Tombuş'a kararın büyük bir kısmını tercüme ettikleri için teşekkür ederim.

cilerinin önerisi üzerine buna "esasın usule dönüştürülmesi" adını veriyorum. Türkiye'de pek çok kişi bu argümanı duymaktan hoşlanmayacak olsa da, iddianın kusursuz olduğunu düşünüyorum.

Mahkemenin 10. ve 42. maddelere getirilen değişikliklerin özünü gerçekten de Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulup bulmadığı (ki bu biraz zayıf ve tehlikeli bir argümandır) ya da aykırı bulmuş olsa bile, Marbury, Kesavananda ve Maastricht kararlarını veren yargıçların yolunu izleyerek, yargı yetkisi olduğunu tespit etmekle yetinip değişiklikleri belli hukuki güvenceler sağlandığı "sürece" (*Solange I and II* Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin başka bir ünlü kararına yapılan atıfta kullanılan başlıklardır*) anayasaya uygun olduğunu belirtmesinin daha bilgece olup olmayacağı ayrı bir konu. Mahkeme, Müslüman çoğunluğa sahip bir ülkede azınlıkta olan laik kadınlar için hukuki güvencelerin yokluğunu, baskı ve suistimallerle karşı karşıya kalınması halinde dahi Meclis çoğunluğunun laik kadınlara güvence sağlama ihtimalinin düşüklüğünü dikkate almaktadır.¹⁰ Dolayısıyla Mahkeme, yasamayı yönlendirme gücünü, anayasa değişikliğini topyekûn iptal etmek yerine, arzu edilen istikamette de kullanabilir.

Şu anda daha önemli olan husus, Mahkemenin meşruiyet iddialarının anayasa yapım sürecinin durmasıyla ilişkisidir. Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'de olduğu gibi iki ya da üç kademeli anayasacılık uyguladığı demokratik bir rejimde, Mahkeme, serbest seçimler sonucunda göreve gelen, kararlarına karşı sıklıkla meşruiyet iddiasında bulunan milletvekillerinin işlemlerini geçersiz kıldığının bütünüyle farkındadır. Mahkeme'nin kendisini kurucu iktidar yerine koyduğu şeklindeki karşı argümanı tahmin etmemek çok akılsızca olurdu. Aslında anayasa değişiklikleri söz konusu olduğunda (ama sadece bunlarla sınırlı kalmamak üzere) Kelsen'in anayasa yargısını negatif yasama fa-

* Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin (FAYM) anılan kararlarında Mahkeme, kendisi ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ATAD) yetkilerinin sınırını çizmiştir. Buna göre ATAD, Almanya'nın egemenliği altında yaşayan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini en az FAYM kadar koruyabildiği sürece (*solange*) Mahkeme'nin temel hak ve özgürlükleri bizzat korumak için Avrupa Toplulukları'nın yetki alanındaki konularda müdahalede bulunmasına gerek yoktur. Bu karar FAYM'nin daha sonraları Avrupa Birliği (AB) entegrasyon sürecinde de sık sık başvurduğu bir karar tekniğidir. Somut davada AB ile ilgili bir işlemin iptali yoluna gidilmekte, ama AB'ye üye devletlerle AB'nin yetkileri konusunda, ulus-devletin varlığının korunması amacına yönelik teorik bir çerçeve çizilmektedir. —ed.n.

aliyeti olarak betimlemesi kolayca savunulamaz. John Marshall'dan Türk Anayasa Mahkemesi'ne kadar hâkimlerin bu soruya verdiği cevap genellikle korumacı bir bakış açısına dayanır: Biz, kendi adımıza ve hesabımıza hareket etmiyoruz, aksine birincil kurucu iktidarın (Mahkeme burada "asli kurucu iktidar"dan bahsetmektedir) eserini basit yasama organına ya da somut durumda anayasayı değiştirme yetkisini kullanan organa karşı koruyoruz. Her iki durumda da kurulmuş iktidarın (*constitué*) işlemlerine karşı koruma sağlıyoruz. Türkiye'deki sorun, korunan şeyin, 1982 Anayasası'nı yapan, geçmişin otoriter Bonapartist anayasa koyucularının iradesi, somut olarak değiştirilemez ilkeleri olarak görünüyor oluşudur; koruma demokratik seçimler sonucu işbaşına gelmiş bugünkü parlamentoya karşı yapılmaktadır.

Bu önemli eleştiri, Anayasa Mahkemesi'nin karar metnine dayanırılmakta, kararın tamamıyla haklı olmadığı şeklinde ifade edilmektedir. Eğer orijinal saikin ne olduğunu tartışıyor olsaydık, Mahkeme'nin aktivist anayasal yargı denetimini savunan kararının, gerçekte Evren cuntasının gerçek amacına aykırı olduğunu, orijinal saiki tersine çevirdiğini belirtmek gerekirdi. Profesör Özbudun, otoriter kurucuların dayandıkları dar anlamda anayasa metnine, metnin saikine değindiğinde, kazara bu olguya dikkat çekmiştir. Özbudun'un da gayet iyi bildiği üzere, otoriter kurucular esasen bir önceki Anayasada yer alan türden bir anayasa yargısını engellemeyi amaçlıyorlardı. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini inceleme kapsamına almış, bazı anayasa değişikliklerini kısmen iptal etmişti. Eğer Özbudun haklıysa, (seçim sistemindekine benzer bir şekilde) şu soru akıllara gelmektedir: 1980-83 arasında cunta, Mahkemeye karşı kime tam yetki vermek istemiştir? AKP neden bu yetkiye dayanmak istiyor? Ceren Belge'nin Anayasa Mahkemesi'ne gayet eleştirel yaklaşan makalesine göre, Eylül 1971'de yapılan anayasa değişikliği ile anayasa değişikliklerinin denetimi sadece şekille sınırlandırılmıştır ve bu değişikliğin amacı yargının bağımsızlığına saldırı amacını taşımaktadır. Anılan anayasa değişikliği, Belge'nin de kabul ettiği üzere, askeri baskıya maruz kalmış hükümetin bir ürünüdür (Belge 2006: 668-9, 679-80). Söz konusu değişiklik, 1976 ve 1977 yıllarında Mahkeme tarafından devre dışı bırakılmaya çalışılmış, anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri 9. maddeye dayanılarak kısmen iptal edilmiştir (bu madde, 1. maddede yer alan devletin şeklinin Cumhuriyet olduğuna dair ilke ve bununla bağdaştıran diğer ilkeler 1982 Anayasası'nın 4. madde gibi

korunmasını sağlar). Muhtemelen 1982 Anayasası'nda 148. maddenin formüle edilmiş biçiminde de aynı içtihat yatmaktadır. Belge, anılan kitlit önemdeki anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin (9. maddeye atıfla, diğer tüm değişikliklerin de rejime karşı bir tehdit oluşturması muhtemeldir!) Mahkeme'nin alışılmadık biçimde temel hak ve özgürlükleri koruduğu dönemde gerçekleştiğini ortaya koyar. Belge'ye göre bunun nedeni, Sol ile Cumhuriyetçilerin kısa süreli ittifakıdır! Dolayısıyla Mahkeme'nin 2008 yılında verdiği kararın öncülleri, Mahkeme'nin en ilerici döneminde ortaya çıkmıştır.¹¹

Dahası, 1982 Anayasası'ndaki değiştirilemez üç madde, şu anda Anayasada yer almayan 1980-83 arasındaki cunta döneminin amaç ve menfaatini ortaya koyan bir dizi geçici madde ile karşılaştırıldığında, sadece 1920'lerdeki devlet kurucularının ortak hedeflerini teyit eder. Bugünün değişen koşulları dikkate alındığında, ortak hedeflerin yeniden tartışılması elbette mümkün olmalıdır. Ancak söz konusu hedeflerdeki dönüşümün hem hukukilik, hem de meşruiyet bağlamında, basit bir anayasa değişikliği sorunu olamayacağı gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır. Korumacı argüman, yorumun sadece negatif yasakoyma anlamına geldiği konusunda ısrarcı olmamalı, yorum faaliyetinin nihai olmadığını kabul etmelidir. Yorum, geçmiş korurken bunu aynı zamanda gelecek adına da yapmalıdır ki, bu yolla geçmiş ve yorumu dönüştürebilsin. Dolayısıyla Mahkeme'nin çağrısı sadece geçmişe dönük olmayıp geleceğin kurucu iktidarına da yöneliktir; kurucu iktidar kavramı, 1980'in Bonapartist ya da 1960'ın kurucu iktidar kavramıyla eşdeğer görülmemelidir. Mahkemenin savunduğu argüman, ülkeyi ikiye bölmektedir ve günümüz anayasal teorisi açısından savunulamaz haldedir. Mahkeme'nin "asli kurucu iktidara" ve "siyasi düzene dair asli tercih" kapsamında değiştirilemez hükümlere yaptığı, Carl Schmitt'in teorisini anımsatan gönderme, prosedürel bakımdan açık-

11. Aynı zamanda Belge, hukuka aykırılıkla ilgili şüpheli görüşünü 9. maddeye (1961 Anayasası'nı güvence altına alan madde) atıfla desteklemekte, bunu yaparken Orhan Aldıkaçtı'nın eleştirel yorumlarından birine atıf yapmaktadır. Aldıkaçtı, "Türkiye'nin dar görüşlü 1982 Anayasası'nı kaleme alan muhafazakâr bir profesör" olup Amerikan yargı denetimi sistemini kavradığına dair hiçbir emare yoktur (Belge 2006: 669). Bu 1961 Anayasası'nın Özbudun'un da onayladığı gerçek amacı mıdır? Yoksa Özbudun'un aklında olan, dönemin "Anayasa hukuku uzmanları tarafından" öne sürülen eleştiriler midir? Her halükârda amaç ne Anayasa'nın 4. maddesinin, ne de daha önceki 9. maddenin anlamına karşındır.

lanmaya fazlasıyla muhtaçtır. Daha da kötüsü, Schmitt'in mantığına yaklaşan bir biçimde, devrimci kopuşun, "hukukdışı bir alanda" hareket eden kurucu iktidarın, "siyasal rejimi kesintiye uğratması hususu vurgulanarak, eski modelin gelecek için somut ölçütler geliştirmede zımnen kullanıldığı izlenimi doğmaktadır. Mahkeme, yetkinin Meclis tarafından kötüye kullanılmasına karşı çıkma maksadıyla başka bir standart geliştiriyor gibi görünüyor. Standart, halk adına konuşan, zorlayıcı halkoylamasına başvuran 1980-83 arası Bonapartist cunta (belki de hem 1960, hem de 1980'deki her iki cunta!) tarafından kullanılan standarttır. Ya da daha adil olmak gerekirse, Türk halkına, anayasalarını kökten değiştirmeyi ya da anayasayı ve ilk üç maddeye içkin olan devlet tanımını yeniden müzakere etmeyi arzulaması halinde, bir darbe yapma ya da siyasal bir devrim gerçekleştirme seçenekleri sunulmaktadır. Söz konusu seçenekler, güçlü bir meşruiyete giden yola girildiği, ama sürecin kesintiye uğradığı noktada yurttaşlara sunulan kötü seçeneklerdir. Her iki seçeneğin sonucu halkın darbe ve devrim istemediği durumda, koruyucusu Anayasa Mahkemesi olduğu sürece, ne yazık ki değiştirilemez bir anayasaya katlanmak zorunda olmasıdır. Bu durum yakın bir gelecekte, Meclis'te eksik temsil edilmesi halinde dahi demokratik bir şimdi tarafından yeri doldurulması imkânsız, kendine has bir geçmişî meşrulaştırma tarzı mertebesine yükselecek.

V. Değişiklik İçin (Makul) Öneri(ler)

Süreci devam ettirmenin ve Mahkemeye bir cevap vermenin anahtarı, Mahkeme tarafından önerilen "asli" (devrimci kastediliyor) kurucu iktidar kavramına farklı bir anlam vermekte, meşruiyet problemini yeniden ele almakta yatıyor. Kanımca bu, Türkiye'de anayasa yapımıyla ilgili en başarılı dönem kabul edilen noktaya geri dönmekle mümkün: Uzlaşma ve çok-kademeli süreç. Ama bugün önde gelen partiler arasında uzlaşmanın ortadan kalktığı tespitiyle, yeni bir tür süreç üzerinde düşünülmelidir.

Burada kilit nokta şudur: Eğer gerçekten bir anayasa değişikliği arzulanıyorsa, bunun en iyi yolu, anayasa değişikliğinin karşılıklı mutabakata dayalı bir şekilde gerçekleştirilmesi olacaktır. İsteği gerçekleştirmenin pek çok alternatif yolu mevcut; önerim bunlar arasında sadece bir tanesidir. Bu olarak FUSTAD'ın sivil anayasa komitesi'ni öneri-

sinden başlamak istiyorum. Bana göre öneri, anayasa yapımına ilişkin sadece Amerikan (bugünse Avrupa!) sisteminin değil, aynı zamanda anayasa yapımına ilişkin güncel yuvarlak masa yaklaşımlarının adapte edilmiş halidir. Öneride süreç-bağımlı (*path-determined*) modellerin doğasında yatan iki sorun mevcut. Birincisi, konvansiyonda temsil edilmesi gerekenleri belirlemenin zorluğudur. Farklı nedenlerden dolayı Amerikan (eyaletlerin ya da yerel kamu kurumlarının yetki vermesi) ve yuvarlak masa (iktidar partisinin tercihleri ve diğer kooptasyon yöntemleri) modelleri uygulanabilir değildir. Sivil toplum üyeliği, herkesin malumu olduğu üzere son derece muğlak bir konudur. İkincisi, üyelerinin tarihsel olarak önemli ölçüde örtüşmesi nedeniyle, öneri sahipleri ile öneride bulunulan kurumlar arasındaki işbirliğinin çok da kolay gerçekleşmeyecek olmasıdır: Sivil toplum konvansiyonu ile Parlamento birbirinden farklı üyelere sahip olabilir. Konvansiyona parti gruplarının dahil edilmesi söz konusu olabilir, ama bunun, genel bileşime dair sorunu çözmeyeceği açık.

Türkiye'deki anayasa yapım süreci, eğer devrimci bir kırılma beklemiyorsak, hukuki, parlamenter süreç tarafından belirlenecektir. Böyle bir süreçte uzlaşma, genel olarak çok-partili bir meclis yapısıyla desteklenir. Söz konusu yapı Türkiye'de yaşanan önceki sürecin stratejik sırrı olup normatif bir gereklilik olan anayasa "konvansiyonu" oluşturulmasına çok yaklaşmıştır. Yüzde 10 barajına dayanan seçim sistemi mevcut kutuplaşmada, uzlaşma koşulunun gerçekleştirilmesinin önünde engel oluşturmakta, uzlaşmaya verilebilecek muhtemel stratejik desteği yok etmek suretiyle bunun sadece önceden uygulanan bir strateji olduğu yanılsamasını yaratmaktadır. Seçim sisteminin değiştirilmesi soruna çözüm olabilir. Türkiye'nin, Avrupalı ortaklarının çok önem verdiği üzere, yüzde 10'luk barajı Almanya'da olduğu gibi yüzde 5'e ya da Macaristan'da olduğu gibi yüzde 4'e düşürmesi, iktidar partisinin böyle bir reformu benimsemesi, gerçekten harika olurdu. Partiler kuşkusuz orantısız bir seçim sisteminin kendilerine sağladığı avantajları kaybetmekten nefreteder. Ama AKP'nin seçim barajı reformunu gerçekleştirmekle elde edebileceği potansiyel kazanımları kavramaya başlaması halinde, en azından gelecek seçimlerde, söz konusu değişikliğin anayasal yargı denetimine takılmaması muhtemeldir. Kuşkusuz değişik problemler öne sürerek reform yoluna başvurmamak, elde edilen oylardan daha fazla sandalyeye sahip olmayı sürdürmek son derece basit bir çıkarıcı olabilir.

Eğer durum buysa, AKP gelecek seçimde seçim sonucunu, herhangi bir baraj uygulanmadan, tüm partilerin katılımıyla oluşturulacak bir anayasa konvansiyonu seçmek için kullanmayı düşünmelidir. Yüzde 10'luk seçim barajı eşzamanlı yapılacak olağan TBMM seçimlerinde uygulanabilir; çok sayıda milletvekili her iki organ bünyesinde görev yapabilir.¹² Böyle bir ulusal partiler bileşimi TUSİAD önerisiyle aynı doğrultuda görülebilir. Ancak Anayasa Konvansiyonu, TUSİAD'ın önerisindeki taslak komiteden farklı olarak, ulusal seçim sayesinde demokratik meşruiyete sahip olacaktır. Anayasa konvansiyonu üyeleriyle olağan Parlamento üyeleri arasında önemli ölçüde örtüşme olabilir; bu her iki organın tek bir anayasada oydaşmasına duyulan ihtiyaç nedeniyle çok arzu edilen bir durumdur. Konvansiyonun karar alma kuralları arasında yüksek oranda nitelikli oy koşulu, tıpkı önceden Partilerarası Uzlaşma Komisyonu'nda olduğu gibi, oybirliğiyle karar veren kapsayıcı bir komisyon yapısını gerekli hale getirmektedir. Eğer sivil toplum örgütleri böyle bir seçimde yer almak ister, listelerini de oluşturabilirlerse, konvansiyonda olağan bir parlamentoda elde edemeyecekleri temsil hakkını elde edebilirler. Son seçim sonuçları göz önüne alındığında, konvansiyon kuşkusuz bütün küçük partileri kapsayacak; ancak yine de en büyük parti en büyük bloğu oluşturacaktır. En büyük parti iki yönden korunacaktır. Konvansiyondaki diğer herkes gibi, nitelikli çoğunluk koşulu nedeniyle kendi aleyhine karar alınmasına karşı güvence altındadır, diğer yandan da komitelerdeki oybirliği koşulu ek koruma sağlar. Anayasa önerisi, Türk anayasa hukuku kurallarını ihlal etmemek için, mevcut Parlamentonun oylarıyla kabul edilmelidir. Anayasa önerisi, seçim kanununu değiştiren, konvansiyonun yetkisinin ancak bir sonraki Meclise tasarı önermekle sınırlı olduğunu belirten bir kanun niteliğinde olmalıdır (her halükârda bu, anayasa konvansiyonun çağdaş bir ifadesidir). Yüzde 10 barajı nedeniyle yine en büyük partilerin kontrolünde olacak yeni Meclis ise, her durumda olağan prosedüre göre anayasa değişikliklerini kabul etmek zorunda olacak, ama aynı zamanda Anayasanın başkaca hükümlerini değiştirme

12. Örneğin, 200 kişilik bir konvansiyonda her parti oy paylarına en yakın olacak şekilde temsil edilecek, oyların yüzde 0,5'i (200 kişilik bir organ için gerçekleşmesi doğal olan kesinti miktarı) bir sandalye değerinde olur. Her parti, her iki organda da hizmet edecek şekilde kendi listesini oluşturabilir; bu, her iki organ için de öngörülen listedeki sırayı takip etmek şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi konvansiyon için uygun olan adayları belirlemek suretiyle de gerçekleştirilebilir.

yetkisini elinde tutacaktır. Böyle bir değişiklik yapma yetkisinin anayasal tartışmaları yeniden başlatacak şekilde değil de, çok sınırlı bir şekilde kullanılacağını ümit etmek gerekir.

Hükümetler arası süreçle ilintili şekilde Avrupa'nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon örneğinde olduğu gibi, burada önerilen biçimiyle bir konvansiyon oluşturmak, Anayasanın değiştirilmesine ilişkin 175. maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Her ne kadar 1982 Anayasası böyle bir konvansiyonu öngörmese de (her halükârda 2000 yılındaki Avrupa Birliği Anlaşmalarının veya 1787 Konfederasyonunun hükümlerinin gerçekleştirdiğinden daha fazla) böyle yeni bir organın mevcut sürece eklenmemesi için bir sebep yoktur. Konvansiyon yeni ve sivil bir anayasa önerirken, Meclis de bunu 1982 Anayasası'nın 175. maddesinde öngörülen anayasa değişikliği prosedürüne uygun biçimde kabul edecek, büyük bir ihtimalle yine aynı madde uyarınca halkoylamasına sunacaktır. Anayasa değişikliği büyük bir uzlaşma sonucunda gerçekleşeceğinden, umudumuz, Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunacak yeterli sayıda muhalif milletvekili sayısının olmamasıdır. Anayasa, bütün partilerin ortak ürünü olacağından, parti kapatma tehdidi de artık önemini yitirecektir. Elbette sonuçlarına da bağlı olarak, söz konusu süreç, Avrupa'nın en katı taleplerine bile cevap verebilecek, aynı zamanda Türkiye'nin son 20 yıldır gerçekleştirdiği özgün anayasa yapım sürecinin zirvesini temsil edecektir.

Çeviren: Dilara Yaman

—

Asli ve Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?

Kemal Gözler

POZİTİVİST TEORİYE göre anayasa hukuku biliminin görevi, yeni bir anayasa yapmak değil, mevcut bir anayasanın normlarını açıklamaktır (Gözler 1999: 16, 162). Ne var ki Türk anayasa hukukçularının önemli bir kısmı, geçmişten bu yana, anayasa normlarını açıklamakla yetinmemiş, yeni anayasa metinleri kaleme almaya da teşebbüs etmişlerdir. Bu kötü gelenek çok eskilere gider. Ama buna örnek bulmak için sadece son yirmi yılı hatırlamak yeterlidir. 1990'dan beri Türkiye'de kim bilir kaç yeni anayasa taslağı hazırlanmıştır. Şu an, ülkemizde 40 yaşın üzerinde olup, bir anayasa taslağı çalışmasına katılmamış bir anayasa hukukçusu bulmak oldukça zordur.

Türk anayasa hukukçuları arasında yeni anayasa taslağı hazırlama konusunda bunca hevese rağmen, anayasaların yapılması ve değiştirilmesi konusunda yapılmış çalışma sayısı fevkalade azdır: Anayasaların yapılması ve değiştirilmesiyle ilgili teorik sorunlar üzerinde pek durulmamıştır.

Bilindiği gibi yeni anayasa tartışmaları şimdi de gündemde. 12 Haziran 2011 seçimlerinden bu yana yeni bir anayasanın yapılması beklenmektedir.

Türkiye'de 1982 Anayasası'nda değişiklik yapmak yerine, yeni bir anayasa yapmak isteyenlerin öncelikle şu soruya cevap vermeleri gerekir: *TBMM yeni bir anayasa yapabilir mi?* Bu yazının konusunu işte bu soru oluşturmaktadır.

Bu soruya cevap vermeden önce, *anayasaların yapılması ve değiştirilmesi* konusunda bazı teorik bilgiler verelim. Önce anayasa huku-

kunun genel teorisinde anayasaların yapılması ve değiştirilmesi konusunun "kurucu iktidar" (*pouvoir constituant*) başlığı altında incelendiğini hatırlatalım.

Kurucu iktidar, çok kısa olarak, anayasa yapma ve değiştirme iktidarı olarak tanımlanmaktadır (Gözler 2011: 316).

Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı

Yukarıdaki tanımın, daha ilk bakışta iki ayrı unsurdan oluştuğu görülmektedir. Bu unsurlardan birincisi "anayasayı yapma", diğeri ise "anayasayı değiştirme"dir. Buradan "asli kurucu iktidar" (*pouvoir constituant originaire*) ve "tali kurucu iktidar" (*pouvoir constituant dérivé*) şeklindeki ikili ayrım ortaya çıkmaktadır. Anlaşılacağı üzere, çok kabaca, asli kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapma, tali kurucu iktidar ise mevcut bir anayasada değişiklik yapma iktidarıdır (Gözler 1998: 11). Her iki iktidarı da aşağıda ayrıca inceleyeceğiz.

Kurucu İktidar - Kurulmuş İktidarlara Ayrımı

Yukarıda belirttiğimiz gibi, "kurucu iktidar" dediğimiz *anayasayı kuran* bir iktidar vardır. Ancak bu iktidarın yanında *anayasa tarafından kurulan* iktidarlara da vardır. Anayasa tarafından kurulan yasama, yürütme ve yargı gibi olağan devlet iktidamlarını, bunların dışında bulunan, onlardan üstün olan ve onları kuran kurucu iktidardan ayırmak gerekir. Böylece "kurucu iktidar" (*pouvoir constituant*) ile "kurulmuş iktidarlara" (*pouvoirs constitués*) arasında bir ayrım yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır (Gözler 2011: 316). Burada önemle belirtelim ki, ayrıntılarını aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi, tali kurucu iktidar da bir "kurulmuş iktidar"dır; yani bu iktidarın oluşumu ve çalışma usulü asli kurucu iktidar tarafından anayasayla belirlenmiştir. Açıkçası tali kurucu iktidar, yani anayasayı değiştirme iktidarı, asli kurucu iktidar tarafından *kurulmuş* bir iktidardır.

Şimdi asli ve tali kurucu iktidamları biraz daha yakından görelim:

Asli Kurucu İktidar

Asli kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidardır. Diğer bir ifadeyle, bu iktidar, "hukuk dışı güç" (*force juridique*, *legislatif*) olarak tanımlanır. Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - <http://www.kitapci.com>

rir. Bu hukuk boşluğu ise ya *baştan itibaren vardır*; ya da *sonradan yaratılmıştır*. *Baştan itibaren mevcut hukuk boşluğu ortamında beliren asli kurucu iktidar* yepyeni bir anayasa yapar. Asli kurucu iktidarın yaptığı anayasadan önce bir anayasa yoktur. Bu durumda asli kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmak için eski bir anayasayı yıkmamış, zaten mevcut olan hukuk boşluğundan yararlanmıştır. Bu halde asli kurucu iktidarın yaptığı anayasa devletin ilk anayasasıdır. Bu tür hukuk boşluğu, sömürgelerin bağımsızlığa kavuşması, bağımsız devletlerin birleşmesi, bir devletin birden çok bağımsız devlete ayrılması gibi yeni bir devletin kurulması durumlarında ortaya çıkar (a.g.y.: 317-20).

Sonradan yaratılmış hukuk boşluğu ortamında beliren asli kurucu iktidar ise yeni bir anayasa yapmak, yeni bir hukuk düzeni kurmak için, önce mevcut anayasayı ortadan kaldırarak bir hukuk boşluğu yaratır; sonra, bu hukuk boşluğunu yeni bir anayasa yaparak doldurur. Bu halde yepyeni bir devlet kurulmamakta, mevcut *devletin kuruluşu yenilenmektedir*. Bu durumda yapılan anayasa devletin ilk anayasası değildir. Bu tür hukuk boşluğu, devrim, hükümet darbesi, iç savaş gibi durumlardan sonra ortaya çıkar. Bu gibi durumlardan sonra ortaya çıkan asli kurucu iktidar, önce mevcut siyasal rejimi yıkar; "anayasayı ilga" (*abrogation de constitution*) eder; hukuk boşluğu yaratır. Sonra bu boşluğu yeni bir anayasa yaparak doldurur. Asli kurucu iktidar, bu halde yepyeni bir devlet kurmaz; devletin kuruluşunu yeniler; siyasal rejimi değiştirir (a.g.y.: 320).

Asli kurucu iktidarın, "hukuk-dışılık" ve "sınırsızlık" olmak üzere başlıca iki özelliği vardır. Asli kurucu iktidar, "hukuk-dışı" (*extra-juridique; extra-legal*) bir iktidardır (Gözler 1998: 53). Zira yukarıda belirtildiği gibi, bu iktidar, "hukuk boşluğu" (*legal vacuum, vide juridique*) ortamında çalışan bir iktidardır. Asli kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmadan önce, varsa mevcut anayasayı ilga ederek hukuk boşluğu ortamı yaratır. Bu ortamda, asli kurucu iktidarı bağlayacak bir hukuk kuralı yoktur. Bundan sonra hiçbir hukuk kuralıyla bağlı olmayan, asli kurucu iktidar yeniden, sıfırdan (*ab initio*) bir anayasa yapar (Gözler 2011: 322).

İkinci olarak bu iktidar *sınırsız* bir iktidardır. Zira hukuk-dışı niteliğini açıkladığımız yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz gibi, bu iktidar devrim, hükümet darbesi gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıkmakta, mevcut rejimi devirmekte, anayasayı ilga etmektedir. Böyle bir iktidarı sınırlandıran bir hukuk kuralı yoktur. Zaten

asli kurucu iktidarı sınırlandıran bir hukuki güç veya kural varsa, bu durumda bu iktidar tanımı gereği *asli* kurucu iktidar olmaktan çıkar. Asli kurucu iktidar, en üstün, sınırsız iktidar demektir (Gözler 1998: 56-59).

Tali Kurucu İktidar

Tali kurucu iktidar, bir anayasayı yine o anayasada öngörölmüş usullerle değıştirme iktidarıdır (Gözler 2011: 335). Tali kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu, diğeri bir ifadeyle anayasayı değıştirme yetkisinin hangi organa ait olduğu yine anayasalarda belirtilmektedir. Değıştirme yetkisini anayasalar, kendi kurduğu organlardan birine, örneğinin belirli şartlar altında yasama organına vermektedirler. Bu řu anlama gelmektedir ki, yukarıda da belirtildiğı gibi, tali kurucu iktidar, anayasa tarafından kurulmuş bir iktidardır.

Tali kurucu iktidarın başlıca özellikleri şunlardır: (1) Tali kurucu iktidar *hukuki* nitelikte bir iktidardır. Tali kurucu iktidarın kim tarafından hangi usuller dahilinde kullanılacağını tespit eden hukuk kuralları vardır ki, bu kurallar da bizzat anayasa tarafından konulmuşlardır. (2) Tali kurucu iktidar *sınırlı* bir iktidardır. Tali kurucu iktidar bizzat anayasa tarafından düzenlendiğine göre, bu iktidarın yine anayasa tarafından sınırlandırılması her zaman mümkündür. Gerçekten de anayasalara bakıldığında, anayasaların tali kurucu iktidar için birtakım biçimsel, içeriksel ve zamansal sınırlar belirledikleri görölmektedir (a.g.y.: 340-56).

Tali kurucu iktidarın biçimleri, diğeri ifadeyle anayasayı değıştirme usulleri, anayasaların kendisi tarafından belirlenmektedir. Yani kural olarak her anayasa, kendisinin değıştiriliş usulünü yine kendisi belirlemektedir (a.g.y.: 346-56).

Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı Ne Anlama Geliyor?

Yukarıda açıkladığımız gibi kurucu iktidar, asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yeni bir anayasa yapma işi asli kurucu iktidarın, mevcut bir anayasada değışiklik yapma işi de tali kurucu iktidarın yetkisindedir. Diğeri bir ifadeyle, yeni bir anayasa yapma işi, tali kurucu iktidarın yetkisindedir. Yani kurucu iktidarın işidir.

Asli kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar arasındaki ayrımın anlamı budur. Eğer tali kurucu iktidar da yeni bir anayasa yapabilecekse, asli kurucu iktidar - tali kurucu iktidar şeklinde ayrımın bir anlamı kalmaz.

Tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamaması bizatihi bu iktidarın anayasal statüsünden çıkan bir mantıki sonuçtur. Yukarıda açıkladığımız gibi, tali kurucu iktidar, mevcut bir anayasada, yine o anayasanın öngördüğü organ tarafından ve yine o anayasanın öngördüğü usule uygun şekilde değişiklik yapma iktidarındır. Yani tali kurucu iktidarın temelinde bir anayasa bulunur; bu iktidar bir anayasadan kaynaklanır. Tali kurucu iktidar kendi temeli olan anayasayı nasıl olup da yok edecektir? İçinden çıktığı kaynağı nasıl olup da kurutacaktır?

Sonuç olarak tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamayacağını, sadece mevcut bir anayasada, yine o anayasanın öngördüğü usule uygun şekilde değişiklik yapabileceğini söyleyebiliriz.

Uzun lafın kısısı, tali kurucu iktidar, anayasa tarafından kurulmuş bir iktidar olarak anayasayı ilga edip, yerine yeni bir anayasa yapamaz. Dolayısıyla mevcut bir anayasa tali kurucu iktidar tarafından yürürlükten kaldırılıp yerine yenisi yapılamaz. O halde geriye yeni bir anayasa yapmak için, anayasayı yapan asli kurucu iktidarın devreye girmesinden başka bir seçenek kalmıyor. Peki ama asli kurucu iktidar devamlı bir iktidar mıdır ki, kendisine ihtiyaç duyulan her durumda ortaya çıksın ve yeni bir anayasa yapsın? Şimdi bu sorunu inceleyelim:

Asli Kurucu İktidar Devamlı Bir İktidar mıdır?¹

1789 Fransız İhtilali döneminde Emmanuel Sieyès tarafından savunulmuş bir görüşe göre asli kurucu iktidar devamlı bir iktidardır. Anayasada değişiklik yapma ihtiyacının her ortaya çıkışında asli kurucu iktidar ortaya çıkar ve anayasada değişiklik yapar. Asli kurucu iktidar, bu değişikliği yaparken de, anayasanın anayasa değişikliği için öngördüğü usullere uymak zorunda değildir. Sieyès'e göre milletin kurucu iktidarı bütün hukuki şekillerden bağıstır. Millet egemendir. Anayasa, kurulmuş iktidarlara bağlar; ama içinden çıktığı milleti bağlamaz. Millet, anayasayı, anayasanın öngördüğü usullerle bağlı olmak-

1. Bu sorun Fransız anayasa hukuku doktrininde "*permanence du pouvoir constituant originaire*" başlığı altında incelenir. Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Gözler 1997: 57-64; Kitap Arsivi - <https://rantey.org>

sızın değiştirme hakkına sahiptir (Sieyès 1970: 181-3).

Asli kurucu iktidarın devamlılığı tezi savunulması oldukça zor bir tezdur. Bu tezin, istikrarlı bir hukuk düzeniyle uzlaştırılması mümkün değildir. Asli kurucu iktidarın istediği her zaman ortaya çıkıp, anayasayı anayasanın öngördüğü usuller dışında istediği gibi değiştirmesi, kronik devrim durumuna, anayasal düzende anarşiye yol açar (Burdeau 1930: 38, 44 ve 1983: 1919). Böyle bir tez kabul edilemez. Zaten anayasalar da, ilk anayasadan itibaren, kendi değiştirilişleri için bir değiştirme iktidarı kurarak, asli kurucu iktidarın devamlılığı tezini reddetmişlerdir.

Bir anayasanın kendi kurduğu anayasal düzende anayasayı değiştirme usulünü öngörmesi ve bu amaçla bu yetkiyi kendi kurduğu organlardan birine vermesi, anayasanın asli kurucu iktidarın devamlılığı tezini reddettiği anlamına gelir. Asli kurucu iktidarın devamlılığı tezi kabul edilirse, anayasanın üstünlüğü, bağlayıcılığı ve giderek barışçıl ve istikrarlı bir hukuk düzeni kavramları bütün varlığını yitirir.

Dolayısıyla asli kurucu iktidar devamlı olmadığını, asli kurucu iktidarın ortaya çıkıp bir kez anayasa yaptıktan sonra, kendi yaptığı anayasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte ortadan kalktığını; bundan sonra anayasada değişiklik yapma ihtiyacı ortaya çıkarsa, bu değişikliğin asli kurucu iktidar tarafından değil, tali kurucu iktidar tarafından yapılması gerektiğini kabul etmek gerekir.

Şüphesiz yeni anayasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu anayasayı yapan asli kurucu iktidarın sonsuza kadar yok olduğunu ve bir daha ortaya çıkmayacağını² veya anayasanın yürürlüğe girmesiyle asli kurucu iktidarın tali kurucu iktidara dönüştüğünü³ söylemek de mümkün değildir. Asli kurucu iktidarın mermisi tek atımlık bir mermi de değildir. Ne var ki asli kurucu iktidar, yukarıda bahsettiğimiz hukuk boşluğu ortamında ortaya çıkıp yeni bir anayasa yaptıktan sonra, sonsuza kadar ortadan kaybolmasa da, uzunca bir süre için uykuya dalar. Bu uyku ne kadar uzun sürerse, asli kurucu iktidarın kurduğu anayasal

2. Fransız doktrininde bu teze "asli kurucu iktidarın yok olması" (*thèse de la disparition du pouvoir constituant originaire*) tezi denmektedir. Bu tezin açıklanması ve eleştirisi için bkz. Gözler 1997: 69-75, 79-81.

3. Fransız doktrininde bu teze "asli kurucu iktidarın kurulmuş kurucu iktidara dönüşmesi" (*thèse de la disparition de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué*) tezi denmektedir. Bu tezin açıklanması ve eleştirisi için bkz. Gözler 1997: 69-75, 79-81.

düzenin o kadar sağlam olduğu söylenebilir. Örneğin ABD'de asli kurucu iktidar 1787'de yeni bir anayasa yaptıktan sonra uykuya dalmış, 230 küsur yıldır da uyumaya devam etmektedir. Türkiye'de 1982 Anayasası'nı yapan asli kurucu iktidar, 2011 yılı itibarıyla 29 yıldır uykudadır. Ama asli kurucu iktidarın bir gün uyanmayacağını kimse garanti edemez. Ancak uyanması için yukarıda gördüğümüz gibi hukuk boşluğu ortamı denen bir ortamın oluşması gerekir.

Kanımızca asli kurucu iktidar, yeni bir anayasa yaptıktan sonra ortadan çekilir veya uykuya dalar. Artık yeni bir hukuk boşluğu ortamı olmadıkça da uykusundan uyanmaz; dolayısıyla söz konusu anayasa-da değişiklik yapma ihtiyacı doğarsa, bunu yapma görev ve yetkisi bu anayasa tarafından kurulmuş olan tali kurucu iktidara aittir.

Zaten aynı anda birbirine alternatif iki iktidarın bir arada çalışması da düşünülemez. Hem asli kurucu iktidar, hem de tali kurucu iktidar aynı anda faaliyette olamaz. Asli kurucu iktidar faaliyette ise tali kurucu iktidar faaliyette değildir. Tali kurucu iktidarın faaliyette olabilmesi için ise asli kurucu iktidarın faaliyetten çekilmiş olması gerekir.

Burada şunu da belirtelim ki, asli kurucu iktidarın devamlı olması ile tali kurucu iktidarın mevcut bir anayasanın bütününde değişiklik yapıp yapamayacağı sorunu iki ayrı sorundur. Tali kurucu iktidar, değiştirilmesi yasak maddeler dışında anayasanın geriye kalan maddelerini, eğer anayasada değiştirilmesi yasaklanmış madde yoksa, anayasanın bütün maddelerini değiştirebilir. Ancak bu şekilde anayasanın bütün maddelerini değiştiren tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidar haline gelmez; tali kurucu iktidar olarak kalmaya devam eder. Çünkü ortaya hukuk boşluğu çıkmamıştır; anayasanın bütün maddeleri, yine o anayasanın öngördüğü usulle değiştirilmiştir.

Bu teorik açıklamalardan sonra şimdi Türkiye'de yeni bir anayasa yapma tartışmalarına, TBMM'nin yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı sorununa gelelim.

Türkiye'de TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?

Öncelikle Türkiye'de anayasa değişikliği sürecinde TBMM'nin yetkisinin niteliğini, daha açıkçası TBMM'nin bir asli kurucu iktidar mı, yoksa bir tali kurucu iktidar mı olduğunu tespit etmek gerekir. TBMM'nin anayasa değişikliği sürecindeki görev ve yetkisi, 1982 Anayasası'nın

175. maddesiyle belirlenmiştir. Bu maddeye göre, Türkiye'de bir anayasa değişikliğinin gerçekleşebilmesi için, değişiklik teklifinin önce Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tamsayısının üçte iki veya beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmesi, sonra da değişikliğin Cumhurbaşkanı veya halk tarafından onaylanması gerekmektedir. Değişiklik teklifi TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla kabul edilmiş ise, bu değişikliği Cumhurbaşkanı onaylamayabilmektedir. Ancak değişiklik TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla kabul edilmiş ise, değişikliğin gerçekleşebilmesi için halkoylamasına sunulması gerekmektedir. Halkoylamasına sunulması durumunda anayasa değişikliği hakkında son sözü söyleme yetkisi, halka ait olmaktadır. Buna göre Türkiye'de tali kurucu iktidarın, yani anayasayı değiştirme yetkisinin TBMM, Cumhurbaşkanı ve halk arasında paylaştırılmış olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa değişikliği sürecinde iradesini açıklayan bu organlar (TBMM, Cumhurbaşkanı ve halk), Türkiye'de asli kurucu iktidar değil, *tali kurucu iktidar*'dırlar. Zira bunlar, 1982 Anayasası tarafından kurulmuş ve yetkileri yine bu anayasa tarafından kendilerine verilmiştir. Birer kurulmuş organ olarak, kendilerini kuran anayasayı ilga etme ve yeni bir anayasa yapma yetkisine haliyle sahip olamazlar.

Burada "halk"ın Anayasa tarafından kurulmadığı, halkın egemen olduğu, asli kurucu iktidara her zaman sahip olduğu yolunda düşünceler ileri sürülebilir; ancak bu düşüncelerin hukuki bir değeri yoktur. Kaldı ki, 1982 Anayasası'nın 175. maddesi çerçevesinde anayasa değişikliği usulünde, halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan organ, "halk" değil, referanduma gidip geçerli oy kullanan "seçmenler"dir. Seçmen kavramı ile halk kavramının aynı şey olmadığı ise aşîkârdır. Dolayısıyla anayasa değişikliği sürecinde referandum yoluyla iradesini açıklayan seçmen topluluğu, bir asli kurucu iktidar değil, tali kurucu iktidar, yani kurulmuş bir iktidardır. Kurulmuş bir iktidar olarak da yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip değildir.

Türkiye'de TBMM'nin veya bir başka organın yeni bir anayasa yapabileceğini düşünenlerin, öncelikle, yürürlükte olan 1982 Anayasası'nın nasıl yürürlükten kaldırılacağını açıklamaları gerekir. Zira yeni bir anayasa yapmak için, yukarıda açıklandığı gibi, öncelikle yürürlükteki anayasayı ilga etmek gerekmektedir. 1982 Anayasası ise, tüm diğer anayasalar gibi, kendi ilga ediliş usulünü öngörmemiş; sadece 175. maddesinde kendi değiştiriliş usulünü öngörmüştür. Bir anayasa

ancak asli kurucu iktidar tarafından ilga edilebilir. Asli kurucu iktidarın ise ne olduğunu ve ancak hukuk boşluğu ortamında belirlediğini, bu ortamın ise devrim, hükümet darbesi ve savaş gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıktığını yukarıda gördük. Şu an itibariyle Türkiye'de asli kurucu iktidarı ortaya çıkaracak böyle bir durum yoktur.

TBMM, 1982 Anayasası'nı İlga Edebilir mi veya "Anayasasızlaştırabilir" mi?

TBMM'nin yeni bir anayasa yapabilmesi için, aslında her şeyden önce, yürürlükte olan ve bağlayıcı olan 1982 Anayasası'nı "ilga" etmesi veya "anayasasızlaştırması" gerekmektedir. Burada "anayasanın ilgası" (*abrogation de constitution*) ve "anayasasızlaştırma" (*déconstitutionnalisation*) kavramları üzerinde kısaca duralım.

Anayasanın ilgası, anayasanın *tümden* yürürlükten kaldırılması demektir. İlga edilen anayasanın hiçbir hukuki değeri kalmaz. Ancak, asli kurucu iktidarı ele geçirenler, devrim veya hükümet darbesinden hemen sonra anayasayı bütünüyle değil, kısmen yürürlükten kaldırmakta, anayasanın özellikle siyasal sisteme ilişkin olmayan pek çok hükmünü yürürlükte bırakmaktadırlar. Diğer bir anlatımla, anayasaların ilga edilmemiş hükümleri, devrimden sonra açık ya da kapalı bir şekilde *ilga edilmedikçe* yürürlükte kalırlar. Ancak devrimle birlikte bu hükümler, anayasal değerlerini yitirirler; olağan bir yasa hükmü haline dönüşürler. Yani, bunlar için artık "anayasanın üstünlüğü" ilkesi geçerli değildir. Olağan yasakoyucu bu hükümleri istediği gibi değiştirebilir. Özetle devrim bu hükümleri *ilga etmemiş*, ama bu hükümleri *anayasa hükmü olmaktan çıkarmış*, teknik terimi ile *anayasasızlaştırmıştır* (Gözler 2011: 321).

Örnekler

Anayasanın ilgasına veya anayasasızlaştırılmasına Türkiye'den iki örnek verelim:

1924 Anayasası'nın İlgası: 12 Haziran 1960 Tarih ve 1 Sayılı Kanun

27 Mayıs 1960 hükümet darbesinden 15 gün sonra çıkarılan ve 14 Haziran 1960 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan 12 Haziran 1960 tarih

ve 1 sayılı 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun ile, 1961 Anayasası, bu anayasada öngörülmeyen bir organ tarafından ve öngörülmeyen usulle değiştirilmiş ve pek çok hükmü ilga edilmiştir. Örneğin 12 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı bu kanunun 1. maddesi şöyle demektedir:

Milli Birlik Komitesi, yeni Anayasa ve Seçim Kanunu, demokratik usullere uygun olarak, kabul edilip buna göre en kısa zamanda yapılacak genel seçimlerle yeniden kurulacak olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne iktidarı devredeceği tarihe kadar Türk Milleti adına hâkimiyet hakkını kullanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Teşkilâtı Esasiye Kanunu'na göre sahip olduğu bütün hak ve yetkiler, bu süre içinde, Milli Birlik Komitesi'ne aittir.

Aynı kanunun 24. maddesi de şöyledir:

1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun 4-7, 9-25, 27-36, 38-40. maddeleri ile 41. maddesinin ikinci ve üçüncü cümleleri ve 42-50, 52, 61-67, 95, 102, 104. maddeleri hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Görüldüğü gibi 2 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı Kanun, 1924 Anayasası'nın pek çok maddesini ilga ediyor, pek çok maddesini de değiştiriyordu. Oysa bu Kanun, 1924 Anayasası'nın kendi değiştirilişi için 102. maddesinde öngördüğü organ olan TBMM tarafından değil, tersine 27 Mayıs 1960 hükümet darbesini yapan askerler tarafından yapılmıştır. Nitekim bu kanunun altında bu kanunu yapan 38 kişinin ismi ve imzası yer almaktadır. İşte önceki anayasayı bu kanun altına imza atan 38 kişi yürürlükten kaldırmıştır. Bu 38 kişinin böyle bir kanun yapıp altına imza atıp bunu yayımlatmaları hukuka aykırıdır ve normalde suç teşkil eder. Ama ne var ki, o zamandan bu yana bu kişiler bu suçlarından dolayı yargılanabilmiş değildir. Bu da asli kurucu iktidarın bir özelliğidir.

1961 Anayasası'nın İlgası: 27 Ekim 1980 Tarih ve 2324 Sayılı Kanun

1961 Anayasası da, 12 Eylül 1980 hükümet darbesini yapan Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan ve 28 Ekim 1980 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan 27 Ekim 1980 tarih ve 2234 sayılı Anayasa Düzene Hakkında Kanun ile kısmen ilga edilmiş, kısmen de anayasasızlaştırılmıştır. Bu kanunun 1, 2, 3 ve 6. maddeleri şöyledir:

Madde 1.– 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile değişiklikleri, aşağıdaki maddelerde, belirtilen istisnalar saklı kalmak üzere, yeni bir Anayasa kabul edilip yürürlüğe girinceye kadar yürürlüktedir.

Madde 2.– Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne, Millet Meclisi'ne ve Cumhuriyet Senatosu'na ait olduğu belirtilmiş bulunan görev ve yetkiler 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren geçici olarak Milli Güvenlik Konseyi'nce ve Cumhurbaşkanı'na ait olduğu belirtilmiş bulunan görev ve yetkiler de Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Devlet Başkanınca yerine getirilir ve kullanılır.

Madde 3.– Milli Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların anayasaya aykırılığı iddiası ileri sürülemez.

Madde 6.– Milli Güvenlik Konseyi'nin bildiri ve kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle konseyce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı anayasa hükümlerine uymayanları anayasa değişikliği olarak ve yürürlükteki kanunlara uymayanları da kanun değişikliği olarak yayımlandıkları tarihte ve metinlerinde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girer.

Görüldüğü gibi Milli Güvenlik Konseyi 1961 Anayasası'nı toptan ilga etmemiştir. Aşağıda göreceğimiz yasama ve yürütme yetkisinin kullanılmasına ilişkin bazı hükümlerini değiştirmiştir. 1961 Anayasası'nın geri kalan hükümlerini, 1982 Anayasası yürürlüğe girinceye kadar "anayasal değerlerini" ortadan kaldırarak yürürlükte bırakmıştır. Yani 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Kanun, 1982 Anayasası'nın yürürlükte bıraktığı hükümlerini anayasasızlaştırmıştır.

Ayrıca belirtelim ki, 12 Eylül 1980 darbesini gerçekleştiren beş generalden oluşan Milli Güvenlik Konseyi'nin çıkardığı 29 Haziran 1981 tarih ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun ile yeni bir anayasa hazırlama görevi, bu kanunla kurulması öngörülen Kurucu Meclis'e verilmiştir. Kurucu Meclis de, 1961 Anayasası'ndan değil, bu kanundan aldığı yetkiyle 1982 Anayasası'nı hazırlamıştır.

Yukarıda örnek olarak verilen kanunları, yani 1924 Anayasası'nı ilga eden 2 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı Kanun ve 1961 Anayasası'nı ilga eden 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Kanunu yapanlar, bu kanunları yaparak aslında suç işlemişlerdir. Ama darbe sonrası koşullar yüzünden yargılanamamışlardır. Ama bu sonsuza kadar yargılanamayacakları anlamına gelmez. Bunu yapanlar, ileride bir gün, hayattaysalar ve zamanaşımı meselesi ortaya çıkmazsa dava açılıp yargılanabilirler.

Bu açıdan söz konusu kanunun altında birinci sırada imzası bulunan Kenan Evren hakkında yapılan suç duyurularında suç teşkil eden fiil olarak 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'un çıkarılmasının zikredilmesi anlamlı ve yerindedir.

1982 Anayasası bugün yürürlüktedir. Yeni bir anayasa yapmak için, önce bu Anayasa'nın ilga edilmesi veya anayasasızlaştırılması gerekir. Nasıl 1924 Anayasası 1 sayılı Kanun ve 1961 Anayasası da 2324 sayılı Kanun ile ilga edilmiş ve anayasasızlaştırılmış ise, 1982 Anayasası'nın da benzer bir şekilde ilga edilmesi veya anayasasızlaştırılması gerekir. 1924 Anayasası'nı, 1 sayılı Kanun altında imzası yer alan 38 subaydan oluşan Milli Birlik Komitesi ilga etmiştir. 1961 Anayasası'nı 2324 sayılı Kanunun altında imzaları yer alan beş generalden oluşan Milli Güvenlik Konseyi ilga etmiştir. 1982 Anayasası'nı 2012 yılında kim, nasıl ilga edecektir? Bu merak konusudur. Bunu yapacak kişilerin, 27 Mayıs ve 12 Eylül darbelerini yapan kişiler kadar kuvvetli olması gerekir. Keza bunu yapan kişilerin suç işlemekten ve bir gün yargılanmaktan korkmamaları gerekir. 1982 Anayasası'nı ilga eden veya anayasasızlaştıran her işlem suç teşkil eder ve böyle bir durumda bu suçta teşebbüs edenler hakkında savcıların dava açması gerekir.

Türkiye'de TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceğini söyleyenlerin her şeyden önce bize, yürürlükte olan ve bağlayıcı olan 1982 Anayasası'nın nasıl ilga edileceğini açıklamaları gerekir. TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceği tezinin en zayıf yanı, yürürlükteki 1982 Anayasası'nın nasıl olup da yürürlükten kaldırılacağı hususunu tartışmaları ve bu sorunu görmezden gelmeleridir.

Şunu açıkça söyleyelim: 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 hükümet darbeleri gibi bir hükümet darbesi olmadıkça, Türkiye'de asli kurucu iktidarın ortaya çıkması mümkün değildir. Asli kurucu iktidar ortaya çıkmadıkça da, mevcut anayasa ilga edilemez. Mevcut anayasa ilga edilemez ise, yeni bir anayasa da yapılamaz.

Yürürlükteki anayasaya göre seçilmiş ve yürürlükteki anayasaya göre çalışmakta olan TBMM, nasıl olacak da, kendisinin varlık sebebi olan, kendisini kuran anayasayı yürürlükten kaldıracaktır? TBMM'nin kendisini kuran anayasayı ilga etmesi, bizzat kendisini de ortadan kaldırması anlamına gelir. TBMM, nasıl olacak da kendisinin ve keza diğer anayasal organların varlığına son verecektir?

Ayrıca belirtelim ki, Türkiye'de birilerinin yürürlükteki anayasayı ilga etmeye ve bu şekilde bu anayasa ile kurulmuş olan yasama, yürüt-

me ve yargı organlarını ortadan kaldırmaya veya bunların anayasal görevlerini yapmasını engellemeye teşebbüs etmeleri, sadece mantıklı bir tutarsızlık değildir; aynı zamanda ceza hukuku bakımından suç teşkil etmektedir.

TBMM, 1982 Anayasası'nı ilga etmeye veya anayasasızlaştırmaya teşebbüs ederse ne olur?

Varsayalım ki TBMM kendisini 27 Mayıs 1960 darbesini yapan Milli Birlik Komitesi veya 12 Eylül 1980 darbesini yapan Milli Güvenlik Konseyi kadar güçlü gördü ve yürürlükteki 1982 Anayasası'nın ilga edilmesini veya anayasasızlaştırılmasını öngören, 1924 Anayasası'nı ilga eden 1 sayılı Kanun veya 1961 Anayasası'nı ilga eden 2324 sayılı Kanun benzeri bir kanun çıkardı. Bu kanun anayasaya aykırıdır ve hakkında iptal davası açılırsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir. Böylece 1982 Anayasası yürürlükte kalmaya devam eder.

Ama yok eğer 1982 Anayasası'nı ilga eden bir kanun çıkarılmış ve bu kanun hakkında iptal davası açılmamış veya açılmakla birlikte Anayasa Mahkemesi böyle bir kanunu iptal etmemiş ve kanun etkili bir şekilde uygulanmaya başlamış ise, artık hukuken Türkiye'de bir ihtilal olduğunu ve TBMM'nin asli kurucu iktidarı eline geçirdiğini söyleyebiliriz. Böyle bir TBMM, 1924 Anayasası'nı ilga eden Milli Birlik Komitesi veya 1961 Anayasası'nı ilga eden Milli Güvenlik Konseyi ile aynı durumdadır. Böyle bir TBMM'nin üyesi milletvekilleri ile MBK üyesi subaylar ile MGK üyesi generaller arasında hukuken bir fark yoktur.

TBMM'nin yeni bir anayasa yapmaya teşebbüs etmesi durumunda ne olur?

Varsayalım ki TBMM, yürürlükteki 1982 Anayasası'nı ayrıca ilga etmeden veya anayasasızlaştırmadan yeni bir anayasa yapmaya teşebbüs etti. Acaba böyle bir durumda ne olur? Bu soruya TBMM'nin yeni anayasa yaparken izleyeceği yol esas alınarak iki değişik cevap verilebilir:

a) TBMM "Yeni Anayasa"yı yaparken 1982 Anayasası'nın 175. maddesindeki usulü izler ise ortaya "yeni" bir anayasa değil, anayasa değişikliği çıkar.

Normal olarak TBMM'nin "yeni anayasa"yı yaparken mevcut anayasanın 175. maddesinde hükme bağlanan anayasa değişikliği usulünü izleyeceği tahmin edilebilir. Ehven-i şer çözüm de budur. Ancak böyle bir durumda TBMM'nin yapacağı kanun, tartışmasız *yeni* bir anayasa değil, bir anayasa değişikliği kanunudur. Böyle bir anayasa

değişikliği kanunıyla da yepyeni bir anayasa yapılamaz; örneğin anayasanın ilk üç maddesi değiştirilemez; böyle bir anayasa değişikliğine de "2012 Anayasası" ismi verilemez. Haliyle böyle bir anayasa değişikliği de, kendisine karşı iptal davası açılması durumunda Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olur.

b) TBMM "Yeni Anayasa"yı yaparken 1982 Anayasası'nın 175. maddesindeki usulü izlemez ise, ortaya çıkan metin yoklukla malul olur.

Bir ihtimal, TBMM, kendisine bazı kişilerce tavsiye edildiği üzere, yürürlükteki 1982 Anayasası'nı ayrıca ilga etmeden veya anayasasızlaştırmadan ve 1982 Anayasası'nın 175. maddesinde belirtilen anayasa değişikliği usulüne uymadan yeni bir anayasa yapmaya teşebbüs ederse ne olur? Yukarıda açıklandığı gibi, TBMM'nin böyle bir şey yapmaya yetkisi yoktur. Ama varsayalım ki böyle bir şey yaptı ve 175. madde dışında öngörülen usulle "anayasa" ismini taşıyan bir metin kabul etti. Hatta yine varsayalım ki, bu metin, halkoylamasına sunuldu ve halkın %90'ı tarafından kabul edildi. Böyle bir metnin hukuki geçerliliği yoktur. Zira burada ne TBMM'nin, ne de halkın böyle bir metnin kabulü konusunda irade açıklama yetkisi vardır. Kaldı ki, böyle bir durumda 1982 Anayasası hâlâ yürürlüktedir. Zira ayrıca ilga edilmiş veya anayasasızlaştırılmamıştır.

Böyle bir metni TBMM'nin kabul etmemesi, kabul ettiyse böyle bir metin ile ilgili Yüksek Seçim Kurulu'nun halkoylaması düzenlemesi, halkoylaması düzenlenmiş ve kabul edilmiş ise bu metni Cumhurbaşkanlığı'nın *Resmi Gazete*'de yayımlamaması gerekir. Çünkü ortada mevsuk bir kanun yoktur. *Resmi Gazete*'de yayımlanmış olsa bile, böyle bir metnin bir bağlayıcılığı olamaz. Çünkü söz konusu metin, sadece anayasaya aykırı değil, hukuken "yokluk" ile maluldür. Zira böyle bir metin yetkili bir makamın iradesinin ürünü değildir. Dolayısıyla söz konusu metnin yokluğunun tespiti herkes tarafından her mahkemeden istenebilir.

Görüldüğü gibi Anayasa'nın 175. maddesinin öngördüğü usul dışında bir anayasa yapma düşüncesi bir fanteziden ibarettir. Üstelik bu fantezi hukuk güvenliğini sarsacak tehlikeli bir fantezidir. Hukuk devleti ilkesini ağızından düşürmeyen insanların böyle düşüncelere itibar etmemeleri gerekir.

Yeni anayasaya ihtiyaç var diye, TBMM yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olabilir mi?

Türkiye'de bugün yeni bir anayasa yapılmasını savunanların bü-

yük bir kısmı, hatta bu yeni anayasanın yapımına karşı olanların bir kısmı dahi, Türkiye'de yeni bir anayasaya ihtiyaç olduğu konusunda hem fikirdirler. Bir ülkenin yeni bir anayasaya ihtiyaç duyup duymadığı sorunu, hukuki değil, siyasal ve sosyolojik bir sorundur. Bir ihtimal, Türkiye'nin yeni bir anayasaya ihtiyaç duyduğu hususu, tarihsel ve sosyolojik olarak bir gerçeklik de olabilir. Ancak böyle bir gerçeklikten, böyle olgulardan normatif sonuçlar çıkarılmasına "Hume kanunu" (*Hume's law*)⁴ engeldir. Bu kanuna göre, olgusal öncüllerden normatif sonuçlar istihraç edilemez. Tasviri önermeler ile normatif önermeler iki ayrı dünyaya aittir. Norm normdan kaynaklanır; olgudan değil. Olgusal dünyadan normatif dünyaya geçiş yoktur. O nedenle, yeni bir anayasa yapma ihtiyacının varlığı ispatlansa, yeni bir anayasanın memleketin yararına olacağı gösterilse bile, bundan yola çıkarak TBMM'nin yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşamaz. Hukukta ihtiyaç, yetki doğurmaz. Yetki, yetkiden doğar. Yetki, bir makama bir hukuk normu tarafından verilir. Bir makam, kendisine verilmemiş bir yetkiye sahip olamaz. Ve hiçbir makamın yetkileri kendinden menkul yetkiler değildir.

TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceğini savunanların yeni bir anayasa ihtiyacından bahsetmeyi bırakmaları ve bize bundan önce TBMM'nin nasıl olup da yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olabileceğini göstermeleri gerekir.

Peki ne yapılabilir?

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi asli kurucu iktidarın ortaya çıkması ihtimali dışında, yapılabilecek tek şey, 1982 Anayasası'nda, bu anayasanın 175. maddesinde öngörülen usule uyarak değişiklik yapmaktan ibarettir. Bu da Türkiye'de 1982'den bu yana pek çok defa (toplam on sekiz defa) yapılmıştır. Bir kere daha yapılır. Hepsi bu. Yapılan değişiklik şüphesiz şimdiye kadar yapılanlardan daha kapsamlı olabilir. Ancak değişikliğin kapsamı, değişikliğin niteliğini değiştiren bir şey değildir.

Bilindiği gibi 1982 Anayasası'nın ilk üç maddesi değiştirilemez. Geri kalan bütün maddeleri değiştirilebilir. Dolayısıyla Türkiye'de talii kurucu iktidar, Anayasa'nın ilk üç maddesi dışında kalan bütün maddelerini, Anayasa'nın 175. maddesinde öngörülen usule uyarak değiştirebilir.

4. Hume 1739: 335; Cohon 2010.

tirebilir. Buna hukuken diyeceğimiz bir şey yoktur. Ancak bu durumda "yeni bir anayasa" yapılmış olmaz; 1982 Anayasası'nda şimdiye kadar yapılmış olan değişikliklere ilave yeni bir "değişiklik" daha yapılmış olur. Bu şekilde ilk üç maddesi hariç geri kalan bütün maddeleri yeni olan anayasa da yeni bir anayasa değildir; hâlâ 1982 Anayasası'dır. Bu metni de "2012 Anayasası" olarak değil, "1982 Anayasası" olarak isimlendirmeye devam etmek gerekir.

Bunun böyle olmasının sebebi, "yeni" metinde ilk üç maddenin değiştirilmemiş olması değil, "yeni" metnin, 1982 Anayasası'nın öngördüğü usulle yapılmış olmasıdır. 1982 Anayasası'nda değiştirilemeyecek hükümler olmasaydı dahi değişen bir şey olmazdı. Böyle bir durumda, Anayasa'nın 175. maddesinde öngörülen anayasa değişikliği usulüne uyularak anayasanın bütün maddeleri değiştirilip, tamamen yeni bir anayasa metni kabul edilebilirdi. Ancak bu durumda da ortaya yeni bir anayasa çıkmazdı; bu anayasa da 1982 Anayasası olarak isimlendirilmeye devam edilirdi; çünkü söz konusu metin, asli kurucu iktidar tarafından değil, tali kurucu iktidar tarafından kabul edilmiş olurdu.

Yapılabilecek tek şey, 1982 Anayasası'nda ilk üç madde haricinde istenilen maddelerde, hatta arzu ediliyorsa, geriye kalan 174 maddenin hepsinde, Anayasa'nın 175. maddesinde öngörülen usule uygun olarak değişiklik yapmaktan ibarettir.

Ancak Türkiye'de hazırlanan yeni anayasa taslaklarında maalesef yapılan bu değildir. Anayasa taslaklarında birinci maddeden son maddeye kadar madde madde yeni bir anayasa metni kaleme alınmaktadır. Üstelik bu taslaklar, yeni bir kanun teklifi formatında kaleme alınmaktadır. Oysa bu taslaklar, mevcut bir kanunda değişiklik yapan kanun teklifi formatında kaleme alınmalıdır. Yani anayasa değişikliği teklifinin maddelerinde "Anayasa'nın şu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir" denmeli ve bunun altında maddenin yeni metni verilmelidir.

Burada yeri gelmişken şunu da belirtmek isterim: 1982 Anayasası, kabul edildiği günden bu yana toplam 18 defa değiştirilmiştir. Bunların bazıları oldukça kapsamlı değişikliklerdir. Örneğin 2001 değişikliğinde 33, 2010 değişikliğinde 26 madde değiştirilmiştir. Anayasamızın şu anki maddelerinin yarısından fazlası 1982'de kabul edilen maddeler değil, değiştirilmiş olan maddelerdir. Ancak görünen odur ki, bunca değişiklik, 1982 Anayasası'nı sevmeyenleri tatmin etmemiştir. Onları asıl rahatsız eden şey, 1982 Anayasası'nın *içeriği* değil, muhtemelen bu Anayasa'nın *doğum tarihi*'dir. Görünen odur ki, bu Anaya-

sa'nın önündeki "1982" rakamı kalkmadıkça da, Türkiye'de yeni anayasa tartışmaları sona ermeyecektir.

Nihayet, şunu da belirtmek isterim ki, bir şeyde aksayan yönler var ise, aksayan yönleri gidermek gerekir. Çatısı akıyor diye bir evi temelden yıkıp, yerine yenisini yapmanın bir âlemi yoktur. Zaten yeni evi, ilk evi yapanlar yapacaklarsa, muhtemelen yeni ev de eski ev kadar kusurlu olacaktır. Yazımızı Mecelle'den bir alıntıyla bitirelim: "Beka ibtidadan esheldir" (Mecelle, m. 56).

Anayasanın Başlangıç İlkeleri

Murat Sevinç

BAŞLANGIÇ SÖZCÜĞÜ, çoğu zaman umut duygusu yaratır. Neye, nasıl ve hangi koşullarda başlanıldığı önemli olsa da sözcüğün yalnızca kendisinin çağrıştırdığı bir yenilik duygusu var. Tabii yarattığı olumlu duygu, görmüş geçirmişliğin erdemleriyle özlü sözlerle de dönüşebilir bir anda. İçinde *başlangıç* geçen ve sık kullanılan iki söz, başlamanın iki ayrı anlamı üzerinedir. Biri biraz da kötümserlikle uyarma görevini yerine getirir; diğeri yüreklendirmek içindir. Herhalde, "Bir işe nasıl başlarsan öyle gider" ve "Başlamak bitirmenin yarısıdır" sözlerini kullanmayan yoktur. Her başlangıç bir umut taşır içinde ama bazı başlangıçlar, daha işin başındayken karşılaşılabilecek olumsuzlukların da habercisi olduğundan, haliyle moral bozucudur.

Aşağıdaki satırların konusu, Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında ki başlangıç metinleri. Tabii bu metinleri anlayabilmek için, genel anlamda başlangıçlar ve diğer ülkelerde özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde böylesi bir gelenek olup olmadığını bilmek de elzem. Türkiye'deki başlangıçların siyasal, toplumsal ve duygusal anlamlarının yanında hukuksal bir değeri olup olmadığı, varsa nasıl yorumlandığı konusu da yine bu çalışmanın ilgi alanına giriyor. Üzerinde yaşadığımız topraklarda anayasaların bir başlangıç kısmına sahip olmasına 1961 Anayasası ile gereksinim duyulması, aslında söz konusu metnin bir şeye başlıyor olmanın muhtelif anlamlarından ayrı düşünülemeyeceğinin de kanıtı. Örneğin, ulus-devlet inşa etme çabası içinde olan ve temsilcilerin kendi milletinin çıkarlarına halel getirmeyeceği bilinciyle hareket ederek anayasayı güçler arası bazı kontrol mekanizmalarından mahrum bırakan 1924 Anayasası'nın Kurucu İktidarı, bir başlan-

gıca gereksinim duymamıştı. Gerçi 1920'lerde bu tür metinler pek popüler değildi, ancak örneğin ABD Anayasası'nın Başlangıcı'ı da orada öylece duruyordu. 1924'te TBMM yeni devletin anayasası ile onun kurallarını belirliyordu. 1961'de bir başlangıç bölümünün yer alması, yalnızca 1946 ve 1958 Fransız Anayasaları'nın etkisiyle açıklanamaz. Bu anayasalar olsa olsa yol göstermiştir. Gerekçe, daha derinlerdeydi. Mesele, darbenin meşrulaştırılması ve elbette bazı ilkelerin metin içinde yer almasından kaynaklanacak sorunları aşma çabasıydı. Aynı kaygı 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında da yaşanmıştır. Bu nedenle Türkiye'de anayasaya başlangıç ekleme geleneği hem bir zorlamanın hem de belli belirsiz bir mahcubiyetin ya da, belki daha doğru bir ifadeyle, "haklı çıkma/hukuksallaştırma çabasının" ürünüdür dersek çok da yanlış olmaz. Çünkü her iki metni kaleme alanlar, açıkça, darbenin koşul ve gerekçelerini açıklamak zorunda hissetmiştir kendilerini. Tabii bu durum (temel nitelikte olsa da) yine de gerekçelerden yalnızca biri. Bir başka gerekçe hiç kuşkusuz metnin geri kalanı hakkında ulusa bilgi vermek; her bir hak ve özgürlüğün ya da devlet yönetimine egemen olan kuralların nasıl anlaşılması gerektiğine dair hatırlamalarda bulunup yol göstermektir.

Başlangıçlar dünya üzerindeki anayasalarda genel kural olarak yer almış metinler değil. Bazı ülkelerde böyle bir kısma gereksinim duyulmazken, yer veren ülkelerin çoğunda farklı uzunlukta ve içerikte metinler şeklinde düzenlenmiştir.¹ Örneğin İran, devletin tüm temel örgütlenmesini ilkeler düzeyinde, on üç başlık halinde anayasasının başlangıç kısmında düzenlemiştir. Türkiye, Polonya, Macaristan, Japonya gibi ülkeler uzun başlangıçlara sahip olsalar da İran'ın hayli ayrıksı bir örnek olduğunu söylemek gerek.² Oysa yürürlükteki en eski anayasa olan 1787 tarihli ABD Anayasası'nın Başlangıcı'ı son derece kısa ve öz bir paragraf. Amerikalılar, kurucu eyaletler arasında varılan mutabakatın sonucunda yalnızca, "adalet, huzur, ortak savunma ve ge-

1. Türkiye dışındaki devletlerin anayasalarından alınan örnekler, o ülkelerin parlamento sayfalarının İngilizce versiyonlarından sağlanmıştır ve bu metinlere internette rahatlıkla ulaşılabilir. Bu nedenle her örnek için ayrıca bir dipnot verilmeyecektir.

2. Başlıklar bir "başlangıç" için hayli ilginç: Hareketin Doğuşu, İslami Yönetim, Halkın Hiddeti, Ulusun Ödediği Bedel, İslam'da Hükümet Şekli, Ekonomi Amaç Değil Bir Araçtır, Anayasa'da Kadının Yeri, İdeolojik Bir Ordu, Anayasa'da Yargının Yeri, Yürütme Gücü, Kitle İletişim, Halkın Temsilcileri.

nel refah" amaçlarıyla, gelecek kuşaklar için bir anayasa hazırladıklarını belirtmekle yetinen bir metin hazırlamıştır. Başlangıç kısımlarındaki farklılıklar o ülke anayasasının hangi gerekçeyle ve nasıl bir sürecin ardından kaleme alındığıyla ilgilidir. Bir darbe anayasası ile uzun iç savaş sonrasında hazırlanan uzlaşmacı anayasasının ya da Doğu Bloku çözüldükten sonra ortaya çıkan yeni devletlerin anayasalarının başlangıçları birbirlerinden farklılıklar içermektedir.

Kuşkusuz asıl konusu Türkiye'deki başlangıçlar olan bir makalede tüm anayasa metinlerini incelemek yersiz olur. Ancak, Türkiye'nin tarihsel siyasi hedefleri ile dahil olduğu varsayılan uygarlık haritası göz önünde bulundurulursa, yalnızca Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkelerdeki başlangıçlara bakmak işlevsel olacaktır.

Avrupa Birliği Ülkeleri

2011'de, Avrupa Konseyi'nin (AK) 47 üyesinden 27'si AB üyesi, beşi ise aday ülke konumunda. 27 üye ülkenin (yazılı anayasası olmayan İngiltere dışında) tümünde bir anayasa var ve bunların yalnızca 14'ü "başlangıç" kısmına yer vermiş.³ Dikkat çeken bir durum, özellikle İskandinav ülkeleri anayasalarının başlangıç kısmından mahrum olması. Bazı anayasalar başlarken doğrudan dine referans veriyor. İki satırlık Başlangıç'la Yunanistan Anayasası (1975), İrlanda Anayasası (1937) ya da Hristiyanlığın tarihsel değerinden söz eden Macaristan Anayasası'nın (2011) uzun Başlangıç'larında olduğu gibi. Fransa (1958) ve son anayasasını 2011 Nisanı'nda kabul eden Macaristan, ilginç örnekler. İlkinin dikkate değer oluşu 1958 metninin başlangıcının, 1946 Anayasası dolayısıyla 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne yaptığı atıf ve son bir değişiklikle 2004 yılında kabul edilen Çevre Şartı'na uygun hareket etmeyi de halka/Cumhuriyet'e bir ödev olarak vermesi. Fransa'da Başlangıç'ın özel önemi, anayasaya uygunluğun denetlenmesinde anayasa yargısı tarafından başvuru kaynaklarından biri kabul edilmesi, yani *anayasa blokuna* dahil sayılmasından gelir. Başlangıç, Kurucu İktidar tarafından metnin parçası kabul edilmiştir. Hal böyle olunca 1958 Anayasası'ın Başlangıç'ının gönderme

3. Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, Litvanya, Polonya, Portekiz, Slovenya, Slovakya, İspanya.

yaptığı 1789 Bildirisi ve 1946 Anayasası'nın Başlangıç kısmı da anayasa bloku içinde kabul edilmekte, hükümleri ölçü norm olarak kullanılmaktadır.⁴

Macaristan Anayasası ise, 2011'de Kıta'da tartışmalara neden olarak kabul edildi. Venedik Komisyonu'nun Anayasa hakkındaki görüşlerinin özellikle Başlangıç'a dair olanı bu yazı açısından anlamlı olabilir.⁵ Komisyon Raporu'nun Üçüncü Kısmı'nın "A" başlığında, hayli uzun olan Başlangıç eleştiriliyor ve olası sorunlar ortaya konuluyor. Komisyon, başlangıçların genel olarak hukukun üstünlüğünü, birey açısından bir garanti teşkil edişini, temel hukuk değerlerini içerdiğini vurguluyor; zaten yukarıda adı anılan ülkelerin genel eğilimi bu yönde. Başlangıç hükümleri, her ne kadar kurucu iktidarın dünya görüşünü yansıtsa da bu durum metnin aynı zamanda birleştirici niteliği olması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Komisyon, laiklik ilkesi açısından eleştirilebilecek bazı ifadeleri ele almıştır. Metnin bir yerinde Hristiyanlığın ulus için taşıdığı önem vurgulanmış. Din vurgusu başka anayasalarda olsa da Hristiyanlığa böyle güçlü bir vurgu sadece Polonya Anayasası'nda (1997) var. Ancak Macar anayasakoyucu burada bırakmayıp ülkenin diğer din ve geleneklerinin de saygıdeğer kabul edilip tanındığının altını çizmiş. İşte Komisyon'un yaşamsal bulduğu kısım bu. Onlara göre, diğer din ve geleneklerden söz edilmesi, anayasa yargısının yapacağı yorumlarda inanç özgürlüğünü sağlamlaştıracak kararlara imza atmasını sağlayabilir. Komisyon'un olumlu bulduğu bir başka özellik, Macar ulusuna yapılan vurgunun, evrensel bir potada eritilmiş olması. Övgü sözcüklerinin ardından eleştiriler başlıyor ki bu makaleyi en çok ilgilendireni, Başlangıç metninin hukuksal etki açısından ele alınması. İlkelerin tanıma muhtaç oluşu, daha doğrusu anayasa yargısına konu olacak, edebi açıdan kulağa hoş gelen ve ulusun onurunu okşayan ama hukuksal yorum için belirsizlik yaratan ifadelerin fazlalığı eleştiriliyor. Örneğin ne anlama geldiği belirsiz ve farklı tarihsel dönemlerde başkaca değerlendirmelere konu olabilecek "tarihsel anayasa" kavramında olduğu gibi. Yine Türkiye'yi ilgilendiren bir başka saptama şöyle: Anayasalar toplumda herkes tarafından

4. Konuya dair ayrıntılı bilgi ve tartışma için bkz. Gözler 2000b: 83 vd; Yüzbaşıoğlu 1993: 116 vd; Çağlar 1987: 168 vd.

5. Bkz. Venedik Komisyonu, European Commission for Democracy Through Law 2011.

farklı yorumlanabilecek ifadelerden olabildiğince kaçınılmalı. Aksi takdirde, hele ki yasama çalışmalarına da yansıtacağı düşünülürse, bir yandan ahlaki tartışmalara neden olurken diğer yandan ülkenin uluslararası bağları açısından da sorun çıkaracaktır.

Aslında incelenen ülkelerin iki ortak özelliği var. Dine, Hristiyanlığa yer veren bir-iki istisnayı bir yana koyarsak; hemen tümünde benzer ilkelere, örneğin hukuk devletine, insan haklarına, demokrasiye, ulus olabilmeye ve bunun değerine vb. gönderme var. Diğer ortak özellikleriyse, anayasanın yapılmasına neden olan gerekçe her neyse, başlangıcın o gerekçeyi bir şekilde açıklama çabası içinde oluşu. Amiyane tabirle, süttan ağzı yanan milletler yoğurdu üfleyerek yemek istiyor. Söz konusu çaba örneğin Portekiz'de (1976) asıl vurgunun faşizm karşıtlığına, Polonya'da (1997) hakların ihlal edildiği günlere yeniden dönmeyi istememe dileğine, İspanya'da (1978) farklı dil ve kültürlerin birlikte yaşama arzu ve gerekliliğine vurgu yapılmasına neden oluyor. İspanyol Anayasası, farklılıkların hep birlikte ve saygınlığa sahip olarak yaşamasından söz ederken, "haysiyetli bir yaşam kalitesi" ifadesi özellikle dikkat çekici. Burada, İspanya'nın "bölgeci devlet" olduğunu ve anayasanın buna uygun hükümlere yer verdiğini hatırlatalım.

Türkiye'de "Başlangıçlar" Neden ve Nasıl Düzenlendi?

Yazının başında Türkiye'de 1961 ve 1982 Anayasaları'nın Başlangıç'a yer verdikleri ve bunun önemli bir nedeninin de anayasaların, 1960 ve 1980 askeri darbeleri sonrasında hazırlanması olup metne başlarken darbelere bir gerekçe yazılmasının amaçlandığı hatırlatılmıştı. Evet, önemli gerekçelerden biri budur.⁶ Aşağıda, "Başlangıç kısımları anayasa yargısında ne ölçüde yer almıştır ve hukuksal etkileri nelerdir?" sorusuna kısaca yanıt aranacak. Ancak öncelikle her iki metnin hangi saiklerle kaleme alındığını, nasıl tartışıldığını incelemekte yarar var.

1961 Anayasası'nda Başlangıç

1960 darbesinin gerekçeleri üzerine yazılıp söylenmeyen kalmamıştır. Bugün hâlâ zaman zaman siyasal tartışmaların odağına yerleşmesinin nedeninin, en azından görünürde, bilinmeyen bir şeylerin kalmasından çok, 2000'lerdeki siyasal atmosferin henüz Türkiye'de çok partili

yaşamın başlangıcı ve sonrasında olup bitenlerle, darbelerin siyasi hesaplaşmasını yapamamasından kaynaklandığı varsayılabilir. Bu satırların kaleme alındığı 2011 yılının Temmuz ayında siyasal parti ve genel olarak toplumsal katmanlar arasındaki mücadelenin dili dikkatle incelenirse, İnönü - Bayar; İnönü - Demirel - Ecevit, vb. arasındaki polemğin bugün de devam ettiği fark edilecektir. Bu mücadelenin temelinde dillere persenk olmuş "millet egemenliği", "egemenliğe ortak olmuş organlar", "laiklik" gibi temel ilke ve ifadelerin bulunması tümüyle tarihsel bir hesaplaşmanın ürünü. Önceki yüzyılın başına gitmek elbette mümkün, ancak söz konusu tartışmanın asıl hararetlendiği yıllar Demokrat Parti (DP) iktidarının başladığı 1950'ler. Hemen herkesin bildiği ve yine hemen herkesin farklı bir tarafından tutup değerlendirdiği, haliyle bugünden bakıldığında her farklı ideoloji mensubunun başka bir kahraman yarattığı bu dönemin en popüler tartışma konularının başında hiç kuşkusuz egemenlik anlayışı gelir. Anayasacı, siyaset bilimci ve tarihçiler arasında, istisnalar olsa da genel kanı, 1924 Anayasası'nın meclis hükümeti ile parlamenter sistem arasında bir yerlerde kalan egemenlik anlayışının tek parti döneminde sorun yaratmadığı ancak çok partili yaşama geçildiğinde "çoğulcu" olmaktansa "çoğunlukçu" demokrasiye daha uygun yollar barındırdığından, çatışmalara neden olduğudur. 1924 metninin böyle bir egemenlik algısına yol açtığı doğru; ancak bir anayasanın yorumunun ve siyasal yaşamdaki karşılığının yalnızca anayasa metniyle ilgili olmadığını da hatırlatmak gerek. Aynı egemenlik anlayışı, demokrasinin temel ilke ve teamüllerini hazmetmiş parlamento çoğunluklarınca, çoğulcu idareye de zemin hazırlayabilirdi. Bu nedenle 1924 Anayasası'nın ikili karakteri ve egemenlik anlayışıyla, 1950-60 arasında iktidar partisi DP ile muhalefetteki Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) arasında yaşanan, aynı sınıfın farklı tabakaları arasındaki mücadeleyi özdeşleştirmenin anlamı

6. 1876 tarihli Kanun-i Esasi ilan edilirken II. Abdülhamit'in Mithat Paşa'ya yönelik kaleme aldığı, *Suret-i Münife-i Hatt-ı Hümayun*, klasik bir Başlangıç değildir ve Anayasa'nın başında yer almamaktadır. Ancak Abdülhamit bu metinde, huzurlanan metne bir tür gerekçe yazmıştır. Bu nedenle metni bir Başlangıç saymak belki mümkün olabilir. Tam metin için bkz. Kili ve Gözübüyük 2000: 41-42. Yine 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun kabulünden önce gündeme gelen, metnin kökünü oluşturan ve sonrasında ilk maddeleri TBMM Beyannameyi olarak kabul edilen ilk dört maddeyi de, bir başlangıç olmasa da, içeriği itibariyle öyle kabul etmek mümkün olabilir. Beyannameyle ilgili bkz. Tanör 1998: 248 vd.

yok.⁷ Ancak şu da bir gerçek ki 1961 Anayasası'nın bir Başlangıç'a yer vermesi, o Başlangıç'ın içeriği ve Anayasa'nın kendisi, adı geçen iki siyasal parti arasındaki çatışmanın etkisi ve bilgisi sayesinde oluşturulmuştur. Anayasa'nın içeriği, 1957 seçimleri ardından yapılan ve büyük ölçüde CHP'nin öncülük ettiği parti ve parti dışı toplantılar ve yayımlarla belirlenmiştir.⁸ Önerilerin büyük kısmı 1950-60 arasında yaşanan dizginsiz hükümet ya da daha doğru bir deyişle, meclis çoğunluğu deneyiminin 1924 Anayasası'nın zaaflarından kaynaklandığı savıyla getirilmiştir. Sonunda hükümet, Tahkikat Komisyonu'nun kurulmasından yaklaşık bir ay sonra 27 Mayıs 1960 günü askeri darbeyle devrilmiştir.

1961 Anayasası'nın Başlangıç kısmına dair ilk ipuçları olmaları açısından anlamlı birkaç belge hemen ilk gün ve aylarda ortaya çıkmıştır. En çarpıcı olanı, 28 Mayıs'ta, yani darbeden bir gün sonra İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinin, Milli Birlik Komitesi'ne (MBK) sunduğu *İlim Heyeti Raporu*. 27 Mayıs darbesinin hemen ardından Anayasa'nın hazırlanmasında da yer almış hukukçulardan oluşan bir grup birkaç paragraflık bir yazı kaleme almış ve MBK Başkanı'na sunmuştur. Bu yazı aslında 28 Mayıs 1960 tarihli olmasına karşın 1 Temmuz 1960 gün ve 10540 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır. Yer aldığı sayfanın başındaki başlık ilginçtir: *O Günlerin Fevkaladelikleri Dolayısıyla Resmi Gazete'ye Girmeyen Yayınlar*. Birkaç paragraflık yazının başlığı şöyle: *Anayasa Ön Projesi Hazırlama Komisyonunun Tespit Ettiği Esaslar*. Hiç kuşkusuz hepsi birbirinden değerli hukuk adamlarının hazırladıkları metindeki kaygıları, içinde bulunulan durumu sıradan bir siyasi darbe saymanın mümkün olmadığını kanıtlamaktır. Bu amaçla öncelikle hükümetin uygulamalarıyla "sosyal bir müessese vasfını kaybettiğini... şahsi bir nüfuz ve ihtiras aleti haline gelmiş bulunduğunu" saptamışlardır. Komisyon'a göre

7. Bu konuda en farklı makalenin yazarı Mümtaz Soysal'dır. Soysal 1 Ağustos 1960 tarihinde *Forum*'da yayımlanan "Suçsuz Anayasa" başlıklı yazısında, 1924 Anayasası'nı över ve olup bitende Anayasa'nın bir suçu olmadığını anlatmaya çalıştığı satırlara şu cümleyle başlar: "1924 Anayasası'nın büyük talihsizliği, Westminster usulü bir demokrasinin işleyişiyle ve modern devlet idaresi anlayışıyla en iyi uzlaşabilecek bir vesika olmasına rağmen, kendi dışındaki sebeplerle ortaya çıkan durumlardan sorumlu sayılmasıdır" (Soysal 1960: 11-12).

8. Bu yayımların en bilineni 14. Kurultay'da Ana Davalar Komisyonu tarafından hazırlanıp 14.01.1959'da yayımlanan *İlk Hedefler Beyannamesi*'dir. Konu için ayrıca bkz. Soysal 1969: 19-23.

meşruiyetin tek kaynağı seçim değil, "hukuk nizamı içinde yaşamayı" sürdürmesidir ki buna uymayan hükümet meşruiyetini kaybetmiştir. Şahıs ve zümre menfaatine hizmet eden TBMM, fiilen "münfesih" hale gelmiştir. İmzacıların darbeyi meşrulaştırmak ve hukuksal temel aramak için yaptığı açıklama şöyle: "Milli Birlik Komitesi hareketini, yani, Devlet müessese ve kuvvetlerinin idareyi ele almasını bu mecburiyetin, yani Devlet nizamını bozan, halkı birbirine düşürerek anarşiye yol açan, sosyal müesseseleri işleyemez bir hale koyan ve bu müesseselerin dayandığı ahlak temellerini yok etmeye çalışan fiili bir durumu önleyerek meşru ve sosyal nizamı tekrar kurmak ihtiyacının bir neticesi sayıyoruz." Komisyon üyeleri bu satırların ardından anayasal yapıya ilişkin yapılması gerekenleri, demokrasinin yeniden raydan çıkmasını engellemeye yönelik önlemleri sıraladıktan sonra açıklamasına şu satırla son veriyor: "Bu prensipler üzerinde komisyon üyeleri kendi aralarında olduğu gibi, Milli Birlik Komitesi Başkanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetler Sayın Başkumandanlığı ile tamamen müttefiklerdir." Öğretim üyelerinin metni, tamamen siyasal bir eylem olan darbeye hukuksal gerekçe bulmaya çalışmanın, yani aslında imkânsız ve gereksiz olan bir çabanın en dikkat çekici örneklerindendir. Başlangıç kısmı açısından önemi ise, metne hâkim olan duygu ve temel ilkelerin öncülü sayılabilecek nitelikte oluşudur.

Başlangıç açısından bir başka anlamlı belge 12 Haziran 1960 tarihinde çıkarılan 1 sayılı Yasa: *1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun*.⁹ Yasa'nın Birinci Bölüm'ü, Genel Hükümler başlığını taşıyor. Burada, yukarıda Komisyon üyelerinin açıklamalarına benzer ifadeler var. Darbeye neden gereksinim duyulduğu, TBMM'nin bir parti grubuna dönüştürülerek meşruiyetini yitirdiği vurgulanıyor. Tabii metnin herhalde en anlaşılabilir yanı, sonraki deneyimlerde de olacağı gibi, "Ordu Dahili Hizmet Kanunu"nun meşhur 34. maddesine atıf yapıyor olması. Buna göre; "Türk yurdunu ve Teşkilatı Esasiye Kanunu ile tayin edilmiş olan Türk Cumhuriyetini kollamak ve korumak" görevi silahlı kuvvetlere verilmiştir. Tabii bu hükümden bir darbe gerekçesi çıkıp çıkmayacağı son derece tartışmalıdır, ancak MBK, eski iktidarın milleti temsil vasfını kaybettiği savı ve hukuk devletini yeniden kurma yetkisi/görevini bu hükme dayandır-

9. Resmi Gazete, 14.06.1960 - 10625.

mıştır. Hukuk düzeyiyle ilgisiz bir eylem olan ve kendi hukukunu yaratma yetkisi olduğu içindir ki kuramsal olarak verili hukuk düzeniyle bağlı olmayan asli kurucu iktidarın, söz konusu hukuk-dışılığını yasaya dayandırması pek akıl kârı değildir. Tabii, darbe "yasaya dayanarak" yapıldığı söylenerek, yukarıda aktarılmaya çalışılan gerekçelerle darbe olmaktan çıkarılmak istenmiştir. Oysa yapılan, devlet içindeki bir gücün diğerini zor kullanarak düşürmesidir. Zor kullanılanın kendisinin de zorlaşmış olması bu gerçeği değiştirmez. İşte Anayasa'nın Başlangıç kısmı, bu anlatılan gerekçelerin başka bazı eklemelerle birlikte toplamıdır.¹⁰ Darbeye demokratik meşruiyet arama çabasını, yeni devlet ve anayasanın temel ilkelerini, kurucu iktidarın özlemlerini, anayasa metninde yer alması doğru bulunmayan bazı konuları olabildiğince edebi bir dille işler.

Başlangıç hakkında Meclis'teki tartışma ve değerlendirmelere geçmeden önce tam metni aktarmakta yarar var:

Tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olan; Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti; Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, milli şuur ve ülküler etrafında toplayan ve milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak milli birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak ve, "Yurtta Sulh, Cihanda Sulh" ilkesinin, Milli Mücadele ruhunun, millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak; İnsan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için; Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasayı kabul ve ilan ve O'nu, asıl teminatın vatan-daşların gönüllerinde ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet eder.¹¹

Başlangıç, İstanbul ve Ankara'nın sunduğu anayasa önerilerinde hayli farklı hazırlanmış, son halini almadan önce Meclis'te uzunca tar-

10. Osmanlı ve Türkiye anayasal belgelerine dair verilen bilgiler için bkz. Kili ve Gözübüyük 2000. Aşağıda, bu kaynaktan yapılan alıntılar için ayrıca kaynak gösterilmeyecek.

11. Mümtaz Soysal'ın, 1961 Anayasası'nın Başlangıç'ından söz ederken kullandığı ifadeler, tüm başlangıç kısımları için son derece lezzetli bir tanımdır. "Çoğunlukla İkinci Dünya Savaşı sonrasının anayasalarında görülen bir şey bu: Ala-

tıslanmıştır.¹² İstanbul'dan gelen öneride Başlangıç çok daha ayrıntılı ve kabul etmek gerekir ki daha "darbecidir" Öğretim üyelerinden kurulan Komisyon, darbeyi kaçınılmaz göstermek için lüzumundan fazla çabalayarak çok duygusal bir metin kaleme almıştır. Metinde eski iktidara yönelen eleştiri hayli sert; "millet" ve "şanlı tarihe" yapılan vurgu daha belirgindir.¹³ Diğer vurgular insan kişiliğinin değeri, hukuk güvenliği, adalet ve dayanışma, demokrasinin "sosyal" biçimi ve uluslararası belgelerin üstünlüğü üzerinedir. Ancak bu daha demokratik nitelikler, Başlangıç'ın sert ve darbeci görünüşünü ortadan kaldırmıyor.

Ankara Tasarısı'nın Başlangıç'ı çok daha kısa ve bugün dahi örnek gösterilebilecek türden bir metin. Darbeyi hukukileştirip meşrulaştırmaya yönelik tek bir ifade yok. Metin kısaca şu değerlerin altını çiziyor: İnsan özgürlüğünün ancak tüm özgürlükler düzeni içinde anlamlı olacağı, uluslararası topluluğun eşit üyesi olmak, devlete yurttaşın maddi ve manevi kalkınmasını sağlama görevi vermek, Cumhuriyet'i ve devrim ilkelerini korumak. Devlet düzeni; özgürlük, laiklik, adalet, sosyal güvenlik ve adalet ilkelerine dayandırılıyor. Metnin sonunda yer alan *Gereke* kısmında, daha önceki anayasalarda yer almayan bir Başlangıç'ın, rejimin temel felsefesini ve "tarihi tecrübelerin" sonucunu göstermesi açısından yararlı olacağı belirtilmiştir (Öztürk 1966: 384). Anayasa Komisyonu çalışmalarına başlayınca, metin alt komisyonlara gönderilmiştir. Başlangıç'ın da yer aldığı konuları inceleyen Alt Komisyon ilk raporunda Anayasa Komisyonu Başkanlığı'na, ilke-

turka müzikte fasıla başlarken peşrev çalınması ya da operalarda genellikle uvertürle oyuna başlanması gibi, anayasalarda da asıl metne girerken o metnin genel havasını verecek, yapılmasında rol oynayan temel düşünceleri gösterecek bir kısım koymak gelenek haline gelmiş" (Soysal 1969: 201).

12. Önerilerden ilki İstanbul Tasarısı olarak bilinen, *Yüksek Öğretim Üyelerinden Kurulu Anayasa Komisyonunca Hazırlanan Anayasa Öntasarısı*'dır. Diğeri, *Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün Gereke* Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü. Her iki belge, önerilen değişiklikler, üzerine yapılan tartışmalar için bkz. Öztürk 1966, c. 1; ilk taslak: 21-83, ikincisi: 339-437. Bu iki tasarıdan ilki, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından "etüd metni", SBFTasarısı ise yardımcı metin kabul edilmiştir.

13. Başlangıç'ın ilk paragrafı şöyle: "Millet ve Devlet mefhumlarını toptan inkâr ederek; Anayasayı, hukuk, adalet, ahlak prensiplerini, devamlı ve sistemli bir şekilde çiğneyerek, insan hak ve hürriyetlerini hiçe sayarak, meşruluğunu kaybeden zalim bir iktidarı, zulme karşı direnme hakkını kullanmak suretiyle ve kendisinin ayrılmaz bir parçası olan Silahlı Kuvvetlerin eliyle deviren Türk milleti..." (Öztürk 1966: 25).

sel olarak Başlangıç'tan yana olduklarını, ancak halihazırdaki metnin çok uzun ve cümlelerin belirsiz olduğunu rapor etmiştir.¹⁴ Anayasa'daki bazı başlıklar hakkında yaşanan anlaşmazlıklar Karma Komisyon'a havale edilerek çözülmüştür. Bunlardan biri de Başlangıç'tır. Başlangıç'ta önce önerilmemesine karşın yer alan ve sonrasında tartışılan kollar bu eklemelerdir.¹⁵

Anayasa'nın asıl metninde yer alması istenmeyen bazı ifade ve ilkeler için sığınağa dönüştürülmesinin, Başlangıç'ın temel niteliklerinden olduğu yukarıda vurgulanmıştı. Söz konusu ilkelerin en sorunlusu milliyetçilikti. Özellikle II. Dünya Savaşı yıllarında gerek dünya gerekse Türkiye'de iyi anılar bırakmamış bir ideoloji olan milliyetçiliğin anayasada yer alıp almayacağı tartışılmıştır. Sonunda, Cumhuriyet'in niteliklerinden biri olarak yer vermektense *Türk milliyetçiliği* ifadesiyle ve tanımlayarak, yani sınır çizmeye çalışarak Başlangıç'a konulması kabul edilmiştir.¹⁶ Tabii bu tartışmalar esnasında Başlangıç'a yönelik öneriler de sunuldu; ancak bu yazı kapsamında bazen gülümsetecek kadar duygusal bazen hiç gülümsetmeyecek kadar faşizan olan önerilerin (ortak özellikleri yine uzun ve edebi olmaya çalışmaları) varlığını hatırlatmak yeterli olacaktır. Anayasa Tasarısı'nda yer alan ve Temsilciler Meclisi'nde (TM) tartışılarak nihai şekli verilen metin İstanbul ve Ankara önerilerinden farklıdır; ikisinin de bazı niteliklerini taşıyan bir içeriğe sahiptir. Meclis görüşmelerinde Başlangıç'ın her satırı üzerine içerik ve dil açısından öneriler yapılmış ve önerileri dikkate alan (bir kısmını kabul etmeyen) Karma Komisyon yukarıda aktarılan nihai metni oluşturmuştur.¹⁷ Hemen ilk bakışta görülebileceği gibi,

14. T.C. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Başlangıç, Genel Hükümler ve Temel haklar Alt Komisyonu Raporu (Öztürk 1966: 451).

15. 25.05.1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi Anayasa Karma Komisyonunun Anayasa Tasarısının Bazı Maddeleri Hakkındaki Raporu (Öztürk 1966: 613 vd).

16. Aynı Karma Komisyon, yerli milliyetçilik düşüncesine övgüler düzdükten sonra Başlangıç'ta yer almasının gerekçesini şöyle açıklıyor: "Devletin niteliklerini gösteren ve daha ziyade hukuki nitelikleri belirten 2. maddenin metnine çıplak şekilde 'Milliyetçi Devlet' deyimini derc etmenin, milliyetçilik umdesini kötü ve yanlış tefsirlere tabi tutmak isteyeceklerle imkân hazırlaması ihtimalini önlemeyi faydalı gören Komisyonumuz, bu umdenin, manası ve sınırları açıkça belirtilmek suretiyle Başlangıç kısmında yer almasını tercihe şayan görmüştür" (Öztürk 1966: 614). Türk milliyetçiliği algısı için ayrıca bkz. Aldıkaçtı 1973: 169.

17. Başlangıç hakkındaki tartışmalar için bkz. Öztürk 1966, c. 2: 915-46.

hem geleceğe dönük temel ilkeler hem de geçmişe yönelik darbe gerekçeleri (tabii *darbe* yerine *devrim* sözcüğünü tercih ederek) metne yedirilmiştir. Aynı zamanda, Anayasa'ya konulmayan *milliyetçilik* ifadesi de Başlangıç'a eklenip büyük bir yükün altından kalkılmaya çalışılmıştır. Tutanaklar incelendiğinde, darbe olduğuna kuşku duyulmaması gereken 27 Mayıs'ın bir devrim olduğu; 1961 Anayasası'nın ise "İkinci Cumhuriyet" in anayasası, yani "taze bir başlangıç" kabul edildiği görülmektedir. Söz konusu düşüncelerin son derece içtenlikle dile geldiğini özellikle vurgulamak gerekir. Başlangıç; temel haklara, insanlık ailesinin eşit üyeliğine, barışa, ulusal dayanışma ve adalet anlayışına, adaletin "sosyal" boyutuna vurgu yapıp edebi olma çabasındaki satırlarını Anayasa'yı "hürriyete, adalete ve fazilete âşık" evlatların uyanık bekçiliğine emanet ederek bitiriyor.

Son olarak, metnin başında darbe gerekçelerinin sayıldığı kısımda yer alan bir ifade üzerinde durmak gerekir. Başlangıç'a göre, eski iktidar hukuk dışı davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmişti ve millet "direnme hakkını" kullandı. İlk bakışta hukuksal olarak sanki böyle bir haktan söz edilebilirmiş gibi görünse de aslında adında "hak" olan bu ifade tümüyle siyasal bir eylemin hukuk metninde yer alan halidir. Direnme hakkı belgelere Amerikan ve Fransız devrimleriyle girmiş, yaklaşık iki yüzyıldır insan haklarıyla ilgili çok sayıda metinde yer almıştır. Örneğin, 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, vb. direnme hakkına yer verir. İnsan Hakları Bildirgesi'nin Başlangıç'ında; "İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunması temel bir zorunluluk olduğuna göre..." ibaresi yer alır. Bildirgeyi hazırlayanlar direnme hakkını son çare olarak kabul etmiştir.¹⁸ Bu hak, bazı temel metinlerde yer alsa da pratik değeri olmayan bir varsayım. Özellikle aktif direnme zaten bir devrim ya da isyan durumunda ortaya çıkar. Dolayısıyla, bu durumda direnen ya başarısız ya da yeni iktidar olur. Başarılı ya da başarısız olmasıysa bir haklılık ya da haksızlık meselesi değil, güç sorunu. Haliyle daha çok platonik bir

18. Fransa'da 19.4.1946 tarihli Anayasa Tasarısı direnme hakkını kabul ediyordu. Bu Anayasa referandumla reddedilmiştir. Ancak gerek 1946 gerekse 1958 Anayasaları temel haklar bakımından 1789 Bildirgesi'ne gönderme yapmaktadır. Bu bildirge yürürlükteki anayasa tarafından da tanındığı için, direnme hakkının dolaylı olarak 1958 Anayasası tarafından da kabuledildiği söylenebilir.

anlam taşımaktadır. Direnme hakkının simgesel olduğunu, yöneticilere uyarı anlamı taşımasından öte hukuksal bir anlamı olmadığını kabul etmekte yarar var. 1961 Anayasası Başlangıç kısmında bu hakka yer vermiş olsa da yinelemek gerekir ki yapılan, siyasal bir eylemi, aslında siyasal olan kavramlara hukuki anlamlar yükleyerek yasallaştırma çabasından öte bir şey değildi.¹⁹

Başlangıç'ın 1961 Anayasası döneminde hukuksal etkisi olup olmadığı sorunuysa, Anayasa'nın 156. maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin bu soruna yaklaşımından söz edilmesini gerektiriyor. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin Başlangıç hükümlerini değerlendirmesi konusu, aşağıda 1982 Anayasası'nın Başlangıç'ı incelendikten sonra bütün olarak ele alınacağından burada yalnızca ilgili düzenlemelerden söz etmek yeterli olabilir. Anayasa'nın 156/1. maddesine göre, "Bu Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir." Ayrıca Anayasa'nın *Cumhuriyetin Nitelikleri* başlığını taşıyan ikinci maddesine göre Cumhuriyet, "Başlangıçta belirtilen temel ilkelere" dayanmaktadır. Hal böyle olunca, Başlangıç ilkelerinin anayasa yargısında ölçü norm olarak kullanılması sorunuyla karşılaşmaktadır. Anayasa metnine dahil olduğuna göre, diğer hükümlerden farklı olmadığı ve bu nedenle yargılamada diğer normlarla eşit düzeyde uygulanabileceği düşünülebilir; ancak yukarıda anlatılmaya çalışıldığı gibi çoğu tanıma muhtaç hayli duygusal ifadeler barındırması böyle bir sonuca varmayı güçleştiriyor. Bu konuya, aşağıda 1982 Anayasası'nın Başlangıç'ı incelenirken *destek ve temel ölçü norm* bağlamında değinilecek.

1982 Anayasası'nda Başlangıç

1961 Anayasası'nın ömrü fiilen 19 yıl sürdü. Resmen tarihe havale edilmesi için iki yıl daha beklemek gerekti. TSK, 12 Eylül 1980 günü bu kez 27 Mayıs'tan farklı olarak "emir komuta zinciri" içinde yönetime el koydu. Burada anlatılmasına gerek olmayan yaklaşık üç yıl süren ve kendi içinde üç ayrı döneme ayrılan faşist uygulamalar sürecinin sonunda, 1983 yılı aralık ayında yeni TBMM toplandı ve 12 Eylül dönemi kısmi kalıntılarıyla birlikte kâğıt üzerinde sona erdi. Çalışma-

19. 1961 Anayasası'nda direnme hakkı için ayrıca bkz. Soysal 1969: 247-8; Soysal 1986: 70 vd.

yı ilgilendiren elbette 1982 Kasım ayında halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa'nın Başlangıç kısmı. Ancak 1960 darbesi öncesi ve sonrasında olduğu gibi Başlangıç metninin ruhuna ve sözcüklerine sinmiş bazı gelişmelerden söz etmemek olmaz.

"Darbe en çok kimin işine yaramıştır?" diye sorulsa herhalde yanıtlardan biri, "Artık hayli güçlü olan ve gereksinim duyduğu hukuk düzeninin yaratılmasını talep eden büyük sermayenin" olurdu. Bir-iki istisna dışında (M. Soysal, C. Eroğul, B. Tanör gibi) anayasa hukukçuları, kitaplarında genellikle darbenin sınıfsal analizine iltifat etmez. Ancak hem 12 Eylül öncesi işverenin rahatsızlıklarına, yapılan anayasa toplantılarına ve 1961 metnine getirilen eleştirilere hem de 12 Eylül sonrası darbecilerin açıklamalarıyla basında yazılıp çizilenlere bakıldığında, yeni anayasa ve yasalarıyla hukuk düzeninin büyük sermayenin çıkarına hizmet ettiği saptaması yapılabilir. Devletin (özellikle yürütme ayağı ve cumhurbaşkanıyla) güçlendirilmesi, serbest piyasa koşullarının benimsenmesi (darbecilerin ilk kararlarından biri 24 Ocak 1980 kararlarının süreceği üzerinedir) talepleri ve yurttaşın özgürlükleri hazmedemediği görüşü, kurulacak düzenin ana motivasyonu olmuştur. Güçlü devlet imajı yaratmak için resmi ideoloji perçinlenmiş, kimi yazarlara göre (Erdoğan 2004: 158) Kemalizm olan bu ideoloji, Kemalizm ile bağdaştırılması güç anlaşılabilir bir "inanç" vurgusuyla bezenmiştir. Dolayısıyla yeni hukuk düzeni, anayasa ve yasalarıyla, devlet organlarının etkinlikleriyle, devletçi, milliyetçi ve mukaddesatçı ayaklar üzerine inşa edilmek istenmiştir. İşte 1982'deki Başlangıç, 1995 ve 2001 değişikliklerine dek tüm bu hedefleri yansıtan, çok uzun, tek cümleden oluşan ve faşizan bir metindir. Bu başlık altında son olarak yukarıdaki görüşlerin nişanesi olan bir resmi belgeden söz etmekte yarar var: 12 Eylül 1980 günü yayımlanan (Mükerrer), Milli Güvenlik Konseyi (MGK) Başkanı Org. Kenan Evren'in *Resmi Gazete*'deki açıklaması.²⁰

Açıklamanın Başlangıç açısından değeri, Başlangıç metnindekilerle çok benzeyen ifadelerin bulunmasından; ayrıca, Danışma Meclisi'nin önerdiği Başlangıç'a, Kurucu Meclis'in diğer ve sonsözü söyleyen kanadı olan MGK'nin gerekçe göstermeden yaptığı eklemenin kaynağını oluşturmasından geliyor. Evren, açıklamasına o günlerin yazar çizimleri arasında da çok moda olan gözlemlerle başlayarak sokaktaki

kargaşa ortamını, siyasetçilerin basiretsizliğine bağlamıştır. Başlangıç kısmı ve Anayasa açısından değerli olan, görüşünü şu sözlerle ifade edişi: "Ağızlarından düşürmedikleri hukuk devleti kavramı bir kısım Anayasal kuruluşlarca devletin parçalanması pahasına da olsa yalnız kişilerin müdafaası olarak yorumlanmış, devletin ve milletin savunulması ise sahipsiz kalmıştır." Yine, Başlangıç'ta güçler ayrılığına yapılacak vurgunun emaresi de bu konuşmada var: "Anayasanın kuvvetler ayrılığı ilkesinin birlikte getirdiği sorumluluk uygulamada kuvvetler çatışmasına dönüştürülmüştür." Konuşmada geçen "Yurtta sulh dünyada sulh", "Atatürk milliyetçiliği", "kaybolan devlet otoritesi", "kendisini kontrol edemeyen demokrasi" gibi ifadeler de Anayasa'nın nasıl başlayacağını habercisidir. Benzer görüşler aynı gün yayımlanan "Bir Numaralı Bildiri"de de yer almıştır. Ayrıca bildiride, yönetime yasanın TSK'ya verdiği yetkiyle el konulduğu da belirtiliyor. 1960'ta olduğu gibi; yine "yasaya dayanılarak yapılan darbe" (!) söz konusudur.

Başlangıç'ın İlk Şekli:

Ebedi Türk vatan ve milletin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına karşı, Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada; Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisi'nce hazırlanıp, Millî Güvenlik Konseyi'nce son şekli verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O'nun eliyle vazolunan bu ANAYASA:

– Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda;

– Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak; Türkiye Cumhuriyetinin ilelebet varlığı, refahı, maddî ve manevî mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde;

– Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;

– Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;

– Hiçbir düşünce ve mülâhazanın Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;

– Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;

– Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğ;ı

FİKİR, İNANÇ ve KARARIYLA anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere,

TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur.²¹

Danışma Meclisi (DM) Anayasa Komisyonu, Başlangıç'ı hazırladığı anayasa metnine "Ek" olarak sunmuştur.²² Bu metin pek az tartışmayla kabul edilmiş ve MGK tarafından gerekçesiz değiştirilerek yayımlanmıştır. Oysa Komisyon'un önerdiği metin çok daha makul ifadelerle yer verirken vurgu daha çok, egemenliğe, cumhuriyete, barışa ve laikliğe yapılmıştı. Dolayısıyla Başlangıç'a asıl aşırı ifadeler ve darbe gerekçeleri MGK'nın talebi doğrultusunda eklenmiştir. Yukarıda aktarılan metin okunduğunda, daha önce anlatılmaya çalışılan, darbe gerekçesi olarak sunulan hemen her konunun tek cümleye sığdırıldığı görülmektedir.

Milliyetçilik, "Atatürk milliyetçiliği"dir. Bu ifadenin, yani milliyetçiliği Atatürkçülük ile sınırlamanın, ırkçı olmayan bir milliyetçilik

21. *Resmî Gazete*, 20.10.1982- 17863 (Mükerrer), Halkoylaması Tarihi 07.11.1982.

22. *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, T.C. Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463); S. Sayısı, 166'ya 3. Ek, 18.09.1982. Anayasa Komisyonu Başkanı Aldıkaçtı, Anayasanın tümü üzerine açıklamalar yaparken Başlangıç'ın ilk hazırlanan metne Ek yapılmasını, istenmeyen bir gecikmeye bağlamıştır. Ayrıca, bir başlangıç kısmı koymanın sanıldığı kadar önemli olmadığını, Başlangıç'ı sembol kabul etmek gerektiğini de vurgulamıştır. *DMTD*, C. 10, B. 127, 16.08.1982, O. 1, s. 529 vd.

tanımı yapma çabasıyla eklendiği söylenegelmiştir. Ancak DM'deki kısa süreli tartışma ve bir değişiklik önergesi üzerine söz alan Komisyon Başkanı Orhan Aldıkaçtı'nın açıklamalarına bakılırsa, hiç de ırk düşüncesini dışlama niyeti okunmaz. Aldıkaçtı'ya göre, "Bizim için, Anayasa Komisyonu için Atatürk Milliyetçiliği ile Türk Milliyetçiliği arasında hiçbir fark yoktur. Sadece Atatürk, Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılma devresinde ortaya çıkan fikirler arasında Osmanlılık, Ümmetçilik, İslamcılık, Türkçülük vardı; bunlar arasında Türkçülük kavramını formüle etmiş ve bunun anlamını Türk milletine duyurmuş ve yeni Türkiye Cumhuriyeti'ni Türk milleti etrafında toplamıştır ve kurmuştur" (*aynen böyle*).²³ Görüldüğü üzere, Anayasa'nın Türkçü ve milliyetçi niteliklerini törpülemek için söz konusu ifadede ırkçı olmayan anlamlar çıkarmaya çalışanlar bulunsun ve bu yorum yerinde bir çaba olsa da Kurucu İktidar'ın niyeti, bir ırka yapılan vurgudan ödün vermek değildi.

Başlangıç'a göre darbe milletin çağrısıyla gerçekleşmiş ve anayasa milletin meşru temsilcileri tarafından hazırlanmıştır. Burada, DM üyelerinin hangi yöntemle belirlendiğini hatırlatmak yeterli olacaktır. Ayrıca 1961'deki direnme hakkının yerini, TSK'ya "milletçe verilen vekâlet" almıştır. MGK'nın devlet ve devletin güçlendirilmesi amacına yapmak istediği aşırı vurgu, "kutsal Türk Devleti" gibi gülünç ifadelerle de neden olmuştur. Başlangıç'ın altını çizdiği temel ilke ve ifadeler şunlardır: Uluslararası alanda hukuksal eşitlik, hürriyetçi demokrasinin sınırının anayasanın kendisi/içeriği olduğu, yani yurttaşın "anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden"²⁴ yararlanabileceği, güçler ayrılığı ilkesinin üstünlük sıralaması değil medeni bir işbölümü anlamına geldiği, önceliğin milli çıkar ve bölünmez bütünlüğe verileceği. Ayrıca "Türk milli menfaatleri", "Türk varlığı", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri" gibi ifadeler, Türklüğün bir ulusu kastettiği iddiasının çok ötesinde çağrışımlar yapmaktadır.²⁵ Son satırda Anayasa, 1961'den farklı olarak bu kez gençlerin uyanıklığına değil, vatan ve millet sevgisine emanet edilmiştir.

23. *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C.10, B:154, O:1, 21.09.1982, s. 539-40.

24. Komisyon'un önerdiği ilk metinde "özgür ve özgürlük" sözcükleri kullanılmıştı. Ancak görüşmeler sırasında, "hür ve hürriyet" sözcükleri önerilip kabul edilmiştir. Bkz. *DMTD*, C.10, 17.08.1982, B.128, O.1, s. 636 vd.

25. Eroğul, "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri" ifadesinin, Atatürkçü ulusçuluk anlayışında çok tehlikeli bir gedik açtığı kanısında (Eroğul 2009: 317).

Başlangıç'ta 1995 ve 2001 yıllarında bazı değişiklikler yapılarak tehlikeli ifadelerin bir kısmı kaldırılmıştır. 1995 yılında darbe gerekçeleri metinden çıkarılıp devletin "kutsallığından" vazgeçilerek "yücelik" sıfatıyla yetinilmiştir.²⁶ 1995 yılında, AB adaylığı gereği yapılan sınırlı değişiklikler de 1982 metnini daha demokratik hale getirmeye yöneliktir. TBMM'de yapılan görüşmeler o günlerin atmosferini yansıtır. Gerek Başlangıç gerekse diğer maddelere dair tartışmalar konunun dönüp dolaşıp sıklıkla laiklik polemğinde düğümlenmesine neden olmuştur. Değişikliği gerçekleştirenler, darbe gerekçelerinin kaldırılmasının olumlu bir adım olduğunu savunurken, başta o zamanki Refah Partisi milletvekili Abdullah Gül ve arkadaşları olmak üzere muhalifler, değişikliğin anlamlı olmadığını (yeni bir anayasa talepleri var) iddia edip görüşülen madde hangisi olursa olsun asıl olarak inanç özgürlüğü, türban yasakları, vb. üzerine konuşmayı tercih etmiştir.²⁷ Dolayısıyla, Başlangıç üzerine yapılan görüşmelerin doğrudan metinle ilgili olmadığını ve katkı sunmadığını söylemek yanlış olmaz.²⁸ 2001 yılında yapılan değişiklikle, beşinci paragrafın başındaki "Hiçbir düşünce ve mülahazanın..." ifadesi, "Hiçbir faaliyetin..." şeklinde düzenlenerek düşünce özgürlüğü önündeki tehditlerden biri ortadan kaldırılmak istenmiştir.²⁹ 2001 değişiklikleri hayli kapsamlıdır, ama Başlangıç bu kapsam içinde çok önemli tartışmalara neden olmamıştır.³⁰

Başlangıç kısmının hukuksal değeri konusuna geçmeden önce, Anayasa'nın dördüncü maddesi ve değiştirilemez ilk üç madde bağlamında Başlangıç'taki değişikliklerin nasıl yapılabildiği üzerinde bir iki satırla da olsa durulabilir. Malum, Anayasa'nın dördüncü maddesi "Değiştirilemeyecek Hükümler" başlığını taşır. Buna göre, kısaca, ilk üç maddenin değiştirilmesi ve değiştirilmesinin teklif edilmesi yasaklanmıştır. Değiştirilemezlik kapsamındaki ikinci maddede Cumhuri-

26. 23.07.1995 gün ve 4171 sayılı Yasa. *Resmi Gazete* 26.07.1995 - 22355.

27. *TBMM Tutanak Dergisi*, C.88, D.19, YY.4, 14.06.1995, B.123, O.4, s. 409 vd.

28. Değininilmesi gereken bir öneri şu olabilir: Anayasa'nın "Din ve vicdan hürriyeti" başlığını taşıyan 24. maddesinin "inanç istismarına" ilişkin son fıkrasının kaldırılıp endişeleri gidermek için, maddenin ilk satırının Başlangıç'a eklenmesi önerilmiştir. Bazı üyeler de Başlangıç'ın kaldırılmasını talep etmiş, ancak Komisyon bu önerileri kabul etmemiştir.

29. 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa. *Resmi Gazete*, 17.10.2001 - 24556 (Mükerrer).

30. *TBMM Tutanak Dergisi*, C.70, D.21, YY.3, 24.09.2001, B.131, O.1, s. 6 vd.

yet'in nitelikleri sayılır ve hükme göre niteliklerden biri de "Başlangıçta belirtilen temel ilkeler..."dir. Yani Anayasa, Başlangıç kısmını da dolaylı olarak değişmezlik kapsamına almıştır. Oysa yukarıda aktarıldığı gibi 1995 ve 2001 yılında bu kısım değiştirilebilmiştir. Anayasa'nın dördüncü maddesi ve değişmezlik kuralı kuşkusuz başka bir çalışmanın konusu olacak kapsamda. Bu nedenle şu kadarını vurgulamakla yetinilmeli: Eğer dördüncü maddedeki yasak, ilk üç madde ve atıf yaptığı Başlangıç'ın her bir satırını, nokta ve virgülünü kapsıyorsa bu durumda 1995 ve 2001 değişiklikleri Anayasa'ya aykırıdır ve yürürlükte oluşları herhalde Anayasa Mahkemesi'ne bir başvuru yapılmamış olması nedeniyledir. Ancak bizi, değişmezlik kuralının "tek bir ifadenin dahi değiştirilmesinin yasaklanmış olduğu" şeklinde anlamaya mecbur bırakacak bir hüküm olduğunu söylemek de güç. Belki de daha uygun olan yorum, özün, temel ilkelerin değiştirilemez oluşudur. 1995 ve 2001'de Başlangıç kısmından darbe gerekçeleri değil de Cumhuriyet'in temel ilkelerine değinen satırlar çıkarılmış olsaydı, bu durumda Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilir ve Mahkeme tarafından ikinci maddenin dolaylı yoldan değiştirildiği sonucuna varılabilirdi.³¹

Başlangıç Kısımının Hukuksal Değeri Nedir?

Bilindiği gibi 1961 ve 1982 Anayasaları "Başlangıç" metnini Anayasa'ya dahil saymıştır. Bu durumda ortaya çıkan sorun, Anayasa Mahkemesi'nin dava sırasında Başlangıç'a diğer hükümlerle aynı değeri verip vermeyeceğidir. Aslında konuya dair yapılabilecek fazlaca özgün bir değerlendirme yok. Doğrusu hemen tüm anayasa hukukçuları benzer görüşleri tekrarlıyor. Özetle: Mahkeme, tanımlanması güç ilkelerle (norm ve ilke arasındaki farkı göz önünde bulundurarak) dolu olan metni "temel ölçü norm" değil, "destek ölçü norm" kabul etmeliyken ne yazık ki pek çok kararında Başlangıç'a doğrudan başvurmuş-

31. Yavuz Sabuncu'nun konuya ilişkin değerlendirmesinde önemli bir nüans var: "... Anayasa'nın, atıf yoluyla Başlangıç kısmını Anayasa'nın 2. Maddesi kapsamına almış olması nedeniyle, bu metne 'temel ilkeler' bakımından değiştirilmezlik kazandırdığını da belirtmek gerekir. Ne var ki, Başlangıç'ta sözü edilen 'hususlar'dan hangilerinin Cumhuriyet'in nitelikleri arasında yer alacak olan 'temel ilkeler'den sayılması gerektiği ve dolayısıyla 'değişmez' olduğu konusunda bir fikir birliği oluşturmak zor görünmektedir. 1995 ve 2001'de bu bölümde değişiklik yapılırken, bu tartışmanın yapılmamış ve konunun Anayasa Mahkemesi'ne taşınmaması olmasının nedenlerinden biri de belki bu belirsizlik olmuştur" (2003: 20-21).

tur.³² Gerçekten de Mahkeme, bazı kararlarında Başlangıç'taki ilkelerden yalnızca karara varırken yürüttüğü muhakemeyi güçlendirmek amacıyla yararlanırken, pek çok kararında iptal kararı ya da iptal istemini ret gerekçesini "anayasanın bir hükmü" hüviyetini tanıdığı Başlangıç'a da dayandırarak vermiştir. Mahkeme'nin Başlangıç'a atıf yaptığı onlarca kararı var.³³ Ancak bu çalışma kapsamında, konuyu inceleyen muhtelif eserlerde bolca atıf yapılan söz konusu kararlar arasından seçerek de olsa bir kısmına yer vermeye çalışmak pek de yararlı olmayacak. Bu nedenle, örnek olarak en çok gönderme yapılan kararların ikisinden söz etmekle yetinelim.

İlki, Mahkeme'nin Başlangıç'ı yalnızca "destek ölçü norm" olarak kullandığı çok sayıda karardan biri olan, 1963 tarihinde Türkiye İşçi Partisi (TİP) tarafından, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 143. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan davadır. Mahkeme, TCK 312. maddede yer alan "...veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umurun emniyeti için tehlikeli tarzda kin ve adavete tahrik..." ifadesini, Başlangıç ilkelerine de yaptığı göndermeyle ve oy çokluğuyla Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme Başlangıç'tan şu şekilde "destek" almıştır:

Davacı partinin suç unsurlarının seçik ve ayrı olarak belirtilmediği, keyfi uygulamaya yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu ve bu bakımdan Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki iddiasının aksine "cemiyetin muhtelif sınıflarını umurun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik..."den ibaret olan suç unsurları 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde açık bir şekilde belli edilmiştir. Bu maddenin Anayasa'nın teminat altına aldığı temel hakları ortadan kaldırdığı yolundaki iddia yersizdir. Cemiyetin muhtelif sınıflarını umurun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrike müsaade etmek, vatandaşlar arasında huzur ve ahengin bozulmasını istemek olur ve böyle bir düşünceye hiçbir yönden yer verilemez. Anayasa'yı hazırlayanlar cemiyetin muhtelif sınıflarını, umurun emniyeti için, tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik etmeyi değil; yurtta güven ve düzenin bozulmasına yer verilmemesini iste-

32. Benzer yorum ve değerlendirmeler için bkz. Erdoğan 2004: 182-4; Sabuncu 2003: 19-22; Özbudun 2004: 71-4; Tanör ve Yüzbaşıoğlu 2011: 85-7; Soysal 1986: 79 vd ve 1969: 247-8; Eroğul 2009: 315-7; Gözler 2010: 89-91.

33. Mahkeme, tahmin edilebileceği gibi, siyasi yanı daha ağır basabilen –örneğin partilerin kapatılması, anayasa değişikliklerinin incelenmesi, ülke güvenliğini ilgilendirdiği kanısıyla davrandığı özelleştirme ya da yabancılara mülk satışı gibi– konularda, Başlangıç'taki temel ilkelerin altını daha kalın çizmiştir.

mişlerdir. Nitekim *Anayasa'nın başında yer alan ve metnine dahil olduğu 156. maddesinde belirtilen "başlangıç"tan da Anayasakoyucusunun bu görüşten yana olduğu açıkça anlaşılmaktadır.*³⁴

İkincisine, yani Mahkeme'nin sıklıkla yaptığı ve çok eleştirilen "Başlangıç'ı temel ölçü norm" olarak kullanma eğilimine verilebilecek örnek, en bilineni: Anayasa Mahkemesi'nin yabancılara mülk satışıyla ilgili kararı. Mahkeme, 21.06.1984 gün ve 3029 tarihli Yasa'nın, "yabancılara mülk satışında karşılıklılık esasından Bakanlar Kurulu kararıyla vazgeçilebileceğini" düzenleyen hükmü, karşılıklılık kuralının uluslararası ilişkilerde denge unsuru olduğu yönündeki temel düşüncesiyle iptal etmiştir. Mahkeme, iptale giden yolda Başlangıç'taki bazı ilkeler üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, ülkede yabancının mülk edinmesi salt bir mülkiyet sorunu değildir; toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir. Mütakabiliyet esası bir denge aracıdır. Çoğunluktaki üyeler; farklı iktisadi siyaset ve kendi olanaklarımızla çözebileceğimiz konut sorununda önemsiz bir kaynak yaratmak için ülke topraklarının yabancı unsurlar eline geçmesine imkân sağlayan düzenlemenin kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Ayrıca, söz konusu maddeler, *Başlangıç'ın ikinci, dördüncü ve yedinci paragraflarında yer alan Anayasa'nın yorum ve uygulamasında "siyasal kadroların özel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz olan temel ilkelere"* aykırıdır.³⁵ Kararda geçen paragraflar yukarıda aktarılmıştı. Özbudun'a göre bu kararında Mahkeme, Başlangıç'ın ikinci paragrafına hükmün amacını aşan bir anlam vermiştir. Paragrafta, Türkiye'nin "milletler ailesinin eşit ve şerefli bir üyesi olduğu" vurgulanır. Özbudun, ilkenin mütakabiliyet ilkesine kayıtsız bir bağlılıktan çok "insancılığı ve barışçılığı" anlattığı kanısında: "Devletlerin kendi milli çıkarlarının gereği gördükleri konularda mütakabiliyet ilkesinden vazgeçmeleri, devletlerin egemen eşitliği kuralını bozmaz... Nihayet, Başlangıç'ın beşinci paragrafındaki milli menfaatlerin üstünlüğü ilkesinin 'siyasal kadroların özne değerlendirilmelerini etkisiz kılmak amacıyla' getirilmiş olduğunun kabulü, anayasaya uygunluk denetimini yerinde denetimine kaydırmak tehlikesini beraberinde getirecektir" (Özbudun 1986: 72-73).

34. E. 1963/193, K. 1964/9, K.G. 29.01.1964, *Resmî Gazete* 29.01.1964 - 11725.

35. E. 1984/14, K. 1985/7, K.G. 13.6.1985, *Resmî Gazete* 4.08.1985 - 18852.

Özbudun'un yerindelik denetimine ilişkin görüşleri ayrı bir tartışma konusu olabilir. Ancak burada önemli olan, Başlangıç ilkelerinin temel norm olarak gereğinden fazla geniş yorumlanmış olmasıdır. Bu nedenle karar, Başlangıç ilkelerinin yargılamaya konu olduğunda bir kısmının çok belirsiz, tanımlamaya ve haliyle bir "tanımlayıcıya" gereksinim duyduğunu ve bunun sakıncalarını sergilemesi açısından değerlidir. Bakır Çağlar, anayasa yargısının sınırlarını tartıştığı makalesinde hem bu karara hem de benzerlerine değinerek ölçü norm sorununu ele almıştır. Çağlar öncelikle, yargı pratiklerinin şekli anlamda anayasanın sınırlarını zorladığını, çoğu anayasa mahkemesinin "suprapozitif" anayasal hakların varlığını kabul ettiğini vurgulayıp çeşitli ülkelerin anayasa mahkemelerinden örnekler veriyor. Anayasa dışı normlar meselesinin ardından "anayasa içindeki düzenlemelerin türdeş olmaması" konusunu ele alıyor. Soru şu: "Anayasa içinde yer alan normlar aynı değerde midir?" Yazar burada, Fransız Anayasa Konseyi'nin çok iyi bilinen 16.07.1971 tarihli kararını örnek veriyor. Bu tarihten önce zaten Fransız Danıştay Anayasa'nın 1789 Bildirgesi'ne gönderme yapan Başlangıç ilkesine hukuksal değer yüklemeye başlamıştı. 1971 kararı çizgiyi sürdürmüş oldu: "Bu kararda kullanılan... 'Anayasa ve özellikle de Anayasanın Başlangıcına göre' formülü Conseil Constitutionnel'in sonraki kararlarında bir layt-motif olmuştur... 1958 Anayasası'nın yollama yaptığı 1789 Haklar Bildirisi ve 1946 Anayasası'nın Başlangıç'ında yer alan 'Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel ilkeler' ve 'çağımız için özellikle gerekli siyasi, sosyal ve ekonomik ilkeler de' anayasal değer kazanmıştır" (Çağlar 1987: 176). Çağlar, ardından T.C. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan 1985 tarihli kararı bağlamında Başlangıç ve ölçü norm meselesini ele alıyor. Mahkeme bu kararında Başlangıç ilkelerine pozitif hukuk değeri tanıyarak onları bu şekilde anayasallık bloku içine dahil etmiş ve içeriğini de kendisi belirlemiştir. Kararla, Cumhuriyet yasalarınca tanınan bir temel ilkeyi ölçü norm olarak kullanıp Cumhuriyet dönemi hukuk siyasetinin temel ilkelerinin yeniden keşfedilerek anayasallık bloku içine alınabileceği kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi başka kararlarında da benzer değerlendirmeler yapmıştır.³⁶

36. Burada Gözler'e bakalım: "Başlangıçta belirlenen ilkelerin anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabileceğinden şüphe yoktur... Başlangıçta geçen bazı ilkelerin nispeten belirsiz olması onların normatif niteliğini ortadan kal-

Görüldüğü gibi, Başlangıç'a anayasa yorumunda değer tanıyan tek ülke Türkiye olmadığı gibi, anayasal hatta anayasa üstü kabul edilen bazı temel ilkeleri anayasa yargısında ölçü norm olarak kullanan tek yargı organı da Anayasa Mahkemesi değil. Ancak makul saptamalar yine de sorunu çözmiyor. Sorun, tanımlanması son derece güç, çoğu zaman üzerinde uzlaşılması mümkün olamayabilen bazı ifadelerin tanımlanmak zorunda oluşu. Türkiye'de eğer Başlangıç kısmı Anayasa'ya dahil kabul edilmeseydi; bu durumda Başlangıç'ı, Mahkeme'nin anayasallık blokunu oluştururken zaman zaman başvurduğu bir destek olarak görmek kolaylaşırdı. Ancak bir kez metne dahil edilince, doğrusu Mahkeme'nin temel ya da destek ölçü norm kabul etmesi konusunda çok kesin şeyler söylemek güçleşiyor.

Her konuda olduğu gibi burada da ayrı hukuk akımlarının etkisinde olanların yaklaşımı farklı olacaktır. Yargılamada anayasa üstü prensiplerin varlığını kabul edenlerin, Başlangıç'ı temel ölçü norm olarak benimsemesi formalist pozitivistlerden daha kolay olabilir. Ancak Başlangıç ilkeleri ile anayasa üstü prensipleri karıştırmamak gerekir. Anayasa üstü ilkeler, Başlangıç'ta sayılan değerlerden daha kapsamlı, onları içerebilecek ya da kısmen dışlayabilecek bir ifade. Ancak bir yargı organı elbette başlangıçtaki bazı ilke ve değerleri, benimsediği anayasa üstü ilkeleri desteklemek için kullanabilir.

Başlangıç'ın temel ölçü olarak kullanılmasında başkaca soru işaretleri de var. İlki, yukarıda değinildiği gibi benimsenecek yöntemin, hukuk metodunun, bir ölçüde değerlendirmeyi yapacak olan yargı organının yetkisinde oluşu. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Başlangıç'ı bazı kararlarında destek, bazı kararlarında temel ölçü norm olarak kullanırken kendisini bu tercih konusunda sınırlayacak bir düzenleme yok ve olması da pek mümkün değil. İkinci sorun, yöntem hangisi olursa olsun, ilkeler hakkındaki yorumun etten kemikten yargıçlar ta-

dırmaz. Zira Anayasa Mahkemesi bu belirsiz olduğu düşünülen kavramların içeriklerini belirginleştirebilir. Örneğin milli felaketler konusunda çıkarılacak bir kanunu Anayasa'nın Başlangıç kısmında geçen 'Türk vatandaşlarının sevinç ve kederde... ortak olduğu' yolundaki hükme dayanarak denetleyebilir. Atatürk ilke ve inkılapları konusunda bir ayırım yapmak gerekir... bazıları (cumhuriyetçilik, laiklik, milliyetçilik), 1982 Anayasası'nda ayrıca kabul edilmiştir... bunlar pozitif anayasal değere sahiptir... bir kısmı (devletçilik ve halkçılık) ise 1982 Anayasası tarafından açıkça bir temel ilke olarak kabul edilmemiştir... Kanımca Anayasa'da açıkça ve ayrıca kabul edilmemiş olan Atatürk ilke ve inkılapları konusunda da tereddüde yer yoktur" (Gözler 2000b: 87-89).

rafından yapılacak olması. Gerçi anayasa yargısı, anayasal ilkelerin yorumlanması üzerine inşa edildiği için özü itibarıyla siyasadır; ancak Başlangıç'taki ilkeler düşünüldüğünde, bunların yargıcın inisiyatif kullanmasına daha müsait olduğu görülür. Örneğin "bölünmez bütünlük", "milli gurur ve iftihar" ya da "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri" gibi ifadeler, hemen her yurttaş için farklı anlamlar ifade edebilir ve yargılamada kullanılmaları, bir insan, yurttaş, cinsiyet ve ideoloji sahibi olan yargıcın onları nasıl tanımlayacaklarına bağlıdır. Dolayısıyla Başlangıç ilkelerinin temel ölçü norm kabul edilmesi, yargıcın, anayasa yargısının özünde ve doğal olarak bulunan siyasal niteliğin ötesinde bir etki sahibi olması sonucunu doğurabilir. Bu durumun da her zaman demokratik sonuçlar vermediği bilinmektedir. Gerçi Kemal Gözler, Başlangıç'ta sayılan Cumhuriyet'in niteliklerine dair ilkelerin, Atatürk ilkelerinin pozitif hukuki değere sahip olduğunu (bkz. 36. dipnot) ve "Atatürk ilke ve inkılâplarının" ne anlama geleceğini yeri geldiğinde söylemekle yetkili organın Anayasa Mahkemesi olduğunu savunuyor. Anayasa'nın 176. maddesi karşısında bu yorumun yanlış olduğunu düşünmek de güç. Ancak düşüncenin doğruluğu, temel sorun olan "Mahkeme'nin yaptığı ya da yapacağı değerlendirmenin nesnelliği/hukukiliği" tartışmasına katkı sunacak türden değil.

Başlangıç Konusunda Sunulan Öneriler

Bu satırların yazıldığı 2011 yılının yaz aylarında, yeni anayasa konusu yine gündemin ilk sırasında. Ancak 1982 Anayasası döneminde tartışmaların hiçbiri yeni değil. Yaklaşık 30 yılda Anayasa'nın yarısından fazlası değiştirildi. Anayasa'nın tadil edilmesini önerenler olduğu gibi yeni bir anayasa yapılması gerektiğini düşünen ve kendi önerilerini sunan kurum ve partiler de oldu. Bunların tümüne değinmek gereksiz ancak hazırlandıkları dönem ve hazırlayıcılar nedeniyle diğerlerinden daha çok konuşulan bir-iki taslakta yer alan Başlangıç'lara göz atmak yararlı olabilir.

İlki, Anayasa'nın yapım aşamasında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakülteleri öğretim üyeleri tarafından hazırlanan metin.³⁷ Burada, Başlangıç'ın kaldırılması önerilmiştir. Öğretim üyelerine göre anayasacılık geleneğimizde olmayan Başlangıç, 1961'de

37. A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi 1982.

milliyetçiliğe Atatürkçü bir açıklık getirmek zorunluluğundan eklendi: "Aynı başlangıç paragraflarının yine aynı nedenlerle yeniden çeşitli tartışmalara yol açtığı, çözdüğünden daha çok sorun yarattığı, Anayasa Mahkemesi'nin eleştirilebilecek birtakım kararları için kaypak bir zemin oluşturduğu ve özellikle toplumun bir kesimini Anayasa'yla dışlanmış duruma soktuğu da bir gerçektir... Böylelikle, Anayasa'nın hukuk yapısı bakımından gerekli olmayan bir yüzünden sorunlara asıl çözüm getirebilecek yeniliklerin ikinci plana itilmesi ve bir bakıma ancak edebi değer taşıyabilecek bir cümleler dizisi üzerinde sonsuz tartışmaların açılması önlenmek istenmiştir." (a.g.y., Öneri: 5)

Başlangıç açısından anılmaya değer bazı öneriler TÜSİAD raporlarında yer almıştır.³⁸ TÜSİAD'ın ilk önerisi 2001 Anayasa değişikliğinde gerçekleşmiş ve "hiçbir düşünce ve mülhaza" ifadesi yerini "hiçbir faaliyete" ifadesine bırakmıştır. Söz konusu rapora göre özellikle beşinci paragraf sakıncalıdır. Çünkü orada sayılan bazı ilkeler zaten Anayasa'da korunmaktadır. Bazı ilkeler ise, yukarıda da anlatılmaya çalışıldığı gibi, hukuki değer ve anlam açısından açık değildir: "Üstelik sonuncusu hariç bunlar, aşırı milliyetçi, aşırı devletçi ve maneviyatçı karakterleriyle temel hak ve özgürlükler aleyhine kötüye kullanılmaya da pek elverişlidir." Rapor beşinci paragrafın tümüyle kaldırılmasını talep ediyor. Ayrıca, Başlangıç'ın, "demokrasi, özgürlük, temel haklar" gibi evrensel değerleri "bu Anayasa'da" diyerek çerçevelediği ve onları "millileştirdiği", oysa Türkiye'ye özgü bir hukuk devleti olamayacağı da raporun saptamaları arasında. Bu gerekçelerle TÜSİAD, üçüncü ve altıncı paragraflardaki "bu Anayasa" ifadesinin çıkarılmasından yanadır. Aynı kurumun, yıllar sonra yaptırdığı bir başka anayasa çalışmasında başlangıç kısmına, bu kez daha kısa yer verilmiştir. 2011 Mart'ında yapılan yuvarlak masa toplantısı ardından çıkan raporda söylenen şu: "Yeni anayasanın başlangıç metni, 1982 Anayasası'nın tersine kısa ve yalın olmalı, ideolojik anlamlar içeren ifadelere yer vermemeli, evrensel bir içeriğe sahip olmalı ve demokrasi, temel hak ve özgürlükler, hukukun üstünlüğü gibi ifadelere vurgu yapılmalıdır."³⁹

Aynı kategoride bir başka kuruluş olan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin (TOBB) 2000 yılında hazırladığı anayasa taslağı da ses getirmişti. Söz konusu taslak yeni bir başlangıç metni yazmış, eşitlik, de-

38. TÜSİAD 1997.

39. TÜSİAD 2011.

mokrası, insan hakları, barış, adalet ve dünya halklarının bir insanlık ailesi olması gibi temel ilkelere yer veren ilk paragrafın ardından ve Türkiye'nin 1876'da başlayan anayasa macerasına atıftan sonra laiklik, serbest piyasa koşullarında ekonomik faaliyet, sosyal adalet gibi konulara değinmiştir. Başlangıç'ın son satırı, önerilenler içinde kulağa ve akla en hoş gelenlerdendir: "Bu Anayasa varlık nedenini ve güvencesini Türk Halkının vicdanından almaktadır."⁴⁰ TOBB önerisi, Başlangıç'ı Anayasa metninden kabul eden hükmü ise kaldırmıştır.

Sermayedar örgütlerinin ardından son olarak Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) 2001 ve 2007 taslaklarıyla, Özbudun Taslağı olarak bilinen metne değinelim.

TBB'nin 2001'de hazırladığı metin halihazırdakini andırırcasına son derece uzundur. Bu kez darbe gerekçeleri yok tabii ama "Kurtuluş Savaşı"ndan "karşılıklı sevgi, saygı ve güven duygusuna", "Atatürk ilkelerinden" "dünya barışına" vs. hemen her insan erdemi ve demokratik sistem unsuru yine edebi olma kaygısıyla yazıya dökülmüştür; ancak düşünen ve edebi kaygılarla kaleme alanların edebiyatçı olmadığı da ortadadır.⁴¹ TBB önerisinin, Başlangıç'ın anayasa içindeki yerine dair düzenlediği hüküm (m. 186) diğerlerinden farklı: "Anayasanın dayandığı temel görüşü ve ilkeleri belirten Başlangıç, Anayasa metni bakımından yönlendirici nitelik taşır" (108). TBB bu düzenlemeyle Başlangıç'ın "destek ölçü norm" olarak ele alınmasını salık vermektedir.

TBB'nin 2007'de hazırladığı öneri de Başlangıç kısmına yer vermiş ve 188. maddesiyle yürürlükteki Anayasa'nın 176. maddesini korumuştur. İkinci önerinin diğerlerinden farkı daha derli toplu olması ve bazı idealleri, uygulamaya elverişli bir hukuk metni açıklığına yaraşır şekilde dile getirmesidir. Örneğin, insan haklarının dokunulmazlığı, ırk, dil, din ayrımcılığı yapmayan bir ulusal devlet, düşünce ve inanç özgürlüğünü yaşatmayı hedefleyen cumhuriyet, yurttaşlar arasında fırsat eşitliğini gözetken devlet, vb. Bu açıklık sayesinde Mahkeme'nin Başlangıç'taki ilkelerden destek olarak yararlanması kolaylaşabilir.⁴² Ancak metindeki bazı ifadelerin gereksizliği de hatırlatılmalı. Örne-

40. TOBB 2000: 24. Gerekçesinde, ilk paragrafın Birleşmiş Milletler Şartı ve diğer anayasalarımızın başlangıç kısımlarından, ikinci paragrafın Türk anayasa hareketinin gelişme yönünden esinlendiği belirtilmiştir. Ancak gerekçenin son satırı, Başlangıç'ın son satırını ne yazık ki olmadık bir ifadeyle açıklıyor: "Son cümle Türk Halkının kutsal gücünü belirtmektedir" (a.g.y.).

41. TBB 2001: 1.

42. TBB 2007: 29-31.

ğın ikinci paragrafta "ahlakın erdeminden", üçüncü paragrafta bağlamından biraz kopuk bir şekilde "dünya barışından", bir sonrakinde devletin niteliklerini sayarken "Aydınlanma'nın öncülüğünden", son paragrafta ise tanımlayarak "Atatürk Milliyetçiliğinden" ve malumu ilam edip Türkiye'nin "üniterliğinden" söz edilmesi, yine sonu gelmez tartışmalara neden olacak türden ifadeler.

Yakın zamanlı Özbudun Taslağı kısa bir başlangıç metni hazırlamıştır. Gerekçesinde, otoriter ve devletçi felsefenin izlerinin silindiği iddia edilmiş ve başlangıç kısmı anayasa metnine dahil sayılmamıştır. Şöyle ki: "Herkesin insan haysiyetinden kaynaklanan evrensel hak ve hürriyetlere sahip olduğu inancıyla hareket eden, her türlü ayrımcılığı reddeden, farklılıklarımızı kültürel zenginliğimizin kaynağı olarak gören bir eşitlik anlayışına sahip biz Türk Milleti; insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik ve laik Cumhuriyetin kurum ve kurallarını düzenleyen bu Anayasayı, egemen irademizin ve Cumhuriyetimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün çağdaş uygarlık hedefi ile ebedi barış idealine olan bağlılığımızın ifadesi olarak kabul ve teyit ederiz."⁴³ Gerek metnin içeriği gerekse Başlangıç'ın anayasa metninden sayılmaması göz önünde bulundurulduğunda, amacın Başlangıç'tan kaynaklanan hukuksal sorunları tümüyle bertaraf ederken, Atatürk'e de metnin bir yerinde yer vererek bir tür toplumsal uzlaşma sağlamak olduğu düşünülebilir.

Görüldüğü gibi, anayasalarda başlangıç, sözü uzatmaya uygun, tartışmanın bol olduğu konulardan biri; ancak bu yazı daha fazla uzatmaya niyetli değil. Açıkçası, başlangıçlar anayasa metinlerinde "olsa da olur olmasa da" niteliğine sahip kısımlar. Çalışmada ele alınan, başlangıca yer veren anayasalar ve Türkiye'nin Başlangıçları'ydı. Yer veren ülkelerin birbirinden ayrı gerekçeleri var. Ancak sonunda tümü benzer bir amaca hizmet ediyor: Anayasanın halkın uzlaşmasıyla kabul edildiğine ve bu uzlaşmayla yaşayacağına herkesi ikna etmek. Kuşkusuz uzlaşılan değerlerin bir kısmından her toplumun anladığı başka bir şey. Zaten başlangıç kısımlarındaki ton farklılıklarının nedeni de bu benzeşmezlikler. Türkiye için de yakın saptamalar yapılabilir. 1961 ve 1982 Anayasaları'nın Başlangıç kısımlarında tüm toplumu kapsamaya niyetli ifadelere yer verilse de ikisinin de ana eğilimi darbele-

43. İktidardaki parti Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından sipariş edilen ve kamuoyuna 29.08.2007 tarihinde sunulan Özbudun Anayasa Taslağı.

rin gerekliliğini ve hukukiliğini kanıtlayabilmektir.

Türkiye'de yeni bir anayasa yapılırsa başlangıç kısmının varlığı ve işlevi üzerine hangi yolun benimsenebileceği hakkında bir-iki tahmin yürütülebilir:

İlk seçenek, yeni anayasada bir başlangıca yer verilmemesi. Böylece tanımlanabilir pozitif hukuk kuralı niteliğindeki zaten anayasa metninde bulunacağından, ölçü norm tartışması da sonlanmış olacaktır.

Diğer seçenek; kısa, öz ve edebi kaygılar gütmeyen bir başlangıç metnine yer verip anayasa metnine dahil saymamak. Bu durumda "hukuki etki" tartışması sona erebilir. Ta ki Anayasa Mahkemesi, metne dahil olmasa da başlangıç kısmındaki ilkeleri oluşturduğu anayasallık bloku içine dahil etmeye karar verene dek.

Bir diğer seçenek, halihazırdaki metinde Özbudun Taslağı benzeri bir değişiklik yapıp "Anayasa metnine dahil" durumunu korumak. Böylece Mahkeme'nin, belirgin ve tanımı mümkün, ayrıca anayasanın içinde de yer verilen ilkelere başvurarak yapacağı değerlendirmeler daha sağlıklı olabilecektir.

Bu çalışmanın önerisi, başlangıç kısmının anayasa metnine dahil olduğunu hükme bağlayan düzenlemenin kaldırılması olabilir. Böylece, söz konusu ilkelerin yargılamada temel ya da destek ölçü norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı Anayasa Mahkemesi'nin inisiyatifine, dolayısıyla yargılama ve yorum süreçlerinin kendi doğal akışına bırakılır. Tabii illaki bir başlangıca yer verilecekse, kısa, anlaşılır ve tanımlanabilir ilkelerden oluşması doğru olacaktır. Edebi kaygı gözetilecekse de, genelgeçer, itiraz edilmesi güç bazı toplumsal ve ahlaki değerlere vurgu yapılması yeterli kabul edilebilir. Bunlar dışında bir "başlangıç", Cumhuriyet'in kurucusuna, milliyetçilik gibi uygar dünyada hiç de hazzedilmeyen bir sıfatla ilişkilendirmeden yer vermek için anlamlı bir kısım da olabilir. Kurucu'nun adı, 2012 yılında, milliyetçilik yerine diğer temel ilkeler olan laiklik, demokratiklik, hukuk devleti, barış gibi değerlerle anılmalıdır. Ayrıca başlangıç kısmı olacaksa, genelgeçer değerlere yapılan göndermelerdeki "Türk" isim/sıfatından vazgeçilmesi seçeneği de düşünülmelidir. "Ulus", "halk" gibi kavramlar çok daha kapsayıcıdır. Türklüğe yer vermek zorunlu görüüyorsa, Mustafa Kemal'in 1924 Anayasası için hazırladığı *Anayasa Taslağı*'nda önerdiği ve ayrıca 1924 Anayasası'nın TBMM görüşmelerinde de dile getirilip kabul görmeyen "Türkiyeli" ifadesi benimsene-

bilir. Böylece, kurucu unsur olduğu savıyla tek bir etnik kimliğe atıf yapılmasındansa, ülkede yaşayan herkesi kapsayan bir isim/sıfat kullanmak sorun çözücü bir adım olacaktır.

—

Federalizm ve Bölgesel Özerklik Tartışmaları

Oktay Uygun

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ilk olarak I. Dünya Savaşı'ndan sonra Osmanlı İmparatorluğu'nun işgal edilmemiş toprakları üzerinde *üniter* bir devlet olarak kuruldu. 1921 tarihli ilk anayasasında kamusal yetkilerin ağırlıklı olarak yerel yönetimler tarafından kullanılacağı belirtilse de, uluslaşma ve laikleşme sürecinin gerektirdiği radikal reformlar yetkilerin merkezde toplanmasını zorunlu kıldı. Anayasa metni ile uygulama arasındaki bu çelişki üç yıl sonra kabul edilen yeni anayasa ile giderildi: 1924 Anayasası'nda hem merkezîyetçi bir devlet yapısı, hem de homojen bir toplum yaratma hedefi açıkça benimsendi. Devletin kuruluş yıllarında katı merkezîyetçiliğin ve türdeş toplum yaratma çabasının bazı sakıncaları zamanla kendini göstermeye başladığında, yönetici seçkinler merkezin yetkilerinin azaltılmasına yol açabilecek her türlü girişimi ülkenin bölünmesine veya devletin kurucu ideolojisinin aşınmasına yol açacağı endişesiyle reddetti. 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde çıkartılan Siyasi Partiler Kanunu'nda partilerin federalizmi veya bölgesel özerkliği savunması parti kapatma nedeni sayıldı. Merkezîyetçiliğin azaltılmasına yönelik en ılımlı reformlar bile *devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü* ilkesinin ihlali olarak değerlendirildi. 1920'li ve 1930'lu yıllarda köklü reformlar gerçekleştiren devlet, çok partili hayata geçildikten sonra "Ülke bölünür", "Komünizm gelir", "Şeriat gelir" gibi endişelerle kurulu düzeni geliştirecek, yenileyecek hiçbir önemli adım atamaz hale geldi.

Günümüzde merkezîyetçi devlet yapısının ve türdeş toplum projesinin yarattığı sorunlar genellikle "Kürt sorunu" çerçevesinde tartışılı-

yor. Kürt sorunu bu konuda kritik önem taşımakla birlikte, aslında konuyu devletin çağdaş hukuk ve siyaset ilkeleri çerçevesinde yeniden örgütlenmesi suretiyle sosyal, ekonomik ve kültürel gelişmeye ivme kazandırılması çerçevesinde bütünsel olarak ele almak daha doğru olacaktır. Ülkemizde katı merkezîyetçiliğin yarattığı sorunların çözümü bakımından önerilen belli başlı görüşleri şu şekilde derecelendirmek mümkündür: 1) Devlet biçiminin üniter yapıdan federal yapıya dönüştürülmesi; 2) Özerk bölge yönetimlerinin kurulması; 3) Merkezi yönetimin yetkilerinin ağırlıklı olarak mevcut yerel yönetimlere bırakılması; 4) Merkezîyetçi yapı korunarak insan hakları ve demokratikleşme alanında daha güçlü reformlar yapılması. Bunlar içinde en çok tartışma yaratan görüşler, zaman zaman ayrılıkçı bir söylemi de barındıran federalizm ile bölgesel özerkliği amaçlayan yaklaşımlardır. Aşağıda bu görüşler dünyadaki örnekleri çerçevesinde incelenecek Türkiye bakımından ne derece uygun oldukları tartışılacaktır.

I. Üniter Devlet, Federal Devlet ve Bölge Devlet Kavramları

Devlet biçimlerinin *üniter* ve *federal* olarak ikiye ayrılması eğilimi, modern anlamda ilk federal devlet olan Amerika Birleşik Devletleri'nin 1787 Anayasası'yla kurulmasından sonra ortaya çıkmıştır. Üniter devlet sisteminde, kamusal yetkiler tek bir merkezde toplanır. Yasama, yürütme ve yargılama yetkilerini kendi bünyesinde toplayan bu birim *merkezi yönetim*'dir. Merkezi yönetim kırtasiyeciliğin önlenmesi, yerel sorunların yerel görevlilerce daha kısa sürede ve etkin bir şekilde çözülmesi, halkın siyasal yaşama katılımının artırılması gibi çeşitli nedenlerle, yetkilerinden bir kısmını çevre birimlere aktarabilir. Çevre birimler genellikle belediyeler gibi yerel yönetimlerdir. Üniter devletin temel özelliği, merkezi yönetimi hukuki açıdan en üstün iktidar merkezi olarak kabul etmesidir. Bu sistemde yerel yönetimler egemenlik yetkisi kullanmayan, merkezi yönetime bağlı idari birimlerdir. Bazı ülkelerde yerel yönetimlerin üzerinde özerk bölgeler de kurulmuştur. Özerk bölgelere yalnızca idari yetkiler değil, belirli konularda yasama yetkisi de tanınmışsa, devlet biçiminin "üniter" yapısının bozulduğu, siyasal yapının federasyona dönüşmemekle birlikte artık "bölge devlet" şeklinde yeni bir kategori altında incelenmesi gerekti-

ği kabul edilir. Yasama yetkisi tanınmasıyla siyasal birimlere dönüşen özerk bölgelerin örnekleri İtalya, İspanya ve Birleşik Krallık'ta (Büyük Britanya) görülebilir.¹

Federal siyasal sistemde kamusal yetkiler, üniter devletten farklı olarak, tek merkezde toplanmayıp, oluşturulan iki yönetim alanı arasında paylaştırılır. Bu iki yönetim alanında, yetkilerini doğrudan halktan alan çok sayıda iktidar merkezi vardır. Birinci yönetim alanı ulusal ölçekte kurulmuştur. Burada, "genel yönetim", "ulusal yönetim" veya "merkezi yönetim" olarak da adlandırılan "*federal yönetim*" faaliyette bulunur. Federal yönetimin yetki alanı, ülkenin tamamını ve yurttaşların bütününe kapsar. İkinci yönetim alanı ulus-altı ölçekte örgütlenmiştir. Bu alanda faaliyet gösteren yönetimler de, "eyalet yönetimleri", "bölgesel yönetimler" gibi adlarla anılan *federe yönetimler*dir. Federe yönetimlerin yetki alanı, ülkenin belirli bölgeleri ve/veya yurttaşların belirli bir kısmı ile sınırlıdır. Federe yönetimlerin (eyaletlerin) sayısı ülkeden ülkeye değişir. Amerika Birleşik Devletleri'nde 50, Almanya'da 16, Rusya'da 89, Hindistan'da 25 federe yönetim vardır (Uygun 2007: 8-12).

Federal devlet sisteminde, bütün iktidar merkezleri hukuki bakımdan birbirine eşit ve kurumsal bağımsızlığı olan siyasal birimlerdir. Bu modelde, üniter devlet sisteminin aksine, federe yönetimler (eyaletler) yetkilerini federal yönetimden almazlar. Federal yönetim de yetkisini eyalet yönetimlerinden almaz. Federal siyasal sistemin kendisi, kamusal yetkilerin birden çok iktidar merkezi arasında güvenceli biçimde bölünmesinin kabul edilmesi ve tüm yönetimlerin hukuki eşitliğinin sağlanması ile ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, yetki paylaşımına ilişkin esaslar, federal sistemi kuran ve iktidar merkezleri arasında gerçekleşen temel bir anlaşma ya da sözleşme niteliğindedir. Bu anlaşmanın değiştirilmesi, her iki yönetim alanında kurulan iktidar merkezlerinin uzlaşmasıyla mümkün olabilir.

Federal devlette, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getirecek organlar hem ulusal, hem de ulus-altı ölçekte (eyalet düzeyinde) kurulur. Bir başka anlatımla, federasyonlarda ülkenin tek anayasası, tek parlamentosu ve tek hükümeti yoktur. Federal bir devlet olan Amerika Birleşik Devletleri'nde 51 anayasa, 51 parlamento ve 51

1. Üniter, federal ve bölgesel devlet sistemleri hakkında Türkçe iki çalışma için bkz. Uygun 2007; Nalbant 1997.

hükümet vardır. Diğer federal ülkelerde de, devlet organları ve anayasalar, federal ve federe yönetimlerinin sayısı kadardır. Buna karşılık, Türkiye ve Fransa gibi üniter devletlerin, kural olarak, tek anayasası, tek parlamentosu ve tek hükümeti vardır.

Ulusal ölçekte kurulan federal yönetim ve ulus-altı ölçekte kurulan federe yönetimler, kendi yetki alanlarına giren konular bakımından nihai karar verme yetkisine sahiptirler. Bu özellik, genellikle *iktidarın bölünmesi ilkesi* olarak adlandırılır.² İktidarın iki yönetim alanı arasında (ulusal ve ulus-altı düzeylerde) bölünmesi, tek başına federal devlet sisteminin ayırt edici özelliği değildir. Bu özellik ikinci bir özellik ile tamamlandığında ortaya federal sistem çıkar. Bu ikinci özellik, *katılım ilkesi* olarak adlandırılır. Katılım ile kastedilen, federal devletin eyaletlerinin (federe birimlerin) ulusal karar alma sürecine etkili biçimde katılmasıdır. Katılım ilkesi, federalizmi, iktidarın bölündüğü diğer sistemlerden ayırır. Siyasal iktidarın birden çok iktidar merkezi arasında bölünmesi, daha farklı bir anlamda da olsa, feodalizmde, korporatist rejimlerde, imparatorluklarda ve özerk yönetimlerin söz konusu olduğu üniter devletlerde de görülebilir. Fakat bu sistemler, güçlü özerklik tanıdıkları alt birimlere ulusal politikanın belirlenmesine katılma imkânını ya hiç vermezler ya da verseler bile göstermelik olur (Uygun 2007: 72).

Bu açıklamalar ışığında federal sistemin tanımı şu şekilde yapılabilir: Federal devlet, siyasal iktidarın biri ulusal, diğerleri ulusaltı ölçekte olmak üzere çok sayıda iktidar merkezi arasında güvenceli şekilde bölündüğü ve ulusaltı birimlerin ulusal karar alma sürecine etkili biçimde katıldığı bir örgütlenme biçimidir.

2. Fransızca eserlerde bu özellik "*özerklik ilkesi*" olarak adlandırılmakla birlikte, federal sistem için bu terimi kullanmak doğru değildir. Özerklik kavramı, yetkilerin toplandığı güçlü bir merkezin olmasını gerektirir. Özerklik böyle bir merkezden aktarılan yetkilerin genişliğiyle ölçülen bir kavramdır. Oysa federal devlet sisteminde eyaletler (federe birimler) yetkilerini başka bir merkezden almazlar. Onlar özerk değil, diğer iktidar merkezleri ile eşit statüde bulunan ve kurumsal yapısıyla onlardan bağımsız birimlerdir. Özerklik kavramının, üniter devlet sisteminde güçlü yerel ya da bölgesel yönetimleri tanımlamak için kullanılması daha doğru olur.

II. Demokrasi ve İnsan Hakları Açısından Üniter ve Federal Sistemlerin Karşılaştırılması

Federal sistemin, üniter sisteme göre daha demokratik, daha özgürlükçü ve toplumların çoğulcu yapılarına daha uygun bir devlet biçimi olduğu konusunda yaygın bir kanaat vardır. Tarihsel deneyime baktığımızda, federal sistemin bu alanlarda önemli başarılar kazandığını görebiliriz. Yukarıda açıklanan "iktidarın bölünmesi" ve "katılım" ilkelelerini içermesi nedeniyle, federal sistem demokrasinin güçlenmesi ve insan haklarının korunmasına elverişli bir çerçeve sunmaktadır. Örnek vermek gerekirse, federe birimlerin ulusal politikanın belirlenmesine katılabilmesi için seçim, temsil gibi demokratik mekanizmaların kurumsallaştırılması bir zorunluluktur. İktidarın bölünmesi ilkesi, her federe birimin dilsel, dinsel, etnik, kültürel, tarihsel veya ekonomik farklılıklarını korumasına ve geliştirmesine imkân tanır. Ülke içinde azınlıkta kalan gruplar, federe birimler olarak örgütlenmek suretiyle farklılıklarını koruyabilir ve geliştirebilirler. Çok-merkezli siyasal yapı, iktidarın tek elde toplanmasını ve demokratik rejimin çoğunluğun despotizmine dönüşmesini engeller. Federal sistem, birden çok siyasal iktidar merkezi yaratması nedeniyle siyasal katılımı artırır ve halk ile iktidar arasındaki mesafeyi kısaltır.

Buna karşılık üniter sistem, demokratik ilke ve kurumları illaki içermez. Serbest seçimlerin, genel ve eşit oy ilkesinin, temsil kurumunun, insan haklarının ve çoğunluğun yönetme hakkının reddedildiği otokratik bir rejim, üniter sistemde varlığını sürdürebilir. Otoriter ve totaliter rejimler, tek parti diktatörlükleri ve askeri yönetimler açısından, üniter siyasal yapı, yetkilerin tek merkezde toplanması ve ülkenin otokratik kontrolü için en uygun biçimdir. Kuşkusuz, üniter sistem içinde yüksek standartlarda bir demokrasi ve insan hakları anlayışı da geliştirilebilir. Nitekim demokrasi ve insan hakları sicili çok parlak üniter devletler mevcuttur. Burada söylenmek istenen, federal sistemin otokratik bir rejim ile bir arada var olamayacağıdır. Buna karşılık, üniter sistem hem demokrasi hem de otokrasi ile bağdaşır (Duchacek 1986: 96; Wheare 1964: 47; Hicks 1978: 4).

Bugüne kadar birçok siyaset kuramcısı, federalizmin azınlık haklarının korunması için en uygun siyasal sistem olduğunu savunmuştur. Federal devlet, anayasal güvenceye kavuşturulmuş birden çok iktidar

merkezi yaratmak suretiyle, toplumsal yapıdaki farklılıkların korunması ve ifade edilmesine elverişli bir ortam hazırlar. Özellikle dil, din veya etnik kimlik göz önüne alınarak kurulan federe birimler, farklı kimlik ve özelliklerin ulusal yönetim karşısında korunması ve geliştirilmesi bakımından geniş olanaklara sahiptirler. Fakat toplumsal yapıdaki farklılıkların, üniter devlet sistemi içinde özerk yönetimler oluşturularak ve insan hakları ilkesine saygı gösterilerek korunması da mümkündür.

Konunun bir başka yönü, federal demokrasilerin kendilerine özgü bazı sorunları olmasıdır. Federal devlette, federe yönetimlerin, kendi yetki alanlarına giren konular bakımından nihai karar verme yetkisine sahip iktidar merkezleri olmaları iki yönlü bir sonuç doğurur. Bu durum, bir yandan federe birimlerin etnik, dilsel, dinsel kimliklerinin ve farklı çıkarlarının güçlü şekilde korunmasını sağlarken, diğer yandan o federe birimlerde azınlıkta kalan grupların çıkarları için tehlike oluşturabilir. Nitekim federalizm, Amerika Birleşik Devletleri'nde, bütün federe birimlerde azınlıkta kalan siyahların haklarının korunmasında başarılı olamamıştır (Uygun 2007: 249).

Federalizm, bir ülkenin uluslararası insan hakları sözleşmelerini onaylaması bakımından olumsuz bir etki yapabilir. Özellikle, federe birimleri etnik, dinsel veya dilsel açıdan büyük farklılıklar üzerine kurulmuş federasyonlarda, bu konuda bazı sorunlarla karşılaşıldığı görülmüyor. Federe birimler, insan haklarına ilişkin sözleşmeleri kendi yetki alanlarına bir müdahale olarak değerlendirmektedir. Sözleşmelerde *birey* esas alınarak "herkes"e tanınan haklar, etnik, dilsel veya dinsel özellikleriyle belirli bir *topluluğu* korumayı hedef alan federe yönetimlerin politikalarıyla çelişebilmektedir.

Geçmişte, Amerika Birleşik Devletleri'nde Güney eyaletlerinin siyahlara; günümüzde, Kanada'da Fransız kökenlilerin çoğunlukta olduğu Québec eyaletinin İngiliz kökenlilere; ABD, Kanada ve Avustralya'da çeşitli eyaletlerin yerli halklara karşı izledikleri politikalar, azınlık haklarının korunmasına daha elverişli olduğu tezini ciddi ölçüde zedeliyor. Federalizm, ülke düzeyinde azınlıkta olan bazı gruplara kendi yönetimlerini kurma olanağı tanıyarak önemli bir güvence sağlarken, federe birimler düzeyinde azınlıkta kalan gruplara aynı güvenceyi verememektedir.

Dünyadaki ilk federal devletler için, federalizmin benimsenmesinde, bu sistemin çoğulculuk, demokrasi ve insan hakları gibi alanlarda

sergilediği üstünlükler ikinci sırada gelmiştir. 18. ve 19. yüzyıllarda, federal sistem, daha çok, büyük toprakları tek merkezden yürütmenin zorluğu nedeniyle benimsenmiştir. Ulaşım ve iletişim olanaklarının, askeri teknolojinin henüz yeterince gelişmediği o dönemde, ABD, Kanada, Avustralya gibi ülkeleri tek merkezden yönetmek fiilen olanaksız ya da çok zordu. Özellikle Avustralya örneği bu konuda ilginçtir. Avustralya eyaletleri ne ABD eyaletleri gibi İngiliz, Fransız, Alman, İspanyol, vb. göçmenlerin sergilediği çeşitliliği gösterir, ne de Kanada gibi İngiliz-Fransız kökenlilerin kutuplaşmasına sahne olur. Bütün eyalet halkları aynı dili, aynı dini ve kültürü paylaşır. Ama homojen bir yapısı olsa da, bu devasa ülkeyi o yıllarda merkezden yönetmek çok zordu. Günümüzde, teknoloji en büyük ülkeleri, hatta tüm dünyayı tek merkezden yönetmeyi mümkün kılacak kadar gelişmiştir. Artık federal sistemi cazip kılan, onun farklılıkları "çeşitlilikte birlik" (*unity in diversity*) şiarıyla bir arada yaşatma yeteneğidir.

III. Bölge Devlet Sistemi

Günümüzde, bazı üniter devletlerde, etnik, dilsel, dinsel veya tarihsel özellikleri nedeniyle farklılaşan bölgelerin, değişik ölçülerde özerklikten yararlandıkları görülüyor. Türkiye'nin bölgesel devlete dönüşmesini savunan görüşlerin argümanlarını sağlıklı biçimde değerlendirebilmek için İspanya, İtalya ve Fransa'daki bölgesel yönetim örneklerini incelemekte yarar var.

İtalya

İtalya, özerk bölgesel yönetimlere tanınan yetkilerin büyük ölçüde anayasal güvenceye kavuşturulduğu ülkelerden biridir. 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nda, özerk bölgelerin adları, mali özerklikleri, yasa- ma ve yürütme organları belirtilmiştir.³ Anayasada sayılan 20 özerk bölgeden, önce yalnızca 5'inde, 1970 yılından itibaren ise, tümünde özerk yönetimler kurulmuş ve faaliyete başlamıştır (Duchacek 1986: 75 vd; Nalbant 1997: 258 vd).

Ekim 2001 tarihinde değiştirilen İtalya Anayasası'na göre, "yasa- ma yetkisi Anayasa'ya uygun olarak, Avrupa Birliği hukuku ve ulusla-

3. İtalyan Anayasası, 114-33. maddeler.

rarası yükümlülüklerden kaynaklanan sınırlar içinde devlet ve bölgeler tarafından kullanılır." Anayasa merkezi yönetimin yetkileri ile ortak yetki alanına giren konuları ayrıntılı olarak saymış, diğer tüm konular üzerinde bölgelerin münhasır yasama yetkisi bulunduğunu belirtmiştir.⁴ 2001 değişikliği uyarınca, dış ilişkiler, ulusal savunma, kamu düzeni ve adaletin sağlanması, seçim yasası ile çevreye ilişkin bazı konular dışında tüm kamusal yetkiler bölge yönetimlerine bırakılmıştır.

Özerk yönetimlerin İtalya'da, bölgesel kimlik ve çıkarların korunması bakımından ne derece başarılı oldukları tartışmalıdır. Fakat 1947 Anayasası'ndan önceki dönemde uygulanan katı merkeziyetçiliğin bazı sakıncalarını giderdiği kabul edilmektedir. Bu yönetimlerin, ilk başlarda duyulan "ülkenin bölünmesine vesile olacakları" endişesini haklı çıkardıkları söylenemez. Yine de, İtalya'da son 20 yılda ayrılıkçı akımların güçlendiği ve bölge yönetimlerini etkilediği açıktır. 1990'lı yıllarda yapılan seçimler İtalyan siyasal sisteminde bölgeler arasındaki önemli bir karışıklığı, Kuzey-Güney çekişmesini, gündemin birinci maddesi haline getirmiştir.

İtalya'da üç partinin ittifakıyla oluşmuş *Kuzey Birliği*, federalizmi ve zaman zaman da ayrılıkçılığı savunan görüşleriyle halktan büyük destek görmüştür. Birliği oluşturan en büyük partinin, *Lombard Birliği*'nin, 1993 yerel seçimlerinde Milano ve Torino gibi önemli kentlerde %35'in üstünde oy alarak en büyük siyasal güç haline gelmesi dikkat çekici bir gelişmedir (Woodes 1995: 187-203; Desideri 1995: 65-87). Kuzey Birliği, en büyük seçim başarısını 1996 genel seçimlerinde yaşadı. Ülke düzeyinde %10,1 halk desteğine ulaştı. Lombardiya bölgesinde %25,5, Veneto'da %29,5 oy aldı. Sonraki seçimlerde oy oranı giderek düşen Kuzey Birliği, 2006 seçimlerinde ülke düzeyinde %4,6'ya geriledi, 2008 seçimlerinde %8,3'e yükseldi.⁵ Üniter devlet yapısının değiştirilmesini hedefleyen bu partinin önemli bir halk desteği sağlaması kadar, böyle bir olayın Lombardiya bölgesinde ortaya çıkması da İtalyan kamuoyu için şaşırtıcı olmuştur. Bu arada Lombardiya'nın, İtalya'nın diğer bölgelerinden daha güçlü bir bölgesel kimliğe sahip olduğu da söylenemez. 1980'li yıllarda yapılan bir araştırmada,

4. İtalyan Anayasası, m. 117/1-4.

5. Kuzey Birliği'nin 1990-2006 yılları arasındaki seçimlerde elde ettiği oy oranları için bkz. en. Wikipedia.org/wiki/Lryd-Nord (erişim tarihi: 01.08.2011).

bölgede yaşayanların yalnızca %3,7'si Lombardiyalılığı birinci kimlik olarak kabul ettiğini ifade etmiştir.⁶

Kuzey Birliği'nin en radikal siyasal girişimlerinden biri de, Mayıs 1996'da, ülkenin yaklaşık 25 milyonluk bir nüfus barındıran kuzeyinde, *Padanya* adı altında ayrı bir cumhuriyet kurulduğunu ilan etmesi olmuştur. 1990'lı yıllarda ayrılıkçı radikal söyleme sahip olan birliğin, 2000'li yıllarda söylemini bir hayli yumuşattığı görülüyor. Artık kuzeyin bağımsızlığı fikrini terk etmiş olan Birlik, İtalya'yı *Kuzey, Orta ve Güney* şeklinde üç büyük coğrafi bölgeden oluşan bir federasyona dönüştürmeyi amaçlıyor. Kuzey Birliği'nin 1990'lardaki başarısı, ortak bir bölgesel kimliğe dayanmaktan çok, ülke kaynaklarının Kuzey ile Güney arasında dengesiz bölüşümüne duyulan tepkiden kaynaklanıyor. Nitekim Birliği oluşturan partilerden biri olan Veneto Birliği, seçimlerde, "Kuzeyden para, güneyden mafya" sloganıyla halktan oy almıştır. Kaynakların dengesiz bölüşümü, yolsuzluklar, sağlıksız göçmen politikası, bürokrasideki partizanlıklar ve benzer konulardaki memnuniyetsizlikler, kuzeyde bölgesel bir tepki olarak ortaya çıkmıştır (Woodes 1995: 197).

İspanya

Bölgesel birimlere tanınan özerkliğin anayasal güvenceye bağlandığı diğer bir devlet İspanya'dır. Bu ülkede Franco'nun ölümünden kısa bir süre sonra yürürlüğe giren 1978 anayasası ile bölgesel birimlere değişik derecelerde özerklik tanınması esası kabul edilmiştir. İspanyol Anayasası, İtalyan Anayasası'ndan farklı olarak, yalnızca çeşitli bölgelerin özerklik elde edebilmelerini sağlayacak yöntemleri belirtmekte ve merkezi yönetimin yetki alanından bölgesel yönetimlerin yetki alanlarına aktarılabilir kamusal faaliyetlerin listesini vermektedir. Her bölge, anayasada belirtilen esaslar doğrultusunda, kendisine özerklik sağlayacak yöntemleri kendisi belirleyecek ve yerinden yönetim koşullarını müzakere edecektir (Guibernau 1995: 239-54; Moreno 1997: 65-84; Esen 2009: 622-31; Nalbant 1997: 269-93; Keleş 1994: 59).

6. Araştırmanın sonuçlarına göre, bölge halkının %11,7'si İtalyan kimliğini, %2,9'u yerel kimliklerini birinci kimlik olarak bildirmişlerdir. Nüfusun geri kalan %81,7'si, birinci kimliklerini sınıfsal, mesleki, dinsel ve benzeri mülki (*territorial*) olmayan kavramlarla ifade etmişlerdir. Bkz. Woodes 1995: 196.

Bugün, İspanya'da, ülkenin tümünü kapsayan 17 özerk yönetim kurulmuştur. Özerk yönetimler, tarihsel, kültürel, dilsel veya ekonomik özellikleri ortak olan coğrafi bölgelerde oluşturulmuştur. İspanya Anayasası, söz konusu yönetimlerin kuruluşu bakımından üç ayrı yol öngörmektedir (Keleş 1994: 59 vd): İlk olarak, yerel yönetim birimi olan ili temsil eden "il meclisi" özerklik sürecini başlatabilir. Ortak özellikler taşıyan iller, bu yolla, bir özerk bölge statüsü içinde birleşebilirler. İkinci olarak, özerklik süreci, her ildeki seçmenlerin çoğunluğunu temsil eden belediyelerin üçte ikisinin girişimiyle başlatılabilir. Üçüncü bir yol ise, ilk iki yolun kullanılamaması durumunda veya bir il örgütüne bağlı olmayan yerlerde, ulusal parlamentonun özerk yönetimlerin kurulması için girişimde bulunmasıdır.

İspanya'da her özerk yönetimin bir parlamentosu vardır. Parlamento üyeleri genel oyla, halk tarafından doğrudan seçilir. Parlamento, kendi içinden bir başkan seçer ve özerk yönetimin hükümetini belirler. Özerk yönetimler, anayasada sayılan konularla sınırlı olarak, özerklik statülerinde belirtilen alanlarda *yasama yetkisini* kullanır. Ulusal parlamentodan özerkliklerini kısıtlayacak müdahaleler geldiği takdirde, Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilirler. Özerk yönetimler, ulusal parlamentonun ikinci kanadına (senato) temsilci göndermekle birlikte, senato üyelerinin büyük kısmı il esasına göre seçilir (a.g.y.: 68 vd).

İspanyol siyasal sistemi, giderek federal özellikleri ağır basan bir modele doğru evrilmektedir. Konuya salt hukuki pencereden bakan kişiler ayrı tutulursa, İspanya'nın gerçekte bir federasyona dönüştüğünü savunan yazarlar çoğunluktadır. Bu ülkede siyasal sistemin işleyişinin üniter yapıdan çok federal bir nitelik arz ettiğini söylemek mümkün aslında. Üstelik 1997'de, siyasal sistemin işleyişinde 1980'lerin sonunda önem kazanacak olan federal bir öge yasal temele oturtulmuştur: Özerk bölgeler, Avrupa Birliği ile ilişkiler konusunda, ulusal karar alma sürecine katılmaktadırlar. "Avrupa İşleri Konferansı" adıyla yapılan toplantılarda, özerk bölgelerin ortak kararı, konunun özelliğine göre istişari ya da bağlayıcı olmaktadır. Ayrıca 1997'de sözü edilen konferansların birinde yeni bir makam ihdas edilerek (Consejero Autonomico), özerk bölgelerin Avrupa Birliği nezdinde İspanya'nın Brüksel'deki daimi temsilcisiyle beraber temsil edilmesi esası kabul edilmiştir (Börzel 2000: 17-42).

İspanya'da bölgesel devlet uygulamasının ilginç bir yönü de, özerk yönetimlerin halklarına "*milliyetler*" (ulusal topluluklar) adının veril-

miş olmasıdır. Buna karşılık, yine üniter bir devlet olan Fransa'da, bölgelerin insan unsurunun Fransız halkından ayrı bir "halk" olarak nitelendirilmesi anayasaya aykırı görülmüştür.

İspanya, diğer bölgesel devletlerden farklı olarak daha güçlü bölgesel kimliklere ve buna paralel olarak ayrılıkçı hareketlere ev sahipliği yapmaktadır. İspanya'daki bölge yönetimlerinin ve bölgesel kimliklerin siyasal sistem içindeki öneminin bir göstergesi olarak şu noktalara işaret edilebilir: İspanya'da hemen her seçimde 5 ila 9 bölgesel parti ulusal parlamentoda temsil edilmektedir. 17 özerk bölgenin 14'ünün parlamentosu veya hükümetinde bölgesel partiler oldukça etkindir. Tablo 1'de görüleceği gibi, Bask ülkesi ve Katalonya'da siyasallaşan bölgesel kimlikler İspanyol kimliğinden daha güçlüdür. Her iki bölgede de, nüfusun yaklaşık yarısı bölgesel kimliğini bir ulus (*nation*) olarak nitelemekte ve İspanya'yı çok-uluslu bir devlet olarak kabul etmektedir. Altı bölgesel dil, İspanyolcayla birlikte resmi dil statüsüne kavuşturulmuştur. Bask ülkesi, Katalonya ve Navarre'de üç ayrı polis teşkilatı kurulmuştur. Toplam kamusal harcamaların %33'ünü İspanyol bölgeleri, %53'ünü merkezi yönetim, %14'ünü yerel yönetimler gerçekleştirmektedir (Llera 2009: 305-35).

**Tablo 1: İspanya'da Ulusal ve Bölgesel Kimliklerin Algılanışı
(2007 Yılı Araştırması)**

İspanya / İspanyol kimliği sizin için ne anlama gelir?

	Milletim, ülkem	Yurttaşı olduğum devlet	Çok-uluslu bir devlet adı	Yabancı bir ülke
Bask Ülkesi	%24	%18	%42	%13
Katalonya	%35	%14	%45	%3
İspanya (Genel)	%63	%16	%18	%2

Fransa

Fransa'da 1982'den sonra yerel yönetimler yeniden düzenlenmiş ve 27 bölge yönetimi oluşturulmuştur. *İtalya ve İspanya bölgelerinden farklı olarak, bu bölgelerin (ve ayrıca deniz aşırı toprakların) yasama yetkileri yoktur.* Bölgeler etnik, kültürel, dilsel veya dinsel öğelerle beslenen bir özerkleşme sürecinin ürünü olmayıp, daha çok uygun bir öl-

çekte ekonomik gelişmenin eşgüdümünü sağlamak amacıyla kurulmuştur (Duchacek 1986: 77 vd; Keleş 1994: 39-56; Nalbant 1997: 237-55). 2003 tarihli bir yasayla bölge, il ve belediye yönetimlerine yasalara ve düzenleyici işlemlere bağlı kalmadan işlem yapma imkânı (deneme yetkisi) tanınmıştır. Beş yıl süreyle, temel haklara dokunmaksızın ve yasanın belirlediği koşullar altında kullanılacak deneme yetkisiyle, yerinden yönetim birimleri sunacakları hizmetin hukuksal rejimini belirleyebileceklerinden, aslında yasama yetkisinin kullanılmış olacağı ileri sürülmüştür (Karahanoğulları 2009: 151-66).

1991 tarihli kararında, Fransız Anayasa Konseyi, Korsika'nın statüsüne ilişkin yasanın birinci maddesinde geçen, "Fransız Halkı'nın unsuru Korsika Halkı" ifadesini, Anayasal açıdan olanaksız bir nitelendirme olarak değerlendirmiştir. Konseye göre Fransız Anayasası, Fransız Halkını alt bölümlere ayrılması mümkün olmayan tekil (üniter) bir kategori olarak kabul etmektedir. "Korsika Halkı" deyimi, köken, ırk veya din farkı gözetmeksizin, bütün Fransız yurttaşlarından oluşan Fransız Halkından başkasını tanımayan Anayasa'ya aykırıdır.⁷

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, kararlarında, yukarıda belirtilen Fransız Anayasa Konseyi'nin 1991 tarihli kararına göndermede bulunmaktadır. Kararda belirtildiği gibi, Fransız Halkının unsuru (tamamlayıcısı) şeklinde bile ifade edilse, "Korsika Halkı" deyimi anayasaya aykırı görülmüştür. Fakat gözden kaçırılan nokta, yasanın Korsika'ya özerklik veren hükümlerinin özüne dokunulmamış olmasıdır. Yasa, Korsika dilinin (seçimlik ders olarak) öğretimine olanak tanımaktadır. Dil ve etnisite açısından Fransa'dan farklı olan Korsika'nın özerkliği Ocak 2002 tarihli bir yasayla güçlendirilmiştir. Buna göre, Korsika yerel parlamentosu ada ile ilgili konularda yetki ve mali kaynak yönünden desteklenecek, Korsika dilinin okullarda daha iyi öğretimi için müfredat geliştirilecektir. Bu düzenleme 2004 tarihine kadar bir "deneme" niteliğindeydi. Denemenin başarılı olması durumunda, bu tarihte Fransız Anayasası değiştirilerek, özerkliğin anayasal güvenceye kavuşturulması üzerinde anlaşılmıştı. Ancak gelişmeler beklendiği gibi sonuçlanmadı. Fransız hükümetince hazırlanan ve Korsika yönetiminin yetkilerini kısmen artıran özerklik planı, 2003 yılında ada halkının %51'inin "hayır" oyuyla referandumda reddedildi.

Fransa, ülkedeki sosyolojik azınlıkların adlandırılması konusunda

7. Bu kararın kısa bir özeti ve değerlendirmesi için bkz. Oktay 1995: 57-58.

en az Türkiye kadar duyarlı olmasına karşın, dilsel ve kültürel farklılıkların korunması ve geliştirilmesi konusunda bizden farklı politikalar izlemektedir. Geçmişte izlenen asimilasyonist politikaların artık terk edilmeye başlandığı görülüyor. 1925 yılında, dönemin eğitim bakanı, "Fransa'nın tarihsel birliği için Brötonca'nın ortadan kaldırılması gerekir," tespitinde bulunmuştu. Daha sonra, 1951'de, beş bölgesel dili (Bask, Bröton, Katalan, Korsika ve Oksitan dillerini) tanıyan bir yasa çıkarılmıştır. Fransa, etnisite ve azınlık kavramlarını kullanmaktan kaçınmakla birlikte, ülkesindeki dil ve kültür farklılıklarının uluslararası belgelerde öngörülen standartların gerisine düşmeyecek şekilde korunması ve geliştirilmesine olanak tanıma çabası içindedir (Duchacek 1986: 77 vd; Uygun 1999: 419-21).

Fransa'da dil ve kültür farklılıklarının korunmasına yönelik reformlar, daha çok, bölge yönetimlerini güçlendirerek, katı merkeziyetçilikten uzaklaşılması politikasına dayanıyor. Bu yöndeki politikalar, geçmişte ülke bütünlüğünün korunması mülahazasıyla yoğun biçimde eleştirildi. François Mitterrand, reformların gerekçesini 1981 yılında şöyle açıklamıştır: "Fransa'nın kurulabilmesi için, geçmişte, güçlü ve merkeziyetçi bir iktidara gereksinme duyulmuştur. Bugün ise, dağılmaması için, siyasal erkin ağırlıklı olarak yerel yönetimlere bırakılması zorunlu duruma gelmiştir" (Keleş 1994: 52). Reformları gerçekleştiren Sosyalist Parti tarafından, 1991'de reformları savunmak için yayımlanan *1980'li Yılların Fransası için Sosyalist Proje* adlı kitapta, dil ve kültürün korunması politikası şu sözlerle savunulmuştur: "Birer kültürel gerçek olan bölgesel dillerin tanınmasının, onların politik gerçek olarak da tanınmasına yol açacağı doğrudur. Bu da bir halkın ruhunun boğulması politikasına tercih edilir bir durumdur" (Duchacek 1986: 77).

IV. Bölge Devlet ve Federal Devlet Sistemlerinin Karşılaştırılması

Üniter bir devletin, geleneksel yerel birimler olan il veya belediyelerden daha geniş bölgelere ayrılması ve bu bölgelerde yasama yetkisine sahip özerk yönetimler kurulması, bazı yazarları, bölgesel devletin federalizm anlamına gelip gelmediğini tartışmaya yöneltmiştir. Bölge devlet, üniter devletten federal devlete geçiş sürecinde bir ara durak olabilir mi? Bu konuda, bazı federal düzenlemelerden yararlanan İtal-

ya ve İspanya örnekleri özellikle dikkat çekicidir. Bununla birlikte, federal devlet ile bölgesel devlet arasında çok önemli farkların bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

2001 değişikliğinden önce İtalyan Anayasası özerkliği güvence altına almakla birlikte, merkezi yönetimin özerk yönetimlerin kuruluş ve işleyişine müdahale imkânlarını açık tutmuştu. Örneğin, federal devletlerde federe yönetimlerin anayasasıyla karşılaştırılabilecek bir belge olan, İtalyan bölgelerinin iç örgütlenmelerine ilişkin bölge temel yasasının Bölge Kurulları (yasama organı) tarafından hazırlanacağı kabul edilmiş; fakat ulusal parlamentonun, bir yasayla bu kuruluş yasasını uygun bulması koşulu getirilmişti.⁸ Yine, merkezi yönetim özerk bölge yönetimlerinin işleyişine de müdahale edebilmekteydi. Bölge merkezlerinde tayin edilmiş bir görevli, merkezi yönetim tarafından verilen idari görevlerin özerk yönetimlerce yerine getirilip getirilmediğini denetleyecekti.⁹ Bölge Kurulları'nın kabul ettiği yasalar üzerinde, merkezi yönetimin *geciktirici veto yetkisi* vardı.¹⁰

2001 değişikliğiyle bu hükümler kaldırıldı. Yeni düzenlemeye göre, bölge temel yasası merkezi yönetimin müdahalesi olmaksızın Bölge Kurulları tarafından hazırlanacaktır. Merkezi yönetimin bu noktada sahip olduğu tek denetim olanağı, temel yasayı 30 gün içinde Anayasa'ya uygunluk denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne götürmektir (m. 123). Aynı yetkiye, Bölge Kurulları'nın çıkardığı normal yasalar bakımından da sahiptir (m.127). 2001 değişikliğiyle bölgelerin yasama yetkisi üzerinde merkezi yönetimin siyasal denetim olanağının kaldırılması federalizme yaklaşan bir özelliktir. Bununla birlikte Anayasa'nın 126. maddesi, merkezi yönetime federalizmle bağdaşmayan bir yetki tanımıştır: İtalya Cumhurbaşkanı, gerekçe göstermek suretiyle Bölge Kurulları'nı feshetme ve Bölge Hükümeti'nin başkanını görevden alma yetkisine sahiptir.¹¹ İtalyan Anayasası'ndaki bu hükümler, bazı federal özellikler içermekle birlikte, merkezi yönetim ile bölgesel yönetimlerin eşitlik ve bağımsızlığının sağlanmamış olduğunu gösteriyor.

8. İtalyan Anayasası, m. 123. Buna karşılık, federal devlette, federe birimler kendi anayasalarını, federal yönetimin hiçbir müdahalesi olmaksızın, kendileri hazırlayıp yürürlüğe sokarlar.

9. İtalyan Anayasası, m. 124

10. İtalyan Anayasası, m. 127. Merkezi yönetim, bu yasaları Anayasa Mahkemesi'ne veya Ulusal Parlamento önüne getirerek geçersiz sayılmasını isteyebilirdi.

Federal devlet sisteminde, yetki paylaşımına ilişkin kurallar anayasa ile belirlenir ve yönetimlerden biri tarafından tek yanlı olarak değiştirilemez. Buna karşılık, üniter devlette özerk yönetimlerin yetkileri genellikle yasayla düzenlenir. İtalya ve İspanya'da olduğu gibi, anayasal güvence söz konusu olsa bile, *merkezi yönetim tek yanlı bir işlemle yetki paylaşımına ilişkin anayasa hükümlerini değiştirebilir*.¹² Özerk yönetimlerin bu değişikliği onaylamaları koşulu aranmaz.

Burada, özerk yönetimlerin yetkilerinin güvencesi bakımından önemli olan, ulusal parlamentonun anayasa değişikliğini hangi çoğunlukla kabul edeceği değildir. Üçte iki veya dörtte üç gibi nitelikli çoğunluklar aransa bile, anayasayı değiştirecek olan merkezi yönetimdir. Bu nokta, özerk bölgelere ayrılmış üniter devleti federal devletten ayıran temel bir özelliktir. *Federal devlette, yetki paylaşımına ilişkin kuralları yönetimlerden biri tek başına değiştiremez*. Anayasa değişikliği, hem federal hem de federe yönetimlerin onayıyla gerçekleşir (Livingston 1956: 297).

Üniter yapılı bir devlette, özerk bölgelere tanınan yetkiler anayasal güvenceye kavuşturulduğu gibi, bir adım daha atılarak, yönetimlerin tek yanlı işlemleriyle bu yetkilerin değiştirilemeyeceği esası da bir anayasa kuralı haline getirilmişse, devletin artık üniter yapılı olmaktadır çıktığı söylenebilir. Çünkü bu durumda, yetkilerinin azlığı ya da çokluğu önemli olmaksızın, özerk yönetimlerin merkezi yönetimle hukuki bakımdan eşitliği büyük ölçüde sağlanmış olur. Ülkenin yönetiminde ulusal çoğunluk kuralının yanı sıra, ulusaltı birimlerde oluşan çoğunlukların iradeleri de göz önüne alınacaktır. Anayasa değişikliği gibi önemli bir konuda, ulusal ölçekte oluşan çoğunluk iradesi, ulusaltı ölçekte oluşan çoğunluk iradelerini bertaraf edemeyecek, onlardan üstün bir irade olarak kabul edilmeyecektir. Kuşkusuz, anayasa değişikliğinde özerk yönetimlerin onayının aranması, tek başına bir siya-

11. İtalyan Anayasası, m. 126. Bu yetki, sözü geçen organların Anayasa'ya aykırı eylemleri nedeniyle veya hukuku ağır biçimde ihlal etmeleri durumunda kullanılabileceği gibi, ulusal güvenliğin korunması amacıyla da kullanılabilecektir.

12. İtalyan ulusal parlamentosunun her iki kanadının, anayasa değişikliğine ilişkin bir düzenlemeyi, üç ay arayla iki kez görüşüp kabul etmesi yeterlidir. Karar salt çoğunlukla alınır. Bu şekilde kabul edilen değişiklik, yayımlandığı tarihten itibaren üç ay içinde, belirli koşullar altında referanduma sunulabilir. Ancak anayasa değişikliği parlamentonun her iki kanadında ikinci oylamada üçte iki çoğunlukla kabul edilmişse referanduma başvurulamaz (İtalyan Anayasası, m. 138).

sal sistemi "federal" yapmaya yetmez; "federal" diyebilmek için federalizmin diğer koşullarının da bulunması gerekir. Fakat özerk birimlerde oluşan iradenin ulusal irade ile eşit kılınması anlamına gelen bu düzenlemenin, federal siyasal sistemin varlığı bakımından güçlü bir kanıt oluşturacağı açıktır.

Belçika'da bu durumu gözlemlemek mümkündür. Bu ülkede, 1970 yılında başlayan ve en son 1993 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleriyle üniter yapı terk edilmiş; üçü topluluk, üçü coğrafi bölge esasına dayalı, altı federe birimden oluşan bir federal sistem kurulmuştur. Bu sürecin ilk önemli aşaması olan 1970 Anayasa değişikliğinde, sınırlı ölçüde federal düzenlemelere yer verilmekle birlikte, oluşturulan Fransız Kültür Konseyi ile Felemenk Kültür Konseyi'nin yetkileri anayasal güvenceye bağlanmıştı. Ulusal parlamentodaki Fransızca ve Felemenkçe konuşan grupların onayı olmaksızın, bu yetkilerin değiştirilmesi veya geri alınması fiilen mümkün değildi (Alen 1992: 15 vd).

Burada, üniter veya federal devletlerde, ulusaltı birimlere tanınan yetkilerin güvencesi bakımından, yalnızca anayasalara bakılmasının yanıltıcı olabileceği özellikle hatırlatılmalıdır. Bazen, bu güvence, toplumda kök salmış siyasal geleneklerde de bulunabilir. *Birleşik Krallık* bu konuda benzersiz bir örnektir. Hukuki açıdan üniter bir devlet olduğu kuşkusuz olan Birleşik Krallık'ta, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda'ya özerklik tanınmıştır. Bu özerklik, yalnızca, İskoçya'nın ayrı bir kilisesinin, Anglosakson hukukundan ayrı bir hukuk sisteminin, farklı eğitim ve yerel yönetim sistemlerinin bulunması anlamında, belirli konuların bölgesel yönetimlere bırakılmasıyla sınırlı değildir. Bunun yanı sıra, bölgelerin özerkliklerini pekiştirecek bazı federal düzenlemelerden de yararlanmışlardır: İrlanda'nın Avam Kamarası'nda en az 100 üye ile temsil edileceğinin garanti edilmesi, Kuzey İrlanda'dan sonra, İskoçya ve Galler'de de ayrı parlamentoların kurulması gibi (Keating 1998: 217-34).

Bütün bu düzenlemeler, yasa niteliğindeki işlemlerle güvence altına alınmıştır. Yazılı bir anayasası olmayan Birleşik Krallık'ta, anayasanın değil, parlamentonun üstünlüğü ilkesi geçerlidir. Anayasal bir güvencesi olmamakla birlikte, bu ülkede, özerk bölgelerin statüsü siyasal geleneklerle güçlü bir şekilde korunmaktadır. "Birleşik Krallık'ta otoritenin mülki dağılımı, yazılı bir anayasa olmaksızın, yazısız ve yazılı yasalarla son derece katı bir şekilde güvence altına alınmıştır. Bu durum İngiliz siyasal yaşamını yakından gözlemleyen birçok ya-

zarın, üniter İngiliz yönetim sistemini gerçekte *federal* veya *federal-benzeri* bir sistem olarak nitelendirmesine yol açmıştır" (Duchacek 1986: 72).

İtalya, İspanya, Fransa ve Birleşik Krallık'ta bölgesel birimlere özerklik verilmesi, bu ülkelerin siyasal sistemlerini üniter olmaktan çıkarıp federalizme dönüştürmüş değildir. Söz konusu olan, üniter siyasal sistem içinde, sınırlı veya geniş bir özerklik uygulamasıdır. Bu ülkelerin hiçbirinde, özerk bölge yönetimlerinin ulusal (merkezi) yönetimle hukuki eşitliği sağlanmamıştır. İspanya'daki sınırlı uygulama hariç, özerk yönetimlerin, federal devletlerde olduğu gibi, ulusal karar alma sürecine etkin bir şekilde katılmaları söz konusu değildir. Hukuki açıdan ulusal yönetimin üstünlüğü tartışmasız kabul edilmiştir. Özerk yönetimler, yetkilerini ulusal (merkezi) yönetimden alan ve bu anlamda ona bağımlı iktidar merkezleridir. Bütün bu özellikler, özerk bölgesel yönetimlere sahip üniter devletler ile federal devletlerin hukuki yönden farklı nitelikleri olan siyasal örgütlenmeler olduklarını gösteriyor.

V. Türkiye İçin Yeni Bir Model Arayışı

Federal sistem ve bölgesel devlet modelleri, genellikle, toplumsal yapısında önemli farklılıklar içeren ülkeler tarafından benimsenmekte ve uygulanmaktadır. Toplumsal yapısı önemli ölçüde türdeş olan ülkelerde bu modellere yönelik bir talebin ya hiç ortaya çıkmadığı ya da bu yöndeki taleplerin oldukça cılız kaldığı görülüyor. Bu nedenle, federalizmin veya bölgesel özerkliğin Türkiye için uygun, elverişli ya da gerekli olup olmadığının tartışılması, ülkenin toplumsal yapısının incelenmesiyle mümkün olabilir.

Günümüz ulus-devletleri geniş alanları egemenliği altına alan yapılar olduklarından, hemen her ülkenin toplumsal yapısında birbirinden az çok farklılaşmış gruplar bulunur. Hiç farklılık barındırmayan, yekpare bir toplum düşünmek zor. Buna karşılık, bir toplumun her konuda tümüyle ayrıışmış unsurlardan oluştuğu da düşünülemez. Bu denli büyük bir ayrışma bir arada yaşamayı olanaksız kılar. Toplumda ayrışmaya, dolayısıyla toplum içinde gruplaşmalara yol açan etkenler çeşitlidir. Dil, etnisite, din farklılıkları günümüzde bu etkenlerden en çok öne çıkanlardır. Ülke içinde bölgelerarası çıkarların ayrışması, böl-

gelerin coğrafi büyüklükleri, sahip oldukları doğal kaynaklar, tarihleri, sosyal ve siyasal kurumları da ayırışmaya yol açabilir.

Toplumsal yapıdaki farklılıklar belirli bölgelerde kümelenmiş olarak bulunabileceği gibi, ülkenin her tarafına dağılmış da olabilir. Farklılıklar hem oldukça derin, hem de belirli coğrafi bölgelerde kümelenmiş ise (*territorialism*), bu durum büyük olasılıkla farklılıkların tanınması ve korunması yönünde güçlü bir istek yaratacaktır. Bazı durumlarda, toplumsal yapıdaki farklılıkların üniter yapı içinde güçlü yerel yönetimlerle veya özerk bölgesel yönetimlerle korunabileceği kabul edilir. Bu durumda federalizme gerek kalmayacaktır. Ancak ayrılmış kesimler, farklı kimliklerini özerklikle korumayı yeteri kadar güvenceli görmeyebilir. Bu durumda da üç olasılık söz konusudur: Birincisi, kamusal yetkilerin anayasa ile güvenceli şekilde paylaşılacağı federal bir sistem. İkinci olasılık, federalizmin de yeterince güvenceli görülmemesi durumunda ortaya çıkacak olan konfederasyon talepleri. Üçüncü ve son olasılık, farklılığını koruma çabası içinde olan kesimin bağımsız bir devlet arayışına yönelmesi.

Bu üç olasılık için *Kıbrıs* örneği verilebilir. 1960 Anayasası ile kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, Rumların ve Türklerin birlikte yönettikleri kendine özgü bir federasyondur. Kuruluşundan birkaç yıl sonra kendini gösteren yönetimle ilgili sorunlar, önce Türklerin federal yönetimden dışlanması, giderek can ve mal güvenliklerinin tehdit edilmesi, ardından 1974'te Türkiye'nin askeri müdahalesi ve 1983'te Türk kesiminin bağımsız bir devlet (KKTC) kurduğunu ilan etmesiyle sonuçlandı. Bugün Kıbrıs sorunu olarak adlandırılan bu durum, Birleşmiş Milletler'in, Avrupa Birliği'nin, Türkiye, Yunanistan, İngiltere, ABD gibi devletlerin yoğun çabalarına karşın henüz bir çözüme kavuşturulamamıştır. Çözüm önerilerine baktığımızda, Kıbrıslı Rumlar, adı federasyon olan ama üniter sistem gibi işleyecek merkeziyetçi bir yapıyı; Türkler ise, adı yine federasyon olan ama konfederasyon kadar gevşek bir sistemi çözüm olarak görme eğilimindedir. Hatta bazı Türkler, adadaki Türk kimliğinin ancak bağımsız bir devlet çatısı altında korunabileceği kanaatinde. Federal sistem, ne Rumlarınki kadar güçlü merkeziyetçi bir istek, ne de Türklerinki kadar ayrılık/bağımsızlık yanlısı istekler karşısında yaşama şansı bulabilir. Toplumun diğer kesimlerinden belli ölçüde bağımsızlaşma isteği, diğer bakımlardan bir arada yaşama isteğiyle dengelenemezse, toplumsal yapının federalizm için uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Federal sistem, federe bi-

rimlere kendi farklılıklarını korumak için geniş olanaklar sunarken, aynı zamanda bütün federe birimler için ortak bir üst (ulusal) kimlik yaratma amacını da benimser. Aksi halde federe birimleri tek bir devlet çatısı altında yaşatmak mümkün olmaz.

VI. Türkiye'nin Toplumsal Yapısı

Yukarıdaki soyut ve genel açıklamaları Türkiye üzerinde somutlaştıralım. Türkiye bütünleşmiş bir toplumsal yapıya mı, yoksa ayrışmalar görülen bir toplumsal yapıya mı sahiptir? Türkiye'de resmi istatistikler, 45 yıldan beri bu tür konuların öğrenilmesine imkân vermeyecek biçimde hazırlandığından, konuya ilişkin güvenilir kaynaklara ulaşmak zordur. Güvenilir kaynaklar olmadığında ise, görüşler varsayımlara dayalı olarak daha fazla farklılaşır. Nitekim Türkiye'nin 72 milletten oluşan bir *mozaik* olduğunu savunanlar olduğu gibi, tek dil ve tek kültür içinde kaynaşmış bir *mermer* olduğunu düşünenler de vardır.

Türkiye'yi Osmanlı İmparatorluğu ile karşılaştırdığımızda oldukça türdeş bir yapı görürüz. Osmanlı, bir imparatorluk olmasının sonucu olarak çok-uluslu, çok-dinli bir yapıya sahipti. Uzunca bir süre boyunca Balkanlar'da, Kafkaslar'da ve Kuzey Afrika'daki topraklarını kaybeden İmparatorluk giderek heterojen yapısını yitirmeye başladı. I. Dünya Savaşı sonunda, Osmanlı İmparatorluğu'nun dağıldığını gösteren Mondros Mütarekesi imzalandığında, Arap toprakları da elden çıkmış ve ülkenin sınırları Anadolu coğrafyası olarak belirmiştir. Savaşın hemen öncesinde ve savaş sırasında Ermeni tehciri ve Rumların Anadolu'yu büyük ölçüde terk etmesiyle birlikte, toplumsal yapı daha da türdeş hale geldi. Özellikle dinsel açıdan yüksek bir türdeşliğe ulaşıldığı söylenebilir. Bununla birlikte, Anadolu insanının kökeni araştırıldığında, Türk, Kürt, Arap, Çerkez, Laz, Gürcü, Boşnak, Rum, Ermeni gibi pek çok farklı etnik aidiyetle karşılaşılır. Bu tablo, ilk bakışta farklılıklar içeren bir toplumsal yapıyla karşı karşıya olduğumuz izlenimini verir. Ancak bu ilk izlenimden acele sonuçlar çıkarmamak gerekir. Federal sistem için elverişli toplumsal yapı, yalnızca farklılıklar içeren bir yapı değildir; bu farklılıkların siyaseti etkileyecek boyutta olması gerekir. Bunun için, toplum içindeki etnisite, dil ya da din açısından farklılık gösteren kesimlerin ülke nüfusu içinde belirli bir sayısal büyüklüğe ulaşması ve *farklılıklarının bilinciyle aktif olarak si-*

yasete katılma isteği göstermeleri gerekir. Farklılıkların folklorik düzeyde kaldığı, siyasal bir kimlik talebine dönüşmediği, belirli coğrafi bölgelerde kümelenmediği durumlarda federalizm yönünde bir talep doğmayacaktır.

Peki, Türkiye'deki kültürel farklılığın demografik boyutu nedir? Ülkemizdeki farklı etnik ve dinsel grupların sayısına ilişkin kesin verilerimiz yoksa da, mümkün olduğunca nesnel göstergelerden hareketle hesaplanmış iyi tahminlere sahibiz. Baskın Oran'ın 2006 yılı için kabulettiği rakamlar şöyledir: Kürtler %19, Aleviler (Türk ve Kürt kökenli) %16, Araplar %1,3. Diğer grupların sayısı %1'in altındadır.¹³ Kürtlerin sayısına ilişkin dikkate alınması gereken önemli bir veri, en son 1965'te anadili sorularak yapılan nüfus sayımıdır. Bu sayımda elde edilen rakam, Kürtler için %13'tür (Kirişçi ve Winrow 1997: 123). KONDA'nın 2010 yılı araştırmasının sonuçları 1965 nüfus sayımına oldukça yakındır. Söz konusu araştırmada "Hepimiz Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıyız, ama değişik etnik kökenlerden olabiliriz. Siz kendinizi, kimliğinizi ne olarak biliyorsunuz veya hissediyorsunuz?" sorusuna %13,5 oranında "Kürt" cevabı verilmiştir.¹⁴ Kürt nüfusun oranını çok daha az (%5-6) veya çok daha yüksek (%25-30) gösteren değerlendirmeler de vardır. Yabancı kaynaklarda genellikle benimsenen oran %20'dir. Konuyla ilgili kamuoyu araştırmaları, Kürt nüfusunun hesaplanmasına yönelik sorularda "anadili", "etnik aidiyet", "birinci kimlik" gibi farklı kavramlar kullandıklarından, araştırma sonuçları birbirine yakın çıkmamaktadır. Bu çalışmada değerlendirmeler, %13 ve %19 oranları üzerinden ayrı ayrı yapılacaktır.

Türkiye'deki etnik grupların kesin sayılarını öğrenmek mümkün olmasa da, hangi grupların farklılıklarını siyasal bir kimlik talebine dönüştürdükleri, hangilerinin alt (etnik) kimlikleri yerine üst (ulusal) kimliklerini ön plana çıkardıkları hakkında yeterli bilgiye sahip olduğumuzu söyleyebiliriz. Şu kadarını şimdiden söylemek hiç de yanlış olmaz: Türkiye'de Kürtler dışında hiçbir etnik grup, farklı kimliği üzerinden ciddi siyasal talepler ileri sürmemektedir. Bazılarının ise alt kimliğe vurgu yapılmasından bile rahatsızlık duydukları görülüyor. Aslında gayrimüslimler ve Kürtler dışında kalan grupların çoğu, Cum-

13. Oran 2004: 36-48. Kürt kökenli yurttaşların sayısına ilişkin farklı tahminler için bkz. Önder 2007: 47-51.

14. Araştırma sonuçları için bkz. KONDA 2011.

huriyet'ten önce, Osmanlı İmparatorluğu içinde etnik kimliklerini ikinci plana atmış ve Osmanlı kimliğiyle bütünleşmişti. Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda da, yeni ulusal kimliğe uyum sağlamakta bir zorluk çekmemişlerdir. Örneğin, Gürcü kökenli olan Lazlar, Osmanlı yönetiminde, Lazcayı neredeyse tamamen unutmuşlardır. Benzer durum, Kafkas kökenli ve ayrı dili olan Çerkezler için de geçerlidir. Her iki topluluk İmparatorluk ekonomisiyle ve bürokrasisiyle bütünleşmiş, Cumhuriyet'ten önce topluma hâkim kültür ve dil içinde önemli ölçüde asimile olmuştur (Oran 1990: 191-2).

Buna karşılık Kürtlerin durumu farklıdır. Büyük kısmı Doğu ve Güneydoğu'da dağlık ya da ulaşımı zor olan bölgelerde yaşayan Kürtler, feodal bir yaşam tarzı içinde, ekonomisiyle, kültürüyle kendi içine kapalı topluluklar olarak kalmıştır. Kürtlerin yaşadığı bölge, Osmanlı İmparatorluğu'nda merkezden yönetilen eyalet statüsünde olmasına rağmen, bu bölgede merkezi yönetimin toprak üzerindeki yetkilerini düzenleyen *zeamet*, *tımar*, *has* gibi kurumlar düzgün çalışmamıştır. Kürtler ne sivil alanda Osmanlı ekonomisiyle, ne de resmi alanda Osmanlı bürokrasisiyle kaynaşmıştır (a.g.y.: 192-3). Cumhuriyet döneminde sanayileşme ve kentleşme süreci başlayana dek Kürtler bu özelliklerini devam ettirmiş, kendi bölgelerinde, kapalı tarım ekonomisi içinde dillerini ve kültürlerini büyük ölçüde koruyarak yaşamışlardır. Sanayileşme ve kentleşme ile birlikte Kürtlerin yaşadığı bölgelerden büyük kentlere göç başlamış, 1992'de PKK'nın saldırılarının artması üzerine, bölge içinde veya bölge dışındaki kentlere göç etmek zorunda kalanların sayısı büyük rakamlara ulaşmıştır. Son yıllarda güvenlik sorunları nedeniyle belirli bölgelerde hayvancılığın ve kısmen de tarımın yapılamaz hale gelmesiyle, Kürt kökenli nüfusun yarıdan fazlasının kentlerde yaşamaya başladığını, dolayısıyla 2000'li yıllarda artık Kürt kökenli nüfusun büyük kısmının bir tarım toplumu olmaktan çıktığını söylemek mümkündür. Bu tespit genelleştirilerek Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerine mal edilebilir. Çünkü 2000 yılı nüfus sayımı sonuçlarına göre, her iki bölgede de nüfusun büyük kısmı kırsal alanda değil, kentlerde yaşıyor.¹⁵

15. 2000 yılı nüfus sayımı verilerine göre Doğu Anadolu'da toplam nüfus 6.137.414, kentte yaşayan 3.255.896, köyde yaşayan 2.881.518 kişidir. Güneydoğu Anadolu'da toplam nüfus 6.608.619, kentte yaşayan 4.143.136, köyde yaşayan 2.465.483 kişidir. Ülkenin tüm bölgelerine ilişkin veriler için bkz. www.die.gov.tr/nufus_sayimi/2000tablo2.xls (erişim tarihi: 01.08.2011).

Kürtler arasında son elli yıl içinde oluşan bu farklılık önemli siyasal sonuçlar doğuran bir duruma işaret ediyor. Köyden kente göçün başladığı ilk yıllarda kentlere yerleşen ve ulusal ekonomiyle bütünleşen Kürtlerin bir kısmı, bir-iki kuşak sonra farklılıklarını önemli ölçüde yitirmiştir. Bu kesimin çoğu Kürtçeyi ya bilmemekte ya da günlük yaşamında kullanmamaktadır. Özellikle Kürtlerin burjuvazisi diye adlandırabileceğimiz, büyük kentlerde yerleşik olan kesim, artık kendi farklı kimliği üzerinden siyasal taleplerde bulunmak gibi bir tutum içinde değildir. Bu kesim içinde etnik aidiyetini ikinci plana atıp, ulusal kimliği ilk kimlik olarak benimseyerek bürokraside ve siyasette önemli yerlere gelmeyi tercih edenlere rastlamak mümkündür. Buna karşılık, kırsal alanda ya da Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki sanayileşmemiş kentlerde yaşayan Kürtlerin çoğu farklılıklarının bilincinde olup, önemli bir kısmı da bu farklılık üzerinden siyasal talepler ileri sürmektedir. Özellikle 1990'lardan itibaren kırsal kesimden bölge içi ya da dışı kentlere göç etmek zorunda kalan kesim siyasal yaşamda son derece aktif olup Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki bazı kentlerde yerel seçim sonuçlarını önemli ölçüde etkileyebilmektedir. Nitekim Kürt seçmenin oylarını hedef alarak siyaset yapan partilerin seçimlerde aldıkları oy oranları bu durumu gösteriyor: 1990'da kurulan HEP ve onu takip eden DEP, DEHAP, HADEP, DTP ve BDP çizgisinde yürütülen siyasetin seçmen desteği, yüz binlerce Kürt kökenli insanın yaşadığı İstanbul ve İzmir gibi büyük kentlerde sınırlı kalmış, Doğu ve Güneydoğu'daki bazı kentlerde ise yüksek çıkmıştır.

VII. Etnik Siyasetin Halk Desteği

1995, 1999, 2002, 2007 ve 2011 tarihli milletvekili genel seçimlerinde etnik kimlik üzerinden siyaset yapan HADEP-BDP çizgisindeki partiler veya bu partilerin desteklediği bağımsız adayların ülke genelinde ulaştıkları en yüksek oy oranı 2002 milletvekili seçimlerinde elde edilen %6,14'tür.¹⁶ Tablo 2'de görülebileceği gibi, Kürt siyasal hareketi-

16. Bu çalışmadaki seçim sonuçlarına ilişkin bilgiler, Yüksek Seçim Kurulu (www.ysk.gov.tr) ile *Hürriyet* gazetesinin (www.hurriyet.com.tr) seçimlerle ilgili web sayfalarındaki verilerden yararlanarak elde edilmiştir. Yüksek Seçim Kurulu'nun geçerli oyların sayısında yaptığı bazı değişiklikler nedeniyle iki kaynak ara-

nin halk desteği 1995 seçimlerinden bu yana %4 ile %6 arasında değişmektedir. Yerel seçim sonuçları da bu doğrultudadır. 2007 seçimlerindeki oy oranının çok düşük çıkması DTP'nin desteklediği yüksek oy potansiyeli bulunan bazı adayların seçime katılamamasıyla ilgilidir. Kürt siyasal hareketi, 1995, 1999 ve 2002 seçimlerinde %10'luk ülke barajını aşarak parlamentoya kendi partileri ile girmeyi denemiştir. Bu girişimin başarılı olamayacağı yönünde bir kanaatin oluşması üzerine, seçimlere siyasal parti olarak değil, bağımsız adaylarla girilmesi kararı alınmıştır. Nitekim 2007 seçimlerinde DTP, 2011 seçimlerinde de BDP, ülke barajı engelini aşmak amacıyla, seçimlere parti olarak katılmamış, seçmen kitlesine bazı seçim bölgelerinde gösterdiği bağımsız adayları destekleme çağrısı yapmıştır.

Tablo 2: Son Beş Milletvekili Genel Seçiminde Kürt Siyasal Hareketinin Halk Desteği

Seçim Yılı	1995 (HADEP)	1999 (HADEP)	2002 (DEHAP)	2007 DTP'li Bağımsızlar	2011 BDP'li Bağımsızlar
Oy Yüzdesi	%4,17	%4,75	%6,14	%3,36	%5,76

Etnik kimlik üzerinden siyaset yapan söz konusu partilerin %10'un üzerinde oy aldıkları kentlerin tümü Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerindedir. Bu sonuçlar, Kürt kimliği üzerinden yürütülen siyasetin seçmen tabanının bölgesel olduğunu gösteriyor. 2007 seçimlerinde DTP'nin 81 ilin yalnızca 36'sında, 2011 seçimlerinde de BDP'nin 39'unda bağımsız aday göstermiş olması, ülkenin bazı bölgelerinde seçimlere girilmemesi, tüm seçimlerde Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgesi dışındaki seçim çevrelerinde çok düşük oy oranları elde edilmiş olması gibi olgular bu tespiti destekleyecek diğer argümanlardır.

Siyasetin Kutuplaşması

2002 tarihli milletvekili genel seçim sonuçları Türkiye'nin yedi ilinde siyasetin etnik kimlik üzerinden kutuplaşma eğiliminin bulunduğunu

ında çok küçük bazı farklar bulunmakla birlikte, söz konusu farklılık oyların yüzdesini değiştirmede için gözardı edilmiştir.

gösterdi. Bu iller, DEHAP'ın %40 civarında ve üzerinde oy aldığı Batman, Diyarbakır, Hakkâri, Mardin, Muş, Şırnak ve Van'dı. 2011 milletvekili genel seçimlerinde, BDP'nin oy oranı bu illerin tümünde arttı gibi, Siirt (%42,71) ve Ağrı da (%40,95) siyasetin etnik kimlik üzerinden kutuplaştığı iller kategorisine eklenmiş oldu.

Tablo 3: Siyasetin Etnik Kimlik Üzerinden Kutuplaştığı Illerde HADEP, DEHAP, DTP ve BDP'nin Oy Oranları

İller	1995 (HADEP)	1999 (HADEP)	2002 (DEHAP)	2007 (Bğmz-DTP)	2011 (Bğmz-BDP)
Batman	%37,24	%43,40	%47,10	%38,85	%51,76
Diyarbakır	%46,31	%45,90	%56,13	%42,87	%58,69
Hakkâri	%54,21	%46,08	%45,10	%49,53	%79,82
Mardin	%21,95	%25,26	%39,58	%34,45	%52,06
Muş	%16,71	%31,80	%38,09	%33,71	%44,41
Şırnak	%25,88	%24,08	%45,94	%51,60	%72,62
Van	%27,99	%35,71	%40,85	%30,50	%48,63
Ağrı	%17,91	%33,73	%35,06	%22,84	%40,95
Siirt	%26,60	%22,12		%25,45	%42,71

Tablo 3'te belirtilen dokuz ilde siyasal mücadelenin sosyo-ekonomik politikalar üzerinden değil, ağırlıklı olarak etnik kimlik üzerinden yapılıyor olması BDP çizgisindeki siyasi hareket adına önemli bir başarıdır. Söz konusu partiler seçmenlerini, çözülmesi gereken öncelikli sorunun kimlik sorunu olduğu konusunda ikna etmişe benziyor. Tablodan da anlaşılacağı gibi, etnik kimlik temelinde kutuplaşma 1995 seçimlerinde yalnızca üç ilde (Diyarbakır, Hakkâri ve Batman) görülürken, bu sayı 2011 seçimlerinde dokuza çıkmıştır. Oy artışının en yüksek olduğu iller (Şırnak ve Hakkâri) Türkiye'nin aynı zamanda en az kalkınmış illeridir.

Tablo 3'teki dokuz il dışında kalan ve Kürt siyasetçiler tarafından nüfusunun çoğunluğunu Kürtlerin oluşturduğu ileri sürülen bölgedeki diğer bazı illerde BDP ve selefî partilerin oy oranının düşük çıkması, bu durumda, nasıl yorumlanmalıdır? Bu illerde yaşayanların ne kadarının kendini Kürt kimliği ile tanımladığını ortaya koyan güvenilir veriler bulunmadığından, Kürt siyasal hareketinin Kürt kökenli seçmenlerce bölgede ne ölçüde desteklendiğini kesin olarak söylemek zordur. Kürt siyasetçilerin ileri sürdüğü gibi bu illerde yaşayanların çoğunlu-

ğu "Kürt" kökenli ise, seçmenlerin, destekledikleri partinin etnik kimliği kadar dinsel ve sosyo-ekonomik konulardaki görüşlerine önem vermiş oldukları söylenebilir. Genel bir yaklaşımla, (ülke düzeyinde Kürt nüfusun oranının %13 civarında olduğunu kabul eden görüşü temel aldığımızda) BDP çizgisindeki siyasetin Kürt kökenli seçmenlerin yarısına yakınının desteğini almış olduğu söylenebilir.

Tablo 4: DEHAP, DTP ve BDP'nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerindeki Oy Oranları

Bölgeler	2002	2007	2011
Doğu Anadolu Bölgesi (14 il)	%23,88	%19,43	%29,92
Güneydoğu Anadolu Bölgesi (8 il)	%29,17	%26,81	%33,41

Ülke düzeyinde en yüksek halk desteğine ulaşılan 2002 seçimlerinde DEHAP'ın Güneydoğu Anadolu bölgesindeki oy oranı %29,17, Doğu Anadolu'daki oy oranı %23,88'dir.¹⁷ Bu oranlar, aynı bölgedeki tahmini Kürt nüfusun (sırasıyla %65, %42) yaklaşık yarısı kadardır. 2011 seçimlerinde BDP her iki bölgede de oy oranını anlamlı ölçüde artırmıştır (bkz. Tablo 4). Fakat Batı'daki büyük illerdeki oy kaybı nedeniyle, BDP'nin ülke genelindeki oy oranı 2002 seçimlerinin altında gerçekleşmiştir (bkz. Tablo 6). DEHAP'ın 2002 seçimlerinde aldığı en yüksek oy oranı olan %6.14'ü ülke düzeyindeki Kürt nüfusuyla karşılaştırdığımızda şunu görüyoruz: Kürtlerin nüfusu ülke nüfusunun %13'ü kabul edildiğinde, Kürt siyasal hareketi Kürtlerin yarısının; %19'u kabul edildiğinde 1/3'ünün desteğini almayı başarmıştır. Kürt nüfusunun oranına yönelik daha yüksek tahminler (%30 gibi) bakımından, kuşkusuz, seçim sonuçları tatmin edici değildir.¹⁸

Bu noktada Türkiye'deki Kürt nüfusunu çok düşük gösteren çalışmaların bir çelişmesine dikkat çekmek gerek. Örneğin bir çalışmada,

17. 2007 seçimlerinde DTP'li bağımsız adayların Güneydoğu Anadolu bölgesindeki oy oranı %26,81, Doğu Anadolu'daki oy oranı %19,43 düzeyindedir. Bu oranlar, DTP'nin bölgede bağımsız aday göstermediği iller olan Kilis ve Erzincan hesaplamada dikkate alınmadan belirlendiğinden, gerçek oranlar biraz daha düşüktür.

18. Kürt nüfusun ülke genelinde ve bölgelere göre tahmininde Kirişçi ve Winrow'un kitabına aldığı S. Mutlu'nun çalışmasındaki (1995) veriler esas alınmıştır. Bkz. Kirişçi ve Winrow 1997: 123.

Kürtlerin ülke nüfusuna oranı %6,5 olarak belirtilmiştir (Önder 2007: 51). Bu oran doğru kabul edildiğinde DEHAP'ın 2002 seçimlerinde aldığı %6,14'lük oy oranını şu şekilde yorumlamak kaçınılmaz olur: Türkiye'de yaşayan Kürtlerin tamamı etnik farklılıklarının bilinciyle aktif olarak siyasete katılmakta ve Kürt siyasal hareketinin radikal hedeflerini desteklemektedir. Böylesine yüksek bir etnik farkındalık ve siyasal bilinç ne Bask Bölgesi'nde, ne İskoçya'da ne de Québec'te görülebilir. Belki Kuzey İrlanda'daki Protestan-Katolik ayrışması bu duruma benzer bir örnek sayılabilir. Ancak Kuzey İrlanda'da mezhep bakımından farklı olan bu iki topluluk, karma evliliklerin görülmediği, ayrı mahallelerde yaşayan, işyerlerinde bir araya gelmeyen, ayrı kitle iletişim araçlarına sahip, hemen hiçbir alanda asgari düzeyde bile olsa kaynaşmamış istisnai bir örnektir. Türkiye'de, bir yandan Kürtlerin tarihsel süreç içinde karma evlilikler, ortak iş olanakları, gönüllü veya zorunlu asimilasyon yoluyla Türklerle önemli ölçüde kaynaştığını, Doğu ve Güneydoğu bölgeleri dışında yaşayanların %70'inin Kürtçe bilmediğini, %94'ünün Türkçe yayın yapan kanallar dışında televizyon izlediğini söylemek (*a.g.y.*); diğer yandan, Kürt nüfusun tamamının etnik bir siyasal harekete aktif olarak destek verdiğini savunmak çelişkili bir muhakeme tarzıdır. Doğu ve Güneydoğu'daki bazı kentlerde, Kürt kökenli nüfusun bir kısmının aşiret bağları nedeniyle istikrarlı biçimde merkez sağ partilere oy verdiği, diğer bir kısmının ise oy kullanırken etnik aidiyetten çok dinsel duyarlılıkla hareket ettiği hem kamuoyu araştırmalarıyla hem de son yıllardaki seçim sonuçlarının incelenmesiyle kolaylıkla tespit edilebilen bir olgudur. Bu nedenle Türkiye'de Kürt nüfusun oranını %6 civarında gösteren çalışmaların verilerine kuşkuyla bakmak gerekir.

Son üç seçimde Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerindeki toplam 23 il içinde yüksek halk desteğinin sağlandığı illere baktığımızda şunu görüyoruz: Söz konusu illerin çoğu hem zayıf bir ekonomik yapıya sahiptir, hem de 1990'lı yıllarda kırsal kesimden yoğun göç almışlardır. Bölgelerin gelişmiş illerinden Erzurum, Gaziantep ve Malatya'da ise hiçbir seçimde %10 düzeyine ulaşamamıştır.

İlginç olan nokta, Kürt siyasal hareketini temsil eden partilerin halk desteğinin Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki çok küçük yerleşim birimlerinde de zayıf kalmış olmasıdır. 1999 yerel seçimlerinde, HADEP nüfusu 2.000'den az hiçbir beldede ve nüfusu 500.000'den çok hiçbir kentte birinci parti olamamıştı (Çitçi 2005: 492-4). Sonraki ye-

Tablo 5: Son Üç Milletvekili Genel Seçiminde DEHAP, DTP ve BDP'nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinin Gelişmiş Kentlerindeki Halk Desteği

İller	2002 (DEHAP)	2007 (Bğmz-DTP)	2011 (Bğmz-BDP)
Erzurum	%9,84	%4,87	%8,13
Gaziantep	%8,00	%3,60	%5,07
Malatya	%4,18	%1,39	%1,07

rel seçimlerde bu durumda yalnızca küçük bir iyileşme olmuş; Diyarbakır gibi büyük bir ilin belediye başkanlığı kazanılmış ve küçük beldeelerde de bazı başarılar elde edilmiştir. Ancak bu durum, Kürt siyasal hareketinin halk desteğinin tarım ve hayvancılıkla uğraşan kırsal kesim ve küçük beldeler ile belli ölçüde sanayileşmiş büyük kentlerde düşük olduğu gerçeğini değiştirmez. 2009 yerel seçimlerinde DTP'nin çok yüksek oylarla belediye başkanlığını kazandığı Diyarbakır, Hakkâri ve Şırnak'ın küçük beldelerine baktığımızda bunu açıkça görüyoruz. DTP Diyarbakır'ın 12 belde belediyesinden 3'ünü; Hakkâri'nin 4 belde belediyesinden 1'ini ve Şırnak'ın 13 belde belediyesinden 4'ünü alabilmiştir.

Kürt siyasal hareketinin halk desteğinin bölgedeki sanayileşmiş büyük kentler ile çok küçük yerleşim birimlerinde zayıf; buna karşılık ticaret ve serbest mesleğin ön planda olduğu, işsizlik oranı yüksek, yoğun göçe maruz kalmış küçük ve orta büyüklükteki kentlerde yüksek oluşu nasıl yorumlanabilir? Burada iki hususun altını çizmek gerek. Birincisi, bu hareket Kürt köylerinde ve ulusal ekonomiyle bütünleşmiş Kürt burjuvazisinin yaşadığı büyük kentlerde güçlü bir taban bulamamıştır. Bir başka deyişle, Kürt etnik siyaseti bir orta sınıf hareketidir. Bu hareket, doğası gereği, aşiret düzeninin, feodal bağlılıkların ve dinsel değerlerin baskın olduğu kırsal kesimde ve çok küçük beldeelerde seçmen tabanını genişletmekte zorlanmaktadır. Bu yörelerde yaşayanların büyük kısmı Kürt kökenli olsa bile, muhafazakâr veya İslamcı hareketlere daha yakın bir dünya görüşüne sahiptir. Nitekim geçmişte Refah Partisi ve Fazilet Partisi'nin, 2007 seçimlerinden itibaren Adalet ve Kalkınma Partisi'nin bölgedeki başarısı bunu kanıtlamaktadır. BDP ve selefi partiler, bu kesimde yaşayanlar için fikirleri, kullandığı yöntemler ve söylemi bakımından fazla modernleşmiş, bu-

na karşılık büyük kentlerde uzun süreden beri yerleşik olan Kürt burjuvazisi için fazla radikal bir parti konumundadır. Belirtilmesi gereken ikinci husus, Kürt siyasal hareketinin bölgedeki küçük ve orta ölçekli kentlerdeki başarısının yalnızca etnik farkındalığın yükselmesine bağlanamayacağıdır. Söz konusu yerleşim birimlerindeki düşük yaşam standardına yönelik tepkilerin BDP çizgisindeki partilerin desteklenmesi suretiyle dile getiriliyor olabileceği de göz önünde tutulmalıdır.

2002, 2007 ve 2011 genel seçimlerinde alınan sonuçların değerlendirilmesi gereken bir başka boyutu, Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgeleri dışındaki sanayileşmiş kentlerindurumudur. 1950'lerden sonra ve özellikle 1990'lı yıllardaki terör ortamından olumsuz etkilenerek İstanbul, İzmir, Adana, Mersin gibi kentlere göç eden Kürtlerin, bu kentlerde yüz binlere, hatta milyonlara varan bir sayıya ulaştıkları görüşü Kürt siyasetçiler arasında yaygındır. Kürt siyasal hareketinin seçmen desteğinin yüksek olacağı beklenen sanayileşmiş kentlerdeki durum Tablo 6'da görülebilir: Bu sonuçlar da iki türlü yoruma açıktır; ya büyük kentlerde yaşayan Kürt kökenli nüfus ileri sürüldüğü kadar yüksek değildir, ya da bu nüfusun büyük bir kısmı etnik kimlik üzerinden siyaset yapılmasına sıcak bakmamaktadır. KONDA'nın 2010 yılı araştırmasında, İstanbul'da yaşayanların yaklaşık %15'i etnik kimliklerini "Kürt" olarak bildirmiştir. Buna karşılık Kürt siyasal hareketinin İstanbul'da ulaştığı en yüksek halk desteği (2002 seçimlerinde) %5,51'de kalmıştır (KONDA 2011: 15-16).

Tablo 6: Önemli Sayıda Kürt Kökenli Yurttaşın Yaşadığı Dört Büyük Kentte, Son Milletvekili Genel Seçiminde HADEP, DEHAP, DTP ve BDP'nin Aldığı Oy Oranları

İller	1995 (HADEP)	1999 (HADEP)	2002 (DEHAP)	2007 (Bğmz-DTP)	2011 (Bğmz-BDP)
Adana	%6,66	%7,37	%9,27	%5,51	%7,69
İstanbul	%3,64	%4,03	%5,51	%3,79	%4,47
İzmir	%3,67	%4,36	%5,18	%2,96	%3,17
Mersin	%7,87	%8,84	%9,53	%6,13	%9,52

VIII. Kürt Siyasal Hareketinin Geleceği Üzerine Bazı Tespitler

Kürt siyasal hareketi bugünkü yapısı ve ideolojisiyle sahip olabileceği kitle tabanı bakımından doğal sınırlarına ulaşmışa benziyor. Bu hareketin kitle tabanını genişletebileceği iki kesim (feodal değerlerin hâkim olduğu kırsal kesim ile modernleşmiş şehirli Kürtler) arasında ciddi karşıtlıklar bulunmaktadır. Bu kesimlerden birini kazanma gayreti, diğer kesimde önemli kayıplara yol açabilecektir. Bu noktada, büyük kentlerde yerleşik Kürt kökenlilerin durumunun özel bir önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Bu kesim bakımından önemli olan husus nicelik değil, niteliktir: Büyük kentlere uzun süre önce yerleşmiş Kürt kökenli işadamlarının, yüksek ekonomik güce sahip kişilerin, yazar, sanatçı, serbest meslek sahibi eğitilmiş kişilerin yalnızca küçük bir kısmı etnik kimliği üzerinden siyaset yapma iradesine sahiptir. Kürtlerin burjuvazisi olarak adlandırabileceğimiz bu kesimin ezici çoğunluğu, çeşitli nedenlerle, BDP çizgisindeki siyaseti ne seçmen olarak, ne de maddi ve entelektüel açıdan destekliyor. Özerklik, federalizm ya da bağımsızlık hedef alınarak, Kürt kimliği üzerinden yürütülen siyasetin Kürt yüksek burjuvazisinin desteğini sağlayamadığı söylenebilir. Büyük kentlerde yerleşik olan Kürt burjuvazisi, Kürt kimliğinin kültürel düzeyde ifade edilmesinden hoşnut görünse de, kendi çıkarları ulusal ekonominin çıkarlarıyla iç içe geçtiğinden, ayrılıkçı veya radikal taleplere sıcak bakmamakta, şiddeti dışlamayan söyleme uzak durmaktadır. Burjuvazisinin ekonomik ve entelektüel desteğini yeterince sağlayamayan siyasal bir hareketin başarıya ulaşması, olanaksız değilse bile, çok zordur. Halk desteğinin %4-6 bandına sıkışmış olduğu da dikkate alındığında, bu hareketin Kürtleri iki kurucu halktan biri olarak ilan etmesi, sık sık Kürt sorununun "halkların kendi kaderini tayin hakkı" çerçevesinde çözülebileceğini dile getirmesi veya devletin bir federasyon olarak yeniden örgütlenmesini talep etmesi fazlasıyla iddialı hedeflerdir.

Kürtlerin genel nüfus içindeki oranlarına ilişkin hangi sayı (%13, %19 veya %30) esas alınıralsa alınsın, son 20 yıllık seçim sonuçları, Kürtlerin yarısının veya çoğunluğunun, farklılıklarının bilincinde olsalar bile bu farklılığı siyasallaştırmadıklarına işaret ediyor. Milletvekili genel seçimlerine 2007'de DTP'nin, 2011'de BDP'nin parti olarak katılmayıp bağımsız adayları desteklemesi, Kürt politikacıların, %6

civarındaki halk desteğinin daha yukarılara, özellikle de %10'luk ülke barajının üzerine çekilebileceği konusunda iyimser olmadıklarını gösteriyor. Bu tespitlerden çıkarılacak geçici bir sonuç, Türkiye'de etnik ayrışma ülke nüfusunun yalnızca (%4 - %6 arası) küçük bir kesiminde ciddi siyasal talepler yarattığı için, toplumsal yapıda federalizmi zorlukla kılacak ölçüde ayrışma olduğunun ileri sürülemeyeceğidir. Öyle görünüyor ki Kürtlerin çoğu açısından Kürt kimliğiyle ilgili sorunlar daha fazla yerelleşme, demokrasi ve insan haklarının güçlendirilmesi ve daha iyi ekonomik koşulların sağlanmasıyla çözülebilecek sorunlardır. Ülkedeki diğer etnik ya da dinsel grupların ise federal sistemin benimsenmesi gibi bir talepleri bulunmamaktadır. KONDA'nın 2010 yılı araştırmasında çıkan sonuçlar bu tespitleri teyit eder nitelikte. Kürtlerin yoğun olarak yaşadığı illerimizde etnik kimliğini "Kürt" olarak belirten deneklere sorulan "Kürt halkının mutlu olması için öncelikle yapılması gereken aşağıdakilerden hangisidir?" sorusuna alınan cevaplar şöyledir: Ekonomik sorunlar ve işsizliğin çözülmesi %37,8, Anayasa'da Kürt kimliğinin tanınması %21,2, yerel yönetimlerin özerkliğe kavuşturulması %16,8, genel af çıkarılması %13,5, Türk hükümetinin geçmişte yapılanlar için Kürtlerden özür dilemesi %10,8 (KONDA 2011: 130).

Burada akla şöyle bir soru gelebilir: Kürtlerin çoğunluğunun farklılıklarını siyasallaştırmamaları kalıcı bir özellik midir? Yoksa zaman içinde değişebilir bir olgu mudur? Başka ülkelerin deneyimlerine baktığımızda, kültürel düzeyde tanımlanan bir etnik kimliğin zamanla siyasallaştığı, özerklik ya da bağımsızlık şeklinde güçlü talepler ortaya koyduğuna ilişkin örnekler bulunabilir. Ama tersi örnekler de vardır. Geçmişte çok güçlü siyasal talepler ortaya koyan bir hareket, zamanla popüleritesini yitirebiliyor. Etnik kimlik üzerinden yapılan siyasetin halk desteği değişmez değildir.

Québec Örneği

Birinci durum için iyi bir örnek, federal bir devlet olan Kanada'da Fransız kökenli ve Fransız kültürüne bağlı tek eyalet olan Québec'tir. Québec'te anadili Fransızca olanların oranı %82 civarındadır. 1960'lı yıllara kadar, Fransız kökenliler, farklılıklarının korunması bakımından federalizmi elverişli ve yeterli bir sistem olarak görmüşlerdir. Ancak bu tarihten sonra, Fransız kimliğinin federal bir çatı altında koru-

namayacağı ve Québec'in bağımsız bir devlet olması gerektiği görüşü öne çıkmaya başlamıştır. Bu görüşü savunan Québécoisler Partisi 1976'da eyalet seçimlerini kazanarak iktidara gelmiş, 1980'de Québec eyaletinde bağımsızlık referandumu yapılmıştır. Bu oylamada Québec halkının %40'ı bağımsızlık lehinde oy kullanmış, 1995'te yapılan ikinci referandumda bağımsızlık yanlıları %49'un biraz üzerinde oy almış, salt çoğunluğu küçük bir farkla kaçırmışlardır. Québec başbakanı, hedeflerine çok yaklaştıklarını ve üçüncü referandumda bağımsızlık taleplerinin Québec halkı tarafından onaylanacağına inandığını açıklamıştı. Ama aradan geçen 15 yıldan bu yana gündemde yeni bir referandum bulunmuyor. Çünkü son seçimler ve kamuoyu anketleri, eskiden %50'ye yaklaşan bağımsızlık yönündeki desteğin %30'lara gerilediğini gösteriyor. Partinin eyalet seçimlerindeki halk desteği 1981 seçimlerinde %49, 2003 seçimlerinde %33 ve 2008 seçimlerinde %35 olarak gerçekleşti. Bu tablo, Québécoislerin çoğunluğunun Kanada içinde kalmayı bağımsız bir devlet kurmaya tercih ettiğini düşündürüyor.¹⁹

İskoçya Örneği

İkinci duruma örnek olarak *İskoçya* verilebilir. 1707'de Britanya ile birleşmeden önce, *İskoçya* bağımsız bir devletti. Birleşme için yapılan müzakerelerde *İskoçlar* parlamentolarının varlığını sürdürmesini istedilerse de, bu istek İngilizler tarafından kabul edilmedi. Yine de, *İskoçların* farklı etnik, dinsel ve kültürel aidiyetleri nedeniyle, Birleşme Yasası güçlü bir özerkliği güvence altına aldı. *İskoçlar* kiliselerini, hukuk sistemlerini, eğitim ve yerel yönetim sistemlerini koruyarak Britanya'ya katıldılar. Birleşmeden sonraki üç yüz yıl boyunca, *İskoçlardan* bağımsızlık isteyen ciddi bir ayrılıkçı hareket ortaya çıkmadı.

İskoçya'nın Birleşik Krallık'tan ayrılarak bağımsız bir devlet kurmasını savunan *İskoç Milli Partisi* (merkez-sol bir parti olarak) 1934'te kuruldu. Kuruluşundan sonraki 30 yıl içinde *İskoçya'da* yapılan se-

19. Bkz. Uygun 2007: 205. Bu konudaki ilginç gelişmelerden biri, Kanada Parlamentosu'nun 28 Kasım 2006'da Québécoisleri "millet" olarak tanımlamış olmasıdır. Québec'te muhalefette bulunan ayrılıkçı Québécoisler Bloku, iktidara geldiğinde üçüncü kez bağımsızlık referandumu düzenleyeceğini ilan etmişti. Bu yöndeki taleplere set çekmek için, Kanada Başbakanı'nın önerisi üzerine, parlamento Québécoislerin birleşik Kanada içinde millet olduğu görüşünü kabul etti. Bkz. www.theglobeandmail.com (28 Kasım 2006).

çimlerde oy oranı %1 civarında seyretti. 1966'da %5, 1970'te %11 civarında oy aldı. Bu tarihten sonraki seçimlerde oy oranı %10 ile %30 arasında değişti. 1960'ların sonunda Kuzey Denizi'nde petrol bulunması ve petrol gelirinden İskoçya'nın yeterince yararlanamaması, seçim propagandalarında bu konuyu işleyen İskoç Milli Partisi'nin halk desteğinde büyük bir artışa yol açtı. 1979'da yapılan referandumda, İskoç halkı, parlamento kurmak için sandık başına gitti. Yeterli çoğunluk sağlanamadığından referandum başarısız oldu.²⁰ 1980 ve 90'lı yıllarda iktidardaki Muhafazakâr Parti'nin politikalarından hoşnut olmayan İskoçyalılar arasında, özerkliğin bir parlamento kurularak güçlendirilmesi düşüncesi giderek destek bulmaya başladı. İskoçya'nın bağımsızlığını savunan İskoç Milli Partisi oy oranını artırdı. 1997'de Tony Blair liderliğinde iktidarda olan İşçi Partisi, İskoçya'da yeni bir referandumun düzenlenmesine öncülük etti. Bu kez İskoç halkının %74'ü İskoç Parlamentosu'nun kurulmasına "evet" dedi. İskoç Milli Partisi'nin İskoçya Parlamentosu seçimlerindeki başarı grafiği giderek yükselmektedir. Parlamentosunun kuruluşundan bu yana yapılan dört seçimdeki oy oranları şöyledir: 1999 seçiminde %28,7, 2003 seçiminde %23,8, 2007 seçiminde %32,9, 2011 seçiminde %45,4.²¹

Québec, İskoçya ve diğer pek çok örnek, etnik temele dayalı partilerin halk desteğinin zamanla değişebildiğini gösteriyor. Özellikle, ayrılıkçı İskoç Milli Partisi'nin İskoçya'da 30 yıl boyunca %1 civarında oy alıp, daha sonra oyunu %45'lere kadar çıkarmış olması son derece etkileyicidir. Pek çok örnekte bu değişimi tetikleyen etkenler, kimlikle ilgili etnik sorunlar olmaktan çok ekonomik boyutu öne çıkan konulardır. Benzer bir süreç Türkiye'de de yaşanabilir. Kürt seçmenin oylarına talip partilerin halk desteği artabilir de azalabilir de. Burada önemli olan nokta, bu desteğin ulaşabileceği en yüksek değer konusunda gerçekçi bir tutum benimseyebilmektir. Kürt siyasetçiler arasında bir kesim, Kürt seçmene hitap eden partilerin oy oranının DEHAP'ın aldığı %6 civarındaki oranın çok üzerine çıkabileceği konusunda iyimser gö-

20. İskoçların %52'si İskoç Parlamentosu'nun kurulması lehinde oy kullandı. Ancak referandumu düzenleyen yasa, evet oylarının İskoçya'daki toplam seçmen sayısının %40'ının altında olmaması koşulunu getirdiği için, katılım oranının düşük olduğu referandum başarılı olamadı.

21. İskoç Milli Partisi'nin seçimlerdeki başarı grafiği için Wikipedia'nın "Scottish National Party" maddesine bakılabilir: en.wikipedia.org (erişim tarihi: 01.08.2011).

rüşler ileri sürmüşlerdir. Kuşkusuz bu oran bir miktar daha artabilir. Ama kimlik sorununun, insan hakları, demokrasi ve ekonomi ile ilgili sorunların en yoğun olarak tartışıldığı bir dönemde ulaşılan %6'lık oranın zirveye yakın bir oran olma olasılığı da vardır. Kürt nüfusunun genel nüfus içindeki oranını %13 olarak gösteren yazarların tahmini doğruysa, %6'lık oy oranı Kürt kökenli seçmenlerin yaklaşık %50'sinin desteğine tekabül eder ki, bu hiç de azımsanacak bir oran değildir. Bu oranı artırmak isteyen bir siyasal parti, kaçınılmaz şekilde Kürt kimliğini siyasallaştırmamış kitleye ve diğer etnik gruplara yönelecektir. Böyle bir yönelim, ancak parti politikasının etnik sorunlar dışında herkesi ilgilendiren konulara ağırlık vermesiyle mümkün olabilir. Kürtlerin radikal siyasal taleplerinin bu kitleler tarafından hoş karşılanmaya çağı düşünülürse, oy oranını artırma çabası, siyasal taleplerin ve beklentilerin törpülenmesini gerektirecektir.

Eski seçimlerdeki seçmen davranışları incelendiğinde, Kürt seçmenlerin kimlikle ilgili siyasal talepler kadar ekonomik sorunlara ve dinsel konulara da duyarlı oldukları görülecektir. İleriki seçimlerde, İslami çizgiyi temsil eden bir partinin tatmin edici ekonomik vaatlerde bulunması durumunda, Doğu ve Güneydoğulu Kürt seçmenlerin oylarını önemli ölçüde kendisine çekmesi mümkündür. Bunun örnekleri önceki seçimlerde görülmüştür. Önceki seçimlerin genel bir değerlendirmesi, Kürt seçmenin, kimlik sorunları kadar dinsel konularda da duyarlı olduğunu gösteriyor. Bu kitleyi yalnızca etnik sorunlarla motive olan tek bir blok olarak düşünmek doğru değildir. Kürt seçmenler arasında da İslamcı - muhafazakâr kesim ile laikliği öne çıkaran kesim şeklinde bir bölünme vardır. Keza Sünni İslamı benimseyenler ile Aleviliği benimseyenler vardır.²² Sosyo-ekonomik görüşleri bakımından kendini sol ya da merkez solda görenler ile liberal, sağ ya da İslamcı görenler arasında bir bölünme olduğu da söylenebilir. Ayrıca, kırsal kesimde yaşayan Kürtlerin bir kısmının birer seçmen olarak özgür iradeleriyle hareket edemediklerini unutmamak gerekir. Feodal yaşam tarzı nedeniyle, binlerce Kürt seçmen aşiret liderlerinin buyruğu doğrultusunda oy kullanmaktadır. Aşiret liderleri ise, bir seçimden diğerine, çeşitli gerekçelerle farklı partileri destekleyebilmektedir. İyi geçi-

22. Türkiye'deki Kürtlerin yaklaşık %70'inin Sünni, %30'unun Alevi olduğu yaygın olarak benimsenen bir görüştür. Bkz. Andrews 1992: 161. Baskın Oran söz konusu oranları %75 Sünni, %25 Alevi olarak veriyor (2004: 47).

nemeyen ya da birbirine düşman aşiretlerin farklı partileri desteklemeleri sıklıkla görülen bir durumdur.

IX. "İki Kurucu Halk" Görüşü: Türk - Kürt Federasyonu Projesi

Türkiye için federal devlet sistemini savunan çevrelerin bir kısmı, bu görüşlerini Türkiye Cumhuriyeti'nin, Türk ve Kürt halkına dayanılarak kurulduğu tespitine dayandırmaktadır. Bu tespitten hareketle, Türkiye için en uygun sistemin bir Türk - Kürt federasyonu olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Türk - Kürt federasyonu görüşü yalnızca Kürt kökenli siyasetçilerin değil, ayrıca *Türkiye Birleşik Komünist Partisi* ve *Sosyalist Parti* gibi bazı sol partilerin de sahip çıktığı bir görüş olmuştur. Türk - Kürt federasyonu projesini değerlendirebilmek için, öncelikle "iki kurucu halk" görüşünün tarihsel veya siyasal bir gerçeğe işaret edip etmediğini saptamak gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti'nde iki kurucu halk bulunduğu tezini savunanların, görüşlerini desteklemek için ileri sürdükleri argümanlar şu şekilde sıralanabilir:²³

1) Cumhuriyetin kurucuları (Mustafa Kemal Atatürk, İsmet İnönü, Fethi Okyar, vb.), 1920'li yıllarda "Türk ve Kürt halkları" ifadesini zaman zaman kullanmışlardır.

2) Kürtler gerek Cumhuriyet döneminde, gerekse Cumhuriyet öncesi dönemde, Türklerin Doğu'daki üstünlüğünün ve yayılmasının en güçlü dayanağı olmuştur: Türklerin Anadolu'ya kalıcı olarak yerleşmesini mümkün kılan Malazgirt Zaferi (1071) Kürtler olmadan kazanılamazdı. Osmanlı İmparatorluğu'nun Ortadoğu'da büyük bir güç haline gelmesini sağlayan Çaldıran Savaşı'nda (1514) Kürtlerin yardımıyla başarılı olunmuştur. Yine, Ulusal Kurtuluş Savaşı da Kürtler olmadan kazanılamazdı.

3) Kürtler, diğer etnik gruplardan farklı olarak belirli bir bölgede yerleşik olan ve o bölgede sayısal üstünlüğü olan bir halktır. Kürtlerin kendi bölgelerindeki varlığı, Türklerin Anadolu'ya gelmesinden çok önceye uzanır. Kürtler dilleri, kültürleri ve gelenekleriyle Selçuklu

23. Türklerin ve Kürtlerin "kurucu halk" oldukları görüşü çok eskiye uzanmakla birlikte, son yıllarda yoğun biçimde tartışılması şu kaynaktan sonra yoğun biçimde tartışılır olmuştur. Bkz. Öcalan 2001: 124.

Devleti, Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti içinde asimile olmadan varlığını sürdürerek bugüne ulaşan tek büyük topluluktur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kökeninde iki kurucu halk bulunduğu görüşünün yukarıda üç başlık halinde sıralanan iddialarını tek tek ele alalım:

Atatürk'ün ve Türk Devrimi'nin diğer önderlerinin "Türk ve Kürt halkları" ifadesini ara sıra kullandıkları doğrudur. Bu kavramlar, Cumhuriyet kurulmadan önce ya da kuruluş yıllarında kullanılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılmasıyla, Misak-ı Milli sınırları içinde yaşayan kitlenin nasıl adlandırılacağı konusunda henüz belirginliğin olmadığı bir dönemde (1918-20), gerek Mustafa Kemal gerekse diğer önderler, "Müslüman ahalî", "Müslüman ekseriyet", "Osmanlı-Müslüman ekseriyet", "Türk ve Müslüman ahalî", "Türk ve Kürt halkları" gibi ifadeler kullanmışlardır. Daha sonra 1924 yılına kadar, "Türkiye halkı", "Türkiye ahalisi", "Anadolu milleti" (K. Karabekir) gibi farklı ifadeler kullanılmış, bu tarihten sonra "Türkiye halkı" yerine *Türk halkı* ya da *Türk milleti* yaygınlık kazanmış ve artık "Kürt halkı" sözü tamamen unutulmuştur (Tanör 2002: 240; Yıldız 2001: 115-54).

Cumhuriyetin kurucularının çok kısa bir dönem için, henüz yerleşik kavramların oluşmadığı bir dönemde "Türk ve Kürt halkları" ifadesini kullanmış olmaları, Kürt halkını devletin kurucu unsuru olarak gördükleri ve bir Türk-Kürt federasyonu modelini amaçladıkları anlamına gelmez. Üstelik bu ifadenin geçtiği ortamlar incelendiğinde, kullanımın genellikle taktik amaçlı olduğu görülür: Kürtlerin "ulusal" direnişe katılımını teşvik etmek ya da Lozan'a barış antlaşmasını imzalamaya giden heyetin müzakere masasında elini güçlendirmek gibi. Nitekim bu söylem, dolaylı da olsa, 1921 ve 1924 Anayasalarına ve o döneme ilişkin diğer temel hukuk metinlerine yansımıştır.

1921 Anayasası'nın ilginç bir özelliği, toplumsal yapıdaki kültürel farklılıkların ifade edilmesi ve korunmasına elverişli bir idari sistem öngörmesiydi. Kurtuluş Savaşı yıllarının olağanüstü ortamında hazırlanan bu anayasa, vilayet (il) ve nahiye (bucak) yönetimlerine idari özerklik tanımış ve bu yönetimler için halkın katılımını sağlayacak şuralar (kongreler) öngörmüştür (11-21. maddeler). Anayasa, merkezî yetkilikten uzak, kamusal faaliyetlerin büyük kısmının yerel yönetimlerce gerçekleştirileceği adem-i merkezîyetçi bir yapı getirmiştir. Kürtler veya diğer etnik, dinsel grupların bu özerklikten yararlanarak kültürel kimliklerini korumaları mümkündü. Bu imkânın dışında Anaya-

sa'da Kürtlere yönelik özel bir düzenleme, Kürtlerin kurucu halk olduğunu çağrıştıracak bir ifade yoktur. Zaten 1921 Anayasası'nın bu hükümleri hayata geçirilememiş; öngörülen vilayet ve nahiye şuraları ve diğer organlar kurulamamıştır. Kısa süre içinde, yeni devletin gerçekleştireceği radikal reformlar için merkezileşme ihtiyacı ortaya çıkacak ve Cumhuriyet'in kurucu kadrosu içinde bir dönem Kürtlere özerklik tanınması gerektiğini samimi olarak düşünen kişiler de tüm yetkilerin Ankara'da toplanmasını isteyecektir. 1924 Anayasası ise, söz konusu adem-i merkeziyetçi zihniyeti terk ederek bugüne dek gelen klasik merkeziyetçi yönetim anlayışını kurumsallaştırmıştır (Tanör 1999: 263-7).

Cumhuriyet'in hemen öncesinde ve ilk yıllarında ülkenin nüfusunu tanımlamak için kullanılan ifadelerde Kürt halkından söz edilmesi, ileriki yıllarda da, Kürtlerin kültürel farklılıklarının korunmasına ve geliştirilmesine hiçbir katkıda bulunmamıştır. Tam tersine, bu ifadeler, bazen Kürtlerin farklılıklarını yok saymak ya da en azından siyasal taleplere dönüştürmemek için kullanılmıştır. Kürtlerin Türklerden farklı olmadıkları, çoğunluğun bir parçası oldukları, o nedenle (gayrimüslimler gibi) farklılıklarının korunması için özel düzenlemelere gerek olmadığı, ülkenin asli kurucularından sayıldıkları için azınlık haklarından yararlanmalarının gerekli olmadığı sürekli vurgulanmıştır. Lozan'da Türk heyetinin savunduğu görüş bu yönde olmuş; İtilaf Devletleri'nin Kürtlere yönelik özerklik talepleri reddedilmiştir.

Bu bakış açısının, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını biçimlendirdiğini de belirtmek gerekir. Mahkemeye göre, "azınlığın sosyolojik ve hukuksal tanımlarına uygun bir nitelik Kürt kökenli yurttaşlarda bulunmadığı gibi, onları öbür yurttaşlardan ayıran herhangi bir yasal kural da yoktur... Sınırsız hakları sınırlı haklara, ulusun kendisi olmayı azınlık olmaya dönüştürmenin anlamsızlığı açıktır".²⁴ Burada dikkat çeken iki nokta var: Birincisi, Kürtler ulusun kendisi olarak nitelendirilerek azınlık olmadıkları, bir anlamda asli unsurlardan oldukları vurgulanıyor. İkinci nokta, Mahkeme'nin azınlık haklarını "sınırlı haklar" olarak nitelemesidir. Oysa çağdaş insan hakları ve demokrasi anlayışında, azınlıklar çoğunluğu oluşturan grupla aynı haklara sahip oldukları gibi, farklılıklarını korumak için bazı özel haklardan da yararlanırlar. Kuşkusuz bu özel haklar, bir ayrıcalık yaratmak için değil,

24. Demokrasi Partisi kararı. E. 1993/3, K. 1994/2, Karar tarihi: 16. 06. 1994, AYMKD 30/2, s. 1199.

eşitliği sağlamak için gereklidir. Azınlık haklarından yararlanamayan azınlıkların diğer vatandaşlarla eşitliği sağlanamaz. Anayasa Mahkemesi, siyasal parti kapatma davalarında, Kürtleri azınlık değil ülkenin asli unsuru olarak görmüş ve azınlık haklarının söz konusu olamayacağı sonucuna varmıştır.²⁵ İlk bakışta Kürt kimliğinin savunulması bakımından olumlu gibi görünen bu yaklaşım, aslında Kürt dili ve kültürü üzerindeki yasakların devamını sağlamaya hizmet etmiştir. O nedenle, son zamanlarda öne çıkarılan ve Türk - Kürt federasyonu tezine dayanak yapılmak istenen iki kurucu halk tabirinin, Kürtlerin farklı kimliklerinin korunmasını güçleştiren "kurucu unsur" ya da "asli unsur" kavramlarını çağrıştırması ve kendisinden beklenenin aksine bir anlam kazanması olasılığı vardır.

Bir devletin kurucu unsuru, devletin kuruluşu sırasında o ülke üzerinde egemen konumda olan halktır. Bazı ülkelerde birbirine nüfus, ekonomik güç ve entelektüel birikim yönünden az çok denk düşen iki halk aynı anda devletin kuruluşunu biçimlendirmiş olabilir. Kanada'da İngiliz ve Fransız kökenliler ile Belçika'da Flamanlar ve Valonlar gibi. Ancak bu iki örnek ile Türkiye arasında benzerlikler kadar farklılıklar da vardır. Şimdi bu iki örneği daha yakından inceleyelim.

Kanada Örneği

Kanada'da "iki kurucu halk/ulus" (*two founding peoples/nations*) ifadesini gündeme taşıyanlar Fransız kökenli Québecliler olmuştur. Bu ifade Kanada'nın kuruluş yıllarına değil, 1960'lı yıllara aittir. Québec halkı, her ne kadar Kanada 10 eyalet ve üç bölgeden oluşuyor ve 70 ayrı etnik grubu barındırıyor olsa da, ülkedeki temel ayrımın İngiliz kökenliler ile Fransız kökenliler arasında olduğunu ve bu iki halkın devletin kuruluşunu biçimlendirdiğini savunmaktadır (Jackson ve diğ. 1986: 96-8).

Federal sistemin avantajından yararlanarak kendi eyaletlerinde (Québec) Kanada'nın geri kalanından yalıtılmış bir yaşam sürmeyi tercih eden Fransız kökenliler, 1960'lara kadar böyle bir kavramla kendilerini ve devletlerini tanımlama yoluna gitmemişlerdir. Fransız kültürü köklü bir kültür olmasına rağmen, Québec halkı Kanada'yı iki

25. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadını TİP, TEP, TBKP, SP, ÖZ-DEP, STP, DEP, EP kararları çerçevesinde değerlendiren bir çalışma için bkz. Ali-efendioğlu 2002: 218-41.

kültürlü bir toplum yapacak projeler ortaya koyamamış, hatta böyle bir iddiayı ileri sürememiştir. Bunun nedeni, Fransız Devrimi'nden önce bölgeye yerleşen toplulukların, çok uzun yıllar Fransız Devrimi' nin ilke ve değerlerinden uzak oluşu ve Avrupa aydınlanmasının kazanımlarını sahiplenememeleridir. Ortaçağ toplumu görüntüsü veren Québec halkının, iki kurucu halktan biri sıfatıyla Kanada politikasını etkilemesi beklenemezdi. Gerçekten de Québec halkı, 20. yüzyılın başına kadar feodal bir ekonomi ve Katolik kilisesinin önderliği ile yönetilmiştir. Québec, Fransız Devrimi öncesinin yaşam biçiminden kesin biçimde 1960'lardaki *sessiz devrim* (*quite revolution*) ile kopmuştur. Bu tarihten sonra, Kanada politikasında etkili olmaya çalışmış, modern Fransız kültürünün Kuzey Amerika'da korunması için çaba göstermiştir (Uygun 2007: 312).

Kanada'nın kuruluşunda Fransız ve İngiliz kökenli iki büyük eyaletin (Ontario ve Québec) yer aldığı, diğer eyaletlerin zamanla birliğe katıldıkları ya da oluşturuldukları düşünülecek olursa, "iki kurucu halk" ifadesinin kullanılması için Québeclilerin neden 1960'lara kadar bekledikleri sorulabilir. Sorunun cevabı çok karmaşık değildir. Kanada, iki farklı halk ve iki farklı kültür gerçeği dikkate alınarak zaten "federal" bir sistem olarak kurulmuştu. Québeclilerin bunun ötesinde bir taleple ortaya çıkmaları iki bakımdan zordu: Birinci zorluk, kuruluş öncesinde İngiliz egemenliği altındaydılar ve İngiliz üstünlüğü kuruluş sonrasında da değişik biçimlerde varlığını korudu. Bu durumun yarattığı bir çekingenlik etkili olmuştur. Asıl önemli olan ikinci etken, Québeclilerin 20. yüzyılın başına kadar ortaçağ değerlerine sahip bir toplum olmasıdır. Québecli aydınların Fransız Devrimi'nin ve Devrim sonrasında kazanımlarıyla tanışmaları yüzyılın başında gerçekleşmiştir. Bu değerlerin topluma aktarılması ve siyaseti güçlü biçimde etkilemesiye ancak 1960'larda mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla Québeclilerin, entelektüel birikimleri bakımından Kanada'ya 1960'lara kadar verebilecekleri bir şey yoktu. Böyle sönük kalmış bir toplumun "iki kurucu halk" talebiyle ortaya çıkması beklenemezdi. Nitekim öyle de oldu.

1960'lardan sonraki süreç oldukça sancılıdır. Québecliler Kanada içinde İngiliz kültürü altında ezildiklerini, kendi dil ve kültürlerini koruyamadıklarını ayrıca ülkenin ekonomik gücünden adil pay alamadıklarını ileri sürecektir. Eyalet düzeyinde iktidara gelen partiler, başta federal kurumların iki-dilli yapılanmasının gerçekleştirilmesi ol-

mak üzere, bütün bu alanlarda iyileştirme sağlayacak radikal adımlar atmıştır. Daha sonra iktidara gelen Québeccliler Partisi ise Kanada'dan ayrılarak bağımsız bir devlet kurma seçeneğini gündeme getirecektir. Kanada'yı "iki-toplumlu", "iki-dilli", "iki-kültürlü" bir ülke olarak tanımlama çabası işte bu yıllarda güçlenmiştir. Bugün gelinen noktada, iki-dillilik kabul edilmekte fakat *iki-kültürlülük* kavramı ile *iki kurucu halk* ifadeleri benimsenmemektedir. Bu ifadeler, 10 eyalet ve 3 bölge yönetiminden oluşan Kanada'da yalnızca Québecli frankofonlar tarafından kullanılmakta, diğer yerlerde hoşnutsuzluk yaratmaktadır. Bunun en önemli nedeni, Kanada'nın çok farklı kökenden gelen insanların yurdu olmasıdır. Kanada'da İngiliz kökenlilerin oranı %35, Fransız kökenlilerin oranı %25 civarındadır. Geri kalan %40'lık bölüm 70 ayrı etnik gruptan oluşmaktadır. Bu çeşitliliği tanımlamak için uygun olan ifade iki-kültürlülük değil, çok-kültürlülüktür (*multiculturalism*).

Belçika Örneği

Belçika 1830 yılında kurulduğunda, ülke nüfusunun büyük kısmı Flamanca (Felemenkçe) konuşan Flamanlar ile Fransızca konuşan Valonlardan oluşmaktaydı. Bu iki halk arasında köken farkı yoktur. Napolyon döneminde uzun süre Fransız işgali altında kalan ülkede, burjuvazi sınıfı Fransız dili ve kültürünü benimsemiş, kırsal bölgelerde yaşayan halk ise anadilleri olan Flamanca'yı korumuştur. Fransızca konuşan Valonlar nüfusun %32'sini oluşturmalarına rağmen, eğitilmiş, zengin ve devlet kademelerine hâkim bir toplum olmanın avantajlarını kullanarak Fransızca'yı resmi dil yapmışlardır. Valon toplumunun üstünlüğüne dayanan üniter bir sistem içinde, merkezîyetçi ve Jakoben politikalar uygulamışlardır. Oy hakkının genelleşmesi ile birlikte, nüfusun %56'sını oluşturan Flamanlar politikayı etkilemeye başlamış, önce her iki dilin resmi dil kabul edilmesi sağlanmıştır. Flamanca konuşan bölgelerin sanayileşmesiyle birlikte, Flaman aydınları ve ekonomik güç sahipleri yeni taleplerle ortaya çıkmış; 1932'de idari, askeri, eğitsel ve adli kurumlarda iki-dillilik esası benimsenmiştir. 1970 yılında, eski bir siyasal teamül resmi hüküm haline getirilmiştir: Hükümetlerin her zaman eşit sayıda Flamanca ve Fransızca konuşan bakanlarla kurulması anayasada açık hükme bağlanmıştır. 1980-93 yılları arasında yapılan bir dizi anayasa değişikliği ile üniter sistem terk edilip federal sisteme geçilmiştir.²⁶

Kanada örneği, Québec halkı gibi, Amerika kıtasında Fransız kültürü ve dilinin temsilcisi olan bir halkın, "iki kurucu halk" tabirini ortaya atmakta ne kadar zorlandığını gösteriyor. Kanada'nın kuruluşunda iki halk vurgusu hep olmasına rağmen, kuruculuk sıfatı bu tarihsel olguyla değil, Kanada kültürüne, ekonomisine ve politikasına yapılan katkı ile tanımlanmıştır. Québecliler bu katkıyı 1960'lardan sonra yapabildikleri için, bu tabiri de o tarihten itibaren kullanmaya başlamışlardır. Belçika'daki durum daha da çarpıcıdır. Nüfusun çoğunluğunu oluşturan kesim kendi dilini resmi kurumlarda kullanamamakta, cahil ve görgüsüz diye nitelendirilerek aşağılanmaktadır. Ne zaman ki sanayileşmenin dönüştürücü gücü Flamanların haklarını savunabilecek bir seçkin tabaka yaratmışsa, o andan itibaren Belçika iki-dilli bir topluma dönüşmüştür. Burada da, sayıca çoğunluk olsa bile, kültürel, ekonomik ve politik alanda varlık gösteremeyen bir halkın yönetimden dışlandığını, adeta yok sayıldığını görüyoruz.

Kürtler Kurucu Halk mı?

Bu örnekler, "iki kurucu halk" ifadesinin toplumda bir değer taşıyabilmesinin, tarihsel olgular, hatta nüfus durumundan çok, halkların ülke hayatındaki etkileriyle ilgili olduğunu gösteriyor. Tarihsel olgular devletin kuruluş aşamasında iki halkın varlığına işaret etse bile, bu olguyu topluma aktaracak entelektüel birikimden yoksun olunması durumunda, söz konusu halk "kurucu" sıfatıyla anılmayacaktır. Kürtler, son yıllarda "iki kurucu halk" ifadesini gündeme taşımayı başarmakla birlikte, dayandıkları tarihsel olguların zayıflığı nedeniyle, bu girişimin ne ölçüde kabul göreceği kuşkuludur. Kürtlerin, Kurtuluş Savaşı'na destek verdikleri doğrudur. Bu, iki halkı kaynaştıran önemli bir olgudur. Ancak Kurtuluş Savaşı, Misak-ı Milli sınırları içinde yaşayan her kesimin topyekûn bu savaşa katılmasıyla kazanılabilmektedir. Toplumun her kesimi olağanüstü fedakârlıklar yapmıştır. Kürtleri bu savaşta çok özel ya da ayrıcalıklı kılan bir durum yoktur. Özellikle, savaşın Kürtler sayesinde kazanıldığını söylemek abartılı bir yaklaşımdır. Üstelik bu destek de kolay sağlanmamıştır. Mondros Mütarekesi'nden sonra Kürtler ikiye bölünmüş; bir kısmı kaderini Osmanlı Devleti'nin kade-

26. Belçika, Kanada ve diğer tüm iki toplumlu ülkelerin incelendiği bir çalışma için bkz. Uygun 1994: 147-69.

riyle birleştirirken, diğer bir kısmı, Osmanlı Devleti'nden ayrılma arayışı içine girmiştir.

Kurtuluş Savaşı'na Kürtlerin desteği bakımından diğer bir tespit, desteği veren kesimin niteliğiyle ilgilidir: Mondros Mütarekesi'nin imzalanmasından sonra, ülkenin hemen her bölgesinde işgale karşı sivil direnişi örgütleyen hareketler ortaya çıkmıştır. Bu hareketlerin temsilcileriyle Mustafa Kemal arasında yapılan yazışmalarda, gönderilen telgrafların altında "eşraf" imzası vardır. Güneydoğu'dan gelen telgraflar ise "aşiret reisi" imzalıdır. Bu ikisi, çok farklı iki toplumsal tabakayı işaret eder. "Eşraf" eğitilmiş, yöresinde tanınan ve sevilen, sözü dinlenen bir kasaba ileri geleni olarak orta sınıfa karşılık gelir. Aşiret reisliği ise feodal bir kurumdur. Bu farklılığın önemi şuradadır: Feodal bir gücün desteği askeri alanda kalırken, eşrafın desteği, askeri alanın yanı sıra politik, kültürel ve ekonomik alanda da kendini göstermiştir.

Bu konuda çarpıcı bir örnek, Elviye-i Selase'den (Kars, Ardahan, Batum) verilebilir. Bu bölge halkı, Mondros Mütarekesi sonrasında, hemen işgale karşı direnişin siyasal ve askeri yapısını yerel düzeyde örgütlemeyi başarmış; 5 Kasım 1918'de Cenubi Garbi Kafkas Hükümeti'ni kurmuş, 25 Mart 1919'da bağımsızlık ilan etmiş ve rejimin "cumhuriyet" olduğunu tüm dünyaya duyurmuştur. Söz konusu hükümet, Teşkilatı Esasiye Kanunu adıyla bir anayasa yürürlüğe koymuş, kuvvetler birliği esasına dayanan bir rejim oluşturmuş, anayasasında tebaa yerine "vatandaş" kavramını kullanmıştır. Tarihlere dikkat edilirse, tüm bunlar Mustafa Kemal 19 Mayıs 1919'da Samsun'a çıkmadan önce gerçekleştirilmiştir. Yine yapılanlar dikkatle incelendiğinde, ülkenin doğu sınırındaki bu oluşumun yeni Türkiye Cumhuriyeti üzerindeki fikri katkısı açıkça görülür: Yaklaşık iki yıl sonra, Ankara'daki rejim de anayasasına "Teşkilatı Esasiye Kanunu" adını verecek, tebaa yerine "vatandaş" diyecek, bir süre için kuvvetler birliği esasını benimseyecek, dört yıl sonra da "cumhuriyet" ilan edecektir. Cenubi Garbi Kafkas Hükümeti'nin fikri katkısı bununla da kalmayacak, Misak-ı Milli sınırları içinde ileride kurulacak yeni devletin ve halkın adını da önce o kullanacaktır. 18 maddelik 1919 tarihli anayasa metninde, "Türk Devleti" (m. 3, 8), "Türk" (m. 7, 14), "Türkiye" (m. 7, 8, 11) kavramları dokuz kez kullanılmıştır (Tanör 1998: 197). Anayasalarına koydukları bir hükümde (m. 11) Türkiye'den ayrılmayacaklarını belirtmişlerdir. Oysa o tarihlerde Misak-ı Milli sınırları içinde kalan toprak parçası için hâlâ "Osmanlı ülkesi", halkı ifade etmek için de

"Osmanlılar" ifadeleri yaygın olarak kullanılmaktadır.

Bu örnek, kuruculuk sıfatının ciddi bir entelektüel katkıya bağlanmaksızın, yalnızca sayı üzerinden ifade edilmesinin büyük bir önem taşımadığını gösteriyor. Nitekim *Elviye-i Selase* Türkiye Cumhuriyeti'nin ilke ve kurumlarını biçimlendirirken, Güneydoğu Anadolu'nun devletin kuruluşuna fikri bir katkısı olmamıştır. Feodal bir toplumun bu yönde bir katkısının olması da beklenemezdi. Türkiye Kürtlerinin kendi entelektüel kesimini ortaya çıkarması büyük ölçüde II. Dünya Savaşı'ndan sonra hızlanan sanayileşme ve kentleşme ile gerçekleşmiştir. Büyük kentlere yerleşerek ekonomik güç elde eden ve eğitilmiş bir topluluğa dönüşen bu kesimin de, genellikle Kürt kimliğini çok önemsemediği ya da Kürt kimliği üzerinden siyaset yapmaktan kaçındığı görülüyor. Günümüzde Kürt siyasal hareketinin asıl dinamizmi ülkenin doğusunda küçük ve orta büyüklükteki kentlerdedir. Söz konusu hareket Türkiye'de siyaseti etkileyen önemli bileşenlerden biri olmakla birlikte, bu durum tek başına, kendi tabanının iki kurucu halktan biri sıfatıyla anılmasını haklılaştırmamaktadır.

"İki kurucu halk" görüşünü desteklemek için kullanılan üçüncü argüman doğru tespitler içeriyor: Kürtler gerçekten de, diğer etnik gruplardan farklı olarak belirli bir bölgede yerleşik olan ve o bölgenin bazı kentlerinde sayısal üstünlüğü olan bir kesimdir. Kürtlerin kendi bölgelerindeki varlığı, Türklerin Anadolu'ya gelmesinden çok öncelere uzanır. Kürtler dilleri, kültürleri, gelenekleri ile Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti içinde asimile olmadan varlığını sürdürerek bugüne ulaşan tek büyük yerleşik topluluktur. Bu özelliklerin söz konusu topluluk bakımından özerklik ya da federasyon yönünde bir siyasal talep doğurması anlaşılabilir, ama bu özellikler bir halkı "kurucu" yapmaya yetmez. Nitekim Avrupa ülkelerinde de çeşitli düzeylerde özerklikten yararlanan pek çok etnik topluluk bu özellikleri gösterir. Ancak bu durum onlara kuruculuk sıfatı vermemiştir. Bu özelliklere sahip bir kesimin, kendi farklılığını korumak ve geliştirmek için çaba göstermesi ve bu yönde bazı haklar talep etmesi başka şey, "kurucu halk" olduğunu ileri sürmesi başka şeydir. Kurucu olan, devletin kuruluş aşamasında ülkeye ekonomik, kültürel ve politik yönden hâkim olan grup ya da gruplardır. 1920'lerde bu grup, kökenleri Türk, Arap, Çerkez, Gürcü, Kürt, vb. olsa da, Türkçe konuşan ve kısa süre içinde Türk üst kimliğini benimsemiş olan büyük çoğunluktur. Burada, 1920'lerin başında oluşturulan "Türk" üst kimliğinin, bir süre sonra içinde bütün etnik ve

dinsel grupları kapsayan "ortak" kimlik olmaktan önemli ölçüde uzaklaşarak zaman zaman Türk etnik grubuyla özdeşleştirildiğini vurgulamak gerekir. 1940'lı yıllara kadar, 1924 Anayasası'nın vatandaşlık itibarıyla herkesin Türk sayılacağı hükmünü (m. 88) anlamsız kılan pek çok yasal düzenleme yapılmış ve uygulanmıştır.²⁷

Bu konuda belirtilmesi gereken son bir nokta da, günümüzün eşitlik ve demokrasi anlayışı bakımından, bir devletin kuruluş aşamasında topluma hâkim olan bir ya da birden çok grubun bu üstünlük durumunu kalıcılaştırmanın sorunlara da yol açabileceğidir. Kanun önünde herkesin eşit olduğunun kabul edildiği bir sistemde bu türden bir üstünlük söylemi çelişki yaratabilir. En azından bu üstünlük iddiası, herkes için ortak bir üst (ulusal) kimlik yaratma hedefini zorlaştıracaktır. Ülke içindeki diğer gruplar, bu üstünlük iddiası karşısında dışlanmışlık duygusuna kapılabilir. Bu sakıncaları dikkate alındığında, çok iyi temellendirilmediği sürece, ayrıcalığa işaret eden sıfatlar yerine eşitliği öne çıkaran ya da en azından *ayrıcalık vurgusu olmaksızın farklılığı dile getiren* sıfatların tercih edilmesi daha doğru olacaktır.

Sonuç

Türkiye'de daha çok Kürt sorununu çözmek amacıyla dile getirilen merkezîyetçiliğin azaltılmasına yönelik görüşler değerlendirildiğinde, bunlardan ikisinin şimdiden büyük tartışmalara neden olduğu görülüyor: Federalizm ve bölgesel özerklik. Toplumsal yapısı türdeş olmayan ülkelerde benimsenen bu modeller Türkiye için ne derece uygundur? Bu veya benzeri bir modelin Kürt sorununun yanı sıra Türkiye'nin sosyo-ekonomik kalkınma sorununun çözümüne katkısı ne olur?

Türkiye'deki etnik, dinsel ve dilse grupların çeşitliliğinden hareketle, toplumsal yapının federalizmi zorunlu kılacak kadar büyük ve derin farklılıklar içerdiğini ileri sürmek gerçekçi olmaz. Kürtler dışında hiçbir etnik grup güçlü siyasal talepler yaratacak kadar kalabalık ve belirli bir bölgede yerleşik değildir. Kürtlerden sonra etnik yönden farklı en büyük grup, yaklaşık bir milyonluk nüfus ile (genel nüfusun %1,3'ü) Araplardır. Laz, Çerkez, Pomak, Boşnak, Ermeni, Rum gibi diğer grupların sayısı, siyasal sistem tartışmalarında etkili olamayacak

27. Bu konuda örnekler için bkz: Oran 2004: 72-87; Yıldız 2001: 234-8.

kadar azdır. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, etnik grupların sayıları kadar ulusal kimlik ve siyasal sistem karşısındaki tutumlarıdır. Kürtlerden sonra en büyük etnik grup olan Araplar, inanç yönünden farklılık gösteren Aleviler ve ulusal kimliğin kurgulanışına itirazlar yöneltten Ermeni ve Rumlar da dahil olmak üzere, hiçbir grubun federal sistemin benimsenmesi yönünde bir talebi veya böyle bir talebi ortaya çıkaracak potansiyeli yoktur. Kürtler dışındaki etnik gruplar farklı kimlikleri üzerinden siyasal partiler aracılığıyla siyaset yapmamakta veya siyaseti etkileyecek potansiyele sahip bulunmamaktadır. Kürtlerin farklı kimlik bilinciyle aktif siyaset yapan kesimi, genel nüfus içinde küçük bir orana karşılık gelmektedir. Dolayısıyla Türkiye, federal sistemi benimseyen İsviçre, Belçika, ABD, Bosna-Hersek, vb. gibi toplumsal yapısında etnik temele dayalı ciddi, yaygın ve derin bölünmeleri olan bir ülke değildir. Mevcut bölünme ve farklılıkların doğurduğu sorunlar, iyi işleyen bir demokraside yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, kültürel kimlikle ilgili insan haklarının güvence altına alınması ya da bölgesel özerklik gibi yöntemlerle çözülebilir. Üniter devlet bu tür çözümler için elverişsiz bir model değildir. Nitekim üniter yapının oldukça merkeziyetçi görünüm kazandığı Türkiye ve (1980'lere dek) Fransa gibi ülkeler kadar, büyük ölçüde merkeziyetçilikten uzaklaştığı Birleşik Krallık, İtalya ve İspanya gibi örneklerde vardır.

Bu noktada akla gelebilecek bir başka soru da dinsel farklılığın siyaseti ne ölçüde etkilediği sorusudur. Türkiye'de Alevi-Sünni şeklindeki mezhep ayrılığı, toplumsal yaşamda görünür bir ayrışma yaratmaktadır. Alevi kimliği güçlü bir kültürel kimliktir. Ancak bu kimliğin etkili bir siyasal kimliğe dönüştüğü söylenemez. Türkiye'de Alevi seçmene hitap eden iki partiden ilki olan *Birlik Partisi*, en yüksek başarı elde ettiği 1969 seçimlerinde %2,8 oy almıştır. 1996'da kurulan Demokratik Barış Hareketi Partisi (daha sonra Barış Partisi) ise 1999 seçimlerinde %1'in altında oy almıştır. Alevi seçmenler, bir Alevi partisi yerine büyük kitle partilerini destekleyerek siyaseti etkilemeyi tercih etmektedir. Din faktörü Türkiye'de siyaseti derinden etkilemekle birlikte, bu etki Alevilik-Sünnilik ayrımı değil, laik devlet düzeni ile ılımlı İslami bir rejim ya da teokratik bir düzeni savunanlar arasındaki farklılık üzerinde yükselmektedir. Coğrafi (*territorial*) olarak ifade edilemediği sürece, bu tür bir farklılığın federalizm veya bölgesel özerklik taleplerine temel oluşturması söz konusu olamaz.

Türkiye'nin toplumsal yapısının federal sistemi gerekli kılacak kadar bölünmüş ve ayrılmış olmadığı görüşü sosyolojik alana ait bir tespittir. Burada ileri sürülen, sosyal yapının federal siyasal yapıyı "gerekli" ya da "zorunlu" kılmadığıdır. Ancak "gerekliklik" ile "uygun" farklı durumlardır. Dolayısıyla, şimdi konuya politik açıdan bakmak ve şu soruyu sormak gerekir: Federal sistem Türkiye için gerekli ya da zorunlu olmasa bile, uygun veya uygulanabilir midir? Konuyu daha net ortaya koyabilmek için soruyu şu şekilde soralım: Türkiye (bir şekilde) federal bir anayasaya sahip olsaydı, federal sistem başarıyla işler miydi?

Bir siyasal sistemin başarısı, uygulandığı ülkenin siyasal kültürü ile yakın ilişki içindedir. Türkiye siyasal kültürünün en belirleyici özelliklerinden biri *merkeziyetçi* olmasıdır. Merkeziyetçi, Jakoben ve tepeden-inmeci çözümler, Meşrutiyet'ten bu yana, siyasal alanda en gözde yöntem ve politikalar olmuştur. Siyasal yelpazenin neresinde bulunursa bulunsun, her parti, bir şekilde devlet aygıtını kullanarak toplumu dönüştürmek istemektedir. Merkeziyetçilik, bu yöndeki istekler için en geçerli ve etkili yöntem olarak ortaya çıkıyor. Türkiye'de merkeziyetçiliği azaltma vaadiyle iktidara gelen partiler bile, kısa süre içinde merkeziyetçi politikalar uygulamaya başlıyor. Türkiye bu konuda, ABD modelinden esinlenerek federalizmi benimseyen Latin Amerika ülkelerine benziyor. O ülkelerde federal bir anayasa bulunmakla birlikte, sistemin işleyişi üniter devlet sistemindeki kadar merkeziyetçi olmaktadır. Askeri darbeler ve onu takip eden otokratik rejimler döneminde zaten tüm yetkiler merkezde toplanmakta, demokrasiye geçildiği dönemlerde de, federal yönetimde iktidarda olan parti, merkeziyetçi ve disiplinli yapısı nedeniyle, bir şekilde, eyaletlerde de politikayı belirleyebilmektedir.

Türkiye federal bir anayasaya sahip olsaydı, merkeziyetçi siyasal kültür nedeniyle, büyük olasılıkla, sistemin işleyişi yine oldukça merkeziyetçi olurdu. Eğitimden asayişe, sağlıktan sosyal güvenliğe kadar federal ülkelerde genellikle eyaletlerin yetki alanına giren hemen her konu, ulusal güvenliği ilgilendirdiği gerekçesiyle merkezden yürütülmeye çalışılırdı. Örneğin, eğitim alanında eyaletlere yalnızca anaokulu düzeyinde bile yetki tanınması ciddi tartışmalara yol açabilirdi. Bu sınırlı yetkinin laikliğe veya ulusal birliğe aykırı biçimde kullanıldığı iddiaları sürekli gündemde kalırdı. Laiklikle ve ulusal kimlikle ilgili tartışmalar toplumun belli başlı bütün kesimleri arasında bir uzlaşma

çerçevesinde çözüme bağlanamadığı süreç, Türkiye'de hem siyasal iktidarların hem de iktidara etki edebilen güçlerin merkeziyetçi yöntemlerden vazgeçmelerini beklemek gerçekçi olmayacaktır. Sonuçta siyaset sürekli kutuplaşmalara yol açacak, federal anayasanın öngördüğü yetki paylaşımı fiilen uygulanamayacaktır. Federalizmin iyi işlemesi, demokratik, çoğulcu, hukukun üstünlüğü ilkesine saygılı, hoşgörülü ve uzlaşmacı bir siyasal kültürü gerekli kılar. Ülkemizde ne Türk ne de Kürt kökenli siyasetçilerin bu değerleri yeterince içselleştirdikleri söylenemez. Yakın tarihimiz federalizme elverişli bir siyasal kültür yaratmamıştır. Türkiye'de merkeziyetçiliğin azaltılması ve devletin yeniden yapılandırılması bakımından uygun model "bölgesel yönetimler" olabilir. Bölgesel yönetimlerin hem toplumsal yapıdaki kültürel çeşitliliği korumak ve geliştirmek, hem de ekonomik kalkınmaya ivme kazandırmak bakımından en uygun seçenek olduğu söylenebilir.

Ülkemizde merkezi yönetimin taşra örgütünde ve yerel yönetimlerde en büyük birim ildir. İllerimizin çoğunluğu tarihsel oluşuma dayandığı için güçlü bir yerel kimlik kaynağıdır. Bununla birlikte, epeyce bir süredir nesnel kurallar gözetilmeden, tamamen siyasal düşüncelerle yeni illerin kurulduğu da bir gerçektir. İllerin sayısındaki artışın olumsuz bir sonucu, bu birimlerin çoğunun sosyo-ekonomik kalkınmanın ve kültürel gelişmenin ölçeği olamayacak kadar küçük birimlere dönüşmüş olmasıdır. Gelişme planları için uygun ölçek ekonomik, sosyal ve kültürel özellikleriyle bir bütün oluşturan illerin bir araya gelmesiyle kurulacak bölgelerdir. Halihazırda ülkemizin farklı yörelerinde birkaç ili kapsayan iktisadi çekim merkezleri oluşmuştur. Kültürel farklılıklara göre şekillenen yöreler de mevcuttur. Kendiliğinden ortaya çıkan bu bölgelere yasal statü kazandırılması ile sosyal, ekonomik ve kültürel gelişmenin uygun bir ölçekte planlanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması mümkün olabilir. Bölge yönetimleri ülkenin değişik yörelerinde yaşayan toplulukların kendi kültürel kimliklerini koruyup geliştirmeleri bakımından da uygun bir yerinden yönetim birimidir.

Bölgelerin hangi kriterler dikkate alınarak ve hangi yöntemle kurulacağı hususu son derece önemlidir. Bu konuda iki farklı yöntem öne çıkıyor. Birincisi; ekonomik, sosyal, kültürel veya tarihsel bağları nedeniyle yakınlık duyan illerin birleşme sürecini başlatmasına imkân sağlamaktır. Mevcut il genel meclislerine bu konuda yetki tanınabilir. Diğer yöntem, parlamentonun bu yetkiyi kullanmasıdır. Her iki yönte-

min bir arada kullanılması, yani isteyen illerin kendi iradeleriyle birleşmesi, hareketsiz kalan iller konusunda parlamentonun bir karar vermesi de mümkündür. İkinci yöntem kullanıldığında, 2006 tarihli 5449 sayılı kanunda düzenlenen *bölge kalkınma ajansları* bölgesel sınırların belirlenmesinde dikkate alınabilir. Yine de, Türkiye'de illerin üzerinde bölgesel yönetimlerin kurulmasının ciddi zorlukları bulunduğunu gözden kaçırmamak gerekir. İlk zorluk, bölgelerin hangi ölçütlere göre oluşturulacağı hususunda yaşanacaktır. Türkiye, İspanya gibi, yüzyıllara dayanan tarihsel, etnik, dinsel veya ekonomik farklılıkların olduğu keskin bölgesel kimliklere sahip bir ülke değildir. Doğu ve Güneydoğu'da, Kürtlerin yoğun olarak yaşadığı coğrafyada bölgesel bir kimlik oluşturmak güç olmasa da, Türkiye'nin geri kalan yörelerinde illerin bir bölge olarak birleşme taleplerinin çok cılız kalacağı veya hiç ortaya çıkmayacağı söylenebilir. Mevcut yönetim birimlerine bir yenisini eklemenin yaratacağı büyük maliyet, yol açacağı siyasi kutuplaşma, karmaşıklık ve bürokrasi bir başka sıkıntı kaynağı olacaktır. Bu zorlukları dikkate alarak "zayıf bölge - güçlü il" şeklinde özetlenebilecek şöyle bir model önermek mümkündür:

1) Mevcut kalkınma ajansları ve yöresel talepler dikkate alınarak oluşturulacak bölge yönetimleri yalnızca planlama ve eşgüdüm amaçlı yetkilerle donatılmalı, merkezi yönetimden aktarılabilecek kamusal yetkileri ağırlıklı olarak il yerel yönetimi ile belediye yönetimleri kullanmalıdır. Yürürlüğe giremeyen 5227 sayılı "Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun"daki düzenlemeye benzer biçimde, merkezi yönetimin yetkilerinin yasayla eksiksiz olarak sayılması, kalan tüm yetkilerin yerinden yönetim birimleri tarafından kullanılacağına belirtilmesi doğru bir yöntemdir.

2) Merkeziyetçiliğin azaltılmasını hedefleyen bu girişim yasa değişiklikleriyle gerçekleştirilecektir. Ancak konunun önemi ve olası anayasaya aykırılık iddialarını önlemek için anayasada şu düzenlemeler yapılmalıdır: Anayasanın "devletin bütünlüğü" kenar başlıklı 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti bölünmez bir bütündür. İdari örgütlenmesi ademi merkeziyet esasına dayanır" hükmü yer almalıdır. Anayasanın "idarenin esasları" kenar başlıklı 123. maddesinde yerinden yönetim birimlerinin adları *bölge yönetimi, il yerel yönetimi, belediye ve köy yönetimi* şeklinde sayılmalıdır. Bu yönetimlerin temel organlarının nasıl oluşturulacağı belirtilmelidir.

3) Tüm yerinden yönetim birimleri, özellikle kamusal yetki ve sorumlulukların büyük kısmını üstlenen il yönetimleri ile belediyeler idari ve mali açıdan özerkliğe kavuşturulmalıdır. Özerkliğin önemli bir boyutu, merkezi yönetimin gözetim ve denetim (vesayet) yetkisiyle ilgilidir. Bu yetki kural olarak, ilgili işlemin onaya tabi olması şeklinde değil, hukuka uygunluğunun denetlenmesi için yargı organı önüne taşınması biçiminde düzenlenmelidir.

4) Günümüzde iller ölçek olarak çok küçüldüğünden, iletişim ve ulaşım olanakları eskiye oranla çok geliştiğinden, ilçe düzeyinde ayrı bir yerinden yönetim birimi kurmak elzem bir ihtiyaç olmaktan çıkmıştır. İldeki gibi özerk bir ilçe yönetimi hem idari yapıyı daha karmaşık hale getirecek, hem de ilçelerin sayısının fazlalığı nedeniyle büyük bir maliyet artışına neden olacaktır. Bunun yerine il yönetiminin ilçelere kamusal hizmetleri götüreceği biçimde güçlendirilmesi daha doğrudur. İl yönetimi, üstlendiği sorumlulukları, gerek gördüğü bazı ilçelerde kuracağı şube müdürlükleriyle veya belediye yönetimleri aracılığıyla yerine getirebilir.

5) İllerde merkezi yönetime bağlı kamusal hizmetler yine valinin başkanlığında bakanlıkların il müdürlükleri aracılığıyla yürütülecektir. Valinin bu birimler üzerindeki hiyerarşik yetkisi devam edecektir. Merkezi yönetimin yetkisinden çıkartılarak il yerel yönetimine (şu andaki adıyla il özel idaresine) aktarılabilecek hizmetleri yürüten birimin yapısında ve işleyişinde bazı değişiklikler yapılmalıdır. Şöyle ki:

a) İl meclisi üyelerinin şu anki seçim sistemi korunarak tüm ilçe belediye başkanlarının ve il belediye başkanının meclisin doğal üyesi olması sağlanmalıdır.

b) Vali halen il özel idaresinin başı, tüzel kişiliğinin temsilcisi ve il daimi encümeninin başkanıdır. Valinin bu konumuna son verilmeli, il yerel yönetiminin başkanı il meclisi tarafından seçilmelidir.

c) İl daimi encümeninin adı "İl Yürütme Kurulu" olmalıdır. Şu anda beşi vali tarafından atanan, beşi de meclis tarafından seçilen ve başkanı vali olan bu kurulun yapısı değiştirilmelidir. Valinin başkanlık görevine son verilmeli, kurul üyeleri "Başkan" tarafından meclis üyeleri arasından belirlenmelidir.

Bu şekilde gerçekleştirilecek bir kamu yönetimi reformu ile yerinden yönetim birimleri (özellikle il yerel yönetimi) merkezi yönetime hizmet eden teknik - idari birimler olmaktan çıkartılarak yurttaşın yönetime katılmasına imkân sağlayan demokratik ve özerk birimlere dö-

nüştürülebilir. Yerel düzeyde demokratik karar alma mekanizmalarını tesis edememiş bir ülkenin ulusal düzeyde demokratik rejimi benimsemesi ve uygulaması zordur. Bu nedenle, yerinden yönetim birimlerinin özerkliğinin güvence altına alınması yalnızca kamu hizmetlerinin etkin ve verimli şekilde yürütülmesi bakımından değil, aynı zamanda ülkemizde yerleştirmeye çalıştığımız demokratik rejimin, çoğulculuğun ve farklı kültürlere saygının güçlenmesi bakımından da son derece önemlidir.

Temel Haklar ve Yargının Yargıları

Fikret İlkiz

Giriş

İTALYAN FELSEFECİ Norberto Bobbio'ya göre, iktidarı üç ana başlıkta sınıflandırmak mümkündür: ekonomik, ideolojik ve siyasal iktidar.

Ekonomik iktidar, belli mallara sahip olma avantajından faydalananarak, bu mallara sahip olmayan diğer insanlara belli bir davranış biçimini kabul ettirip onları yönlendirmek biçiminde ortaya çıkar.

İdeolojik iktidar, belli bir yapıdaki düşüncelerin belli bir otoriteye sahip kişilerce formüle edilmesine dayanır ve belli bir tavırla ortaya çıktığı zaman, ortak noktaları olan insanların davranış biçimleri üzerinde etkili olur.

Siyasal iktidar ise fiziksel şiddet uygulama aracı olarak kullanılabilecek olanaklara sahip olmayı temel alır (Gianfranco 2007: 4, 5, 16). En katı tanımıyla buna "zor kullanıcı iktidar" denir. Örneğin sıradan bir para cezasını, örneğin trafikle ilgili basit bir para cezasını ödemediğiniz zaman bile kendinizi cezaevine gönderilmek üzere adliyede bulabilirsiniz. Ya da yazdığınız bir eleştiri yazısından dolayı birdenbire yargıç karşısında onlarca yıl hapis cezasıyla yargılanabilirsiniz. Hatta örneğin terörle ilgili suç işlediğiniz ve yazdığınız yazıda terör propagandası bulunduğu iddiasıyla olağanüstü yargılamada, sırf yazdığınız yazıdan dolayı fark yaratan biçimde "terörist" varsayılarak muhakeme edilebilirsiniz bile...

Siyasal iktidar, her alana yayılabilen, hassas bir olgudur. Geniş toplumsal gerçeklikler oluşturur ve onları biçimlendirir. Çok daha uzun ömürlü ve kapsamlı topluluklar oluşturmak ve biçimlendirmek için de vazgeçilmez bir ortamdır aslında. Devlet ise, siyasal iktidarın kurumsallaştırılması gibi çok daha kapsamlı bir olgunun sadece bir

yönüdür. Bu durumda devletin demokratik meşruiyeti nasıl sorgulanmalıdır?

Aslında çağdaş devletlerin çoğunda demokratik meşruiyet vardır. Devlet, hem kendi halkını bir arada tutan diğer siyaset öncesi ve siyasal olmayan ortak değerleri siyasal olarak bütünleyeceğini ve destekleyeceğini ileri sürer, hem de halktan kendisini desteklemesini bekler. Uyguladığı "iktidar" bu temel üzerine oturur. Dahası devlet, halkına verdiği hizmetlerde kendi varlığının doğrulandığını da görmek ister (a.g.y.: 38, 39).

Siyasal iktidar, yani bir başka deyişle "zor kullanıcı iktidar", yargılar...

Devletin demokratik meşruiyetinin tartışıldığı en önemli alanlardan birisi de yargılama içindeki "muhakemedir". Bir başka deyişle, devletin yargıladığı kişiler de yargılandıkları sırada aslında devletin demokratik meşruiyetini ve devletin var olup olmadığını yargırlar.

Bu yazı bilimsel bir makale değildir. Ancak yazılanların tümüne tanık olunmuş bir serüvendir, yaşananlara dairdir.

Beş Dakika Düşünmek, Hukuk İçin Yeterlidir

Türkiye'de insanların biraz daha iyi yaşamaları için yapılacak bir "hukuki düzenleme"nin anafikrini ve felsefesini nasıl oluşturmalıyız acaba? "Yasa yasadır" diyerek, yasa ne derse kabul etmeli miyiz? Beş dakika içinde bu sorunun hukuk felsefesiyle çözümlenmesi olanaklı mıdır?

Acaba beş dakikada hukuk felsefesi nasıl yapılır?¹

İlk Dakika: Asker için emir emirdir. Hukukçu da yasa yasadır der. Ama asker için itaat hakkı ve görevi, emrin suç oluşturduğunu bildiği anda sona erer. Hukukçular arasında sürüp giden görüşe göre yasa geçerlidir, çünkü yasadır. Yasa da, çoğunlukla kendini uygulatma gücü varsa yasadır.

Yasaya ve geçerliliğine ilişkin bu görüş (pozitivist kuram) halkı olduğu kadar, hukukçuları da son derece keyfi, vahşi ve caniyane yasalar karşısında savunmasız bırakmıştır. Bu görüş, sonunda, hukuk ile gücü eşit tutmaktadır. Güç nerede ise hukuk da oradadır.

1. Şu eserden aktarıyorum: Radbruch 1945: 66-67.

İkinci Dakika: Yukarıdaki ilk tümce başka bir tümceyle değiştirilmek istenmiştir. Hukuk halka yararlı olan şeydir. Demektir ki, keyfilik, sözleşmeyi çiğnemek, yasaya aykırılık, halka yararlı iseler hukuktur.

Bu sonuçta şu demektir: Devlet gücünü elinde tutanın kamu için yararlı saydığı her şey, despotun aklına gelen her fikir, onun her hevesi, kanunsuz ve yargısız ceza, örneğin hastaların acısını dindirmek için katli bile, hepsi hukuktur.

Bu şu anlama gelebilir: Egemenlerin kendi çıkarları kamusal çıkar olarak görülecektir. Ve böylelikle hukukun, öyle olduğu sanılan ya da söylenen halk yararıyla çakıştırılması, bir hukuk devletini bir haksızlık devletine dönüştürebilir. "Halka yararlı olan her şey hukuktur" denmemelidir. Daha çok bunun tersi söylenmelidir. Yalnızca hukuk olan şey, halka yararlıdır.

Üçüncü Dakika: Hukuk adaleti istemektir. Ama adalet ise şu demektir: Kimsenin adına sanına bakmadan yargılamak, herkesi aynı ölçüyle ölçmek demektir.

Siyasi muhaliflerin katli övülür, başka ırktan olanların katli emredilir, ama kendi düşünce ve yol arkadaşlarına karşı eylem gerçekleştğinde en vahşi, en onur kırıcı cezalarla kovuşturmaya geçilirse, bu o zaman ne adalettir, ne de hukuktur. Yasalar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, örneğin insan haklarını sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur. O zaman halk bu yasalara karşı itaat borçlu değildir... O zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söyleme cesaretini bulmalıdırlar.

Dördüncü Dakika: Elbette, adalet yanında kamu yararı da hukukun bir gayesidir. Yasa, hatta kötü yasa bile, bu özelliğiyle yine de bir değere, hukuki kuşklar karşısında güvenliğe kavuşturma değerine sahiptir.

Elbette insanın eksiksiz olamayışı nedeniyle yasada hukukun üç değeri, yani "kamu yararı", "hukuk güvenliği" ve "adalet" uyumlu bir biçimde her zaman bir araya getirilememektedir.

O zaman geriye yalnızca, kötü, zararlı, haksız yasanın hukuk güvenliği nedeniyle geçerli sayılıp sayılamayacağıının, ya da içerdiği adaletsizlik veya kamuya zararlılık nedeniyle geçerliliğinin yadsınıp yadsınamayacağıının takdiri kalmaktadır. Ama şu gerçek halkın ve

hukukçuların bilincine iyice yerleşmelidir: Geçerliliklerinin, hatta hukuk olma özelliklerinin yadsınmasını zorunlu kılacak ölçüde adaletsiz ve kamuya zararlı yasalar da bulunabilir.

Beşinci Dakika: Şu halde her türlü hukuk koymadan daha güçlü olan ve kendileriyle çelişen yasaların geçerliliklerini yitirebilecekleri hukuk ilkeleri vardır. Bu ilkelere doğal hukuk ya da aklın hukuku denmektedir.

Ayrıntılarında elbette bazı kuşkuyla kuşatılmışlardır. Ama yüzyılların emeği sağlam bir yapı ortaya çıkarmış ve İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgeleri olarak anılan metinlerde öylesine geniş bir uzlaşım sağlanmıştır ki, bunlara karşı duyulabilecek herhangi bir güvensizlik ancak zorlama bir kuşkunun sonucu olabilir.

Sonuç olarak "insan hakları", ülkenin geleceği veya işlerin yolunda gitmesi için, toplumun aydınlığa kavuşmasında daima kilit rol oynuyor.

Hukuk felsefesinin beşinci dakikasında açıklanan sonuca göre, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgelerinde varılan "uzlaşma" uyarınca, insan haklarıyla ilgili çeşitli uluslararası sözleşmelerde kabul edilen ilkeler, devletler için hukuksal bir yükümlülük ve bireyler için de bir insan hakkı olarak karşımıza çıkıyor.

Her türlü hukuk ve yasa yapmaktan daha güçlü olan ilkeler aslında insan ve yurttaş hakları olarak metne dönüşen "hukuk ilkelerinin" yaşama geçirilmesi çabasından başka bir şey değil... Sadece beş dakika düşünmek yeterli.

Hukuk Devleti Ne Değildir?

"Hukuk devleti" kavramı yaşadığımız çağda anlam değişikliğine uğramıştır. Aslında bireyin devlete karşı sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, hukuk devleti kavramının özünü oluşturmaktadır. Bu görüşün temelinde, vatandaşın devlete değil, devletin vatandaşa hizmet için var olduğu düşüncesi yatmaktadır. Çünkü devlet gücünün, yani egemenliğin asıl sahibi halktır.

Hukuk, aynı zamanda "doğru" demek olduğuna göre, toplumsal yaşamı düzenleyen hukuk normunun amacı, "doğruluk" ve "adalet"tir. Hukukun amacı adaletin gerçekleştirilmesidir. Hukuk normunun uygulanmasının hakkaniyet ve adalete uygun sonuçlar vermesi beklenir.

Fransız devriminden sonra, liberal dönemde bireylere güvence sağlamak düşüncesiyle ceza sorumluluğunun yasallığı kuralı kabul edilmişti. Neyin suç olup olmadığı yasayla düzenlenecektir. Bu durumda, dış dünyada değişiklik yaratan hukuka aykırı eylemlerin suç olarak tanımlanması, bir tercih sorunudur. Çünkü hangi eylemin, yani "neyin suç" olduğu yasada gösterileceğine göre, hukuka aykırı eylemlerin suç olarak tanımlanması siyasal gücün "siyasal tercihidir".

Bu durumda siyasal güç, "suç" sayılan hukuka aykırı eylemi saptayan ve "yaptırımı" belirleyen ceza normunu koyan güçtür.

Ancak yasalar her durumda bağlayıcı hukuk normları değildir. İkinci Dünya Savaşı'nı yaratan diktatörler "siyasal güç" olarak, ceza hukukunu ilgilendiren "hukuka aykırılık" alanını kendi dünya görüşlerine göre belirlemiş ve yasaları buna göre üretmişlerdi. Onlara göre, adalete aykırı sonuçlar üretse bile yasa her zaman yasadır. Çıkardıkları yasalar, kendi kurdukları otoriter rejimin devamını sağlamaya yarar. Böylece baskı yöntemlerinin "yasal" olması ile herkes tarafından "uyulması gereken kurallar" olarak kabul edilmesi sağlanmış olur ve baskı aracı olarak kullanılır. Oysa, örneğin ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık "salt yasa" ile yaratılamaz.

Örneğin 1930 İtalyan Ceza Yasası'nda, Führer'in kendince koyduğu hukuk düzeninde de "yasallık" vardı. Geçmişte siyasal gücün "siyasal" tercihlerine, niteliğine, amacına, ideolojik temeline ve koyduğu anayasal sisteme uygun olarak yasalar yapılmıştı. İtalya'da *Faşizmin*, Almanya'da *Nazizmin* egemen olmasını sağlayan, oluşturmuş oldukları yasal düzenlemelerdir.

Bu şekilde kural tanımayan iktidarlar elinde yasalar, haksızlık aracı ve keyfilik yaratan ama hukuki olan bağlayıcı hukuk normlarına dönüşebilir. Böylece insanların ve toplumun gelişimi durur. Her şey yasakoyucunun iradesine bağlı olarak çıkarılmış olan yasalarla yönetilmeye başlar. Bu yüzden yasaların şeklinden çok, yasanın adalete uygunluk ölçüsü değer kazanmalıdır. Hatta yasalar, adalete uygunluk ölçütüne göre geçerli olmalıdır. Çünkü hukukun üstünlüğü kavramının hukuk devleti içinde anlam ifade edebilmesi, yasaların şekline değil, içeriğine göre anlam kazanabilir. Aksi takdirde, "kanun kanundur, mutlaka uyulması gerekir" şeklindeki bir kabul sonucunda bu pozitivist anlayış, keyfi iktidarların elinde müthiş bir baskı gücüne dönüşür, dönüşebilir. Oysa her insan, içeriği adil olan yasaların var olduğu adaleti bir toplumda yaşamaya hak sahibidir.

Avrupa'da Güvenlik ve İşbirliği Konferansı na (AGİK) katılan devletler, salt biçimsel yasallığın yeterli olmadığını kabul etmişlerdir. Tam aksine, insan hakları alanında ortaklaşa kabul edilmiş uluslararası normlara uygun olarak geliştirilmiş bir güvencenin sağlanmasını yeniden teyit etmişlerdir. 5-29 Haziran 1990 arası toplanan "AGİK Viyana İzleme Toplantısı Kapanış Belgesi" n de yer alan AGİK İnsani Boyut Konferansı'nda kabul edilen kurallara göre :

1. Katılan Devletler, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasının ve geliştirilmesinin hükümetin temel görevlerinden biri olduğu yolundaki görüşlerini ifade ederler; bu hakların ve özgürlüklerin tanınmasının özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu teyit ederler.

2. Hukuk devletinin temellerini teşkil eden adalet ilkelerinin desteklemeye ve ileri götürmeye kararlıdır. Hukuk devletinin, sadece demokratik düzenin tesisinde ve uygulamasında düzenlilik ve istikrar sağlayan biçimsel bir yasallık anlamına gelmediği, fakat daha çok insan kişiliğinin yüce değerinin bütünüyle kabulüne ve tanınmasına dayanan ve onun eksiksiz biçimde ifade edilmesi için bir çerçeve sunan kurumlar tarafından güvence altına alınmış adalet anlamını taşıdığı kanısındadırlar.

3. Demokrasinin hukuk devletinde mündemiç bir unsur olduğunu yeniden teyit ederler. Siyasi örgütler bakımından çoğulculuğun önemini kabul ederler.

4. Aralarından her birinin, insan hakları alanında ortaklaşa kabul edilmiş uluslararası normlara uygun olarak, kendi siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel sistemini serbestçe seçmek ve geliştirmek hakkına saygı göstereceklerini teyit ederler. Bu hakkın kullanımında yasa, tüzelik, uygulama ve politikaların devletler hukukundan kaynaklanan vecibelerine uygun olmasını; İlkeler Bildirisi Hükümleri ve diğer AGİK taahhütleri ile uyumlu hale getirilmesini sağlayacaklardır. (İlkiz 2000)

Kopenhag Belgesi'ne göre yasalar, uluslararası normlara ve temel insan hak ve özgürlüklerine göre biçimlendirilecektir. Bu dahi yeterli değildir. Devlet, insanların temel hak ve özgürlüklerini "bilmek" ve "bunlara göre hareket etmek" hakkını fiilen garanti edecektir. Adalet/yargı, ifade özgürlüğü/iletişim hakkı biçimsel değil, fiilen korunacaktır. "Biçimsel yasallık" terk edilmiştir. Eğer yasaların çıkarılması ve yasaların yönetimi, yasakoyucuların yönetimine dönüşürse o zaman kurşımıza yasalarla baskı altında tutulan bir toplum çıkar. Yaşadıklarımız ve yaşamımızı sarmalayan yasalar ve uygulaması sonucu toplumsal sorunumuz tam da budur. Oysa "özgürlüklerimizi koruyan, biçimsel anlamda yasalar değil, haklardır" (Ünal 2004).

Hukuka Aykırı Davranmanın Hiçbir Mazereti Olamaz

Hukuk devleti ve insan hakları kavramından ne anlamamız gerekir? Hukuk devletinde, devlet gücü anayasa ile yasal hale dönüştürülür. Bu gücün sınırı nedir? Demokratik hukuk devletinde, devletin sahip olduğu gücün hukuki sınırları, insan temel hak ve özgürlükleridir.

Kişî temel hak ve özgürlüklerinin temel güvencesi olan ve bütün eylem ve işlemleri hukuk kurallarına bağlı olan devlet hukuk devletidir. Hukuk devleti, yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirinden bağımsız olduğu bir sistemdir.

Kişî haklarının korunduğu hukuk devletinde, devletin bütün işlemleri yargı denetimine tabidir. Yargı bağımsızlığı, aslında hukuk devletin temel unsurudur. Yasama ve yürütmenin işlemlerini yargı denetler.

Yargının bağımsız olması bu nedenle zorunluluk olarak kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, yargıya hiçbir organ veya makamın talimat verememesi, telkin ve tavsiyede bulunamaması hukuk devleti olmanın bir sonucudur.

Anayasada belirlenen bazı temel ilkelerle, ceza hukukunun evrensel normlarının kesiştiği en önemli nokta, bir hukuk devletinde suç ve cezanın kanuniliğidir. Ceza sorumluluğu şahsidir. Vatandaşlar neyin suç olup olmadığını bilmek zorundadır. Bir suç işlediği iddia edilen kişinin, suçu işlediği yargı kararıyla hükmen sabit olmadıkça kimse suçlu ilan edilemez. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Anayasal ilkeler olarak karşımıza çıkan pek çok hukuk normuna göre, devletin amacı, keyfiliğe ve keyfi güç kullanımına karşı bireyleri korumaktır. Devlet gücünün doğru kullanılabilmesi için de "hukuk devleti ilkeleriyle" bu gücün sınırları çizilmiş olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi 1989 yılında verdiği bir kararında hukuk devletini tanımlamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre,

Hukuk devleti, devletin bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu tür devlette de "hukuk güvenliği"ni sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Devlet, görevlerini yerine getirirken, "hukuk devleti" niteliğini yitirmemeli, hukukun uygar ülkelerde kabul edilen temel ilkelerini sürekli göz önünde tutmalıdır. Böyle bir düzende, "Devlete güven" ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir.

Devlete güven hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasa'ya uygunluğu kâriyesi asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir.²

Hukuk ve adalet kavramlarının eşdeğer olmadığı da yaşam pratiği içinde kendini göstermektedir. Çok geniş bir kavram olan adaletle uygun yasalar çıkarmak bile, bazen sorunları çözen sihirli bir anahtar değildir. Kuşkusuz, içeriği adil olmayan yasaların çıkarılması önlenmelidir.

Adaletli ve baskıcı olmayan demokratik toplum düzeninin yaratılması için adil olmayan yasaların çıkarılması önlenmelidir, ama bu önleme çabası da tek başına yeterli olmayabilir. Bu yüzden bireyler hak ve özgürlüklerinin kullanılmasında ve sahip oldukları hakların korunup savunulmasında etkin araçlara sahip olmalıdır. Bu gereklilik temel hak ve özgürlüklerin korunması için vardır.

M. Cherif Bassiouni, uluslararası ceza adaletinin felsefesini, ulusal cezai adalet sistemleri içindeki tarihsel değerlerin bir yansıması olarak görmektedir. Ona göre, "... uluslararası cezai adalet sistemi tarafsız ve adil olmalıdır. Tarafsızlık ve adillik kendi içlerinde üç felsefi öneriyi daha içermektedir; bunlar eşitlik, özgürlük ve bireysel itibardır. Bunlar tarih boyunca farklı boyutlarda da olsa neredeyse bütün hukuk sistemlerinde kendilerine yer bulmuştur. Ayrıca unutulmaması gerekir ki hukuki işlemlerin tarafsız ve adil olması için aynı zamanda etkili de olması gerekmektedir" (2008).³

Peki ya zihniyet sorunu nasıl aşılanacak, hukukun üstünlüğü nasıl sağlanacak?

Tanımadığımız ve hatta mevcudiyetinden bile haberdar olmadığımız bir insanın onuru, temel hak ve özgürlükleri ihlal edilirse sorumlusu kimdir?

Bu soruların yanıtı yıllar önce verilmiştir. Ama günümüzde bu tartışma halen sürmektedir.

Türkiye'de biçimsel değil, insan haklarına dayalı bir demokrasi

2. Anayasa Mahkemesi Kararı. E. 1989/11, K. 1989/48, k.t. 12.12.1989, *AMKD*, s. 433-4.

3. Ünlü araştırmacı ve hukuk profesörü M. Cherif Bassiouni, DePaul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü Başkanı ve Uluslararası Ceza Hukuku İleri Çalışmalar Enstitüsü Başkanıdır.

kurulmalıdır. Bu topraklar üzerinde yaşayan tüm Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu istek hepimizin hakkıdır.

Çünkü hukuka aykırı davranmanın hiçbir mazereti olamaz. Anayasalar da aslında bunun için vardır. Öte yandan insan haklarına dayalı demokrasi için yaratılması gereken suç ve ceza siyasetinin temel hedefi cezalandırmak değil, temel özgürlükleri korumak olmalıdır.

1995 yılında İstanbul Barosu ile Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından "Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu" düzenlendi. Bu sempozyumda "uygulama" tartışıldı, teoriler konuşuldu ama ortak payda insan haklarıydı.

Sempozyumda sunulan bildiriler ve yapılan tartışmalar Prof. Dr. Sahir Erman anısına kitap olarak yayımlanmıştır. Sempozyum sonrası "Sentez Raporu" Sahir Erman tarafından kaleme alınmıştı.

Üzerinden 17 yıl geçmiş olmasına rağmen 1995 yılından günümüze ışık tuttuğuna inandığım bu "Sentez Raporu"nun önemli bölümlerini buraya alarak hatırlatmakta yarar görüyorum.

Marmara Üniversitesi ile İstanbul Barosunun ortaklaşa tertitledikleri "Hukuka Aykırı Deliller" sempozyumu sonucunda bu sentez raporunu sunmazdan önce, Raporuma rehberlik edecek iki hususu özellikle belirtmek isterim.

Dünyanın her yerinde fakat özellikle Avrupa'da en koyu istibdadın ve din ve Devlet zulüm ve baskısının hüküm sürdüğü dönemde, bir avuç yürekli insan çok hafif bir sesle bir türkü mırıldanmaya başlamışlardı. Bu türküde özgürlük - eşitlik - kardeşlik sözcükleri sık sık geçmekteydi. Bu bir avuç insan en tüyler ürpertici işkencelere tabi tutuldular, kesildiler, yakıldılar. Fakat yılmadılar. İtalya'da Rönesans'ı, Almanya'da Aufklarung'u, Fransa'da Ansiklopedizmi yarattılar. Ve o cılız türkü günümüzün en şaşalı, en görkemli senfonisi olarak İnsan Hakları Milletlerarası Orkestrası tarafından her yerde çalınmaya başladı. Ve şerefi o bir avuç isimsiz kahramana ait bu senfoni çağımıza damgasını vurdu.

O kadar vurdu ki, haritada yerini bulmakta güçlük çektiğimiz bir ülkede, tanımadığımız hatta mevcudiyetinden bile habersiz olduğumuz bir kişinin temel hak ve özgürlüğü, insanlık onur ve haysiyeti saldırıya uğramışsa, o insan biziz, çünkü onun kişiliğinde gerek birey olarak, gerek toplum olarak hepimizin temel hak ve özgürlüğü, hepimizin insanlık onuru çiğnenmektedir. Bu itibarladır ki, problemi hakkı çiğnemen kişiyle ona saldıran şahıs arasındaki kişisel bir hesaplaşma olarak basite irca edemeyiz. Bu olayı kamusal,

hatta evrensel bir boyutta ele almadığımız takdirde, zulme seyirci kalmış oluruz. Ve sırf seyirci kalmak, sırf tavrımızı belirtmemek suretiyle o zulme biz de katılmış oluruz ve günün birinde birisi çıkıp da bize "Bütün bunlar gözünüzün önünde olup biterken siz nerede idiniz ?" diye sorarsa, verecek cevap bulamayız. Özellikle bizler, yani Hukuk Fakültesinin birinci sınıfına yeni girenlerle birlikte, evrensel hukuk ordusunu oluşturan ve Jhering'in dediği gibi, hukuk için mücadele etmek zorunda ve mükellefiyetinde olan biz hukukçular, görevimiz, isimlerimizin önüne koyduğumuz unvanlarımız ne olursa olsun, bu mücadelede ön safta bulunmak zorundayız. Ve Kanun diye KANUNUN –daha doğrusu HUKUKUN– tepelenmemesinin nigâhbanlığını, yani bekçiliğini başkaları değil, fakat biz yapmalıyız. Memnuniyetle müşahade etmekteyim ki bu sempozyuma konuşmalarıyla, katkılarıyla ve soru cevaplarıyla iştirak eden hukukçuların çok büyük çoğunluğu, bu ve benzer görüşlerle dolu olduklarının somut örneklerini vermişler ve Yenisey'in deyişiyle insan hakları gönüllüleri olduklarını ispat etmişlerdir ve çağımızın hukukçusuna yaraşır bir biçimde davranmışlardır. Hepinize teşekkürüm sonsuzdur.

Üzerinde durmak istediğim ikinci husus da şudur. Sözlünü ettiğim orkestrada bizim de yerimiz olmalıdır ve aynı senfoniye, aynı notalara bakarak ve diğer icracılarla tam bir uyum içinde biz de seslendirmeliyiz. Yani dinleyici olmaktan çıkıp icracılar arasında yer almalıyız. Ancak bunun sebebi o orkestrada temsil edilmek olmamalıdır. Kimse bizi rahatsız etmese, kimse bizden talepte bulunmasa dahi, o senfoniye dinlemek ve icra etmek bizim hakkımız olduğu için yapmalıyız.

Türk insanı, Türkiye'de doğmuş ve yaşamış olmanın bir "ceza", kötü bir "kader" veya "alinyazısı" olmadığını, kendi hakkının, onurunun başka yerlerde doğan ve yaşayanlardan hiç de az olmadığını haykırabilmeli, bunu her şeyden ve herkesten önce kendisine ispat etmelidir.

Şu halde ülkemizde insan haklarına dayalı, biçimsel değil gerçek bir demokrasinin kurulması Türkiye'de yaşayan her insanın hakkıdır ve bu hakkı vermek ve korumak o insanları yönetmek görevini üstlenen yasama ve yürütme organlarının başta gelen mükellefiyetidir. (...)

Fakat bunların hepsinden çok daha önemli bir reform vardır ki, o da zihniyet reformudur. Bir konuşmacının belirttiği gibi, hukuka uygun hareket etmeyi ve insan haklarına saygılı davranmayı içimize sindirmemiz şarttır.

Hukuka aykırı davranmanın hiçbir mazereti olamaz.

Çünkü mazeret aramaya kalkarsak hukukun üstünlüğü kağıt üzerinde kalır. Ve bir türlü uygulamaya geçemez. Ve bu mazeret bazen milli menfaatlerde, bazen mağduru korumada, bazen de üstün sayılan birtakım değerlere saygılı davranmak gereğinde aranır. Ve bulunmak istenir.

Böylece insanlar çoğunluk gibi düşünmeye, inanmaya ve davranmaya zorlanırlar ve fert, üstün oldukları iddia olunan bu değerlere feda olunur ve farklı biçimde düşünenler veya çoğunluğun inancından değişik bir şekilde

hareket edenler, çok kere manen bazen de maddeten linç edilirler. İşte hukuk için mücadele edenler, işte insan haklarının gönüllü savunucuları bu gibi girişimlere "dur" demek ve kol kola girerek, el ele tutuşarak küremizi çevreleyen bir kardeşlik zinciri kurmak ve bu halkaya savcısı, hâkimi, avukatı, öğretimi üyesi ve öğrencisiyle her ırk ve milletten bütün hukukçuların katılmasını sağlamak zorundadırlar. Hukukun üstünlüğü ve hukuka bağlı devlet rejimi ancak bu sayede kurulur.⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2002 yılında verdiği karar, tam da hukuka aykırı davranmanın bir mazeret olamayacağını gösteren bir karardır.⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre; "Demokratik bir hukuk devletinde, delil elde etmek için insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti yoktur."

Ceza Genel Kurulu Kararı'ndaki saptama şudur:

Yüzyılımızın en önemli konularından birini "İnsan Haklarının" oluşturduğunda kuşku yoktur. Zira insan, en gelişmiş varlık olarak içindeki bazı dürtülerin ağır basması ya da dışı yansıyan davranışlarını denetleyememesi sonucu şiddete başvurabilir.

Ancak uygarlığın gelişmesi ile insanlık bir takım manevi değerlere ulaşmış, insan onurlu kutsal bir varlık olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle insan haklarının en üst düzeyde korunması, insan onuruna gereken değerin verilmesi büyük önem göstermekte olup, bu husus ancak adaletin herkesin güven duyabileceği bir şekilde gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilir.

İnsan hakları, ayırım gözetilmeksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu insanlığa karşı işlenen bir "insanlık suçu"dur. Anılan suç bu niteliği itibarıyla de evrensel birçok sözleşmeye konu oluşturmıştır. Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen ve 7212 sayılı Yasa ile onaylanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5. maddesine göre "Hiç kimseye işkence ya da zalimce insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz."

Türkiye'de "insan haklarına dayalı, biçimsel değil gerçek bir demokrasinin kurulması Türkiye'de yaşayan her insanın hakkıdır ve bu hakkı vermek ve korumak o insanları yönetmek görevini üstlenen ya-sama ve yürütme organlarının başta gelen mükellefiyetidir" görüşünün tartışma olmaktan çıkarılması ve hayata geçirilmesi gerekir.

Bunun için, hukuki çözümler üretilmesi işi nasıl başarılabilir?

4. İstanbul Barosu 1995: 383-4, 390.

5. Yargıtay CGK, 15.10.2002, E. 2002/8-191, K. 2002/362.

Yargıçlar ve BangolarYargı Etiği

Yargıçlar nasıl görev yapmalıdır? Sadece yasalar mı yargıçları bağlar?

"Mecelle-i Ahkam-ı Adliye"nin "Fasl-ı Evvel" bölümü m. 1792'ye göre, "Hâkim, hakîm, fehim, müstâkim ve emin, mekin, metin olmalıdır."

Hâkim, "hakîm" olmalıdır. Hâkim olmak, her şeyde üstün ve tedbirli olmaktır. Kendisine hakîm olamayan hâkim, hâkim olamaz.

Hâkim, "fehim" olmalıdır. Hâkimin anlayışlı ve zeki olanı hâkimdir. Olayları çabuk kavrar. Hâkim, toplumu oluşturan herkesten farklı düşünür. İnsanlara karşı anlayışlıdır. Böylece farklılık yaratabilir. Yorumları bu nedenle toplumun genelinden farklıdır. Hâkim, bu farklılıklara hakîmse hâkim olur.

Hâkim, "müstâkim" olmalıdır. Doğru kişi olarak kabul edilir. Dışarıdan etkilenmemeli ve dış baskılara kapalı olmalıdır. Bu bağımsız olmanın karakteristik sonucudur. Kişisel görüşlerini ve tercihlerini kararlarına yansıtmemelidir. Hâkim, yansızdır. Yargılanan kişilere ve topluma karşı görünümü dahi yansız olmalıdır.

Hâkim, "emin" olmalıdır. Korkusuz ve korkmaz kimsedir. İnanan ve kendine güvenen kimse olmalıdır. Çünkü sanıkların adil yargılama hakkı hâkimin emin ve güvenilir olanına emanet edilmiştir. Vatandaşlar, adaleti hâkimden bekler. Kendini ona emanet eder. Hâkimin, emin ve güvenilir olduğunu ve onun adalete hakîm olduğunu bilir. Emanet eden yanılırsa önce yargı çöker. Yargı çökerse herkes altında kalır. Çöken çatının altında kalan hâkimler de güvenilecek adaleti bulamaz. Dağıtacağı adalete hakîm olamayan hâkimler "emin" değillerse, çatı çöker.

Hâkim, "mekin" olmalıdır. Çünkü iktidar ve vakar sahibidirler. Hâkim, sakin olmalıdır. Hiddet buyurmamalıdır. Fevri davranmamalı ve yanlışlığa sürüklenmemelidir. Hâkim sakin ve rahatlığıyla güven yaratır. Yaratmalıdır.

Hâkim "metin" olmalıdır. Bütün bu nitelikleriyle acılara karşı dayanıklıdır. Gücünü yitirmez. Metanetlidir. Hiç şaşkınlık göstermeyeceği için asıl suçlular onun karşısında şaşkınlık gösterir.

Yaşananlar bu ilkelere uygun bir yargılama ortamı sağlıyor mu? Hâkim, duruşma sırasında sanıklara, tanıklara, avukatlara, hiç kimseye sesini yükseltmez, yükseltmemelidir. Dar alanlı mahkeme salonla-

rında bağırmmalıdır. Bağırınca, sanki her şey usulüne uygun gibi görünebilir ama bu görünüm yanıltıcıdır. Sanki sanıklar ve müdafileri suçlu mudur? Yüksek sesle hitap etmekle, bağırma arasındaki kıl payı farkla konuşunca dar alanlı mahkeme salonuna hakîm mi olunmaktadır? Aslında bu beklenti nafilidir. Çünkü hâkim önce kendine hakîm olmalıdır.

Çok yüksek sesle hitap etmekle güven yaratılamaz. Tedirginlik doğar, çekingenlik başlar. Bu tedirginlik güvensizliğe dönüşür. Ne duruşma salonlarında yaratılan güvensizlik ortamına ne de dik dik bakan hâkimlere, vatandaşın adalete erişim hakkı emanet edilemez, edilmemelidir.

Sakin olunuz ve aklınızda tutunuz. Hâkim, "mekin" olur. Çünkü yargıladığı insandır.

Hiçbir duruşmasına katılmadığınız, önceden yüzlerini hiç görmediğiniz sanıklarla ilgili bir davanın sonunda sanıkların ayrı ayrı "kişilikleri"ni ve "eylemlerinin özellikleri"ni dikkate alarak "takdiren" ve "teşdiden" daha çok ceza verirsiniz ne olacaktır?

Bazen bu durumlar hâkimin "fehim" olamadığını gösterir. Takdir, anlayışlı olmanız gereken kişilere karşı biçtiğiniz değerdir. Teşdit'te ise cezayı arttırıyorsunuz ve cezanın azami haddinden uzaklaşıyorsunuz demektir. Çok ceza veriyorsunuz ve böylece kararınıza kuvvet vererek bu yolla adaleti sağlamlaştırdığınızı düşünüyorsunuz. Bazen "takdiren" ve "teşdiden" cezayı artırarak mahkûmiyet kararı vermek suretiyle kantarın topunu kaçıırırsanız adaletin dirhemini bulamazsınız. İnsanlar hâkim, "fehim" olmak için temayüz etmemiş diye düşünebilir... Türkçesi, "anlayışlı olabilme haline yükselememişsiniz" demektir.

Hâkimin müstâkim olanları, insanlar arasında milliyet, ırk, etnisite, cinsiyet, dil, din, sınıf ve felsefi inanç ayrımcılığı yapmadan ve etnik kökenine bakmadan karar verirler. İnsanlar arasındaki "farklılıkların" ceza artırımını için "takdir" ve "teşdit" nedeni kabul edilmesine ya da böyle görünmesine mani olmak için başta hâkimler olmak üzere herkesin hakîm, fehim, müstâkim, emin, mekin ve metin olması gerekir.

Uluslararası bazı belgelerde de benzer etik kurallar vardır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda 2003/43 sayılı "Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri" kabul edilmiştir (bkz. Adalet Bakanlığı 2004 ve 2006).

Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri de yargıçlara yönelik "meslek ahlakı standartlarını" oluşturmak niyetiyle tasarlanmış ilkelerdir. Henüz Birleşmiş Milletler tarafından onaylanmadan önce Avrupa Konseyi'nin Avrupa Hâkimleri Danışma Komitesi tarafından da bu ilkeler, 13 Kasım 2000 tarihli oturumunda Bakanlar Komitesi'ne bu konuda tavsiye kararı verilmek üzere önerilmiştir.

Bu belgenin Önsöz'ünde bazı ilkelerin özellikle altı çizilmiştir: Yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargının, meşruiyet ve hukuk devleti ilkesine riayet açısından görevlerini yerine getirip getirmede en esaslı unsurlardandır. Modern ve demokratik bir toplumda, yargının iç tutarlılığı ve manevi gücü ile yargı sistemine olan kamusal güven son derece önemlidir. "Yargının Bağımsızlığına Dair Birleşmiş Milletler Temel İlkeleri" yargının bağımsızlığını güvence altına almak ve ilerletmek için kabul edilmiştir.

Kısacası, bağımsız yargı, meşruiyet ve hukuk devleti ilkelerine saygı açısından önemlidir ve yargının iç tutarlılığı ve yargı sistemine olan kamusal güven demokratik toplumun özüdür.

Birinci ilke, yargı bağımsızlığıdır: "Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin önkoşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmelidir."

İlkenin hemen ardından gösterilen "uygulama"ya göre; hâkim, doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir sebeple ya da herhangi bir yerden gelen müdahale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm harici etkilerden uzak bir şekilde, olayları değerlendirme temelinde, vicdani hukuk anlayışıyla uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir. Genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilâfın taraflarından bağımsızdır. Yasama ve yürütme organlarının etkisinden ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmelidir de.

İkincisi, tarafsızlık ilkesidir. "Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir."

Uygulamada hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve il-timassız olarak yerine getirmelidir. Mahkemede ve mahkeme dışında,

yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyunun, hukuk mesleğini ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır. Duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılama-dan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.

Üçüncü değer doğruluk ve tutarlılık'tır. İlke olarak, "doğruluk ve tutarlılık, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır."

Uygulamada hâkim, mesleki davranış şekli itibariyle, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır. Hâkimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır: Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar, gerçekleştirildiğinin *görüntü olarak* sağlanması da önemlidir.

Dördüncü değer dürüstlük'tür. İlke olarak "Dürüstlük ve dürüstlüğün *görüntü olarak* ortaya konuluşu, bir hâkimin tüm etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur." Hâkim, tüm edimlerinde yakışık almayan görüntüler içerisinde olmaktan kaçınılmalıdır. Kamunun sürekli denetim süjesi olarak hâkim, normal bir vatandaş tarafından sıkıntı verici olarak görülebilecek kişisel sınırlamaları kabullenmeli, bunlara isteyerek ve özgürce uymalıdır. Hâkim, özellikle yargı mesleğinin onuruyla uyumlu bir tarzda davranmalıdır.

Beşinci değer eşitlik'tir. İlke olarak "Yargıçlık makamının gerektirdiği performans açısından asıl olan, herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır."

Hâkim, toplumdaki çeşitliliğin ve sınırlı sayıda olamamakla birlikte ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer sebeplerden doğan farklılıkların söz konusu davaya mesnet teşkil etmeyecek nedenler olduğunun bilincinde olmak ve bunların her birini bilmek, tanımak ve anlamak zorundadır. Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla meyilli ya da önyargılı hareket edemez.

Altıncı değer ise ehliyet ve liyakat'tir. İlke şöyledir: "Ehliyet ve liyakat, yargıçlık makamının gerektirdiği performansın önkoşuludur."

Hâkim, uluslararası sözleşmeleri ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeleri kapsayan uluslararası hukuk gelişmeleri hakkındaki bilgilerini sürekli güncellemeli, bu hukuki külliyatın en güncel haline vâkıf olmalıdır. Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dahil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, adilane ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir. Hâkim, mahkemedeki tüm yargılama aşamalarında düzeni ve uygun hareket edilmesini sağlamalı, davanın tarafları, jüri üyeleri, tanıklar, avukatlar ve diyalog kurduğu resmi bir sıfatı haiz diğer kişilerle ilişkilerinde sabırlı, nazik ve vakur olmalıdır. Hâkim, aynı davranış tarzını tarafların yasal temsilcilerinden, mahkeme personelinden ve hâkimin nüfuzu, yönetimi ve denetimine bağlı diğer kişilerden de talep etmelidir. Hâkim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz.

2003/43 Sayılı "Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri"nin nasıl yaşama geçirileceği ise "yürürlük" maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; "Yargıçlık makamının niteliği sebebiyle, bu prensipleri yürürlüğe koyacak mekanizmalar şayet halihazırda hukuklarında mevcut değilse, ulusal adalet teşkilatı, bu prensipleri yürürlüğe koymayı temin edecek etkili tedbirleri almalıdır."

Bütün bu ilkeler göstermektedir ki, hâkimler açısından ahlaki standartların oluşmasında Bangolar Yargı Etiği'ni hayata geçirmek için ulusal mevzuatımızda veya düzenlemelerimizde eksiklik varsa giderilmelidir. Çünkü bu ilkeler adil yargılanmanın elde edilebilmesi için asgari kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır.

13 Ekim 1994 tarihli 518. toplantısında kabul edilen "Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı" (R-94/12) ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AIHS) "Herkes, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, adil ve açık bir yargılamayla görülmesini isteme hakkına sahiptir" ilkesini içeren 6. maddesine dayanmaktadır. Amaç, demokratik ülkelerde "Hukuk Devleti" ilkesini güçlü kılmak için *hâkimlerin bağımsızlığını* geliştirmektir. Devletlerin, bireysel olarak hâkimlerin, genel olarak yargının rolünü geliştirici, bağımsızlık ve etkinliklerini güçlü kılıcı tedbirler almaları hedeflenmiştir.

Savcıların Hareket Tarzları

29-31 Mayıs 2005 tarihlerinde Budapeşte'de Macaristan Savcılığı işbirliğiyle Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen Avrupa Savcılar Konferansı 6. oturumunda, 31 Mayıs 2005 tarihli "Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları / Budapeşte İlkeleri" kabul edilmiştir.⁶

Bu ilkeler, AİHS'den, ceza adaleti sisteminde savcılarının rolüne ilişkin Rec 19 no.lu (2000), kamu görevlilerinin davranış tarzlarına ilişkin Rec 10 no.lu (2000) tavsiyelerden, savcılarının görevlerine uyarlanmasına ilişkin olarak 8. Birleşmiş Milletler Kongresi'nde kabul edilen ilkelerden⁷, uluslararası nitelikli özel ve kamu kuruluşlarının önerdiği diğer etik ve mesleki kurallardan esinlenilerek hazırlanmıştır.

Kabul edilen bu ilkelere göre, adaletin genel destekleyicileri olan ve ceza adaleti sisteminde kilit rol oynayan savcılar, ceza yargılaması çerçevesinde görev yaparken, her zaman AİHS'nin 6. maddesinde ve AİHM içtihatlarında açıkça kabul edilen adil yargılanma hakkı ilkesini desteklemelidirler.

Yine aynı ilkelere göre savcılarının temel görevi, her zaman ve her koşulda, dava açma görevi de dahil, her zaman ilgili ulusal ve uluslararası hukuka uygun olarak görevlerini icra etmektir. Adil, tarafsız, tutarlıdır. İnsan onuru ve insan haklarına saygı duyar, bu değerleri korur ve destekler. Toplum adına ve kamu yararına davrandıklarını dikkate alırlar. Toplumun genel çıkarı ile bireysel hak ve çıkarlar arasındaki adil dengeyi bulmaya çalışırlar.

Temel Hak ve Özgürlükler İçin Anayasal Beklentiler

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden sonra, günümüze kadar ortaya çıkan hakları, tarihsel gelişim sürecine de paralel bir biçimde, "birinci kuşak", "ikinci kuşak" ve "üçüncü kuşak" haklar olarak sınıflandırabiliriz.

Birinci Kuşak haklar arasında, yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığı

6. www.coe.int/prosecutors

7. Havana Kuralları, 27 Ağustos - 7 Eylül 1990.

ğı, kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, eşitlik hakkı, inanç ve ibadet özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı, çalışma özgürlüğü, dilekçe hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, yansız bir yargıç önünde yargılanma hakkı gibi haklar yer alır. Bu haklar kişilere devletin karışamayacağı bir özel alan yaratır. Bu özel alanda kişiler istediği gibi hareket eder. Devlete karşı kişiler, bu haklarla korunur (Uygun 2000: 21).

Bir toplumun temeldüzenini belirleyen toplumsal sözleşmeler anayasalardır. Bu normların insan hak ve özgürlüklerinin elde edilmesi veya genişletilmesi için, devlet gücünü kullananlara karşı ve siyasal gücün yetkilerini sınırlamak amacıyla yapılan yasal düzenlemedir. Çağdaş bir yönetim veya hukuk devleti denilince yasama ve yürütme erkinin bağımsız yargı tarafından denetimi ile temel hak ve özgürlüklerin korunması anlaşılır. Bu hak ve özgürlüklerin ne kadarından vazgeçtiğiniz veya hangi haklarınızın devlet gücünü kullananlara karşı genişletilerek tanımlandığı ise Anayasaya bakılarak saptanır.

Özgürlüklere dayalı ve demokrasiyi içine sindirmiş anayasaların en önemli özelliği, insanın "devlet" için değil, devletin "insan" için var olduğunu kabul ederek yapılmış yasal düzenlemeler olmalarıdır.

Öncelikle küreselleşmenin sosyal haklar üzerindeki olumsuz etkilerinin giderilebilmesi için, yeni anayasada sosyal haklar üzerindeki sınırlandırmaların ve yasakların kaldırılmasıyla yetinmemek gerekir. Sosyal hakların genişletilmesi ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde yer alan tüm sosyal hakların anayasada yer alması özel bir önem taşımaktadır.

Artık anayasa hakkındaki taslak metinlerde, "demokratik yurttaş girişimleri", "insanlığın ortak mirasına saygı", "barış hakkı", "gelişme hakkı", "katılma hakkı", "yeterli besin ve temiz suya ulaşma hakkı" gibi haklara yer verilmektedir.

Aslında tüm bu yeni haklara yer verilmesinin nedeni, küresel boyuttaki çevresel ve ekonomik sorunların yarattığı sakıncaların giderilebilmesi ve insanların korunması içindir.

Bu yüzden "sosyal, ekonomik ve kültürel haklar" anayasada yer almalıdır.

Anayasa; "Özgürlükçü, Eşitlikçi, Demokratik ve Sosyal Bir Anayasa" olmalıdır (DİSK 2009). Anayasanın "başlangıç" ve "genel esasları" evrensel ilkelere göre düzenlenmelidir.

Anayasa, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile ulusal hukuk arasında bir çatışma ortaya çıktığında uluslararası hukukun ve sözleşmelerin "kendiliğinden", "doğrudan" ve "öncelikle" uygulanmasını, anayasal bir zorunluluk olarak öngörmüştür. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerin üstünlüğü ve doğrudan uygulanabilirliği Anayasa'da açıkça ve net olarak yer almalıdır.

Böylelikle, evrensellik ilkesi gereği olarak, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda kanun hükmünde olduğu hakkındaki Anayasa kuralının hayata geçmesi sağlanacağı gibi, insan haklarına dayanan hukuk devletinin iç barışa katkısı da gerçekleştirilmiş olacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin, temel ilkesi insan hakları, demokrasi, laiklik ortak paydasında kurulu bir hukuk devleti olduğu kadar, sosyal bir hukuk devleti olduğu kabul edilmeli ve bu kabule Anayasa'da açıkça yer verilmelidir. Asıl amaç, Anayasa ile bir "sosyal yardım devleti" yaratmak değil, aksine sosyal hakların tanındığı, anayasada hak olarak yer aldığı ve bu hakların yerine getirilmesinde devletin yükümlü olduğu bir anayasal düzen kurulmasıdır.

Anayasa'da, "insan onurunun korunması ve asla çiğnenmemesi" ilkesi temel insan hak ve özgürlüğü olarak yer almalıdır. İnsan onuruna dokunulamaz. İnsan onurunun korunması ve saygı gösterilmesi temel ilkedir.⁸

Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin tümü, "insan onuru" temelinde "özgürlük - hak - eşitlik" kavramlarıyla birlikte değerlendirilmelidir. Özel kişi ve gruplar arası ilişkilerde de, devletin yükümlülüğü vardır. O nedenle hak ihlallerinin önlenmesinde sadece yurttaş - devlet değil, kişiler - gruplar, kişiler - kurumlar, kişiler - çevre, kişiler - iktisadî faaliyetler gibi ilişkilere dair düzenlemelerde de insan hakları ihlallerinin önlenmesinin gerekli olduğu benimsenmeli ve kabul edilmelidir.

"Her insan doğuştan yaşam hakkına sahiptir. Bu hak, hukuk tarafından korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmayacaktır."

Yaşam hakkı, niteliği gereği, diğer hakların da –yani diğer haklardan hak sahiplerinin yararlanabilmesinin de– önkoşulunu oluşturan bir içeriğe sahiptir. Dolayısıyla bütün insan haklarının temelini teşkil

eder. Uluslararası barış ve güvenlik ile yaşam hakkının korunması arasında koparılmaz bir bağ kurulmalıdır.

Devlet eliyle yaşamdan yoksun bırakılma, yasayla kesin biçimde denetlenmeli ve sınırlandırılmalıdır. Devletler, sadece yaşamdan yoksun bırakma eylemlerini ceza yasalarıyla önlemek ve cezalandırmakla değil ve fakat bunun yanı sıra, kendi güvenlik kuvvetleri eliyle keyfi öldürme eylemlerini engelleyecek önlemleri de almak zorundadır.

Bir örnek verelim:

İngiltere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Cebelitarık'ta bombalı terör eylemi planlayan üç IRA üyesini gözaltına alma operasyonu sırasında İngiliz SAS askerleri tarafından öldürülmelerinden sorumlu tutulmuştur. Çünkü AİHM, Mccann ve Diğerleri - Birleşik Krallık kararında (27.09.1995, Seri A. No: 324) IRA militanlarının "Cebelitarık'a gelmelerinin önlenmemesi kararını, yetkililerin istihbarat ile ilgili değerlendirmelerinin en azından belirli yönlerden hatalı olabileceği ihtimalini düşünmek için yeterli zaman ayırmamalarını, askerlerin ateş açtıklarında otomatik olarak öldürmeye yönelik zor kullanmaya başvurmalarını göz önünde tutarak, üç teröristin öldürülmesinin Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi bakımından hukuka aykırı şiddete karşı kişinin savunmasında mutlaka gerekenden fazla olmayan zor kullanım oluşturduğuna ikna olmamıştır." Birleşik Krallık bu dava sonucunda, Sözleşme'de yer alan 2. maddedeki "yaşama hakkı"nı ihlalden tazminata mahkûm edilmiştir.

Temel hak ve özgürlükler, yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen neden ve amaçların haklı ve zorunlu kıldığı ölçüde, Anayasa'nın ruhuna uygun olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir haklar olarak Anayasa'da yer almalıdır. Anayasa'da "nedene bağlılık ilkesi" gereğince her özgürlük için belirlenen ve gerektiğinde her özgürlük için tek tek sayılan "özel sınırlama nedenleri" dışında, çıkarılacak kanunlar yoluyla, Anayasa'da sayılan sınırlandırma nedenleri dışında başkaca herhangi bir sınırlandırma nedeni yaratılamayacağı ilkesi benimsenmelidir. Bir başka şekilde ifade edersek, Anayasa'da özgürlüklerin sınırlandırılma nedenleri sayılarak bir kez saptandıktan sonra, kanun yoluyla sadece Anayasa'da sayılmış olan sınırlandırma nedenleri somutlaştırılabilecektir.

Ayrıca bu sınırlandırmalar da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz; hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamaz. Sınırlandırma nedenlerinin yorumlanışında temel insan hak ve özgürlükle-

rinde uluslararası sözleşmelerle kurulmuş olan uluslararası yargı organlarının kararları dikkate alınmalıdır.

Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

Yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış başka bir görevlinin önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, bu özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi için ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

Bu ilkelere aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin uygulanmasında AIHM çok titiz davranmaktadır. "Özgürlük ve güvenlik hakkı" benzersiz bir haktır ve bu ifade bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

"Yakalama" ve "alıkoyma" terimleri, ulusal hukuktaki mevcut anlamları ne olursa olsun, Sözleşme'de, temelde "kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir" olarak değerlendirilmektedir. AIHM, 5. maddede yer alan "yargı gözetimi teminatı şartını" kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmektedir. Temel şart, çeşitli süreçlerin ne şekilde adlandırıldığı değildir. Asıl olan bu süreçlerde neyin elde edildiği ve bu sürecin nasıl yaşandığıdır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, gözetimine alınma, tutuklanmaya maruz kalma nedenleriyle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin hakları, AIHS ve AIHM kararları doğrultusunda gözden geçirilmeli ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi hükümleri gözetilerek yeniden düzenlenmelidir.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese, insani biçimde ve her insanın doğuştan sahip olduğu onuruna saygı gösterilerek muamelede bulunulması temel ilke kabul edilmelidir.

Düşünce özgürlüğü ve ifadesi, demokratik bir toplumun vazgeçilmez insan hakkı olarak güvenceye kavuşturulmalıdır. Zira bu hak, in-

san haklarının omurgasıdır. Herkesin müdahaleye maruz kalmaksızın görüş sahibi olma hakkının var olduğu Anayasa'da yer almalıdır. Dolayısıyla özgürlük genel bir ilkedir, sınırlandırılması ise istisnadır.

Bu bağlamda yeni anayasanın düşünce ve düşüncenin ifade edilmesine ilişkin düzenlemelerinde, bu hakkın etkili bir biçimde kullanılmasıyla bağdaşmayan sınırlama nedenlerine, özellikle de "düşünce suçu" yaratmaya yol açacak hükümlere yer verilmemelidir.

Anayasa'da her türlü savaş propagandasının kanunla yasaklanması gerektiği yer almalıdır. Anayasa'ya ayrımcılığı, düşmanlığı, yahut şiddeti kışkırtan herhangi bir ulusal, ırksal ya da dinsel nefret savuculuğunun kanunla yasaklanacağı konusunda hüküm konulmalıdır.

Anayasa'da "basın hürdür, sansür edilemez" ilkesi ile basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak tedbirleri almakla görevli olanın devlet olduğu ilkesi korunmalıdır. Anayasa'da yer almak üzere "Basın özgürdür, bu özgürlük aleyhine kanun yapılamaz" şeklinde düzenleme yapılması düşünülmelidir.

Bu özgürlükler ancak ve ancak insan onuruna ve haklarına karşı saygısızlık, savaş propagandası ve şiddet eylemlerini kışkırtma, insanlığa karşı suçlar, ayrımcılık, düşmanlık ve ırkçı veya dinsel nefret duygularının kışkırtılması nedenleriyle sınırlanabilir.

Yüzyılımızda bilgilenme hakkı bireylerin temel haklarından birisidir. Devletin korunması iddiasıyla, halkın bilgilenme hakkı sınırlandırılmaz. Bu hakkı sınırlandırmak için "gerçeğe uygun haber dolaşımının suçlanması" kabul edilemez. Demokraside, hükümetlerin halkından gizleyeceği bir şey olamaz ve "bireyin bireysel bilgilenme hakkının" sınırlandırmayacağı kabul edilmelidir. Bireysel bilgilenme bir "hak" olduğuna göre bu hakka işlerlik sağlayan kitle iletişim araçlarının "doğru ve yaygın haber dolaşımını" sağlama özgürlüğü de engellenemez. Bu basit ve anlaşılır bir gerçektir.

Genelde "düşünce açıklamak", özelde "diğer araçlarla düşünce açıklamak" özgürlüğü, çağımızda, "halkın bilgilenme, gerçekleri öğrenme hakkının" gerçekleştirilmesini sağlayan vazgeçilmez bir değer olarak görülür. Öğrenme hakkının varsayılabilmesi ise, "özgür, doğru, yaygın bilgi ve haber dolaşımını" ve düşünce etrafında örgütlenme hakkını öngören siyasal, yasal yapının gerçekleştirilmesine bağlıdır (Özek 1994: 8-34).

Aslında bilgilenme hakkı çağdaş ve doğrudan demokrasi sisteminin kurulmasını sağlar. Bilgilenme hakkı "devletin korunması" kavra-

mının despotik sonuçlarını engellemeye yönelik bir işlerlik sağlamaktadır. Özgür haber dolaşımının varlığı demokratik siyasal düzenin temel ölçütüdür. Özgür haber dolaşımını engelleyen, sınırlayan yasal düzenleme yapılamaz. Eğer, özgür haber dolaşımının sınırlandırıldığı, engellendiği bir yasal düzenleme yapılırsa veya varsa "demokratik siyasal yapı" yok demektir.

Neden gazeteciler halkın haber alma ve gerçekleri öğrenme hakkını sağlamamakla görevlidir? Özek bu görevi şöyle izah ediyor:

Buna karşın geçen süreçte, insan hakları kavramında köklü değişim olmuş, bu kapsamda, basın yoluyla düşünce açıklama hakkının niteliği, güvencesi, işlevi değişmiştir. Kaldı ki TV, radyo gibi diğer kitle iletişim araçları için de aynı değişim söz konusudur. Kısa bir deyişle, özde değişim olmamakla beraber, anayasal ve yasal düzenlemelerle, güvenceli iletişim ve düşünce açıklama düzeni oluşturulmuştur. Bu sonuç, ilkel siteden günümüze gelen bir serüvendir. "Öndeyiş", bu serüvenin kısa hikâyesidir. Bu hikâyenin sonu, "bilgilenme hakkı"dır. Bu hikâyenin sonunda: ... Artık, bilgi dolaşımını sağlayan, profesyonel basın çalışanları "haber vermek hakkını" kullandığı için değil, "haber vermek görevini" yaptığı için hukuka uygun davranmış oluyor... Artık bireyin düşünce açıklamak hakkının sınırlanması bireysel bir sınır sayılmayıp, bilgilenme hakkının engellenmesi anlamına geldiği için, toplumsal sınır sayılıyor... Artık "bilgilenme hakkı", "saydam yönetimi" sağladığı için, çağımızın "doğrudan demokrasisi" olarak kavranıyor... Giderek, "bilgilenme hakkı" olmaktan çıkarılarak, "bireyin bilgilenme görevi"ne dönüştürülüyor. (1999)

Bu nedenlerle bilgi edinme hakkı Anayasa'da tek başına bir hak olarak düzenlenmelidir. Her yurttaş devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin işlemleri ve eylemleri hakkında bilgi edinme hakkına sahip olmalı ve bu hak kanunla düzenlenmelidir.

Toplumsal sorunların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla oluşturulan barışçıl yurttaş girişimlerinin anayasal hakları kullanmaları ve güvencelerinden yararlanmaları sağlanmalı ve bu yararlanma hakkının kanunla düzenlenmesi kabul edilmelidir.⁹

Anayasalar, aslında evrensel ceza normlarının insan haklarının korunması için kabul edilen temel ilkelerini gösteriyor; ceza yasaları ise, anayasalarda yazılı soyut kuralların somut olaylar karşısında nasıl uygulanacağına dair hukuk normlarını.

9. www.umut.org.tr/public/yazi.aspx?id=25566. Umut Vakfı Anayasa Görüşü. 20.12.2011.

Ceza Hukuku İlk Değil, Son Çaredir

Ceza hukuku cezalandırma hukuku mudur? İşte asıl soru bu olmalıdır.

Ülkemizde hem yasaların, hem davaların, suç ve cezanın, mahkemelerde verilen kararların bu kadar çok tartışıldığı ve konuşulduğu bir dönem yaşanmamıştır.

Ceza hukuku cezalandırma hukuku mudur?

Türk Ceza Kanunu'nun amacı, kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devleti i, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir (m. 1).

Çünkü çağımıza uygun "ceza hukuku" artık "cezalandırma" siyaseti i terk etmiştir. Ceza normu, korunan hukuksal yararı ihlal edeceği öngörülen eylemi belirler. O nedenle cezalandıran bir hukuk olmaktan çok, "hakları koruyan" bir hukuk olması benimsenmiştir. Çağdaş ceza hukukunda aranan şartları Çetin Özek şöyle sıralamaktadır:

- 1) "Kesinkes Yasallık" kuralı ve bu kuralın kapsamındaki uygulama kurallarının varlığı,
- 2) İradi bir hareketle, dış dünyada değişiklik oluşturulması eyleminin var olması,
- 3) "Eylem"in, korunan hukuksal yararın ihlaline elverişli bulunması,
- 4) "Kusurluluk Kuralları"nın varlığı (*nullum crimen sine lege, actione, iniuria, culpa*).

Bir ülkenin ceza yasasının "demokratik" olup olmadığı, ceza normunun "suç" olarak tanımladığı "yasak kuralı" ile koruduğu hukuksal yarara göre belirlenir. Bu aynı zamanda o ülkenin "demokratiklik" göstergesidir. Hukuk düzeni kendiliğinden oluşmaz, insan ürünüdür.

Bireyler, hukuk düzeninin normlarına uygun davranırsa, sorumlu olmazlar. Bireyin sorumlu olması için önkoşul, norma karşı, hukuka aykırı eyleminin olmasıdır ve "hukuka aykırılık", eylem ile "hukuk düzeni" arasındaki çelişkidir. Buna karşın, her hukuka aykırı eylem "suç" değildir.

Biçimsel açıdan suç, ceza normu tarafından toplumsal yapı açısından açıkça hukuka aykırılığı öngörülen ve ceza yaptırımı uygulanarak önlenmesi amaçlanan, belirginleştirilmiş, sınırlandırılmış insan eylemidir.

Neyin suç olup olmadığı yasayla düzenlenir. Mevcut toplum düze-

ninde değişiklik yaratan hukuka aykırı eylemlerin suç olarak tanımlanması bir tercih sorunudur. Çünkü hangi eylemin, yani "neyin suç" olduğu yasada gösterileceğine göre, hukuka aykırı eylemlerin suç olarak tanımlanması siyasal gücün "siyasal tercihidir". Bu durumda siyasal güç, "suç" sayılan hukuka aykırı eylemi saptayan ve "yaptırımını" belirleyen ceza normunu koyan güçtür.

Ceza sorumluluğu ve ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı ile siyasal, toplumsal yapı arasında şaşmaz bir nedensellik bağı vardır (Özek 1998). Suç, normun koruduğu "yararı" ihlal eden somut eylemdir.

Amaç, demokratik düzende, bireyin sahip olduğu hakların ihlalini önlemektir. Bu nedenle artık ceza sorumluluğunun konusunu "fail" değil, "hukuksal yararın ihlali" oluşturmaktadır.

Sonuç çıkarmak gerekirse, "ceza sorumluluğunun kişiselliği" kuralı çağdaş ceza hukukunun temel taşıdır. Kişinin kendi iradi hareketiyle nedensellik bağı kurulabilen hukuka aykırı bir neticeden sorumlu tutulmasıdır. Failin cezai sorumluluğu, ancak bu hallerde "ceza normu"nun koruduğu "hukuksal yararı" ihlal etmesine bağlıdır.

Bu nedenle gelmiş, geçmiş ve gelecek bütün siyasal güçlerin görevi, "insancıl ceza hukuku"nu kurmaktır. Prof. Çetin Özek'in öğretisinden çıkan sonuç budur.

Ülkemizde uygulanan ceza hukukunun demokratik olabilmesi için insan haklarına saygılı ceza hukuku bir "cezalandırma hukuku" olmaktan çıkarılmalı ve "bireysel hakları koruma hukuku"na dönüştürülmelidir.

Ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı, anayasal sistemle sınırlıdır. Bu durumda siyasal güç, anayasal sisteme bağımlı ve görevli olan siyasal iktidardır.

Bu nedenle siyasal gücün "ceza yargısı bütünü" konusunda kendisine özgü yetkisi yoktur. Tam aksine, suç sayılan hukuka aykırılık yaratmak, ceza yaptırımının niteliğini ve infazını belirlemek, ceza yargı-lama yöntemlerini saptamak konusunda Anayasa ve ulus-üstü sözleşmelerdeki kurallarla sınırlıdır.

Bu nedenle, ceza sorumluluk alanları ve yöntemleri böylece belirlendiğine göre, siyasal güç sadece yükümlendiği görevleri yerine getirmekle yükümlüdür.

Hukuk devleti, ceza hukukunun alanını sınırlar. Bu sonuç aslında ceza hukukunun amaç ve niteliği ile açıklanmaktadır.

Eğer devlet ortaya çıkan bir soruna el koyarak kendini bu sorunu çözmek zorunda hissediyorsa, el koymak istediği bu soruna öncelikle hukukun öteki dallarında var olan çare ve olanakları kullanarak yaklaşmalı ve buna göre çözmelidir. Zor kullanmak ve ceza hukuku son çaredir. Eğer devlet, hukukun diğer dalları yetersiz kalırsa ve tüm yolları denemesine karşın çareleri tüketirse, ancak o zaman zorlayıcı, cezalandırıcı müeyyidelere başvurabilir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında şu ifadelere yer vermektedir: "...yasakoyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemelere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırmaz. Yasakoyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur. Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindendir."¹⁰

Devletin ceza hukuku konusunda bir politikası ve felsefesi olmalıdır.

Türkiye Cumhuriyeti toprakları ve dünya üzerinde "korku" devleti yaratmaya dönük faşizmin kilometre taşlarını döşeyerek otorite kuramazsınız ve yasaları yapanları yöneterek çıkarılan yasalarla demokratik hukuk devleti olamazsınız.

Temel Hak ve Özgürlükler ve Ceza Hukukunun Amacı

Bundan on iki yıl önce Ankara Barosu tarafından düzenlenmiş olan Hukuk Kurultayı'nda Prof. Dr. Uğur Alacakaptan "ceza hukukunun amacının" ne olabileceğini açıklamıştı (2000: 6-7).

Hukuk ve özgürlük kavramlarını yeniden inşa ederken ilkelerimiz ne olmalıdır? Öncelikle demokratik çoğulculuğun vazgeçilemez bir gereği olarak, temel hak ve özgürlükler olanca genişliğiyle kabul edilmeli ve güvence altına alınmalıdır. Bu, demokratik bir siyasal düzenin *condito sine qua non* –olmazsa olmaz– koşuludur.

Çağımızın önde gelen ceza hukukçusu Mantovani'nin belirttiği gibi, özgürlükçü hukuk aşamasının yaşandığı çağımızda, özgürlük dü-

10. AYMK. E. 1991/35, K. 1991/13, KT. 06.06.1991, alıntılanan: Duman 2003: 253-4.

şüncesinden vazgeçmeyen bir zihniyete sahip olmalıyız. Ancak, özgürlüğü azınlığın özgürlüğü olmaktan çıkartan, bunu sağlayabilmek için de, yasa önünde eşitlik sağlamakla yetinmeyen, yapısal, maddi, içeriksel eşitliği amaçlayan; başka bir deyişle, doğadan gelen özgürlükleri sağlam güvenceye bağlayan, bireysel öge ile toplumsal öge arasında uzlaşmayı hedefleyen (Alacakaptan 2000: 7) özgürlük anlayışı ceza hukukuna egemen olmalıdır.

Alacakaptan'a göre bu özgürlük anlayışı ne demektir?

Bu da şu demektir: Ceza Hukuku, liberalleşerek, temel hak ve özgürlükleri baskı altında tutmanın değil, bunlara kamusal ya da özel odaklardan ve güçlerden gelebilecek saldırı ve müdahalelere karşı eşit biçimde ve ayırım gözetmeyen etkin bir koruma sağlayacak bir araç haline dönüşmelidir.

Ceza Hukuku'nun böyle bir araç kimliğine kavuşabilmesi ya da dönüşebilmesi için, öncelikle düşünce farklılıklarını bastıran ve demokratik çoğulculuk ile bağdaşmayan her çeşit siyasal nitelikteki suçlardan arındırılması, gerçek anlamda anti-sosyal karakter taşımayan eylemlerin suç olmaktan çıkarılması ve demokratik - toplumsal - hukuk devleti hedefini gerçekleştirmenin, toplumsal tecanüs, yani bağdaşıklık sürecinin harekete geçirilmesinin, çeşitli toplumsal çıkarların aracı olması gerekecektir. (A.g.y.)

O halde bir ülkenin ceza yasasının "demokratik" olup olmadığı ceza normunun "suç" olarak tanımladığı "yasak kuralı" ile koruduğu hukuksal yarara göre belirlenir.

Bu aynı zamanda o ülkenin "demokratiklik" göstergesidir.

Çetin Özek'in devletin soyut bir otorite olmadığı hakkındaki sözlerini anımsayalım: "... Devlet çağdaş toplum yaşamının yönetim sistemidir. Bu nedenle de insan haklarına geçerlilik sağlayan devlet değil, insanın kendisidir. İnsan, doğa ve yaşam koşulları zorunlu kıldığından devleti yaratmıştır. Devletin nedeni insanın mutlu ve korkusuz yaşamını sağlamaktır".

Türkiye'de ve dünyada herkesin konuşma ve ifade özgürlüğü hakkı vardır. Herkesin Tanrısı'na kendi istediği biçimde tapınma özgürlüğü vardır.

Türkiye'nin her yerinde herkesin yoksulluktan kurtulma özgürlüğü vardır; ki bu, her ulusa kendi vatandaşları için sağlıklı bir barışçıl yaşamı temin edecek ekonomik yakınlaşmanın kurulması anlamına gelir. Türkiye'de ve dünyanın herhangi bir yerinde herkesin korkudan kurtulma özgürlüğü vardır; ki bu, hiçbir ulusun herhangi bir komşusuna karşı fiziksel saldırı eylemi gerçekleştirmek durumunda olamaya-

çağı bir noktaya ve davranış aşamasına gelene dek sürececek dünya çağında etkin ve tam bir silahsızlanma demektir.

Bu bakış açısına ve bu temel haklara göre Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde yazılı olan "amaç" için demiştik ki, "... kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir."

Kuşkusuz bu madde kendi içinde birçok doğruyu barındırıyor. Ama bu madde, yaptığımız açıklamalar dikkate alındığında asıl amaç için çok tatmin edici değil. Çünkü bu düzenleme ceza hukukuyla korunan birçok hukuki değerden sadece birkaçı...

Eğer bir amaç belirlemek zorunluluksa, aşağıdaki gibi bir amacın belirlenmesi ceza kanunu için daha uygun olabilir görüşündeyiz:

"Ceza hukukunun amacı, vatandaşların barış içinde ve güvenli olarak beraber yaşamaları için kaçınılmaz olan kişinin ve toplumun hukuki değerlerini, bunları daha hafif başka hukuki ve sosyal - politik tedbirlerle korumanın mümkün olmadığı durumlarda, korumaktır" (Roxin 2006: 280).

Çünkü ceza hukuku diğer hukuksal düzenlemelerin ve hukuk dallarının yetersiz olduğu durumlarda kendisine başvurulması gereken son sıradaki hukuftur. Toplumsal düzendeki her bozulmayı ceza yaptırımıyla gidermek hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz (İçel 2004: 225). Bu yüzden ceza hukuku, cezalandırma hukuku değildir ve olmalıdır. Ceza hukuku, bireyin temel haklarını korumalıdır. Yasaları üreten yasama organı, insan haklarını ihlal eden suçlar yaratamaz.

Ceza hukuku ve cezalandırma son çare (*ultima ratio*) olmalıdır.

Ceza hukuku ve cezalandırma ilk çare (*solo ratio*) değildir.

Sonuç Yerine

Artık çağdaş bireyler devletin demokratik meşruiyetinin var olup olmadığını devletine bırakmayacak kadar bilgi ve hak sahibidirler ve dünden daha bilinçlidirler.

Benim burada anlatmaya çalıştıklarımı çok daha yetkin bir tespite kavuşturan Prof. Dr. Betül Çotuksöken'in özetle ifade ettiği içinde bulunduğumuz durum şudur:

... bir toplumun ve/veya kamu düzeninin keyfi olarak işletilen "yasa düzeni"ne değil de "etik temelli hukuk düzenine" sahip olması, toplum birey-

lerinin özne olabilmesinin temel koşuludur. Ancak dünya üzerinde birçok toplum, toplumsal ahlakın, alışkanlıkların, geleneklerin vb.'nin etkisiyle böyle bir düzene erişemedi ne yazık ki! Biraz önce de dile getirildiği gibi, etik temelli hukuk düzenini kurmak gerçekten bir gereksinim olarak duyumsandığında insanı araçsallaştırmayan bir kamu düzenine kavuşulacak demektir. Öyleyse günümüzde artık toplumsal ahlak temelli toplumsal sözleşmeye değil, etik-hukuk temelli "kamusal sözleşmeye" ihtiyacımız var. (Çotuksöken 2011)

Doğru söze ve gerçeğe ne denebilir ki? Görüşe katılıyorum. Gerçek budur.

İnsan öznedir, araçsallaştırmayın.

Laiklik ve Din Hürriyeti

Ergun Özbudun

Giriş

DİN-DEVLET İLİŞKİLERİ ve onun merkezinde yer alan laiklik sorunu, Tanzimattan günümüze kadar, Türk kamu hukukunun ve Türkiye siyasetinin en tartışmalı konularından biri olmuştur. Bugün de bu tartışmaların devam ettiği görülmektedir. Bu çalışmada, terminoloji sorunu, laikliğe iki temel yaklaşım tarzı olan "pasif laiklik" ve "dayatmacı laiklik" kavramları, Türkiye'nin büyük ölçüde esinlendiği ileri sürülen Fransız laiklik anlayışı ile Türkiye'deki anlayışın karşılaştırılması, Türk laikliğinin kendisine özgü niteliği ve bu anlayışın din ve vicdan hürriyetleri alanıyla çatışma noktaları ele alınacaktır.

Semih Vaner'in belirttiği gibi, Türkçeye de aynen alınan "laiklik" kelimesini Fransızca dışındaki dillere çevirmek zordur. Aslında, İngilizcede, *lay* ya da *secular* olarak iki sıfat olsa da, eski ve klasik Arapçada, Türkçede ya da Farsçada eşdeğer bir terimi aramak boşunadır" (Vaner 2001: 172). İngilizcedeki "*secular*" deyimini, din alanına ait olmayan, ya da "dünyevi" anlamına gelmekte, "*secularization*" deyimini de "dünyevileşme" anlamında kullanılmaktadır. Laikliğin bu anlamı, aşağıda açıklanacağı gibi, esas itibarıyla "pasif laiklik" anlayışına uygun düşmektedir.¹

1. İoanna Kuçuradi, sekülerizasyonu "çağdaştırma" anlamında kullanmaktadır. Yazara göre, "getirildiği tarihsel dönemin koşullarına bakılırsa, çağdaştırma, çağdaştırılan ne ise –ve genellikle bir kurum oluyor– onu o anda insanlığın o konuda ulaştığı anlayışa uygun hale getirmek demek oluyor." Yazar, çağdaştırmanın anlamı üzerinde farklı düşüncelerin olduğunu kabul etmekle birlikte, kendisi bunu, "Kant'ın anladığı anlamda aydınlanmanın ürünü olan veya aydınlanmanın ön plana getirdiği fikirler" olarak tanımlamaktadır (Kuçuradi 2001: 218). Sekülerleşmeyi çağdaştırma ve aydınlanma ile özdeşleştiren bu görüşe ilişkin eleştirilerini aşağıda ifade edeceğim.

Laikliğin kelime anlamı tartışılırken, son yıllarda Türkiye'deki tartışmalarda sık sık kullanılan "laikçilik" deyimine de değinmek gerekir. Bülent Tanör'e göre, Fransızcadaki "*laïcisme*" deyimini, Türkçede "laikçilik" deyimiyile ifade edilen pejoratif anlamda değil, "laiklik doktrini" anlamında kullanılmaktadır (Tanör 2001: 27-28). Buna karşı, laiklik ile laikçiliği kavramsal olarak ayırteden yazarlar da vardır. Mesela Vaner'e göre, "laiklik değil laikçilik antidemokratik bir işlev içerebilir... biz, 'laikçilik' kelimesine, bir ilke boyutu yanında, bir mücadelelilik (*militantisme*) ve istenççilik, savaşım laikliği ve özellikle bir dogma boyutu yüklüyoruz."² Kanımca, Türkiye üzerindeki tartışmalarda, laiklik deyiminin yanında laikçilik deyiminin de kullanılmasında kavramsal açıklık bakımından yarar vardır. Çünkü Türkiye bağlamında bu deyim, aşağıda "dayatmacı laiklik" olarak tanımlayacağımız, Türkiye'ye özgü laiklik anlayışına uygun düşmektedir.

I. İki Farklı Laiklik Anlayışı: Pasif Laiklik ve Dayatmacı Laiklik

Laiklik konusunda iki temel anlayış ya da yaklaşım olduğuna pek çok yazar işaret etmiştir. Mesela Ahmet Kuru, pasif laiklikle dayatmacı (dışlayıcı) laiklik arasında ayrım yapmaktadır. "Dışlayıcı laiklik dini kamusal alandan bütünüyle çıkarmak ve onu özel alanla sınırlamak için devletin 'dışlayıcı' bir tutum izlemesi gerektiğini savunmaktadır. Pasif laiklik ise devletin, dinin kamusal görünürlüğüne göz yumarak daha 'pasif' bir pozisyon almasını talep etmektedir. Dışlayıcı laiklik 'kapsayıcı bir öğretiler", buna karşın pasif laikliğin asıl önceliği devletin kapsayıcı öğretiler karşısında tarafsız kalmasıdır."³ Benzer şekilde

2. Vaner 2001: 175-6. Yılmaz Aliefendioğlu'na göre de, "laiklik, her inancın kendisini ifade edebilmesi anlamında çoğulcu (plüralist) olmasına karşın, laikçilik ... çoğulcu değil, yönlendiricidir. Laikçilik, belirleyici yönüyle bir sivil dogmadır" (2001: 73-74).

3. Kuru 2011: 14. Türk anayasa hukuku doktrininde pasif laiklik anlayışının öncüsü olmuş ve ilk baskısı 1951 yılında yayımlanmış bir eser için bkz. Başgil 2009. Prof. Başgil'in laiklik tanımı, pasif laiklik anlayışını yansıtmaktadır: "Bugünün Garp memleketleri hukukunda laiklik, din ile devletin ayrılması ve devletin din, dinin de devlet işlerine karışmaması; memleketinde mevcut ve mârifet din ve mezheplere karşı devletin tarafsız bir vaziyet alması; bunlardan hiçbirini, diğeri aleyhine olarak, hususi surette imtiyazlandırmaması; buna mukabil, dinin de devlete karşı, nisbi de olsa, bir muhtariyet içinde ahlaki ve mânevi hayatın nizamı olarak hü-

Charles Taylor, "ortak bir dini zemine" dayanan Amerikan tipi laiklikle, "dinden bağımsız bir siyasal etiğe" dayanan Fransız tipi laiklik arasında ayırımıda bulunmuştur. Taylor'a göre, "ortak zemin stratejisi" (*common ground strategy*) köklerini bütün Hristiyan mezheplerinde, hatta bütün Tanrıya inananlar (deistler) arasında ortak olan ve bu grupların barışçı şekilde birlikte yaşamasını sağlayan bir ahlak anlayışına dayanır. "Bağımsız siyasal etik" (*independent political ethics*) yaklaşımı ise, dini inançlardan tümüyle soyutlanmış, insanların akılcı ve sosyal yaratıklar olduğu temeline dayanan bir ahlak anlayışıdır. Bu ikinci yaklaşım, "dinin kamusal alandan tamamen çıkarılması sonucuna varabilir. Devlet, hiçbir dini desteklemez, hiçbir dinsel amaç izlemez, devletin güttüğü amaçlar kataloğunda dinen belirlenen iyiliklerin hiçbir yeri yoktur." Wilfred McClay'in pozitif ve negatif laiklik ayrımı da benzer niteliktedir. Negatif laiklik, "mutlak doğruyu ortaya koyacak bir dil geliştirmez", aksine "değişik inançların birbirleriyle etkileşebilecekleri bir ortak dil oluşturmayı amaçlar". Pozitif laiklik ise, dayatmacı laikliğe çok yakındır, çünkü bu, "laikliği mutlak doğru olarak tanımlayan" katı bir yaklaşımdır.⁴

Bu ikili ayırım, değişik deyimlerle, başka birçok yazar tarafından da ifade edilmiştir. Tanöre'e göre, "sekülerizasyon ya da sekülerizm modeli daha çok Fransa dışındaki Avrupa ülkelerinde görülen (Anglo-sakson ülkeleri, Almanya) bir modeldir, kiliseyle daha uyumludur, din güçleriyle daha barışçıdır, devrimci radikal değil, daha çok evrimci ve

küm sürmesidir. Laik bir devlette hükümet ve idare işleri ve bunları tanzim eden kanun ve kaideler, prensipleri dini mülâhazalardan değil, sırf ihtiyaçlardan ve hayat realitelerinden alır" (a.g.y.: 160-1).

4. Aktaran: Kuru 2011: 11 n14. Laikliğin çeşitli anlaşılış ve uygulanış tarzları hakkında ayrıca bkz. Bhargava (haz.) 1999. Bhargava'ya göre laiklik, Batı toplumlarında da tartışmalı bir konudur ve bunun ne anlama geldiği, hangi değerleri gerçekleştirmeye çalıştığı ve en iyi şekilde nasıl izlenmesi gerektiği konularında görüş birliği yoktur. "Her Batı ülkesi, laikliğin içerdiği değerler dizisinin gerektirdiği tek bir çözümü uygulayacak yerde, kendisine özgü bir siyasal uzlaşmayı gerçekleştirmiştir. Ayrılık tezi, ABD'de, Fransa'da, Almanya'da ve Britanya'da farklı anlamlara gelir ve her ülkede farklı zamanlarda farklı şekillerde yorumlanır... Devlet politikalarının laik olup olmadığı hakkında bir yargıya varılabilmesi, bağımsızlık veya ayrılığın anlamı konusundaki anlayışa dayanır. Bazılarına göre devletin laikliği, dine hiçbir şekilde destek verilmemesini gerektirir. Diğerlerine göre, bütün dinlerin aynı ölçüde desteklenmesi anlamına gelir. Daha başkaları ise devletin laikliğini sulandırmayacak şekilde, karma bir stratejiyi ahlaken kabul edilebilir bulurlar" ("Introduction", a.g.y.: 3, 7). Ayrıca bkz. Taylor 1999: 35; Monsma 1997.

uzlaştırmacıdır... Fransız modelinde uzun süre [dini hayata] karşıl-mıştır, yani 1905'e kadar Fransız jakoben devleti, laik devleti 'din işle-rini kendime karıştırmam ama ben karışırım' demiştir... Aşağı yukarı yüzyıl karışmıştır" (Tanör 2001: 26-27). Texier'e göre, Fransa'da "sivil bir dinin ortaya konma girişimi Fransız laikliğinin paradokslarından birini aydınlatıyor. Laiklik artık sadece dine karşı tarafsızlık değil, ay-nı zamanda Fransız kimliğinin unsurlarından biri olarak bulunmakta-dır. Laiklik bir şekilde bir sivil dogma olarak algılandığı için yayılmak ve açıklanmak zorundadır" (Texier 2001: 21). Alain Bockel'e göre de, laiklik kavramının büyük mücadelelere konu olmasının nedeni, bu kavramın farklı iki felsefe ve politik doktrin tarafından taşınmasıdır. Bu da bir yanda laik ahlaka dayalı bir toplum kurmayı amaçlayan 'Cumhuriyetçi Doktrin', diğer yanda da plüralizm ve özgürlüklere de-ğer veren ve laik devletin her şeyden önce tarafsız olduğuna inanan 'li-beral, demokratik' bir doktrin yer almaktadır. İlki katı bir doktrin, ikin-cisi hoşgörülü bir öğretilerdir... Bu cumhuriyetçi laik proje kaynağını, 19. yüzyıl pozitivistlerinin katkısıyla zenginleşmiş aydınlanma felse-fesinden almaktadır" (Bockel 2001: 50-51).

Özetle, dayatmacı laiklik, kökleri aydınlanmacı ve pozitivist felse-fede olan, devlete toplumu laikleştirme misyonunu yükleyen, dinin kamusal görünürlüğüne (*public visibility*) bireysel vicdanlar ve ma-betlerle sınırlandırmayı amaçlayan kapsayıcı bir ideoloji, adeta bir si-vil dindir. Buna karşılık pasif laikliğin temeli, devletin din olgusu kar-şısında tarafsız bir konum alması, değişik inanç grupları karşısında eşit mesafede durması ve ayırım yapmaması, belli bir dinin kurallarını kamu gücünü ve kamu kaynaklarını kullanarak toplumun tümüne da-yatmaya kalkışmaması ve kamu düzenini koruma amacı dışında dinin kamusal görünürlüğüne müdahale etmemesidir.

Dayatmacı laiklik anlayışının, demokratik ilkeler ve temel bir in-san hakkı olan din ve vicdan hürriyeti bakımından doğurduğu sorunla-ra aşağıda değinilecektir. Buna karşılık, pasif laiklik, demokratik bir rejimin "olmazsa olmaz" şartları arasındadır. Bu kavramın karşıtı olan teokratik devletin ise, demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşması müm-kün değildir. Bu rejimler, hâkim dine ya da devlet dinine mensup ol-mayan vatandaşlarına din, vicdan ve ibadet hürriyeti tanısalar bile, do-ğaları gereği olarak onları eşit haklara sahip yurttaşlar olarak göre-mezler. Kamu gücünü bir dinin kurallarının benimsetilmesi ve uygu-lanması amacıyla kullanmaları açısından da, din ve vicdan hürriyeti

üzerinde ağır bir baskı oluştururlar.

Bu ilkeler çerçevesinde pasif laikliğin unsurları, devletin resmi bir dininin mevcut olmaması, devletin dinî inanç ayrımı gözetmeksizin bütün din ve mezhep mensuplarına ve inançsızlara karşı eşit mesafede bulunması, hukuk kurallarının ve tüm devlet işlemlerinin dinî kurallara uygun olma zorunluluğunun bulunmaması, devlet kurumları ile din kurumlarının birbirinden ayrılmış olmaları ve bütün bunların doğal sonucu olarak hangi inanca mensup olurlarsa olsunlar herkesin vicdan, din ve ibadet hürriyetlerinin tanınmış ve güvence altına alınmış bulunmasıdır.

Burada, kamusal işlemlerin din kurallarına uyma zorunluluğunun olmaması ile, bu işlemlerin hiçbir şekilde din kurallarından esinlenmemesini şart koşmanın aynı şeyler olmadığına dikkat çekmek gerekir. Din, ahlak ve hukuk kurallarının örtüştükleri geniş bir ortak alan vardır ve birçok çağdaş hukuk kuralı, tarihsel köken itibariyle din kurallarıdır. Bir din kuralının hukuk yoluyla topluma dayatılması, elbette laikliğe aykırıdır. Ancak laiklik, dünyevi düzenlemelerin hiçbir şekilde dini değerlerden etkilenmemesi veya esinlenmemesi anlamına da gelmemektedir. Mesela Kemal Gözler'e göre, "Anayasa Mahkemesi'nin laik bir devlette dinsel kaynaklı hukuk kuralı olamayacağı, hukuk kurallarının din kurallarına dayanamayacağı yolundaki görüşü, gerek bizim hukuk sistemimizin gerekse laik Avrupa ülkelerinin hukuk sisteminin verileriyle çelişki içindedir. Gerek Türk hukuk sisteminde gerekse başka laik hukuk sistemlerinde her zaman, dini kökenli hukuk kuralları bulunmuştur ve halen de bulunmaktadır. Örneğin hafta sonu tatillerinin cumartesi ve pazar olması tamamıyla dinî kökenlidir... Demek ki laik bir hukuk sisteminde bazı hukuk kuralları dine dayanmaktadır. Şüphesiz ki bu kuralları beşeri irade koymaktadır. Ancak beşeri irade bu kuralları koyarken, bazı dini kurallardan ilham almaktadır. Dahası, 'ilham alma' psişik bir vaki'dir. Kanunkoyucunun zihninden geçen bir şey bilinemez. Bir kanun hükmünün dinî mülâhazalarla çıkarılıp çıkarılmadığını tespit etmek mümkün değildir. O halde, 'mutlak laik hukuk düzeni' mevcut olamaz. Buna göre, laiklik bakımından söylenecek tek şey, devletin hukuk kuralı koyarken din kurallarına uymak zorunluluğunun bulunmamasıdır."⁵ Oysa, aşağıda ince-

5. Gözler 2000a: 149; aynı yönde Erdoğan 1996: 202; Atar 2009: 63-66. Bülent Dâver de, esas itibariyle mevcut Türk laiklik anlayışını savunduğu eserinde,

leneceği gibi, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, hukuk kurallarının hiçbir şekilde dini kurallardan kaynaklanamayacağı yolunda maksimalist bir anlayış gözlemlenmektedir.

Batı demokrasilerinin bir bölümünde pasif laikliğin dahi bazı unsurlarının mevcut olmadığı açıktır. Mesela İngiltere'de Anglikan Kilisesi (İskoçya bakımından da Presbiteryen Kilisesi) devlet kilisesidir ve Kral (veya Kraliçe) aynı zamanda Anglikan Kilisesinin başıdır. Norveç'te Protestanlığın Evanjelik - Lutheran mezhebi resmi dindir (Anayasa, m. 2), Kral bu mezhebe mensup olmak zorundadır (m. 4) ve Bakanlar Kurulu üyelerinin yarıdan fazlasının bu mezhebe mensup olmaları gerekmektedir (m. 12). Danimarka Anayasası'nın 4. maddesine göre, "Evanjelik - Lutheran Kilisesi Danimarka'nın resmi kilisesidir ve bu sıfatla Devlet tarafından desteklenir." Aynı Anayasanın 6. maddesine göre Kralın bu kilisenin mensubu olması zorunludur. Yunanistan Anayasası'na göre (m. 3) "Yunanistan'da hâkim din (*prevailing religion*) İsa'nın Doğu Ortodoks Kilisesi dinidir." Aynı Anayasanın 105. maddesi de, Aghion Oros (Aynaros) yarımadasını, oradaki manastırların yönetiminde özerk bir bölge olarak tanımlamaktadır. Malta Anayasası'na (m. 2) göre, "Malta'nın dini, Roma Katolik Apostolik Dinidir" ve bu dinin okullarda okutulması zorunludur. Bulgaristan Anayasası (m. 15/3), Doğu Ortodoks Hristiyanlığının Bulgaristan Cumhuriyetinde "geleneksel din" telakki edileceğini belirtmektedir. Gürcistan Anayasası'na göre (m. 9), "Gürcistan Özerk Apostolik Ortodoks Kilisesinin Gürcistan tarihindeki özel rolü ve Devlettten bağımsızlığı" tanınmaktadır. İrlanda ve Polonya anayasalarının Başlangıç bölümlerinde, "En Kutsal Üçlü'ye veya "kültürümüzün kökündeki Hristiyan miras"a atıf vardır. İsrail resmen bir "Yahudi devleti"dir (*Jewish state*).

Arap devletlerinin en laik nitelikte olanı ve büyük ölçüde Türkiye modelinden esinlenmiş bulunan Tunus'un 1959 Anayasası'nda devletin dininin İslam dini olduğu belirtilmekte, ancak Şeriatın bir hukuk kaynağı olduğu ifadesine yer verilmemektedir. Miras ve aile hukuku hariç, Tunus hukuku laik bir hukuftur; poligami 1956 yılında yasak-

bunu kabul etmektedir: "Yani kanunkoyucu kanun yaparken şu veya bu dinin esaslarına uymak mecburiyetinde değildir. Fakat kanun bazı din kuralları arasında XX. Asrın ileri telâkkilerine uygun hükümler bulduğu takdirde bunları pek âlâ benimseyebilir. Esasen lâîk İsviçre Medeni Kanununun menşinde... dinden gelme bazı kaideler vardır. Kanunkoyucu bu kaidelere pozitif bir mer'iyet sahası tanımakla bu dinî kaideler adeta nasyonalize edilmiş, lâîkleşmiş olurlar (Dâver 1955: 235).

lanmıştır. Arap ülkelerinin nisbeten en laik olanlarında bile, bu ülkelerin hukuki ve siyasi dilinde "laik" kelimesinin ateizm çağrışımı yaptırması nedeniyle, bu deyimın kullanılmasından özenle kaçınılmakta, "laik devlet" yerine daha nötr bir deyim olarak "sivil devlet" deyimini tercih edilmektedir.⁶ Bununla birlikte Tunus Anayasası'na göre (m. 38) cumhurbaşkanının İslam dinine mensup olması gerekmektedir. Benzer bir hüküm, Cezayir Anayasası'nda da (m. 107) mevcuttur (Ryex ve Blanchi 1980: 62).

Eğer bir devletin laik olarak tanımlanabilmesi için yukarıda zikredilen bütün unsurların varlığı zorunlu ise, bütün bu devletlerin laik sayılmalarına imkân yoktur. Nitekim Kemal Gözler, anılan ülkelerin laik olmadıkları kanısındadır (2000a: 143-4; 153-4). Bu görüş, aşırı şekilci olmakla eleştirilebilir. Nitekim Tanör ve Yüzbaşıoğlu, benim de katıldığım şu görüşü ileri sürmektedirler: "Asıl önemlisi, teoride ya da anayasada din - devlet kaynaşması yer aldığı halde, gerçeklikler dünyasında dinin ne devlet katında, ne kamusal yaşamda ne de hukuk alanında etkili bir rolünün bulunmasıdır. Bu gruba giren ülkelerin çoğu, laikliği anayasal ilke ilan etmiş ya da sekülerliği ve din - devlet ayrımını benimsemiş sistemlerden fiilen farklı durumda değillerdir" (Tanör ve Yüzbaşıoğlu 2011: 92).

Avrupa devletlerinin pek azının anayasalarında, devletin nitelikleri arasında "laik" veya "seküler" kelimeleri yer almaktadır. Türkiye (m. 2) ve Fransa (m. 1) anayasaları dışında, bu deyime sadece Azerbaycan Anayasası'nda (m. 7) yer verilmiştir. Arnavutluk Anayasası (m. 10) hiçbir resmi dinin mevcut olmadığı, Slovakya Anayasası (m. 1) devletin "hiçbir ideoloji veya dinle bağlı" olmadığı, Slovenya Anayasası (m. 7) "devletle dini grupların ayrı" oldukları yolundaki ifadelerle, aşağı yukarı aynı şeyi ifade etmişlerdir. İtalyan Anayasası (m. 7) "Devlet ve Katolik Kilisesinin her biri, kendi düzeni içinde bağımsız ve egemendir" ifadesine yer vermektedir. Ancak anayasalardaki değişik formüller ne olursa olsun, bütün bu devletler, vatandaşlarının tümü bakımından din ve vicdan hürriyetini tanımış ve dine dayalı ayrımcılığı yasaklamış olmaları açısından, özünde laik telakki edilebilirler.

İslam dünyasına gince, Ahmet Kuru'nun tespitlerine göre, 46 Müslüman çoğunluklu ülkeden 11'i İslami devletler, 15'i resmi dini İslam olmakla beraber bu nitelikte sayılamayacak devletler, 20'si de laik

6. Baccouche 2001: 141-2, 148-9; Özdalga 2011.

devletlerdir. Bu son gruptaki devletlerden Türkiye, Endonezya, Suriye ve Lübnan dışındakilerin hemen tümünün ya eski Sovyet cumhuriyetleri veya Sovyet bloku ülkeleri (Arnavutluk, Kosova, Azerbaycan, Kazakistan, Kırgızistan, Tacikistan, Türkmenistan ve Özbekistan), ya da Fransız tipi laikliğin etkisindeki eski Fransız siyah Afrika ülkeleri (Çad, Gine, Mali, Nijer, Senegal, Gambiya, Sierra Leone) oldukları dikkati çekmektedir (Kuru 2011: 245).

Kuru, devletlerin pasif ya da dayatmacı laiklik tiplerinden birini benimsemelerindeki temel etkenin, dinin, devletin kuruluş sürecindeki siyasal ilişkileri olduğunu ikna edici şekilde ileri sürmektedir. Buna göre, eski rejimde (*devr-i sâbık*, *ancien régime*) monarşi ile hâkim din arasında bir ittifak ilişkisi mevcut olduğu takdirde, bunlara karşı çıkan cumhuriyetçi hareket ruhban-karşıtı (anti-klerikal) bir nitelik almakta ve bu hareketin başarısı, dayatmacı laiklik anlayışına götürmektedir. "*Devr-i sâbık*'ın olmadığı ülkelerde (ise) ruhban karşıtı hareketler ya yoktur ya da marjinal düzeyde kalmıştır... *Devr-i sâbık*'ın olmadığı ülkelerde bu bileşenlerden bir veya birkaçı yoktur. Bunlar büyük olasılıkla süreç içinde, dini bir devlete, resmi dini olan bir devlete ya da pasif laikliğin geçerli olduğu laik bir devlete dönüşmüşlerdir... *Devr-i sâbık*'a sahip olmayan laik devletlerde pasif laikliğin egemenliği söz konusudur... *Devr-i sâbık*'ın varlığı (ya da yokluğu) ABD, Fransa ve Türkiye içinde belirleyici etken olmuştur." Fransa ve Türkiye'de monarşi ile hâkim din arasındaki ittifak, cumhuriyetçi hareketin ruhban-karşıtı bir dayatmacı laiklik anlayışına benimsemesi sonucunu doğurmuş, yeni kurulmuş bir göçmen ülkesi olan ve ne yerel bir monarşiye ne de hâkim bir dine sahip bulunan ABD ise pasif laiklik yönünde bir evrim geçirmiştir (Kuru 2011: 26-33; 140-1). ABD Anayasası laiklik deyimini kullanmamakla beraber, Birinci Ek Maddesinde, "Kongre bir resmi din (*established church*) ilan eden veya bir dinin serbestçe yaşanmasını yasaklayan bir kanun çıkaramaz" ifadesine yer vermekte, böylece devletin dinler karşısında tarafsız olması gerektiğine işaret etmektedir. Ancak bu ifade, eyaletler bakımından değil, sadece federal devlet bakımından bağlayıcıdır.

Bütün bu tartışmalar, laiklik deyiminin tanımlanmasındaki güçlüğü göstermektedir. Mesela Groc'a göre "laiklik kavramı yorumların çokluğu ve aktörlerin çokluğuyla belirsiz bir hale gelmedi mi? Neyi ifade ettiğini her zaman biliyor muyuz? ... Bu kavram daha çok bir sıfat olarak kullanılmış, bu nedenle de bir tanıma ulaşılması pek kolay

olmamıştır... Baskıcı bir şekilde empoze edilen bu kavram, zamanın ve herkesin ihtiyaçlarına göre farklı şekilde yorumlanmıştır. Gerçekten de, hoş görülecek ve hoş görülemeyecek arasında açık bir sınır yoktur" (Groc 2001: 232).

II. Fransız Laiklik Anlayışı ile Türk Laiklik Anlayışının Farkları

Türkiye'de laiklikle ilgili incelemelerde, genellikle Türk modeli ile Fransız modeli arasındaki benzerliğe dikkat çekilmekte ve her iki laiklik anlayışının, köklerini aydınlanmacı ve pozitivist felsefeden alan militan ya da dayatmacı laiklik anlayışının örnekleri olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşte isabet payı olmakla, iki ülkedeki laiklik anlayışları arasında önemli benzerlikler bulunmakla beraber, aralarında ciddi farkların mevcut olduğu da inkâr edilemez. Her iki ülkede "eski rejim" (*devr-i sâbık*) ile hâkim din arasında güçlü ilişkilerin olması, cumhuriyetçi hareketi ruhban-karşıtı bir tutuma ve dinin kamusal görünürlüğü ortadan kaldırmayı amaçlayan dayatmacı bir laiklik anlayışına sevk etmiştir. Öte yandan, Kuru'nun belirttiği gibi, "Fransız Devleti'nin dine yönelik politikaları, Türkiye'ye göre daha az dışlayıcıdır [dayatmacıdır]. Bu farklılığın temel nedeni iki ülkede dışlayıcı laiklik ve demokrasi arasındaki ilişkidir. Fransa'da dışlayıcı laiklik çok partili demokratik rejim ve kitlesel destek ile kurumlaşmıştır. Türkiye'de ise dışlayıcı laiklik tek parti yönetimi altında egemen olmuş ve son yıllara kadar ordu ile yargının demokrasi üzerinde kurdukları vesayet rejimiyle korunmuştur" (Kuru 2011: 161).

Fransa'da 1789 devriminden bugüne kadar, laik cumhuriyetçilerle Katolik muhafazakârlar arasında gelgitler yaşanmıştır. Baubérot, Fransız tipi dayatmacı laikliğin gelişim sürecinde, iki eşikten söz etmektedir (Baubérot 2009: 238-51). Birincisi, devrimden Napolyon Bonapart'ın Katolik Kilisesiyle 1801 yılında imzaladığı anlaşmaya (konkordato, *concordat*) kadar süren dönemdir. 1790 yılında çıkarılan bir kanun, piskopos ve rahiplerin kilise mensupları tarafından seçilmesini ve göreve başlamadan önce devlete ve millete bağlılık yemini etmelerini şart koşmuş, bu yemini reddedenler ya idam edilmiş veya Fransa'yı terke mecbur bırakılmış, kiliseye ait arazilere devletçe el konulmuştur. Hatta bazı ihtilalciler, Katolikliğe alternatif olarak bir "sivil din" veya "akıl dini" yaratılmasını önermişlerdir. 1801 Konkordato'sundan (Üçüncü Cumhuriyetin kurulmasına (1871) kadar geçen restorasyon

dönemi, Katolik Kilisesinin konumunu yeniden güçlendirdiği bir dönemdir. "Konkordato ile Üçüncü Cumhuriyet arasındaki dönemde, genellikle ruhban karşıtları cumhuriyetçiliği, muhafazakâr Katolikler ise monarşiyi savunuyorlardı. Çok kısa süren İkinci Cumhuriyet (1848-52) haricinde monarşinin hüküm sürmesi nedeniyle Katoliklik sosyopolitik açıdan ayrıcalıklı durumunu korumuştur. Ruhban karşıtı cumhuriyetçilik ise muhalif bir ideoloji konumunda kalmıştı. 19. yüzyılın sonlarına kadar Katolik Kilisesi adına bir avantaj olan monarşi ile ittifak, Üçüncü Cumhuriyet'in kuruluşuyla bir dezavantaja dönüştü" (Kuru 2011: 142-5).

Fransız tipi laikliğin evriminde ikinci eşik, ya da aşama, Üçüncü Cumhuriyetin 1880'lerle 1905 arasındaki dönemidir. Bu dönem, dayatmacı laikliğin yeniden hâkim olduğu bir dönemdir. "Bu dönemde süregelen 'iki Fransa'nın savaşı' yeni ve sert bir evreye geçmiş oldu." Bu dönemde mücadele, büyük ölçüde eğitim sorunu üzerinde yoğunlaşmıştır. İlköğretim müfredatı bütünüyle laikleştirilmiş, rahiplerin devlet okullarında ders vermesi yasaklanmış, 10.000 Katolik okulu kapatılmış, çoğunluğu Cizvit tarikatının üyesi olan 30.000 Katolik öğretmen görevlerinden uzaklaştırılmıştır (a.g.y.: 145-52). Baubérot'ya göre, "laik devlet söz konusu olduğunda devlet okullarının laikleştirilmesi onlara [Cumhuriyetçilere] Kilise ve devletin birbirlerinden ayrışmasından daha acil bir mesele olarak görünmüştür. Belki de okullar aracılığıyla laik devletin ulusa eğilmesi, ulusal bir kimlik yaratılması hedefine daha kolay ulaşacaklarına inandıkları için" (Baubérot: 2009: 16 ve Bölüm 2). Deguerge'e göre de, bu dönemde "laiklik, bizatihi bir dogma haline gelip, Üçüncü Cumhuriyet dönemindeki bazı olayların gösterdiği gibi, dinsel toplulukların yasaklanması biçiminde kendini gösteren bir hoşgörüsüzlüğe bürünebildi" (2001: 200).

Fransız laikliğinin evriminde 9 Aralık 1905 tarihli kanun, önemli bir aşama oluşturmaktadır. Kanunun özü, devlet-kilise ayrılığını resmen tescil etmektir. Kanun, daha önceki yılların radikal ruhban karşıtı eğilimlerine oranla, bir uzlaşma çabası olarak nitelendirilebilir. Ancak Kuru, 1905 kanununu "liberal ve hoşgörülü olarak" tanımlamanın "abartılı bir bakış açısı" olduğunu, "dinlerin kamusal rolüne hiç de hoşgörülü" bakılmadığını ileri sürmektedir (Kuru 2011: 152-4). Gerçekten, kanunun birinci maddesine göre, "Cumhuriyet vicdan hürriyetini taahhüt eder. İnançların gereğinin serbestçe yerine getirilmesini güvence altına alır." İkinci maddeye göre de, "Cumhuriyet hiçbir inancı

ne tanır, ne finanse eder, ne destekler." Din hürriyetinin kullanılmasında tek sınır, "kamu düzeninin gerekleri"dir. Kanunun dördüncü maddesi, Katolik Kilisesinin kendi hiyerarşisine ve işleyişine müdahale edilmeyeceği güvencesini vermektedir.⁷

Nihayet, Fransız laikliğinin evriminde üçüncü eşik veya aşama, Beşinci Cumhuriyet ile birlikte başlayan yakınlaşma ya da uzlaşma dönemidir. 31 Aralık 1959 tarihli Debré Kanunu ile, büyük çoğunluğunu Katolik okulların oluşturduğu özel okullara devletin mali yardımı ilkesi kabul edildi. Bu okullarla imzalanması öngörülen sözleşmelerde, Milli Eğitim Bakanlığı müfredatının takip edilmesi ve öğrenci kabülünde dini kimliğe göre ayırım yapılmaması şart koşulmaktaydı." Öte yandan bu sözleşmeler özel okullara din dersi verebilme ve okullarda (gönüllü katılıma dayalı) toplu dua düzenleyebilme hakkı tanımaktadır... Güncel verilere göre Fransa'daki öğrencilerin %20'si özel okullara gitmektedir ve bu okulların yüzde 95'i Katolik Kilisesi'ne bağlıdır... Günümüzde Fransa Devleti, belirli bir anlaşma karşılığında, özel okulların öğretmen maaşlarını ödemekte ve böylece okulların toplam masraflarının %80'ine varan oranda bir malî destek sağlamaktadır" (Kuru 2011: 113; 158-9).

Beşinci Cumhuriyet döneminde gerçekleştirilen bu ve benzeri reformlar, birçok Fransız yazarına göre, pasif laiklik yönünde bir evrimi ifade etmektedir. Mesela Texier'ye göre, "kentleşme, dünyaya açılma ve Avrupa'nın kuruluşu karşısında, kutsal Fransa'nın geleneksel değerleri pek direnç gösterememektedir. Bu bağlamda, diğer bir laiklik biçiminin, daha açık ve kuşkusuz daha çoğulcu bir laiklik biçiminin ortaya çıktığı görülmektedir. Temelde her şey, sanki Fransız laik modelin, Anglosakson modelle amaç birliğine yöneldiğini ortaya koyuyor" (Texier 2001: 22). Bockel'e göre de, "genel koşullar laikliğin liberal demokrat anlayışından yanadır... Fransa, yavaş yavaş bu görüşe katılmıştır. Sosyal evrimle ve uluslararası çevrenin etkisiyle ilerleyen demokratik liberal anlayış, Jakoben cumhuriyetçi anlayışa karşı kendini kabul ettirmektedir. Özgürlüklere daha saygılı, daha hoşgörülü 'yumuşak' bir laiklik kavramı bundan böyle kuraldır" (Bockel 2001: 53-4).

Şüphesiz Beşinci Cumhuriyet dönemindeki bu yakınlaşma, Fransa'da laikliğin anlamına ilişkin tartışmaların bittiği anlamına gelmemektedir. Sorun, aşağıda değineceğimiz, türban ve diğer dini simgele-

7. Kuru 2011: 153-6. Ayrıca bkz. Baubérot 2009: 88-90; Belorgey 2001: 37.

rin kamusal alanda kullanılması konusunda yoğun tartışmalara yol açmaktadır. Baubérot'un ifadesiyle, liberal toplumların kamu ve özel arasında yaptığı ayrım sorununu Fransa'da "herkes laiklik üzerinden tartışıyor. Kimilerine göre dinlerin 'özel hayatla sınırlı kalmayı reddetmesi ve kamusal alana tecavüz etmek istemesi' nedeniyle, laiklik fena halde tehdit altında. Başkalarına göre ise 'gerçek laiklik' her iki alanın bütününde vicdan özgürlüğünü öngörür, ama 'laikçilik' her şeyi göze alıp, inancı olanları dinini sadece özel hayatında yaşamaya zorluyor. Tam bir sağırılar diyalogu" (Baubérot 2009: 214).

Bu açıklamalar, özellikle günümüzdeki Fransız laiklik anlayışıyla Türkiye'deki laiklik anlayışı arasındaki derin farkları ortaya koymakta ve bu iki sistemin "dayatmacı laiklik" adı altında aynı kategoriye konulmasının güçlüğüne göstermektedir. İki sistem arasındaki farklar, aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı gibi, şöyle sıralanabilir: (a) Fransa'da Katolik Kilisesi hemen her zaman için devletten bağımsızlığını korumuş ve bu husus 1905 Kanunu ile resmen tescil edilmiş olduğu halde, Türkiye'de bütün dini hizmetler, bir devlet kuruluşu olan ve bu statüsü Anayasa ile güçlendirilmiş bulunan Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yerine getirilmektedir. Devlet-dışı dini kuruluşlar olan tarikatlar ve tekkeler, inkılâp kanunları ile yasaklanmış ve bu kanunlar Anayasada özel bir koruma hükmüne bağlanmışlardır. (b) Fransa'da, hemen hemen her dönemde büyük çoğunluğu Katolik okullarından oluşan özel okullar serbest olduğu ve 1959 Debré Kanunu ile bunlara devletin mali desteği kabul edildiği halde, Türkiye'de dini olsun veya olmasın, bütün okullar Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile devlet okulları haline getirilmiş ve bu Kanun da Anayasanın 174'üncü maddesiyle özel koruma altına alınmıştır. Türkiye'de devlet okulları dışında din eğitimi verilmesi mümkün değildir. (c) Dinin kamusal görünürlüğüne izin verip vermeme konusunda, Türk sistemi, Fransız sistemine oranla çok daha kısıtlayıcıdır. Bu, özellikle dini simgelerin kullanılması alanında kendisini göstermektedir.

III. Türkiye'de Laiklik Anlayışının Doğuşu ve Evrimi

1921 Anayasası, 7. maddesinde Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında "ahkâm-ı şer'iye'nin tenfizi"ni saymış ve kanunlarla diğer düzenlemelerde "ihtiyac-ı zamana evfak (uygun) ahkâm-ı fıkhiye ile âdap

v e muamelât esas ittihaz kılınır" hükmüne yer vermiştir. 1924 Anayasası da, 2. maddesinde "Türkiye Devletinin dini, di -i İslâmdır" ifadesini kullanmış, 26. maddesinde TBMM'nin görevleri arasında "ahkâm-ı şer'iyenin tenfizi" ibaresine, milletvekili (m. 16) ve Cumhurbaşkanı (m. 38) yeminlerinde "vallahi" kelimesine yer vermiştir. Bu dini referansların tümü, 10.4.1928 tarihli anayasa değişikliği ile ilga edilmiştir. Bu değişiklikle, laiklik kelimesi henüz kullanılmamış olmakla birlikte, Türkiye'nin devlet sisteminin tümüyle laikleşmiş olduğu kabul edilebilir. 5.2.1937 tarihli Anayasa değişikliği ile de laiklik, CHP'nin diğer beş ilkesiyle birlikte, Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Devletinin temel nitelikleri arasında yerini almıştır.

Dönemin tek-partisi olan CHP'nin 1927 tarihli Tüzüğü, laiklik deyimine yer vermemekle beraber, onun içeriğini şöyle tanımlamıştır: "Fırka; itikadat ve vicdaniyatı, siyasetten ve siyasetin mütenevvi ihtilâtından (çeşitli karışmalarından) kurtararak milletin, siyasî, içtimaiî bilcümle kavanin, teşkilât ve ihtiyacatını müsbet ve tecrübevî ilim ve fenlerin muasır medeniyete bahş ve temin ettiği esas ve eşkâle (şekillere) tefvikan (uygun olarak) tahakkuk ettirmeyi, yani devlet ve millet işlerinde din ile dünyayı tamamen birbirinden ayırmayı en mühim esaslarından addeyley" (Tunçay 1981: 382). Bu maddede "müsbet ve tecrübevî (deneysel) ilim ve fenler"e ve "muasır medeniyet"e atıfta bulunulması, laiklik deyiminin, pozitivist bir "çağdaşlaşma" (modernleşme) kavramıyla neredeyse anlamdaş olarak kullanıldığını göstermektedir. Kökleri 19. yüzyıl Osmanlı modernleşme hareketlerinde olan⁸ bu aydınlanmacı/pozitivist modernleşme anlayışı, Türk devriminin de felsefî temelini oluşturmuştur. Mesela Taner Timur'a göre, "Atatürk'te temel kavram 'medeniyet'tir... Atatürk'te belli bir ilim anlayışı, 'medeniyet' kavramının da temelini teşkil etmektedir... Pozitivist esprinin özü analitik akla dayanmak, tarih felsefesini ve varlık sorununu reddetmektir... Devrimci Türk bürokrasisine ve Türk maarifine bu espri sistemli bir şekilde aşılınmak istenmiş ve laik bir idare ile laik bir eğitimin temeli olmuştur" (1968: 112-7).

Türkiye'deki laiklik anlayışının pozitivist/aydınlanmacı/dayatmacı niteliğini belki en iyi açıklayan sözler, 1937 Anayasa değişikliğine ilişkin TBMM görüşmeleri sırasında parti genel sekreteri ve rejimin önde gelen ideoloğu Recep Peker'in sarfettiği şu sözlerdir: "... laik te-

lâkkisinin de yalnız nazarî hayatta değil, bilhassa tatbikî sahada da Türkiye'de olan derinlik ve samimîlik ile tatbik edildiği yer dünyada yok denebilir. Laisizmi ilim ve politika mevzuu olarak ilk telâffuz eden insan kütleleri bunların bu günkü Devlet şekilleri içinde bile bizde olduğu kadar incelik ve ciddiyetle takib edildiği yer yoktur."⁹

Cumhuriyetin ilk onyıllarında neden pasif laikliğin bir türünün değil, dayatmacı laikliğin radikal bir versiyonunun seçilmiş olduğu, ayrı ve ilginç bir araştırma konusudur. Burada temel etkenin, kökleri Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde olan, fakat Cumhuriyetle birlikte daha da radikal bir evreye giren aydınlanmacı/pozitivist modernleşme anlayışı olduğu söylenebilir. Bu anlayışa göre genel olarak din, özel olarak da İslam dini, ilerlemeye (terakkiye) ve modernleşmeye engeldir. Bu anlayışın açık izlerini, aşağıda inceleyeceğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarında görmek mümkün. Ancak belki daha da ilginç, çok-partili rejime geçilmesinden 60 küsur yıl sonra ve 1950'den bu yana yapılan neredeyse bütün seçimlerde merkez-sağ veya sağ partileri iktidara getiren muhafazakâr seçmen çoğunluğuna rağmen bu anlayışın hemen hemen aynen devam etmiş olmasıdır. Bunda, dayatmacı laiklik modeline sıkı sıkıya bağlı kalan yargı organı ve Silahlı Kuvvetler'in vesayetçi rolünün ve bu rolü destekleyen sayıca azınlıkta, fakat etkili bir toplum kesiminin rol oynadığında şüphe yoktur. Bu bölümde, Anayasamızın ve diğer kanunlarımızın laiklikle ilgili düzenlemeleri, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yargı organının ve Silahlı Kuvvetler'in tutumu ve Türk anayasa hukuku doktrininde konuya ilişkin tartışmalar ele alınacaktır.

1. Anayasal ve Kanuni Düzenlemeler

1982 Anayasası (m. 2), 1961 Anayasası (m. 2) gibi, laikliği "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında saymıştır. Ancak 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, dördüncü maddesiyle, bu maddeye değişmezlik vasfı izafe etmiştir. Üstelik Anayasa Mahkemesi, aşağıda inceleyeceğimiz 2008 kararında olduğu gibi, bu hükümleri doğrudan doğruya değiştiren değil, onları dolaylı olarak zayıflatan anayasa değişikliklerinin de değişmezlik kapsamı içinde denetlenebileceğine karar vermiştir. Laiklik ilkesinin Anayasada bir tanımı yapılmadığına göre, onu dolaylı olarak

9. TBMM Zabıt Ceridesi, İçtima 33, 5.2.1937, Celse 1, s. 65-67.

zayıflatılabilecek anayasa değişikliklerinin neler olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi kendisine mutlak bir takdir hakkı tanımış görünmektedir.

Anayasanın din ve vicdan hürriyetine ilişkin 24. maddesi, liberal anayasa geleneğine uygun olarak din ve vicdan hürriyetini tanımak, kimsenin dini ayin ve törenlere katılmaya, dinsel inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağını ve suçlanamayacağını belirtmekle birlikte, tartışmaya açık hükümler de ihtiva etmektedir. Maddenin ikinci fıkrası, ibadet, dini ayin ve törenlerin "14'üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ... serbest" olduğunu belirtmektedir. Bilindiği gibi, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasına ilişkin 14. madde, çok çeşitli yorumlara açık soyut ve muğlak kavramlarla doludur. İbadet hürriyeti konusunda, 1961 Anayasası'nda olduğu üzere (m. 19), kamu düzeni ve genel ahlak gibi çok daha somut sınırlandırma kriterlerine yer verilmesi, kuşkusuz daha isabetli olurdu.

1982 Anayasası'nın 24'üncü maddesinin son fıkrası, 1961 Anayasası'nın 19'uncu maddesinin son fıkrasını aynen tekrarlayarak, "kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz" hükmüne yer vermiştir. Bu hükmün, anlamları her tarafa çekilebilecek birçok muğlak kavramı ihtiva ettiğinde kuşku yoktur. Mesela, devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenleri nasıl tanımlanabilir? "Kısmen de olsa" deyiminin anlamı nedir? Bu hükme göre, mesela bazı dini günlerin resmi tatil ilan edilmesini savunmak yasak mıdır? "Siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama" hukuken ne anlama gelmektedir? Bir siyasetçinin herhangi bir dini referansta bulunması, mesela Allah sözünü ağzına alması yasak kapsamı içinde midir? Maddedeki "her ne suretle olursa olsun" deyişi, istenildiği takdirde böyle katı bir yorumu mümkün kılacak bir ifadedir. "Dince kutsal sayılan şeyler" in hukuki tanımı nasıl yapılabilir? Bir siyasetçinin türban, haç veya kipa takması, bu yasağın kapsamına girmekte midir? Madde, herhalde ifadeyi güçlendirmek amacıyla olsa gerek, aslında anlamdaş olan "istismar" ve "kötüye kullanma" deyimlerini birlikte kullanmıştır. Anayasanın 14. maddesi hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasına ilişkin genel bir hüküm ihtiva ettiğine

göre, aynı ilkenin bu maddede tekrarlanması gerekli midir? "İstismar" ya da "kötüye kullanma" gibi sübjektif yorumlara çok açık olan kavramlar, hukuken nasıl tanımlanabilir?

Bu hükmün bireysel faaliyetler bakımından cezai müeyyidesini oluşturan eski TCK'nın 163. maddesi, 1991 yılında ilga edilmiştir. Ancak, siyasi parti faaliyetleri üzerindeki yasak, Anayasanın 68. maddesi dolayısıyla devam etmektedir. Üstelik, gene Milli Güvenlik Konseyi rejiminin ürünü olan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, Anayasanın 68. maddesindeki laik devletin korunması amacını çok aşan yasaklayıcı hükümlere yer vermektedir. Kanunun 78. maddesinin (b) bendine göre siyasi partiler "cemaat, din, mezhep veya tarikat esaslarına dayanamaz veya adlarını kullanamazlar." Kanunun 84. maddesine göre, Anayasanın 174. maddesinde sayılan inkılâp kanunlarının "hükümlerine aykırı, amaç güdemezler ve faaliyette bulunamazlar." Burada da, Anayasanın 174. maddesi hükmünü aşan paradoksal bir yasak söz konusudur. Çünkü 174. madde, bu kanunların yasama yoluyla değiştirilmesini değil, sadece bu kanunların Anayasaya aykırılığının Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilmesini yasaklamaktadır. Oysa, siyasi partiler bu kanunların değiştirilmesine yönelik faaliyetlerden yasaklanmış olduğuna göre, bu kanunların yasama yoluyla değiştirilmesi de pratikte imkânsız hale getirilmekte, dolayısıyla bir anlamda bu kanunlara da değişmezlik vasfı izafe edilmiş olmaktadır.

Siyasi Partiler Kanunu'nun 85. maddesi, gene laikliğin korunması amacıyla özdeşleştirilebilecek bir hükme yer vererek, "Atatürk'ün şahsiyet ve faaliyetlerini veya hâtırasını kötülemek veya küçük düşürmek amacını" gütmeyi "ve buna yol açabilecek davranış ve faaliyetlerde bulunmayı" yasaklamıştır. Kanunun 88. maddesi, siyasi partilerin "herhangi bir şekilde dinî tören ve âyin" tertiplerini "veya parti sıfatıyla bu gibi tören ve âyinlere katılmalarını"; "dinî bayramları, âyinleri ve cenaze törenlerini parti gösterilerine ve propagandalarına vesile" yapmalarını yasaklamaktadır. Bu yasak da, katı şekilde yorumlandığı takdirde, bir parti yetkilisinin, mesela cenaze töreni, cuma namazı veya mevlid gibi ayin ve törenlere katılmasına engel sayılabilir.

Keza, Siyasi Partiler Kanunu'nun 3. maddesine göre siyasi partiler, "ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden... kuruluşlardır" ve aynı kanunun 4. maddesine göre "Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı olarak çalışırlar." Bülent Tanör'ün haklı olarak ifade ettiği gibi, "çağdaş medeniyet seviyesine ulaşma amacı gütmek siyasal

parti olmanın niteliği ya da koşulu değildir. Dünyanın hiçbir ülkesinde böyle bir düzenleme olmadığı gibi, Türk SPK'sının bu hükmünün yabancı dillere çevrilmesi ve okunması da ancak şaşkınlıklara sebep olabilir... 'Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı olarak çalışmak' da, ne bir siyasi parti olma niteliğiyle, ne de bunların 'vazgeçilmezlik' karakteriyle ilgilidir, hatta bunlara yabancısıdır... 'Atatürk ilke ve inkılâpları' hukuki içeriği zor tanımlanabilen, hatta tanımlanamayan bir olgudur. Değil hukuk dünyasında bunu tanımlamak, tarih bilimi açısından bile bu 'ilkeler'in neler olduğu konusunda bir görüş birliği yoktur; olmaması da son derece doğaldır... 'Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı olarak çalışmak' ideolojik ve siyasi bir tercih sorunudur; bunun bütün partilere dayatılması bir kez daha ideolojik, siyasi ve partisel çoğulculuk ilkelerine ters düşer... Daha da ciddi bir sakınca şurada: Yasanın bu hükmü siyasi partileri Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı faaliyette bulunmaktan yasaklamaktan... çok daha ileri giderek, bunları bu ilke ve inkılâplara 'bağlı olarak çalışma' yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bunun, son derece ve kabul edilemez ölçüde baskıcı bir anlayış ve düzenleme olduğunu söylemek zorundayız" (Tanör 1997: 30-32).

Nihayet, Siyasi Partiler Kanunu'nun 89. maddesi, siyasi partilerin, "Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, genel idare içinde yer almasına ilişkin Anayasanın 136. maddesi hükmüne aykırı amaç" güdemeyeceklerini hükme bağlamaktadır. Burada da, yukarıda işaret ettiğimize benzer, hatta daha vahim bir paradoks söz konusudur. Çünkü aşağıda açıklanacağı gibi, devlet ve din kurumlarının ayrılığı, aslında, laikliğin genellikle kabul edilmiş anlamının temel unsurlarından biridir. Partilerin bu amaca yönelik faaliyetlerden yasaklanması, pratik sonuçları itibarıyla, Anayasanın 136. maddesinin değiştirilmesini çok güçleştirmekte, bir anlamda bu maddeye de Anayasanın öngörmediği bir değişmezlik vasfı izafe etmektedir.

Görülüyor ki, Siyasi Partiler Kanunu'ndaki bu çağdışı, hatta komik yasaklar, Anayasadaki laik devletin korunması amacını fazlasıyla aşmaktadır. Aşağıda görüleceği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin bu hükümleri aşırı bir katılıkla uygulaması, sorunu daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir.

1982 Anayasası'nın laikliğe ilişkin düzenlemelerinin başka bir sorunlu yanı, 1961 Anayasası'nın din eğitimi ve öğrenimini "ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlı" kılmasına karşılık, 1982 Anayasası'nın din kültürü ve ahlak öğ-

retiminin "ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler"den olduğunu belirtmesidir. Konsey yönetimi, laik devlet ilkesinden açık bir sapma oluşturan bu değişikliği, muhtemelen, Türkleştirilmiş ve resmileştirilmiş bir İslam dini eğitiminin, toplumda birleştirici bir rol oynayacağı düşüncesiyle gerçekleştirmiştir. Bu dersin, bütün dinler hakkında objektif bilgiler veren bir genel kültür dersi olarak düşünüldüğü iddia edilebilirse de, uygulamada Sünni İslamın öğretilmesine ağırlık verildiğinde ve bu nedenle özellikle Alevi vatandaşlarımız yönünden ciddi bir sorun yarattığında kuşku yoktur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), "objektif, eleştirel ve çoğulcu biçimde" öğretilmeleri şartıyla, zorunlu din eğitiminin AİHS'ne aykırı olmadığına, ancak Türkiye'deki din ve ahlak eğitiminin bu şartlara uygun düşmediğine karar vermiştir.¹⁰ Kanımca, ne şekilde olursa olsun, devlet okullarında zorunlu din eğitimi, laik devlet ilkesine açıkça aykırıdır.

1982 Anayasası'nın laiklik ve din ve vicdan hürriyetine ilişkin düzenlemelerinin eleştiriyeye açık bir yönü de, 24. madde ile, din ve ahlak eğitim ve öğretiminin "Devletin gözetim ve denetimi altında" yapılacağını hükme bağlamış olmasıdır. Bu hüküm, 42. maddede daha da güçlendirilerek tekrarlanmıştır. Bu maddeye göre, "eğitim ve öğretim, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz." Bu hükümlerin açık anlamı, Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile de birlikte düşünüldüğünde, din eğitiminin ancak devlet kurumları tarafından ve devletin uygun göreceği biçimde verileceği, devlet dışında hiçbir sivil toplum kuruluşunun din eğitiminde bulunamayacağıdır. Oysa, evrensel anlamıyla din ve vicdan hürriyeti, sadece inanç ve ibadet serbestliğini değil, bir dini inancın serbestçe öğretilbilmesi ve öğrenilebilmesini de kapsar. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının, devlet okullarınca verilen din eğitimini yeterli ve tatminkâr kabul etme konusunda hiçbir mecburiyetleri yoktur.

Eğitim (ve dolayısıyla din) hürriyeti üzerindeki bu tür kısıtlamalara, kanunlar düzeyindeki düzenlemelerde de rastlanmaktadır. Mesela Millî Eğitim Temel Kanunu'nun, 16.6.1983 tarihli ve 2842 sayılı kanunla değiştirilen 2. maddesine göre, "Türk Millî Eğitiminin genel

10. *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, Application no. 1448/04, 9 October 2007.

amacı, Türk Milletinin bütün fertlerini Atatürk inkılâp ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı... yurttaşlar olarak yetiştirmek"tir. Benzer şekilde, 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 4. maddesi, yükseköğretimin "ana ilkeler"inden birini, "öğrencilere, ATATÜRK İnkılâpları ve ilkeleri doğrultusunda ATATÜRK milliyetçiliğine bağlı hizmet bilincinin kazandırılması" (büyük harfler orijinal metindendir) olarak tanımlamaktadır. Nihayet Anayasanın bilim ve sanat hürriyetine ilişkin 27. maddesi, bilim ve sanatı yayma hakkının, Anayasanın ilk üç maddesi hükümlerinin "değiştirilmesini sağlamak amacıyla" kullanılamayacağını belirtmek suretiyle, laikliğe aykırı telâkki edilebilecek bilimsel veya sanatsal faaliyetler üzerinde ağır bir sınırlandırma oluşturmaktadır.

1982 Anayasası'nın laikliğe ilişkin düzenlemelerinin belki tartışmaya en açık yönü, 136. madde ile Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bir anayasal kurum haline getirilerek, genel idare içinde yer alması ve Siyasi Partiler Kanunu'nun yukarıda değinilen hükmü ile, bu ilkenin değiştirilmesini amaçlayan siyasi parti faaliyetlerinin bir parti kapatma sebebi sayılmış olmasıdır. Bu yasakla, anılan hükme adeta değişmezlik vasfı izafe edilmiş olmaktadır. Oysa, genellikle kabul edilen anlamıyla laikliğin en önemli unsurlarından biri, belki de birincisi, devlet işleri gören kurumlarla din işleri gören kurumların birbirinden ayrılmasıdır. Üstelik Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, 136. maddedeki "laiklik ilkesi doğrultusunda... milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinmesi" gerekirken, pratikte Sünni İslamın öğretilmesi ve yaygınlaştırılmasına yönelik faaliyette bulunması, bu paradoksun ciddiyetini artırmaktadır. Din işleri gören bir kurumun nasıl "laiklik ilkesi doğrultusunda" faaliyet göstereceği sorusunun cevaplandırılmasındaki güçlük bir yana, Türkiye'deki sistem, din-devlet ayrılığından çok, "devlete bağlı" ya da "devlet denetiminde" din sistemini andırmaktadır. Sami Selçuk'un ifadesiyle "Türkiye Cumhuriyeti egemenliğin kaynağı açısından laik, devlet örgütlenmesi açısından teokratik, dini yönlendirme açısından laikçi bir devlettir." Gene Selçuk'a göre laikçilik, "Descartes'ın akılcılığıyla A. Comte'un bilimsel bir kilisenin temelini atan pozitivizmi"ni birleştiren "katı bir ideolojidir" (1999: 52; 57). Bir Fransız yazarın ifadesiyle, "acaba, sadece dinsel olgunun denetçisi olmaktan öte, bunun münhasır aktörü haline gelmiş bir devlete laik diyebilir miyiz? Acaba din eğitimini yayan idareleriyle, bir din promotörü olan bir devlete laik demek zorunda mıyız?" (Groc 2001: 231).

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik

Anayasa Mahkemesi, gerek 1961 gerek 1982 Anayasaları dönemlerinde pozitivist ve dayatmacı laiklik anlayışının güçlü savunucusu olmuş, yukarıda değindiğimiz kısıtlayıcı Anayasa ve kanun hükümlerini aşırı bir katılıkla yorumlayıp uygulamıştır. Bunun en tipik ve coşkulu ifadesi, Mahkemenin 1989 yılında verdiği ünlü türban kararında görülmektedir. Bu kararında Anayasa Mahkemesi laikliği adeta mutlakçı (*absolutist*) bir ideoloji olarak tanımlamıştır:

Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin ruhunda dokunulmaz yerini almıştır... hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Laiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte laiklik, din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir... Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerçekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı ile insan arasındaki inanç duygusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez... Laiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir... Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü öğretilde de paylaşılmaktadır. Laiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir... Laik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur.¹¹

Gene Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında verdiği bir kararda, laiklikle anlamdaş olarak kullandığı çağdaşlaşmanın, "Anayasa'da belir-

11. Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1989/1, K.1989/12, 7.3.1989, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, sayı 25, s. 144-8.

lenmiş bütün temel ilkelere egemen" bir "ana erek" olduğunu ifade etmiştir. Bu karara göre,

1961 Anayasası'yla güdülen ana erek başlangıç bölümünde (Türk ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu esasların Anayasa'da yer alması, az önce açıklanan ana ereğe varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek nitelikte hiçbir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmamış olduğunu, Anayasa'da benimsenmiş laiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana ereği gerçekleştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini, bu ana ereğin Anayasa'da öngörülen birçok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir neden, daha açıkçası Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu anlatır.¹²

Anayasa Mahkemesi, laikliğe ilişkin kararlarında, kendi katı tutumunun bir gerekçesi olarak, medeniyetler-eksenli bir yorumda bulunmuş, diğer bir deyimle İslâmiyetle Hristiyanlık arasında temel ve aşılabilir bir fark görmüştür. Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer almasının Anayasaya aykırı olmadığı yolundaki kararında, bu görüşü şöyle ifade etmiştir:

... laiklik ilkesi din ve devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesinin oluşturduğu koşullar arasındaki ayrılıkların, laiklik anlayışında da ortaya ayrımlar çıkarılması zorunlu bir sonuçtur... Hristiyan dininin taşıdığı özelliğe göre din ve devlet işlerinin birbirine karışmama esasının, kilisenin bağımsızlığı biçiminde mânalandırılmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü, Batı devletlerinde dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi bizdeki şekilde bir sonuç doğurmadığından din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması yönünden kabul edilen, kilisenin bağımsızlığı durumu, devlet düzeni bakımından bir tehlike göstermemektedir. Oysa İslâmlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir. Bu durumda ülkemizde din hürriyetinin Anayasa ile çizilen sınırlarının ihlali, dinin sömürülmesi ve kötüye kullanılması, Devletin laiklik esasına dayanan düzenine karşı gelinmesi anlamını taşımaktadır... Böyle bir tutumun ve sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dinî örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yakın tarihi tecrübelerle anlaşılmıştır... Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da yer almasının ve mensuplarının memur niteliğinde sayılmasının... birçok tarihî ne-

12. Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, 4.11.1986, *AMKD*, sayı 22, s. 312.

denlerin, gerçeklerin ve ülke koşullarıyla gereksinmelerinin doğurduğu bir zorunluluk sonucu olduğundan kuşku yoktur.¹³

Açıkça görülüyor ki, Türk Anayasa Mahkemesi, bu ve benzeri kararlarında laikliğe, Batı demokrasilerinde bu kavramın özünü oluşturan devlet ve din işleri ayrılığının çok ötesine geçen, kapsayıcı ve mutlak bir ideoloji niteliği atfetmiştir. Bu kararlarla dinle akıl ve bilim arasında mutlak ve aşılmaz bir karşıtlık olduğu varsayılmış, dolayısıyla laiklik aklın ve bilimin egemenliği olarak tanımlanmıştır. Bu bakış açısı, pozitivist felsefeyi en mutlak anlamıyla yansıtmaktadır. Oysa, ayrı alanları düzenleyen din ile akıl ve bilim arasında mutlaka bir karşıtlık olması zorunlu değildir. Her birey, kendi dünyasında dini değerlerle akılcı-bilimsel değerleri dilediği ölçüde birleştirebilir ve bağdaştırabilir. Bireysel ve sosyal hayatın bir alanında son derece rasyonel davranan bir kişinin, başka bir alanda dini değerleri kendisine rehber kabul etmesi elbette mümkündür. Mahkemenin, laikliğin "toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması" ve bir "insanlık ideali" olduğu yolundaki ifadeleri ise, bir yüksek mahkeme kararından çok, bir edebi metne ya da siyasi nutka yakışacak ifadelerdir.

Anayasa Mahkemesi'nin, çağdaşlaşmayı "Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen" bir "ana erek" (!) olarak nitelendirmesi de aynı derecede tartışmaya açıktır. Ne 1961, ne de 1982 Anayasaları böyle bir "ana erek" belirlemişlerdir. Anayasada mevcut olmayan böyle bir "ana erek" in Anayasa Mahkemesi'nce icat edilmesi, hele buna "varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştıracabilecek nitelikte hiçbir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmamış olduğu" ifadesi en olumsuz anlamda bir "yargısal aktivizm", daha açıkçası bir "jüristok-

13. Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1970/53, K. 1971/76, 21.10.1971, *AMKD*, sayı 10, s. 60-70. Bu görüşlere, n. 43'de değinilen Huzur Partisi kararında da genişçe yer verilmiştir, s. 358-9. Diyanet İşleri Başkanlığı hakkında Türk literatüründeki en kapsamlı inceleme için bkz. Gözaydın 2009. Aliefendioğlu'na göre de, "laik bir devlette esas olan, bir dinsel inançta bütünleşme yerine, çeşitli inanç sahiplerinin karşılıklı hoşgörü ve saygı esası içinde kendilerine ait özel alanda yan yana yaşamalarıdır..." Çeşitli dinsel inançların "dinsel bir kuruluşun oluşturacağı millî dayanışma potasında yer alacağını söylemek laiklik ilkesiyle bağdaşmaz. Bütünleşme yerine ayrışma ve çatışma getirir... Diyanet İşleri Başkanlığı'nın... genel idare içinde yer almasının laik devlet ilkesiyle bağdaşırılığı tartışmalıdır" (2001a: 95-97). Başgil de, Türkiye'deki sistemi "devlete bağlı din sistemi" olarak nitelendirmekte ve Diyanet İşleri Başkanlığı'na özerk bir statü verilmesini ve vakıfların bu teşkilata bağlanmasını savunmaktadır (2009: 186, 200-6).

rasi" tezahürüdür. Çağdaşlaşma ya da modernleşmenin tek bir tanımı olmadığı gibi, bunun çeşitli yollarının olduğu sosyal bilimler literatüründe genellikle kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, modernleşmenin pozitivist felsefedeki anlamını, tek ve tartışılmaz bir modernleşme tanımı olarak kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin İslamiyetle Hristiyanlık arasında temel bir karşıtlık gören ve bu nedenle Türkiye'deki laiklik anlayışının Batıdaki modele benzemeyeceğini ileri süren görüşü de, aşırı derecede basite indirgeyici (*reductionist*) bir görüştür. Bütün büyük dinlerde olduğu gibi, İslamiyetin de Hristiyanlığın da değişik dönemlerde ve değişik mekânlarda değişik yorumları olmuştur. Hristiyan âleminde bütün ortaçağ boyunca Kilise, devlete büyük ölçüde egemen olmuştur. Müslüman çoğunluklu ülkelerde de İslamiyetin manevi ve ahlaki değerlerini çağdaş demokrasi ve insan hakları değerleriyle bağdaştıran birçok örnek mevcuttur.¹⁴ Hristiyanlıkta din ve devlet işlerinin birbirine karışmadığı, İslamiyetin ise "bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim" etmiş olduğu iddiası da, gene aşırı ölçüde abartılı ve indirgeyici bir iddiadır. Hristiyanlıkta dünya işlerine ilişkin birçok kural (evlenme, boşanma, bekâret, çocuk düşürme vb.) olduğu gibi, İslâm şeriatı daha çok özel hukuk ilişkilerini düzenlemekte ve bazı ceza hükümleri dışında kamu hukukuna ilişkin pek az düzenleme içermektedir. Nitekim diğer İslâm devletlerinde olduğu gibi, Osmanlı İmparatorluğunda da kamu hukuku, çok büyük ölçüde, laik nitelikteki Padişah kararnameleri ile düzenlenmiştir.

Nihayet, yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça görüldüğü gibi Mahkeme, din olgusuna sadece "kişilerin vicdanla-

14. Özbudun 2011a: 57-64; Nasr 2005: 13-27. İslamiyetle demokrasi arasında aşılma bir karşıtlık gören ve Türk tipi laikçiliğin de ilham kaynağı olan oryantalist düşünce, birçok çağdaş Batılı yazar tarafından eleştirilmiştir. Bu görüş, Müslüman çoğunluklu ülkelerde serbest seçimlerin, köktenci, İslamcı partileri iktidara getirerek demokratik rejimin yıkılmasına sahip olacağını ileri sürmekte ve bu süreci "İslamcı serbest seçimler tuzağı" (*Islamic free election trap*) olarak adlandırmaktadır. Oysa mesela Endonezya, Bangladeş, Pakistan ve Türkiye örneklerini inceleyen Alfred Stepan'a göre bu örnekler, "genel sosyopolitik, askeri, etnik, ekonomik ve milletlerarası bağlamları nazara almaksızın, demokratikleşmenin başlıca engeli olarak sadece İslamiyet üzerinde odaklanmanın analitik zafiyetini göstermektedir" (2001: 246). Norris ve Inglehart da, demokratik değerler açısından İslam dünyası ile Batı toplumları arasında pek az fark olduğunu, bu iki dünya arasındaki farkın, demokratik değerlerden çok, cinsiyet eşitliği ve seksüel liberalleşme konularına ilişkin sosyal değerlerde bulunduğunu gözlemlemiştir (2004: 133-55).

rında" bir yer tanımış, onun kamusal görünürlüğüne kesinlikle reddetmiştir. Bunu, aşağıda inceleyeceğimiz "türban" kararlarında açıkça görmek mümkündür. Oysa din, doğası gereği, bireysel olduğu kadar, sosyal bir olgudur. Onun kamusal görünürlüğü, ancak kamu düzenini ve başkalarının hürriyetlerini koruma gibi, meşru gerekçelerle sınırlandırılabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin laiklik konusundaki bu pozitivist ve dayatmacı anlayışı, parti kapatma davalarında da kendisini göstermiştir. Mahkeme 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde toplam beş partiyi (Milli Nizam Partisi, Huzur Partisi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi, Refah Partisi ve Fazilet Partisi) kapatmış, Adalet ve Kalkınma Partisi'ni ise kapatmamakla beraber, onun laiklik karşıtı faaliyetlerin odağı haline geldiğine hükmederek, hazine yardımıyla kısmen yoksun bırakılmasına karar vermiştir.

Milli Nizam Partisi'nin (MNP) kapatılması kararında, başlıca gerekçeler olarak, bu partinin TCK'nın 163. maddesinin kaldırılmasını (1991 yılında kaldırılmıştır), din derslerinin zorunlu olmasını (1982 Anayasası ile zorunlulaştırılmıştır), cuma gününün tatil yapılmasını savunması; tek yolun İslamlaşma olduğunu, Ortak Pazar'ın kaynağının Tevrat'ta bulunduğunu ifade etmesi; Hilâfetin geri gelmesinde büyük faydalar olabileceğini (ancak Erbakan, "ben illâ gelsin iddiasında değilim. Ama millet isterse her şey olur" demiştir) ileri sürmesi; müsbet bilimlerin kaynağının peygamberler ve Kur'an olduğunu iddia etmesi gibi hususlar yer almaktadır.¹⁵ Bu ifadelerin hiçbirinde Şeriata dayalı bir İslami devlet kurulması önerisi yoktur.

Huzur Partisi'nin kapatılma gerekçeleri ise daha da ilginçtir. Parti Programında (m. 21) eğitim ve öğretim programlarının "taklitçilikten kurtarılacak... Anayasa doğrultusunda dini ve ahlaki değerlere önem veren bir tedrisat sistemi" getirileceği vaadi vardır. Kapatma kararına muhalif kalan üyeler Orhan Onar ve Mehmet Çınarlı'nın belirttikleri gibi, bu programda söz konusu derslerin zorunlu olması yönünde bir ifade yoktur. Bununla birlikte Mahkemenin çoğunluğu, laikliği tümüyle bilimselci-pozitivist anlamda yorumlayan görüşün etkisiyle, kapatma yönünde oy kullanmıştır. Karara göre,

15. Anayasa Mahkemesi kararı (parti kapatılması), E. 1971/1, K1971/1, 20.5. 1971, *AMKD*, sayı, 9, s. 3-71.

Çağdaş uygarlığın temeli, insanların davranışlarında, eylemlerinde aklı egemen kılmalarıdır. Bunun yolu ise bilimsel çalışma yoludur... Bilimsel çalışma, yalnız aklın ve gözlemin biçimlendirdiği bir çalışma olması dolayısıyla böyle bir çalışmaya ve bilimsel yolda eyleme yönelecek kişilerin bilimsel gerekler dışında biretke ile karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri temel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır... Bilimsel ve nesnel ölçülere göre biçimlendirilmiş üniversiter bir öğretim ve eğitimin gerçekleştirilmesi... o öğretim ve eğitimin sadece bilimsel kriterler doğrultusunda yapılması, dogmalardan ve bilime ters düşen öteki etkilerden uzak tutulması suretiyle sağlanabilir.

Huzur Partisi'nin kapatılmasındaki ikinci gerekçe ise, ancak trajikomik olarak nitelendirilebilecek mahiyettedir. Parti programının 16. maddesinde, "dokuz heceli olan Türk alfabesine dokuzuncu sesli harf" in konulması istenmekte ve "eski Türk alfabelerinin neden otuzbeş harfli olduğu(nun) yeni baştan ve Atatürkçü bir ruh ve anlayışla" araştırılacağından söz edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu hükmün inkılâp kanunlarının korunması hakkındaki Anayasanın 174. maddesine ve dolayısıyla Siyasi Partiler Kanunu'nun 84. maddesine aykırı olduğu kanaatine vararak partinin kapatılmasına karar vermiştir.¹⁶

Anayasa Mahkemesi 1993 yılında Özgürlük ve Demokrasi Partisi'nin (ÖZDEP) kapatılmasına karar verirken, gerekçelerinden birini, sözü geçen partinin, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer almamasını savunması oluşturmuştur.¹⁷ Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, daha sonraki bir kararında, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin aynı nitelikteki talebini kapatma sebebi saymamıştır.¹⁸

Anayasa Mahkemesi'nin, 1998 yılında Refah Partisi (RP) hakkında verdiği kapatma kararı,¹⁹ bu kararın AİHM tarafından AİHS'ne aykırı bulunmamış olması bakımından özel bir önem taşımaktadır. Ancak AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin kapatma kararındaki gerekçelerden

16. Anayasa Mahkemesi kararı (parti kapatma), E. 1983/2, K. 1983/2, 25.10.1983, *AMKD*, sayı 20, s. 345-74. Bülent Tanör'e göre, "Huzur Partisi'nin kapatılmasında (1983) Anayasanın Başlangıç'ındaki totaliter formüle ve devrim yasalarına ters düşme iddiasına (SPK 84) da dayanılmıştır (1994: 133).

17. Anayasa Mahkemesi kararı (siyasi parti kapatma), E. 1993/1, K. 1993/2, 23.11.1993, *AMKD*, sayı 30, cilt 2, s. 841-935.

18. Anayasa Mahkemesi kararı (siyasi parti kapatma), E. 1996/3, K. 1997/3, 22.05.1997, *AMKD*, sayı 36, cilt 2, s. 978-1033.

19. Anayasa Mahkemesi kararı (siyasi parti kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, 16.1.1998, *AMKD*, sayı 34, cilt 2, s. 762-1145.

ancak ikisini kabul edilebilir bulmuş, gerekçede yer alan devlet dairelerinde ve okullarda başörtüsünün serbest olacağı vaadi, dini kıyafetler içindeki kişilerin başbakanlık konutuna davet edilmesi, Adalet Bakanının laikliğe aykırı faaliyetler iddiasıyla tutuklu bulunan bir belediye başkanını cezaevinde ziyaret etmesi gibi hususları dikkate almamıştır. AİHM'nin kabul edilebilir bulduğu gerekçeler, RP'nin çok-hukuklu düzen savunusu ve RP lideri ve bazı sözcülerinin şiddete tahrik niteliğinde görülen bazı beyanlarıdır.

AİHM'ne göre, "liderleri şiddeti teşvik eden veya demokrasiye saygı göstermekten kaçınan ya da demokrasinin tahribini ve bir demokrasiye tanınan hak ve hürriyetlerin çiğnenmesini amaçlayan bir siyasî parti, bu sebeplerle verilen cezalara karşı Sözleşmenin korumasını talep edemez... Sözleşme ve demokrasi arasındaki çok açık bağlantı göz önüne alındığında, hiç kimsenin, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak veya tahrip etmek amacıyla Sözleşme hükümlerine dayanma hakkı yoktur... Bu bağlamda Mahkeme, siyasi partiler biçiminde örgütlenen totaliter hareketlerin, demokratik rejim altında geliştikten sonra, demokrasiyi yıkabileceklerini hiç de ihtimal dışı görmemektedir ve çağdaş Avrupa tarihinde bunun örnekleri vardır."²⁰

AİHM, RP'nin çok-hukukluluk savunusunu da demokratik ilkelerle bağdaşmaz bulmuştur. Mahkemeye göre,

Refah'ın çok-hukukluluk önerisi, bütün hukukî ilişkilere, bireyler arasında dine dayanan bir ayırım getirecek, herkesi dinsel inançlarına göre kategorilere ayıracak ve onlara bir birey olarak değil, bir dinsel harekete bağlılığına göre haklar ve hürriyetler verecektir. Mahkeme, böyle bir toplumsal modelin, iki sebepten dolayı, Sözleşme sistemiyle bağdaşır sayılamayacağı görüşündedir. Birincisi, bu, Devletin demokratik bir toplumda, bireysel hakların ve hürriyetlerin garantörü ve çeşitli inanç ve dinlerin yerine getirilmesinin tarafsız organizatörü olma rolünü ortadan kaldıracaktır; çünkü bireyleri, yukarıda değinilen fonksiyonların yerine getirilmesi hususunda Devletçe konulan kurallara uymaya mecbur edecektir. Oysa Devlet, yetki alanı içinde herkesin, Sözleşmeyle garanti edilen haklardan ve hürriyetlerden tam olarak ve bunlardan feragat edilmesi imkânsız bir biçimde yararlanmasını sağlama konusunda pozitif bir yükümlülük altındadır. İkincisi, böyle bir sistem, demokrasinin temel ilkelerinden biri olan, bireyler arasında kamu hürriyetlerinin kullanılmasında ayırım yapılmaması ilkesini, inkâr kabul etmez

20. *Refah Partisi and others v. Turkey*, Applications no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, para. 98, 99.

biçimde ihlal edecektir. Kamu hukukunun ve özel hukukun bütün alanlarında dinlerine veya inançlarına göre farklı muamelede bulunulması, Sözleşme ve özellikle onun ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesi karşısında, kesinlikle haklı görülemez. Böyle farklı bir muamele, bir yandan kendi kurallarına göre yönetilmek isteyen bazı dinsel grupların talepleriyle, öte yandan çeşitli dinler ve gruplar arasında barış ve hoşgörüye dayanması gereken, toplumun tüm olarak sahip olduğu menfaat arasındahakkaniyetli bir denge kuramaz.²¹

Nihayet, AİHM'ne göre, "Refah liderlerinin hükûmet belgelerinde, siyasal bir silâh olarak güç ve şiddet çağrısında bulunmadıkları doğru olmakla birlikte, kendilerine muhalif politikacılar karşı güç kullanma imkânını onaylayarak bundan kamu önünde söz eden Refah üyeleriyle aralarına mesafe koymak için acil pratik tedbirler almamışlardır. Dolayısıyla Refah liderleri, iktidarı ele geçirmek ve korumak için şiddet yöntemlerine başvurulması imkânına ilişkin bu beyanların müphemliğini ortadan kaldırmamışlardır."²²

AİHM kararında ilginç olan bir nokta, Mahkemeye göre bir partinin kapatılmasının meşru görülebilmesi için, sadece o partinin kullandığı araçların şiddet kullanımını veya savunusunu içermesi değil, aynı zamanda o partinin önerdiği değişikliklerin kendisinin de temel demokratik ilkelerle bağdaşmaz olması gerekmektedir. AİHM, bu kriterleri Halkın Emek Partisi (HEP) davasında da aynen tekrarlamıştır.²³

AİHM, bu kararıyla, sadece yöntem ya da araç olarak şiddete başvuran partilerin değil, önerdiği toplum projesi demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmaz nitelikte olan partilerin de kapatılabileceğine hükmetmiştir. Buna rağmen partilerin kapatılmaları rejimi konusunda, AİHM içtihatlarıyla Türk Anayasa Mahkemesi kararları arasında derin bir uçurumun varlığından kuşku duyulamaz. Türk Anayasa Mahkemesi'nin mevcut siyasal ve anayasal yapıyı adeta değişmez telakki etmesine karşılık, AİHM'ne göre, bir siyasal programın "Türk Devletinin yürürlükteki ilkeleri ve yapılarıyla bağdaşmaz telakki edilmesi, onu demokrasi kurallarıyla bağdaşmaz kılmaz. Farklı siyasal programların, hatta bir Devletin şimdiki örgütleniş tarzını sorgulayanların önerilmesi ve tartışılması, demokrasinin kendisine zarar vermemesi şar-

21. A.g.y., para. 119. 22. A.g.y., para. 131.

23. Yazar, *Karatay, Aksoy and the People's Labour Party (HEP) v. Turkey*, 2723/93, ECHR 408, 9 April 2002, para. 49. Mustafa Erdoğan bu içtihadı, "milletin demokrasi" anlayışına geri dönüş olarak nitelendirmiştir: 2002: 161-75.

tıyla, demokrasinin özüdür."²⁴ Keza "demokrasinin başlıca niteliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarına, şiddete başvurmaksızın, rahatsız edici nitelikte bile olsa, diyalog yoluyla çözüm bulma imkânını sunmasıdır... Bu açıdan bir siyasal gruba, sırf Devlet nüfusunun bir bölümünün durumunu kamu önünde tartışmak ve demokratik kurallara uygun şekilde herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak amacıyla milletin siyasal hayatında yer almayı istediği için engellenmenin hiçbir haklı sebebi yoktur."²⁵ Venedik Komisyonu'nun 2009 yılında kabul ettiği "Türkiye'de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Kanuni Hükümler Hakkında Görüş"e göre de, bu konuda halen Türkiye'de yürürlükte olan kurallarla, genel Avrupa uygulaması arasında büyük bir fark vardır.²⁶ Komisyona göre,

Türkiye'de parti kapatma konusundaki kuralların en çarpıcı yönü, bunların, yasaklar hakkında çok uzun bir maddî kriterler listesi ile, çok düşük bir yöntemsel eşiği birleştirmiş olmalarıdır... Partilerin kapatılmasına ilişkin mevcut Türk kurallarındaki temel sorun, gerek dâvayı başlatma usûlleri gerek partilerin yasaklanması ya da kapatılması açısından genel eşiğin çok düşük oluşudur. Bu, bizatihî, soyut olarak ortak Avrupa standartlarından saptmakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki birçok dâvada görüldüğü gibi, çok kolayca AİHS'ni ihlal eden eylemlere yol açmaktadır... İstisnâî bir tedbir olması gereken bir şey, düzenli olarak işlemektedir. Bu, demokratik siyaset alanını daraltmakta ve siyasal sorunlar üzerindeki anayasa yargısı alanını genişletmektedir. Demokratik siyaset alanı, Anayasanın ilk üç maddesinin anayasal korunma altına alınması, böylece Türkiye Cumhuriyetinin doğuşunda belirlenmiş ilkeleri sorgulayan siyasal programların, barışçı ve demokratik bir tarzda ortaya çıkışının engellenmesi suretiyle, daha da aşındırılmaktadır.²⁷

Türk Anayasa Mahkemesi'nin laikliğe aykırı faaliyetler nedeniyle verdiği daha yeni iki karar, Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma kriterleri ile AİHM'nin kriterleri arasındaki derin farkı daha da açıkça ortaya koymuştur. 2001 yılında Fazilet Partisi'nin (FP) kapatılmasındaki

24. *Socialist Party and others v. Turkey*, (20/1997/804) 1007, 25 May 1998, para. 46, 47.

25. *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* (23885/94) (1999) ECHR 139, 8 December 1999, para. 40, 41, 44.

26. Siyasi partilerin kapatılması konusunda Türk Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları arasındaki farklar için bkz. Özbudun 2006a ve 2010a; Arslan 2002; Erdem 2004; Koçak ve Örucü 2003; Koğacıoğlu 2003.

27. Venedik Komisyonu 2009: para. 107, 108.

tek gerekçe, partinin "Genel Başkanı ile milletvekillerinin ve kimi partililerin davranışları ve çeşitli yer ve toplantılarda yaptıkları konuşmalarla mevzuata ve yargı kararlarına aykırı olduğu halde resmî daire ve okullarda türban veya başörtüsü takılmasını desteklemeleri"dir.²⁸ Bu kararın hiçbir şekilde savunulması mümkün değildir. Bir partinin demokratik değerlere ve insan haklarına aykırı bir yasağın getirilmesini savunduğu için kapatılması meşru görülebilir. Ama bir yasağın kaldırılmasını, başka bir ifadeyle hürriyet alanının genişletilmesini talep etmenin, bir parti kapatma sebebi olarak düşünülmesini anlamak mümkün değildir. Kaldı ki, üniversite öğrencileri bakımından bu yasağın temel insan haklarına ve evrensel demokratik standartlara uygunluğu çok şüphelidir.

Anayasa Mahkemesi 30.7.2008 tarihli kararıyla, AKP'nin kapatılması talebini reddetmiş, ancak "demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelelerine aykırı eylemlerin odağı haline gelmesi nedeniyle" bu partinin "Devlet yardımından yarı oranında yoksun bırakılması"na karar vermiştir. Altı üye partinin kapatılması yönünde oy kullanmış olmakla birlikte, Anayasanın parti kapatmada öngördüğü beşte üç çoğunluk gerçekleşmemiş, ancak on üye, partinin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline gelmiş olduğu görüşünde birleşerek, devlet yardımından kısmen yoksun bırakılma müeyyidesinin uygulanması yönünde oy kullanmışlardır. Sadece Başkan Haşim Kılıç, davanın reddi yönünde oy kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, herhangi bir demokratik ülkeye mensup yabancı bir gözlemcinin hayret ve tebessümle karşılayacağı niteliktedir. Kararda uzun uzun, siyasi partilerin demokratik siyasal hayatta ne kadar vazgeçilmez unsurlar oldukları, kapatılmalarının "ayrık durumlarda sınırlı" tutulması gerektiği vurgulanmakta, bu bağlamda AIHM kararları ile Venedik kriterlerine atıfta bulunmaktadır. Mahkemeye göre, "kimi gerekçelerle farklı düşüncelerin siyasal yaşama yansıtılmasının engellenmesi demokrasiyle ve temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz, çatışan fikirlerin ürünü siyasi partilerin bu fikirleri tartışmaya açmaktan yoksun bırakılması ve başka yollarla tehlike sıvma refleksi demokratik siyasetle çelişki oluşturur... Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiştiği ülkelerde demokratik il-

28. Anayasa Mahkemesi kararı (siyasi parti kapatma), E. 1999/2, K. 2001/2, 22.6.2001, *AMKD*, sayı 37, cilt 2, s. 922-1552, alıntı s. 1501'den.

kelere aykırı bir amaç taşımadığı ve şiddeti teşvik edip araç olarak kullanmadığı veya demokrasiyi ve demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partiye dönüşmediği sürece siyasî partilerin kapatılmasına olur verilmemektedir."

Her demokratin altına imzasını atabileceği bu gerekçelerden sonra Mahkeme şaşırtıcı bir biçimde, davalı partinin, "üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, Kuran kurslarına yönelik yaş kısıtlaması ve İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlamasının kaldırılmasına yönelik... siyasal mücadelesini laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında ortaya çıkan tercihe uygun biçimde" yürütmediği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, "bu sorunlar toplumda ayrışma ve gerginliklere yol açacak düzeyde siyasetin temel sorunu haline dönüştürülmüş, toplumun dinsel konulardaki duyarlılıkları yalın siyasal çıkar amacıyla araçsallaştırılmış, toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyaset gündeminde yer alması güçleşmiştir." Oysa Mahkeme, yukarıda değinilen yasaklama ve kısıtlamaların "kaldırılmasına yönelik toplumsal taleplerin bulunduğu"nu kabul etmekte ve siyasi partileri, "karmaşık toplumsal beklentileri ve gereksinimleri somutlaştıran, bunları iktidara yönelik genelleştirilmiş eylem programları biçiminde sunan ve halkın çoğunluğu tarafından tercih edilen, temelinde siyasal karar mekanizmalarını yönlendiren," bir demokrasi- de varlığı zorunlu "aracı organlar" olarak nitelendirmektedir. Anayasa Mahkemesi, kararının hiçbir yerinde AK Parti'nin söz konusu yasak ve sınırlandırmaların kaldırılmasına yönelik faaliyetlerinin, niçin "demokratik işleyişi engelleyebileceği(ni) ve anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabileceği"ni açıklamış değildir. Partinin anılan faaliyetleri nedeniyle, "toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması(nın) güçleşmiş" olduğu iddiası ise tümüyle bir garabet örneğidir. Demek ki, siyasetin gündeminde hangi sorunların yer alacağını veya almayacağını ya da ne yoğunlukta yer alacağını Anayasa Mahkemesi belirleyecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin AK Parti kararının diğer hayret verici yönleri, anılan partinin iktidarı süresince birçok demokratikleşme reformunu gerçekleştirmiş ve hiçbir zaman şiddeti teşvik veya tahrik yönünde bir faaliyete girişmemiş olduğunun kararda açıkça vurgulanmasıdır. Mahkemeye göre, "davalı partinin iktidarı döneminde... Avrupa Birliği'ne giriş çabası sürdürülmüş, adaylık statüsünün elde edildiği 1999 yılından başlatılan hukuksal ve siyasal reformlara hız verilmiş,

gerek Anayasa'da gerekse yasalarda esaslı değişiklikler yapılmıştır." Kararda bu demokratikleşme reformları teker teker sayılarak, "davalı partinin sahip olduğu iktidar gücünü ülkenin çağdaş batı demokrasileri standardına kavuşması yönünde kullandığı açıktır" sonucuna varılmaktadır.

Keza Mahkemeye göre, "davalı partinin demokrasiyi ve laik devlet düzenini ortadan kaldırma veya anayasal düzenin temel esaslarına şiddet kullanarak ve hoşgörüsüzlükle tahrip etme amacı, bu amacı somutlaştıran eylemleri ve elindeki iktidar olanaklarını şiddet doğrultusunda kullandığına ilişkin veriler saptanamamış"tır. "Evrensel değerlerle bağdaşmayan, toplumsal barışın temel kaidelerini zedeleyecek bir tehlike ortaya koymayan, hukuk devletine olan inancı ortadan kaldırmaya yönelik ve sosyal ve siyasal karışıklıkları amaçladığı yönünde bir belirlilik de göstermeyen, şiddet çağrısından uzak olduğu değerlendirilen bu eylemler, davalı partinin çağdaşlaşma ve demokratikleşme yönündeki icraatlarıyla birlikte değerlendirildiğinde", kapatma kararı yerine, devlet yardımından kısmen yoksun bırakılma müeyyidesinin uygulanması yerinde görülmüştür.

Nihayet, karardaki başka bir garabet, kamuoyunda "türban değişikliği" olarak adlandırılan 5735 sayılı kanunda yapılan Anayasa değişikliğinin "teklif edilmesi ve yasalaşmasının sağlanmasıyla davalı partinin bu eylemleri benimsediği anlaşıldığından odaklaşmanın kabulü gerekir" sonucuna varılmış olmasıdır. TBMM'nin büyük çoğunluğuyla, üstelik AKP'li milletvekilleri yanında, MHP'li, DTP'li ve bazı bağımsız milletvekillerinin oyuyla kabul edilmiş olan bir TBMM tasarrufunun, odaklaşmanın bir kanıtı olarak kabul edilmesi, her halde dünya hukuk literatürüne geçecek bir örnektir. Üstelik bu kararla, bir bakıma, Anayasanın yasama sorumsuzluğuna ilişkin hükümleri de göz ardı edilmiş olmaktadır.²⁹

Bu kararların açıkça ortaya koyduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin laiklik anlayışı, siyasi parti hürriyeti açısından çok ciddi sınırlamalar getiren, evrensel standartlarla hiçbir şekilde bağdaşmayan, pozitivist, maksimalist ve dayatmacı bir laiklik anlayışıdır. Mahkeme, laikliğe Batı demokrasilerindekinden çok farklı, kendimize özgü bir anlam vermekte, dini hiçbir sosyal tezahürü ve kamusal görünülüğü olma-

29. Anayasa Mahkemesi kararı (siyasi parti kapatma), E. 2008/1, K. 2008/2, 10.7.2008, *AMKD*, sayı 45, cilt 5, s. 3171-83.

ması gereken münhasıran "vicdani bir olgu" telakki etmekte ve bu anlamda laikliği pozitivist bir ideoloji haline getirmektedir.³⁰

IV. Dayatmacı Laiklik Anlayışı ile Temel Hak ve Hürriyetler Arasındaki Çatışma

Din ve vicdan hürriyeti; ifade hürriyeti, siyasi örgütlenme ve faaliyet hürriyeti, dernekleşme ve toplantı hürriyeti, çalışma hakkı ve hürriyeti, eğitim hakkı ve hürriyeti gibi, birçok başka hürriyet alanlarıyla da yakın ilişki içindedir (Groc 2001: 224). Türk laiklik anlayışının siyasi örgütlenme ve siyasi parti faaliyetleri üzerindeki sınırlayıcı etkisi, yukarıda incelenmişti. Burada özellikle, bu anlayışın din ve vicdan hürriyeti, eğitim ve öğretim hakkı ve çalışma hakkı yönünden ortaya çıkardığı sorunlar ele alınacaktır.

1. *Türban (dini semboller) kullanımı sorunu*

Şüphesiz bu alanda en tartışmalı konu, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü takılıp takılamayacağı sorunudur. Bu sorun, Anayasa Mahkemesi'nin 1989 yılında verdiği ve yukarıda alıntılanan ünlü kararı-na³¹ konu teşkil etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla 10.12.1988 günlü ve 3511 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun değiştirilmesine ilişkin kanunun, "Yükseköğretim kurumlarında dersane, laboratuvar, kli-

30. Anayasa Mahkemesi'nin laiklikle ilgili kararları için ayrıca bkz. Gözaydın 2009: 253-72; Özcan ve Yanık 2011: 173-81; Dinçkol 1992: 171-216. Anayasa Mahkemesi kararlarında ifadesini bulan bu laiklik anlayışının, Türk anayasa hukuku doktrininde de savunucuları vardır. Mesela Mümtaz Soysal'a göre, Atatürk'ün laiklik konusundaki politikasının amacı, "dini, kişilerin iç dünyalarından dışarıya taşmayan bir inançlar bütünü durumuna getirmek, onu toplum işlerinden ve 'toplumsal görevler'inden sıyrıp 'vicdanlara itmek'ti" (1986: 260). Yavuz Sabuncu'ya göre de, "laiklik yalnızca bir devlet dininin olmaması ve devlet işleri ile din işlerinin birbirinden ayrılmasını değil, bunun ötesinde devletin ve kamusal, toplumsal yaşamın bir dini inancın *vesayeti altında bulunmamasını* da gerektirir... Dolayısıyla laiklik ilkesi, bir vicdan/iç dünya konusu olan dini inançların yalnızca kamusal değil, toplumsal ilişkilerde de belirleyici olmamasını", "bilimsel/akılcı düşüncenin günlük hayata (da) aktarılmasını" gerektirir (2003: 127-8, italikler orijinal metinden).

31. Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1989/1, K. 1989/12, 7.3.1989, *AMKD*, sayı 25, s. 133-65.

nik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir" yolundaki ek 16. maddesini iptal etmiştir. Kararın temel gerekçesi, hukuki bir düzenlemenin dinsel esaslara dayandırılmış olduğu iddiasıdır. Mahkemeye göre,

İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle laiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan laik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesi benimsenemez... Dinsel eğitim bile laik devlet anlayışına uygun biçimde yapılır. Tüm devlet kuruluşlarında ve işlemlerinde olduğu gibi öğretim ve eğitimin her düzeyinde laiklik ilkesine özenle uyulur. Tevhid-i Tedrisat Kanunu bu gereğin belgesidir... Laikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. 'Dinsel inanç gereği' sözcükleri kullanılsa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, dava konusu kural, Anayasanın Başlangıç bölümüne, 2., 10., 24. ve 174. maddelerine aykırıdır. Mahkeme, inkılâp kanunlarının korunmasına ilişkin 174. maddeye aykırılık konusunda şu ilginç yorumu yapmaktadır:

...laik düşünce, tüm anayasal ilkelere egemendir. Laikliğe aykırı biçimlerle yorumlanıp değerlendirilmeleri söz konusu olamaz... Giysi durumu, salt bir biçimsel görünüm konusu değildir. Laiklik, düşünsel yapının değiştirilmesidir. Çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur. Kişi, iç ve dış dünyasıyla, duygu ve düşünceleriyle, beden ve ruh yapısıyla bir bütündür. Giysi, kişiliği yansıtan bir araçtır. Dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanmaz. Dinsel nitelikli giysiler ayrıca laiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur...Bu yasa (3.12.1934 tarihli ve "Bazı Kisvelemin Giyilemiyeceğine Dair Kanun") yürürlükteyken, dinsel inanç gereği örneği getiren madde, açık biçimde, laiklik ilkesini güçlendirip koruyan kurullarla çatışmaktadır.³²

Kanunun iptali üzerine, 3670 sayılı Kanunla Yükseköğretim Kanununa, "dini inanç sebebiyle" ibaresini içermeyen yeni bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, "yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir." Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal etmemiş, fakat "yorumlu red" ya da "anayasaya uygun yorum" adı verilen bir yöntemi kullanarak, başörtüsü yasağının kaldırılmamış olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesine göre, "dava konusu kuralda öngörülen yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestisi... dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması... ve dinsel nitelikli giysileri kapsamaz. Bu konudaki düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı olarak gerçekleştirilemez... Çünkü, maddeyle getirilen serbesti 'Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak' koşuluna bağlıdır. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasının, öncelikle Anayasaya aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararıyla belirlenmiştir. Dolayısıyla maddedeki 'yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak' koşulu Anayasaya aykırılığı saptanmış olan 'Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması' durumunu, kılık kıyafet serbestisi dışında tutmaktadır. Madde, öngördüğü serbestiyi kendi içinde sınırlandırmıştır."³³

Anayasa Mahkemesi'nin bu çizgideki kararlarının sonuncusu ve belki de en vahimi, Mahkemenin, 2008 yılında verdiği kararla, Anayasasının 10 ve 42. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 9.2.2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanunu iptal etmiş olmasıdır.³⁴ Üniversitelerde türban yasağını kaldırmaya yönelik olan bu kanunla, Anayasasının eşitliğe ilişkin 10. maddesine "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasına" ibaresi eklenmiş, eğitim ve öğretim hakkına ilişkin 42. maddeye de "kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir" fıkrası ilave edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişiklikleri iptal ederken, gene laik bir devlette "hukuksal düzenlemelerin... ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayan-

32. Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1989/1, K. 1989/12, 7.3.1989, *AMKD*, sayı 25, s. 133-65 özellikle s. 148-50, 155-7.

33. Anayasa Mahkemesi kararı E. 1990/36, K. 1991/8, 9.4.1991, *AMKD*, sayı 27, cilt 1, s. 285-323, alıntı s. 305.

34. Anayasa Mahkemesi kararı E. 2008/16, K. 2008/16, 5.6.2008, *Resmi Gazete*, 22.10.2008, sayı 27032.

dırlamayacağı" görüşünü tekrarlamıştır. Keza gerekçede, iptal edilen düzenlemenin, "farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı"ndan söz edilmektedir. Söylemeye gerek yok ki bir yargı kararı, olasılıklar, vehimler, kuşklar üzerine değil, ancak maddi olgular üzerine inşa edilebilir. Devlet organlarının "bu hakkın kullanımına hiçbir sınır getiremeyecekleri" iddiası da isabetli değildir. Çünkü iptal edilen 42. madde değişikliğinde, "kanunda açıkça yazılı olmayan" ve "bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir" ibareleri, bu konuda kanuni sınırlamalar getirilmesine imkân vermektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi, böyle bir kanuni düzenleme yapılabileceğini şüpheyile karşılamaktadır. Mahkemeye göre, "yasakoyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır." Burada da Anayasa Mahkemesi, bir önceki hususa çok benzer şekilde, olasılıklar, şüpheler, tahminler temelinde karar vermiştir. Yasama organının gelecekteki takdirinin ne olacağı, bir yargı kararının temeli değil, ancak subjektif bir spekülasyon konusu olabilir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının esasa ilişkin bu gerekçelerinden de çok daha tartışmalı yanı, şekil unsuruna ilişkindir. Anayasanın 148. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini "sadece şekil bakımından" denetler. Şekil denetiminin hangi şekil bozukluklarını kapsayacağı da gene aynı maddede, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1987 yılındaki bir ve 2007 yılındaki iki kararında başvuruları, bunların Anayasada belirtilen şekil bozukluklarından olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir (Özbudun 2011b: 180-1). 2008 yılındaki kararda ise, bu içtihadından dönerek, şekil görüntüsü altında esas yönünden denetim gerçekleştirmiş, böylece bariz bir "yetki gaspı"nda bulunmuştur. Mahkemenin dayandığı gerekçe, Anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilemezliğini ilan eden 4. madde ve bu maddelerin değiştirilmesine yönelik teklif yasağının, aynı zamanda bir şekil şartı olduğu iddiasıdır.

Anayasanın 148. maddesinin açık hükmü karşısında bu iddianın kabul edilemezliği bir yana, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı, gelecek açısından daha da ciddi endişeler uyandırmaktadır. Çünkü

Mahkemeye göre, sadece ilk üç maddeyi doğrudan doğruya değiştiren anayasa değişiklikleri değil, diğer maddelerde yapılan ve bu maddeleri dolaylı olarak zayıflatan değişiklikler de denetime tabidir. Karardaki ifade ile, "Anayasa'nın 4. maddesi dahil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez." Anayasanın ilk üç maddesiyle, ikinci maddenin atıfta bulunduğu Başlangıç bölümündeki kavramların ne kadar muğlak, soyut ve yoruma açık oldukları düşünülürse, bu kararlar Anayasa Mahkemesi'nin, kendisini anayasa değişikliği sürecinin mutlak ve nihai hâkimi olarak ilan ettiği açıktır. Çünkü bu kavramların biri ya da diğeri ile şu veya bu şekilde ilişkili olmayan hiçbir anayasa değişikliği düşünülemez. Anayasa Mahkemesi'nin kurucu iktidarın üzerinde olduğu anlamına gelen bu yorum, hiçbir Batı demokrasisinde kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla, açık bir yetki, hatta fonksiyon gasbında bulunmuştur. Bu durumun, tipik bir "jüristokrasi" ya da "hâkimler hükûmeti" örneği teşkil ettiğinde kuşku yoktur.³⁵

Türban konusunda Danıştay'ın eğilimi de, katı bir laikçilik anlayışı yönündedir. Danıştay, gerek Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelenen 1989 türban kararından önce, gerek bu karardan sonra, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü veya türban takan öğrencilerin laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı davrandıkları ve dine dayalı devlet düzenini benimsedikleri gerekçesiyle, bu yönde açılan davaları reddetmiştir. Mesela Danıştay 8. Dairesi, 1999 yılında verdiği bir kararında, öğrencinin türbanla üniversiteye girmesinin, "yükseköğretim kurumunda aklın ve bilimin öncülük ettiği tek tür eğitim düzeni içinde duygu ve görüş birliği sağlamaya yönelik, özgür düşünceli, özgür vicdanlı, ulusal değerlere saygılı, çağdaş görüşlü ve çağdaş görünümlü insan yetiştirme amacına aykırı" olduğu yolunda karar vermiştir (Aliefendioğlu 2001: 113-7). Danıştay'ın türban konusu dışında laiklikle ilgili kararla-

35. Anayasa Mahkemesi'nin "türban" ve AK Parti kararlarının özlü bir eleştirisi için ayrıca bkz. Arslan 2009. Arslan, bu iki karardaki ortak gerekçeyi, "söz konusu laiklikse, gerisi teferruattır" cümlesiyle özetlemektedir. Bu iki kararın eleştirisi konusunda, keza bkz. Özbudun 2009: 171-5, 185-96.

rında da aynı katı tutum gözlemlenmektedir. Mesela Danıştay 8. Dairesi, 27.1.2010 tarihli ve 2010/2 sayılı kararında, daha önceki kararlarına paralel olarak, Yükseköğretim Genel Kurulu'nun katsayılara ilişkin kararının yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay'ın bu kararına göre, "1998 yılından itibaren uygulanan ve hukuka uygunluğu yargısal kararlarla istikrar kazanmış farklı katsayı uygulamasının" değiştirilmesi, "hukukten geçerli bir sebebe dayanmadığı gibi", "yargı kararlarının gerekçelerine aykırı" ve "yargı kararlarını geçersiz" kılacak niteliktedir. Oysa idare, bir üst hukuk normuna aykırı olmadıkça, elbette mevcut uygulamayı değiştirecek ve o döneme ait yargı kararlarının gerekçelerine aykırı düşecek yeni bir düzenleme yapabilir.³⁶

Türkiye'de türban konusunda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarından kaynaklanan durumun, Türkiye'deki laikçi anlayışa örnek gösterilen "Jakoben" Fransa'dakinden bile çok daha kısıtlayıcı oluşu ilginçtir. Mesela Fransız Devlet Şurası, 27 Kasım 1989 tarihli görüşünde şu hususları belirtmiştir: "Öğrencilerin bir dine aidiyetlerini belirtmek için bir takım işaretler taşımaları, ifade özgürlüğünün ve dinsel inanç özgürlüğünün kullanımını oluşturduğu ölçüde, laiklik prensibiyle bağdaşmaz değildir. Fakat bu özgürlük, öğrencilerin bir baskı, tahrik veya propaganda unsuru oluşturacak, öğrencinin veya diğer eğitim mensuplarının haysiyetini zedeleyecek, onların sağlıklarını veya güvenliklerini tehlikeye koyacak, öğrenim etkinliklerinin seyrini bozacak, nihayet kurumdaki düzeni veya kamu hizmetinin işleyişini etkileyecek dinsel aidiyet işaretleri taşımalarına imkân vermez."³⁷

Fransa parlamentosu 2004 yılı başında, öğrencilerin devlet okullarında dini semboller taşımasını yasaklayan bir kanun kabul ettiyse de (Kuru 2011: 108, 135), Fransa'daki durum gene de Türkiye'dekinden daha az kısıtlayıcıdır. Çünkü kanun, üniversiteleri kapsamadığı gibi, devlet okulları dışındaki özel okulları da kapsamamaktadır. Fransa'da laikçi Cumhuriyetçilerle muhafazakâr Katolikler arasındaki kavga, yukarıda gördüğümüz gibi Beşinci Cumhuriyet döneminde nisbeten yumuşamış olmakla birlikte, şüphesiz, bitmiş değildir. Halen bu tartışma, daha çok, İslami dini semboller üzerinde yaşanmakta ve dayatmacı laikliği savunan solcularla İslamofobik sağcılar arasında yeni bir it-

36. Bu kararın eleştirisi için bkz. Özbudun 2010b.

37. Morange 2001: 139; aynı yönde Bockel 2001: 56; Kuru 2011: 107-8, 129-

tifakın oluşumuna şahit olunmaktadır (Kuru 2011: 108-11; 122-38).

Türkiye'de dayatmacı laiklik anlayışının ortaya çıkardığı okullarda türban (başörtüsü) yasağının, din ve vicdan hürriyeti ve eğitim ve öğrenim hürriyeti gibi diğer temel hak alanlarıyla ciddi çatışmalar doğurduğu inkâr edilemez. Din ve vicdan hürriyeti, bütün demokratik anayasalarda olduğu gibi, 1982 Anayasası'nda da (m. 24) bir temel hak olarak tanınmıştır. Bu hak, elbette, dini inanç ve ibadet hürriyetleri gibi, bu hürriyetlerin doğal uzantısı olarak kişinin mensup olduğu dinin kurallarına göre yaşama hürriyetini de kapsar. Dindar bir Müslüman kadın için başörtüsü takmak, onun dini inançlarının bir gereğidir. Bu hak, ancak, bütün diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi, kamu düzeni ve başkalarının hürriyetine saygı gibi evrensel kriterlerle sınırlandırılabilir.

1982 Anayasası (m. 42), gene bütün demokratik anayasalarda olduğu gibi, eğitim ve öğrenim hürriyetini de bir temel hak olarak tanımış ve kimsenin bu haktan yoksun bırakılamayacağını ifade etmiştir. Okullarda dini aidiyeti gösteren semboller kullanılması, ancak, yukarıda değinilen Fransız Devlet Şurası kararında ifade edildiği gibi, bir baskı veya tahrik unsuru oluşturmak, öğrencilerin güvenliğini tehlikeye düşürmek, öğretim faaliyetlerini ve kurumdaki düzeni bozmak gibi gerekçelerle sınırlandırılabilir. Bu sınırlamaların da elbette Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelenen kararında olduğu gibi, soyut varsayımlara ve vehimlere değil, her münferit olayda somut verilere dayanması gerekir. Üniversitelerde türban yasağının kaldırılmasının laik devlet düzenini tehlikeye düşüreceği görüşü ise, ancak gülünç olarak nitelendirilebilir. Sonuç olarak, Zühtü Arslan'ın ifadesiyle, "başörtüsü konusunda demokratik siyaset ile yargı makamları arasında yaşanan çatışma, aslında hukuken olmayan bir yasağın idari ve yargısal olarak icat edilmesi, sonra üretilen bu yasağın yasama eliyle kaldırılmaya çalışılması, daha sonra da olmayan yasağı kaldırmaya çalışan yasa ve anayasa hükmünün iptal edilmesi gibi komik bir hal almaktadır. Ne var ki, bu komedi uygulamada bireylerin bu yasak yüzünden inançlarıyla eğitimleri arasında sıkışıp kalması ve eğitim hakkından mahrum bırakılması gibi bir trajediye dönüşmektedir."³⁸

38. Arslan 2009: 14. Başgil'e göre de, devletin kanunlarıyla çatışmamak şartıyla, bireyin, mensup olduğu dinin hükümlerini yerine getirme hakkı, din hürriyetinin asli unsurları arasındadır (2009: 127-8).

Bu görüşe karşı ileri sürülebilecek bir argüman, AİHM'nin 29 Haziran 2004 tarihli Leyla Şahin - Türkiye kararıyla, Türkiye'deki türban yasağı uygulamasının Sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiş bulunmasıdır.³⁹ Bu karar Türkiye'de laikçi çevreler tarafından büyük memnuniyetle karşılanmış, hatta Türkiye'nin bundan sonra bu yasağı, bir anayasa değişikliğiyle dahi kaldıramayacağı gibi, hiçbir hukuki temele dayanmayan abartılı iddialar ileri sürülmüştür. Oysa çok iyi bilindiği gibi, Sözleşmenin tanıdığı güvenceler, hak ve hürriyetler açısından "minimum" bir koruma sağlamaktadır. Üye devletlerin, kendi milli düzenlemeleri ile vatandaşlarına bu minimum koruma alanından daha geniş bir koruma alanı sağlamalarına elbette bir engel yoktur. Zaten kararda da, bu konuda öncelikli takdir hakkının, milli makamlara ait olduğu açıklıkla belirtilmiştir. Kararın temel gerekçeleri şöyledir:

Mahkeme... demokratik bir toplumda eğer başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla bağdaşmıyorsa, devletin İslâmi başörtüsü takmaya sınırlar getirme yetkisine sahip olduğuna... dikkat çekmiştir... Nüfusun büyük bir çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, üniversitelerde bazı fundamental dini hareketlerin dindar olmayan veya başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı kurmasını engellemek amacıyla getirilen kısıtlamalar, Sözleşme'nin 9. maddesi 2. paragrafı çerçevesinde haklılaştırılabilir. Bu bağlamda, laik üniversiteler farklı inançlara mensup öğrencilerin barışçı biraradalığını temin etmek ve kamu düzeni ile başkalarının inançlarını korumak amacıyla, söz konusu dinin ritüel ve sembollerinin açığa vurulmasını, bu açığa vurmanın yer ve şekline sınırlamalar getirmek suretiyle, düzenleyebilirler. (para. 98, 99)

AİHM, bu konudaki takdir hakkının birinci derecede ulusal makamlara ait olduğu görüşünü şu sözlerle açıklamaktadır:

...yerel ihtiyaçları ve şartları değerlendirmede prensip itibariyle ulusal makamlar uluslararası bir mahkemeden daha iyi konumdadır... Hem yasa-ma çerçevesinde hem de uygulamaya dönük bir işlem bakımından müdahalenin "gerekliliği" hususunda ilk değerlendirme ulusal makamlara aittir... Devletlere bırakılan takdir yetkisinin kapsamı belirlenirken, Sözleşme tarafından güvenceye alınan hakkın önemi, sınırlandırılan eylemlerin mahiyeti ve sınırlamaların amacı dikkate alınmalıdır... Demokratik bir toplumda üze-

39. Başvuru no. 44774/98, 29 Haziran 2004. Kararın çevirisi ve tahlili için bkz. Arslan 2005a: 81-91, 151-79. Keza bkz. Benli 2010; Altıparmak ve Karahanogulları 2004.

rinde normal olarak oldukça farklı görüşlerin bulunduğu Devlet ile dinler arasındaki meseleler söz konusu olduğunda, ulusal karar alma organının rolüne özel bir önem verilmelidir... Bu tür durumlarda, başkalarının hak ve özgürlükleri, sivil kargaşanın önlenmesi, kamu düzeni ve çoğulculuk talepleri gibi farklı menfaatler arasında âdil bir dengenin sağlanmasına dikkat edilmesi gerekir... Sözleşmeciler Devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkı özellikle uygundur, çünkü bu konuyla ilgili kurallar ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arzetymekte... ve "başkalarının haklarını koruma"nın ve "kamu düzeni"nin gerekleri konusunda Avrupa'nın ortak (tek biçim) bir anlayışı bulunmamaktadır. Bu bağlamda, eğitimin niteliğinin düzenleme yapma yetkisini gerekli kıldığı da dikkate alınmalıdır. (para. 100, 101, 102).

Öte yandan AİHM, milli makamlara tanınan takdir yetkisinin, Sözleşme gereklerine uygunluk bakımından Mahkeme'nin denetimine tabi olduğunu belirterek, şu hususları vurgulamaktadır:

Özellikle bu tür düzenlemelerin hiçbir zaman çoğulculuk ilkesinin ihlali doğurmaması, Sözleşme ile korunan diğer haklarla çatışmaması, ya da bir kişinin dinini veya inancını açığa vurmasını tamamen ortadan kaldırmaması gerektiği dikkate alındığında, elbette taraf devletlere verilen bu takdir hakkı, Avrupa denetimini dışlamamaktadır. (para. 100, 102)

Ancak AİHM, dava konusu olayda bu takdir hakkının sınırlarının aşılmamış olduğunu aşağıdaki gerekçelerle savunmaktadır:

Mahkeme'ye göre bu laiklik anlayışı, Sözleşme'nin temelini oluşturan değerlerle uyumlu görünmektedir. Mahkeme, bu ilkenin muhafaza edilmesinin Türkiye'deki demokratik sistemin korunması bakımından gerekli görülebileceğini kabul etmektedir... Ayrıca, Anayasa Mahkemesi gibi... Mahkeme de İslami başörtüsü meselesini Türkiye bağlamında incelerken, zorunlu bir dini vazife olarak sunulan ya da algılanan böylesi bir sembolü takmanın, onu takmamayı tercih edenler üzerinde yapacağı etkinin dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir... buradaki mesele... "başkalarının hak ve özgürlüklerinin" korunması ve "kamu düzeninin sağlanması"dır... Türkiye'de bu dini sembolün son yıllarda siyasal bir anlam taşıması nedeniyle, bu alandaki özgürlüklerin sınırlandırılmasının, söz konusu iki meşru amaca mâtufl olarak zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı kabul edilebilir. Mahkeme, Türkiye'de bütün olarak topluma kendi dinsel sembollerini ve dinsel öğretilere dayanan bir toplum anlayışını dayatmaya çalışan aşırı siyasal hareketlerin bulunduğunu gözden uzak tutmamaktadır... Bu düzenlemeler, yukarıda zikredilen meşru amaçları sağlamayı, dolayısıyla üniversitede çoğulculuğu muhafaza etmeyi hedefleyen bir tedbir olarak görülmelidir... Mahkeme, İstanbul Üniversitesi'nin başörtüsüne sınırlamalar getiren dü-

zenlemelerini ve bunların uygulanmasına yönelik işlemleri prensipte haklı, hedeflenen amaçlarla orantılı ve "demokratik bir toplumda gerekli" bulunmaktadır. (para. 106, 108, 109, 114)

Kararın, pek çok yönden eleştiriye açık olduğundan kuşku duyulamaz. Her şeyden önce karar, AİHM'nin daha önceki Dahlab kararından⁴⁰ çok farklıdır. Çünkü Dahlab kararında başvuru sahibi, öğrenci değil, kamu görevlisi olan bir ilkokul öğretmeni, diğer bir deyimle hizmet alan değil, hizmet sunan bir kişidir. Mahkeme burada, Dahlab'ın öğrencilerinin "diğer öğrencilerden çok daha fazla etkilenmeye açık olan dört-sekiz yaş grubuna mensup" oldukları, öğretmenlerin başörtüsü takmasının "bir çeşit proselitizm (kendi dinine çevirme) etkisi yaratacağı"nın tamamen yadsınamayacağı, bunun da "tüm öğretmenlerin demokratik bir toplumda öğrencilerine yayması gereken hoşgörü mesajı, başkalarına saygı ve her şeyden öte eşitlik ve ayrımcılık karşıtlığı ile bağdaştırma"nın zor görüldüğü görüşlerini ifade etmiş; diğer bir deyimle kararını, öğretmenlerin çocuk yaştaki öğrencileri üzerinde bir "rol modeli" olabilecekleri düşüncesine dayandırmıştır (Arslan 2005a: 148). Dahlab kararı ile Şahin kararı arasındaki ikinci fark, bunlardan birincisinde üniversite öğrencilerinin değil, ilkokul öğrencilerinin söz konusu olması; üçüncü bir fark da, Türkiye'nin aksine Cenevre kantonunda devlet okulları dışında laik olmayan özel okulların da bulunmasıdır.

Leyla Şahin kararının en çok eleştiriye açık yönlerinden biri, AİHM'nin, Türk Anayasa Mahkemesi'ne benzer şekilde, herhangi bir somut veriye dayanmaksızın, üniversitelerde türban yasağının kaldırılmasının türban takmayan öğrenciler üzerinde baskı oluşturacağı, dolayısıyla üniversitede olması gereken çoğulculuğa zarar vereceği varsayımından, ya da vehminden hareket etmiş olmasıdır. Arslan'ın belirttiği gibi, böyle bir durumun ortaya çıkma ihtimali olsa bile, "yapılacak şey, inançların sembollerini yasaklamak değil, sembollerin karşılıklı tahammül ve tanıma içinde yaşamasını sağlamaktır. Devletin görevi, ihtimallere dayanarak hak ve özgürlükleri kısıtlamak değildir. Devletin görevi, üniversitelerde her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortam sağlamak, bundan sonra ortaya çıkabilecek baskı kurma, zorlama veya şiddete başvurma gibi suç teşkil edecek

40. *Dahlab / İsviçre*, başvuru no. 42393/98, 15 Şubat 2001. Kararın Türkçe çevirisi ve eleştirisi için bkz. Arslan 2005a: 78-81, 134-50.

davranışlar karşısında gerekli tedbirleri almaktır" (Arslan 2005a: 85).

Kararın, "Türkiye'de bütün olarak topluma kendi dinsel sembollerini ve dinsel öğretilere dayanan bir toplum anlayışını dayatmaya çalışan aşırı siyasal hareketlerin bulunduğu" yolundaki ifadesi de, gene somut verilere dayanmayan sübjektif bir değerlendirmedir. Türkiye'de böyle bir amaç güden, ancak marjinal aşırı dinci gruplar olabilir. Anayasa Mahkemesi'nin kapattığı ve kapatma kararının AİHM tarafından Sözleşmeye uygun bulunduğu Refah Partisi dahi, en radikal söylemlerinde bile, böyle bir talebi dile getirmiş değildir.

AİHM'nin Türkiye'deki laiklik anlayışını, "Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerle uyumlu" görmesi de, fazlasıyla tartışmaya açıktır. Yukarıda göstermeye çalıştığımız gibi, Türkiye'deki laiklik anlayışı, Avrupa'da genellikle kabul gören laiklik anlayışı ile "uyumlu" değil, çok istisnai bir örnektir. Türk laikliğine örnek gösterilen Fransa'daki laiklik anlayışı bile, Türkiye'dekinden anlamlı ölçüde farklıdır. Nitekim Fransa'da türban yasağı, üniversiteleri ve özel okulları kapsamaktadır.

AİHM, kararının gerekçesinde, türban yasağı getiren düzenlemelerin, "hiçbir zaman çoğulculuk ilkesinin ihlalini doğurmaması, Sözleşme'de korunan diğer haklarla çatışmaması ya da bir kişinin dinini veya inancını açığa vurmasını tamamen ortadan kaldırmaması gerektiği"ni (para. 102) vurgulamıştır. Gerçekten, bir hak ve hürriyetin kullanımının, başka bir hak ve hürriyetle ya da bir anayasal değerle çatıştığı durumlarda, her ikisine mümkün olduğu kadar az zarar verecek dengeli bir çözümün tercih edilmesi, milletlerarası insan hakları hukukunun temel ilkelerinden biridir. Oysa bu davada AİHM, kendi gerekçesiyle tutarlı davranmamıştır. Türban yasağı, din ve vicdan hürriyeti ve eğitim ve öğretim hürriyetiyle açıkça çatıştığı halde Mahkeme, bu haklarla denge kuracak bir çözüm yerine, onları hiçe sayan yasakçı bir çözümü tercih etmiştir. Aynı şey, Mahkemenin gene korunması gereken bir hak olarak gördüğü "bir kişinin dinini veya inancını açıklama" hakkı bakımından da söylenebilir. Gerçekten, söz konusu yasak, en azından üniversite eğitimi açısından, bu hakkı çok büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

Kararda, hukuk tekniği açısından da eleştirilebilecek noktalar vardır. Mahkeme, Sözleşmenin 9. maddesindeki "kanunen öngörülmüş" (*prescribed by law*) deyimini i çok geniş şekilde yorumlamış, Türkiye'de türbanı yasaklayan kanuni bir düzenleme olmadığı ve Anayasanın

13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler "ancak kanunla" sınırlanabildiği halde, AİHM, ilgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarının bu şartı karşıladığı sonucuna varmıştır (Arslan 2005a: 83-84). Mahkemeye göre "kanun tarafından öngörülme" ifadesi,

... dava konusu işlemin sadece ulusal hukukta bir dayanağının olmasını gerektirmekle kalmaz, fakat aynı zamanda söz konusu kanunun niteliğine de işaret ederek, onun ilgili kişi tarafından ulaşılabilir ve sonuçları bakımından da öngörülebilir olmasını gerektirir... Mahkeme "kanun"u, "biçimsel" anlamıyla değil, her zaman "maddi" manasıyla anladığını belirtmiştir. Kanun (hukuk), hem kanunların altındaki düzenlemeleri... ve mesleki organlarca, parlamento tarafından kendilerine verilen bağımsız kural-koyma yetkilerine dayanarak yapılan düzenleyici işlemleri... içeren 'yazılı kanun'u, hem de yazılı olmayan hukuku kapsamaktadır. "Kanun", hem parlamento-nun çıkardığı kanunu, hem de yargıç yapımı "kanun"u içine alacak şekilde anlaşılmalıdır. (para. 74-81)

Arslan'a göre bu kadar ciddi çelişkileri içinde barındıran Leyla Şahin kararı ancak Avrupa'da yükselen ve 11 Eylül'den sonra daha da güçlenen "İslamofobi" ile açıklanabilir. "Ulusal ve uluslararası yargıçlar, içinde yaşadıkları toplumun korkularından kendilerini sıyırmış mitolojik yaratıklar değillerdir... Yargıçlar, özellikle zor zamanlarda toplumsal ve siyasal düzeyde algılanan tehditlerin etkisinde kalabilmektedirler." Üstelik Avrupa psikolojisinde, başörtüsünün "cinsiyet eşitliğini ve kadının özgürleşmesini engelleyen bir simge" olarak görülmesi eğiliminin de rolüne değinmek gerekir (Arslan 2005a: 92-96).

Üniversite öncesi ilk ve orta öğretim düzeyine gelince, bu konuda daha nüanslı düşünülebilir. Bu öğrencilerin dini sembolü kullanıp kullanamayacakları konusunda Avrupa'da birörmek bir uygulama olmakla beraber, reşit olmayan bu öğrencilerin kendi hür iradeleriyle karar veremeyecekleri, ailelerinin ve çevrelerinin etki ve baskısı altında kalabilecekleri düşünülerek, bu düzeydeki devlet okullarında dini semboller kullanılmasının yasaklanması makul görülebilir.

Dini semboller kullanımı yasağı, üniversite öğrencileri bakımından eğitim ve öğrenim hürriyeti ile çatışma yarattığı gibi, kamu görevlileri bakımından çalışma hakkı ve hürriyeti (Anayasa, m. 48 ve 49) açısından da sorunlar yaratmaktadır. Bu konuda da Avrupa ülkelerinde standart bir uygulama bulunmamasına karşılık, AİHM, yukarıda incelediğiniz Dahlab kararında görüldüğü gibi, bazı kamu hizmetlerinin özel niteliğine göre bu konuda sınırlamaların getirilmesini Sözleşme-

ye aykırı bulmamaktadır. Türkiye'de ise bütün devlet memurları açısından uygulanan katı bir yasak mevcuttur. Türkiye'de çok sözü edilen "hizmet alan - hizmet veren" ayrımı bağlamında bu yasağın savunulması mümkünse de,⁴¹ yasağın mutlak şekliyle sürdürülmesi, "demokratik bir toplumda zorunlu bir sosyal ihtiyaç" gibi görünmemektedir. Devlet otoritesinin tarafsızlığını simgeleyen bazı kamu görevleri (yargı, emniyet, Silahlı Kuvvetler gibi) ile bazı özel kıyafetlerin giyilmesi gerektiren meslekler dışında, bu yasağın tüm kamu görevlileri bakımından sürdürülmesi, çalışma hakkı ve hürriyeti ile ciddi bir çatışma yaratmaktadır. Hele avukatlık gibi bir serbest meslek faaliyetinde bu yasağın uygulanmasının kabul edilebilir yanı yoktur.

Bu argüman, başörtülü kadın milletvekilleri bakımından daha da güçlü olarak ileri sürülebilir. Anayasada ve Milletvekili Seçimi Kanununda başörtülü bir kadının milletvekili olamayacağına dair hiçbir hüküm yoktur. TBMM İçtüzüğü'nün kıyafete ilişkin 56. maddesi, bu konuda bir yasak ihtiva etmemekte, sadece "bayanlar tayyör giyerler" demekle yetinmektedir. Böyle bir yasağın bulunmamasına karşılık, şu ana kadar hiçbir başörtülü kadın milletvekilliği görevini ifa etmiş değildir. 1999 genel seçimlerinde Fazilet Partisi'nden milletvekili seçilen Merve Kavakçı'nın Meclis faaliyetlerine katılmasına fiilen engel olunmuş, sonuçta FP'nin Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasıyla kendisinin milletvekilliği de Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası gereğince aynı kararla düşürülmüştür. AİHM bu kararı, "takip edilen meşru amaçlarla orantısız" ve "seçilme hakkının özüne" bir müdahale olarak görmüştür.⁴² Gerçekten, bazı kamu görevlileri bakımından dini semboller kullanma yasağı meşru görülebilirse de, milletvekillerinin devlet memuru değil, toplumun temsilcileri oldukları unutulmamalıdır. Eğer toplumdaki kadınların bir kesimi başörtüsü kullanıyorlarsa, onların temsilcisi bir kadın milletvekilinin de aynı yönde davranmasında yadırganacak veya laiklik ilkesine aykırı telakki edilecek bir taraf yoktur.

41. İtiraf etmem gerekir ki, daha önceleri ben de bu ayrıma taraftardım.

42. *Kavakçı c. Turquie*, başvuru no. 71907/01, 5 Nisan 2007, para. 46, 47.

2. Eğitim Hürriyeti ile İlgili Diğer Sorunlar

Bu sorunların en önemlilerinden birisi, imam-hatip okulları sorunudur. Resmi anlamda din eğitiminin hiç mevcut olmadığı çeyrek yüzyıllık bir dönemden (1924-49) sonra, imam-hatip okulları, çok-parti sistemine geçişin canlandırdığı artan sosyal taleplere cevap olarak, CHP iktidarının son yılı olan 1949 yılında açılmıştır. Başlangıçta bunlar, imam ve hatipleri yetiştirecek meslek liseleri olarak düşünülmüştür. Bu okullar, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı ve dini konulara ek olarak, normal devlet okullarıyla aynı ders programını izleyen devlet okullarıdır. Zamanla sayıları, hemen hemen her hükümet döneminde artmış ve mezunları, üniversite giriş sınavlarını normal lise mezunlarıyla aynı kriterlere tabi olarak kazanmak şartıyla, üniversitelerin bütün bölümlerine girebilmişlerdir. Merkez-sağ hükümetler bu okulları daima desteklemiş ve savunmuşlardır. Mesela eski Başbakan ve Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel defalarca bu okulların sadece imam ve hatip yetiştirmek için açılmış olmadığını ifade etmiştir. Ona göre "bu okullar, dinleri hakkında bilgi sahibi olan doktorlar, avukatlar ve mühendisler yetiştirmek için açılmıştır" (1991: 189-90). Bu konudaki kapsamlı bir araştırmanın bulgularına göre, imam-hatip liseleri öğrencilerinin büyük çoğunluğu, bu okulları din görevlisi olmak için değil, dinleri hakkında daha fazla bilgi sahibi olmak için seçmişlerdir. Aynı araştırmanın başka bir bulgusu, bu okulların binalarının yüzde 65'inin tümüyle özel bağışlarla inşa edilmiş olduğudur ki, bu söz konusu okulların gerçek bir sosyal talebe cevap teşkil ettiklerini göstermektedir. İlginçtir ki bu okulların 1971 askeri müdahalesinden sonra kapatılmış olan ortaokul bölümleri, Bülent Ecevit'in Başbakanlığındaki CHP-MSP hükümeti tarafından yeniden açılmıştır. Daha da ilginç, imam-hatip lisesi mezunlarının, üniversitelerin herhangi bir bölümüne girebilmelerine izin veren, 1980-83 Milli Güvenlik Konseyi yönetimidir (Çakır ve diğ. 2004).

Bu durum, 28 Şubat 1997 "post-modern darbe"siyle köklü değişikliklere uğradı. Silahlı kuvvetlerin desteklediği koalisyon hükümeti, imam-hatip okullarını iki yönden marjinalleştirmeye çalıştı. Birincisi, sekiz yıllık zorunlu eğitimi kabul etmek suretiyle bu okulların ve bütün diğer meslek okullarının ortaokul bölümlerini kapattı. İkincisi, ve daha önemlisi, üniversite giriş sınavlarında farklı katsayılar uygulanması suretiyle, meslek lisesi mezunlarının kendi branşları dışındaki

bölgelere, dolayısıyla imam-hatip liseleri mezunlarının İlahiyat fakülteleri dışındaki bölümlere girebilmeleri çok güçleştirilmiş oldu. Aynı dönemde gerçekleştirilen başka bir değişiklikle de, beşinci sınıfı bitirmiş (12-15) yaş arası öğrencilerin sadece yaz Kur'an kurslarına gidebilmesine izin verildi. Kuru'nun tespitlerine göre, "1996-97 öğretim yılında Türkiye'deki ortaokul ve lise öğrencilerinin %10'unu İmam Hatip okullarında okuyan 511.502 öğrenci teşkil ediyordu. 28 Şubat politikalarının sonucunda, 2002-2003 döneminde, İmam Hatip okullarına giden öğrenci sayısı, 64.534'e düşmüştür. Diyanet'in verilerine göre resmi Kur'an kurslarına giden erkek öğrenci sayısı 1996 yılında 47.291'dan, 2000 yılında 8.766'ya inmiştir. Kurslara giden kız öğrencilerin sayısı da aynı dönemde 111.155'ten 76.340'a düşmüştür" (Kuru 2011: 194).

AK Parti iktidarı, 2004 ilkbaharında, Yükseköğretim Kanununun bazı maddelerini değiştiren bir kanun (no. 5171, 13 Mayıs 2004) kabul etmek suretiyle, bu okulların mezunlarının durumlarını iyileştirme teşebbüsünde bulundu. Kanun değişikliği, imam-hatip liseleri mezunları da dahil olmak üzere, bütün meslek liseleri mezunlarının, üniversite giriş sınavlarında normal lise mezunlarıyla eşit şartlar altında yarışmalarını öngörüyordu. Kanun, laikçi çevrelerin şiddetli tepkisiyle karşılaştı ve 28 Mayıs 2004 tarihinde Cumhurbaşkanı Sezer tarafından Meclise iade edildi.⁴³ Sezer'in, hukuki geçerliliği son derece şüpheli olan gerekçeleri arasında, Anayasa'nın 131. maddesi nedeniyle, parlamentonun üniversitelere giriş şartlarını düzenleyen bir kanun yapamayacağı iddiasıydı. Oysa Anayasa'nın 130. maddesi, yükseköğretim kurumları ile ilgili diğer birçok husus arasında, "yükseköğretime giriş" konusunun da kanunla düzenleneceğini belirtmektedir.

Sezer'in ikinci gerekçesi ise, tam anlamıyla dayatmacı laikliğin ideolojik manifestosu niteliği taşımaktadır. Buna göre, "Atatürk devriminin amacı, aydınlanma çağını yakalamak ve Türk toplumunu çağdaşlaştırmaktır. Devrimin temeli, amacına bağlı olarak laiklik ilkesidir. Laiklik ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti'ni oluşturan tüm değerlerin temel taşıdır... Laiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşam biçimidir." Sezer, imam-hatip lisesi mezun-

43. Cumhurbaşkanlığı, sayı 8.01.KKB.01-18/A-2-2004-615, 28.5.2004.

larına üniversite giriş sınavında eşit haklar verilmesinin, Tevhid-i Tedrisat Kanununa aykırı olduğunu, dolayısıyla "demokratik, laik, eşitlikçi, adil, işlevsel ve bilimsel temellere dayalı eğitim anlayışıyla bağdaşmadığını" da iddia etmiştir. Sezer'in vetosundan az önce, Genelkurmay Başkanlığı da bir basın duyurusu yayınlarak, aşağıda ele alınacağı üzere konuya müdahil olmuştur.

AK Parti iktidarı, bu tepkiler karşısında, kanunu yeniden kabul etme yolunu tercih etmemiştir. Daha sonraki yıllarda, YÖK düzenlemeleriyle bu eşitsizliğin azaltılması teşebbüsleri de, yukarıda görüldüğü gibi Danıştay'ın direnciyle sonuçsuz kalmıştır. Nihayet YÖK, Aralık 2011'de yaptığı bir düzenlemeyle bu eşitsizliği tümden kaldırmıştır.

Dayatmacı laiklik anlayışı ile eğitim ve öğrenim hak ve hürriyeti arasındaki çatışma bağlamında ele alınması gereken daha genel bir sorun, Türkiye'de din eğitiminin tümüyle devlet tekelinde olmasıdır. 1924 Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile devlet okulları dışında bütün okullar ve elbette din eğitimi veren medreseler kaldırılmıştır. Bugün de bu durum Anayasa'nın "din ve ahlak eğitimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır" yolundaki 24. ve "eğitim ve öğretim, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz" hükmünü koyan 42. maddeleri çerçevesinde devam etmektedir. Kur'an kursları da, aynı şekilde, 16 Kasım 1990 tarihli Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran Kursları Yönetmeliği gereğince, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yürütülmektedir (Gözyaydın 2009: 129-35).

Bu düzenlemelerin, din ve devlet işleri ayrılığından çok, "devlete bağlı din" modelini çağrıştırdığında kuşku yoktur. Türkiye'de İslam dini eğitimi, ancak devlet görevlileri tarafından ve devletçe uygun görülen Sünnileştirilmiş ve resmileştirilmiş bir İslamiyet anlayışıyla verilebilmekte ve bunun alternatifleri bulunmamaktadır. Oysa bilindiği gibi bir dinin serbestçe öğretilmesi ve öğrenilmesi, din ve vicdan hürriyetinin asli unsurlarından biridir. "Devlet gözetim ve denetimi altında" Sünni inançlara uygun bir din eğitimi, Sünni mezhebine mensup olmayan vatandaşlar, özellikle geniş Alevi kitleleri açısından ciddi sorunlar yarattığı gibi, Sünni inancın da çeşitli yorumları mevcuttur ve bu mezhebe mensup vatandaşlarımızın tümü, devletin kendi anlayışı doğrultusunda gerçekleştirdiği din eğitimiyle yetinmek zorunda bırakılmamalıdır.

Nihayet, gayrimüslim azınlıklar bakımından da durum, tatmin edici olmaktan uzaktır. Lozan Antlaşması üç bellibaşlı gayrimüslim cemaate (Ermeniler, Rum Ortodokslar ve Yahudiler) din hürriyeti ve belli başka haklar tanımış olmakla birlikte, Antlaşmada zikredilmeyen diğer gayrimüslim cemaatler (mesela Süryaniler) bu statüden yararlanmamaktadır. Lozan'da güvence altına alınan cemaatler bakımından bile ciddi sorunlar mevcuttur. Rum Ortodoks cemaati için din adamları yetiştirmek üzere kurulan ve kökleri Osmanlı dönemine giden Heybeliada (Halki) Ruhban Okulu, 1971 yılında hukuka uygunluğu çok kuşkuyla bir işlemle kapatılmış ve bugüne kadar hâlâ açılmamıştır. Oysa, bir dini cemaatin kendi din adamlarını yetiştirebilmesi, din ve vicdan hürriyetinin vazgeçilmez bir unsurudur. Aksi halde o dini cemaat, yavaş yavaş bir ölüme mahkûm edilmiş olur.

Venedik Komisyonu'nun, Türkiye'de dini cemaatlerin hukuki statüsüne ilişkin bir raporunda belirttiği gibi, "din adamlarının eğitilebilmesi imkânı, din hürriyetinin ana unsurlarından biridir; millî makamların bunu herhangi bir şekilde engellemesi, AİHS'nin 9. maddesinin ve keza muhtemelen 1 numaralı Protokol'ün 2. maddesi ile korunan eğitim hakkının ihlaline yol açabilir."⁴⁴

Görülüyor ki, din eğitimi tümüyle devlet tekeline alan dayatmacı laiklik anlayışıyla, bu ve benzeri sorunların çözümü mümkün değildir. Aliefendioğlu'nun isabetli ifadesiyle, "laik devlet, laik eğitim yanında, dinsel eğitimi de üstlenen devlet olmamalıdır. Devletin din eğitime el atması, din eğitiminin, devlet görevi olmasına, dinin ve dinsel konuların, devlet görüşüyle öğretilmesine ve yorumlanmasına neden olur... Kimse dindarların dini nasıl anlamaları gerektiği konusunda görüş ve proje üretme hakkına ve yetkisine sahip olmamalıdır. Bu hem etik olarak doğru değil, hem de politik olarak tehlikelidir."⁴⁵

Bu durumda, din eğitiminde devlet tekeline son vermek, ancak devlet dışındaki kuruluşların gerçekleştirecekleri din eğitiminin, şiddete tahrik, ya da bazı toplum kesimlerine karşı kin ve düşmanlık duyguları yaratma niteliği almamasını sağlamak amacıyla, belli ölçüde bir devlet denetiminin kabulü, makul bir çözüm gibi görünmektedir.

44. Venedik Komisyonu 2010; özellikle para. 104. Bu rapor hakkında bkz. Özbudun 2010c; ayrıca Özbudun 2010d ve Akgün 2011.

45. Aliefendioğlu 2001: 83. Başgil'e göre de, dinin öğretilmesi ve öğrenilmesi ("talim ve tedris, neşir ve telkin") hakkı, din hürriyetinin asli unsurları arasında yer alır (2009: 112-9).

V. Dayatmacı Laiklik Anlayışının Kurumsal ve Sosyal Dayanakları

Tek-parti döneminde ortaya çıkan, Türkiye'nin kendisine özgü dayatmacı laiklik anlayışının, çok-partili hayata geçilmesinden 60 küsur yıl sonra ve bu dönemin hemen hemen tümünde liberal/muhafazakâr eğilimli merkez-sağ partilerinin iktidara gelmiş bulunmasına rağmen, hâlâ anayasal ve kanuni düzenlemelerimize hâkim olmaya devam etmesi, çok ilginç ve açıklanmaya muhtaç bir noktadır. Bu paradoksta, söz konusu anlayışın, silahlı kuvvetler ve yargı organı gibi çok güçlü kurumsal desteklere sahip olmasının rolü büyüktür. Ancak sivil toplum düzeyinde de, sayıca azınlıkta olmakla birlikte, sosyal, ekonomik ve kültürel ağırlıkları büyük olan laikçi toplum kesimlerinin ve onların temsilcisi olan CHP'nin desteğinin de elbette ciddi katkısı vardır. Geçtiğimiz onyıllarda yargı organının, başta Anayasa Mahkemesi ve Danıştay olmak üzere dayatmacı laiklik anlayışına ne kadar güçlü bir destek verdiği önceki bölümlerde ele alınmıştı. Bu bölümde de silahlı kuvvetlerin ve laikçi toplum kesimlerinin rolü üzerinde durulacaktır.

1. Silahlı Kuvvetler

Kemalist ideolojiyi ve onun en önemli sütunlarından biri olan laiklik ilkesini içten benimsemiş ve onu korumayı kendisi için bir misyon kabul etmiş olan Silahlı Kuvvetler, tek-parti döneminde rejimin başlıca dayanaklarından birini oluşturmuştur. Çok-partili hayata geçilmesinden sonra da ordu, DP iktidarına daima şüpheyle bakmış, onun din ve vicdan hürriyeti bakımından daha hoşgörülü tutumunu, laiklikten ve Atatürk ilke ve inkılâplarından endişe verici bir sapma olarak algılamıştır.⁴⁶ 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinden sonra, Milli Birlik Komitesi (MBK) üyeleriyle yapılan röportajlarda ve yayımlanan anı kitaplarında, müdahalenin sebepleri arasında DP iktidarının Atatürk ilke ve inkılâplarından sapmış olması sık sık dile getirilmiştir.⁴⁷

46. DP döneminde iktidar-ordu ilişkileri hakkında, genel olarak bkz. Demirel 2011: 228-46, 344-68.

47. Özbudun 1966. DP iktidarının Atatürk ilke ve inkılâplarından saptığı iddiası, 1961 Anayasası'nın yapımı çalışmalarına ilişkin belgelere de yansımıştır. Mesela Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa Tasarısı hakkındaki ra-

12 Eylül 1980 askeri darbesiyle iktidara gelen MGK rejiminin öncülüğünde hazırlanan 1982 Anayasası'nda da, Atatürk ilke ve inkılâplarına ve Atatürkçü milliyetçilik anlayışına Anayasanın Başlangıç bölümünde ve birçok maddesinde yer verilmiş, "Atatürkçü düşüncüyü, Atatürk ilke ve inkılâplarını, Türk kültürünü, Türk tarihini ve Türk dilini bilimsel yoldan araştırmak, tanıtmak ve yaymak ve yayınlar yapmak amacıyla, Atatürk'ün manevî himayelerinde" Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu adı altında, anayasal bir kuruluş oluşturulmuştur (m. 134).

Ancak Silahlı Kuvvetler'in, Laikçiler - Müslüman muhafazakârlar arasındaki çatışmada aktif bir rol alması, 1990'lardan itibaren siyasal İslamı temsil eden RP'nin hızlı yükselişiyle birlikte olmuştur. AK Parti iktidarı döneminde de devam eden bu çatışmada Silahlı Kuvvetler, Ceren Belge'nin deyiimiyle, Anayasa Mahkemesi ve CHP ile birlikte, "cumhuriyetçi ittifak"ın ana unsurlarından birini oluşturmuştur (Belge 2006). Bu ittifaka, AK Parti iktidarının ilk beş yılında, Anayasanın kendisine tanıdığı güçlü yetkileri, söz konusu çatışmada laikçiler lehine kullanmış olan Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'i de eklemek gerekir.

Bu dönemdeki çatışmanın en dramatik ürünü, kuşkusuz 1997 yılında Erbakan hükümetini istifaya zorlayan, daha sonra da RP'nin kapatılmasına yol açan "28 Şubat süreci" ya da "post-modern darbe"sidir. Bu tarihte yapılan MGK toplantısının ardından yayımlanan bildiri- de, "Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı, çağdışı bir kisve altında zemin oluşturmaya yönelik rejim aleyhtarı faaliyetlerin" gözden geçirildiği, "Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığını, Atatürk İlke ve İnkılâpları doğrultusunda çağdaş medeniyet yolunda, demokratik sistem içerisinde ilerlemesini teminat altına alan Anayasa ve Cumhuriyet yasalarının uygulanmasından asla taviz verilmemesi gerektiği... Türkiye'de laikliğin sadece rejimin değil, aynı zamanda demokrasinin ve toplum huzurunun da teminatı ve bir yaşam tarzı olduğu... yasalarla belirlenmiş kuralların göz ardı edilerek yapılan çağdışı uygulamaların da hukukun

porunda DP iktidarının, "Türk Devriminin dayandığı ilkelerden ve bu ilkelere dayanan milli bir politika takibinden kendisini tamamen uzaklaştırdığı"; "Türk Devriminin esaslarından ayrıldığı"; "devrimlere karşı çevrelerin oylarını kazanmak amacıyla" devrimlerin "inkar edildiği" ifade edilmiş; yeni bir Anayasanın yapılış sebepleri arasında "İnkılâp prensiplerine dönüş" de zikredilmiştir (Öztürk 1966: cilt 1, 600).

üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayacağı" belirtilerek, alınması uygun bulunan tedbirlerin Bakanlar Kurulu'na bildirilmesine karar verilmiştir.⁴⁸

Bu tedbirler arasında, tekke ve zaviyelerin kapatılması ile bazı kisvelerin yasaklanması gibi inkılâp kanunlarının uygulanması, TCK'nın 163. maddesinin kaldırılmasıyla oluşan boşluğun irticaya karşı yeni kanuni düzenlemelerle doldurulması, 8 yıllık zorunlu eğitimin uygulanması, imam-hatip okullarının gerçekten meslek liseleri haline getirilmeleri, dincilerin kontrolündeki Kur'an kurslarının kapatılması, devlet dairelerindeki dinci kadrolaşmanın ve irticai faaliyetlerinden dolayı ordudan ihraç edilen subay ve astsubayların belediyelerde istihdamının önlenmesi, tarikatların ekonomik güç haline gelmelerinin ve laiklik aleyhtarı medya faaliyetlerinin engellenmesi hususları yer almaktadır (Kuru 2011: 165). Erbakan hükümetinin bir süre sonra istifa etmek zorunda kalmasıyla iktidara gelen Mesut Yılmaz başbakanlığındaki koalisyon hükümeti döneminde, bu tedbirlerin önemli bir bölümü gerçekleştirilmiş, ayrıca İslami sosyal ve ekonomik faaliyetler üzerinde, çoğu *de facto* nitelikte sınırlayıcı tedbirler alınmıştır (Yavuz 2000).

Silahlı Kuvvetler'in bu çatışmadaki rolü, 2002 milletvekili seçimlerinde AK Parti'nin, oyların yüzde 34,3'ünü ve milletvekillerinin neredeyse üçte ikisini kazanarak iktidara gelmesiyle yeniden yoğunluk kazandı.⁴⁹ Bu çatışmalardan ilki, AK Parti iktidarının, 2004 Mayıs'ında Yükseköğretim Kanununda bir değişiklik yaparak, normal liseler ve meslek liseleri mezunları arasında üniversite giriş sınavlarında uygulanan katsayı farkını kaldırma girişimi konusunda yaşandı. Yukarıda görüldüğü gibi bu kanun, Cumhurbaşkanı Sezer tarafından veto edildiği gibi, Silahlı Kuvvetler'in de şiddetli tepkisine yol açtı. Genelkurmay Başkanlığı'nın 6 Mayıs 2004 tarihli açıklamasında, imam-hatip liselerinin "sadece din hizmetinde görevlendirilecek eleman yetiştiren öğretim kurumları" oldukları, kanun değişikliğinin Tevhid-i Tedrisat Kanununa aykırı olarak "öğrenim birliği" ve "laik eğitim ilkelerini" zedeleyeceği, "bu nedenle, Cumhuriyet'in temel niteliklerine bağlılığı şüphesiz olan kesim ve kurumların bu değişiklik tasarısını benimse-

48. Yazıcı 2009: 172-3. 28 Şubat süreci hakkında ayrıca bkz. Bayramoğlu 2001.

49. AK Parti iktidarı döneminde hükümet-ordu ilişkileri hakkında genel olarak, bkz. Özbudun ve Hale 2010, Bölüm 7.

mesi(nin) beklenemeyeceği" ifade edildikten sonra şöyle denilmektedir: "TSK'nın Cumhuriyet'in demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti nitelikleriyle ilgili düşünceleri ve tavrı dün ne ise bugün de aynıdır ve yarın da aynı olacaktır. Hiç kimsenin TSK'nın bu düşünce ve tavrı üzerinde şüphe ve yanlışlığı içinde olması düşünülemez" (Özbudun ve Hale 2010: 123-4, 146; Yazıcı 2009: 100-11). Bilindiği gibi, bu tepki üzerine AK Parti çoğunluğu, kanunu yeniden kabul ederek Cumhurbaşkanına gönderme yolunu tercih etmemiştir.

Genelkurmay Başkanı Orgeneral Hilmi Özkök, 20 Nisan 2005 tarihli Harp Akademileri Komutanlığı'ndaki yıllık değerlendirme konuşmasında benzer mesajlar vermiştir. Özkök, bir kısım çevrelerin Türkiye'yi "ılımlı İslam modeli bir ülke" olarak tanımlamak istediklerine işaret ederek, şunları söylemiştir:

Türkiye ne bir İslam devleti ne de İslam ülkesidir... Burada unutulana ve ya dikkatten kaçırılan husus, laikliğin Türk demokrasisinin gelişmesinde ana itici güç oluşudur. Bu oluşumda laikliğin Türkiye'de geçirdiği süreç göz ardı edilmemelidir... Laiklik ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti'ni oluşturan tüm değerlerin kilit taşıdır. Türkiye, bu nitelikleriyle 'Türkiye Cumhuriyeti' olarak model gösterilebilir. Ancak başka ülkelerin kabul edeceği bir ılımlı İslam devleti modeline dönüştürülmek istenmesi halinde bu yaklaşıma ulusça karşı çıkılacağı asla gözden kaçırılmamalıdır.

Gene Özkök'e göre,

irticai hareket, dini bireysellikten çıkararak onu toplumun talepleri olarak siyasete yansıtma gayretlerini yoğunlaştırmıştır. Bu gayretlerde, demokrasinin tüm vasıtaları, bu kapsamda okul, yurt, şirket, dernek, vakıf, yazılı ve görsel medya, toplumu örgütlenme ve yönlendirmede etkili olarak kullanılmaktadır. Bu dönemde irticai örgütler, kamu kurumlarında kadrolaşma gayretlerini artırmış, bu yönde önemli mesafeler kaydetmişlerdir. Basın-yayın organları vasıtasıyla faaliyetlerini hızlandırmışlardır... Türkiye Cumhuriyeti'ni ileriye götürecek, geleceğe taşıyacak ana ilkeler, laiklik ve çağdaşıktır. Hiç kimse, TSK'dan bu konularda tarafsız kalmasını beklememelidir. TSK'nın bu konulara ilişkin hassasiyet ve kararlılığı aynen sürecektir.⁵⁰

Benzer mesajlar, Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral İlker Başbuğ'un Kara Harp Okulunun 2006-2007 eğitim ve öğretim yılı açılış konuşmasında da tekrarlanmıştır (25 Eylül 2006):

50. Genelkurmay Başkanlığı, www.tsk.mil.tr/bashalk/konusma_mesaj/2005/yillik_degerlendirme_200405.htm, 25.04.2005.

Türk devrimine direniş hareketi irtica ve gericiliktir. Türk devrimine direniş daha Atatürk hayatta iken başlamıştır. Çünkü bütün devrimlerde, devrimin getirmiş olduğu yeniliği hazmedemeyenler ve güçlerini kaybedenler vardır. Bugün... irticai tehdit, bazı kesimler kabul etmese de kaygı verici boyutlara ulaşmaktadır. Devrimlerin; bazı kesimler tarafından bilinçli, sabırlı ve planlı bir biçimde aşındırılmaya çalışıldığı ve bu yönde de kayda değer mesafe alındığı bir gerçektir... Laiklik ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti'ni oluşturan tüm değerlerin temel taşıdır... Bütün bunlara rağmen, laiklik kavramının neden tartışmaya açılmaya çalışıldığını anlamak mümkün değildir. Laiklik ilkesinin demokrasi ile çatıştığını iddia etmek ise sağlam bir temele dayanmamaktadır. Aksine; laik düzen, Türk demokrasisinin gelişmesinde ana itici gücü oluşturmuştur... Giderek güçlenen bu cemaatler, ekonomiyi yönlendirmeye, sosyopolitik yaşamı biçimlendirmeye, dine bağlı bir yaşam tarzı olarak, sosyal kimliklerini ortaya koymaya çalışmaktadırlar. Bu cemaatler ile 677 sayılı kanunda varlığı yasaklanan tarikatlar, devrime karşı hareketlerin odağı haline dönüşmektedirler.⁵¹

Silahlı Kuvvetler'le AK Parti iktidarı arasındaki çalkantılı ilişkinin en dramatik noktası, şüpheşiz, 2007 ilkbaharında yaşanan Cumhurbaşkanlığı seçimi krizi⁵² sırasında, Genelkurmay Başkanı Orgeneral Yaşar Büyükanıt tarafından yayımlanan 27 Nisan "e-muhtıra"sıdır. AK Parti'nin TBMM'de aday Abdullah Gül'ü üçüncü turda Cumhurbaşkanı seçebilecek rahat bir çoğunluğa sahip olmasına rağmen, bunu önlemek amacıyla güden muhtıradaki şu görüşlere yer verilmekteydi:

Cumhuriyet karşıtı olan ve devletimizin temel niteliklerini aşındırmakla başka amaç taşımayan bu irticai anlayış, son günlerde bazı gelişmeler ve söylemlerden de cesaret almakta ve faaliyetlerinin kapsamını genişletmektedir. Bölgemizdeki gelişmeler, din ile oynamanın ve inancın siyasi bir söyleme ve amaca alet edilmesinin yol açabileceği felaketlerin ibret alınması gereken örnekleri ile doludur... Bu tür davranış ve uygulamaların, Sayın Genelkurmay Başkanı'nın 12 Nisan 2007 tarihinde yaptığı basın toplantısında ifade ettiği "Cumhuriyet rejimine sözde değil özde bağlı olmak ve bunu davranışlarına yansıtmak" ilkesi ile tamamen çeliştiği ve Anayasanın temel nitelikleri ile hükümlerini ihlal ettiği açık bir gerçektir. Son günlerde, Cum-

51. *Milliyet*, 25 Eylül 2006, www.milliyet.com.tr/2006/09/25/son/sonsiy12.asp. Başbuğ, aynı görüşleri Konya'da aylık olarak yayımlanan *Barem* dergisinin ekim sayısında çıkan yazısında da tekrarlamıştır: *Milliyet*, 28 Eylül 2006, www.milliyet.com.tr/2006/09/28/son/sonsiy16.asp. Deniz Kuvvetleri Komutanı Oramiral Yener Karahanoğlu'nun aynı tarihlerde ve aynı yöndeki sözleri için bkz. *Milliyet*, 29 Eylül 2006, www.milliyet.com.tr/2006/09/29/son/sonsiy15.asp.

52. Bu kriz hakkında bkz. Özbudun ve Gençkaya 2010: 97-104.

hurbaşkanlığı seçimi sürecinde öne çıkan sorun, laikliğin tartışılması konusuna odaklanmış durumdadır. Bu durum, Türk Silâhlı Kuvvetleri tarafından endişe ile izlenmektedir. Unutulmamalıdır ki, Türk Silâhlı Kuvvetleri bu tartışmada taraftır ve laikliğin kesin savunucusudur. Ayrıca, Türk Silâhlı Kuvvetleri yapılmakta olan tartışmaların ve olumsuz yöndeki yorumların kesin olarak karşısındadır, gerektiğinde tavrını ve davranışlarını açık ve net bir şekilde ortaya koyacaktır. Bundan kimsenin şüphesi olmaması gerekir... Türk Silâhlı Kuvvetleri, bu niteliklerin korunması için kendisine kanunlarla verilmiş olan açık görevleri eksiksiz yerine getirme konusundaki sarsılmaz kararlılığını muhafaza etmektedir ve bu kararlılığa olan bağlılığı ile inancı kesindir.⁵³

Bu muhtırayı takiben Anayasa Mahkemesi'nin çok tartışmalı ünlü "367 kararı" ile Abdullah Gül'ün Cumhurbaşkanı seçimi engellenmiş, ancak yapılan anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanının bundan böyle halkça seçilmesi yöntemi kabul edilmiş, bu değişiklik üzerindeki hukuk savaşları devam ederken yapılan 22 Temmuz 2007 milletvekili genel seçimlerinde AK Parti, oyların yüzde 46,58'i ile 341 milletvekilliği elde ederek ezici bir zafer kazanmış, yeni toplanan TBMM de, 28 Ağustos 2007 tarihinde yürürlükteki kurallara uygun olarak Abdullah Gül'ü Cumhurbaşkanı seçmiştir. 22 Temmuz seçimleri ve Cumhurbaşkanlığı krizinin bu şekilde sonuçlanması, vesayetçilik anlayışına karşı halk iradesinin zaferi olarak nitelendirilebilir.

Buna rağmen, Silahlı Kuvvetler'in, laikçilik - muhafazakârlık çatışmasındaki aktif rolünün, bu tarihten sonra ortadan kalkmış olduğu sanılmamalıdır. Orgeneral İlker Başbuğ, 28 Ağustos 2008 tarihinde Genelkurmay Başkanlığı'nı üstlenirken yapılan devir-teslim töreni konuşmasında benzer mesajlar vermeye devam etmiştir:

Laiklik ilkesi Türkiye Cumhuriyeti kuruluş felsefesinin temel direklerinden biri olup, Türkiye Cumhuriyeti'ni oluşturan tüm değerlerin de temel taşıdır. Laikliğin işlevsel tanımı, Anayasanın başlangıç ile 24'üncü ve 174'üncü maddelerinde yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasayı resmen yorumlamaya yetkili tek organ olarak, laikliğe ilişkin yapmış olduğu yorumlar, laikliğin anlamının ortaya konulmasında vazgeçilmez kaynaktır... Buna karşılık bugün, toplumun bir kesimi, yeni bir kültürel kimliğin, yaşam tarzının oluşumunda dini düşüncelere büyük bir ağırlık verildiğini düşünmekte ve gelişmelerden büyük bir endişe duymaktadır. Bu endişe ciddiye

53. Genelkurmay Başkanlığı, basın açıklaması, www.tsk.mil.tr/bashalk/basac/2007/a08.htm

alınmalıdır. Çoğulcu demokrasi anlayışı çerçevesinde, toplumsal huzur için bu zorunludur... Laiklik ilkesinin demokrasi ile çatıştığını iddia etmek de sağlam bir temele dayanmamaktadır. Aksine, laik düzen Türk demokrasisinin gelişmesinde ana itici gücü oluşturmıştır. Etrafımızdaki bazı ülkelere bakılırsa bu gerçek görülebilir.⁵⁴

Silahlı Kuvvetler'in laikçilik - muhafazakârlık çatışmasında oynadığı aktif rol, elbette, bu kamuya açık beyan ve duyurularla sınırlı kalmamıştır. Silahlı Kuvvetler'in bazı unsurlarının AK Parti hükümetini hukuk-dışı yollardan bertaraf etme girişimlerine ilişkin iddialar, halen Ergenekon ve Balyoz davalarında yargı organı önündedir. Görülmekte olan davalara ilişkin olmaları nedeniyle, burada söz konusu girişimler hakkında bir değerlendirmede bulunulmayacaktır.

2010 Anayasa değişiklikleri ile Silahlı Kuvvetler ve yargı organının seçilmiş iktidarlar üzerindeki vesayet yetkilerinin bir ölçüde sınırlandırılması, 2011 seçimlerinde AK Parti'nin oylarını da arttırmak suretiyle bir kere daha tek başına iktidara gelmesi, Ergenekon ve Balyoz davalarının yarattığı psikolojik iklim, Türkiye'nin siyasi rejiminin, güçlü vesayet yetkileriyle donatılmış bir yarı-demokratik ya da seçimsel demokrasiden, daha normal bir demokrasiye doğru mesafe almasının belirtileri olarak kabul edilebilir. Bu şartlar altında Silahlı Kuvvetler'in dayatmacı laiklik yönündeki aktif ve kararlı tutumunun da bir ölçüde ılımlılaşacağı tahmin edilebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, 1982 Anayasası'nın Silahlı Kuvvetler'e tanıdığı ayrıcalıkların ve vesayet yetkilerinin pek çoğu halen yürürlüğünü sürdürdüğü gibi, bu kurumun bünyesinde dayatmacı laiklik anlayışının pek çok ateşli taraftarı bulunmaktadır. Dolayısıyla şu andaki durum ancak kırılgan bir denge durumu olarak tanımlanabilir.

54. Genelkurmay Başkanlığı, Ana Sayfa-Arşiv-Basın Yayın Faaliyetleri-Konuşmalar Arşivi-2008 Yılı Konuşmalar Arşivi, Orgeneral İlker Başbuğ'un Genelkurmay Başkanlığı Devir-Teslim Töreni Konuşması, 28 Ağustos 2008. Orgeneral Işık Koşaner'in Kara Kuvvetleri Komutanlığını Orgeneral Başbuğ'dan devraldığı devir-teslim töreni konuşmasındaki benzer ifadeler için bkz. "Laiklikte Tarafız", www.milliyet.com.tr/yazdir.aspx?aType=HaberDetayPrint&ArticleID-983714, 8/28/2008.

2. Sivil Toplum

Dayatmacı laiklik anlayışının, sadece Silahlı Kuvvetler'in ve yargı organının vesayetçi tutumları sayesinde ayakta kaldığını söylemek, aşırı bir basitleştirme olur. Bu anlayış, sivil toplum içinde de, sayıca azınlıkta olsa bile, eğitim ve ekonomik refah düzeyleri bakımından özgül ağırlığı yüksek bir toplum kesiminden güçlü destek bulmaktadır. Kemalist ideolojiyi içselleştirmiş olan bu kesim, dayatmacı laiklik modelini özellikle büyük çoğunluğu Müslüman olan bir toplumda meşru ve gerekli bulmakta, bundan pasif laiklik yönünde ortaya çıkabilecek sapmaların, İslami bir otokrasiye, ya da Şeriat devletine yol açabileceğine güçlü şekilde inanmaktadır. Bu kesimlerin siyasi temsilcisi de, bütün Cumhuriyet dönemi boyunca olduğu gibi, bugün de CHP'dir.

2006 yılında gerçekleştirilen önemli bir saha araştırması, Türk toplumunun hayli önemli bir kesiminde bu tutumların güçlü olduğunu göstermiştir. Mesela deneklerin yüzde 32,6'sı, son 10-15 yılda Türkiye'de İslami temelde bir toplum ve devlet düzeni yaratmak isteyen köktendinciliğin yükseldiği kanaatindedir. Bu kanaatteki deneklerin yüzde 53,2'si, son 10 yılda başını örten kadınların sayısında çok büyük artış olduğunu düşünmektedir. Deneklerin yüzde 53,6'sına göre Türkiye'de din temelinde politika yapan partiler olmamalıdır. Laikliğin tehdit altında olduğuna inananların oranı yüzde 22,1'dir. Bu oran özellikle CHP seçmenleri, varlıklı kesimler, üniversite mezunları ve kendilerini laik olarak tanımlayanlar arasında Türkiye ortalamasının hayli üzerindedir. Demokratik sistemin geleceği açısından kaygı verici başka bir bulgu, deneklerin yüzde 26,8'inin, Türkiye'nin sorunlarının seçilmiş hükümetler değil, askeri bir rejim tarafından çözülebileceğine inanmasıdır. Buna paralel olarak, deneklerin yüzde 24,8'i Türkiye'de halkın, ordunun desteği olmadan da laikliği ayakta tutabileceğine inanmamakta; yüzde 58,6'sı da, Silahlı Kuvvetler'in, seçilmiş hükümetlere karşı kimi zaman görüşlerini dile getirmelerinin doğal olduğuna inanmaktadır (Çarkoğlu ve Toprak 2006: 73-9). Bu bulgular Silahlı Kuvvetler'in, dayatmacı laikliğin korunması yönündeki vesayetçi tutumunun, toplumun hiç değilse belli bir kesimi tarafından meşru karşılandığını ortaya koymaktadır.

İlginçtir ki aynı araştırma, son yıllarda şeriata dayalı bir devlet kurulmasını isteyenlerin oranında ciddi bir düşüş olduğunu göstermektedir. Aynı araştırmacıların 1999 yılındaki araştırmasında yüzde 21 ola-

rak saptanan bu oran, 2006 araştırmasında yüzde 8,9'a düşmüştür. Benzer şekilde, toplumun bir kesimindeki aksi yönde algıya rağmen, başını örten kadınların oranı artmamış, azalmıştır. Başlarını örtmediğini belirten kırsal deneklerin oranı, 1999'da yüzde 12,4'ten 2006'da yüzde 15,1'e, kentsel deneklerin oranı da, yüzde 33,4'ten yüzde 46'ya yükselmiştir. Buna karşılık, insanların Müslümanlığın gereği olan ibadetlerini serbestçe yerine getirebildiklerine inananların oranı, 1999'da yüzde 63,8'den 2006'da yüzde 81,9'a yükselmiş; dindar insanlara baskı yapıldığına inananların oranı da 1999'da yüzde 42,4'ten 2006'da yüzde 17'ye düşmüştür (Çarkoğlu ve Toprak 2006: 58; 75; 90). Öte yandan, aynı araştırma, toplumsal hoşgörü düzeyinin yüksek olmadığını da göstermektedir. Mesela deneklerin yüzde 39,1'i Yahudi, yüzde 42'si Ermeni, yüzde 43,9'u Rum, yüzde 49'u dine inanmayan bir aileyi, yüzde 66,2'si de eşcinsel bir çifti komşu olarak görmek istememektedir. Benzer şekilde, deneklerin yüzde 69,8'i kızının Müslüman olmayan biriyle, yüzde 66,6'sı oğlunun Müslüman olmayan biriyle, yüzde 50,5'i kızının veya oğlunun başka mezhepten bir Müslümanla evlenmesine karşıdır. Yüksek düzeyde toleranssızlığın, kendilerini İslamcı ya da dindar olarak nitelendiren deneklerde daha yüksek olduğu göze çarpmaktadır. Ancak bu açıdan AKP, ANAP, DYP, GP, MHP ve BDP seçmenleri arasında önemli bir fark yoktur (46-54). Algıların gerçekliklerle ters yönde oluşu, muhtemelen AK Parti iktidarının laikçi kesimde yarattığı kuşku ve endişe duygularıyla açıklanabilir. Öyle görünüyor ki sorun ideolojik olmaktan çok, büyük ölçüde psikolojiktir.

VI. Genel Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda özetlenen değişimi, acaba Türkiye'de dayatmacı laiklikten pasif laikliğe doğru bir kayış olarak nitelendirmek mümkün müdür? Özellikle 2010 Anayasa değişikliklerinden ve 2011 seçimlerinden sonra, yargı organı ve Silahlı Kuvvetler gibi vesayet kurumlarının yetkilerinin seçilmiş iktidarlar lehine olarak bir ölçüde azaldığı, bu kurumların militan tutumlarının da bir ölçüde yumuşadığı gözlemlenmektedir. Nitekim, çok uzun süredir çözümsüz kalan üniversitelerde başörtüsü serbestisi ve üniversite giriş sınavlarında farklı katsayı uygulamasına son verilmesi gibi önemli değişiklikler, Anayasa ve kanunlarda hiçbir değişiklik yapılmaksızın, YÖK kararları ile *de facto*

olarak çözüme kavuşmuştur. Laikçi toplum kesimlerinin siyasi temsilcisi olan CHP'nin tutumunda da bir yumuşama gözlemlenmektedir. Nitekim CHP'nin üniversitelerde türban yasağının kaldırılmasına artık ilkesel bir itirazı olmadığı anlaşılmaktadır.

Ancak bu olumlu gelişmeleri, Türkiye'de dayatmacı laiklik anlayışının sona erdiği ve pasif laiklik modeline geçildiği şeklinde yorumlamak şüphesiz çok abartılı olur. Önceki bölümlerde açıklandığı gibi, dayatmacı laikliğin bütün kurumsal, anayasal ve yasal temelleri halen olduğu gibi durmaktadır. Siyasal tutum ve davranışlar düzeyinde de bu anlayışı desteklemeye devam eden önemli bir toplum kesimi mevcuttur. Diğer bir deyimle, dayatmacı laiklerle pasif laikler arasındaki savaş biraz yumuşamış olmakla beraber sona ermiş değildir.

Her şeye rağmen gidiş, tedrici şekilde de olsa, pasif laiklik yönündedir. İlginçtir ki, 1999 Kasım'ında İstanbul'da Türk ve Fransız bilim insanları arasında laiklik ve demokrasi konusunda gerçekleştirilen bir sempozyumda, Jakoben laikliğin savunucusu olacakları düşünülebilecek Fransız katılımcılar, Türkiye'ye pasif laikliğe geçiş yönünde tavsiyelerde bulunmuşlardır. Mesela Bockel'e göre çağdaş demokratik toplumsal taleplere karşı takınılabilecek bir tutum, "cumhuriyetçi prensipler adına otoriter şekilde tepki vermek ve 'Cumhuriyetin tehlikede' olduğunu ilan etmektir. Bu ulusal cumhuriyetçi Fransızlar'ın ve Türk resmi makamlarının tutumudur. Bu önceden kaybedilmiş bir savaştır" (Bockel 2001: 57). Groc'a göre de, "bugün dinin Türk sosyokültürel bağlamındaki önemli yerini bilmezlikten gelemeyiz, ve bu önemli yer laik bir hayat şekliyle çelişkili değildir... Madem ki Türkiye bu tür sorunla karşı karşıya ve bunları çözmek için şimdiden bir araca sahip, bunu çoğulcu, katılımcı ve yurttaş vizyonuna benzer bir uyarılama yumuşaklığıyla koruması gerekiyor" (2001: 234, 236). Aynı sempozyuma katılan Yılmaz Aliefendioğlu da şu görüşleri ifade etmektedir:

Laiklik, tek eksenli dinsel inanç ya da devlet güdümlü din anlayışıyla bağdaşmaz. Laiklik din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değişik inanç ya da dinleri, karşılıklı saygı esasıyla içermelidir. Laik devlette, çeşitli inançlar, çoğulculuk ilkesine bağlı olarak inançlarının gereğini yapabilmeli, kamusal düzeni bozmadıkça ibadetlerini özgürce gerçekleştirebilmelidir. Çoğulculuk, sadece inançlardaki farklılığı kabul etmek değil, aynı zamanda farklılığı ifade edebilmektir. Toplumdaki değişik inançlar, kendi dinsel kimlikleriyle ortaya çıkabilmelidirler. Dini unsurlar daha radikal söylemlerle ortaya çıksalar da laik devlet bunlarla baş edebilir. Laik devlet, otoriter tavrını terk

ederek radikal unsurları sistemle bütünleştirebildiği oranda güç kazanacaktır. Dayatmacı görüşten çoğulculuğa geçiş, laikliğin evrimi ve demokrasiye örtüşen yönüdür. (Aliefendioğlu 2001: 78; Özbudun 2007e)

Bir toplumda çoğulcu pasif laiklik anlayışının benimsenmesi, anayasal ve kanuni düzenlemeler kadar, hatta belki ondan da önemli olarak, Stepan'ın deyimiyle "ikiz hoşgörüler"in (*twin tolerations*) inşa edilebilmesine bağlıdır. Yazara göre, "halen hemen hemen hiçbir Batı Avrupa demokrasisinde katı ve hasmane bir kilise-devlet ayrılığı yoktur. Gerçekten, bunların pek çoğu demokratik müzakereler yoluyla, devlet müdahalesine tabi olmayan bir din hürriyetine ulaşmışlardır ve hepsi, dini gruplara sadece özel ibadetlerinde değil, sivil toplumda ve siyasal toplumda örgütlenme hürriyetini de tanımışlardır. Dolayısıyla, Batı Avrupa'dan alınacak ders, kilise-devlet ayrılığında *değil*, 'ikiz hoşgörüler'in siyasal düzeyde sürekli olarak inşasında ve yeniden inşasında yatmaktadır. Gerçekten, 'kilise ile devletin ayrılığı' kavramının, Batı Avrupa demokrasisinin çağdaş sözlüğünde, ancak 'ikiz hoşgörüler' bağlamında bir yeri vardır" (Stepan 2001: 222).

Gerçekten, bu ikiz hoşgörülerin yerleşmesi, diğer bir deyimle devlet ile din kurumlarının kendilerine ait alanlarda özerk olarak faaliyet göstermeleri, demokratik rejimin sağlıklı işleyebilmesi açısından zorunludur. Birçok siyasal teorisyenin isabetle belirttikleri gibi, bazı sosyal çatışmaların çözümü, doğaları gereği, diğer çatışmaların çözümünden çok daha zordur. Albert Hirschman'ın "ya o, ya bu" (*either/ or*) tipi çatışmalar olarak adlandırdığı bu tür çatışmaların en tipik örneği, dinsel değerlere ilişkin çatışmalardır (Hirschman 1994: 213). Mutlak inançlara dayanan bu çatışmaların, siyasal yoldan, hatta akılcı yöntemlerle çözülmesi çok güçtür. Dolayısıyla birçok ülke, dinsel bağlılıkları, çoğunlukların ve kamu görevlilerinin erişemeyecekleri, siyasal-olmayan bir alana çekmişlerdir. Paradoksal gibi görünse de, bu bölmelere ayırma işleminin sosyal dayanışmayı güçlendireceği ve diğer çatışmaların çözümünü kolaylaştıracağı düşünülmektedir (Holmes 1988: 23).

Türkiye'de de demokratik ve çoğulcu bir laiklik anlayışına ulaşılabilmesi için, bu "ikiz hoşgörüler"in inşa edilmesi, diğer bir deyimle bir yandan devlet din ve vicdan hürriyeti önündeki engelleri kaldırırken, öte yandan da dini grupların da çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi değerlerine bağlılığı içselleştirmeleri gerekmektedir.

1982 Anayasası ve Parti Yasakları

Serap Yazıcı

Giriş

1982 ANAYASASI siyasi partileri, "Parti kurma, partilere girme ve partilerden çıkma" başlıklı 68. ve "Siyasi partilerin uyacakları esaslar" başlıklı 69. maddelerinde düzenlemektedir. 68. maddenin ikinci fıkrası, isabetli olarak "Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" hükmüne yer vermektedir. Gerçekten de siyasi partiler, seçmen iradesinin karar organlarına yansımaları sağlayan en etkili örgütsel yapılardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) de çeşitli kararlarında, siyasi partilerle demokrasi arasındaki karşılıklı ilişkinin önemi işaret etmiştir. Mahkemeye göre,

Genel ve eşit oy hakkı, çoğulcu, katılımcı kurallar ve kurumlar düzeni olan çağdaş demokrasilerde, yurttaşların devlet yönetimine katılmalarının temel koşuludur. Bu yolla söz sahibi olup etkinlik kazanma olanağı elde edilirse de kişilerin ayrı ayrı güçleriyle sonuç almaları güçtür. Bireysel iradeleri birleştirip yönlendirerek onlara ağırlık kazandıran özgün kuruluşlara gereksinim duyulmuştur. Bu kuruluşlar, dağınık siyasal tercihleri birleştirip açıklık ve güç sağlayarak devlet hizmetlerini daha yararlı kılmak, hak ve özgürlükleri güvenceye bağlayarak toplumsal barışı güçlendirmek, anayasal ilkeler doğrultusunda kamuoyu oluşturarak ulusal yaşama daha çok aydınlık getirmek yönünden vazgeçilmez öneme sahip olan siyasal partilerdir.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, aşağıda görüleceği gibi, kapatma istemiyle açılan davaların büyük çoğunluğunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın iddiaları doğrultusunda kapatmaya hükmetmiştir. Bu nedenle, Anayasanın 68. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün retoriğin ötesinde hiçbir hukuki değeri kalmamıştır.

Siyasi partileri demokrasinin vazgeçilmez unsuru olarak tanımlayan Anayasa da 68. ve 69. maddelerinde, bu tanımla bağdaşmayan ge-

niş yasaklara yer vermiştir. Bu maddeler üzerinde yapılacak biçimsel bir inceleme dahi anayasakoyucunun siyasi partilerin ifade ve örgütlenme hürriyetini ne ölçüde yasakçı ve otoriter bir zihniyetle sınırladığını göstermektedir. 68. maddenin orijinal metni yedi fıkradan oluşmakta, maddenin sadece birinci ve üçüncü fıkraları partilere tanınan hürriyetin yasakoyucu tarafından müdahale edilmesi mümkün olmayan çekirdek alanını tayin etmektedir. Birinci fıkra, vatandaşların partilere katılma ve partilerden ayrılma hakkını düzenlemekte, parti üyesi olabilmek için 21 yaşın ikmal edilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Üçüncü fıkra, kanunkoyucunun partilerin kuruluşunu önceden izin alma şartına bağlamasını engelleyen bir hükme yer vermektedir. 68. maddenin dört, beş, altı ve yedinci fıkraları ise siyasi partilerin tabi oldukları yasakları düzenlemektedir.

Dokuz fıkradan oluşan 69. maddenin ilk metninin bir, iki, yedi ve sekizinci fıkraları, siyasi partilere ilişkin diğer yasaklara hasredilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrası, "Siyasi partilerin parti içi çalışmaları ve kararları, demokrasi esaslarına aykırı olamaz" hükmüne yer verir; ancak bu fıkranın içerdiği demokrasi kavramının siyasi parti hürriyetinin korunmasına mı, yoksa sınırlandırılmasına mı hizmet edeceği tartışmaya açık bir konudur. Bu hükümde yer alan demokrasi kavramının, Anayasanın Başlangıç'ının beşinci paragrafındaki "hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı" ifadesiyle birlikte değerlendirildiğinde, parti hürriyetinin korunmasından ziyade sınırlandırılmasına hizmet ettiğini ileride göreceğiz.

69. maddenin orijinal metninin siyasi partilerin mali denetimlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasını düzenleyen dört, tüzük ve programları ile kurucularının anayasaya ve kanunlara uygunluk denetiminin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılmasını öngören beş, kapatma istemiyle açılan davaların AYM tarafından karara bağlanmasını öngören altıncı fıkraları ise, özünde usule ilişkin kurallara yer vermektedir. Bu usul kuralları ise aşağıda görüleceği gibi, 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun (SPK) ilgili hükümleriyle, AYM'nin üye kompozisyonu ve üyelerin seçiminde izlenen yöntem kuralları nedeniyle uygulamada yasakların ağırlaşmasına hizmet etmiştir.

Bu kısa açıklama dahi, anayasakoyucunun parti yasaklarını 68. ve 69. maddelerde sistematik bir bütünlükle değil, dağınık olarak düzen-

lediğini göstermektedir. 1982 Anayasası'nın içerdiği parti yasakları ilk kez Ergun Özbudun (1986: 73-78) tarafından siyasi partilerin amaçlarına, örgütlenme ve çalışmalarına ilişkin yasaklar şeklinde sınıflandırılmış, Kemal Gözler de eserlerinde aynı sınıflandırmayı esas almıştır (2000a: 136-7). Anayasanın içerdiği parti yasaklarıyla, Siyasi Partiler Kanunu'nun (SPK) sözü geçen yasakları somutlaştıran hükümleri ve AYM'nin kapatma kararlarının ele alınacağı bu çalışmada da aynı sınıflama yöntemi izlenecektir. Bu yasaklar, önce Anayasanın orijinal metni çerçevesinde incelenecek, 1995, 2001, 2004 ve 2010 Anayasa değişikliklerinin bunlar üzerindeki etkisi ayrı bir başlıkta ele alınacaktır. 2820 sayılı kanunda yapılan değişiklikler ise bu kanun hükümlerinin incelendiği ilgili başlıklarda verilecektir.

I. Amaç Yasakları

Siyasi partilerin amaçlarına ilişkin yasaklar, Anayasanın 68. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında hükme bağlanmıştır. Bu fıkraların orijinal metinlerine göre,

Siyasi partilerin tüzük ve programları, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz. Sınıf veya zümre egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan siyasi partiler kurulamaz.

Görüldüğü gibi Anayasa, siyasi partileri amaçları yönünden çok sayıda kavramla sınırlamaktadır. Üstelik bu kavramların hukuki nitelikten yoksun olması, herkesçe kabul edilmesi mümkün, objektif tanımlarının yapılmasını güçleştirmekte, böylece AYM'ye çok geniş bir takdir yetkisi sunulmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise Anayasanın kendisine sunduğu bu takdir yetkisini, siyasi parti hürriyetini korumaya yönelik demokratik bir zihniyetle değil, hemen hemen her davada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın talebi doğrultusunda, otomatik olarak kapatmaya hükmeden otoriter bir zihniyetle kullanmıştır. Nitekim AYM, 1982 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, on dokuz siyasi partinin kapatılmasına, bir siyasi partinin ise Hazine yardımıdan kısmen mahrumiyetine hükmetmiştir. Bu kapatma kararlarından sekizi, parti tüzüğü ve programında yer alan ifadelerin 68. maddenin içerdiği yasakları ihlal ettiği gerekçesine dayandırılmıştır. AYM'nin,

tüzük ve programlarını 68. maddenin dördüncü fıkrasına aykırı göreyerek haklarında kapatmaya hükmettiği siyasi partiler şunlardır: Huzur Partisi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi, ÖZDEP, Sosyalist Türkiye Partisi, Emek Partisi, Demokrasi ve Değişim Partisi, Halkın Emek Partisi ve Demokratik Kitle Partisi.

Sekiz siyasi partinin tüzük ve programlarında yer alan hükümler nedeniyle, on bir siyasi partinin ise gerek aynı nedenle gerekse eylemleri nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılması, çeşitli faktörlerin bir araya gelmesinin sonucudur. Bunlardan en önemlisi, 68. ve 69. maddelerde çok sayıda yasaklayıcı kavramın yer alması ve bu kavramların sınırlarının belirsizliğidir. İkincisi, aşağıda görüleceği gibi, SPK'nın anayasal yasakları Anayasaya aykırı olarak genişletmesidir. Üçüncüsü, gene aşağıda görüleceği gibi, Anayasa ve SPK'nın öngördüğü usul kurallarıdır. Son olarak, bir diğer faktör de 1982 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi'ni demokratik meşruiyetten yoksun bir vesayet organı olarak düzenlemesi, dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin çağdaş dünyadaki emsalleri gibi anayasanın üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi-nin güvencesi olan içtihatlar geliştirmesini engellemesidir. Bütün bunların sonucu olarak, Anayasanın 68. maddesinin yukarıda işaret edilen ikinci fıkrasındaki "Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" hükmüne rağmen, Türkiye'de siyasi partilere tanınan örgütlenme ve ifade hürriyeti, demokrasinin evrensel standartlarıyla bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Türkiye'de anayasa düzenine hâkim olan asıl ilkenin partilerin yasaklanması, istisnanın ise siyasi parti hürriyetinin korunması olduğunu öne sürmek abartılı olmayacaktır.

1. Ülke Bütünlüğü

Bu kavramla devletin toprak bütünlüğünün kastedildiği açıktır. Ancak Anayasakoyucunun ülke bütünlüğü kavramını tekçi (üniter) devlet modelini kastetmek amacıyla mı kullandığı, özellikle aşağıda incelenecek olan 2820 sayılı SPK'nın 80. maddesinde yer alan yasak yönünden tartışılması gereken bir konudur. Bu nedenle, Anayasanın "Devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti" başlıklı 3. maddesinde yer alan devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü kavramının, Anayasakoyucu tarafından üniter devletle özdeş olarak vurgulanıp vurgulanmadığının araştırılması gerekir.

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun 3. maddeye ilişkin gerekçesinde, ülke bütünlüğü kavramının üniter devlet yapısıyla özdeş olarak kullanıldığı anlamına gelen bir ifade yer almamaktadır. Benzer şekilde, Komisyon raporunun –Anayasanın 68. maddesine tekabül eden– 77. maddesinin gerekçesinde de ülke bütünlüğünün tekçi devleti kastettiğini gösteren bir açıklama bulunmamaktadır.

2. Millet Bütünlüğü

Millet bütünlüğü kavramıyla anayasal düzeyde ne tür bir yasak getirildiğinin tanımlanması ise neredeyse imkânsızdır. Üstelik Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun, Anayasanın ne 3. ne de 68. maddesinin gerekçesinde millet bütünlüğü kavramı tanımlanmıştır. Bu nedenle, aşağıda görüleceği gibi, SPK'nın millet bütünlüğü kavramını somutlaştıran 81. maddesinin Anayasaya uygunluğu şüpheli görünmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü kavramlarının ihlali gerekçesiyle açılan davalarda, SPK'nın Anayasaya uygunluğu tartışmalı 80. ve 81. maddelerine dayandığı gibi ülke ve millet bütünlüğü arasında karşılıklı bir bağ olduğu sonucuna da ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

Gerek Anayasaya gerek Siyasi Partiler Yasası'na göre ülke ve ulus bütünlüğü, devletin bölünmezliğinin temel öğeleridir. Faaliyet ister ülke ister ulus bütünlüğüne yönelik olsun sonuçta, devletin bölünmez bütünlüğünün tehlikeye girmesi söz konusudur. Ülke bütünlüğünün hedef alınmasının ulus bütünlüğünü, ulus bütünlüğünün hedef alınmasının da ülke bütünlüğünü bozacağı kuşkusuzdur. Anayasa ve Yasa, bu değerleri birlikte ve ödünsüz, mutlak olarak korumayı amaçlamıştır. Hiçbir devlet bu konuda hoşgörülü davranmak ve ödün vermek yetkisini kendisinde göremez.

3. Demokratik Devlet Düzeni

68. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan insan hakları, millet egemenliği ve demokratik devlet kavramlarının tümü, demokratik siyasi düzeni korumayı hedeflemektedir. Bu kavramlarla siyasi partilerin, insan haklarına dayanan özgürlükçü ve çoğulcu demokrasiyi reddeden, otoriter veya totaliter bir sistemi yerleştirecek amaçlara yönelmeleri yasaklanmıştır (Özbudun 1986: 75). Ne var ki aşağıda görüleceği gibi, SPK'nın demokratik devleti korumak amacıyla 78. maddesinde

düzenlediği yasakların Anayasaya uygunluğu çok şüphelidir. Üstelik 78. maddede yer alan yasaklarla demokratik devletin korunabileceği de tartışmaya açık bir konudur.

4. Laiklik

Laiklik, din hürriyeti ile bu hürriyetten doğan hakların ayrım gözetmeksizin herkes için eşit olarak tanınıp korunduğu, dine bağlı devlet ile devlete bağlı din anlayışının reddedildiği bir sistemi ifade etmektedir. Buna karşılık laiklik ilkesinin siyasi partiler yönünden ne tür bir yasak yarattığı tartışmaya açık bir konudur. Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasında bu belirsizliği giderdiği izlenimini uyandıran bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, "Kimse Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri her ne suretle olursa olsun istismar edemez ve kötüye kullanamaz". Ne var ki bu hüküm, laikliğin parti yasağına dönüştürülmesindeki belirsizliği gidermemekte, aksine AYM'ye geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır. SPK'nın "Atatürk İlke ve İnkılaplarının ve Laik Devlet Niteliğinin Korunması" başlıklı 3. Bölüm'ünde yer alan düzenlemeler ise, laikliği somut parti yasaklarına dönüştürmek yerine, Anayasaya uygunlukları şüpheli yeni yasaklar yaratmaktadır.

AYM'nin kuruluşundan bu yana pek çok kararında ortaya çıkan dayatmacı laiklik anlayışı, bu kavramın özgürlükler yönünden aşırı bir yasağı dönüşmesine yol açmıştır. Bu anlayışın en çarpıcı örneklerinden biri, Yüksek Mahkeme'nin 1989 tarihli meşhur türban kararıdır. Anılan kararında Mahkeme laikliği şöyle tanımlamaktadır:

Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, [laikliğin] gerçekte toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Laiklik egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir... Laiklikle birlikte dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik din ve mezheplere inananlar, bu ayrımlara karşın birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece bölünmeler durmuş, iç ba-

riş sağlanmış; yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türk Ulusu'nun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Laiklik, dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte laiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Laik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz.

Öte yandan Mahkeme, anılan kanunu Anayasanın 2. maddesi yönünden değerlendirirken, Atatürk milliyetçiliğiyle laiklik arasında anlaşılması güç ve oldukça tartışmalı bir ilişki kurmak suretiyle iptal kararını daha da pekiştirmiştir. Mahkemeye göre,

Atatürk milliyetçiliği, gelişme ve ilerleme yolunda, uluslararası işlem ve ilişkilerde çağdaş uluslara uygun ve onlarla uyum içinde yürümekle birlikte, Türk toplumunun özel yeteneklerini ve bağımsız kimliğini koruması olarak tanımlanan Türk milliyetçiliğinin Türk olmak mutluluğunu duyan herkesi kapsayan biçiminin adıdır. Atatürk'ün 5.11.1925 günlü söylevinde belirttiği gibi din ve mezhep bağının yerini Türk ulusçuluğu bağı almıştır. Bu tanıma göre, ulusu oluşturan öğeler arasında dil birliği, ulusal duyguyla yan yana insanlık duygusu, siyasal varlıkta birlik, yurt birliği, köken birliği, tarihsel ve ahlaksal yakınlıklar sayılır. Geçmiş ortaklığı, gelecek ve amaç birliği de öğeler arasına alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türkiye halkına Türk ulusu diyerek başka ayrımlara yer vermeyen Atatürk milliyetçiliğinde dinsel öğe esas alınmamıştır. Laiklik, devlet ve toplumun karşılıklı laik tutumunu da içerir. Bu da birleştiricilikle sonuçlanır. Birleştiricilik dinsel bağda değil, Atatürk milliyetçiliğinde, ulus bağında, ulusal değerlerdedir; incelenen Yasa maddesi ise dinsel inanç gereğine yer vererek Atatürk milliyetçiliği ilkesiyle çelişmektedir.

Bu bakış açısı, Mahkeme'nin 1991 tarihli yorumlu red niteliğindeki ikinci türban kararında ve Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde 5735 sayılı Kanunla yapılan değişikliği esas yönünden denetleyerek iptal ettiği kararında da hâkim durumdadır.

AYM'nin bu dayatmacı laiklik anlayışı, siyasi partileri kapatma davalarında da kendisini göstermektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme kuruluşundan bu yana, sırasıyla Milli Nizam Partisi, Huzur Partisi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi, Refah Partisi ve Fazilet Partisi'ni laik-

lişe aykırı olduğu gerekçesiyle kapatmış; Adalet ve Kalkınma Partisi'nin ise laikliğin ihlali yönünden Anayasaya aykırılığın odağı haline geldiğine hükmederek Hazine yardımıdan kısmen mahrumiyetine karar vermiştir. Milli Nizam Partisi'nin kapatılma gerekçelerinden biri, parti programında din derslerinin zorunlu hale getirilmesini hedeflemiş olmasıdır. İlginç bir biçimde bu hedefi gerçekleştiren, Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 1982 Anayasası olmuştur.

Huzur Partisi'nin kapatılma gerekçelerinden biri parti programında yer alan şu ifadelerdir: "Üniversitelerimizin laik olması fikrine inanmıyor ve bunu benimsemiyoruz... Bu manada din eğitim ve öğretiminin üniversitelere de Batıdaki üniversitelere uygun olarak, tatbikine taraftarız." Mahkeme bu ifadeleri, önceki içtihatlarında benimsediği dayatmacı laiklik anlayışına aykırı görerek kapatmaya hükmetmiştir. Huzur Partisi'nin kapatılmasının diğer nedeni ise parti programında yer alan şu ifadelerdir: "Dokuz heceli olan Türk alfabesine dokuzuncu sesli harfi koymak istiyoruz. Eski Türk alfabelerinin neden otuzbeş harfli olduğunu yeni baştan ve Atatürkçü bir ruh ve anlayışla araştıracağız." Anayasa Mahkemesi bu ifadeleri, Anayasanın İnkılap Kanunları'nın korunmasını düzenleyen 174. maddesiyle, SPK'nın 84. maddesine aykırı görerek kapatmaya hükmetmiştir.

Fazilet Partisi'nin kapatılması ise parti yöneticilerinin kamu kurumları ve üniversitelerde türban yasağının kaldırılması yönündeki beyanlarına dayandırılmıştır. Ergun Özbudun'un işaret ettiği gibi, "Bir yasağın kaldırılmasını, başka bir ifadeyle hürriyet alanının genişletilmesini talep etmenin, bir parti kapatma sebebi olarak düşünülmesini anlamak mümkün değildir. Kaldı ki üniversite öğrencileri bakımından bu yasağın, evrensel demokratik ilkelere, insan haklarına ve AİHM kriterlerine uygunluğu son derece şüphelidir" (2011b: 103).

Siyasi partilerin laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle kapatılmasına yol açan diğer faktör ise SPK'nın Anayasaya aykırı hükümleri olmuştur. Bu hükümlerden kaynaklanan problemlere ve AYM'nin içtihatlarına aşağıda yer verilecektir.

5. Cumhuriyet

Cumhuriyetin karşıtı monarşi olduğuna göre, bu ilkeyle siyasi partilerin tüzük ve programlarında monarşi hedefine yönelmeleri yasaklanmıştır.

6. Sınıf ve Zümre Egemenliği ve Herhangi Bir Diktatörlüğün Yasaklanması

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu, Anayasa tasarısının 77. maddesinde yer alan bu yasağın gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır:

1961 Anayasası'nda, Anayasanın sağa ve sola ve ne oranda açık olduğu ilk yıllardan beri tartışma konusu olmuştur. Bu nedenle bu gibi tartışmalara son vermek için, Türkiye'de bundan böyle sınıf ve zümre esasını, komünizmi, faşizmi, teokrasiyi ve herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi esas alan siyasi partinin kurulamayacağını kabul etmiştir. Türkiye'de demokrasinin bu sistemleri amaçlamadığı ve Türk milletinin bu düşünceleri savunan sistemlere ihtiyacı olmadığı, Atatürk ilkeleri ışığında bir demokrasinin bu düşünceleri reddettiği sonucuna varılmıştır. Türk milletinin bu düşüncelere dayanan sistemlerden uzak olan bir demokrasi ile daha rahat ve huzur içinde kendi birlik ve beraberliğini koruyacağı ve bağımsız kalacağı ve kalkınmasını yapabileceği sonucuna varılmıştır (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, s. 115-6).

Anayasanın 68. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan yasa, 2820 sayılı SPK'nın 5. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, aynı Kanunun 78. maddesinin (c) bendinde somutlaştırılmaktadır. 2820 sayılı kanunun 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ilgili bölümü şöyledir: "Siyasi parti kurma hakkı ... Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak ... veya herhangi bir diktatörlük türüne dayanan devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamaz." Aynı Kanunun 78. maddesinin (c) bendi ise şöyledir: "Siyasi partiler, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerindeki egemenliğini veya zümre egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlamazlar ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar."

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 68. ve 69. maddelerinde öngörülen yasaklarla 2820 sayılı Kanunun bu yasakları somutlaştıran düzenlemelerini otoriter bir zihniyetle yorumladığı ve çok sayıda siyasi partinin kapatılmasına hükmettiği halde, Anayasanın 68. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen yasakla, 2820 sayılı Kanunun bu yasağı somutlaştıran hükümlerini şaşırtıcı bir biçimde liberal bir zihniyetle yorumlamıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1988'de Sosyalist Partinin tüzük ve programının Anayasanın 68. maddesinin beşinci fıkrası-

na aykırılığı gerekçesiyle açılan kapatma davasını reddetmiştir. Mahkemeye göre,

Sınıf egemenliği, siyasi iktidarın ve siyasi faaliyetin belli bir sınıfın tekeline geçmesi, toplumdaki diğer sınıfların 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 iktidarların seçimlerle değişebilirliği kuralına aykırı bir tutum alınmadığı sürece, sınıf iktidarını istemek ya da bu yolda çalışmak yasalara aykırı düşmez.

Öte yandan Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) aleyhine çeşitli gerekçelerle açılan davada nihayetinde kapatmaya hükmettiği halde, partinin tüzük ve programının sınıf ve zümre diktatörlüğü yasağını ihlal ettiği gerekçesine dayanan kapatma talebini reddetmiştir. Bu ret kararında Mahkeme, 1988 tarihli içtihadına atıfta bulunmuştur.

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü gerekçesiyle kapatmaya hükmettiği 1992 tarihli Sosyalist Parti davasında Mahkeme, Anayasanın 68. maddesinin beşinci fıkrasındaki hükmün anlamını şöyle yorumlamıştır:

Bu fıkra "Sınıf veya zümre egemenliğini veya herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan siyasi partiler kurulamaz" demektedir. Ancak buradaki "kurulamaz" sözcüğünü kuşkusuz kurulduktan sonra "kapatılır" biçiminde yorumlamak gerekir. Çünkü gerek Anayasa, gerek Siyasi Partiler Yasası, siyasi partilerin önceden izin almadan kurulabileceklerini öngörmektedir. Kurulurken tüzük ve programında yasaklara aykırı kural ve hükümler bulunan partilere karşı kapatma davası açılabilceği gibi sonradan eylemli olarak yasaklara aykırı tutum izleyen partilerin de kapatılması yoluna gidilebilir. O halde bu yasaklara aykırı bir parti kurulabilir. Ancak, bunun yaptırımı Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılma olacaktır.

II. Faaliyet Yasakları

Siyasi partilerin kapatma müeyyidesi gerektiren faaliyet yasaklarından biri, 69. maddenin ilk fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre, "Siyasi partiler, tüzük ve programları dışında faaliyette bulunamazlar, Anayasanın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkamazlar; çıkarlar temelli kapatılır". Maddenin bu hükmü, siyasi partiler için çok ge-

niş sayılabilecek iki yasak öngörmektedir. Bunlardan biri, siyasi parti faaliyetlerinin kendi tüzük ve programlarında yer alan hedeflerle, diğeri ise bu faaliyetlerin Anayasanın 14. maddesinde yer alan hükümle sınırlanmasıdır.

1. *Siyasi Parti Faaliyetlerinin Tüzük ve Programlarıyla Sınırlanması*

Bir siyasi partinin kendi tüzük ve programında yer alan ifadelerle sınırlanması, o siyasi partinin kuruluş ânında, içinde bulunduğu ülkenin ve tüm dünyanın karşılaşması muhtemel sorunları önceden tahmin edebilme ve buna bağlı olarak çözümler üretebilme yeteneğini gerektirmektedir. Bu ise, ne gerçek ne de tüzel bir kişiden beklenebilecek bir yetenektir. Dolayısıyla siyasi partiler, kuruldukları ânın özgül sorunları temelinde bir perspektif edinmeye mahkûm kılınmaktadır. Değişen koşullar çerçevesinde yeni stratejiler belirleyebilmek, yeni politikalar tespit edebilmek için siyasi partilerin önce tüzük ve programlarında değişiklikler yapması gerekecektir (Tanör 1994: 127). Anayasa Mahkemesi bu yasağın ihlalini uyarıya bağlı bir kapatma nedeni, 14. maddenin ihlalini ise uyarısız bir kapatma nedeni olarak değerlendirmektedir. Mahkemeye göre,

Anayasanın 69. maddesi, siyasi partilerin uyarıya gerek kalmadan kapatılmasını başlıca iki nedene bağlamıştır: İlk kapatma nedeni 69. maddenin birinci fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra göre, "Siyasi partiler, tüzük ve programları dışında faaliyette bulunamazlar, Anayasanın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkamazlar; çıkanlar temelli kapatılır". Bu kural siyasi partilerin tüzük ve programları dışındaki faaliyetlerini yasaklarken bunları uyarısız kapatma nedeni saymamış, ancak Anayasanın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkmayı uyarısız kapatma nedeni saymıştır.

2. *Siyasi Parti Faaliyetlerinin Anayasanın 14. Maddesiyle Sınırlanması*

69. maddenin ilk fıkrasında yer alan ikinci faaliyet yasağı, siyasi partileri Anayasanın 14. maddesinde yer alan hükümle sınırlamaktadır. 14. maddenin orijinal metni şöyledir:

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin

varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak vs. herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.

"Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması" başlıklı 14. madde, aslında ilk bakışta temel haklar ve özgürlükler için güvence niteliği taşıyan bir hükme yer verdiği izlenimini uyandırmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen anayasalarla, uluslararası hukuk metinlerinde yer alan kötüye kullanma yasağı, meşru bir hakkın kullanılması aracılığı ile özgürlükçü demokratik düzenin ortadan kaldırılmasına yönelik fiilleri sınırlamayı hedeflemektedir. Daha açık bir deyişle, kötüye kullanma yasağı, hürriyeti yok etme hürriyetinin meşru bir hürriyet olmadığı anlamına gelmektedir (Kapani 1964: 132-45). Ayrıca, demokratik anayasalarla uluslararası hukuk metinleri, hürriyeti yok etme hürriyetini yasaklayan hükümlerinde, maddi âlemde tezahür eden somut fiillere yer vermektedir. 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 30. maddesine göre, "Bu bildirgenin hiçbir kuralı, herhangi bir devlet, topluluk veya kişiye, burada açıklanan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan bir girişimde veya eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamaz". 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine göre, "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz"

1982 Anayasası'nın 14. maddesinin orijinal metni ise, maddi âlemde tezahüreden fiilleri değil, mefruz bazı niyetleri kötüye kullanma yasağının alanına dahil etmiştir. Böylece bir yandan kanunkoyucuya maddi âlemde tezahür etmeyen, varlığı mefruz olan niyetleri cezalandırma yetkisi tanıdığı; diğer yandan da, yargı organına aynı bağlamda geniş bir takdir yetkisi sunmuştur (Yazıcı 2011b: 102-8). Böylece Anayasa Mahkemesi, 14. maddede yer alan müphem ve muğlâk kavramla-

rın ihlaline yönelik saiklere sahip olduğunu düşündüğü siyasi partileri kapatmakla yetkilendirilmiştir. Nitekim Mahkeme DEP aleyhine açılan davada, partinin "Demokrasi Partisi'nin Barış Çağrısıdır" başlıklı bildirisini, şiddet çağrısı ve nefret söylemi olarak nitelendirilecek hiçbir ifadeye yer vermediği, tam aksine barış ve kardeşlik mesajları içerdiği halde, bir tür niyet okuma suretiyle, kapatma kararının gerekçeleri arasında değerlendirmiştir. Mahkemeye göre,

Demokrasi Partisi her ne kadar görünüşte sık sık "kardeşlik" ve "birlik" sözcüklerini kullanmaktaysa da bunu gerçek amacını gizlemek için yaptığı, asıl amacın Ulusu ve Ülkeyi parçalamak olduğu, kardeşlik ve eşitliğin uluslararası düzeyde arandığı açıktır. Dava nedeni konuşmalar ve bildiri vatan-daşlar arasında kin, husumet ve ayrılık duyguları yaratmakta ve körüklemektedir... Hakkı ve özgürlüğü kötüye kullanmaya engel olmak devletin görevidir.

III. Örgütlenme Yasakları

Siyasi partilerin örgütlenmelerine ilişkin yasaklar, Anayasanın 68. ve 69. maddelerinin orijinal metinlerinde yer almaktadır. 68. maddenin orijinal 6. fıkrasının düzenlediği, siyasi partilerin yurtdışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamayacağı, kadın kolu, gençlik kolu gibi ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar oluşturamayacağı ve vakıf kuramayacağına ilişkin yasaklar bu niteliktedir. Aynı maddenin 7. fıkrasının, kimlerin siyasi partilere üye olamayacağını düzenleyen hükmü de örgütlenmeye ilişkin yasaklar arasındadır. Buna göre, "Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ve yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, öğrenciler ve Silahlı Kuvvetler mensupları siyasi partilere giremezler".

69. maddenin orijinal 2. fıkrasında yer alan, siyasi partilerin "dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde" bulunmamalarını ve "maddi yardım" almamalarını öngören yasak ile aynı maddenin orijinal 3. fıkrasında düzenlenen "siyasi partilerin parti içi çalışmaları" ve kararlarının, "demokrasi esaslarına aykırı" olamayacağı hükmü de örgütlenme yasakları arasındadır.

69. maddenin orijinal 7. fıkrasının düzenlediği kapatma yaptırımının fer'i sonucu niteliğindeki hüküm de aslında siyasi partilerin örgütlenme hürriyetlerine getirilen bir yasağı ifade etmektedir. Bu hükme göre, "Temelli kapatılan siyasi partilerin kurucuları ile her kademdeki yöneticileri, yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamayacakları gibi, kapatılmış bir siyasi partinin mensuplarının üye çoğunluğunu teşkil edeceği yeni bir siyasi parti de kurulamaz."

Nihayet, 69. maddenin 8. fıkrası da siyasi partilerin örgütlenmelerine ilişkin bir yasağı düzenlemektedir. Bu hükme göre, "Siyasi partiler, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, yabancı ülkelerdeki dernek ve kuruluşlardan herhangi bir suretle ayni ve nakdi yardım alamazlar, bunlardan emir alamazlar ve bunların Türkiye'nin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü aleyhindeki karar ve faaliyetlerine katılmazlar. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket eden siyasi partiler de temelli kapatılır."

Anayasanın 68. ve 69. maddelerinde dağınık olarak düzenlenen örgütlenme yasaklarıyla ilgili olarak dikkat çeken bir husus, bu yasakların önemli bir bölümünün herhangi bir yaptırıma bağlanmamasıdır. Anayasakoyucu, sadece 69. maddenin 8. fıkrasında yer alan örgütlenmeye ilişkin yasağın ihlalini kapatma ile müeyyidelendirmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında 69. maddenin 8. fıkrasını ihlal eden bir partinin uyarısız olarak kapatılabileceği sonucuna ulaşmıştır.

IV. Siyasi Partiler Kanunu'nun Yarattığı Diğer Yasaklar

Anayasanın 68. ve 69. maddelerinde yer alan yasaklarla siyasi partilerin örgütlenme ve ifade hürriyetlerinin aşırı ölçüde sınırlandığı açıktır. Ne var ki, anayasakoyucu bu yasakları, sınırlı sayı kuralına uygun olarak tahdidi bir biçimde düzenlemiştir. Bu nedenle, SPK'nın anayasal yasakları somutlaştırmakla yetinmesi, bu yasakların alanını genişletmemesi gerekmektedir. Nitekim anayasanın üstünlüğü kuralı, kanun koyucunun kanun yapma yetkisini kullanırken özgürlüklerin anayasal alanını dikkate almasını, hak ve özgürlükleri somutlaştıran düzenlemelerin bunların anayasal alanlarını daraltmamasına özen göstermesini gerektirmektedir. Ne var ki, 2820 sayılı SPK, Anayasanın 68. ve 69. maddelerinde yer alan yasakları somutlaştırmak yerine, bu yasak-

ların alanını Anayasaya aykırı bir biçimde genişleten, anayasal dayanakta yoksun yeni yasaklar yaratan çeşitli düzenlemelere yer vermiştir. Üstelik Anayasanın geçici 15. maddesinin son fıkrasında yer alan, Milli Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği hukuki tasarruflara yargı bağışıklığı sunan hüküm, SPK'nın Anayasaya aykırı düzenlemelerinin anayasa yargısı yoluyla tasfiyesini de 2001 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar engellemiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, aşağıda görüleceği gibi, davalı partilerin SPK'nın Anayasaya aykırı hükümlerinin itiraz yolu ile denetlenmesi ve bu hükümlerin ihmal edilmesi yönündeki taleplerini, geçici 15. maddeyi gerekçe göstererek reddetmiştir. Böylece, Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasaya uygunluğu tartışmalı olan düzenlemeleri, pek çok siyasi partinin kapatılmasına neden olmuştur. 2820 sayılı Kanunun anayasaya aykırı düzenlemeleriyle AYM'nin bu düzenlemeleri esas alan kapatma kararlarının bir kısmına aşağıda değinilecektir.

1. Demokratik Devlet Düzeninin Korunması: SPK Madde 78

1982 Anayasası'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrası, siyasi partilerin amaçlarını demokrasiye uygunlukla sınırlamış, 2820 sayılı SPK da 78. maddesiyle bu yasağı somutlaştırmıştır. Bir anayasa düzeninin siyasi partileri demokrasi değerlerine uygunlukla sınırlamasının ve buna aykırı amaç güden partileri yasaklamasının aslında yadırganacak bir tarafı yoktur. Nitekim siyasi partilerin yasaklanması kuralının ilk kez bir anayasa hükmüyle benimsendiği Almanya'da da bu yasakla ulaşılmak istenen hedef, demokratik siyasi düzeni demokrasi karşıtı akımlardan korumaktır. SPK'nın "Demokratik Devlet Düzeninin Korunması İle İlgili Yasaklar" başlıklı 78. maddesi bakımından ortaya çıkan sorun, bu hükümde yer alan yasakların demokrasinin korunmasına ne ölçüde hizmet ettiği meselesidir. Madde, (a) bendinde "Siyasi partiler ... Anayasanın başlangıç kısmında ... belirtilen esaslarını ... değiştirmek amacını güdemezler veya bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar, başkalarını bu yolda tahrik ve teşvik edemezler" hükmüne yer vermekte, bu hükme aykırılığı kapatma ile müeyyidelendirmektedir. 78. maddenin sadece bu hükmü dahi üç açıdan eleştirilebilir. Birincisi, bu hükmle Anayasanın 68. ve 69. maddelerinde tahdidi olarak düzenlenen parti yasaklarının kapsamı genişletilmiş, böylece anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırı olarak yeni bir yasak yaratılmıştır. İkincisi, bu hü-

kümle Anayasanın Başlangıcı değişmezlik kapsamına alınmıştır. Oysa Anayasanın 4. maddesinde yer alan değişmezlik kuralı, Başlangıcın değiştirilmesini yasaklamamaktadır. Nitekim Anayasanın Başlangıç bölümü 1995'te 4121, 2001'de ise 4709 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir. Nihayet üçüncüsü, Başlangıç ile demokratik düzenin korunması konusunda kurulan ilişkinin ironisidir. Anayasanın Başlangıcı demokratik değil, devlet odaklı, ideolojik, milliyetçi ve dayanışmacı kavramlarla yüklüdür. Bu nedenle, bir siyasi partinin Anayasanın Başlangıcında yer alan ifadeleri değiştirmesi, bu değişiklikler Başlangıcın içerdiğinden daha otoriter ve totaliter hedeflere yönelmedikçe, demokratik bir tutumun ifadesi olarak düşünülebilir. Aksi halde, Başlangıçta yapılacak her değişiklik, 78. maddenin ihlali olarak değerlendirileceğinden, kapatma yaptırımını gerektirecektir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Anayasanın ve SPK'nın tüm hükümlerini fevkalade yasaklayıcı bir zihniyetle yorumlayarak çok sayıda kapatma davası açtığı halde, Anayasanın Başlangıç bölümünde değişiklik yapan 4121 ve 4709 sayılı kanunları kabul eden siyasi partiler aleyhine neyse ki bu yönde bir dava açmamıştır. Buna karşılık, AYM'nin bugüne kadar verdiği kapatma kararlarının önemli bir bölümü Başlangıca atıfla da gerekçelendirilmiştir.

2. Devletin Tekliği İlkesinin Korunması: SPK Madde 80

SPK'nın anayasal yasakların alanını genişleten bir başka hükmü de bu kanunun "Devletin Tekliği İlkesinin Korunması" başlıklı 80. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, "Siyasi partiler, Türkiye Cumhuriyeti'nin dayandığı Devletin tekliği ilkesini değiştirmek amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar". Bu hüküm, Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ülke bütünlüğü kavramını somutlaştırmayı hedeflemektedir. Oysa yukarıda işaret edildiği gibi, ülke bütünlüğü kavramının tekçi devletle özdeş olduğunu iddia etme olanağı bulunmamaktadır. Ülke bütünlüğü ile kastedilen toprak bütünlüğü olduğuna, bu bütünlüğün korunmasında tekçi ve federal devletler bakımından bir fark olmadığına göre, SPK'nın 80. maddesiyle yeni bir yasak yaratılmaktadır. Nitekim bazı anayasa hukukçularımız da bu görüşü paylaşmaktadır. Ergun Özbudun'a göre, "Üniter (tekçi) devletin korunması, devletin ülkesiyle bütünlüğü ilkesinin zorunlu bir sonucu değildir. Devletin ülkesiyle bütünlüğü ilkesi, federal

veya bölgesel yönetim biçimleriyle pekâlâ bağdaşabilir. Dünya demokrasilerinin önemli bir bölümünü oluşturan federal devletlerde ülke bütünlüğünün tartışma konusu olmaması, bunu kanıtlamaktadır. Bu nedenle bizce, SPK'nın 80. maddesi, anayasal yasağın basit bir uzantısı olmayıp, onu aşan ve taşan yeni bir yasak niteliğini taşımaktadır ve bu nedenle, siyasi parti kapatma sebeplerini tahdidi olarak sayan Anayasanın 68. maddesine aykırıdır" (Özbudun 2006a: 86).

Fazıl Hüsni Erdem de SPK'nın 80. maddesiyle getirilen yasağın Anayasaya aykırı olduğu görüşünü paylaşmaktadır. Yazara göre, "Esas itibariyle, siyasal partiler için öngörülen bu yasaklama hükmü, Anayasada yer alan yasağı aşan bir nitelik taşımaktadır. Zira federalizmi savunan bir siyasal partinin, devletin ülkesiyle bütünlüğünü yıkmayı amaçlamış olduğunu söylemek, her zaman için doğru olmayabilir. Bu nedendir ki SPK'daki bu yasağı, Anayasadaki 'devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü' ilkesinin doğal bir uzantısı olarak kabul etmek mümkün değildir" (Erdem 2004: 256).

Buna karşılık Kemal Gözler, Anayasanın 3. maddesinde yer alan ülke bütünlüğü kavramıyla üniter devletin kastedildiği düşüncesindedir. Yazara göre, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olması, onun 'üniter devlet' olması demektir. ... Devlet, ülke, millet ve egemenlik unsurlarından oluştuğuna göre, üniter devlette tek ülke, tek millet ve tek egemenlik vardır. Diğer bir ifadeyle üniter devlet, tek bir ülke üzerinde, tek bir milletin, tek bir egemenliğe tabi olmasıdır. Bu nedenle üniter devlette, devleti oluşturan unsurlar bölünmez bir bütündür. ... devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü federalizmi yasaklamaktadır. Bu yasak mutlak" (Gözler 2000a: 115-8). Bu durumda Kemal Gözler'e göre, SPK'nın 80. maddesiyle siyasi partilerin federalizmi savunmalarına getirilen yasak, Anayasaya aykırılık sorunu yaratmayacaktır. Tam aksine, Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasındaki ülke bütünlüğü kavramının somutlaştırılması anlamına gelecektir.

Anayasa Mahkemesi de bu maddenin 4. fıkrasında yer alan ülke bütünlüğü kavramının üniter devlet düzeniyle özdeş olarak yorumlanması gerektiği görüşündedir. Mahkemeye göre, "Tekil devlet esasına göre düzenlenen Anayasa'da federatif devlet sistemi benimsenmemiştir. Bu nedenle siyasi partiler, Türkiye'de federal sistem kurulmasına programlarında yer veremezler ve bu yapıyı savunamazlar. Devlet yapısında 'bölünmez bütünlük' ilkesi; egemenliğin, ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünleşmesini gerektirir. Ulu-

sal devlet ilkesi çok uluslu devlet anlayışına olanak vermediği gibi, böyle bir düzende federatif yapıya da olanak yoktur. Federatif sistemde federe devletler tarafından kullanılan egemenlikler söz konusudur. Tekil devlet sisteminde ise birden çok egemenlik yoktur". Bu nedenle mahkeme, program veya tüzüğünde yahut parti mensuplarının kamuya yaptığı açıklamalarda, federalizmi savunan görüşleri, Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ülke bütünlüğü ile SPK'nın 80. maddesindeki tekçi devlet yasağına aykırı bularak kapatmaya hükmetmiştir.

3. Azınlık Yaratılmasının Önlenmesi: SPK Madde 81

Yukarıda değinildiği gibi, Anayasanın 68. maddesinde yer alan millet bütünlüğü kavramıyla Anayasakoyucunun siyasi partilerin amaçları yönünden ne tür bir yasak getirdiği açık değildir. Bu yasak, 2820 sayılı SPK'nın 81. maddesiyle somutlaştırılmıştır. Maddeye göre,

Siyasi partiler:

a) Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde milli veya dini kültür veya mezhep veya ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri sürmezler.

b) Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak millet bütünlüğünün bozulması amacını güdemezler ve bu yolda faaliyette bulunamazlar.

c) Tüzük ve programlarının yazımı ve yayınlanmasında, kongrelerinde, açık veya kapalı salon toplantılarında, mitinglerinde, propagandalarında Türkçe'den başka dil kullanamazlar; Türkçe'den başka dillerde yazılmış pankartlar, levhalar, plaklar, ses ve görüntü bantları, broşür ve beyannameler kullanamaz ve dağıtamazlar; bu eylem ve işlemlerin başkaları tarafından da yapılmasına kayıtsız kalamazlar. Ancak, tüzük ve programlarının kanunla yasaklanmış diller dışındaki yabancı bir dile çevrilmesi mümkündür".

Bu hükmün de tıpkı 80. madde gibi anayasal bir yasağı somutlaştırmaktan ibaret olduğu çok şüphelidir. Bazı anayasa hukukçuları, 81. maddeyle anayasal yasağın ötesine geçen yeni bir yasak yaratıldığı düşüncesindedir. Ergun Özbudun'a göre, "Sosyolojik bir varlık olan azınlıkların siyasi partiler tarafından yapay olarak yaratılması mümkün olmadığı gibi, partilerce göz ardı edilmeleri de onların sosyolojik varlığına son vermez (2006a: 90).

Fazıl Sağlam ise, 81. maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan olgularla, kanunkoyucunun devletin ülke ve millet bütünlüğünün ortadan kalkacağı varsayımında bulunduğunu öne sürmektedir.

Oysa bu varsayıma konu olan olgular ne mantıki açıdan ne de tarihsel, sosyolojik ya da siyasal açıdan devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırılıkla özdeş değildir. Çünkü bir siyasal parti, ülkede azınlık bulunduğunu bir sosyal olgu olarak belirleyebilir ve bu olguyu ülkede sosyal bütünlüğü sağlayacağına inandığı önlemlere ve politikalara mesnet yapabilir. ... Ulus içinde yer alan farklı dil ve kültürlerin ya da başka etnik özelliklerin korunmasını ve serbestçe var olmasını ulusal bütünlüğü sağlayacak bir politika olarak öngörebilir. Bu görüşler, toplum içindeki başka siyasal parti ya da gruplarca yanlış bulunabilir. Ancak ülke gerçeğini yanlış değerlendirme olasılığına yasak koymak, demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde yeterli bir gerekçe olamaz. (1999: 122-3)

Bülent Tanör'e göre,

Madde hükmü mantığa ve kültüre saygı açısından pek hazin bir durumdadır. ... İlk fıkradan çıkan anlam, bir partinin Türkiye'de Aleviler, Kürtler, Ermeniler, Yahudiler, Rumlar bulunduğunu ileri süremeyeceğidir. İkinci fıkra, başka kültürlerin korunması amacının güdülmesini bile cezalandırarak kültür jenosidi çağrışımı uyandırmaktadır. Her devletin ve anayasal sistemin kendi ülke bütünlüğünü koruma hakkı vardır. ... Oysa demokratik ve rasyonel yaklaşım, ayrılmacı olmamak kaydıyla farklı etnik ve dinsel kimlikleri temsil etmeye çalışan partilerin sistemin dışına itilmesini değil, içine çekilmesini öngörür (1997: 44-5).

Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, partilerin tüzük ve programlarında yer alan ifadelerin Anayasanın 68. maddesinde yer alan millet bütünlüğü kavramıyla 2820 sayılı SPK'nın bu kavramı somutlaştıran 81. maddesine aykırılığı gerekçesiyle, birçok siyasi partiyi kapatmaya hükmetmiştir. Örneğin TBKP aleyhine açılan davada, Yüksek Mahkeme'nin partinin SPK'nın 81. maddesini ihlal ettiği yönündeki düşüncesi şöyledir:

Programda yer alan, "Kürtlerin ulusal varlığı ve meşrû hakları, Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana inkâr edilmiştir", "Gelişen Kürt ulusal bilinci-ne, egemen güçler yasaklarla, baskı ve terörle yanıt vermiştir", "Kürt sorunu, Kürt halkının varlığının, ulusal kimliğinin ve haklarının tanınmamasından kaynaklanan politik bir sorundur", "Kürt halkı üzerindeki ulusal baskı ve eşitsizliğin ortadan kalması için, Türk ve Kürtlerin birliğine ihtiyaç vardır" gibi tümcelerle, anılan kurala aykırı davranılmıştır. ... Kimi siyasal ne-

denlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz. Devlet "TEK"tir, ülke "TÜM"dür, ulus "BİR" dir. Ulusal birlik, devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayrımsız birliktelikleriyle gerçekleşir. Anayasada ve yasalarda yurttaşlar arasında ayrımı öngören hiçbir kural bulunmadığı gibi, kimsenin soy kökeninin yadsınması ya da kabul edilebilecek yeni bir savı da yoktur.

Mahkeme, Özgürlük ve Demokrasi Partisi'nin (ÖZDEP) programında yer alan bazı ifadeleri de SPK'nın 81. maddesine aykırı görerek kapatmaya hükmetmiştir. Parti programındaki ifadeler şöyledir:

ÖZDEP, emekçi sınıfların ve her türden meslek gruplarının, dinsel ve ulusal azınlıkların kendi politik, ekonomik, mesleki ve kültürel çıkarlarını ifade etmeleri için demokratik örgütlenme haklarını temel bir yaşamsal ilke olarak görür ve anayasal güvence altına alır...

Özgürlük ve Demokrasi Partisi Kürt sorununun çözüme kavuşturulmasını demokrasinin temeli kabul eder. Bu sorun Türkler ve Kürtlerin, demokrasiden yana olan herkesin sorunudur.

Özgürlük ve Demokrasi Partisi Kürt sorununun İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Helsinki Sonuç Belgesi hükümlerine uygun, barışçı ve demokratik yöntemlerle çözümlenmesinden yanadır.

Mahkemeye göre,

Parti programında yer alan bu ifadelerle Türkiye Cumhuriyeti'nde birtakım dinsel ve ulusal azınlıkların varlığı dile getirilerek onlara siyasal, ekonomik ve kültürel alanlarda örgütlenme hakkı tanınacağı ifade edilmekte; Kürtler ayrı bir ulus ve azınlık olarak nitelendirilerek, sorununun çözümlenmesinin demokrasinin temeli ve Türklerle Kürtlerin ortak meselesi olduğunun belirtildiği, partinin bu sorunun belirli uluslararası sözleşme ve belgeler çerçevesinde çözümlenmesini savunduğu anlaşılmaktadır. ... Bu anlatımlar, ülkede salt dil, din, ırk bakımlarından öteki kesimden ayrı sosyal özelliklere sahip yurttaşlar bulunduğuun objektif olarak ileri sürülmesi niteliğinde olmayıp, daha ileri gidilerek, bir kısım yurttaşların ayrılıklarını devam ettirebilmelerine ve geliştirmelerine olanak sağlayacak hukuksal güvencelere kavuşturulmaları ve ayrı ulus olmanın getirdiği haklardan yararlandırılmaları benimsenip savunulmaktadır. Bu ise, ulus bütünlüğüne aykırı olarak 81. maddenin (a) bendinde belirtilen "azınlıkların bulunduğuun ileri sürmek" demektir. Programdaki, Partinin ulusal ve dinsel azınlıkların özgür ve demokratik bir ortamda kendi dil ve kültürlerini geliştirebilmeleri için bütün olanakların sağlanacağı biçimindeki düşünce de ulusal azınlıkların varlığı-

nın kabulü olmaktadır. Bu da Siyasi Partiler Kanunu'nun 81. maddesinin (b) bendinde yasaklanan Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye'de azınlıklar yaratarak ulus bütünlüğünün bozulmasını amaçlamak demektir.

Anayasa Mahkemesi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü yasağının ihlali gerekçesiyle açılan tüm davalarda, ülke ve millet bütünlüğünün korunmasına aşırı bir hassasiyet göstermek suretiyle, SPK'nın bu kavramları somutlaştıran ve anayasaya uygunluğu tartışmalı olan hükümlerini tereddütsüz olarak uygulamış, bu tür davalarda neredeyse otomatik bir refleksle kapatmaya hükmetmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, Hak ve Özgürlükler Partisi (HAK-PAR) aleyhine açılan davada bu tutumunu değiştirerek, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ülke ve millet bütünlüğü yasağının ihlali gerekçesine dayanan kapatma talebini reddetmiştir.

HAK-PAR'ın kapatma istemine konu oluşturan tüzük hükümlerinin bir kısmı şöyledir:

Partimiz Türkiye'yi idari, siyasi, toplumsal ve ekonomik olarak, evrensel demokratik hukukun, dünyanın ve AB ülkelerinin çoğulcu siyasi sistem normları içinde ademi merkeziyetçi tarzda yeniden yapılandıracak; Kürt sorununu hak eşitliği temelinde toplumsal uzlaşma ile çözecek, ... Yerel yönetimler özerk yapıya kavuşturulacak. ... Devletin merkeziyetçi otoriter yapısına son verilecek. Yerel yönetim yasaları yeniden düzenlenerek, dışişleri ve savunma dışındaki tüm hizmetleri bölge meclislerin yasal düzenlemeleriyle, özerk yerel yönetimlere terk edilecek.

Mahkemeye göre ise,

Siyasi partilerin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen tüzük ve programlarındaki söylemlerinin demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemediği ülkelerde de rejim için ciddi bir tehlike oluşturmamak için siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde, çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da salt ifade özgürlüğü kapsamında kalan tüzük ve program düzenlemesini kapatma nedeni saydığını kabul etmek olanaklı değildir. Tüzük ve programında, HAK-PAR'ın genel olarak ademi merkeziyetçi bir yönetime ağırlık verdiği, Türkiye'nin temel sorunu olarak kabul ettiği Kürt sorununu hak eşitliği temelinde çözmeyi seçmenine vaat ettiği görülmektedir. Tüzük ve programında ifade edildiği biçimde Parti'nin, Kürt sorunu olarak ele alıp değerlendirdiği soruna kendine göre çözüm önerileri getirmesi, vatandaşlık temelinde ulus kavra-

mının reddi olarak nitelendirilemez. ... belli bir sorunun varlığına ve buna dair çözüm önerilerine ilişkin ifadelerin demokratik bir rejimde düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Gerek iddianamede gerekse sonraki aşamalarda, Parti'nin söz konusu amaçları gerçekleştirmek için Anayasa dışı bir yöntemi uygulayacağına ilişkin herhangi bir kanıt da yer verilmemiştir. Yukarıdaki açıklama ve değerlendirmeler çerçevesinde, Parti'ye tüzük ve programında yer alan ifadelere dayanılarak yaptırım uygulanması örgütlenme ve ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturacağından, İddianame'de ileri sürülen gerekçelerle partiyi kapatma ya da bunun yerine başka bir yaptırım uygulanması, demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde görülemez. Açıklanan nedenlerle, Hak ve Özgürlükler Partisi'nin Anayasanın 69. maddesinin beşinci fıkrası ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 101. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi uyarınca kapatılması isteminin reddi gerekir.

AYM'nin bu liberal yorumu, gelecekte muhafaza edip etmeyeceği belirsizdir. Bu nedenle, kapatma davalarının akıbetini AYM'nin geniş takdirine bırakmak yerine, bu takdiri mümkün olduğu ölçüde sınırlandıracak anayasal ve yasal reformların yapılması gerekir. Bu yöndeki reformların ne olması gerektiğine aşağıda yer verilecektir.

4. Bölgecilik ve Irkçılık Yasağı: SPK Madde 82

SPK'nın 82. maddesinde yer alan "bölgeci devlet" kavramının Anayasaya uygunluğu da çok şüphelidir. Bu hükme göre : "Siyasi partiler, bölünmez bir bütün olan ülkede, bölgecilik veya ırkçılık amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar".

Bir an için anayasakoyucunun devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü kavramına yer verdiği 3. maddesiyle, bu kavramı tekrarladığı 68. maddesinde üniter devlet düzenini esas aldığı varsayılsa bile, Fransa, İtalya ve İspanya gibi ampirik örnekler bölgesel devletin üniter devlet ile birlikte var olabileceğini göstermektedir. Bu nedenle, Kanunun 82. maddesinin bölge esasını savunan siyasi partileri yasaklayan hükmü de, Anayasada yer almayan yeni bir yasağın yaratılması anlamındadır.

Ancak maddenin siyasi partilerin ırkçılık amacına yönelmesini yasaklayan hükmü, Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan insan hakları ve demokratik devlet kavramlarının somut bir yasağa dönüştürülmesi niteliğindedir. Üstelik bu yasak, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesinin de bir gereğidir. Nihayet parti yasaklarının ilk kez bir anayasa hükmüyle dü-

zenlendiği Almanya'da bu tür bir yasağa yer verilmesindeki asıl etken, Nazi yönetiminin ırkçılık esasından kaynaklanan yoğun insan hakları ihlalleri ve bu temelde oluşturduğu totaliter yönetim biçimi olmuştur. Bütün bu nedenlerle maddede ırkçılık yasağına yer verilmesi isabetlidir.

5. Atatürk İlke ve İnkılaplarının ve Laik Devlet Niteliğinin Korunması: SPK Madde 84-88

SPK'nın 87. maddesi, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasında yer alan kuralı tekrarlamıştır. 87. maddeye göre, "Siyasi partiler, Devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inaçlara uydurmak amacıyla veya siyasi amaçla veya siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dinsel hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapamaz, istismar edemez veya kötüye kullanamazlar". Bu hükmün de AYM'ye geniş bir takdir yetkisi sunduğu açıktır. Bir siyasi partinin ne tür eylemleri bu hükmün ihlali olarak değerlendirilecektir? Örneğin siyasi partilerin dinsel bayramlarda yayınladıkları tebrik mesajları, siyasi parti liderlerinin ve diğer yetkililerinin cuma namazlarına ve cenaze törenlerine katılması, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasının ve SPK'nın 87. maddesinin ihlali olarak mı, yoksa günlük hayatın rutin davranışları olarak mı değerlendirilecektir? SPK'nın 88. maddesinin ilk fıkrası, "Siyasi partiler, herhangi bir şekilde dinsel tören ve âyin tertiplemez veya parti sıfatıyla bu gibi tören ve âyinlere katılamazlar" hükmüne yer vermekte, maddenin son fıkrası ise bu yasağın istisnasını düzenlemektedir. Son fıkraya göre, "Devlet protokolünce düzenlenen cenaze törenleri ile partisinden bir üyenin ölümü halinde veya parti nezaketinin gereği olarak bir diğer parti üyesinin veya bağımsız kişinin cenaze töreninde partinin temsili veya parti adına çelenk gönderilmesi ile anma törenleri ve bayramlaşmalar, siyasi propagandaya dönüştürülmemek şartıyla birinci fıkradaki yasağın dışındadır" Görüldüğü gibi, siyasi partiler yönünden yasaklanan eylem, dinsel birtakım törenlerin propagandaya dönüştürülmesidir. Bu yasak, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasında yer alan hükmün somutlaştırıldığı izlenimini vermekle birlikte, Anayasa Mahkemesi yönünden geniş bir takdir yetkisi yaratmaktadır. Böylece Anayasa Mahkemesi, dinsel bir ritüelin propagandaya dönüştürülüp dö-

nüştürülmediğini hiçbir somut ölçüye başvurmaksızın kendi sübjektif ölçüleriyle tespit ederek kapatmaya hükmedebilecektir.

6. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Yerinin

Korunması: SPK Madde 89

SPK'nın, Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasındaki yasağı genişleten, böylece Anayasaya aykırı olarak yeni bir yasak yaratan bir diğer hükümü de 89. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devletin genel idari yapısı dışına çıkarılması yönündeki amaçları, siyasi partilerin kapatılma nedenleri arasında düzenlemiştir.

Madde, iki nedenle anayasaya aykırı bir hükme yer vermektedir. Birincisi, Anayasanın çeşitli hükümlerinde yer alan laikliğin, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın varlığı ile özdeş kılınmasıdır. Oysa Türkiye'deki laikleşme sürecinin ilham kaynağı olan Fransa'da laiklik, devlete bağlı din ve dine bağlı devlet modellerinin her ikisinin de reddi anlamına gelmektedir. Bu ise din ve devlet otoritesinin tamamen ayrılmasını ifade etmektedir. Buna karşılık Diyanet İşleri Başkanlığı, laikliğin bu yönüyle çelişen, devlete bağlı din modelini yaratmıştır. Dolayısıyla bir siyasi partinin Diyanet İşleri Başkanlığı'nı devletin genel idari yapısı içinden çıkarma yönündeki hedefleri, laikliğe aykırı bir tutum anlamına gelmeyecek, tam aksine, Fransız tipi laikliğin pekişmesini teşvik edecektir. Bu yüzden 89. maddenin Anayasaya aykırı yeni bir yasak yarattığı açıktır.

İkincisi, bu hükümle Anayasanın 136. maddesinin değiştirilmesinin dolaylı olarak yasaklanmasıdır. Bilindiği gibi 1982 Anayasası 4. maddesinde sadece Anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilmesini yasaklayan bir hükme yer vermektedir. Bu nedenle Anayasanın ilk üç maddesi hariç diğer tüm hükümleri, 175. maddede öngörülen usule uygun olarak değiştirilebilecektir. SPK'nın 89. maddesinde yer alan hüküm ise Anayasanın 4. maddesindeki değişmezlik yasağını, Diyanet İşleri Başkanlığı'nı düzenleyen 136. maddesine de teşmil etmektedir. Böylece parlamentoda temsil edilen partiler, Anayasanın 136. maddesinin değiştirilmesi veya ilgası yönünde bir anayasa değişikliği teklifi hazırladıkları ve bu değişikliği kabul ettikleri takdirde, bu tutum SPK'nın 89. maddesi gereğince kapatma nedeni olabilecektir (Tanör 1997: 45-6; Sağlam 2000: 246).

Nitekim Anayasa Mahkemesi ÖZDEP davasında, parti programında yer alan "Devlet din işlerine karışmayacak, din cemaatlere bırakılacaktır" ifadesini, SPK'nın 89. maddesinin ihlali olarak görerek kapatmaya hükmetmiştir. Mahkemeye göre,

Devletin, her toplumsal kurumda olduğu gibi, toplumun dini gereksinmelerine yardım etmesinin Anayasa'da yer alan ve nitelikleri açıklanan laiklik esaslarına aykırı bir yanı bulunmadığı gibi; Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasada yer almasının da, yukarıda açıklanan nedenlere dayanması karşısında, laiklik ilkesine aykırı düştüğü kabul edilemez. Yine bu nedenlerle Devletin bu alandaki yardımı ve Diyanet İşleri Kuruluşu görevlilerinin memur sayılması, Devletin din işlerini yürüttüğü anlamına gelmeyip, ülke koşullarının zorunlu kıldığı durumlara uygun bir çözüm yolu bulmak amaç ve anlamını taşımaktadır. Kaldı ki Anayasa'nın 136. maddesinde Başkanlığın işleri, "laiklik ilkesi doğrultusunda..." belirlemesiyle uygunluk temelde vurgulanmıştır.

Bu nedenlerle Anayasada genel idare içinde varlığı öngörülen Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görevlerini ortadan kaldırmak ve bu yolla bu kurumun hukuksal varlığına son vermek özellikle siyasi partiler yönünden 2820 sayılı Yasa'nın 89. maddesine aykırıdır.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, programında aynı hedefe yer veren Demokratik Barış Hareketi Partisi (DBHP) aleyhine açılan davada görüşlerini değiştirerek, kapatma talebini oyçokluğuyla reddetmiştir. DBHP'nin programında yer alan ve kapatma davasının konusunu oluşturan ifadeler şöyledir: "Biz, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bir Devlet Kurumu olmaktan çıkartılmasından yanayız. Kurum inanç sahiplerine devir edilmeli, kurumda hangi inanç grubunun, hangi temsil esasına göre var olacağı ve mali bütçesinin nasıl düzenleneceği tümüyle bu kurumda yer almak isteyen cemaat temsilcilerince belirlenmelidir". Yekta Güngör Özden, Mustafa Bumin ve Fulya Kantarcıoğlu'nun red gerekçelerine göre,

"Anayasa, siyasi partilerin kapatılma nedenlerini tek tek saymış, yasakoyucuya bunların dışında düzenleme yapmaya elverişli bir yasama alanı bırakmamıştır. Bu durumda, siyasi partilerin 68. maddenin dördüncü fıkrasında sayılanlar dışında bir nedenle, tüzük ve programlarının bu fıkra-ya aykırı olduğu gerekçesiyle kapatılmalarına olanak yoktur. Devletin temel hukuk düzeninin kaynağı ve belirleyicisi olan Anayasa'daki bu açıklık karşısında, Siyasi Partiler Yasası'nın farklı bir düzenleme getiren 89. maddesine geçerlik tanımak, Anayasa kuralının uygulama dışı bırakılması anlamına gelir. Oysa söz konusu Anayasa kuralı, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi

Partiler Yasası'ndan sonra 23.7.1995'te yapılan Anayasa değişikliği ile getirilmiştir. Yasakoyucunun bu değişikliğe koşut olarak zaman geçirmeden Siyasi Partiler Yasası'ndaki uyumsuzlukları gidermesi gerekirken, bunu gerçekleştirmemiş olması, aynı konuda ayrıntılı düzenleme getiren ve Yasa'ya göre üst hukuk normu niteliğinde olan Anayasa kuralının uygulanmaması sonucunu doğurmaz. Bu, kısaca "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" ilkesi olarak tanımlanan ve Anayasa kuralının "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" denilen Anayasanın 11. maddesinin de gereğidir.

Parti programının "inanç sorunları" başlıklı bölümü, bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde, laiklik ilkesine aykırılık içermediği, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu ilkeyi gerçekleştirmek amacıyla Devlet kurumu olmaktan çıkartılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca kapatılması isteminin reddi gerekir.

7. Kullanılmayacak Parti Adları ve İşaretler: SPK Madde 96

SPK'nın Anayasanın 68. ve 69. maddelerinin içerdiği yasakları aşan bir başka düzenlemesi de bu kanunun 96. maddesinde yer almaktadır. Madde dört tür yasağa yer vermektedir. Bunlardan biri, her ne suretle olursa olsun, kapatılmış siyasi partilerin isim, amblem, rumuz gibi işaretlerinin kullanılması yasağıdır. İkincisi, daha önce kurulmuş Türk devletlerinin bayrak, amblem ve flamalarının kullanılması yasağıdır. Üçüncüsü, bir siyasi partinin evvelce kapatılmış olan herhangi bir siyasi partinin devamı olduğunu beyan ve iddia etme yasağıdır. Nihayet dördüncüsü, "Komünist, anarşist, faşist, teokratik, nasyonal sosyalist, din, dil, ırk, mezhep ve bölge adları"nın parti adı olarak kullanılması yasağıdır.

TBKP'nin kapatılması kararının gerekçelerinden biri bu maddeye dayanmaktadır. Karara göre,

Anayasa'da "komünist" adıyla parti kurulmasını açıkça yasaklayan bir kural bulunmamasına karşın, geçici 15. madde kapsamına giren 2820 sayılı Yasa'nın 96. maddesinin son fıkrası, bu adla parti kurulmasına engeldir. Fıkra, yalnızca doğrudan komünist adıyla parti kurulmasını değil, aynı anlama gelen adlarla parti kurulmasını ya da parti adında bu sözcüklerin geçmesini de yasaklamıştır. Davalı Parti'nin adında "Komünist" sözcüğü bulunduğu göre 96. maddenin son fıkrasına aykırılık açıktır. 2820 sayılı Yasa, "komü-

nist" adının kullanılmasını sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlamak konusundan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Çünkü bu sonuncu yasaklar, aynı Yasa'nın 5. ve 78. maddeleriyle kurala bağlanmıştır. Başka bir deyişle, sınıf egemenliği ya da diktatörlük amaçlanmasa da bir parti 96. maddenin sonuncu fıkrası gereği "komünist" adını alamaz ya da bu sözcüğü adında kullanamaz.

Anayasa'nın 69. maddesinin öngördüğü Siyasi Partiler Yasası'nın açık kuralına aykırı ad taşıdığı belirgin olan ve bu Yasa'nın 96. maddesinin açıklığına karşın adında "komünist" sözcüğüne yer veren "Türkiye Birleşik Komünist Partisi"nin aynı Yasa'nın 101. maddesinin (a) bendi gereğince kapatılmasına karar verilmesi gerekir.

AYM'nin CHP'nin kapatılmasına hükmettiği kararının gerekçeleri ise, tümüyle 2820 sayılı Kanunun 96. maddesine dayanmaktadır. Mahkemeye göre,

Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), "16.10.1981 tarih ve 2533 sayılı Siyasi Partilerin Feshine Dair Kanun" gereğince kapatılmıştır. Kapatılmış olan bu partinin adının ve rumuzunun gerek kurulmuş gerekse kurulacak siyasi partilerce kullanılması 2820 sayılı Yasa'nın Dördüncü Kısımında yer alan 96. maddesinin birinci fıkrası ile yasaklanmıştır.

Davalı Halk Partisi Kurucular Kurulu ise bir kararla, yukarıda açıklanan biçimde parti adını ve rumuzunu "Cumhuriyet Halk Partisi (CHP)" olarak değiştirip bunu bir süre kullanmakla, 96. maddenin birinci fıkrasına aykırı davranmıştır. ... Bu yasağa uymamanın yaptırımını, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (b) bendinde gösterilmiştir. Bu nedenle Parti'nin kapatılmasına karar verilmesi gerekir.

CHP'nin kapatılmasının diğer gerekçesi ise, 96. maddenin 2. fıkrasında yer alan, kapatılmış bir siyasi partinin devamı olduğu beyanında bulunmasıdır. Mahkemeye göre,

Davalı partinin genel başkanı, 24.9.1990 gününde Anıtkabir'i ziyaret ettiği Şeref Defteri'ne aynen şunları yazmıştır :

"Ulu Önder Atatürk, Cumhuriyet Halk Partisi olarak, on yıl aradan sonra tekrar huzurundayız. Altmış yedi yıl önce kurduğunuz CHP artık on yıllık talihsizliğini geride bırakmıştır.

CHP'yi ve ilkelerini, şartlar ne olursa olsun, ulusal varlığımız sayarak onu sonsuza dek yaşatmaya and içeriz. Selahattin Bingöl, CHP Genel Başkanı."

2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin (b) bendinde yazılanlardan olan davalı siyasi parti genel başkanı, anlatılan eylemleri ile partisinin 2533 sayı-

lı Yasa ile kapatılan CHP'nin devamı olduğunu açıkça beyan ve iddia etmiştir. 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin (b) bendinde aykırı davranış sebebiyle davalı siyasi partinin, kapatılmasına karar verilmesi gerekir.

SPK'nın 96. maddesi, 19.6.1992 tarih 3821 sayılı Kanunla değiştirilerek maddede yer alan "16.10.1981 tarih ve 2533 sayılı Siyasi Partilerin Feshine Dair Kanun gereğince kapatılmış bulunan siyasi partiler" ifadesi metinden çıkarılmış, maddenin ilk fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: "Anayasa Mahkemesi'nce temelli kapatılan veya siyasi parti siciline kayıtlı bulunan siyasi partilerin isimleri, amblemleri, rumuzları, rozetleri ve benzeri işaretleri başkaca bir partice kullanılamaz." CHP'nin yeniden kurulması ise ancak bu değişikliği takiben mümkün olmuştur.

8. Cumhuriyet Başsavcılığının Partilerin Kuruluşunu Denetlemesi: SPK Madde 9

SPK'nın parti yasaklarının alanını Anayasaya aykırı olarak genişlettiği bir başka düzenlemesi de bu kanunun 9. maddesinde yer almaktadır. Madde şöyledir:

Cumhuriyet Başsavcılığı kurulan partilerin tüzük ve programlarının ve kurucuların hukuki durumlarının Anayasa ve kanun hükümlerine uygunluğu ve belgelerin tamam olup olmadığını, kuruluşlarını takiben öncelikle ve ivedilikle inceler. Tespit ettiği noksanlıkların giderilmesini, lüzum göreceği ek bilgi ve belgelerin gönderilmesini yazıyla ister. Bu yazının tebliğ tarihinden başlayarak otuz gün içinde noksanlık giderilmediği veya istenen ek bilgi ve belgeler gönderilmediği takdirde, siyasi partilerin kapatılmasına dair hükümler uygulanır.

Bu hüküm, ilk bakışta Anayasanın 69. maddesinin orijinal 5. fıkrasında yer alan usul kuralının somutlaştırıldığı izlenimini vermektedir. Ancak Anayasanın 69. maddesinin 5. fıkrası bu usuli kurala ilişkin herhangi bir yaptırıma yer vermediği halde, SPK'nın 9. maddesi yeni bir parti yasağı yaratmıştır. AYM de bu maddeyle getirilen kapatma yaptırımının Anayasaya aykırı olduğu görüşünde değildir.

Siyasi Partiler Yasası'nın 9. maddesine göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kurulan partilerin, tüzük, programları ile kurucularının hukuksal durumlarının Anayasa'ya ve yasa hükümlerine uygunluğunu ve ayrıca, verilmesi gerekli bilgi ve belgelerin tamam olup olmadığını kuruluşlarından sonra öncelikle ve ivedilikle incelemek durumundadır. Cumhuriyet Başsavcılığı

ğı, aynı maddeye dayanarak saptadığı noksanlıkların giderilmesini, gerekli göreceği ek bilgi ve belgelerin gönderilmesini yazı ile isteyebilecektir. Bu isteğe uyulmamasının yaptırımı da, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasıdır. Böylece Cumhuriyet Başsavcılığı'nın partileri denetleme görevinin içeriği ve sınırı belirlenmiş olmaktadır. Siyasi Partiler Yasası'nda, kurulan partilerin tüzük ve programları ile kurucularının hukuksal durumlarıyla her türlü eylemlerinin doğrudan kapatma nedenleri yönünden Anayasa ve yasa hükümlerine aykırı olması ya da bunlarda noksanlıklar saptanması durumları birbirinden ayrılmış ve değişik hukuksal sonuçlara bağlanmıştır. Şöyle ki, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca saptanan noksanlıkların giderilmesi, gerekli görülen ek bilgi ve belgelerin gönderilmesi, yazı ile istenmedikçe, bu nedene dayanılarak siyasi partilerin kapatılmasına dair hükümlerin uygulanmamasına, yani yazılı istemin dava açmanın ön koşulu niteliğini almış olmasına karşı, kurulan partilerin tüzük ve programları ile kurucularının hukuksal durumlarının ve her türlü eylemlerinin doğrudan kapatılma nedenleri yönünden Anayasa'ya ve yasa hükümlerine aykırı olması nedeniyle kapatılmaları için dava açılması, 104. madde dışında böyle bir önkoşula bağlanmamıştır.

Anayasanın 69. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hükmün 1995'te ilgasını takiben SPK'nın 9. maddesi, 12.8.1999 tarih 4445 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece bu Anayasaya aykırılık sorunu ortadan kalkmıştır.

9. Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasaya Aykırı Hükümleri ve Anayasa Mahkemesi'nin Yerleşik İçtihadı

Siyasi Partiler Kanunu'nun yukarıda değinilen hükümlerinin Anayasaya uygunlukları çok şüphelidir. Bu nedenle Anayasanın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11. maddesi karşısında SPK'nın ilgili düzenlemelerinin Anayasaya uygunluk denetimi yoluyla iptal edilmesi gerekmektedir. Ne var ki Anayasanın geçici 15. maddesinin son fıkrası, SPK'nın da dahil olduğu Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen hukuki tasarrufların anayasaya uygunluk denetimini engelleyen bir hükme yer vermiştir. Bu hükmün varlığına rağmen, kapatma istemiyle açılan davalarda, davalı siyasi partiler bu isteme gerekçe oluşturan ve anayasaya aykırılık taşıyan hükümlerin, AYM tarafından iptalini talep etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi ise bu yöndeki talepleri reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin iptal istemini reddeden yerleşik görüşü şöyledir:

Anayasa'nın açık olarak düzenlediği bir konunun haklı hukuksal nedenler de olsa Anayasa yargısı tarafından uygulanmaması düşünülemez. Sonuç olarak, Anayasa'nın geçici 15. maddesinde, 12 Eylül 1980'den ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanı'nı oluşturuncaya kadar geçen süre içinde çıkarılacak yasaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceğinden, bu ara dönemde çıkarılan 22.4. 1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığı sa-vında bulunulamaz.

Öte yandan AYM, davalı siyasi partilerin 2820 sayılı Kanunun Anayasaya aykırı hükümlerinin ihmalî yönündeki taleplerini de reddetmiştir. Mahkemeye göre,

Bir yasa kuralının ihmalinin söz konusu olabilmesi için aynı konuyu düzenleyen ve birbiriyle çelişen yasa ve Anayasa kuralının bulunması gerekir. Bu durumda çözümün Anayasa kuralları yönünden aranması doğaldır. Anayasa'nın geçici 15. maddesinin varlığı, Anayasa'nın tümlüğü içinde bir çelişkiyi değil, gözetilmesi zorunlu olan ayırık bir durumu yansıtmaktadır. Geçici 15. maddenin içeriği konuyu açık biçimde ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu kuralı yok sayması olanaksızdır. ... Belirtilen kuralların, Anayasanın geçici 15. maddesi karşısında, Anayasaya uygunluk denetimi yapılmasının olanaksızlığı nedeniyle ihmal edilmeleri de söz konusu olamaz. Bu nedenlerle Siyasi Partiler Yasası'nın ilgili kurallarının iptal ya da ihmal edilmesi istemi yerinde görülmemiştir.

Anayasanın geçici 15. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemenin 3.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanunla ilgasından sonra da AYM'nin tutumunda değişiklik olmamıştır. HAK-PAR aleyhine açılan kapatma davasında, davalı siyasi parti, kapatma isteminin gerekçesini oluşturan SPK'nın 78., 80. ve 81. maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle denetlenmesi ve iptal edilmesi talebinde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme ise, kapatma talebini reddettiği bu davada, SPK'nın ilgili hükümlerinin uygulama kabiliyeti olmadıkları gerekçesiyle, bu hükümler üzerinde anayasaya uygunluk denetimi yapmayı reddetmiştir. Mahkemeye göre,

Kapatılma davası, 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin (a) bendi uyarınca açılmıştır. Bu durumda olayda SPK'nın eyleme uyan 101. maddesinin (a) bendinin uygulanması gerekir. Yasa'nın 78., 80. ve 81. maddelerinin uygulanabilmesi, davanın Yasa'nın 104. maddesine göre açılmasına bağlıdır.

Bu nedenle, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen 78., 80. ve 81. maddeleri bakılmakta olan davada uygulan-

cak kurallar niteliğinde bulunmadıklarından AYM'ye başvuru isteminin reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V. Kapatma Davasının Fer'i Sonuçları

1982 Anayasası, meşru siyaset alanını sınırlayan düzenlemeler arasında, siyasi partilerin kapatılması yaptırımına yer vermekle yetinmemiş, aynı zamanda bu yaptırımın fer'i sonucu şeklinde siyaset yasaklarını da hükme bağlamıştır. Bu yasaklar, Anayasanın 69. ve 84. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa, 69. maddesinin 7. fıkrasının orijinal metninde, "Temelli kapatılan siyasi partilerin kurucuları ile her kademedeki yöneticileri, yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamayacağı gibi, kapatılmış bir siyasi partinin mensuplarının üye çoğunluğunu teşkil edeceği yeni bir siyasi parti de kurulamaz" hükmüne yer vermiştir. 1995 değişikliğiyle bu hüküm, 69. maddenin 9. fıkrasında, kapatma kararının sonuçlarını bir ölçüde demokratikleştiren bir içerikle yeniden düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının *Resmî Gazete*'de gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi, denetçisi olamazlar"

Kapatma yaptırımından kaynaklanan bir başka siyaset yasağı ise Anayasanın 84. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükmün orijinal metnine göre, "Anayasa Mahkemesi'nin kararında partinin kapatılmasına eylem ve sözleri ile sebebiyet verdiği belirtilen milletvekilinin üyeliği ile temelli olarak kapatılan siyasi partinin, kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliği, kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na tebliğ edildiği tarihte sona erer." Anayasa Mahkemesi, Demokrasi Partisi hakkında verdiği kapatma hükmüyle birlikte, "Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası gereğince Demokrasi Partisi'nin kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı 2.12.1993 gününde parti üyesi olan milletvekilleri Ahmet Türk, Ali Yiğit, Sırrı Sakık, Leyla Zana, Hatip Dicle, Sedat Yurtdaş, Selim Sadak, Orhan Doğan, Zübeyir Aydar, Naif Güneş, Mahmut Kılınç, Remzi Kartal ve Nizamettin Toğuç'un milletvekilliklerinin kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Mec-

lisi Başkanlığı'na tebliğ edildiği tarihte sona ermesine" oyçokluğuyla karar vermiştir. Bu hükmün modern ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ve Anayasamızın 38. maddesinde hükme bağlanan, cezanın şahsiliği kuralıyla bağdaşmadığı açıktır.

Ancak bu düzenleme, 23.7.1995 tarih 4121 sayılı Kanunla değiştirilerek, cezanın şahsiliği ilkesine uygun hale getirilmiştir. Değiştirilen 84. maddenin son fıkrasına göre, "Partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliği, bu kararın *Resmi Gazete*'de gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona erer. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bu kararın gereğini derhal yerine getirip Genel Kurula bilgi sunar". Bu değişikliği takiben Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi'nin kapatılması davasıyla ilgili olarak "Beyan ve eylemleri ile Parti'nin kapatılmasına neden olan, Konya Milletvekili Necmettin Erbakan, Kocaeli Milletvekili Şevket Kazan, Ankara Milletvekili Ahmet Tekdal, Rize Milletvekili Şevki Yılmaz, Ankara Milletvekili Hasan Hüseyin Ceylan ve Şanlıurfa Milletvekili İ. Halil Çelik'in milletvekilliklerinin Anayasanın 84. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince, gerekçeli kararın *Resmi Gazete*'de yayımlandığı tarihte sona ermesine oybirliğiyle" karar vermiştir. AYM ayrıca, yukarıda adı geçen milletvekilleri ile parti üyesi Şükrü Karatepe'nin "Anayasanın 69. maddesinin sekizinci fıkrası gereğince gerekçeli kararın *Resmi Gazete*'de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süre ile bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacaklarına oybirliğiyle" karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi 22.6.2001'de ise Fazilet Partisi'nin kapatılmasına hükmetmiştir. Mahkeme, "Beyan ve eylemleriyle Parti'nin kapatılmasına neden olan İstanbul Milletvekili Nazlı Ilıcak ve Tokat Milletvekili Bekir Sobacı'nın milletvekilliklerinin, Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası uyarınca, gerekçeli kararın *Resmi Gazete*'de yayımlandığı tarihte sona ermesine oybirliğiyle" karar vermiştir. Buna ek olarak Mahkeme, "Beyan ve eylemleriyle Parti'nin kapatılmasına neden olan üyeleri Merve Kavakçı, Nazlı Ilıcak, Bekir Sobacı, Ramazan Yenidede ve Mehmet Silay'ın, Anayasanın 69. maddesinin sekizinci fıkrası gereğince gerekçeli kararın *Resmi Gazete*'de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacaklarına oybirliğiyle" karar vermiştir.

Anayasanın 69. ve 84. maddelerinde yer alan yasaklar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Nolu Protokolü'nün 3. maddesine aykırı görülerek Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir. Anayasanın çeşitli hükümlerini değiştirmek amacıyla 23 Mart 2010'da TBMM'ye sunulan değişiklik paketinde 69. maddenin 9. fıkrasındaki siyaset yasağının süresi beş yıldan üç yıla indirilmiş, ancak bu değişiklik teklifi TBMM'de yeterli oyu alamadığı için paketten düşmüştür. 84. maddenin son fıkrasında yer alan hüküm ise 12 Eylül 2010'da kabul edilen Anayasa değişikliğiyle ilga edilmiştir.

VI. Parti Yasaklarına İlişkin Anayasa Değişiklikleri (1995, 2001, 2004 ve 2010)

1982 Anayasası'nın 68. ve 69. maddelerinde dağınık olarak düzenlenen yasakların siyasi partilerin örgütlenme ve ifade hürriyetini demokrasinin özüyle bağdaşmayacak biçimde sınırladığı açıktır. Ancak bu yasakların bir kısmı 1995 ve 2001 Anayasa değişiklikleriyle ilga edilmiş, siyasi partilerin kapatılmaları nispeten güçleştirilmiştir.

1995 değişikliği, 68. maddenin 6. fıkrasında yer alan örgütlenme yasaklarını ilga ederek, siyasi partilerin kadın kolu ve gençlik kolu gibi yan kuruluşlar oluşturmalarına ve yurtdışında örgütlenmelerine olanak tanımıştır. Aynı değişiklikle, yükseköğretim kurumlarının öğretim üyeleri ve öğrencilerine siyasi partilere üye olma hakkı tanınmıştır. Bundan başka, 69. maddenin ikinci fıkrasının düzenlediği siyasi partilerin dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler gibi kuruluşlarla işbirliği içinde faaliyet göstermelerini yasaklayan hüküm de ilga edilmiştir. Öte yandan, 1995 değişikliği, siyasi parti faaliyetinin alanını da bir ölçüde genişletmiştir. Bu değişiklikle, 69. maddenin ilk fıkrasında yer alan faaliyet yasağı ilga edilmiş, böylece bu fıkranın kötüye kullanma yasağını düzenleyen 14. maddeye yaptığı atfın parti yasaklarını ağırlaştıran sonucu da ortadan kalkmıştır. 69. maddenin ilk fıkrasının ilgasına bağlı olarak, 68. maddenin 4. fıkrasında yer alan tüzük ve programa ilişkin yasaklar, faaliyetleri de kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Öte yandan 1995 değişikliği, Anayasanın 68. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan yasakları dördüncü fıkroda bir araya getirmiş; bu değişiklikle fıkraya devletin bağımsızlığı, eşitlik,

hukuk devleti, suç işlenmesinin teşviki kavramları da eklenmiştir. Bu ise 1995 değişikliğinin bir yönüyle parti yasaklarının alanını genişlettiğini göstermektedir.

Buna ek olarak, 1995 değişikliği, faaliyet yasaklarının uygulanması konusunda Anayasada herhangi bir ölçünün getirilmemiş olmasından kaynaklanan sorunları da çözmeyi hedeflemiştir. Gerçekten Anayasanın orijinal metni, anayasal yasakların faaliyetler yoluyla ihlal edilmesi halinde, AYM'nin takdir yetkisini sınırlayacak objektif bir ölçüye yer vermemektedir. Bu nedenle, bir faaliyetin hangi koşullarda kapatma yaptırımını gerektirdiğinin anayasal veya yasal bir düzenlemeyle tanımlanması gerekmektedir. Bu ihtiyaç, 2820 sayılı SPK'nın 103. maddesinde 28.3.1986 tarih ve 3270 sayılı Kanunun yaptığı değişikliğin mihrak olmayı tanımlamasıyla karşılanmıştır. 1995 değişikliği ise Anayasanın 69. maddesinin 6. fıkrasına, bir siyasi partinin ancak Anayasaya aykırı faaliyetlerin odağı haline gelmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi'nce temelli kapatılacağı hükmünü eklemiştir. Bu değişiklik, olumlu bir adım olmakla birlikte, odak olma kavramını tanımlamaması açısından yetersizdir. Nitekim odak olma tanımının Anayasada yer almamasının sonucunda, SPK'nın değiştirilen 103. maddesindeki partilerin kapatılmasını nispeten güçleştiren mihrak olma hükmü, Refah Partisi'nin kapatılması davası görülmekte iken, Anayasa Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla iptal edilmiş, böylece bir siyasi partinin anayasaya aykırı faaliyetleri konusunda Anayasa Mahkemesi mutlak bir takdir yetkisi kazanmıştır.

3.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanun ise, bu önemli eksiği gidermek amacıyla, Anayasanın 69. maddesinin 6. fıkrasına odak olmanın tanımını içeren bir hüküm eklemiştir. Bu hükme göre, "Bir siyasi parti bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır". Öte yandan 2001 değişikliğiyle 7. fıkraya "Anayasa Mahkemesi ... temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir" şeklinde bir hüküm de eklenmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerle ilgili davalar-

da, Cumhuriyet Başsavcısının iddia ettiği gibi Anayasaya aykırı faaliyetlerin olup olmadığını; eğer bu yönde faaliyetler varsa, bunların ne yoğunlukta olduğunu tespit edecektir. Anayasaya aykırı faaliyetler odak olmanın tanımıyla örtüştüğü takdirde, Mahkeme bu aykırılıkların yoğunluğuna göre kapatmaya veya Hazine yardımından kısmen veya tamamen mahrumiyete hükmedecektir. 2001'de yapılan bu değişiklikler, ilk bakışta siyasi partilere ilişkin yasakların önemli ölçüde sınırlandığı, böylece meşru siyaset alanının genişletildiği şeklinde yorumlanabilir. Üstelik aynı değişikliklerle, Anayasanın 149. maddesine, AYM'nin "siyasi parti kapatma davalarında kapatılmaya karar vermesi için beşte üç oy çokluğu şarttır" hükmü de eklenmiştir. AYM'nin siyasi partilerin kapatılması kararını evvelce üye tamsayısının salt çoğunluğuyla verebildiği düşünüldüğünde, 2001 değişikliklerinin kapatma kararlarının verilmesini güçleştirdiği, dolayısıyla siyasi partilerin hürriyet alanını genişlettiği söylenebilir. Ne var ki yapılan değişiklik dikkatle incelendiğinde, aslında parti yasaklarının demokratik ve liberal bir zihniyetle sınırlanmadığı, kapatma müeyyidesinin uygulanmasının yeterince zorlaştırılmadığı anlaşılmaktadır. Her şeyden önce, Anayasa odak olmayı açıkça tanımladığı halde, bu tanım AYM'nin kapatmaya hükmetmek konusunda evvelce sahip olduğu geniş takdir yetkisini tümüyle ortadan kaldırmamıştır. AYM, bir siyasi partinin Cumhuriyet Başsavcısınca iddia edilen fiillerinin odak olma tanımıyla örtüşüp örtüşmediğine hükmetmek konusunda gene oldukça geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

Bütün bunlara ek olarak 1995 değişikliğiyle, Anayasanın 149. maddesine "siyasi partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler" şeklinde bir hüküm eklenmiştir. Bu hükmün eklenmesi de ilk bakışta, siyasi parti hürriyetinin alanını dolaylı olarak genişleten bir yenilik şeklinde değerlendirilebilir. Gerçekten AYM'nin çeşitli kararlarında işaret edildiği gibi, parti kapatma davaları bir tür ceza davası niteliğindedir. Bu nedenle kapatma davalarında, davalı partinin genel başkanına veya onun yetkili kıldığı bir kişiye savunma hakkı tanımak, önemli bir yeniliği ifade etmektedir. Ne var ki kapatma kararının fer'i sonucu niteliğindeki yasaklar dikkate alındığında, bu iyileştirmenin de yetersiz olduğu anlaşılabacaktır. Bir siyasi partinin kapatılması istemiyle açılan davada, Cumhuriyet Başsavcısı kapatma is-

temini haklı kılmaya yönelik çeşitli deliller arasında, parti üyelerinin ve partinin parlamentodaki temsilcilerinin eylem ve sözlerine de yer vermektedir. Bu eylem ve sözler, Anayasa Mahkemesi'nce kapatma yaptırımını haklı kılan nedenler arasında görüldüğü takdirde, kapatma kararının *Resmî Gazete*'de yayımlanmasıyla birlikte, Anayasanın 69. ve 84. maddelerinde yer alan yasakların yürürlük bulmasına neden olacaktır. Bu nedenle 1995 değişikliğiyle "siyasi partinin genel başkanlığına veya tayin edeceği bir vekil"e savunma hakkının tanınması, sanıldığı gibi ciddi bir iyileştirme değildir. 84. maddenin son fıkrasında yer alan hükmün 2010'da ilga edilmesi, bu problemi bir ölçüde ortadan kaldırmıştır. Ancak 69. maddenin 9. fıkrasında yer alan siyaset yasağı ilga edilmediğinden, adil yargılanma hakkı yönünden ortaya çıkan problem varlığını korumaktadır. Bu yönde gerçek bir iyileştirmenin yapılması, savunma hakkının, siyaset yasağı talep edilen tüm parti üyelerine ve parlamento temsilcilerine teşmil edilecek biçimde genişletilmesini gerektirir. Üstelik bu tür bir değişiklik, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına uyumu da sağlayacaktır. Ancak aşağıda değineceğimiz gibi, siyasi partilerin hürriyet alanını genişletmek üzere yapılması gereken asıl değişiklik, Anayasanın 69. maddesinin dokuzuncu fıkrasının ilgasıdır.

Anayasanın milletlerarası antlaşmaların hukuki statüsünü düzenleyen 90. maddesinde 2004'te yapılan değişiklik de 2820 sayılı SPK'nın yasaklayıcı düzenlemelerini daraltan, böylece siyasi partilerin ifade ve örgütlenme hürriyetlerinin alanını uluslararası standartlara paralel kılan bir yeniliktir. 7.5.2004 tarih 5170 sayılı Kanunun 90. maddenin son fıkrasına eklediği hüküm şöyledir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." Bu emredici hüküm, siyasi partiler aleyhine açılan davalarda 2820 sayılı Kanunun AİHS ve diğer uluslararası sözleşme hükümleriyle çelişen düzenlemelerinin uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Buna rağmen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı AKP aleyhine açtığı davada, kapatma talebinin gerekçeleri arasında Başbakan Tayyip Erdoğan'ın "Velev ki [türbanı] bir siyasi simge olarak taktığını düşünün. Bir siyasi simge olarak takmayı da suç kabul edebilir misiniz? Simgelere, sembolere bir yasak getirebilir misiniz? Özgürlükler noktasında dünyanın neresinde böyle bir yasak var?" ifadelerine yer vermiştir. Dava-

lı parti hakkında Hazine yardımından kısmen mahrumiyete hükmeden Yüksek Mahkeme ise Başbakanın bu ifadelerini Anayasaya aykırılığın odağı haline gelmenin gerekçeleri arasında değerlendirmiştir. Oysa Türkiye'nin 1989'dan itibaren bağlayıcılığını kabul ettiği AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre Başbakanın bu ifadeleri AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetinin meşru sınırları içindedir. Gerçekten AİHM, ifade hürriyetinin meşru sınırlarını belirlediği ünlü Handyside kararında bu alanı şu şekilde tanımlamaktadır:

"İfade hürriyeti, [demokratik] bir toplumun asli temellerinden birini, onun ilerlemesinin ve her insanın gelişiminin temel şartlarından birini oluşturur. 10. maddenin 2. paragrafı doğrultusunda bu, sadece olumlu karşılanan veya rahatsız edici telakki edilmeyen ya da kayıtsızlıkla karşılanan 'bilgi' veya 'düşünceler' değil, Devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız edenler bakımından da geçerlidir. Bunlar, onlarsız bir 'demokratik toplum'un mevcut olmayacağı, çoğulculuk, hoşgörü ve geniş görüşlülüğün gerekleridir."

Bütün bu açıklamalar, Anayasada yapılan en iyi niyetli ve en ciddi demokratikleşme reformlarının dahi parti yasaklarının alanını daraltmaya, siyasi partilerin ifade ve örgütlenme hürriyetlerini asıl kural, kapatılmalarını ise istisnaya dönüştürmekte etkili olmadığını göstermektedir. Çünkü siyasi partilerin yasaklanması yönünde yargı bürokrasisi ve devlet seçkinlerine hâkim olan eğilim, hukukilik kriterine dayanmaktan çok ideolojik saiklerden beslenmektedir. Bu yüzden parti yasaklarının uluslararası standartlarda daraltılabilmesinde anayasal reformlar kadar yargı mensupları, devlet seçkinleri ve onların siyasal alandaki destekçilerinin köklü bir zihniyet değişikliği geçirmeleri gerekmektedir.

Sonuç ve Genel Değerlendirme

Bu açıklamalar, 1982 Anayasası'nın parti yasaklarını çoğulcu demokrasinin teminatı olarak değil, meşru siyaset alanını resmi ideolojiyle sınırlayan bir tür vesayet mekanizması olarak tasarladığını göstermektedir. Oysa siyasi partilerin AYM kararıyla kapatılabileceği kuralının ilk kez kabul edildiği Almanya'da amaç, çoğulcu demokratik düzeni demokrasi karşıtı akımların yıkıcı sonuçlarından korumaktır. 1949 tarihli Bonn Anayasası'nın 21. maddesine göre, "Amaçlarına ve taraftar-

larının tutumuna göre hür ve demokratik temel düzeni zedelemek ya da ortadan kaldırmak ya da Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye atmak eğiliminde olan partiler, Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa'ya aykırılık sorunu hakkında Federal Anayasa Mahkemesi karar verir. Konunun ayrıntılarını federal kanunlar düzenleyecektir". Bu hükmün varlığına rağmen, Alman uygulamasında siyasi parti hürriyeti in tanınması ve korunması temel kural olup partilerin yasaklanması bir istisnadır.

Nitekim bugüne kadar Almanya'da sadece iki siyasi parti, Nasyonal Sosyalist Partinin devamı niteliğindeki Sosyalist Devlet Partisi ve Alman Komünist Partisi Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılmıştır. Siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılmasına olanak tanıyan İspanya'da da bu mekanizma ile korunmak istenen demokratik siyasal düzendir. Gerçekten İspanya'da bugüne kadar sadece terör örgütüyle organik bağı ispat edilen Batasuna Partisi kapatılmıştır.

Türkiye'de ise siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi tarafından yasaklanması, insan haklarına dayanan çoğulcu demokrasinin demokrasi karşıtı akımlar karşısında korunmasını değil, devletin resmi ideolojisinin tüm siyasi partilere dayatılmasına, meşru siyaset alanının bu ideolojiyle sınırlandırılmasına hizmet etmektedir. 1982 Anayasası döneminde on dokuz siyasi partinin kapatılmasına, bir siyasi partinin ise Hazine yardımıyla mahrumiyetine karar verilmiş olması dahi, parti yasaklama rejiminin uluslararası normlarla bağdaşmadığını göstermek için yeterlidir. Nitekim Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını kabul ettiği 1987'den sonra bu kararlar aleyhine AİHM'ne yapılan müracaatlarda Yüksek Mahkeme, Türkiye'nin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğine ve bu sebeple tazminat ödeme yükümlülüğüne hükmetmiştir. Bunun tek istisnası Refah Partisi'nin kapatılması kararı aleyhine AYM'ye yapılan müracaattır. Bu müracaat üzerine AİHM, Türk AYM'nin verdiği kapatma kararının Sözleşme hükümlerini ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.

Türk AYM'nin bugüne kadar verdiği kapatma kararları, Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin bir kuruluşu olan Venedik Komisyonu'nun 1999 tarihli "Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Kapatılması ile Benzeri Tedbirler Hakkında Yol Gösterici İlkeler" başlıklı raporuyla da bağdaşmamaktadır. Bu rapora göre,

Siyasi partilerin yasaklanması veya zorla sona erdirilmesi, ancak şiddet kullanımının savunuculuğunu yapan veya demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddeti bir politik araç olarak kullanan ve böylece anayasa tarafından güvence altına alınan hakların ve özgürlüklerin altını kazıyan partilere ilişkin olarak mazur görülebilir. Bir partinin Anayasanın barışçıl bir şekilde değiştirilmesinin savunuculuğunu yapması, bu partinin yasaklanması veya kapatılması için yeterli olmamalıdır".

Oysa yukarıda işaret edildiği gibi, siyasi partilerin önemli bir bölümü Kürt sorununu çözecek anayasa değişikliklerini savundukları, bu sorunun çözümünün demokratik ve barışçıl yöntemlerle mümkün olabileceğini beyan ettikleri için kapatılmışlardır. Benzer şekilde AKP'nin Anayasaya aykırılığın odağı haline geldiği tespitinin gerekçelerinden biri, partinin Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde, 175. maddenin öngördüğü usuller çerçevesinde bir değişiklik yapmış olmasıdır. Üstelik bu değişiklik, parlamentoda temsilcisi bulunan MHP'nin girişimi ve oylarıyla da kabul edildiği halde, kapatma davası sadece iktidar partisi aleyhine açılmıştır.

Venedik Komisyonu'nun 1999 tarihli raporuna rağmen Türkiye'de parti kapatma kararlarının sıkça verilmesi, Komisyonu 2009'da sadece Türkiye'deki parti yasaklarını inceleyen bir rapor hazırlamaya teşvik etmiştir. Venedik Komisyonu'nun "Türkiye'de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Yasal Hükümlere Dair Görüşü" başlıklı bu raporuna göre, Türkiye'de siyasi partilerin kapatılmasını gerektiren nedenler, çok sayıda müphem ve muğlak kavramdan oluşmaktadır. Kapatma nedenlerinin AYM'ye çok geniş bir takdir yetkisi sunacak biçimde muğlak olması, bu yaptırımın sıklıkla uygulanmasındaki en önemli faktördür.

Öte yandan rapor, kapatma nedenleri kadar, kapatma davasının usulüne ilişkin kuralların da önemini vurgulamaktadır. Rapora göre kapatma davası, ancak halka hesap verme yeteneği olan organlar tarafından harekete geçirilebilmelidir. Kapatma davası bir siyasi partinin yasaklanmasıyla sonuçlanmasa da, sadece davanın açılması dahi tek başına önemli siyasi sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle kapatma davası, bu davanın yaratacağı siyasi sonuçları üstlenebilecek, halka hesap vermekle yükümlü organlar tarafından açılabilenmelidir. Raporda da işaret edildiği gibi, Almanya'da kapatma davası Federal Meclislerden biri veya Federal Hükümet tarafından açılabilir. İspanya'da ise "Bir siyasal partinin 6/2002 sayılı yasa uyarınca kapatılması sürecini Hü-

kümet ya da savcılık (*ministerio fiscal*) başlatabilir. Hükümet, bir siyasi partinin kapatılması davasını kendiliğinden ya da Parlamantonun iki kanadından birinin (Milletvekilleri Kongresi ve Senato) bu yönde istemde bulunması üzerine açabilir. Hükümet, Milletvekilleri Kongresi ya da Senatonun bu yöndeki istemine uymak zorundadır" (Esen 2006: 125). Üstelik *ministerio fiscal* de hükümet tarafından atanması nedeniyle, halka hesap vermekle yükümlü bir kişidir.

Türkiye'de ise kapatma davası, Anayasanın 69. maddesinin 4. fıkrası gereğince, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılmaktadır. SPK'nın 100. maddesi, kapatma davasının usulü konusunda daha ayrıntılı düzenlemelere yer vermektedir. Bu maddeye göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı kapatma davasını ya re'sen ya da talep üzerine açabilmektedir. Talepte bulunma yetkisi, Bakanlar Kurulu'nun aldığı karar doğrultusunda Adalet Bakanı'na veya diğer siyasi partilere tanınmıştır. Ne var ki 1982 Anayasası döneminde, bugüne kadar tüm kapatma davaları Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından re'sen açılmıştır. Bu tablo, Venedik Komisyonu'nun 2009 tarihli raporundaki usul kurallarının önemine ilişkin saptamanın ne ölçüde haklı olduğunu göstermektedir.

Görüldüğü gibi, Türkiye'de parti yasakları demokratik çoğulculuğu ve temsili demokrasiyi ortadan kaldıran sonuçlar yaratmaktadır. Bu yüzden Türkiye'nin, parti yasaklarının alanını, demokratik dünyada kabul edilen standartlara uygun olarak sınırlaması gerektiği açıktır. Ancak bu, Anayasanın siyasi partileri düzenleyen 68. ve 69. maddeleriyle 2820 sayılı Kanunda yapılacak kısmi değişikliklerle ulaşılabilecek bir hedef gibi görünmemektedir. Nitekim Anayasanın yürürlüğe girmesinden bu yana 1995, 2001, 2004 ve 2010'da yapılan değişikliklere rağmen, siyasi partilerin ifade ve örgütlenme hürriyetleri, Türkiye'nin üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi ile Birleşmiş Milletler bünyesinde akdedilen sözleşmelerin benimsediği standartlara ulaşamamıştır. Bu nedenle sorunun ancak demokratik bir zihniyetle hazırlanacak yeni bir anayasayla çözülebileceğinin kabulü gerekir. Yeni anayasa konusunda, son yıllarda nispeten güçlü bir toplumsal mutabakatın olması, 12 Haziran 2011 Genel Seçimlerini takiben TBMM'de temsil gücü kazanan partilerin Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nu kurarak bu yönde bir teşebbüste bulunması önemli bir fırsatı ifade etmektedir. Bu komisyonun öncülüğünde hazırlanması ümit edilen metnin yeni bir anayasa olabilmesi, Cumhuriyet Anayasalarının tümünde var olan, 1982

Anayasası'nda daha da güçlenen ideolojik yaklaşımdan gerçek bir kopuşu gerektirmektedir. Bu yönde bir kopuş sağlandığı, yeni anayasaya insan hakları ve demokrasi değerlerinin evrensel standartları hâkim kılındığı, siyasal hakların alanı bu standartlarla belirlendiği takdirde, parti yasakları da çoğulcu demokrasinin güvencesine dönüşebilir.

Ancak yeni anayasa ile partilerin yasaklanma nedenlerinin uluslararası ölçülere paralel kılınması tek başına yeterli olmayabilir. Bugüne kadar verilen kapatma kararlarında, anayasal ve yasal yasakların genişliği kadar, AYM'nin 12 Eylül'ün mirası olan otoriter hukuk düzenini, hukukun üstünlüğü ve demokrasi değerlerine feda eden yasakçı eğiliminin de etkili olduğunu kabul etmek gerekir. AYM'nin kapatma davalarında 1982 Anayasası'nın dahi emrettiğinin ötesinde yasakçı bir tutum izlemesindeki faktörlerden biri, Mahkemenin demokratik meşruiyetten yoksun bir vesayet organı olarak tasarlanmasıdır. Anayasasının orijinal 146. maddesine göre, Yüksek Mahkeme'nin on bir asıl ve dört yedek üyesini seçme yetkisi doğrudan doğruya veya dolaylı olarak cumhurbaşkanına tanınmıştır. AYM'nin üye kompozisyonunun belirlenmesinde tüm yetkinin bu Anayasanın düzenlediği en güçlü vesayet makamı olan cumhurbaşkanına tanınması, Yüksek Mahkeme'yi halkın iradesinden koparan ve demokratik dünyadaki emsallerinden ayıran en önemli özelliktir. Nitekim Almanya ve Polonya'da Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümü parlamentolar tarafından seçilmektedir. ABD'de Yüksek Mahkeme'nin tüm üyeleri halkın seçtiği Başkan tarafından belirlenmekte, ancak bu işlem Senatonun onayına tabi kılınmaktadır. Böylece anayasaya uygunluk denetimi de yapan ABD Yüksek Mahkemesi'nin üye kompozisyonu, Başkan ve Senato aracılığıyla halkın iradesiyle ilişkilendirilmektedir. Dokuz üyeden oluşan Fransız Anayasa Konseyi'nin üç üyesi halkın seçtiği Cumhurbaşkanı, diğer altı üyesi ise Meclis ve Senato Başkanları tarafından seçilmektedir. Bu yöntem de Fransız Anayasa Konseyi'nin tüm üyelerinin demokratik meşruiyet esasına dayanmasını sağlamaktadır. İtalyan AYM'nin on beş üyesinden beşi Parlamento, beşi Devlet Başkanı, üçü Temyiz Mahkemesi, biri Danıştay, biri Sayıştay tarafından seçilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin on yedi üyeden oluşacağını öngören ve bu üyelerden üçünü seçme yetkisini dolaylı olarak TBMM'ye tanıyan 2010 Anayasa değişikliği, Mahkemeye ihtiyaç duyduğu demokratik meşruiyeti ancak çok sınırlı ölçüde sağlamıştır. Bu nedenle, sadece kapatma davalarının uluslararası standartlara uygunluğunu sağlamak

amacıyla değil, kanunların anayasaya uygunluk denetimi davalarında yerindelik denetimini önlemek, Mahkeme kararlarına hukukilik ölçüsünü hâkim kılmak amacıyla da, yeni anayasada Yüksek Mahkeme'nin demokratik meşruiyetini güçlendirecek hükümlere yer vermek gerekir. Bu ise üyelerin en az yarısının parlamento tarafından nitelikli çoğunluk kuralına uygun olarak ve kamuya açık mülakat yöntemiyle seçimini gerektirecektir.

Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa

Yusuf Şevki Hakyemez

12 HAZİRAN 2011 Milletvekili Genel Seçimleri sonucunda daha yoğun biçimde gündeme yerleşen "yeni anayasa" bağlamında önemli birçok konu değerlendirilmeye başlamıştır. Bunlar arasındaki önemli bir başlık da yeni anayasanın hükümet sistemi tercihiyle ilgilidir. Hükümet sistemi konusu, gerek 1982 Anayasası'nın öngördüğü modeldeki aksaklıklar, gerekse kimi ülkelerde uygulanan hükümet sistemlerinin Türkiye açısından model olarak önerilmesi dolayısıyla daha belirgin biçimde tartışılmaktadır.

Yeni anayasanın daha isabetli düzenlemeler getirmesi ve daha kalıcı olması açısından anayasa sorunu olarak görülen tüm konuların detaylı biçimde analiz edilmesi ve bu konulardaki kanaatlerin kamuoyuyla paylaşılması önemlidir. Aksi takdirde karşılaşılabilecek muhtemel sorunları çözmekten uzak, toplumsal ve siyasi alanda karşılığı olmayan bazı yeni düzenlemeler ortaya çıkar ki, bu gibi sonuçlar yeni anayasanın ölü doğmasına neden olabilir. Bu tespitler yeni anayasanın hükümet sistemi için de geçerlidir.

Esasında Türkiye'de hükümet sisteminin yeniden gündeme gelmesinin tahmin edilebilecek bazı somut nedenleri bulunmaktadır. Bunun en önemli nedenlerinden biri 1982 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemindeki sorunlardır. Zira 1982 Anayasası'ndaki hükümet sistemi, Cumhurbaşkanı ve hükümet ilişkisi boyutuyla ve bununla bağlantılı biçimde Cumhurbaşkanının yetkileri ve sorumluluğu hususuyla uygulamada bazı ciddi sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İkinci önemli neden ise bazı siyasi aktörlerin mevcut hükümet sistemi yerine başka modelleri önermeleridir. Özellikle de bu öneriyi yapanlar siyasetteki ağırlıklı konumlarıyla birlikte düşünüldüğünde ister istemez hükümet sistemi konusu daha yoğun biçimde gündeme yerleşebilmektedir. Bu hususta geçmişte dönemin cumhurbaşkanı Turgut Özal'ın ve günümüzde Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın başkanlık sistemine yönelik beyanları örnek olarak verilebilir. Dokuzuncu Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'in Cumhurbaşkanını halkın seçmesi yönündeki görüşünü değişik zamanlarda ifade etmesi de bunlara eklenebilir.

Hükümet sistemi tartışmalarını gündeme getiren önemli bir husus da Türkiye'deki parlamenter hükümet sisteminin koalisyon hükümetleri dönemindeki uygulamalarının doğurduğu uyum ve istikrar sorunlarıdır. Nitekim koalisyon hükümetleri döneminde bazı siyasiler, akademisyenler ve yazarlar tarafından bu istikrarsızlıkların yaşanmaması için başkanlık sistemi önerileri gündeme getirilmiştir. Ayrıca son olarak 2007 yılında yaşanan Cumhurbaşkanlığı seçimi krizi ve ardından gerçekleştirilen anayasa değişikliği sonrasında hükümet sisteminin daha farklı bir hal alması dolayısıyla konu yeniden düşünülmeye başlanmıştır.

Bu çalışmada Türkiye'nin anayasa sorunu bağlamında hükümet sistemi tartışmalarına, hükümet sistemi konusunun yeni anayasanın öncelikli maddeleri arasında yer alması gerekip gerekmediğine, yeni anayasanın hükümet sistemi belirlenirken mevcut sistemin yerine hangi modelin konulması gerektiğine ilişkin değerlendirmelere yer verilmektedir.

Genel Olarak Hükümet Sistemleri ve Türkiye'deki Hükümet Sisteminin Temel Sorunları

Demokratik hukuk devleti standardına ulaşmış ülkeler açısından *hükümet sistemi* kavramı daha ziyade devlet organlarından yasama ve yürütme arasındaki ilişkiye göre belirlenen farklı durumları ifade eder. Bu bağlamda yasama ve yürütme organlarının oluşumu, görevleri ve yetkileri ile özellikle birbirleriyle olan ilişkileri hükümet sistemi konusunun özünü teşkil eder. Hükümet sistemlerinin temel karakteristikleri olarak yasama ve yürütme organlarının oluşumu, yetkileri, birbirleriyle

le olan ilişkileri ve sorumluluğu her bir modelde diğerlerinden farklılık arz eder. Bu farklılıklar özellikle uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü noktasında bazen önemli avantajlar sağlayabilir. Özellikle bu avantajlardan hareketle çoğu kez mevcut hükümet sistemi yerine daha avantajlı görülen diğeri önerilebilir. Ancak hükümet sistemi tercihinde sağlıklı karar verebilmek açısından her bir hükümet sisteminin avantajlı ve sorun çıkarabilecek yönleri iyi analiz edilmeli, hükümet sisteminin işleyişini etkileyebilecek tüm hususlar değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

Bu aşamada kısaca hükümet sistemlerinin ayırt edici özelliklerine değinmekte yarar vardır. Bilindiği gibi iki önemli hükümet sistemi olarak İngiltere örneğinde ortaya çıkan parlamenter rejim ve ABD örneğinde somutlaşan başkanlık sisteminden bahsedilir. Bu iki hükümet sisteminin bazı özelliklerini bünyesinde barındıran bir karma model olarak da yarı-başkanlık sistemi vardır.

Parlamenter hükümet sistemi, halkın verdiği oyla oluşan parlamento'nun yasama görevi yanı sıra kendi içerisinden yürütme organını çıkarıp göreve getirdiği ve denetlediği modelin adıdır. Bu modelde yürütme iki başlıdır. Yürütmedeki iki kanattan birincisi kral ya da cumhurbaşkanı, ikincisi ise Bakanlar Kurulu'dur. Yürütmedeki birinci kanat sembolik yetkilere sahip ve sorumsuz, Bakanlar Kurulu ise yetkili ve parlamento'ya karşı sorumludur. Parlamento Bakanlar Kurulu'nu güvensizlik oyuyla düşürebilir. Bu sistemde ayrıca yürütmenin de belli koşullara bağlı olarak yasamanın feshine karar verme yetkisi vardır. Parlamenter hükümet sisteminde yasama ve yürütme arasında karşılıklı bir etkileşim bulunduğu için güçler arasında ayrılıktan ziyade bir işbirliği olduğu görülür (Gözler 2011: 589-94). Bu model ilk olarak İngiltere'de ortaya çıkmış olmakla birlikte birçok ülkede başarılı bir şekilde uygulanmaktadır.

Başkanlık rejimi ise ABD'de doğmuştur ve en başarılı şekilde de bu ülkede uygulanmaktadır. Bu modelde egemenliğin sahibi halk, ayrı seçimlerle yasamayı ve yürütmeyi belirler. Yürütme sadece başkan'dan oluşur. Dolayısıyla yürütme seçimi esasında başkanlık seçimidir. Başkanın yürütmede tek başına yetkili ve sorumlu olması da göz önünde tutularak sisteme başkanlık sistemi adı verilmektedir. Yasamanın yürütmeye güvenoyu vermesi veya yürütmeyi düşürmesi gibi bir durum kural olarak söz konusu değildir. Bu nedenle yasama ve yürütme arasındaki ilişkiler parlamenter rejime göre daha fazla kuvvetler

ayrılığına yakındır ve bu sisteme kuvvetlerin sert ayrılığı sistemi de denilir (Teziç 2009: 442). Bununla birlikte bu ayrılığın sistemin işleyişinde bazı sorunlar doğurması ihtimali bulunduğundan, ABD örneğinde *fren ve denge sistemi* olarak adlandırılan mekanizmalara yer verilmektedir. Bu sayede yasama ve yürütme organları kendilerini birbirlerine karşı biraz daha bağımlı halde görmektedirler. ABD'de başkan kongrenin çıkardığı kanunları geciktirici veto yetkisiyle geri gönderebilmekte, yasama organı da başkanın gerçekleştirdiği bakan ve yüksek bürokrat atamalarını ve imzaladığı uluslararası antlaşmaları senato kanadının onayına tabi tutmakta, başkanın istediği bütçeyi kabul etmekte ve Başkanı cezai sorumluluk (*impeachment*) usulü ile Temsilciler Meclisi'nde suçlayıp Senato'nun 2/3'lük oyuyla mahkûm edebilmektedir. ABD'de başarılı biçimde uygulanan başkanlık sistemi parlamenter rejim gibi yaygın biçimde taklit edilmemektedir (Gözler 2011: 570-5).

Yarı-başkanlık sistemi ise esasında parlamenter rejim ile başkanlık rejiminin birtakım özelliklerinin alınmasıyla oluşturulan melez bir modeldir. Değişik ülkelerde uygulanmakla birlikte, tipik örnek olarak genellikle Fransa'nın 1962 yılında gerçekleştirdiği anayasa değişiklikleri sonrasındaki yapı gösterilir (Eroğul 2009: 86-97). Klasik bir parlamenter rejim üzerinde cumhurbaşkanının göreve gelişi, yetkisi ve sorumluluğu noktalarında yapılan değişikliklerle Fransa'daki model yarı-başkanlık sistemi halini almıştır. Fransa'daki yarı-başkanlık sisteminde, parlamenter hükümet sisteminin iki başlı yürütme, hükümetin yasamanın güvenine dayanması, yürütmenin yasamayı feshedebilmesi gibi özelliklerine cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, yürütmede cumhurbaşkanının da güçlü yetkilerle donatılması koşulları eklenmiş ve ortaya çıkan model yarı-başkanlık sistemi olarak adlandırılmıştır (Eroğul 2009: 85-91; Kaboğlu 2011: 137-40).

Önceki anayasaları da göz önünde tutarak Türkiye'deki hükümet sistemi deneyimine bakıldığında acaba nasıl bir durum söz konusudur? Osmanlı anayasalarından bu yana Türkiye'de hükümet sistemi noktasındaki genel eğilimin ağırlıklı olarak parlamenter rejim doğrultusunda olduğu söylenebilir. Kuşkusuz bu hususta en önemli sapmalar 1876 ve 1921 anayasalarında görülmektedir. 1876 Anayasası, biraz da ferman niteliğindeki bir anayasa olmasının etkisiyle, padişahın anayasa yapım sürecindeki inisiyatifi elinde bulundurmasıyla bağlantılı olarak, yasama ve yürütmede padişahın ağırlıklı etkisini açıkça göster-

mektedir (Tanör 1995: 112-25). Bu yönüyle 1876 Anayasası anayasalar içinde en güçlü yürütmenin olduğu anayasa olarak görülebilir.

1921 Anayasası ise, 1909 Anayasası ile benimsenen parlamenter rejim örneğinden esaslı bir biçimde ayrılarak, tüm güçleri yasama organında toplamıştır. Böyle bir tercihte bulunulmasının en önemli sebebi, verilen Kurtuluş Savaşı mücadelesinde meclisin mücadeleyi başarıya ulaştırmak amacıyla süreci tek elden yönetmek istemesidir. O dönemin koşulları açısından fevkalade isabetli olan bu pragmatik tercihin Kurtuluş Savaşı mücadelesinden başarıyla çıkılmasından sonra sürdürülmesi imkânsızdı. Nitekim 1923 yılında Cumhuriyetin ilanı ile başlayan ve daha belirgin olarak 1924 Anayasası'nda kendisini gösteren hukuki düzenlemelerle meclis hükümeti sisteminin yerine parlamenter rejime doğru evrilen bir sürece girilmiştir (Erdoğan 2001a: 39-43).

Osmanlı-Türk anayasaları arasında 1909 II. Meşrutiyet Anayasası ve 1961 Anayasası tam olarak parlamenter rejimi benimsemişlerdir. Ancak bu iki anayasanın da hükümet sistemi noktasındaki ortak özelliği, uygulamada iyi sonuç verememesi şeklindedir. II. Meşrutiyet Anayasası daha ziyade o dönemin olağanüstü koşulları ve özellikle iktidardaki İttihat ve Terakki Cemiyeti'nden kaynaklanan nedenlerle uygulamada başarılı sonuçlar vermemiştir. 1961 Anayasası döneminde ise başta koalisyon hükümetlerindeki uyum sorunu, hükümetlerin kurulması ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri olmak üzere bazı nedenlerle parlamenter hükümet sistemi başarılı biçimde işleyememiştir.

1924 Anayasası'nın hükümet sistemi ise parlamenter rejime daha yakındır, ama tam bir parlamenter hükümet sistemi olarak da nitelendirilemez. Ancak bu anayasa dönemini hükümet sistemi açısından bir bütün olarak değerlendirmek doğru değildir. Zira 1924 Anayasası'nın 36 yıllık ömrünün zaten yirmi yıldan fazlası tek partili rejimde geçmiştir. Anayasanın sadece 14 yıllık dönemi çok partili rejim şeklinde geçmiştir. Çok partili dönemde özellikle tek parti iktidarı dolayısıyla hükümet sisteminin işleyişinde ciddi sorunlar yaşanmamıştır.

1961 Anayasası uygulamasında hükümet sistemi bağlamında yaşanan bazı önemli sorunlar 1982 Anayasası'nda karşılığını bulmuş ve geçmişten ders çıkarılarak karşılaşılabilecek bu tür krizlerin ortaya çıkmasını engellemeye yönelik pratik formüllere yer verilmiştir. Bununla birlikte 1982 Anayasası'nda, hükümet sistemi konusunda başka bazı sorunlar ortaya çıkmıştır. Esasında 1982 Anayasası'nın benimsediği hükümet sisteminin de parlamenter rejime çok fazla benzediğini

söylemek yanlış olmaz. Ancak cumhurbaşkanı ile hükümet ilişkileri, özellikle cumhurbaşkanının yetkileri ve sorumluluğu boyutuyla bu anayasada önceki anayasalarda karşılaşılmayan yeni sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle gerek politikacıların ve gerekse akademisyenlerin 1982 Anayasası'nın hükümet sistemi konusundaki en sorunlu yönü olarak işaret ettiği husus bu konuyla ilgilidir (Yazıcı 2009: 246-9; Kuzu 1990: 74-85; Atar 2009: 260). Zira bu sorun yürütmede karar alma sürecinde kilitlenmeye kadar gidebilecek krizlere yol açabilir (Yazıcı 2009: 249).

1876 Anayasası'ndan günümüze kadar olan sürece bakıldığında, 1921 Anayasası hariç olmak üzere, parlamento ile hükümet ilişkilerinde ve yürütmenin iki başlı olmasında önemli ölçüde birbirine benzeyen ve adeta süreklilik arz eden bir uygulamanın olduğu söylenebilir. Özellikle 1924 Anayasası'ndan bu yana Bakanlar Kurulu'nun TBMM'nin güvenine bağlı olarak çalışması, iki başlı yürütme, yasama ve yürütmenin birbirlerini etkileyebilecek mekanizmalara sahip olması hükümet sistemi konusunda Türkiye deneyiminde ortaya çıkan en önemli hususlar olarak göze çarpmaktadır. Bu konulara ilişkin olarak siyaset alanında da bir deneyimin olduğu, siyasi alana ilgi duyan vatandaşların bu yönüyle sistemi bilip değerlendirebildiği söylenebilir.

Bununla birlikte Türkiye deneyiminde parlamenter rejimin işleyişinde ciddi sorunların da olduğu görülmektedir. 1961 ve 1982 anayasaları uygulamalarında hükümet sistemiyle ilgili sorunlar farklı biçimlerde ortaya çıkmıştır. Örneğin 1961 Anayasası'nda hükümet sistemiyle ilgili en önemli sorunlar cumhurbaşkanı seçimi, hükümetin kurulması ve güvenoyu almasıyla ilgili konulara odaklanmaktaydı. 1982 Anayasası döneminde ise bu konularda neredeyse hiç sorun yaşanmamıştır. 1982 Anayasası'nda hükümet sistemi bağlamında 1961 Anayasası dönemindekilere benzer sorunların yaşandığı sadece iki örnek verilebilir. Bunlardan birincisi 28 Şubat döneminde, Refah-Yol hükümetinin Haziran 1997'deki istifası ile 1999 milletvekili genel seçimleri arasında kurulan Mesut Yılmaz ve Bülent Ecevit hükümetlerinde görülmektedir. Kuşkusuz 1982 Anayasası döneminde belirttiğimiz 1997-99 zaman aralığı öncesi ve sonrasında da koalisyon hükümetleri kurulmuştur. Ancak bu koalisyon hükümetlerinde 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi güven oylaması, gensoruyla bakan düşürülmesi, azınlık hükümeti kurulması gibi krizler yaşanmamıştır. Bu tür krizler 1982 Anayasası döneminde sadece 1997-99 aralığında mevcuttur. İkincisi ise 2007

yılında Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin dolmasıyla dolayısıyla yapılan on birinci cumhurbaşkanı seçimi sürecinde Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar sonrasında ortaya çıkan krizdir.

Ancak bu ikisinin de hükümet sistemi uygulamasından değil, hükümet sisteminin anayasaya uygun işleyişine başka organların müdahalesinden kaynaklandığı özellikle belirtilmelidir. 28 Şubat döneminde askeri bürokrasi ve onun destekçilerinin oluşturduğu müdahaleci tavır etkili olmasaydı koalisyon hükümetleriyle işleyiş sorunsuz biçimde devam edebilecekti. Yine 2007 yılında Anayasa Mahkemesi'nin on birinci cumhurbaşkanının seçimi sürecinde verdiği "zorlama" karar olmasaydı cumhurbaşkanı seçimi öncekiler gibi sorunsuz sonuçlanacaktı. Dolayısıyla bu dönemlerdeki sorunlar esasında 1982 Anayasası'nın hükümet sistemiyle ilgili hükümlerinden değil, başka nedenlerden kaynaklanmaktaydı.

Hükümet sistemi konusunda 1982 Anayasası döneminde 1961 Anayasası dönemindekilere benzer sorunlar yaşanmamasının temel nedeni, 1982 Anayasası'nda geçmiş uygulamadan çıkarılan derslerle *rasyonelleştirilmiş parlamentarizm* mekanizmalarına yer verilmesidir. Bunun en açık örnekleri hükümetin kurulması ve güvenoyu alması ile cumhurbaşkanı seçiminin sonuçlandırılması konularında 1982 Anayasası'nın getirdiği yeniliklerdir. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm mekanizmaları belki de 1982 Anayasası'nın en isabetli düzenlemeleridir.

1961 Anayasası döneminde hükümetin kurulamaması ve güvenoyu alamaması sorunu anayasada etkili yaptırıma bağlanmamıştı. Bu konuda 1961 Anayasası'nın 108. maddesinde şöyle bir hüküm yer almaktaydı: "Anayasanın 89. ve 104. maddeleri uyarınca verilen güvensizlik oyu sebebiyle, onsekiz aylık bir süre içinde, Bakanlar Kurulu iki defa düşmüş ve üçüncü defa güvensizlik oyu verilmiş olursa, Başbakan, Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesini isteyebilir. Bu istek üzerine, Cumhurbaşkanı, Meclislerin Başkanlarına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Yenilenme kararı *Resmî Gazete*'de yayımlanır ve hemen seçime gidilir". 1946 Fransız Anayasası'ndan alınan bu sistem seçimlerin yenilenmesini çok zor koşullara bağlamıştı ve bu sistem hiç işlememiştir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu 2011: 328). Yaşanacak olası bir hükümet krizini zamanla sıkı bir biçimde kontrol altına alma imkânı sağlamayan bu hüküm nedeniyle bu anayasa döneminde hükümetlerin kurulması ve güvenoyu alması noktasında daha yoğun sorunlar yaşanmıştır. 1982 Anayasası ise bu

konuda getirdiği yeni formülle daha etkili bir yaptırımı öngörmüştür. 1982 Anayasası'nın 116. maddesine göre hükümetin kırk beş gün içinde kurulup güvenoyu alamaması durumunda cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi başkanına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Nitekim 1982 Anayasası döneminde 1991-2002 yılları arasında kesintisiz biçimde koalisyon hükümetleri kurulmuş olmasına rağmen hemen hemen hiç böyle bir sorun yaşanmamıştır. 1980 öncesinde birlikte hükümet kuramayan siyasi partiler bile 1982 Anayasası döneminde ortaklık yapabilmişlerdir.

Benzer durum cumhurbaşkanı seçimi için de geçerlidir. 1961 Anayasası döneminde özellikle Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk'ün görev süresinin 6 Nisan 1980'de bitmesi üzerine yapılan cumhurbaşkanı seçiminde onlarca tur yapılmış ve beş ayı aşkın bir süre boyunca bir türlü cumhurbaşkanı seçimi tamamlanamamıştır. Nitekim bu sorun çok ciddi siyasi krizlere yol açmış ve akabinde 12 Eylül askeri müdahalesi gerçekleştirilmiştir. Bu noktada 1961 Anayasası'nın en önemli sorunu, cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce, kendi üyeleri arasından, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla yedi yıllık bir süre için seçileceğini; ilk iki oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, salt çoğunlukla yetinileceğini belirtmesinden kaynaklanmaktadır (m. 95). Hükümet kurulması noktasında çok zayıf da olsa bir yaptırım getiren anayasa, cumhurbaşkanı seçiminde seçimin yapılabilmesi durumunda hiçbir yaptırım öngörmemiştir. 1982 Anayasası'nda ise bu sorun getirilen yeni kuralla çözülmüştür. 1982 Anayasası'nın ilk düzenlemesine göre, cumhurbaşkanı en geç dördüncü turda ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla seçilecektir. Seçilememesi durumunda Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin derhal yenileneceği öngörülmüştür. Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bir partinin tek başına çoğunluğa sahip olmadığı dönemlerde Süleyman Demirel ve Ahmet Necdet Sezer sorunsuz biçimde cumhurbaşkanı seçilmişlerdir.

1982 Anayasası'nda hükümet sistemiyle ilgili asıl sorunlar cumhurbaşkanı ve hükümet ilişkisinde kendini göstermektedir. Sorunun temelinde ise 1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanının güçlü yetkilere sahip olması yatmaktadır. Anayasada iki başlı yürütme kurgulanmış olmasına, yetkili ve sorumlu kanat olarak Bakanlar Kurulu öngörülmüş olmasına rağmen, yürütmenin diğer kanadı olan cumhurbaşkanı da sistem içerisinde güçlü yetkilerle donatılmıştır. Cumhurbaşkanının

vatana ihanet durumu dışında göreviyle ilgili cezai ve hukuki sorumluluğu bulunmamasına rağmen, yasama, yürütme ve yargı ile ilgili güçlü bazı yetkilerle donatılması sistemin işleyişinde çok ciddi sorunlar ortaya çıkarabilmektedir.

Bu noktada özellikle cumhurbaşkanı ile hükümet arasındaki sorunlar uygulamada cumhurbaşkanını çok farklı bir konuma yükseltmektedir. Zira sahip olduğu yetkileri kullanarak cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulu'nun kararnamelelerini onaylamayarak hükümet etme işlevini tamamen sekteye uğratabilmektedir. Bu yetki dolayısıyla hükümetler, ister istemez kendi görüşlerine uygun olanı değil, cumhurbaşkanının görüşüne uygun olanı tercih etmektedirler ki, bunun demokratik yönetim anlayışıyla izahı mümkün değildir. Bugüne kadarki uygulamada sıklıkla cumhurbaşkanlarının tasvip etmediği bürokrat atamalarının, atama için aranan koşulları sağlasa ve mevzuatta bu kişilerin atanması konusundaki takdir yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilse dahi tamamlanamadığını görmek mümkündür. Kuşkusuz anayasadan kaynaklanan bu durum demokratik hukuk devleti açısından sorunludur. Öyle ki geçmişte cumhurbaşkanları seçim kazanmış ve tek başına iktidar yetkisini almış bir partinin önerdiği bakanlardan bazılarının isimlerini geri gönderebilmiş ve bu biçimde hükümetin oluşumuna da müdahale edebilmişlerdir.¹

Türkiye'nin Anayasa Sorunu Bağlamında Hükümet Sistemi

Türkiye'de anayasa sorunu aslında tarihsel süreçte değişik zamanlarda farklı boyutlarıyla kendini göstermektedir. Anayasa sorunu bir yönüyle bir insan hakları sorunu olarak görülebilir. Bu bağlamda devlet ve ideolojisi karşısında insan haklarının ikincil konumda kaldığı zamanlarda bu sorun daha açık biçimde fark edilmektedir. Kimi zamanlarda bir demokrasi sorunu olarak kendini göstermektedir. Bu noktada bir taraftan 1961 ve 1982 anayasalarının öngördüğü kendine özgü demokrasi anlayışı herkese dikte ettirilmeye çalışılmakta ve bu husus demokrasi adına gerekçelendirilmektedir. Demokrasi sorunu bağlamın-

1. 2002 yılında Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, kabineyi onaylarken hükümeti kurmakla görevlendirdiği Abdullah Gül'ün kendisine sunduğu listede "Millî Eğitim Bakanı" olarak yazılan Beşir Atalay'ın atanmasını önleyerek devlet bakanlığına atanmasını sağlamıştı. Bkz. "Atamaya Sezer Dikkati", *Hürriyet*, 19.12.2002.

da çoğulculuk ve çokseslilik sadece "süslü" bir ifade biçiminde zikredilmekte, oysa bunun tam aksi bir yönde tektip ve homojen yapı oluşturulması hedeflenmektedir. Öte yandan askeri bürokrasinin olağan ve olağanüstü dönemlerde yaptığı antidemokratik müdahalelerle siyaset askerin kontrolü altında tutulmaya çalışılmakta, bu nedenle de yoğun bir biçimde siyaset üzerindeki vesayet tartışmaları gündeme gelmektedir. Ayrıca başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek yargı organlarının bazı kararlarıyla sistem üzerinde atanmışların ağırlığı ve vesayeti tüm açıklığıyla ortaya çıkmaktadır.² Bu nedenle Türkiye'nin anayasa sorunu aynı zamanda bir vesayetten kurtulma ve siyasetin özerkliği sorunudur.

Türkiye'nin anayasa sorununda önemli bir ayağı da yargıyla ilgili hususlar oluşturmaktadır. Özellikle de yargının verdiği kararlardaki hukuki sakatlıklar ve yetki gaspı olarak nitelendirilen müdahaleler,³ yine yargının bireyi ve özgürlükleri korumaktan ziyade devletçi ve ideolojik refleksle hareket edebilmesi, esasında hukuk devleti açısından yargının gerek oluşumunu, gerekse işleyişini yeniden düzenlemek gerektiğini ortaya koymaktadır. Özellikle 1961 Anayasası ile birlikte biçimlendirilen yargının devletçi ve ideolojik karakteri siyasi sistemin işleyişinde tam anlamıyla hukuk devletine uygun bir istikamette çalışan yargıyla sonuçlanmamıştır. Nitekim verdiği kararlarla başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek yargı mercileri bu nedenle eleştirilerin odağında kalmışlardır.

Türkiye'nin anayasa sorunu yukarıda sıralanan hususlardan farklı bir yönüyle aynı zamanda bir sivil anayasa yapımı sorunudur. Zira bugüne değin yapılan anayasalarda, gerek Cumhuriyet dönemi ve gerek Osmanlı döneminde, halkın bu sürece dahil olduğunu söyleyebilmek zordur. Osmanlıdan bugüne değin yapılan anayasalarda hiçbir zaman demokratik bir ortam sağlanamamış, aşağıdan gelen bir yöntemle ve tabanın taleplerini de göz önünde tutan bir anayasa yapımı söz konusu olmamıştır. Özellikle demokrasinin ayrıcalıklı konumunun pekişmekte olduğu süreç boyunca Türkiye'de tam tersi istikamette yol izlenmiş ve son iki anayasa, tamamen askeri müdahaleleri gerçekleştirenlerin

2. Anayasa Mahkemesi'nin bu biçimdeki kararlarının değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Hakyemez 2009: 63-188.

3. Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında anayasa değişikliğini esas açısından denetleme yetkisini ele geçirmesini Ergun Özbudun yetki gaspı olarak nitelendirmektedir (2008a: 179).

inisiyatifi ve denetiminde yapılmıştır. Bu nedenle Türkiye'nin anayasa sorunu aynı zamanda yöntemsel olarak sivil, katılımcı ve tabanın taleplerini ön planda tutması gereken bir anayasa yapım yöntemi sorunudur.

1982 Anayasası'nın hükümet sistemi konusunun kanaatimizce anayasa sorunu bağlamında temel öncelikli hususlar olarak yukarıda zikredilen konular arasında yer almadığı söylenebilir. Gerçi yukarıda da kısaca belirtildiği üzere, 1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanının yetkileri ve sorumluluğu arasındaki uyumsuzluk ciddi bir sorundur ve bununla bağlantılı olarak Cumhurbaşkanı - Bakanlar Kurulu ilişkilerinin demokratik hukuk devleti standardının gerisinde kaldığı açıktır. Ancak bu sorunun anayasanın demokrasi, insan hakları ve hukuk devletiyle ilgili diğer sorunları kadar aciliyet taşıdığı söylenemez. Bu nedenle yeni anayasanın, hükümet sisteminden çok daha öncelikli olarak çözmesi gereken sorunları olduğu vurgulanmalıdır. Hükümet sistemiyle ilgili bazı sorunlar vardır, ancak bu sorunların diğerleri gibi öncelikli olmadığı açıktır.

1982 Anayasası'nın önemli bir özelliği merkeziyetçiliğe ağırlık vermesidir. Anayasada devlet organları içerisinde yürütme diğer organlara karşı güçlendirilmiş; yürütme içinde Bakanlar Kurulu'na karşı cumhurbaşkanı, olması gereken açısından bakıldığında daha farklı bir konuma yükseltilmiş; Bakanlar Kurulu'nda ise bakanlara karşı başbakan çok daha güçlü hale sokulmuştur. Özellikle merkeziyetçilik bağlamında anayasada cumhurbaşkanı sistemin içerisinde her şeyi kontrol eden bir aktör haline dönüştürülmek istenmiştir. Nitekim bunun bir sonucu olarak cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe giren işlem sayısı da çok yüksektir. Cumhurbaşkanının sadece Bakanlar Kurulu kararnamelerinde değil, oldukça basit konularla ilgili müşterek kararnamelerde de imzasının bulunması zorunluluğu bu yaklaşımın bir sonucudur. Oysa Cumhurbaşkanlığı makamının bu gibi konularla uğraşması mümkün de değildir. Ancak buradaki hedef, aynı zamanda her şeyin kontrol altında tutulmakta olduğu izleniminin verilmesidir.

Burada şöyle bir soru sorarak konuya devam etmek gerekir: Acaba yeni anayasada hükümet sistemiyle ilgili olarak yapılacak yeni düzenlemeler, Türkiye'nin anayasa sorunu bağlamındaki temel sorunları olan hukuk devleti, insan hakları ve tam demokrasi konularındaki hangi hususlara çözüm getirebilir? Kanaatimizce ister parlamenter rejim, isterse başkanlık ya da yarı-başkanlık rejimi tercih edilsin, yeni anaya-

sada bunlardan hiçbirisinin tek başına bu önemli anayasa sorunlarına çözüm getirmesi mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki, Türkiye'deki hükümet sistemi noktasındaki sorunlar bahsettiğimiz temel anayasa sorunları kadar önemli değildir.

Bununla birlikte 1982 Anayasası'ndaki Cumhurbaşkanlığı ile ilgili şu hususu belirtmek gerekir: Cumhurbaşkanının yetkileri ve sorumluluğu ile ilgili hususlar aslında bir yönüyle Türkiye'nin vesayet sorunuyla ilişkilendirilebilir. Zira 1982 Anayasası yapılırken sistem 1961 Anayasası'nın getirdiği vesayeti güçlendirme üzerine kurgulanmıştır (Özbudun 2008a: 71). Nitekim bunun sonucu olarak cumhurbaşkanı çok güçlü yetkilerle donatılmış, ama sorumluluğu öngörülmemiştir. Bu yapılırken cumhurbaşkanının siyasi sistem üzerindeki konumundan kaynaklanan güçlü yetkiler ve başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), Danıştay ve Yargıtay nezdindeki ağırlığı özellikle bilinçli biçimde formüle edilmiş olabilir. Dolayısıyla cumhurbaşkanı sistem üzerinde çok güçlü, hâkim bir aktör gibi tasarlanmıştır. Nitekim bu durum özellikle bürokratik vesayetçi yapının öngördüğü nitelikleri taşımayan cumhurbaşkanlarının seçimi sürecinde ve görev süreleri boyunca bu cumhurbaşkanlarıyla ilgili yapılan değerlendirmelerde sezilebilmektedir.

Bu nedenle yeni anayasa yapılırken esasında vesayetçi yapının en önemli aktörlerinden biri olarak düşünülen cumhurbaşkanının konumu, bu hususlar da göz önünde tutularak baştan sona yeniden kurgulanmalıdır. Gerçi konu özellikle on birinci cumhurbaşkanının seçimi esnasında yaşanan kriz ve ardından yapılan anayasa değişikliğiyle belli ölçüde sistemi kurgulayanların öngördüğü modelin dışına çıkmıştır. Ancak bu hususta yeni anayasada daha fazla yapılması gereken olduğu belirtilmelidir.

Yeni anayasadaki hükümet sistemi konusunun düzenlenmesi hususuna geçmeden önce, 1982 Anayasası'ndaki vesayetçi modelin önemli bir aktörü konumundaki cumhurbaşkanının seçimi, sistem içerisindeki ağırlığı ve bununla ilgili olarak on birinci cumhurbaşkanının seçimi sürecindeki Anayasa Mahkemesi kararını bu bakış açısıyla ele almak yararlı olacaktır.

1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanlığı Kurumu ve 2007 Krizi

1982 Anayasası'nın belki de en olumlu özelliklerinin başında, rasyo-nelleştirilmiş parlamentarizm mekanizmalarına yer vererek 1961 Ana-yasası döneminde yaşanan cumhurbaşkanı seçimi ve hükümet krizle-rinin ortaya çıkmasını engellemiş olması yer almaktadır. Gerçekten anayasanın bu yaklaşımı uygulamada da kendini göstermiş ve yukarı-da da belirtildiği gibi bu anayasa döneminde bir cumhurbaşkanı seçi-mi ve hükümet krizi yaşanmamıştır. Bunun tek istisnası 2007 yılında on birinci cumhurbaşkanının seçimi sürecindeki "367 krizi"dir. Ancak bu krizin anayasadan değil, bürokratik vesayetçi anlayışın etkisiyle Anayasa Mahkemesi'nin anayasayla bağdaştırılması mümkün olma-yan kararından kaynaklandığı özellikle vurgulanmalıdır. Bu konu aşa-ğıda irdelenecektir.

Cumhurbaşkanı seçiminde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin en geç dördüncü turda bu süreci tamamlaması zorunluluğu dolayısıyla 1982 Anayasası döneminde cumhurbaşkanı seçimleri kolaylıkla yapı-labilmıştır. Bu durum aslında anayasanın önceki dönemlerde yaşanan sorunlardan ders çıkarması noktasında da güzel bir örnek olarak gös-terilmektedir (Özbudun 2008a: 66-7). Ancak bu isabetli düzenleme-nin sonunun bir Anayasa Mahkemesi kararıyla gelmesi ise, esasında yeni anayasanın temel önceliklerinden birinin de ne olması gerektiği-ni ortaya koymaktadır. Zira on birinci cumhurbaşkanının seçimine ka-dar hiçbir şekilde sorun teşkil etmeyen bir konu, tamamen zorlama bir yorumla, bürokratik vesayetçi yapının aktörlerinin hep birlikte, yeni seçilecek cumhurbaşkanına yönelik bir direnç göstermesi sonrasında gündemin üst sıralarındaki yerini almıştır. Nitekim Anayasa Mahke-mesi'nin kararına yönelik bir tepki olarak 1982 Anayasası'nın cumhur-başkanının seçimine ilişkin hükmü tamamen değiştirilmiş ve böylece sistem yeni bir hal almıştır. Getirilen düzenlemenin hükümet sistemi-ni nasıl etkilediğine değinmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin "367 kararı"na konumuz bağlamında kısaca bakmakta yarar vardır.

Anayasa Mahkemesi'nin on birinci cumhurbaşkanının seçimi süre-cinde verdiği toplantı yetersayısıyla ilgili kararı, esasında sadece mah-kemenin bir görüşü olmaktan ziyade o dönemdeki bürokratik vesayetçi aktörlerin hep birlikte amaçladığı bir durumdur. Zira Genelkurmay

Başkanlığı internet sitesinde 27 Nisan 2007 gecesi açıklanan ve cumhurbaşkanının seçimiyle ilgili sürece yönelik "asker"ın bakış açısını yansıtan muhtıra, Yükseköğretim Kurulu başkanının rektörlerle yapılan toplantıda cumhurbaşkanı seçiminde toplantı yetersayısına vurgu yapan açıklamaları⁴ ve benzerleri Anayasa Mahkemesi kararının "toplumsal" zeminini oluşturmuştur. Ancak karar gerçekten, Anayasa Mahkemesi gibi bir yargı kurumu ile Genelkurmay Başkanlığı'nın, bürokratik vesayetçi aktörler olarak nasıl aynı doğrultuda hareket ettiklerini bir kez daha gözler önüne sermiştir.

2007 yılındaki bu krizde Anayasa Mahkemesi ve Genelkurmay Başkanlığı'nı "hareketlendiren" temel endişe, cumhurbaşkanının bürokratik vesayetçi yapının oluşumu ve işleyişindeki etkili konumuydu. Zira cumhurbaşkanı, yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümünün seçiminde doğrudan veya dolaylı olarak yetki sahibidir. Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları'nın atanmasında, Yüksek Askeri Şura kararlarının onaylanmasında yetkilidir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nı seçmektedir; Danıştay üyelerinin dörtte üçünü, HSYK üyelerinin ezici bir çoğunluğunu cumhurbaşkanı seçmektedir. Rektörlerin ve YÖK başkanının atamasını gerçekleştirmektedir. Bu ve benzeri yetkiler nedeniyle 2007 yılında Anayasa Mahkemesi, cumhurbaşkanı seçimi sürecinde Anayasa hükmünü tadil ederek Anayasakoyucunun bile hiç arzulamadığı yeni bir durum ortaya çıkarmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki temel görüşü şu şekilde ifade edilmiştir:

Anayasa'nın 96. maddesinde "Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yetersayısı

4. Dönemin YÖK Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç, Rektörler Komitesi ile YÖK binasında cumhurbaşkanı seçimi gündemiyle yaptığı toplantıda, Anayasa'nın 102. maddesindeki "nitelikli toplantı ve karar yeter sayılarını" belirleyen hükme dikkat çekerek, "Bu özel hüküm Cumhurbaşkanlığı seçiminde uzlaşma sağlanabilmesinin hukuki çerçevesini oluşturmaktadır" beyanında bulunmuş ve cumhurbaşkanı seçimi için oturum açıldığında Meclis Başkanı hariç 367 üyenin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde hazır bulunması gerektiğine vurgu yapmıştır. Bkz. "YÖK Başkanı Teziç: 'Cumhurbaşkanlığı seçimi için 367 üyenin bulunması gerekiyor'", www.haberler.com/yok-baskani-tezic-cumhurbaskanligi-secimi-icin-367-haberi/ (Erişim Tarihi: 10.12.2011).

hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz." denilerek TBMM Genel Kurulu çalışmalarında toplantı ve karar yetersayısı ayırımı yapılmış, her ikisinin alt sınırı da ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, TBMM, "Anayasada başkaca hüküm olan haller" dışında, üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanabilecek ve üye tamsayısının en az dörtte birinin bir fazlasıyla karar verebilecektir. Bugünkü üye tamsayısı esas alındığında TBMM kural olarak 184 milletvekili ile toplanabilecek ve en az 139 milletvekiliyle karar oluşturabilecektir. Ancak, Anayasa'da hem toplantı hem de karar yetersayısı bakımından başkaca bir hüküm varsa o uygulanacaktır.

(...)

Cumhurbaşkanı seçimini düzenleyen ve diğerlerinden farklı özellik taşıyan 102. maddede;

"Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır.

Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanı'na bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir.

En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yeniler." denilmektedir.

Maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında Anayasa'nın nitelikli çoğunluk öngörülen diğer maddelerinden farklı olarak iki ayrı yeter sayı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkradaki dört oylamanın, ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunu, üçüncü ve dördüncü oylamalarda salt çoğunluğunu sağlayan adayın seçilmiş olacağı kuralına yer verilerek dört oylamada da seçilmek için gerekli olan karar yetersayıları ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, birinci fıkradaki "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilir." kuralı ile belirlenen yetersayının, üçüncü fıkradan farklı bir anlam taşıdığına kabulü gerekmektedir. Birinci fıkradaki, "Cumhurbaşkanı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir." kuralındaki üçte iki yetersayısının, üçüncü fıkradaki karar yetersayılarından farklı amacı ve işlevi olduğu düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanlığı seçiminde birinci fıkra hükmünün toplantı yetersayısı bakımından; üçüncü fıkra hükmünün de karar yetersayısı bakımından, 96. maddedeki

toplantı ve karar yetersayısına ilişkin genel kuralın istisnalarını oluşturan, "Anayasadaki başkaca hükümler" kapsamında bulunduğu sonucuna ulaşıl-maktadır.⁵

Görüldüğü gibi burada Anayasa Mahkemesi anayasanın açık hük-mü olan "üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir" hükmündeki "se-çilir" ifadesini "toplanır" olarak tadil etmiştir. İşin garip yönü ise Ana-yasa Mahkemesi, bir önceki tamlama olan "gizli oyla" ifadesiyle bir-likte düşünüldüğünde "gizli oyla toplanma" biçiminde ortaya çıkan yeni sonucun nasıl karşılanacağını hiç düşünmemiştir bile.

Esasında bu kararda, konunun basit bir toplantı yetersayısı veya ka-rar yetersayısı olmaktan başka bir amacı olduğu aşikârdı ve bu kolay-lıkla fark edilebiliyordu. Ancak bu süreçte en zor duruma düşen kurum Anayasa Mahkemesi olmuştur. Zira mahkeme bu kararın hukuki ge-rekçesini de açıklamak zorundaydı. Açıklanan hukuki gerekçe ise, özü-nü yukarıda belirttiğimiz bağlamda formüle edilmişti. Bu karar Anaya-sa Mahkemesi'nin daha yoğun biçimde tartışılmasına yol açmıştır.⁶

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının Cumhurbaşkanlığı kurumu-nun sistem içerisindeki işleviyle doğrudan ilgili olduğu sezilmektedir. Ancak mahkeme kararında bu konuda açık bir ifade bulunmamakta-dır. Bununla birlikte mahkeme kararına ek gerekçe yazan üyelerin ge-rekçelerindeki şu ifadeler bu işlevi ortaya koymaktadır:

Cumhurbaşkanlığı seçimi nedeniyle ortaya çıkan ve TBMM 96. birleş-i-min konusunun görüşülebilmesinin ve sonucuna verilen değer hukukiliği ve yasallığının Anayasanın 96. ve 102. maddeleri uyarınca değerlendirilme-si de Türk siyasi hayatının toplumsal sözleşmesi olan Anayasanın temel ide-olojisini hiçbir noktada devre dışı bırakmadan, amacına hâlel getirmeden, gelişmesine olanak sağlayacak biçimde yapılması gerekmektedir.

(...)

Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde Anayasanın 102. maddesi in genel hü-küm sayılan 96. maddeden ayrılıp nitelikli çoğunluk araması, sistemi koru-mak için bir gereksinim olarak algılanmış ve bu nedenle de özel bir norm olarak Anayasada yerini almıştır.⁷

Bu bahiste şunu da kaydetmekte yarar vardır ki, Cumhurbaşkanı seçil-me nitelikleri olarak Anayasanın 101. maddesinde belirtilen yüksek ögre-nim yapmış ve milletvekili seçilmiş olmak veya milletvekili seçilme yeter-

5. Bkz. E. 2007/45, K. 2007/54, k.t. 1.5.2007.

6. Bkz. Özbudun 2007d.

7. Bkz. Serruh Kaleli'nin ek gerekçesi, E. 2007/45, K. 2007/54, k.t. 1.5.2007.

liliğine sahip olmak, aday olmanın biçimsel şartıdır. Bir göreve seçilmek için gerekli niteliklerin, o görevin tüm yetki ve sorumluluklarını yerine getirebilmek için gerekli özellikleri de kapsadığı açıktır. Bu nedenle Cumhurbaşkanını, Anayasanın 101. maddesindeki biçimsel adaylık şartlarına ilave olarak, 103. maddedeki andın icabını ve 104. maddedeki görev ve yetkilerin tarafsızlıkla kullanılmasını sağlayacak niteliklere sahip bir şahsiyet olacaktır. Cumhurbaşkanının Anayasada sayılan tüm görev ve yetkilerine birlikte bakıldığında, durum açıkça görülebilmektedir.⁸

Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında Cumhurbaşkanlığı seçimiyle ilgili hukuki durum, 1961 Anayasası'nın öngördüğü seçimden bile daha fazla zora girmiştir. Zira artık Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte biri oranındaki bir azınlık Genel Kurula katılmayıp istediği şekilde cumhurbaşkanı seçimini bloke edebilecekti ve Anayasa Mahkemesi bunu aynı zamanda uzlaşma arayışıyla da gerekçelendirmeye çalışmaktaydı. Mahkeme kararının yol açtığı bu içinden çıkılmaz durum nedeniyle 1982 Anayasası'nın cumhurbaşkanı seçimine ilişkin hükmü esaslı bir değişikliğe tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin kararına yönelik bir tepki olarak yapılan değişiklikle artık cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından, geçerli oyların yarısından fazlasının oyuyla seçilmesi esası getirilmiştir. Bu değişiklik aynı zamanda cumhurbaşkanının görev süresi beş yıla düşürülmüş ve bir kişinin iki kez üst üste seçilebilmesi esası öngörülmüştür.

1982 Anayasası'nın hükümet sistemi, doktrinde özellikle cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkilerin fazlalığı nedeniyle yarı-başkanlığa yakın olarak "başkanlı parlamenter rejim" biçiminde nitelendirilmekteydi (Çağlar 1989: 306). 2007 Anayasa değişikliğiyle cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi esasının getirilmesiyle birlikte sistemin daha fazla yarı-başkanlık rejimine yaklaştığı söylenebilecek midir?⁹ Kanaatimizce yarı-başkanlık sistemindeki cumhurbaşkanının yetkileri 1982 Anayasası'ndaki cumhurbaşkanına nazaran oldukça fazladır. Öte yandan 2007 değişikliğiyle cumhurbaşkanının yetkileri ve sorumluluğu konusunda bir değişiklik yapılmadığı da göz

8. Bkz. Osman Alifeyyaz Paksüt'ün ek gerekçesi, E. 2007/45, K. 2007/54, k.t. 1.5.2007.

9. Ergun Özbudun 2007 değişikliğiyle sistemin yarı-başkanlık sistemine daha fazla yaklaştığını, ancak cumhurbaşkanının yine de Fransa'da olduğu gibi sistemin temel unsuru haline gelmiş olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmektedir (2008a: 348).

önünde tutulmalıdır. Bu nedenle ortaya çıkan yeni modelin, artık cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilecek olsa bile¹⁰ yarı-başkanlık sistemi olarak adlandırılması yine de zordur.

Türkiye'de Uygulanabilirlik Açısından Hükümet Sistemleri

Türkiye'de hükümet sistemlerinin uygulanabilirliğini sağlıklı biçimde analiz edebilmek için öncelikle hükümet sisteminin temel aktörleri ve uygulanacak siyasi zeminle ilgili Türkiye'nin temel özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu noktada siyasi kültür, partilerin sayısı, partilerin disiplinli olup olmadıkları hususları en önemli özellikler olarak göze çarpmaktadır. 1946 yılında çok partili siyasi hayata geçildiğinden beri Türkiye'deki parti sisteminin çift parti sisteminden ziyade çok parti sistemine benzediğini gözlemlemek mümkündür. Bir siyasi partinin tek başına iktidar olduğu dönemlerde bile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde iki ve hatta bazı dönemlerde üç muhalefet partisinin grup kurabildiğini görmek mümkündür. Bunun yanında seçilmiş iktidarların bulunduğu yaklaşık altmış yıllık dönemin neredeyse beşte ikilik kısmında koalisyon hükümetleri bulunmaktadır.

Öte yandan Türkiye'deki siyasi partilerin kendi milletvekilleri üzerinde güçlü bir kontrolü mevcuttur. Partilerin disiplinli olmaları nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde özellikle siyasi alanda gündemi yoğun biçimde meşgul eden konularda partilerin birbirleriyle çok fazla uzlaşma eğilimine girmedikleri, her partinin kendi politik görüşüne göre pozisyon aldığı ve tutumunu ona göre belirlediği görülmektedir. Partilerin bu tutumunun ülkenin menfaatine uygun olup olmadığı ise çok da dikkate alınmamaktadır.

Bir diğer önemli nokta ise, aynı alanda yetki sahibi olanların birden fazla olması durumunda bu alanda kararların sorunsuz biçimde alınamadığı, bu sürecin siyasi görüş farklılıklarının varlığı durumunda

10. Doktrinde Kemal Gözler de 2007 anayasa değişikliği sonrasında sistemin sadece cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönüyle parlamenter rejimden ayrılabilceğini, ancak iki başlı yürütme, cumhurbaşkanının sorumsuz, Bakanlar Kurulu'nun ise sorumlu olması, aynı kişinin hem milletvekili hem de bakan olabilmesi, Bakanlar Kurulu üyelerinin TBMM çalışmalarına katılabilmeleri, cumhurbaşkanının yasama organını sınırlı fesih yetkisine sahip olması nedeniyle sistemin halen parlamenter rejim olduğunu belirtmektedir. (2011b: 299-300).

iyi yönetilemediği, bu nedenle bazı ciddi uyum sorunlarının ortaya çıktığı görülmektedir. Bu türden uyum sorunlarının varlığı halinde güçlü bir sivil toplum tepkisi veya desteği ise fazla sağlanamamaktadır. Zira Türkiye'de biraz da demokrasinin gelişmişlik düzeyindeki sorunlar nedeniyle sivil toplum gelişmiş değildir ve müzakereci demokrasi yöntemleri etkin biçimde kullanılamamaktadır.

Yeni anayasadaki hükümet sisteminin belirlenmesinde bu özellikler göz önünde tutulmadan bir tercihte bulunulursa, bugüne değin karşılaşılmayan yeni sorunlar ortaya çıkar ki, bunun ağır sonuçları olabilir. Dolayısıyla model belirlenirken her bir hükümet sisteminin olumlu ve olumsuz yönleri göz önünde tutulur, özellikle mukayeseli ülke örneklerindeki başarılı ve başarısız uygulamaların analizi iyi yapılırsa, daha uygulanabilir bir model ortaya çıkarılabilir. Kuşkusuz hükümet sistemi tercihinde tam anlamıyla klasik parlamenter rejim, başkanlık rejimi ya da yarı-başkanlık rejimi prototipine uymak da gerekemeyebilir. Bu klasik modeller, bazı eklemeler veya çıkarmalar yapılarak yeniden şekillendirilebilir.

Ancak oluşturulacak olası bir yeni hükümet sisteminin her koşulda şu iki özelliği aynı anda sağlaması gerekmektedir: Birincisi, yeni hükümet sisteminin demokratik hukuk devleti açısından hiçbir sorunu olmamalıdır. Bu bağlamda mümkün olduğunca halkın katılımına ve temsiline geniş biçimde yer vermelidir. Daha da önemlisi hükümet sisteminde yetki verilen her kurum veya aktör aynı ölçüde sorumlu olmalı; 1982 Anayasası'nda olduğu gibi yetkili ama sorumsuz aktörlerin oluşturulmamasına dikkat edilmelidir. İkincisi ise, tercih edilecek hükümet sisteminin Türkiye koşullarında etkin ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Bununla bağlantılı olarak hükümet sistemi işlevsel olmalı, uygulamada yetki kullanımı sürecinde sorunlara, çatışmalara ve tıkanıklıklara sebebiyet vermemelidir. Zira bugüne değin Türkiye'deki hükümet sistemi uygulamasıyla ilgili en önemli sorunlar bu hususlarda ortaya çıkmıştır. Ayrıca mevcut hükümet sistemi yerine yapılan alternatif önerilerde de gözler bu iki noktaya odaklanmaktadır.

Bu bağlamda başkanlık sistemi irdelendiğinde bazı hususların ön plana çıktığı görülmektedir. Bu sistemin belirgin bir özelliği başkanın sisteme damgasını vurmasıdır. Özellikle yürütmede tek kişi olarak başkanın yer alması, ister istemez kendisini önemli bir aktör haline getirmektedir. Ancak bu biçimdeki bir modelde karar alma süreci ve katılım açısından demokratiklik boyutuyla ilgili bazı eleştiriler yapılabilir.

lır. Daha da önemlisi başkanlık sistemindeki başarı aynı zamanda başkanın kişisel özellikleriyle de doğrudan ilgili hale gelebilmektedir. Kuşkusuz başkanın doğrudan seçimle göreve gelmesi demokratik açıdan önemlidir. Ancak tek adam görünümü ve tek adamın karizması gibi hususlar demokratiklikten başka hususlara ağırlık verilmesi sonucunu doğurabilir. Farklı bir görüş ise, seçmenlerin siyasi performansa bağlı olarak doğrudan muhatap alacağı bir kişi görmeleri nedeniyle başkanlık sisteminin hesap sorulabilirlik açısından parlamenter rejime göre daha demokratik olduğunu ifade etmektedir (Demir ve diğ. 2011: 103-4).

Bununla birlikte başkanlık sisteminde yürütme organının önceden belirlenmiş sabit bir süre boyunca görevde kalacak olması bu modelin en önemli avantajıdır. Özellikle de parlamenter rejimlerdeki koalisyon hükümetlerinde yaşanan sorunlar nedeniyle başkanlık sisteminin istikrara yönelik bu avantajı gerçekten cazip görülebilir. Yürütmedeki hedefler yürütmenin görevde kalacağı sabit süreye göre belirleneceğinden, bu sayede uygulanacak projelerin tamamlanıp hayata geçirilmesinde belirsizlikten kaynaklanan riskler yaşanmayabilir. Bu açıdan bakıldığında Türkiye'de başkanlık sistemini savunanların en önemli gerekçesi etkin ve sorumlu bir hükümet yapısı oluşturmaktır (Erdoğan 2002: 285).

Her ne kadar başkanlık rejiminde başkanın görev süresi in sabit olması önemli bir avantaj ise de tek başına bu hususu göz önünde bulundurarak başkanlık rejimini benimsememek, sistemin işleyişindeki diğer hususların da uygulanabilirliğini analiz etmek gerekir. Bu değerlendirmeyi yaparken, yukarıda da belirtildiği üzere, Türkiye'deki siyasi parti sistemini, partilerin özelliklerini ve siyasi kültürü de göz önünde bulundurmakta yarar vardır. Türkiye'deki partilerin disiplinli parti olmaları nedeniyle başkanlık sisteminin işleyişinde yürütme ile yasama arasındaki ilişkilerde çok ciddi sorunlar ve tıkanıklıklar ortaya çıkabilir (Akartürk 2010: 285). Başkanın yasamanın çıkaracağı kanunlara göre yürütme yetkisini kullanacağı ve bütçesinin belirlenmesi sürecinde yaşamaya muhtaç olduğu göz önünde tutulduğunda, parlamento yürütmenin beklentilerini karşılamak durumunda olmalıdır. Oysa parti disiplinin etkisiyle yasama çoğunluğu ile başkanın aynı partiden olmadığı durumlarda istenilen kanunların çıkarılması zorlaşabilir. Bu durum ise başkanlık sistemini işlemez hale sokabilir (Çağlar 1989: 267). Zira başkan istediği ölçüde bütçesi olmayan, hizmetin

sunumunda ihtiyaç duyduğu kanunları elde edemeyen, zorda kalmış bir kişi görünümünde kalabilir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi ihtimali yüksektir. Zira parti disiplini dolayısıyla siyasi partiler ülke menfaatleri açısından olması gereken durumu değil, kendi partilerinin menfaatini daha fazla ön planda tutabilirler ve bunun gerekçesini de kamuoyuna, özellikle kendi seçmen kitlelerine anlatacak argümanları oluşturabilirler.

Ayrıca yasama ve yürütme organlarının seçimlerinin aynı anda değil, farklı zamanlarda yapılacağı göz önünde tutulduğunda, yasama ve yürütmeye farklı siyasi görüşlerin seçimi kazanması ihtimali daha fazla artabilir. Zira Türkiye'deki son otuz yıllık sürece bakıldığında, seçimde birinci olan partinin bir sonraki seçimde birinci çıkmaması gibi durumlar gündeme gelebilmektedir.

Öte yandan bu biçimdeki tıkanıklıkların yaşanması durumunda Türkiye'de ortaya çıkan sorun ile ABD'de ortaya çıkan sorunun doğurduğu sıkıntılar da aynı olmayabilir. Bu tür bir tıkanma durumunda Türkiye'de daha fazla olumsuzluk yaşanabilir. Zira Türkiye'nin üniter devlet niteliğine sahip olduğu dikkate alındığında, yürütmenin tıkanması ülkedeki tüm yürütme yetkilerinin kullanımında tıkanıklık yaşanması anlamına gelecektir. Oysa ABD'deki bu tür bir kriz sadece federal yürütme için söz konusu olacağından, eyaletler nezdinde böyle bir yürütme krizi yaşanmayacaktır. Yürütmeyle ilgili yetkilerin önemli bir kısmının eyalet yürütme organları tarafından kullanıldığı düşünüldüğünde, federal devletlerde bu krizlerin daha ucuz atlatılması ihtimali söz konusudur. Öte yandan bu tür tıkanmaların olduğu dönemlerde lobicilik ve sivil toplum kuruluşlarının tepkisi, sorunu gidermede önemlidir. Ancak bu iki hususta da Türkiye'de istenilen sonuca ulaşabilecek güçlü bir yapı mevcut değildir. Demokrasi kültürünün yeterince yerleşmediği ve siyaset sürecinin uzlaşmadan ziyade kutuplaşmaya doğru kaydığı rejimlerde başkanlık sistemi demokrasiyi daha fazla tehlikeyle karşı karşıya bırakabilir (Yazıcı 2009: 228-9).

Parlamente hükümet sisteminde ise yasama ve yürütme arasında bu tür tıkanıklıkların yaşanması ihtimali daha azdır. Zira parlamente rejiminde yürütme zaten parlamentonun güvenine dayanmaktadır ve bu nedenle yasama organı ile Bakanlar Kurulu arasında başkanlık rejimindeki tıkanıklıkların ortaya çıkması ihtimali bulunmamaktadır. Parlamente rejiminde olsa olsa hükümet ortağı partiler arasında sorunlar yaşanabilir ki, bu durumda zaten hükümet dağılır ve yerine başka bir hü-

kümet kurulur. Yasama çoğunluğu ile hükümet arasında yaşanacak muhtemel krizlerde yasama ve yürütmenin birbirine muhtaç olması ve birbirlerine karşı kullanabilecekleri fesih ve güvensizlik oyu ile düşürme yaptırımları dolayısıyla krizler aşılabılır. Kaldı ki Türkiye' deki parti disiplininin etkisiyle parlamento çoğunluğu ve onun güvenini almış hükümet arasında çok yoğun krizler yaşanmayabilir. Dolayısıyla güçler arasında işbirliğini esas alan parlamenter rejim, yasama ve yürütme arasında tikanıklıkların ortaya çıkmaması, ortaya çıktığında ise aşılması hususunda başkanlık rejimine nazaran daha esnek bir yapıya sahip olması yönüyle avantajlıdır (Turhan 2011: 168-71).

Ancak bu noktada başkanlık rejiminin avantajı bağlamında en önemli argümanlardan biri olan koalisyon hükümetleri döneminde parlamenter rejimde istikrarsızlıklar yaşanabileceği hususunu da Türkiye açısından müzakere etmek gerekir. Gerçekten koalisyon hükümetlerinin uzun süreli olamaması parlamenter rejimin en dezavantajlı yönlerinden biri olarak görülebilir. Parlamentoda birden fazla partinin birlikte çoğunluğa sahip olması durumunda, Türkiye'de başkanlık sistemi benimsenmiş olsa bile ciddi sorunlar yine devam edecektir. Böyle bir durumda yürütmede başkan dört yıllığına görevdedir, ancak başkanın partisinin parlamentoda tek başına çoğunluğa sahip olmaması durumunda parlamentodan başkanın istediği kararların çıkması çok zordur. Zira ABD'den farklı olarak Türkiye'de partilerin disiplinli olduklarını ve lobiciliğin çok etkin biçimde kullanılmadığını belirtmek gerekir. Kaldı ki Türkiye'de parlamentoda birden fazla partinin çoğunluğa birlikte sahip olduğu durumda parlamenter rejim daha az sorunlu biçimde sorunların aşılmasına, sürecin atlatılmasına katkıda bulunabilir. Zira parlamenter rejimdeki yürütmenin sahip olduğu "hükümet kurulamaması durumunda yasama seçimlerinin yenilenmesine karar vermesi yetkisi" caydırıcı bir işlev görebilir. Nitekim 1982 Anayasası döneminde bunu Türkiye örneğinde gözlemlemek mümkündür.

Dolayısıyla eğer başkanlık sisteminin tercih edilmesindeki sebep, parlamentoda tek partinin çoğunluğa sahip olmadığı dönemlerde daha istikrarlı bir yürütme oluşturmak ise, Türkiye'deki parti disiplininin ve çok partili yapının, bu türden bir krizin ortaya çıkmasına engel teşkil edeceği bilinmelidir. ABD'de karşılaşılmayan bazı sorunların ise Türkiye'de ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu da vurgulanmalıdır. Ülkemizin geçmişteki tikanıklıklardan başarılı bir biçimde çıkmada iyi bir örnek olmadığı da dikkate alındığında, bu tür tikanıklıkların başka ye-

ni sorunlara yol açma ihtimali söz konusudur.

Başkanlık rejimi, sadece koalisyon dönemleri için değil, her durumda önerilen bir model olarak da karşımıza çıkabilir. Ancak burada özellikle başkanın yürütmede tek başına yetki ve sorumluluk sahibi aktör olduğu dikkate alındığında, bunun tek adam durumunu ortaya çıkarma ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda bir yetki yoğunlaşmasıyla karşı karşıya kalınabilir. Gerçi bu sorun, tek parti hükümetlerinin olduğu dönemlerde parti disiplininin de katkısıyla parlamenter rejim için de geçerlidir. Hatta tek parti iktidarındaki başbakanın parti disiplini aracılığıyla parlamentoyu da yönlendirebileceği düşünüldüğünde, başbakanın başkanlık rejimindeki başkandan daha güçlü olduğu da söylenebilir (Yazıcı 2009: 238-41; Turhan 2011: 182). Bununla birlikte parlamenter rejimde yürütmedeki cumhurbaşkanı hakem rolündeki bir aktör olarak belki bu görünümü değiştirebilir. Ancak bunun sağlanabilmesi açısından cumhurbaşkanının gözetme iktidarını daha etkili biçimde kullanması gerekir.

Yarı-başkanlık rejiminin Türkiye'de uygulanabilirliği açısından belirtilmesi gereken en önemli husus ise, bu sistemin işleyişinin ancak yürütmede iki yetkili kanadın uyumlu çalışmasıyla mümkün olacağı hususudur. Ancak bu uyumun sağlanması her zaman mümkün olmayabilir. Özellikle cumhurbaşkanı ile hükümetin farklı siyasi eğilimlere mensup olduğu *cohabitation* dönemlerinde sistemin işleyişinde yetkinin kullanımı bağlamında ciddi sorunlar ortaya çıkabilir. Nitekim Türkiye, bu biçimdeki sorunları 1982 Anayasası döneminde değişik zamanlarda yoğun olarak zaten yaşamıştır. Bunun akıllardaki son örneği Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile Recep Tayyip Erdoğan Hükümeti arasında yaşanan sorunlardır. Dolayısıyla bu sorunları yaşamış bir ülkede bu biçimdeki bir modelin gelecekte uygulanabilir olacağını söyleyebilmek zordur. Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu'nun aynı partiden olması durumunda ise yarı-başkanlık rejimi adeta tek partinin hükümette olduğu parlamenter rejim gibi işleyebilir. Ancak seçim sonucunda her zaman bu biçimde bir tablo ortaya çıkmaya-acağına göre, *cohabitation* ihtimalini de düşünerek hükümet sistemi tercihini düşünmekte yarar vardır.

Genel Değerlendirme ve Sonuç

Osmanlı-Türk anayasacılığında bugüne gelinceye dek defalarca anayasa değişikliği ve yeni anayasa yapılmış olmasına rağmen, günümüzde Türkiye'nin ciddi bir "anayasa sorunu" mevcuttur. Bu sorun anayasanın sadece bazı maddelerinde yapılacak değişikliklerle çözülebilecek basitlikte değildir. Bu nedenle kamuoyunda ve siyasi partiler nezdinde artık Türkiye'nin yoluna "yeni anayasa" ile devam etmesi yönünde hâkim bir kanaat mevcuttur.

Yeni anayasadan kamuoyunun en önemli beklentileri insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ile ilgilidir. Türkiye'nin anayasa sorununda hükümet sisteminin öncelikli bir sorun olmadığı belirtilmelidir.¹¹ Elbette ki 1982 Anayasası'nın hükümet sistemi konusunda doğurduğu sorunlar mevcuttur ve yeni anayasa ister istemez hükümet sistemi konusunda da bazı yenilikler getirmek zorundadır. Ancak bu konudaki eksikliklerin Türkiye'nin anayasa sorunuyla ilgili temel öncelikli maddelerin arasında yer aldığını söylemek zordur.

Türkiye'deki başkanlık rejimi tartışmalarında sanki başkanlık sisteminin vesayet sorunlarını da sonlandıracağı biçiminde bir algı sezilmektedir. Başkanlık sistemini savunanlar bunu ifade etmese de, böyle bir algının oluşması mümkün olabilir. Bunun oluşmasında, her ne kadar bu husus açıkça vurgulanmasa da, Türkiye'de başkanlık sistemini gündeme getiren Turgut Özal ve Recep Tayyip Erdoğan gibi sağ siyasetin önemli aktörlerinin vesayet sorunundan rahatsız olmalarının etkisi olabilir. Kanaatimizce Türkiye'de siyasetin özerkliği ve seçilmişler üzerinde sivil ve askeri bürokrasinin demokratik hukuk devletiyle bağdaştırılması mümkün olmayan ölçüdeki vesayeti önemli bir sorundur ve mutlaka yeni anayasada buna yönelik esaslı, radikal değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Ancak Türkiye'nin vesayet sorunu hükümet sisteminden ayrı bir sorundur ve bu sorunun çözümünü hükü-

11. Nitekim Memur-Sen Konfederasyonu'nun 17 Haziran-20 Temmuz 2011 tarihleri arasında yeni anayasaya ilişkin yaptırdığı anket çalışmasında katılımcılara yeni anayasada mutlaka yer alması gereken en önemli unsurun ne olduğunu açık uçlu olarak soran soruya verilen cevaplarda, hükümet sistemiyle ilgili bir ifadeye yer verilmezken, en yüksek oranda cevap verilen başlıklar demokrasi, insan hakları, özgürlük, eşitlik ve değiştirilemez nitelikteki ilk üç madde gelmektedir. Bkz. Memur-Sen Konfederasyonu 2011.

met sistemiyle ilişkilendirmek doğru değildir. Parlamenter rejim yerine başkanlık ya da yarı-başkanlık rejimi tercih edilse de vesayet sorunu kendiliğinden çözüme kavuşturulamaz. Bu bağlamda tipik örnek, başkanlık sisteminin uygulandığı ABD'de, 1930'lu yıllardaki *New Deal* yasalarına karşı aktivist bir tutum sergileyen ABD Federal Yüksek Mahkemesi döneminde yoğun biçimde yaşanan yargıçlar hükümeti tartışmalarıdır. Federal Yüksek Mahkeme'nin bu tutumundan en fazla yakınan kişi de Başkan Roosevelt olmuştur.

Yeni anayasada hükümet sistemi konusunda radikal bir değişikliğin yapılmasının isabetli sonuç vermeyeceğine ilişkin kanaatimizi, bu çalışma boyunca belirttiğimiz hususları da göz önünde bulundurarak tekrar etmek gerekir. Bu bağlamda unutulmamalıdır ki olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte Türkiye'nin bir parlamenter rejim deneyimi bulunmaktadır. Bu deneyimi iyi değerlendirmek gerekir. Nitekim bundan hareketle, bundan sonraki süreçte mevcut hükümet sisteminin işleyişinde bugüne değin karşılaşılan sorunlu noktaları düzeltmek ve sistemin işleyişinde ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları hesap ederek onlara yönelik tedbirler almak mümkündür.

Türkiye'deki siyasi parti sayısı, parti disiplini, siyasi kültürün özellikleri gibi hususlar göz önünde tutulduğunda, parlamenter hükümet sisteminin diğer hükümet sistemlerine göre daha isabetli bir model olduğu görülmektedir. Zira bu model başkanlık rejimine göre yasama ve yürütme arasında daha fazla işbirliğini öngörmektedir. Özellikle parti disiplini ve parti sayısının fazlalığı dolayısıyla ortaya çıkması muhtemel krizlerin önlenmesinde bu işbirliği ve etkileşim olumlu katkıda bulunabilir. Oysa siyasi partiler arasındaki uzlaşma eksikliği başkanlık sisteminin işleyişinde ciddi sorunlara yol açabilir (Yazıcı 2009: 228-9).

Unutulmamalıdır ki parlamenter rejimde halk, seçim yoluyla sadece yasama organını belirlemektedir ve yasamanın içinden yürütme çıkmaktadır. Oysa başkanlık rejiminde yasama ve yürütme ayrı ayrı seçimlerle doğrudan halk tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla başkanlık rejimindeki bu çift meşruluk zaman zaman bu iki organ arasında krize yol açabilir. Oysa parlamenter rejimde parlamento çoğunluğunun desteğini kaybeden hükümet düştüğünde onun yerine sorunu çözecek adımı yine parlamento atacaktır (Turhan 2011: 171-2). Bu nedenle özellikle yasama - yürütme ilişkilerinde ortaya çıkabilecek bu sorunların çözümü açısından parlamenter rejim daha esnekler.

Türkiye'nin hükümet sistemi arayışında asıl üzerinde durulması gereken nokta, yürütmedeki aktörlerin yetki ve sorumluluklarının net bir biçimde belirlenmesi hususu olmalıdır. Bu konuda mevcut anayasada sorunlar olduğu belirtilmişti. Ancak bu sorunu çözerken yarı-başkanlık gibi yürütme içerisinde iki yetkili ve sorumlu aktör getirmek, yürütmedeki uyum sorunlarını mevcut sisteme göre artıracaktır. Bu nedenle asıl hedef yürütmede "sembolik yetkilere sahip sorumsuz cumhurbaşkanı ile yetkili ve sorumlu hükümet" oluşturmak biçiminde belirlenmelidir.

Esasında yürütmede bu standardın tesisi demokrasi ve hukuk devleti açısından bir zorunluluktur. Zira siyaseten sorumlu olan hükümetin, kendi kararnamelerini sorumsuz ama yetkili cumhurbaşkanının imzalamaması durumunda dahi sorumlu tutulması ciddi bir paradokstur. Öte yandan güçlü yetkilerini kullanarak tek başına tasarrufla bulunan bir cumhurbaşkanının işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulmaması da hukuk devletiyle bağdaşmamaktadır. Yürütmede yetkili ve sorumlu kanat, önerilen şekilde belirlendiğinde artık hükümetlerin demokratik rejimlerde olduğu gibi yürütmede gerçek anlamda iktidar olması imkânı sağlanmış olacaktır. Kuşkusuz hükümetin tasarrufları siyasi veya yargısal denetime tabi tutulmalıdır. Burada "gerçek anlamda iktidar" derken, hükümetin tasarrufları üzerinde cumhurbaşkanının güçlü yetkilerinden yakındığımızı belirtmek gerekir.

Bu durumda yürütmede asıl değişiklik yapılması gereken hususlar Cumhurbaşkanlığı makamıyla ilgili olacaktır. Yeni anayasada Cumhurbaşkanlığı'nın sistemde hakem rolüne daha yaraşır biçimde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle cumhurbaşkanının yetkileri revize edilmelidir. Cumhurbaşkanının kararnameleri imzalama konusundaki takdir yetkisi yukarıda da belirtildiği üzere ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Kullandığı yetki dolayısıyla sorumluluk kendisinde değil, hükümette olduğu için bu durum demokratik açıdan hükümete ölçsüz bir sorumluluk yüklemektedir. Bu nedenle cumhurbaşkanının kararnameleri imzalamasının parlamenter hükümet sisteminde iki başlı yürütmede işlemin tamamlanması açısından bir anlamı olabilir (Atar 2009: 261; Gözler 2010: 323). Dolayısıyla yeni anayasada cumhurbaşkanı kararnameleri imzalama konusunda yerindeliğe kayacak biçimde denetim yapmamalı, sadece hukuka aykırılık görmesi durumunda iade veya onaylamama yetkisi olmalıdır (Özbudun 2008a: 330; Atar 2009: 264). Aksi takdirde cumhurbaşkanı hü-

kümetin tercihine müdahale etmiş hale gelir ki, bu husus demokratik ilkelerle bağdaşmaz.

Tercih edilecek hükümet sisteminin parlamenter rejim olduğu düşünüldüğünde ilk akla gelen husus cumhurbaşkanının da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilmesi olabilir. Ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin cumhurbaşkanı seçmesi noktasında yaşanan sorunlar açısından bakıldığında, özellikle 2007 yılındaki Anayasa Mahkemesi'nin "367 kararı" sonrasında artık bu görüşü ısrarla savunmanın zor olduğunu belirtmek gerekir. 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden hemen sonra yapılan ilk cumhurbaşkanı seçiminde darbecilerin liderinin seçtirilmesi için, başta diğer cumhurbaşkanı adayı Ali Fuad Başgil olmak üzere siyasetçilere yönelik tehditler ve zorlamalar; 1980 yılında yüzden fazla tur yapılmasına rağmen TBMM'nin cumhurbaşkanını seçememesi ve 1982 Anayasası'nın oldukça isabetli düzenlemesine rağmen Anayasa Mahkemesi kararıyla 2007 yılındaki on birinci cumhurbaşkanı seçiminin engellenmiş olmasının etkisi halen kamuoyunun hafızasında canlılığını korumaktadır. Üstelik 2007 yılında yapılanlara bir tepki olarak cumhurbaşkanını halkın seçmesi gerektiğine yönelik anayasa değişikliğine referandumda neredeyse halkın üçte ikisinin olumlu oy vermesi sonrasında yeni anayasanın tekrardan cumhurbaşkanını Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin seçmesi yönünde bir düzenleme yapması daha da zor olacaktır.¹² Bu noktada belki yukarıda verilen üç örneğin başka sorunlarla da ilişkili olduğu ve zaten yeni anayasanın ideali hedeflediğinden hareketle bundan sonra bu tür sorunların yaşanmayacağı düşünülerek, cumhurbaşkanının da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilmesi esas önerilebilir. Bu ihtimal de mümkün olabilir. Ancak siyasi aktörlerin etkili olacağı bir süreçte yapılan ve halkın oyuyla kabul edilecek olan yeni anayasada kanaatimizce yine de cumhurbaşkanını halkın seçmesi dışında bir formül getirmek zor olacaktır.

Böyle bir durumda cevaplandırılması gereken soru şudur: Acaba halkın seçtiği bir cumhurbaşkanı sembolik yetkilere sahip ve sorum-

12. Memur-Sen Konfederasyonu'nun 17 Haziran-20 Temmuz 2011 tarihleri arasında yeni anayasaya ilişkin yaptırdığı anket çalışmasında yeni anayasada cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin tespiti, %46,5 "kesinlikle katılıyorum", %27,8 "katılıyorum", %14,8 "kısmen katılıyorum" cevabını verirken, sadece %6,4 "katılmıyorum" ve %4,6 "kesinlikle katılmıyorum" şeklinde görüş belirtmişlerdir. Bkz. Memur-Sen Konfederasyonu 2011: 35.

suz olabilir mi? Bu soruya "yeni anayasada cumhurbaşkanından beklenen konum ne olmalıdır?" sorusunu da dikkate alarak cevap verilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, anayasada cumhurbaşkanının yetkileri ve sorumluluğu noktasında sorunlar vardır ve bunlar en isabetli biçimde sembolik yetkilere sahip ve sorumsuz bir cumhurbaşkanı formülasyonu ile çözülebilir.¹³ Bu nedenle yeni anayasada cumhurbaşkanının siyasi sistem içinde devlet organları arasında hakem rolünde olması gerekmektedir. Hakem rolünde ve tarafsız olması gereken bir kişinin güçlü yetkilere sahip olmaması gerekir. Ancak cumhurbaşkanının bu konumunun kamuoyunda ve devlet organları nezdinde etkili olabilmesi için bu kişinin halk nezdindeki saygınlık ve güvenilirliğinin yüksek olması da önem taşımaktadır. Bunun sağlanabilmesi noktasında, cumhurbaşkanının tarafsızlığını koruması zorunluluğu önemli bir faktör ise, ikincisi de cumhurbaşkanının doğrudan halkın oyuyla seçilmesidir. Ancak bu özelliklere sahip bir cumhurbaşkanının tarafsızlığının tesisi açısından bir kişinin sadece bir dönem cumhurbaşkanlığı yapabilmesi şeklindeki düzenleme daha isabetli olacaktır. Doğrudan halkın oyuyla ve geçerli oyların yarısından fazlasıyla seçilen bir cumhurbaşkanı, siyasi alanda sahip olduğu bu yüksek desteği ister istemez daha fazla hakem rolünde olma, iç politikadaki gerginlikleri yatıştırma, ulusal ve uluslararası alanda daha etkili temsil ve uluslararası alanda daha vizyoner bir kişilik şeklinde gerçekleştirme arayışına girecektir (Hakyemez 2011a: 23).

—

13. Mukayeseli örneklerde de doğrudan halkın oyuyla seçilen cumhurbaşkanlarının güçlü yetkilere sahip olmadığı ülkeler bulunmaktadır. Avrupa'daki İzlanda, Avusturya, Finlandiya ve Portekiz bu kategoriye dahildir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa

Sibel Inceoğlu

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS) özellikle son yirmi yıldır Türkiye'nin gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. 1954'ten bu yana sözleşmeye taraf olmasına rağmen, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yargı yetkisini tanımasıyla, Anayasa - Sözleşme ilişkisi daha fazla tartışılır olmuştur. AİHS'nin iç hukukumuzda nasıl bir yere sahip olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin AİHS'nin iç hukuktaki yerini nasıl yorumladığı ve AİHS ile 1982 Anayasası'nın hak ve özgürlükleri düzenleyen maddeleri arasında nasıl bir ilişki olduğu bu çerçevede ele alınması gereken noktalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' İç Hukuktaki Yeri

Bazı ülkelerin anayasalarında, uluslararası sözleşmelerin yasalardan üstün olduğu veya uluslararası sözleşmelerin yasaya göre önceliğe sahip olduğu vurgulanmıştır. Örneğin Hollanda Anayasası'na göre, uluslararası sözleşmelerin hükümleri ve uluslararası örgütlerin kararları ile bağdaşmaması durumunda, yasal düzenlemeler uygulanmayacaktır (m. 94). Benzer şekilde Yunanistan Anayasası da, uluslararası sözleşmelerin ve uluslararası hukukun genel kurallarının çatışan yasa hükmünden üstün olduğunu belirtmektedir (m. 28/1). Polonya Anayasası'na göre, hem onaylanan uluslararası sözleşmelerin hem de uluslararası sözleşmeler ile kurulan uluslararası örgütün oluşturduğu hukuk,

yasalar karşısında önceliğe sahiptir (m. 91/2,3). Alman Anayasası'nda ise uluslararası kamu hukukunun genel kurallarının yasalara göre öncelik taşıdığı (m. 25) belirtilmektedir.

AIHS'nin Türkiye'nin iç hukukundaki yeri ise uzun yıllar ihtilaflı bir mesele olarak kalmıştır. Örneğin 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, 1982 Anayasası'nda uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri konusunda açık hüküm bulunmaması doktrinde tartışmalara neden olmuştur.¹ Türkiye Anayasası'nın 90. maddesinde –uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu belirtildikten sonra– "bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" denmesi, böyle sözleşmelerin kanunlardan farklı bir statüde olduğu, kanunlardan daha üstün olduğu görüşünün savunulmasına neden olmuştur. Ayrıca yine Anayasanın özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili çeşitli maddelerinde² milletlerarası hukuka atıf yapılması, Anayasanın en azından insan haklarına ilişkin olarak milletlerarası hukuka açıklık ilkesini benimsediği yorumunu getirmiştir. Bu yorum, insan haklarına koruma getiren uluslararası sözleşmelerin kanunların üzerinde olduğu sonucunun savunulmasına neden olmuştur.³

Fakat Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarında bu yönde bir yorum yer almamıştır. AYM çeşitli kararlarında insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri destek ölçü norm olarak Anayasallık bloğuna dahil etmekle birlikte (Batum 1993: 56), açık ve istikrarlı bir içtihat

1. Söz konusu tartışmalar için bkz. Kaboğlu 1999: 149-51; İncoğlu 1992: 281, 283 dn. 57.

2. Madde 15: "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, *milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla*, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir"

Madde 16: "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, *milletlerarası hukuka uygun olarak* kanunla sınırlanabilir".

Madde 42: "Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır".

Doğrudan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir madde olmamakla birlikte savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanmaya izin vermeyi düzenleyen 92. madde de milletlerarası antlaşmalara ve milletlerarası nezaket kurallarına atıf yapmaktadır.

3. Uluslararası sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir yere sahip olduğu görüşü için bkz. Çelik 1988: 48-52; Gündüz 1990: 50-51; Akıllıoğlu, 1991: 41; Gözübüyük 1992: 26; Batum 1993: 56.

oluşturamamıştır. AYM, Şubat 1997 tarihli kararında, uluslararası sözleşmeleri yasa ile eşdeğer görmüştür. Mahkeme, uluslararası bir sözleşmenin onaylanmasını uygun bulma yasasını denetlerken, sözleşme kuralına aykırı bir yasanın çıkarılamayacağı yönünde bir kural olmadığını, dolayısıyla uluslararası sözleşmelerin yasa ile eşdeğer olduğunu ve iki yasa kuralı birbiriyle çatıştığında hangi ilkeler uygulanıyor ise uluslararası sözleşme ile bir yasa kuralı çatıştığında da aynı ilkelere uygulanacağını açıkça belirtmiştir.⁴ Bu nedenle uluslararası sözleşmelerin yasanın üstünde olduğu iddiası AYM tarafından kabul görmemiş ve uluslararası sözleşmeler arasında bir nitelik farkı olabileceği de dikkate alınmamıştır.

2001'de Anayasa değişiklikleri yapılırken, bu konuda da bir değişiklik⁵ öngörülmesine rağmen herhangi bir adım atılamamıştır. Meclis görüşmeleri sırasında siyasi parti grupları (SP, DYP, AKP, ANAP) adına söz alan bütün milletvekilleri 90. maddenin son fıkrasına eklenecek hükmü çok güçlü bir biçimde desteklemesine rağmen,⁶ uluslararası sözleşmelere kanunlar karşısında öncelik veren bu değişiklik teklifi kabul edilmemiştir.

Nihayet 2004 değişikliğiyle, gayet yerinde bir düzenlemeyle, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanınmıştır. 90. maddeye eklenen cümle şöyledir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

Maddeye eklenen cümledeki esas alma kavramı hiç kuşkusuz insan haklarına koruma getiren sözleşmelere öncelik verileceği anlamına gelir. Nitekim Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde bu açıkça vurgulanmaktadır: "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümleri-

4. E. 1996/55, K. 1997/33, k.t. 27.02.1997, www.anayasa.gov.tr (15.05.2011). AYM'nin bu yorumu doktrinde de destek bulmuştur; bkz. Güran 2000: 48-49. Zaten AYM'nin kararından önce de bu görüş savunulmaktaydı; bkz. Karakaş 1993: 227.

5. Anayasa Komisyonu tarafından da kabul edilen ve 90. maddenin son fıkrasına eklenmek istenen cümle şöyleydi: "Kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır."

6. Bkz. TBMM'nin 28.09.2001 tarihli, 135. bileşimi (olağanüstü), *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem 21, Yasama Yılı 3, c. 70, s. 297-303.

nin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine *öncelik* verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir."⁷ Değişiklik hakkındaki TBMM görüşmeleri sırasında bazı eklemeler yapılması için önerge veren CHP milletvekilleri adına konuşan Oya Araslı da aynı noktayı vurgulamıştır.⁸ Sonuç olarak, bu hüküm yargıçlara bir yükümlülük getirmektedir. Millî yargıçlar, önlerine gelen bir davada uygulayacak yasa hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme arasında bir çatışma gördüklerinde uluslararası sözleşmeyi uygulamak zorundadır.

Anayasada 2004'te yapılan bu değişiklik hiç kuşkusuz önemli bir adımdır; ancak hükmün düzenleniş biçiminin bazı tartışmaları gündeme getirdiğini de unutmamak gerekir. Örneğin "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" ibaresinin kullanılması iki açıdan kuşku yaratmıştır. "İnsan hakları" yerine "temel hak ve özgürlükler" denmesi, "acaba sadece Anayasadaki temel hak ve özgürlükleri kapsayan uluslararası sözleşmelere mi öncelik getiriliyor?" sorusunu gündeme getirmiştir. Çünkü uluslararası alanda daha çok "insan haklarına" koruma getiren

7. Vurgu yazara ait. TBMM Dönem: 22, Yasama yılı: 2, S. Sayısı: 430, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu* (2/278). www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm.

8. TBMM'de maddenin görüşülmesi sırasında CHP Milletvekili Oya Araslı şöyle demiştir: "Önümüze getirilen teklifin bu maddesi, bir uluslararası antlaşmanın, insan haklarına ilişkin bir antlaşmanın bir konuda yaptığı düzenleme ile iç hukuk kuralının aynı konudaki düzenlemesi çatıştığı zaman, aynı doğrultuda hükümler getirmediği zaman, çıkacak ihtilafta, uluslararası antlaşma hükümlerine uygulamada *öncelik* tanınmaktadır. Gerçekten de, bizim Anayasamızda, kanunların hükümleri ile uluslararası antlaşmaların hükümleri çatıştığı zaman ne yapılacağına ilişkin bir belirleme yoktur. Uluslararası antlaşmalar kanuna eşdeğer hükümde olduğu için, bu gibi durumlarda hukukun genel ilkeleri uygulanmakta ve 'özel hüküm, genel hükmün önüne geçer', 'sonra gelen hüküm, önceki hükmün önüne geçer' ilkeleri doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Bu da birtakım farklı içtihatların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Halbuki bu konuda bir açıklığa, bir berraklığa ihtiyaç vardır. Böyle bir ihtiyaç olduğu, bunun giderilmesi gerektiği doğrudur." *TBMM Tutanak Dergisi*, 86. Bileşim, 7 Mayıs 2004 Cuma, s. 14; www.tbmm.gov.tr; Ayrıca bkz. Oya Araslı'nın 4 Mayıs 2004 tarihinde yaptığı aynı konudaki konuşma, *TBMM Tutanak Dergisi*, 83. Bileşim, 4 Mayıs 2004 Salı, s. 21; www.tbmm.gov.tr.

sözleşmeler terimi tercih edilmektedir. Sadece Anayasadaki temel hak ve özgürlükler esas alındığı takdirde, uluslararası sözleşmeler arasında ayırım yapmak gerekebilir.

Diğer bir sorun, 2004 değişikliğinde insan haklarına "koruma veya güvence sağlayan" sözleşme yerine, temel hak ve özgürlüklere "ilişkin" sözleşme ifadesinin tercih edilmesidir. Gelgelelim insan haklarını korumak amacıyla yapılmamış pek çok uluslararası sözleşmede de temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren hükümler yer alabilmektedir. Dolayısıyla bu durumda, "bu tür sözleşmeler de yasa önünde önceliğe sahip olabilecek mi?" sorusu akla gelmektedir.⁹

Anayasanın 90. maddesine eklenen bu düzenlemeyi, insan haklarına güvence getiren bütün uluslararası sözleşmelerin yasalar karşısında öncelikle uygulanacağı biçiminde okumak gerekir. Nitekim Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde "insan hakları" terimi kullanılmaktadır; yukarıda sözü edilen konuşmasında Oya Araslı da "insan haklarına ilişkin sözleşmeler" ifadesini kullanmıştır.¹⁰ Ayrıca yine Anayasa değişikliği teklifinin genel gerekçesinde, insan haklarına güvence sağlayan AİHS'ye atıf yapılmakta ve Kopenhag Siyasi Kriterlerine uyum amaçlı bu değişikliklerin yapıldığı vurgulanmaktadır.¹¹ Dolayısıyla hem teklifi veren iktidar partisi AKP'nin hem de anamuhalefet partisinin, *insan haklarına güvence sağlayan sözleşmelerin yasalar karşısında öncelikle koruma göreceğini* benimsedikleri anlaşılmaktadır.

Bütün bunlar çerçevesinde, Türkiye tarafından usulüne göre onaylanmış olan AİHS'nin ve ek protokollerin hükümlerinin yasa ile çatışması durumunda, yargıcın sözleşme ve ek protokolleri uygulama yükümlülüğü açıktır. Bu yükümlülük, mahkemelerin AİHS'yi özerk bir biçimde yorumlaması anlamına gelmez. AİHS'ye göre bu sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirleme yetkisi AİHM'ye verilmiştir. Diğer bir deyişle, ulusal yargıç AİHS'yi yorumlarken AİHM kararlarına uygun bir biçimde karar vermek zorundadır. Ancak Türkiye'deki mahkemelerin bu konuda yeterli özeni gösterdiği söylenemez. Mahkemeler çoğunlukla yetkili organın yorumların-

9. Anayasanın 90. maddesine getirilen bu ek cümleinin nasıl okunması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Gülmez 2005: 59 vd.

10. *TBMM Tutanak Dergisi*, 83. Bileşim, 4, s. 21. Ayrıca bkz. *TBMM Tutanak Dergisi*, 86. Bileşim, s. 14.

11. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu* (2/278).

dan çok sözleşme metnine bakarak yorum yapmayı tercih etmektedir. Bu durum da uluslararası sözleşmenin milli yorumuna neden olmakta ve dolayısıyla birtakım sorunlara yol açmaktadır.¹² AİHS ve ek protokollerin AYM tarafından nasıl yorumlandığı ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

Diğer yandan Anayasanın 90. maddesinin son cümlesi yasakoyucuya da dolaylı bir yükümlülük getirmektedir. Yasakoyucu Anayasa gereği mahkemeler tarafından ihmal edileceğini bildiği bir yasayı kabul etme özgürlüğüne sahipmiş gibi görülemez. Yasakoyucu, AİHS gibi insan haklarına güvence sağlayan bir uluslararası sözleşme ile çatışma yaratacak bir hükmü bilerek kabul ediyorsa, Anayasaya aykırı bir düzenleme yapıyor demektir. Çünkü Anayasa, sözleşmenin esas alınacağını açıkça belirlemektedir. AYM, AY m. 90/son gereğince, çatışma yaratan yasayı iptal etme yükümlülüğündedir.

Fakat AYM henüz bu türden bir yorum yapmamıştır. 17.06.2010 tarihli bir kararında Lozan Antlaşması'nın azınlıklarla ilgili hükümlerinin yasayla çatıştığı iddiasına yönelik olarak şöyle demiştir:

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu vurgulanmış ve bu antlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmüne yer verilmiştir. Buna göre mahkemelerin, bakmakta oldukları davalarda temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir kanun hükmünün uluslararası antlaşmalarla farklı hükümler içerdiğini saptamaları durumunda, milletlerarası antlaşma hükümlerini uygulayacakları açıktır. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen fıkranın, Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmediğinden iptal isteminin reddi gerekir.¹³

Bu kararda AYM Lozan'ı temel hak ve özgürlüklere koruma getiren uluslararası bir sözleşme olarak görmediği için mi 90. maddeyle ilişkisiz bulmuştur? Yoksa temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşmeye aykırı bir yasayı, 90. maddeyi esas alarak iptal edebileceği yorumunu yapmak yerine, 90. maddenin davaya bakmakta olan mahkemelere sadece söz konusu yasayı uygulamama yetkisi verdiği yorumunu mu dile getirmiştir? AYM'nin yorumunu tam olarak anlamak

12. İnsan haklarına koruma getiren sözleşmelerin mahkemeler tarafından nasıl yorumlandığına ilişkin olarak bkz. Gemalmaz 2006: 117-83; Oder 2008: 387-426.

13. E. 2008/22, K. 2010/82, k.t. 17.06.2010.

mümkün değildir. Madde 90 ile doğrudan bağlantı kurulmamasına rağmen, ileride inceleneceği gibi, AYM kararlarında hak ve özgürlüklere güvence sağlayan uluslararası sözleşmelere ve özellikle AİHS'ye yer verilmektedir. Fakat AYM bir dizi kararında AİHS ve AİHM'ye atıf yapmasına rağmen, nedenini açıklamaksızın, 90. madde ile ilişki kurmayı ısrarla reddetmektedir.¹⁴

2010'da yapılan Anayasa değişikliği ile ilk defa AİHS'ye doğrudan Anayasada atıf yapılmıştır. Fakat bu atıf ne yazık ki AİHS'yi iç hukuka daha fazla uygulanır hale getirmek için değil, 2010 değişikliği ile hukumuza giren AYM'ye bireysel başvuru hakkını sınırlamak için yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. madde şöyledir: "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir." Madde metninde görülebileceği gibi bu atıf, Anayasadaki bütün hak ve özgürlükler bakımından AYM'ye bireysel başvuru yapmanın önünü kapamak için yapılmıştır.

AİHS büyük ölçüde yaşama hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi birinci kuşak hakları kapsamaktadır. Anayasa ise grev, toplu sözleşme, konut hakkı gibi ikinci kuşak, hatta çevre hakkı gibi üçüncü kuşak hakları da içermektedir. Bu durumda 148. maddede çizilen bu sınır nedeniyle ikinci ve üçüncü kuşak hakları ihlal edilenler AYM'ye bireysel başvuru yapamayacaklardır. 2010 Anayasa değişikliğinin önemli eksikliklerinden biri budur. Fakat AYM'nin genişletici yorum yapması halinde, bu sorun tamamen olmasa da kısmen aşılabılır.

AYM, AİHS ve ek protokollerinin sadece metnine bakarak değil, AİHM kararlarını da esas alarak yorum yaparsa, sosyal hakların bir kısmını, hatta çevre hakkını da bireysel başvuru kapsamı içinde görebilir. Çünkü AİHM, toplu sözleşme¹⁵ ve işyerini terk, iş yavaşlatma, grev¹⁶

14. Bkz. E. 2008/12, K. 2011/104, k.t. 16.06.2011; E. 2009/85, K. 2011/49, k.t. 10.03.2011.

15. *Demir Baykara v. Turkey* (Grand Chamber), Appl. no. 34503/97, 12.11.2008, para. 154. cmiskp.echr.coe.int (01.06.2011).

16. *Karaçay c. Turquie*, 27.03.2007, Appl. no. 6615/03; *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, 21.04.2009, 68959/01; *Urcan c. Turquie*, 17.07.2008, Appl. no. 23018/04, 23034/04, 23042/04; *Satılmış et autres c. Turquie*, 17.07.2007, Appl. no. 74611/01, 26876/02, 27628/02. Kararların Türkçeleri için bkz. www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp (01.06.2011).

gibi bazı sosyal hakların, ayrıca üçüncü kuşak hakları arasında yer alan çevre hakkının¹⁷ AİHS ve ek protokollerindeki hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğuna hükmederek bu sözleşmenin kapsamında değerlendirmiştir. AİHM bu yaklaşımı sergilerken, AİHS dışındaki insan haklarına koruma getiren sözleşmeleri de –örneğin Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri– kaynak olarak kullanmış ve ilgili devletin söz konusu sözleşmelerin tarafı olup olmamasını belirleyici görmüştür. AİHM'ye göre, insan haklarına koruma getiren bazı sözleşmeler Avrupa devletlerinin temel değerlerini yansıtmakta ve modern toplumun temelini oluşturmaktadır.¹⁸

AYM'nin bireysel başvuruları incelemeye başladıktan sonra yapacağı yorumların, AİHM gibi özgürlüklerin kapsamının genişletilmesi lehine olması kritik bir öneme sahip olacaktır. Geleneksel pozisyonunu koruduğu takdirde ise bireysel başvuru hakkının işlevselliği tartışılır hale gelecek; AİHM'ye iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabildiğinden, AYM'ye bireysel başvuru yolu AİHM'ye başvuru yolunu geciktirme aracına dönüşecektir.

II. Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' i Yorumlayış Biçimi

AYM insan haklarına güvence sağlayan uluslararası sözleşmelere veya uluslararası kurumlara çeşitli şekillerde göndermede bulunmaktadır. Bazı kararlarında, Anayasa maddeleri dışında herhangi bir hukuksal durumu yorumlarken uluslararası kuruluşlara atıf yapmaktadır. Örneğin 1989 tarihli bir kararında, Türkiye'deki emeklilik yaşının düşük olduğunu gerekçelendirirken ILO'ya göndermede bulunmuştur. AYM şöyle demektedir: "Dünya standartlarına göre emekli olabilme yaşı ülkemizde düşük tutulmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü yardımların, 1944 Filadelfiya Konferansı'nda 'önceden belirlenmiş ve normal olarak insanların etkin çalışma güçlerini ciddi hastalıklara, sakatlıklara uğrayarak yitirdikleri ve sonuçta sürekli işsizse benzer duruma geldikleri bir yaşta ödenmeye başlamasını' önermiştir."¹⁹

17. *Taşkın ve diğerleri v. Turkey*, 10.11.2004, Appl. no. 46117/99, para. 113.

18. *Demir Baykara v. Turkey*, para. 85.86, 147, 148.

19. E. 1989/14, K. 1989/49, k.t. 19.12.1989. Daha yeni bir kararında ise AYM sendika özgürlüğünü ve Anayasanın 52. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının

AYM Anayasanın çeşitli maddelerini yorumlarken, genel olarak uluslararası hukuka göndermede bulunarak yorum yaptığı gibi, somut olarak uluslararası sözleşmelere de atıf yapmaktadır. Uluslararası belgeler içinde BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve AİHS'nin AYM tarafından daha fazla kullanıldığını söylemek mümkündür.

AYM 1990 tarihli bir kararında, evli bir erkekle zina sonucu doğan çocukların diğer çocuklardan farklı hukuksal koşullara tabi tutulmasını, eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasanın 10. maddesi bakımından yorumlarken şöyle demektedir: "Uygar ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmıştır. Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir. Hangi nedenle olursa olsun, dünyaya gelen kişinin haklarının engellenmesi veya azaltılması ve böylece nesebi sahih çocuklar yanında ayrıcalıklı hukuki durum yaratılması eşitlikle bağdaşmaz."²⁰ Bu kararda AYM genel olarak uluslararası sözleşmelere gönderme yapmakla kalmamış, onları Anayasa üstü normlar olarak tanımlamıştır; ancak bu tanımın gereğini her kararında yerine getirdiği söylenemez.

Aynı kararda, hak ve özgürlüklerin niteliğini düzenleyen Anayasanın 12. maddesi yorumlanırken, somut olarak birçok uluslararası belgeye de atıf yapılmıştır.²¹ Bunlardan bazıları BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,²² Çocuk Hakları Bildirisi gibi hukuki olmasa da ahlaki açıdan bağlayıcılığı olan belgelerdir. Bazıları, BM Ekonomik ve Sosyal Konsey gibi uluslararası örgütlerin kararlarıdır. Bazıları ise Avrupa Sosyal Şartı, Çocuk Hakları Sözleşmesi²³ ve AİHS gibi hukuksal bağlayıcılığı olan sözleşmelerdir. Bu belgelerin bir kısmı madde numarası ve/veya içeriği verilerek daha da somutlaştırılmış bir biçimde kullanılırken,²⁴ bir kısmı da genel bir atıfla kullanılmıştır. Örneğin 1990 tarih-

dayanağını açıklarken ILO'nun 87 No'lu Sözleşmesini dile getirerek atıf yapmıştır. Bkz. E. 2009/50, K. 2011/89, k.t. 02.06.2011.

20. E. 1990/15, K. 1991/5, k.t. 28.02.1991. Bu kararda Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına ve ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun esin kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'na atıf yapılarak karşılaştırmalı hukuka da yer verilmiştir.

21. Bu kararda AYM'nin 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne dahi atıf yaptığını görmekteyiz.

22. AYM, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne başka kararlarında da atıf yapmaktadır. Bkz. E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29.11.1990.

23. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne madde belirterek atıf yaptığı başka bir karar için bkz. E. 2009/87, K. 2011/30, k.t. 03.02.2011.

li karardaki²⁵ AİHS atfı genel bir atıftır; AİHS'nin hangi maddesine dayanıldığı tam olarak anlaşılamamaktadır.

AYM başka bir kararında da okullarda okutulacak eğitim araçlarından sadece ders kitaplarını belirleme yetkisini Milli Eğitim Bakanlığı'na veren kuralı, Anayasa'nın 42. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu kararda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (m. 13), AİHS (1. Ek Protokol m. 2) ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (m. 26) eğitim hakkına ilişkin maddelerine atıf yapılmıştır. AYM, Evrensel Bildirge'nin ilgili maddesini aynen karara geçirmiş, diğer uluslararası sözleşmelerin sadece madde numaralarını zikretmekle yetinmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 26. maddesinde, "Eğitim, insan şahsiyetinin tam gelişmesini ve insan haklarıyla ana hürriyetlerine saygının kuvvetlenmesini hedef almalıdır," denmektedir. AYM ise şu yorumu yapmıştır: "İptali istenilen kuralda sadece ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulacak ders kitaplarının Milli Eğitim Bakanlığı'na belirlenmesi esası kabul edilmiştir. Eğitim ve öğretimin kamusal yükümlülükler alanında olması sebebiyle, ders kitapları dışındaki yardımcı kitapların da Atatürk ilkelerine, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uygun olup olmadığının Devletin gözetim ve denetimi altında bulunması gerekir. Böylece Devletin birliğini ve bütünlüğünü bozucu faaliyetlerin, Anayasanın felsefesi dışına çıkan teşebbüslerin eğitim kurumlarında gelişmesi önlenabilir." AYM'nin bu kararında yaptığı yorum, atıf yaptığı uluslararası belgelerin amacının dışına taşmıştır.²⁶ Dolayısıyla AYM'nin kararını uluslararası sözleşmeye dayandırması ille de bu sözleşmeyi doğru algıladığı anlamına gelmez.

AYM zaman zaman uluslararası sözleşmeyi yorumlayarak kararına dayanak yapmaktadır. Örneğin AYM'nin bir yasa veya kanun hükmünde karnamenin (KHK) yürürlüğünü durdurma yetkisi iç hukukumuzda düzenlenmemişken, AYM yorum yoluyla bu yetkinin yargılama yetkisinin doğal bir parçası olduğuna karar vermiş ve yürürlüğü durdurma yetkisi kullanmıştır. AYM haklı olarak, yürürlüğü durdurma yetki-

24. AİHS'ye madde numarası ve/veya içeriği verilerek atıf yapılan AYM kararları için bkz. E. 1999/10, K. 1999/22, k.t. 07.06.1999; E. 2000/48, K. 2002/36, k.t. 20.03.2002; E. 2007/9, K. 2009/49, k.t. 12.03.2009; E. 2007/14, K. 2009/48, k.t. 12.03.2009; E. 2008/22, K. 2010/82, k.t. 17.06.2010; E. 2010/32, K. 2011/105, k.t. 16.06.2011.

25. E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29.11.1990.

26. E. 2004/1, K. 2008/106, k.t. 15.05.2008.

in kullanılamamasının kendi kararını etkisiz ve sonuçsuz bırakacağı görüşünü dile getirmiştir. Söz konusu yorum yapılırken, AİHS destekleyici bir unsur olarak kullanılmıştır. AYM şöyle demektedir: "Bağımsız mahkemelerin davaları çözümlerken durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri, hem kurumsal yapısının hem de "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" ile "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi"nin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin ve adaletli yargılanmayı da içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur."²⁷ Gerçekten de AİHM kararlarında ihlal olup olmadığı sonucuna varılırken ilgili devletin iç hukukunun etkili olup olmadığı incelenmektedir.²⁸

AYM kararlarında Türkiye'nin imzaladığı fakat onaylamadığı, diğer bir deyişle taraf olmadığı uluslararası sözleşmeye de atıf yapıldığını görmek mümkündür. Örneğin 2009'da verdiği bir kararda, AİHS Ek 7. Protokole atıf yapmıştır.²⁹ Oysa Türkiye bu protokolü 1985'te imzalamış fakat onaylamamıştır.

AYM birçok durumda, uluslararası sözleşmenin maddesi ile Anayasa maddesi arasında açıkça paralellik olduğunu saptayarak karara varmıştır. 1990 tarihli bir kararında, evli kadının kocanın izni olmaksızın bir iş veya sanatla iştigal edemeyeceğine ilişkin Medeni Kanun hükmünü değerlendirirken, Kadınlara Karşı her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin yanı sıra Evrensel Bildirge ve AİHS'yi de dayanak olarak kullanmıştır. Bu kararda, AİHS'nin doğrudan ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ve hak ve özgürlüklerin niteliğini düzenleyen 12. maddesi arasında paralellik kurmuştur. Bu paralellikten hareketle, AİHS'yi destek ölçü norm olarak kullanarak söz konusu yasal düzenlemeyi Anayasanın 10. maddesine aykırılıktan iptal etmiştir.³⁰

AYM kadının ve erkeğin zinasını düzenleyen Türk Ceza Kanunu (TCK) hükümlerini değerlendirirken de benzer bir gerekçe göstermiştir. TCK evli kadının zina suçu işlemiş sayılması için tek bir eylemi yeterli görürken, evli erkeğin zinasının suç oluşturması için başka bir kadınla karı-koca gibi yaşamasını zorunlu saymaktaydı. AYM bu farklı

27. E. 1993/33, K. 1993/40-2, k.t. 21.10.1993.

28. Bkz. *Geouffre de la Pradelle v. France*, 16.12.1992, Appl. no. 12964/87, para. 34-35; *Airey v. Ireland*, 09.10.1979, Appl. no. 6289/73, para. 24.

29. E. 2006/65, K. 2009/114, k.t. 23.07.2009.

30. E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29.11.1990.

düzenlemenin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğuna hükmederken, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin yanı sıra İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni ve AİHS'nin 14. maddesini dayanak olarak göstermiş ve Anayasadaki eşitlik ilkesiyle paralellik kurmuştur.³¹

AYM sadece Anayasa hükmüyle değil, denetlediği işlemin dayanağı kuralla da AİHS arasında paralellik kurarak karar vermektedir. Örneğin milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptaline ilişkin başvurularda, TBMM İçtüzüğü hükmü ile AİHS arasında koşutluk olduğunu belirlemiştir. AYM'ye göre: "Anayasa'nın ve TBMM İçtüzüğü'nün savunma hakkı ile ilgili yukarıda belirtilen hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile koşutluk göstermekte, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasında, suçlanan milletvekiline İçtüzük hükümleri ile parlamentoda da savunma hakkı tanınması ve bunun uygulanması 1961 Anayasası döneminden beri süregelmektedir."³²

Bununla birlikte, AYM'nin AİHS'yi kullanış biçiminin her zaman tatmin edici olduğunu söylemek mümkün değildir. AYM, AİHS ile Anayasa arasında bir paralellik olduğunda kendisinin Anayasaya uygun gördüğü bir düzenlemenin kendiliğinden AİHS'ye uygun olacağı ön kabulü içindedir. 1991 tarihli bir kararda, Anayasanın 15. maddesi ile

31. E. 1996/15, K. 1996/34, k.t. 23.09.1996; E. 1998/3, K. 1998/28, k.t. 23.06.1998. AYM başka bir kararında da işkence ve eziyet yasağını düzenleyen Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrası ile AİHS'nin 3. maddesi arasında koşutluk olduğunu vurgulamıştır. Bkz. E. 2001/4, K. 2001/332, k.t. 18.07.2001. AYM koşutluğu açıkça dile getirmese de, m. 38/8 ile AİHS'ye Ek 4. Protokol m. 1'i kararda art arda kullanarak ve hükmün gerekçesinden söz ederek koşutluğu zımni olarak vurgulamıştır. Bkz. E. 2001/408, K. 2002/191, k.t. 21.11.2002. Diğer kararlarında da Anayasa m. 38/8'in AİHS Ek 4. Protokol m. 1'den aynen alındığını dile getirmiştir. Bkz. 2002/41, K. 2004/90, k.t. 30.06.2004; E. 2002/101, K. 2004/44, k.t. 31.03.2004. Başka bir kararda ise Anayasanın 20. maddesindeki aramaya ilişkin (AYM'nin deyimıyla) "özel sınırların", AİHS'de belirlenen esaslar çerçevesinde açık olarak belirlendiği ifade edilmiştir. E. 2003/29, K. 2006/24, k.t. 22.02.2006.

32. E. 1994/4, K. 1994/23, k.t. 21.03.1994; E. 1994/5, K. 1994/24, k.t. 21.03.1994; E. 1994/6, K. 1994/25, k.t. 21.03.1994; E. 1994/8, K. 1994/27, k.t. 21.03.1994; E. 1994/9, K. 1994/28, k.t. 21.03.1994; E. 1994/10, K. 1994/29, k.t. 21.03.1994; E. 1994/11, K. 1994/30, k.t. 21.03.1994; E. 1994/12, K. 1994/31, k.t. 21.03.1994; E. 1994/13, K. 1994/32, k.t. 21.03.1994; E. 1994/14, K. 1994/33, k.t. 21.03.1994; E. 1994/15, K. 1994/34, k.t. 21.03.1994; E. 1994/16, K. 1994/35, k.t. 21.03.1994.

AİHS'nin 15. maddesi arasındaki paralellik saptandıktan sonra aynen şöyle denmektedir: "Görüldüğü gibi, Anayasa'nın 15. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinin neredeyse aynen yinelenmesidir. Bu nedenle, olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görülüyorsa, kuşkusuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olacaktır."³³ Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin maddelerinin AİHM tarafından yorumu ile AYM tarafından yorumu oldukça farklıdır. AYM'nin AİHS'yle uyumlu gördüğü bir düzenlemeyi AİHM pekâlâ uyumsuz görebilir. Aşağıda bu tür örneklere yer verilmiştir.

Ayrıca AYM zaman zaman, durum gerçekte böyle olmasa dahi, Anayasa maddesi ile AİHS'nin maddesi arasında bir paralellik olduğu sonucuna da varabilmektedir. Örneğin AYM Anayasanın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile AİHS'nin 6. maddesi arasında koşutluk olduğunu belirlemiştir. Oysa AİHS'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkını Anayasanın 36. maddesine göre oldukça detaylı bir biçimde düzenlemiştir. Üstelik 2001 Anayasa değişikliğinden önce, 36. maddede "adil yargılanma" kavramı dahi kullanılmamaktaydı. Buna rağmen, AYM 2001 değişikliğinden önce verdiği kararlarda bu iki madde arasında koşutluk olduğunun altını çizmiş ve adil yargılanma hakkını 36. maddenin ayrılmaz bir parçası olarak görmüştür.³⁴ Böylece, AİHS' de yer alan adil yargılanma hakkını yorum yoluyla Anayasanın bir parçası haline getirerek özgürlükçü bir yaklaşım sergilemiştir.

AYM 2001 Anayasa değişikliğinden sonra da 36. maddeye eklenen adil yargılanma hakkını AİHS m. 6 ile birlikte yorumlamayı sürdürmüştür.³⁵ AYM, AİHS 6. maddede yer alan bazı güvenceleri, Anayasa-

33. E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.01.1991. Aynı içtihadı birkaç ay sonra verdiği başka bir kararında da tekrarlamıştır. Bkz. E. 1991/6, K. 1991/20, k.t. 03.07. 1991.

34. E. 1997/41, K. 1998/47, k.t. 14.07.1998. Hakkında başvuru yapılan hükmün iptali ile sonuçlanmasa da Anayasa m. 36 ile AİHS m. 6 arasındaki koşutluğu dile getiren bir diğer AYM kararı için bkz. E. 1996/59, K. 1997/70, k.t. 09.12. 1997.

35. Bkz. E. 2001/481, K. 2004/91, k.t. 30.06.2004. Doğrudan AİHS m. 6 ve AY m. 36 arasında koşutluk olduğunu dile getirmese de, AİHS m. 6'yı dayanak yaparak AY m. 36'ya aykırılık bulduğu AYM kararı için bkz. E. 2000/48, K. 2002/36, k.t. 20.03.2002. Başka bir kararında AYM, AİHS m. 6 ile Anayasa m. 36 aynı ifadelere sahip olmamasına rağmen aynıymış gibi bir izlenim yaratmıştır. AYM şöyle demektedir: "Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.

nın başka maddelerinde güvence altına alınmış olmasına rağmen 36. maddedeki adil yargılanma hakkının parçaları olarak görmüştür.³⁶ Örneğin AİHS 6. maddede yer alan "yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı" Anayasanın 37. maddesinde güvence altına alınmıştır. AYM bir kararında şöyle demektedir:

Bu maddede [37. madde] düzenlenmiş olan yasal yargıç güvencesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve Anayasa'nın 36. maddelerinde ifade edilen adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan 'kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma' hakkının temelini oluşturmaktadır.³⁷

Ayrıca AYM, Anayasada açıkça zikredilmemiş olan fakat AİHM'nin içtihat yoluyla adil yargılanma hakkının parçası olarak kabul ettiği bazı hak ve ilkeleri de 36. maddenin parçası haline getirmiştir. Örneğin 2009'da verilen bir kararda şöyle denmektedir:

[Anayasanın 36. maddesine] 2001 değişiklikleriyle eklenen "adil yargılanma" ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasındaki adil yargılama ölçütleri içerisinde çekişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı ve diğer sanık hakları yanında "silahların eşitliği" ilkesi de bulunmaktadır. Bütün yargılama süresi boyunca gözetilmesi zorunlu bu ilke, davanın taraflarının, hasmı karşısında zayıf düşmeden kendi tezlerini sunabilmesini gerektirmektedir.³⁸

maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir." Bkz. E. 2008/106, K. 2009/54, k.t. 12.03.2009.

36. Fakat AYM'nin her zaman tutarlı bir çizgi izlediğini söylemek mümkün değildir. Başka bir kararında AİHS m. 6'daki "makul sürede yargılama" ilkesini Anayasa m. 141'deki "davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması" ilkesi ile özdeşleştirmiş ve 36. maddeden hiç söz etmemiştir. E. 2006/116, K. 2009/125, k.t. 01.10.2009. Yine makul sürede yargılanma hakkını değerlendirdiği bir başka kararında ise tam tersine, Anayasanın 141. maddesinden hiç söz etmemiş; AİHS m. 6'yı iptal kararını Anayasa m. 36 ve 138'e dayanarak vermiştir. E. 2009/69, K. 2010/79, k.t. 03.06.2010.

37. E. 2002/170, K. 2004/54, k.t. 05.05.2004.

38. E. 2005/124, K. 2009/13, k.t. 29.01.2009. Bu olayda başvuruyu yapan mahkeme alışılmadık bir biçimde, tek yargıçlı çocuk mahkemelerindeki duruşmalarda cumhuriyet savcısının bulunmamasının adil yargılanma hakkına aykırı oldu-

AYM'nin 36. maddedeki adil yargılanma hakkını her zaman AİHS ve AİHM kararlarıyla uyumlu olarak yorumladığı söylenemez. AYM, müdafilik ücretinin yargılama giderlerinden sayılması suretiyle, mahkûmiyet halinde bu giderlerin mahkûma ödettirilmesini 36. maddeye aykırı bulmamıştır. AİHS m. 6/3-c'ye göre suç isnat edilen herkes "kendini müdafaa etmek ve kendi seçeceği bir müdafinin veya eğer bir müdafî tayin için mali imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti bunu gerektiriyorsa mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından istifade etmek" hakkına sahiptir. AYM bu kararda temel olarak iki gerekçe kullanmaktadır. AYM'ye göre, ilk olarak, şüpheli ve sanıktan müdafî ücreti başlangıçta değil, hüküm kesinleştikten sonra istenmektedir; dolayısıyla yargılama süresince ücretsiz avukatlık hizmetinden yararlanma hakkı ortadan kaldırılmaktadır. İkinci olarak, AİHS'deki ücretsiz müdafî yardımı hakkı koşullara bağlıdır, diğer bir deyişle mutlak değildir; bu nedenle hükümler için ödeme yükümlülüğü getirilebilir.³⁹

AYM'nin ortaya koyduğu birinci gerekçe, söz konusu hakkın amacını saptırmaktan ibarettir. Ücretsiz müdafî hakkı, mali durumu elverişsiz kişilerin savunma haklarını korumak için öngörülmüştür. Şüpheli veya sanığın yargılama sonunda müdafî ücretini ödemek zorunda kalabilecek olması, müdafî talep etmesi bakımından caydırıcı olacaktır. Ayrıca cezası beş yıldan fazla olan suçlarda müdafilik müessesesinin zorunlu olması, mali durumu yeterli olmamasına rağmen kişiye bu ücreti ödemekten başka çare bırakmamaktadır. AYM'nin bu yorumu ücretsiz müdafî hakkının amacıyla bağdaşmamaktadır. AYM'nin ikinci gerekçesi, AİHS'deki ücretsiz müdafî hakkının koşulsuz olmadığı üzerinedir. Bu tespit doğru olmakla birlikte, maddede yer alan koşullar "mali imkânlardan yoksunluk" ve "adaletin selametinin gerektirmesidir". Yasada ise bu türden koşullara bağlı bir sınırlama getirilmemiş, mahkûm olanların tamamının müdafilik harcamalarını ödemesi öngörülmüştür. Dolayısıyla AİHS'yle uyumlu bir düzenleme olduğu söylenemez.⁴⁰

ğunu iddia etmektedir. Oysa adil yargılanma hakkı ceza davalarında daha çok sanığın hakları ve zaman zaman da mağdurun hakları bakımından ele alınır. Bu hüküm ise ne sanık ne de mağdur aleyhinedir. AYM gayet uygun bir biçimde çocuğun korunmasını ve bu konudaki uluslararası belgeleri ön plana çıkararak belirtilen hüküm Anayasaya aykırı bulmamıştır.

39. E. 2007/43, K. 2009/51, k.t. 12.03.2009.

AYM, AİHS maddeleri ile Anayasa maddeleri arasında tam bir benzerlik olmasa da öz yönünden paralellik olduğu yorumunu, hakkında başvuru yapılan hükmün Anayasaya uygun olduğunun saptanması bakımından da yapmıştır. Örneğin kesintisiz sekiz yıllık eğitimi düzenleyen yasa maddesinin –diğer nedenlerin yanı sıra– özellikle İmam Hatip Liselerinin orta bölümünün kapatılması bakımından, Anayasanın eğitim hakkını düzenleyen 42. ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 24. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir. AYM, bu iki maddenin AİHS 9. madde ve AİHS'ye ek protokol 2. madde ile özdekoşutluk taşıdığını belirlemiş ve yasa hükmünün Anayasaya aykırı olmadığını saptamıştır.⁴¹ Nitekim Kuran kurslarına katılmak için ilköğretimi bitirme koşulunun aranması AİHM tarafından AİHS'ye uygun görülmüş ve başvuru kabul edilmez bulunmuştur.⁴²

Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar hariç diğer bütün suçlar için idam cezasını kaldıran yasal düzenleme de AYM'ye gelmiştir. Terör suçlarına ilişkin olarak idam cezası verilmesi o dönemde Anayasada yasaklanmamıştı. AİHS'de de idam cezası yasaklanmamıştır (m. 2). Bununla birlikte, Ek Protokollerle (6. ve 13. Protokoller) idam cezası önce sadece savaş zamanı ile sınırlanmış, daha sonra tamamen yasaklanmıştır. Türkiye o tarihte AİHS'nin söz konusu ek protokollerini onaylamamış olmasına rağmen, AYM bu protokollere de gönderme yaparak yasada terör suçlarına ilişkin olarak idam cezasına yer verilmemesini Anayasaya uygun bulmuş ve özgürlükçü bir yorum yapmıştır.⁴³

AYM kararlarını, AİHS'ye genel veya madde belirterek gönderme yapmanın yanı sıra AİHM kararlarına dayanarak da gerekçelendirmek-

40. Bu iki koşulun AİHM tarafından nasıl yorumlandığına ilişkin olarak bkz. *Croissant v. Germany*, 25.09.1992, Appl. no. 13611/88, para. 37; *Quaranta v. Switzerland*, 24.05.1991, Appl. no. 12744/87, para. 30-38; *Boner v. U.K.*, 28.10.1994, Appl. no. 18711/91, para. 44.

41. E. 1997/67, K. 1998/52, k.t. 16.09.1998.

42. AİHM'ye göre getirilen bu koşul, Kuran kurslarına katılmak isteyen çocukların, ilköğretim aracılığıyla belirli bir olgunluğa erişmiş olmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu sınırlama, dinsel eğitimi engellemeyi amaçlayan tek yönlü bir telkin (*indoctrination*) oluşturmamakta ve ebeveynlerin çocuklarının doğal eğitimcileri sıfatıyla, onları aydınlatma, dinsel veya felsefi inançları doğrultusunda yönlendirme ya da onlara yol gösterme haklarına aykırılık oluşturmamaktadır. *Çiftçi v. Turkey*, 17.06.2004, Appl. no. 71860/01 (translation), s. 2-3.

43. E. 2002/146, K. 2002/201, k.t. 27.12.2002.

tedir. Örneğin, sanığa savunmasını hazırlamak için sadece üç gün süre verilmesini AİHS 6. madde çerçevesinde değerlendirmiş ve AİHM kararlarına atıf yaparak Anayasanın 36. maddesine aykırı bulmuştur. AYM'nin bu kararında şöyle denmektedir: "Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca, her sanığın "Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olma" hakkı vardır. Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi, baktığı davalarda, "Makul ya da yeterli zamanın ne olması gerektiği, doğal olarak söz konusu davanın niteliğine ve davanın yer aldığı koşullara bağlıdır" kanısına varmıştır (*Golder, Silver, Campbell ve Fell - Birleşik Krallık; Can - Avusturya* davaları). Verileri incelemek için yeterli zaman verilmez ya da dava gereksiz bir ivediliğe getirilirse, davaya ilişkin tüm bilgileri savunmanın önüne koyma olanağının ortadan kalkacağı açıktır."⁴⁴

Gerçekten de savunma için sanığa verilen sürenin yeterliliği, her olayın kendi öznel koşullarına göre değişmektedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'ne göre bu koşullar, davanın karmaşıklığı,⁴⁵ savunma avukatının bu davadaki iş yükü,⁴⁶ yargılamanın gelmiş olduğu aşama⁴⁷ veya sanığın bizzat savunma yapma kararı⁴⁸ gibi pek çok nedenden kaynaklanabilir. Örneğin bir davada, duruşmadan on yedi gün önce gönderilen bildirim Komisyon tarafından yeterli süre şartına uygun sayılmıştır.⁴⁹ Fakat diğer yandan, sanık avukatlarının on yedi bin sayfalık dava dosyasını duruşmaların başlamasından ancak

44. E. 1992/8, K. 1992/39, k.t. 16.06.1992. AYM başka bir kararında da AİHM'nin *Golder - BK* ve *Airey - İrlanda* kararlarına atıf yaparak Anayasanın 36. maddesine aykırılık bulmuştur. E. 2001/5, K. 2002/42, k.t. 28.03.2002. Aynı kararlara daha sonra da atıf yapılmıştır. E. 2004/95, K. 2008/156, k.t. 06.11.2008. Yargıtay Ceza Dairelerine temyiz başvurusu yapabilmek için getirilen harç ödeme zorunluluğu da AYM tarafından iptal edilmiştir. Bu kararda 36. maddeye aykırılık tespit edilirken AİHM'nin *Tolstoy Miloslavsky - BK.*, *Kreuz - Polonya*, *Bakan - Türkiye* gibi dava masraflarına ilişkin kararlara atıf yapılmıştır. E. 2011/54, K. 2011/142, k.t. 20.10.2011.

45. *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.02.1983, Appl. no. 7299/75, 7496/76, para. 41.

46. Appl. no. 7909/77, *X and Y v. Austria*, 15 DR 160 (1978) (Harris, O'Boyle, Warbrick 1995: 253).

47. Appl. no. 5523/72, *Huber v. Austria* (1974) (Harris, O'Boyle, Warbrick 1995: 253).

48. Appl. no. 2370/64, *X v. Austria*, (1967) (Harris, O'Boyle, Warbrick 1995: 253).

iki hafta önce edinebilmeleri AİHM tarafından ihlal olarak nitelendirilmiştir.⁵⁰ Bu içtihatlar dikkate alındığında, AYM'nin kararı son derece yerindedir.

AYM, imar planlarında umumi hizmete ayrılan yerlerde süresi belirsiz bir biçimde inşaat yasağı getirilmesi yönündeki hükmü, Anayasanın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına aykırılık dolayısıyla iptal etmiştir. AYM bu kararında, AİHS Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına değinmeden, doğrudan AİHM'nin *Sporrong ve Lönnroth - İsveçre*⁵¹ kararına atıf yaparak dayanak oluşturmuştur.⁵² Zira bu iki olay büyük benzerlik taşımaktadır. AİHM, bedelini ödemek suretiyle kamulaştırma yapmaksızın, belirsiz bir süreyle inşaat yasağı getirilmesini AİHS Ek 1. Protokol'ün 1. maddesine aykırı bulmuştur. AYM de benzer şekilde, özel mülkiyetteki bir taşınmazı kamulaştırmaz elatma yoluyla kullanan kamu tüzel kişilerine dava açmak için öngörülen zamanaşımının mülkiyet hakkına aykırı olduğuna hükmederken de AİHM kararlarına atıf yapmıştır. AYM kullandığı AİHM kararlarının içeriğini de açıklayarak kararını güçlendirmiştir.⁵³

AYM, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde, tahsilatın yapıldığı tarih yerine başvuru tarihinden üç ay sonra başlamak üzere işleyecek faizin ödenmesine ilişkin kuralı, yine AİHM kararına atıfla ve son derece yerinde bir gerekçeyle, Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine aykırı bulmuştur. Anayasanın belirtilen hükümünü mülkiyet hakkını düzenleyen AİHS Ek Protokol 1. madde ile birlikte okumuş ve AİHM'nin doğrudan bu konuyla ilgili kararına atıfla değerlendirme yapmıştır. AYM şöyle demektedir:

49. Appl. no. 7909/7, *X and Y v. Austria*, 15 DR 160 (1978) (Harris, O'Boyle, Warbrick 1995: 253).

50. *Ocalan v. Turkey*, 12.03.2003, 46221/99, para. 164-168, *Ocalan v. Turkey*, 12.05.2005 (Grand Chamber - Büyük Daire), 142-9.

51. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23.09.1982, Appl. no. 7151/75, para. 72-74.

52. E. 1999/33, K. 1999/51, k.t. 29.12.1999.

53. E. 2002/112, K. 2003/33, k.t. 10.04.2003. Benzer şekilde vergi borcu nedeniyle yurtdışı yasağı getirilmesini inceleyen AYM, *Reiner - Bulgaristan* kararından geniş bir alıntı yaparak ve söz konusu AİHM kararındaki ölçütleri kendi kararında kullanarak son derece yerinde bir değerlendirme yapmıştır. E. 2007/4, K. 2007/81, k.t. 18.10.2007.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eko-Elda Avee / Yunanistan davasının (9.3.2006 günlü, Başvuru No: 10162/02), haksız olarak tahsil edilen verginin beş yıl beş ay sonra faizsiz olarak iade edilmesini, belli bir meblağdan yararlanma hakkı uzun süre engellenen şahsın, mali durumunda önemli ve kesin zararlara neden olunduğu, bu durumun sürdürülmesi gereken genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengeyi bozduğu, şahıs üzerine aşırı yük yüklediği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiş ve mülkiyet hakkı çiğnenen şahsa faiz ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.⁵⁴

AYM, AİHM'nin bir özgürlüğe müdahale söz konusu olduğu halde ilgili devletin takdir alanı içinde kaldığı gerekçesiyle ihlal bulmadığı kararlarına da atıf yapmaktadır. Bir hak veya özgürlüğe yapılan müdahalenin haklılığını değerlendirirken, bu tür kararlara göndermede bulunarak yasakoyucunun takdirinde olduğunu söylemek veya karardaki bazı ölçütleri kullanmak elbette mümkündür. Fakat AYM, hak veya özgürlüğe müdahalede bulunan değil de bunu genişleten düzenlemeyi, AİHM'nin bu tür kararlarına atıfla iptal edebilmektedir. Örneğin üniversitelerde başın örtülmesiyle ilgili ortaya çıkan sorunların giderilmesi için Anayasada yapılan değişiklikler iptal edilirken *Leyla Şahin - Türkiye* kararına atıf yapılmıştır.⁵⁵ Oysa bu kararda AİHM, üniversitelerde başın örtülmesi ile ilgili yasağın "devletin takdir alanında" kaldığını, dolayısıyla inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddeye aykırı olmadığını belirtmiştir.⁵⁶ Bu karar üniversitede başın örtülmesinin AİHM kararları gereğince mutlaka yasaklanması gerektiği sonucunu doğurmaz. Hak ve özgürlüğün alanını genişletmek için değil daraltmak için AİHM kararlarının AYM tarafından dayanak olarak kullanılması yerinde bir yaklaşım değildir.

Bir başka kararında AYM, AİHM kararlarına genel atıf yapmakla yetinmiştir. AYM şöyle demektedir:

2918 sayılı Yasa'nın 116. maddesinin birinci fıkrasında sayılan ihlaller nedeniyle, sürücüsü tespit edilemeyen araçlara tescil plakalarına göre ceza veya suç tutanağı düzenlenmesi, bir trafik kuralının ihlal edildiğine dair suç isnadı niteliğinde olup suçsuzluk karinesine aykırılık taşımamaktadır... Ge-

54. E. 2008/58, K. 2011/37, k.t. 10.02.2011.

55. E. 2008/16, K. 2008/116, k.t. 05.06.2008.

56. *Leyla Şahin v. Turkey*, 29.06.2004, Appl. no. 44774/98, para. 100-2, 114; Büyük Daire kararı, 10.11.2005, para. 122-3.

nel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece, savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yön değiştirmesi, masumiyet karinesine aykırılık taşımaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında ispat külfetini tersine çeviren hukuki veya fiili karinelerin kabulünü Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bulmamıştır.⁵⁷

Gerçekten de AİHM'nin ispat yükünün bazı durumlarda yer değiştirebileceğini belirten kararları vardır⁵⁸. Ancak AİHM devletlerin bu karineleri uygularken belli sınırlar içinde hareket etmeleri gerektiğinin de altını çizmektedir. AİHM kararlarında şu ölçütleri kullanmaktadır: Devletler söz konusu karineleri uygularken bireylerin haklarına getirilebilecek sınırlamaların (hapis ya da para cezaları) ağırlığını göz önünde bulundurmalı, "mahkûmiyet kararını vermek için yeterli derecede ağır, açık ve tutarlı bir karine" olmalı, karinenin aksinin ispatlanması mümkün olmalı ve başvurunu sorumluluktan kurtarabilecek nitelikteki savunma hakları korunmalıdır.⁵⁹ AYM ise AİHM'nin hangi kararlarından söz ettiğini açıklamadan, ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin sınırları belirlemeden bu tür genel göndermeler yaparak kararına gölge düşürmektedir.

Diğer yandan AYM bazı kararlarında, AİHS'yle açıkça çatışan yasal düzenlemeler söz konusu olduğunda, doğrudan ilgili AİHM kararını esas alarak Anayasayı yorumlama imkânını kullanmaktan kaçınmıştır. Örneğin AYM devlet memurlarına verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan yasal düzenlemeyi, AİHM'nin birkaç ay önce verdiği ihlal kararına rağmen, Kasım 2007'de Anayasaya uygun

57. E. 2004/116, K. 2008/74, k.t. 06.03.2008. AYM'nin genel olarak AİHM'ye gönderme yaptığı başka kararları için bkz. E. 2006/167, K. 2008/86, k.t. 20.03.2008; E. 2008/26, K. 2008/147, k.t. 24.09.2008; E. 2008/12, K. 2011/104, k.t. 16.06.2011; E. 2009/31, K. 2011/77, k.t. 12.05.2011. AYM diğer bir kararında yine AİHM kararının bilgisini vermeden atıf yapmıştır. AYM'nin hangi karardan söz ettiği AİHM kararlarını takip edenler tarafından tahmin edilebilmekle birlikte (*Ilıcak - Türkiye ve Kavakçı - Türkiye* kararları), bu tür atıflar AYM'nin konumundan beklenen açıklık ve inandırıcılığa gölge düşürmektedir. Bkz. E. 2010/17, K. 2010/112, k.t. 08.12.2010.

58. Bkz. *Salabiaku v. France*, 07.10.1988. Appl. no. 10519/83; *Janosevic v. Sweden*, 23.06.2002. Appl. no. 34619/97; *Västberga Taxi AB and Vulic v. Sweden* 23.07.2002. Appl. no. 36985/97.

59. *Salabiaku v. France*, para. 28; *Janosevic v. Sweden*, para. 103, 109, *Västberga Taxi AB and Vulic v. Sweden*, para. 113.

bulmuştur. AYM gerekçesini Anayasanın 129. maddesinin 3. fıkrasına dayandırmıştır. Fıkra şöyledir: "Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz." AYM bu Anayasa hükmünü, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun yasakoyucu tarafından açılmasını yasaklayan bir hüküm olarak görmüştür. Oysa 2002'de idam cezasını terör suçları için kaldıran yasa hükmünü değerlendirirken tam tersi bir yorum yapmış; 38. maddedeki "savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezası verilemez" hükmünün terör suçlarında idam cezasının kaldırılamayacağı anlamına gelmediğini, Anayasanın yasakoyucuya takdir yetkisi bıraktığını söylemiştir.⁶⁰ Uyarma ve kınamayla ilgili kararda ise şöyle demektedir:

Anayasanın 129. maddesinde yargı denetimi dışında bırakılamayacak disiplin cezalarının belirtilmesi ve uyarma ve kınama cezalarının bu kapsam dışında tutulması, Anayasakoyucunun bu cezaları yargı denetimi dışında bıraktığının bir göstergesini oluşturmaktadır. Yasakoyucunun, Anayasa'nın anılan maddesine aykırı olarak uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu açabilmesi olanaklı değildir. Anayasa'da yasakoyucuya bu konuda bir takdir hakkı tanınmamıştır.⁶¹

AİHM'nin Mart 2007'de verdiği *Karaçay - Türkiye* kararında şöyle denmiştir: "... başvurana yapıldığı gibi uyarı benzeri disiplin cezasının verildiği durumlarda etkili başvuru yolunun bulunmaması, olası kötüye kullanımları engelleyecek ya da sadece benzeri disiplin tedbirlerinin meşruluğunun denetlenmesini sağlayacak her türlü güvenceden başvurana mahrum bırakmaktadır... Sonuç olarak Mahkeme, iç hukukta başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmektedir."⁶² AYM Karaçay kararına atıfla AİHS 13. madde ve AY 36. madde ile 129. maddeyi birlikte yorumlayarak yasakoyucunun uyarma ve kınama cezalarına ilişkin takdir yetkisinin sınırlanmış olduğu yönünde yorum yapabilirdi. Böyle bir yorum, darbe ürünü 1982 Anayasası'nın özgürlükçü bir ruha doğru ilerlemesini de sağlardı.

60. E. 2002/146, K. 2002/201, k.t. 27.12.2002.

61. E. 2002/169, K. 2007/88, k.t. 27.11.2007.

62. *Karaçay c. Turquie*, 27.03.2007, Appl. no. 6615/03, para. 44-45. Çeviri için bkz. www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/.

III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1982 Anayasası'na İçerik Bakımından Etkisi

AİHS, 1982 Anayasası hazırlanırken ve değiştirilirken yararlanılan metinlerden biri olmuştur. Bu etkiyi çeşitli maddelerde görmek mümkündür. Özellikle olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş halinde hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanabileceğini, hatta durdurulabileceğini gösteren Anayasanın 15. maddesi bunun tipik bir örneğidir; büyük ölçüde AİHS'nin 15. maddesinden esinlenerek hazırlanmıştır. Buna karşılık AİHM, Türkiye'deki olağanüstü hal (OHAL) uygulamalarıyla ilgili olarak çok sayıda ihlal kararı vermiştir. Bunun bir nedeni, OHAL döneminde çıkarılan KHK'lerin yine Anayasanın diğer bir maddesi (m. 148/1) gereğince AYM denetimine kapalı olmasıdır. Diğer bir deyişle, AYM tarafından iptal edilemediğinden, Anayasanın 15. maddesine aykırı olmasına rağmen, bazı OHAL KHK'leri yürütme organı tarafından yapılabilmiş ve yürürlüğünü sürdürmüştür. Diğer bir nedeni ise Anayasanın başka maddelerinde 15. maddeyle özü itibarıyla uyuşmayan düzenlemelerin olması ve bunun yasalara yansımasıdır. Gerçi TBMM 1982 Anayasası'nın bu tür antidemokratik hükümlerine rağmen daha özgürlükçü yasalar yapabildi, fakat ne yazık ki bu yol izlenmemiştir. Örneğin Anayasanın 19. maddesi 2001 Anayasa değişikliğine kadar, OHAL, sıkıyönetim ve savaş dönemlerinde gözaltının 30 güne kadar çıkarılmasına izin verilmiş ve gözaltına alınanlara asgari güvenceleri sağlamamıştır. Yasama organına bırakılan bu geniş alan özgürlükler aleyhine kullanılmış ve AİHM önünde Türkiye çeşitli kereler ihlal kararına konu olmuştur.⁶³

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü düzenleyen 26. madde, özellikle 2001'de yapılan Anayasa değişikliğinden sonra, AİHS'nin 10. maddesiyle ciddi benzerlikler taşımaktadır. Fakat AYM'nin konuları ele alış biçimi söz konusu Anayasa maddesini etkisiz hale getirebilmektedir. AYM önüne gelen pek çok konuyu hak ve özgürlük temelli

63. Örneğin Bkz. *Aksoy v. Turkey*, 18.12.1996, Appl. no. 21987/93, para. 77-84; *Demir and others v. Turkey*, 23.09.1998, Appl. no. 71/1997/855/1062/-1064, para. 56-58; *Nuray Şen v. Turkey*, 17.06.2003, Appl. no. 41478/98, para. 25-28; *Elçi and others v. Turkey*, 13.11.2003, Appl. no., 23145/93, 25091/94, para. 680-685. Ayrıca bkz. *Sadak and others v. Turkey*, 26.11.1997, Appl. no. 23878/94. Detaylı bilgi için bkz. İnceoğlu 2002: 7-11.

tartışma konusunda ne yazık ki oldukça çekingen davranmaktadır. AYM 1987'de Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığını incelemiştir. Örneğin bu kararda "18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur" hükmünü (m. 1) değerlendirirken, konuyu Anayasanın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesi ve basın özgürlüğünü düzenleyen 28. maddesi bakımından hiç tartışmamıştır. AYM konuyu 2. maddede düzenlenen hukuk devleti, 6. maddede yer alan egemenlik ilkesi ve 38. maddede yer alan suç ve cezada yasallık ilkesi bakımından tartışmış ve yasa hükmünü Anayasaya uygun bulmuştur.⁶⁴

1982 Anayasası'nın hazırlık sürecinde, hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerde sınırlandırılmasına ilişkin güvenceler (m. 13) tespit edilirken de AİHS'den etkilenildiği görülmektedir. 1982 Anayasası'nda, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının güvencesi olarak -1961 Anayasası'ndan farklı bir biçimde- "demokratik toplum düzeni" kavramının kullanılmasında, AİHS'nin 8., 9., 10. ve 11. maddeleri etkili olmuştur. Nitekim Anayasanın 13. maddesinin gerekçesinde, uluslararası belgelerle uyum sağlamak için böyle bir tercihte bulunulduğu ifade edilmiştir. 1961 Anayasası'nda da yasayla sınırlama ilkesi yer alıyor, ancak demokratik toplum kavramı yerine "hak ve özgürlüğün özüne" dokunulamaz ifadesi kullanılıyordu. AİHS'nin yukarıda sözü edilen maddelerinde, özgürlüğün kapsamı belirlendikten sonra, özgürlüğün ancak belirtilen meşru amaçlarla (sınırlama nedenleri), yasayla (hukuken öngörülebilirlik) ve demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırabileceği ifade edilmektedir. 1982 Anayasası'nda da hak ve özgürlüklerin belirtilen sınırlama nedenleriyle, yasayla ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak sınırlandırabileceği dile getirilmektedir.

Bu etkinin daha özgürlükçü sonuçlar doğurması beklenirken, uygulamada pek öyle olmamıştır. Demokratik toplum kavramı yasama organı tarafından tam algılanamamış, AYM tarafından da çelişkili bir biçimde yorumlanmıştır. "Demokratik toplum düzeni" AYM tarafından yorumlanırken ilk önce "milli yorum" yapılmıştır. AYM'nin "serbest bölgeler" kararındaki demokratik toplum anlayışı, 1982 Anayasa-

64. E. 1986/12, K. 1987/4, k.t. 11.02.1987.

s'nda öngörülen demokratik toplumdur.⁶⁵ 1982 Anayasası'ndaki demokrasi anlayışının pek de çoğulcu olduğu söylenemeyeceğinden, bu yorum birtakım sorunlara yol açmıştır. AYM başka kararlarında klasik demokrasilere,⁶⁶ katılımcılık ve çoğulculuğa, hak ve özgürlüklere,⁶⁷ ölçülülüğe⁶⁸ atıfla zaman zaman daha özgürlükçü yorumlar yapsa da, AIHM kararlarındaki görece özgürlükçü yorumu yakalayamamıştır. Demokratik toplumun temel kavramı çoğulculuktur. Çoğulculuk vurgusunun AIHM kararlarında yoğun olduğu,⁶⁹ ancak AYM kararlarında bu vurguya yer verilmediği görülmektedir.

AYM demokratik toplum düzeni ölçütünü ne yazık ki sık sık ele almamakta, aldığı zaman da genellikle 1961 Anayasası'ndaki hakkın özü kavramı ve/veya ölçülülük ilkesi ile bütünleştirme eğilimi içinde olmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılan sınırlama hak veya özgürlüğün özüne dokunarak kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa, demokratik toplum düzenine de aykırı olacağı yönünde yorum yapmıştır. 2001 sonrası kararlarında ise, hakkın özü ve ölçülülük ölçütleri Anayasa değişikliği ile 13. maddenin bir parçası haline getirildiğinden, çoğunlukla doğrudan bu ölçütlere gönderme yaparak demokratik toplum düzeni ölçütünü ihmal etme eğilimine girmiştir.⁷⁰

65. E. 1985/21, K. 1986/23, k.t. 06.10.1986.

66. E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986

67. E. 1992/17, K. 1992/30, k.t. 21.04.1992; E. 1987/16, K. 1988/8, k.t. 19.04.1988; E. 2007/4, K. 2007/81, k.t. 18.10.2007.

68. E. 1986/17, K. 1987/11, k.t. 22.05.1987; E. 1992/17, K. 1992/30, k.t. 21.04.1992; E. 1987/16, K. 1988/8, k.t. 19.04.1988; E. 2001/309, K. 2002/91, k.t. 15.10.2002; E. 1991/1, K. 1999/33, k.t. 20.07.1999; Ölçülülük ilkesinin son derece detaylı bir biçimde incelendiği AYM kararı için bkz. E. 2007/4, K. 2007/81, k.t. 18.10.2007.

69. Örneğin bkz. *Lingens v. Austria*, 08.07.1988, Appl. no. 9815/82, para. 41; *Castells v. Spain*, 23.04.1992, Appl. no. 11798/85, para. 42; *Vogt v. Germany*, 26.09.1995, Appl. no. 17851/91, para. 52; *Incal v. Turkey*, 09.06.1998, Appl. no. 22678/93, para 46, www.echr.eoe.int/Eng/iudgments.htm; *Herri Batasuna - İspanya*, 30.06.2009, Appl. no. 25803/04, 25817/04, para. 76, çev. Asena Topçubaşı, İnsan Hakları Başkanlığı, www.tohav.org/?bolum=dosya&no=63.

70. E. 1987/28, K. 1988/16, k.t. 03.06.1988; E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986; E. 1994/83, K. 1994/78, k.t. 16.11.1994; E. 1993/8, K. 1993/31, k.t. 22.09.1993; E. 1987/16, K. 1988/8, k.t. 19.04.1988; E. 1986/17, K. 1987/11, k.t. 22.05.1987; E. 1992/8, K. 1992/39, k.t. 16.06.1992; E. 1996/66, K. 1997/7, k.t. 31.01.1997; E. 1996/70, K. 1997/53, k.t. 05.06.1997; E. 1999/1, K. 1999/33, k.t. 20.07.

Diğer yandan, neden aykırılık görmediğini, demokratik toplum düzenini nasıl yorumladığını, Anayasanın 13. maddesine aykırılık bulunmadığı yönündeki karar gerekçelerinden anlamak da oldukça güçtür. Örneğin AYM sansür etkisi yaratabilecek nitelikte olan "savcılık kararı ile süreli yayını geçici olarak durdurma" olanağını demokratik toplum düzeni için gerekli görmüştür.⁷¹ Oysa Anayasa basılmış bir eserin yetkili merci tarafından "dağıtımının durdurulması" veya süreli veya süresiz yayınların "toplantılmasından" söz etmektedir (m. 28/4, 6). Diğer bir deyişle Anayasa, savcılık tarafından alınabilecek bu türden bir tedbire yer vermemiştir. Bir ön denetime dönüşme riski olan böyle bir yetkiyi demokratik toplum düzeniyle bağdaştırmanın güçlüğü ortadadır. AYM hak veya özgürlüğe sınırlama getirilmesinde meşru bir nedenin olmasını bazı kararları için yeterli görmüştür.⁷² Oysa bu zorunlu önkoşul, böyle bir karar vermek için tek başına yeterli olamaz. Sınırlama aynı zamanda ölçülü olmalı, hakkın özüne dokunmamalı ve demokratik bir toplum düzeninde gerekli de olmalıdır. Nitekim AİHM kararlarında sınırlamanın meşru bir nedene dayanıp dayanmadığı tespit edildikten sonra, demokratik toplumda gerekli olup olmadığı da ayrıca incelenmektedir.⁷³

AYM bazı kararlarında ise "konunun Anayasanın 13. maddesi ile ilişkisiz" olduğunu ilan etmektedir.⁷⁴ Oysa hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerde sınırlama ölçütlerini düzenleyen bu maddenin, hak ve özgürlüğe getirilen yasal bir müdahalede devreye girmesi gerekir. AYM'nin hak ve özgürlüğe yapılan müdahale ile 13. madde arasında neden ilişki kurmadığını anlamak güçtür. AYM'nin böyle istikrarsız kararları ne yazık ki hukukun öngörülebilirliğini de ortadan kaldırmaktadır.

1999; E. 1999/33, K. 1999/51, k.t. 29.12.1999 (bu kararda AYM, AİHM kararına da atıf yaparak AİHS ile tam bir uyum içinde karar vermiştir); E. 2005/15, K. 2008/2, k.t. 03.01.2008; E. 2005/60, K. 2008/162, k.t. 13.11.2008; E. 2005/14, K. 2008/92, k.t. 17.04.2008; E. 2006/142, K. 2008/148, k.t. 24.09.2008; E. 2009/19, K. 2011/4, k.t. 06.01.2011; E. 2009/59, K. 2011/69, k.t. 28.04.2011. Ayrıca dolaylı olarak bu yorumu destekleyen kararı için bkz. E. 1992/36, K. 1993/4, k.t. 20.01.1993.

71. E. 2006/121, K. 2009/90, k.t. 18.06.2009.

72. Örneğin bkz. E. 2008/109, K. 2011/25, k.t. 26.01.2011.

73. Örneğin bkz. *Sunday Times v. U.K.*, 26.04.1979, Appl. no. 6538/74, para. 59-67; *Castells v. Spain*, 23.04.1992, Appl. no. 11798/85, para. 42.

74. Örneğin bkz. E. 2009/83, K. 2011/29, k.t. 03.02.2011.

1982 Anayasası'nın ilk halinde, hak ve özgürlükleri sınırlama nedenleri nitelik itibarıyla da AİHS'den farklıydı. AİHS 8., 9., 10. ve 11. maddelerde sınırlama nedenleri arasında "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"na yer verilmişken 1982 Anayasası'nın ilk halinde 13. madde metninde bu sınırlama nedeninden bahsedilmemiştir; bölünmez bütünlük, millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak gibi devlet ve toplum odaklı sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Diğer bir deyişle 1982 Anayasası, bireyin haklarını devlet ve toplum yararı kadar önemli görmemiştir. 2001'deki Anayasa değişikliğiyle 13. maddedeki genel sınırlama nedenleri kaldırılmış, hak ve özgürlüklerin sadece bunların düzenlendiği ilgili maddedeki özel nedenler ile sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Böylece AİHS ile kısmi bir uyum sağlanmıştır. Genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması ve hak ve özgürlüklerin sadece özel nedenlerle sınırlanabileceği anlayışının Anayasada yer alması, AYM kararlarına da yansıyan olumlu bir gelişmeye neden olmuştur. Fakat bu yansımanın ne kadar istikrarlı olduğu kuşkuludur.

Örneğin Anayasanın çalışma özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesinde, özel teşebbüs özgürlüğü için öngörülenler hariç, sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Bir hak veya özgürlüğün düzenlendiği maddede sınırlama nedeni olmaması aslında ilke olarak o hakkın sınırlandırılmasının mümkün olmadığını ortaya koyar. Bununla birlikte, maddede çalışma özgürlüğünün bireysel yönü bakımından sınırlama sebebine yer verilmemiş olması, Anayasanın başka bir ilkesinin veya başka bir hakkın dava konusu hak veya özgürlük için bir sınırlama sebebine dönüşmesine engel olmaz. Nitekim AYM 2009 tarihli bir kararında, çalışma özgürlüğünü değerlendirirken Anayasanın başka bir ilkesini, 138. maddedeki mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini sınır olarak kabul etmiştir. Olayda "yargıç ve savcılar son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresinde iki yıl süreyle avukatlık yapma yasağı" getiren yasa hükmü değerlendirilmiştir. AYM yasağın getiriliş amacının meşru bir sebebe dayandığı, 138. madde gereği mahkemelerin bağımsızlığı (tarafsızlığı) konusunda topluma güven verilmesi gereği üzerinde durmuştur. Bununla birlikte, "yargı çevresi" ibaresinin ve "beş yıllık" sürenin aşırı geniş bir yasak olmasından hareketle, ölçüsüz bir düzenleme getirildiğine hükmetmiştir.⁷⁵

75. E. 2009/67, K. 2009/119, k.t. 01.10.2009.

AYM, iki milyar liraya kadar para cezasına ilişkin hükümlerin temyiz edilemeyeceğini öngören yasa hükmünü değerlendirirken de Anayasanın özel sınırlama sebebine yer vermeyen 36. maddesi ile Anayasal bir ilke olan "davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması"nı (m. 141) dengelemeye çalışmıştır. Bu olayda, AİHS Ek 7. Protokol'ün 2. maddesine atıfla, böyle bir temyiz yasağının ancak önemsiz veya hafif mahkûmiyetler bakımından mümkün olabileceğini belirlemiştir. AYM, hapis cezasından çevrili adli para cezalarının –iki milyardan altıncı kalsa dahi– dolaylı hak yoksunluklarına (devlet memuru olamamak, milletvekili seçilememek gibi) sebep olabileceğinden hareketle, bazı mahkûmiyetler bakımından önemsizlikten söz edilemeyeceğini, dolayısıyla hükmün iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶

AYM tütün ürünlerinin zararlarının önlenmesine ilişkin kanunu yorumlarken de aynı noktadan hareket etmiştir. Kahvehanelerle ilgili bir başvuruda, Anayasanın 56. maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını ve 17. maddesindeki yaşama hakkını koruma yönünde devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu ifade ederek, devletin söz konusu pozitif yükümlülüğünü yerine getirmek için tütün mamullerinin kullanımını kapalı alanlarda yasakladığını belirlemiştir.⁷⁷ Fakat başvuru konusu hakla çatışan başka bir Anayasal hak veya ilke söz konusu olsa dahi, getirilen sınırlamanın Anayasanın 13. maddesindeki sınırlama ölçütlerine uygunluğunun tartışılması gerekirken AYM bunu yapmamıştır.⁷⁸ Örneğin bu somut olayda, AYM getirilen mutlak yasağın ölçülü olup olmadığını tartışmalıydı. Daha az sınırlama yapılarak (örneğin sadece içenler için sigara içme yeri belirleyerek ve onları izole ederek) aynı amaca ulaşmak mümkün iken mutlak bir yasak getirilmesinin Anayasaya uygunluğu tartışmalıdır. Tütün kullananların yaşam ve sağlık hakkının korunması ile tütün tüketenlerin 17. ve 20. madde çerçevesindeki bireysel özerkliklerinin ve 48. maddede-

76. E. 2006/65, K. 2009/114, k.t. 23.07.2009.

77. E. 2010/58, K. 2011/8, k.t. 06.01.2011.

78. Benzer bir karar tabiiler için öngörülen devlet hizmeti yükümlülüğü konusunda da verilmiştir. Bu olayda da devletin 56. madde gereğince üstlendiği pozitif yükümlülük 48. maddedeki hakla çatışmaktadır. AYM bu kararda ölçülülük değerlendirmesi yapmıştır. Fakat kamuda çalışanla çalışmayan arasında hiçbir ayrım yapmaksızın her iki durumda da devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesini ölçülü bulmuştur. Oysa ölçülülük kriteri bakımından bu iki durumun farklılığı belirlenmeliydi. E. 2007/24, K. 2010/113, k.t. 16.12.2010.

ki çalışma özgürlüğünün korunması çatışmaktadır. Söz konusu çatışan haklar bu kararda dengelenememiştir.

Benzer şekilde, 2001 değişikliği öncesinde, hak arama özgürlüğüne (m. 36) getirilen sınırlamalar genel sınırlama nedenleri esas alınarak Anayasaya uygun bulunabiliyordu; ancak 2001 değişikliğinden sonra AYM zorunlu olarak içtihadını değiştirmiştir. Hak arama özgürlüğünü düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedeni olmadığından, getirilen sınırlamalar Anayasaya aykırı bulunmaya başlanmıştır.⁷⁹ Fakat bu yaklaşım da ne yazık ki istikrarlı bir biçimde uygulanamamıştır. 2011'de verdiği bir kararda, AYM bu olumlu içtihadından sapmıştır.

AYM'nin 1987 yılında verdiği bir kararda şöyle denmektedir:

Yerel mahkemece 2464 sayılı Yasanın 89. maddesiyle getirilmiş bulunan şartın, harcamalara katılma payı nedeniyle belediyeler aleyhine dava açmak isteyen ve fakat mali gücü anılan şartı yerine getirmeye müsait bulunmayanlar yönünden, hak arama özgürlüğünü ve ayrıca idari işlemlere karşı açılacak davalarda, kişiye yargı yolunu açık tutan hakkı demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşecek biçimde sınırlandığı öne sürülerek, itiraz konusu hükmün Anayasanın 12., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istenmiştir... İtiraz konusu madde bendi, hak arama hürriyetini ortadan kaldırmamakta, sadece bu hürriyetin kullanılabilmesi için "katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi"ni bir ön şart olarak belirlemektedir. Hak arama hürriyetine böyle bir sınırlama getirme zarureti, "kamu yararı"nı korumak endişesinden kaynaklanmıştır... Hızlı kentleşme, yerleşim merkezlerinin yeniden düzenlenmesini pek çok sosyal ihtiyaç yönünden gerekli kılmıştır. Katılma paylarının hatalı hesaplanmış olması her zaman mümkün olabilir. Ancak bu gerekçeye dayalı olarak dava açma, hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan öne sürülmesi imkânının verilmesi, bakılacak dava sayısını son derece arttıracak gibi, katılma paylarının ödenmesini dava sonuçlanıncaya kadar geciktireceği için, belediyeleri finansman gücüğü içine sokarak, başlanmış projelerin tamamlanmasını da

79. Ayrıca hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddedeki sebeplerden başka bir sebebe dayanarak da sınırlama yapılması mümkün değildir. Örneğin yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen maddede "milli güvenlik" sebebiyle sınırlama yapılabileceği belirtilmediği için, bu sebebe dayanarak yapılan bir sınırlama AYM tarafından haklı olarak iptal edilmiştir. E. 2006/142, K. 2008/148, k.t. 24.09.2008. Aynı şekilde 23. maddedeki seyahat özgürlüğünü sınırlama sebepleri "vatandaşlık ödevi" ve "ceza soruşturması ve kovuşturması" iken, kamu alacaklarının tahsili nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı getirilmesi 13. madde ile birlikte 23. maddenin de ihlali olarak görülmüştür. E. 2008/66, K. 2008/131, k.t. 22.07.2008. Aynı yönde bir başkakararı için bkz. E. 2007/4, K. 2007/81, k.t. 18.10.2007.

imkânsız kılar... Bir kanunla getirilen ve benzer durumdaki mülk sahipleri-ne objektif bir şekilde uygulanacak genel nitelikli bu sınırlama Anayasanın 13. maddesinde öngörülen "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı değildir. Anayasanın 36. maddesine aykırılık iddiası da 13. madde ile ilgili bu açıklamalar ışığında incelenmiş olmaktadır. Çünkü söz konusu madde bendi bu maddede güvence altına alınan hak arama hürriyetini ortadan kaldırmamakta, sadece Anayasanın 13. maddesinde öngörülen ilkeler doğrultusunda sınırlanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin 36. maddeye aykırı bir yönü bulunmamaktadır.⁸⁰

AYM'nin bu yaklaşımının AİHS'nin 6. maddesi ile uyumlu olduğu söylenemez. AİHM çeşitli kararlarında mahkemeye başvurma hakkının adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin bir parçası olduğunu belirtmiştir.⁸¹ AİHM Mahkemeye başvurma hakkını değerlendirirken, dava açmanın kişinin geliri ile ölçüsüz bir bedel ödemesi şartına bağlanmasını AİHS'ye aykırı bulmaktadır. *Kreuz - Polonya* kararında AİHM şöyle demektedir:

Davadaki olaylar bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve mahkemeye başvuru hakkının demokratik bir toplumdaki önemli yeri dikkate alındığında, yargı makamlarının davaya bakmak için aldıkları mahkeme masrafları ile başvuranın mahkeme kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında iyi bir denge sağlanamadığı kanaatine varılmıştır. Başvurandan talepedilen dava masrafı çok yüksektir. Onun davadan çekilmesine ve davasının hiçbir biçimde bir mahkeme tarafından görülememesine neden olmuştur. Bu durum Mahkemenin görüşüne göre, mahkemeye ulaşma hakkının özünü zedelemiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, mahkeme masraflarının başvurana yüklenmesinin mahkemeye ulaşma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna varmıştır.⁸²

2001 Anayasa değişikliğinden sonra, AYM aynı yasa hükmüne ilişkin olarak verdiği yeni kararında hükmü iptal etme yönünde görüş değiştirmiştir. Bu karar, AYM'nin AİHS'ye göndermede bulunmakla yetinmemesi; doğrudan bu konuya ilişkin *Kreuz* kararına olmasa da, AİHM'nin mahkemeye başvurma hakkını ilk defa ele aldığı kararlardan birine gönderme yapması bakımından da önemlidir. AYM bu kararda şöyle demektedir:

80. E. 1987/19, K. 1987/31, k.t. 24.11.1987.

81. Bu konudaki kararlar için bkz. İncoğlu 2005: 110-54.

82. *Kreuz v. Poland*, 19.06.2001, Appl. no. 28249/95, para. 66-67. Ayrıca bkz. *Bakan c. Turquie*, 12.06.2007, Appl. No 50939/99.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s. 12, paragraf 37 (b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkânsız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10. 1979, A 32, s.12) belirtilmiştir. İtiraz konusu kuralla, kendisine 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. Harcamalara katılma paylarına karşı dava açılabilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.⁸³

AYM 2005 tarihli başka bir kararında da özel sınırlama nedenlerine ilişkin olarak aynı içtihadı tekrarlamıştır:

Buna göre, iptali istenilen kuralla idari yargı mercilerine yapılan itirazda, gümrük idaresine yapılan itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belgenin kullanılamamasının öngörülmesi, savunma hakkının kısıtlanmasına yol açarak yargı merciinin doğru ve adil bir sonuca ulaşılabilmesini engelleyeceğinden, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. Anayasa'da özel bir sınırlandırma nedeni öngörülmemiş olan hak arama özgürlüğünün itiraz konusu kuralla sınırlandırılması, Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.⁸⁴

83. E. 2001/5, K. 2002/42, k.t. 28.03.2002.

84. E. 2003/7, K. 2005/71, k.t. 18.10.2005. Aynı yönde diğer bir kararı için bkz. E. 2004/95, K. 2008/156, k.t. 06.11.2008. Benzer şekilde çalışma özgürlüğünü düzenleyen 48. maddede sınırlama nedeni olmaması 13. madde ile bağlantılı olarak yorumlanmıştır. Avukatların bir barodan diğer baroya naklinin disiplin soruşturması nedeniyle engellenmesini öngören hüküm, 48. maddede sınırlama nedeni yer verilmediği için, 13. ve 48. maddelere aykırı bulunarak iptal edilmiştir. E. 2008/73, K. 2009/120, k.t. 01.10.2009.

AYM, Mart 2010'da yine AİHM kararlarıyla tam bir uyum içinde karar vermiştir. AYM kararında şöyle demektedir:

Mahallerde kullanılan veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlara ilişkin üye oldukları meslek birliğine yetki belgesi veren hak sahiplerinin, bunların kullanımı ya da iletiminden doğan hak taleplerini ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilecekleri düzenlenmektedir... Meslek birlikleri ... hak sahibi ve birliğe yetki belgesi veren üyele-
rinin temsilcisi konumundadırlar. Tümcede geçen "...ancak..." sözcüğü sebebiyle hak sahiplerinin, doğrudan adli ve idari mercilere başvurabilmek yerine, sadece meslek örgütleri aracılığıyla hak aramaya zorlanmaları, hak arama hürriyetine daraltıcı bir müdahale niteliğindedir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sebebe yer verilmemesi nedeniyle tümcede geçen ve sınırlamaya yol açan "... ancak..." sözcüğü Anayasa'nın 13. ve 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.⁸⁵

Türkiye gibi Yunanistan hukukunda da sadece meslek birliği aracılığıyla dava açılmasını öngören bir hüküm AİHM önüne gelmiş ve AYM gibi AİHM de bu düzenlemeyi mahkemeye başvurma hakkına aykırı bulmuştur.⁸⁶ AYM bu kararında AİHM'nin *Philis - Yunanistan* kararına atıf yapmamış, fakat benzer bir yaklaşım sergileyerek özgürlükçü bir tutum benimsemiştir.

Haziran 2010 tarihli bir diğer AYM kararında, yürütmeyi durdurma kararının bazı durumlarda verilememesini düzenleyen hüküm, Anayasa'nın 125. maddesine aykırılığın yanı sıra 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir.⁸⁷ İleride giderilmesi zor veya imkânsız zararları önlemek için benimsenmiş olan yürütmeyi durdurma kararının bazı durumlarda mahkemelerce verilememesi, aslında mahkeme kararının etkisini ve uygulanabilirliğini de ortadan kaldırmaktadır. Nitekim AİHM da çeşitli kararlarında mahkeme kararının uygulanamamasını hak arama özgürlüğüne (mahkemeye başvurma hakkı) aykırı görmektedir.⁸⁸

85. E. 2007/33, K. 2010/48, k.t. 24.03.2010.

86. *Philis v. Greece*, 21.08.1991, Appl. no. 12750/87, 13780/88, 14003/88, para. 63-65.

87. E. 2008/77, K. 2010/77, k.t. 03.06.2010.

Fakat 2010 Anayasa değişikliğinden sonra yeni üyelerle karar veren AYM, daha özgürlükçü bir yaklaşım sergilemesi arzu edilirken, ne yazık ki bu konuda daha devletçi bir çizgiye yönelmiştir. 2011 tarihli son kararında AYM şöyle demektedir:

İtiraz konusu kural ile ödeme emrine karşı itirazın reddi durumunda, haksız çıkma tazminatı koşulu bulunmakla birlikte, idarenin yapmış olduğu işlemler yargı denetimi kapsamındadır. Kamu borçlusu ödeme emrinin tebliğinden önce kamu alacağının esası hakkında yargı yoluna başvurabileceği gibi, itiraz konusu kural ile ödeme emrinin tebliğinden sonra da tahsile ilişkin olarak dava açabilme olanağına sahiptir. Ayrıca kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş; idari bir işlem niteliğinde olan kamu alacağı ile ilgili ödeme emrine karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemeler, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamıştır. Bu nedenle kuralın hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir. Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.⁸⁹

Oysa kamu alacaklarına ilişkin ödeme emrine karşı yapılan itirazın reddedilmesi halinde, kamu alacağının %10'unun tazminat olarak ödemesi koşulunun getirilme amacı çok açıktır. Amaç kişileri itirazdan, diğer bir deyişle hak arama yoluna başvurmaktan caydırmaktır. Bu hükümle hak arama özgürlüğüne dolaylı bir sınırlama getirilmektedir. Nitekim AİHM da hak arama özgürlüğüne getirilen bu tür dolaylı sınırlamaları AİHS 6. madde açısından değerlendirmektedir.⁹⁰ Örneğin *Deweere - Belçika* davasında, başvuran, savcılık tarafından belirlenen idari para cezasına karşı dava açması durumunda işyerinin belirli bir süre kapalı kalması tehlikesiyle karşılaşmış, bu nedenle davadan vazgeçmek zorunda kalmıştır. AİHM bu tür bir baskı altında davadan vazgeçilmesini bir müdahale ve AİHS'nin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁹¹ AİHM her davada, hak arama özgürlüğüne yönelik sınırlamaları somut olayın koşullarına göre ele almakta, sınırlamadaki meşru nedenleri de-

88. *Taskin and others v. Turkey*, 10.11.2004, Appl no. 46117/99, para. 135-8. AİHM'nin bu konuyla ilgili yaklaşımı ve diğer kararları için bkz. İncoğlu 2005: 151-3.

89. E: 2009/83, K. 2011/29, k.t. 03.02.2011.

90. Detaylı bilgi için bkz. İncoğlu 2005: 113-135.

91. *Deweere v. Belgium*, 27.02.1980, Appl. no. 6903/75, para. 49.

ğerlendirmekte, ölçülülük ve hakkın özü gibi ölçütleri kullanmaktadır. AYM ise yukarıdaki kararda hem ortada bir sınırlama olmadığı sonucuna vararak hem de konuyu 13. madde ile ilişkisiz görerek son derece dar bir yorum yapmıştır. Hak arama özgürlüğüne ilişkin, 2001 yılı sonrası kararlarındaki özgürlükçü yaklaşımı ne yazık ki bu son kararda yansıtamamıştır.

1982 Anayasası'nda, bazı düzenlemeler bakımından AİHS'den etkilene görülebilmekle birlikte, hak ve özgürlüklerin düzenlendiği birçok maddenin sistematığı AİHS'den oldukça farklıdır. Örneğin AİHS özel yaşamın hem gizlilik boyutunu hem de kişisel özerklik boyutunu tek bir maddede (8. madde) düzenlemekte ve her iki alan için de ortak bir sınırlama rejimi öngörmektedir. Kişinin özel eşyalarının, konutunun, haberleşmesinin başkalarının incelemesine karşı korunması gizlilik boyutu içinde kalmaktadır. Fakat özel yaşam bu boyutla sınırlı değildir. Özel yaşam kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de kapsamaktadır. Örneğin ismi, cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamı gibi konular, kişisel gelişme hakkı ve diğer insanlarla ve dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkı 8. madde tarafından korunan kişisel alan içinde yer almaktadır. AİHM kişinin kendi bedeni ve yaşamı üzerinde karar verme hakkının dahi özel yaşam hakkının bir parçası olduğunu kabuletmıştır. Yaşadığı acıları ve ölümcül hastalığını gerekçe göstererek intiharına yardım edilmesinin engellenmesine karşı Pretty'nin açtığı davayı AİHM 8. madde kapsamında görmüştür.⁹² Buna özel yaşam hakkının kişisel özerklik boyutu denmektedir. Bu iki boyut, 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan tek bir sınırlama rejimine tabi tutulmaktadır. Bu sınırlama rejimi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama rejimi ile bazı yönlerden benzerlikler taşımaktadır.

Özel yaşamı düzenleyen Anayasanın 20. maddesi, kişinin üstü, özel kağıtları ve eşyasının belirli koşullar dışında aranmamasına ilişkin özel yaşamının gizlilik boyutunun yanı sıra özerklik boyutuna yer vermektedir. Maddede herkesin *özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme* hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Fakat Anayasanın 17. maddesinde de bu boyutla ilişkilendirilebilecek bir hükme yer verilmekte, kişinin "yaşama, maddi ve *manevi varlığını koruma ve geliştirme*" hakkından söz edilmektedir. Bu hüküm de kişisel özerkliği içerir bir biçimde yorumlanmaya müsaittir. Kişinin manevi

92. *Pretty v. U.K.*, 29.04.2002, Appl. no. 2346/02, para. 61.

varlığı onun maddi olmayan iç dünyası, ruhsal varlığını ifade etmektedir. Dolayısıyla kendi yaşam biçimini, tercihlerini, kimliğini, kaderini belirleme hakkı da bu içsel dünyanın bir parçasıdır. O halde Türk Anayasası açısından konuya bakıldığında, hem 17. maddenin hem de 20. maddenin kişisel özerkliği koruyan bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Bununla beraber, Anayasada aynı alana yönelik iki ayrı güvencenin yer alması bazı kuşklar da yaratmaktadır. 17. maddenin koruduğu alan ile 20. maddenin koruduğu alan arasında nasıl bir ayrım yapılabilirliği belirsizdir.

Bu çerçevede AYM kararlarına bakıldığında, 20. maddeye ilişkin kararlarının tamamının özel yaşamın gizlilik boyutu ile ilgili olduğu görülmektedir. AYM 20. maddeyi özel yaşamın sadece gizlilik boyutunu koruyan bir madde olarak görme eğilimindedir.⁹³ Bu sonucun ortaya çıkmasında, başvuranların kişisel özerklik alanını ilgilendiren konuları 20. madde ile ilişkilendirmemelerinden ziyade,⁹⁴ AYM'nin rolü etkilidir. Çünkü AYM istemle bağlı olsa da kendisine yapılan başvuru gerekçesiyle bağlı değildir.⁹⁵

Anayasanın 17. maddesinde yer alan kişinin manevi varlığını geliştirme hakkını ise AYM çoğunlukla sosyal devletle ilişkilendirmiştir.⁹⁶ Çok istisnai olarak, AYM'nin kişisel özerklikle ilgili bir değerlendir-

93. Örneğin arama ile ilgili kararları: E. 1986/24, K. 1987/8, k.t. 31.03.1987; E. 1996/68, K. 1999/1, k.t. 06.01.1999; E. 2003/38, K. 2005/63, k.t. 12.10.2005; E. 2003/29, K. 2006/24, k.t. 22.02.2006; E. 2005/43, K. 2008/143, k.t. 18.09.2008. Kişisel bilgilerin gizli tutulması: E. 1996/68, K. 1999/1, k.t. 06.01.1999; E. 2006/167, K. 2008/86, k.t. 20.03.2008. Postanın gizliliği: E. 2009/44, K. 2011/27, k.t. 26.01.2011.

94. Örneğin "ırza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen kadına karşı işlenmişse, cezaların 2/3 kadarı indirilir" hükmüne yer veren eski TCK m. 438 aleyhine AYM'ye yapılan başvuruda, kişinin özel yaşamının bir parçası olan cinsel yaşamının korunması ve kişinin cinsel yaşamı veya seçimleri nedeniyle daha az koruma görmemesine yönelik devletin pozitif yükümlülüğü hiç dile getirilmemiştir. E. 1988/4, K. 1989/3, k.t. 12.01.1989. Daha yeni bir başka AYM kararında da evlat edinme konusu Anayasanın 20. maddesi bakımından hiç tartışılmamıştır. Bkz. E. 2004/38, K. 2009/138, k.t. 09.07.2009. Oysa Anayasa özel ve ailevi hayata saygı hakkından söz etmektedir. Strazburg organları da pek çok kararda evlat edinme konusunu özel ve ailevi yaşama saygı hakkından söz eden AİHS m. 8 açısından ele almıştır. Appl. no. 8257/78, *X v. Switzerland*, 10.07.1978; Appl. no. 9993/82, *X v. France*, 05.10.1982; *Söderback v. Sweden*, 28.10.1998, Appl. no. 24484/94, para. 33.

95. Bkz. E. 1998/59, K. 1999/14, k.t. 11.05.1999.

96. Bkz. E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.01.1991; E. 1996/17, K. 1996/38, k.t.

dirmeyi 17. madde çerçevesinde yaptığını söyleyebiliriz. AYM, kadının sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasını olanaksız kılan Medeni Kanunun 153. maddesinin 1. fıkrasını Anayasanın 20. maddesi bakımından değerlendirmemekle birlikte (itiraz yoluna başvuran mahkeme de 20. madde bakımından aykırılığı öne sürmemiştir), 17. maddedeki maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile ilişkili olarak değerlendirmiştir.

AYM şöyle demektedir:

Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasakoyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz... Yasakoyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.⁹⁷

Diğer bir deyişle AYM tamamen kişisel özerkliği ilgilendiren, kişinin ismi-soyadı gibi bir meseleyi nihayet 17. madde ile ilişkilendirmiş, fakat herhangi bir aykırılık görememiştir.

Oysa kamu yararı, kamu düzeni gibi sınırlama nedenlerinin olması bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasında tek başına yeterli olamaz. Sınırlama demokratik bir toplumda gerekli de olmalıdır. AYM bu ölçütü hiç tartışmamıştır. Cinsiyet temelli bu tür bir ayrım yapılmasını çoğulcu demokrasi ile açıklamak mümkün değildir. Kadın erkek eşitliği günümüz demokrasilerinde en çok üzerinde durulan konulardan biridir. AYM'nin bu konuda yeterince hassasiyet gösterdiği söylenemez.

16.10.1996; E. 1998/59, K. 1999/14, k.t. 11.05.1999; E. 1998/35, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998. Fakat benzer bir değerlendirme yapması mümkünken, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun protez araç ve gereçlerinin %20'sinin sigortalıdan alınmasına ilişkin hükmünü 17. madde bakımından hiç tartışmamıştır. E. 1999/43, K. 2001/46, k.t. 27.02.2001. AYM'nin 20. ve 17. maddelere ilişkin kararları hakkında detaylı bilgi için bkz. İnecoğlu 2007: 160-72.

97. E. 1997/61, K. 1998/59, k.t. 29.09.1998.

AİHM'nin soyadı bakımından kadın ve erkek arasında ayrım gözetilen düzenlemelere ilişkin olarak tam tersi yönde kararları vardır. AİHM, AYM'nin kadının soyadı ile ilgili bu kararından çok önce, *Burghartz - İsviçre* kararında, soyadı belirleme konusunda kadın ve erkek arasında farklılık gözetilen düzenlemelerin AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile birlikte özel yaşamı düzenleyen 8. maddesine aykırılık oluşturacağını belirlemiştir.⁹⁸ Ayrıca AYM'nin bu kararından sonra Türkiye'ye karşı açılan *Ünal Tekeli - Türkiye* davasında, kocanın soyadı olmaksızın, kadının evlenmeden önceki soyadını kullanamaması yine 8. madde (özel yaşam) ile birlikte 14. maddeye (ayrımcılık yasağı) aykırı bulunmuştur. Türkiye'nin aile birliğini koruma yönündeki gerekçesi, cinsiyet temelli ayrım yapan bu tür bir yasanın haklı görülmesine yetmemiştir.⁹⁹

2001 tarihli yeni Medeni Kanun da kadının soyadı konusunda eski Medeni Kanun'la aynı ifadeleri taşımaktadır (m. 187). Bu hükme karşı da AYM'ye başvuru yapılmıştır. AYM ilk kararından yaklaşık 13 yıl sonra, üstelik AİHM'nin *Ünal Tekeli* kararına rağmen bu maddeyi yine iptal etmemiştir.¹⁰⁰ Üstelik kararında AİHS'nin 8. maddesini değerlendirmiş ve yanlış bir biçimde, soyadı konusunda devletlere takdir alanı bırakıldığına kanaat getirmiştir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, *Ünal Tekeli* kararında AİHM Türkiye'de kadının kocanın soyadını almaksızın evlenmeden önceki soyadını kullanamamasını AİHS'ye aykırı bulmuştur. Çünkü bu uygulama özel yaşama, kişinin özerk alanına yönelik ayrımcı bir müdahale olarak değerlendirilmiştir. AYM ise ne Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen maddesini (m. 10), ne demokratik toplum ölçütünü (m. 13), ne AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen maddesini (m. 14) ne de bu kararı göz önünde bulundurmıştır. AYM'nin AİHS'yi kendi bildiği gibi yorumlaması, en hafif deyişle, şaşırtıcıdır.

AYM, Mart 2011'de verdiği bir kararda da Türkçe kökenli olmayan soyadlarının kullanılmasına engel teşkil eden Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan "yabancı ırk ve millet isimleriyle" ibaresini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Oysa özel yaşam hakkı ve eşitlik ilkesi birlikte değerlendirildiğinde, Anayasaya aykırılık burada da gayet açıktır. Anayasa ırk temelli bir eşitsizlik yaratılamayacağını 10. maddesin-

98. *Burghartz v. Turkey*, 22.02.1994, Appl. no. 16213/90, para. 25-30.

99. *Ünal Tekeli v. Turkey*, 06.11.2004, Appl. no. 29865/96, para. 68.

100. E. 2009/85, K. 2011/49, k.t. 10.03.2011.

de açıkça düzenlemektedir. Üstelik AYM kadının soyadına ilişkin, yukarıda anılan kararından farklı olarak, bu kararda 17. madde bakımından inceleme yapmamış ve kişisel özerkliği hiç ele almamıştır.

AYM'nin kararında yer alan şu gerekçe dikkat çekicidir:

Yasakoyucu kural ile birleştirici, bütүнleştirici, çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen, ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir. Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaşmalarının önlenmesi nedeniyle yasakoyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz olarak kaydedilmesi, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği, ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğu belirtilmiştir.¹⁰¹

Kararda ulus kimliği aynı dile sahip olmakla eşleştirilerek, ırk temelli bir ulus tanımı yapılmıştır. Bu da tasada-kıvançta birlik, ortak bir geçmişe sahip çıkmak ve ortak bir gelecek arzusu taşımak olarak tarif edilen ulus anlayışını değil, ortak bir din, dil, ırk gibi ölçütlerle tanımlanan ulus anlayışını yansıtmaktadır. Bu ulus anlayışının ve tanımının dışlayıcılığı ve modern dünyada nasıl bir yere oturtulduğu ise çok açıktır. AYM'nin gerekçesinde AİHM'nin hangi kararlarından söz ettiğini açıklamadan, genel göndermeler yaparak kararını temellendirmeye çalışması da ayrı bir ironidir.

Anayasanın inanç özgürlüğünü düzenleyen 24. maddesi de AİHS'nin inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinden farklı bir sistematığe sahiptir. 24. madde inanç özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin nedenlere yer vermemekte, sadece inanç özgürlüğünün kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. AİHS 9. madde ise inanç özgürlüğünün hangi nedenlerle sınırlanabileceğini açıkça belirlemektedir. Bu farklı siste-

matik, inanç özgürlüğünün daha geniş bir biçimde sınırlanmasını olanaklı hale getirmektedir. Ayrıca AYM'nin inanç özgürlüğüne ilişkin kararları da dikkat çekicidir. Anayasanın sağladığı sınırlı özgürlük alanı dahi daraltıcı bir biçimde yorumlanabilmiştir.

Örneğin AYM Anayasanın 24. maddesindeki "kimsenin dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı" yönündeki düzenlemeye rağmen nüfus cüzdanlarında din hanesinin bulunması yönündeki yasal düzenlemeyi Anayasaya uygun bulmuştur. Olağanüstü hallerde dahi dokunulmaz alan içinde belirlenmiş bu hak (m. 15/2) AYM tarafından son derece dar bir biçimde yorumlanmıştır. Aynı konu AİHM'ye de gitmiştir. AİHM tam tersi yönde yorum yapmıştır. Nüfus kaydının din hanesine Alevi yazdırmak isteyen bir vatandaşın talebinin milli makamlarca reddi üzerine verdiği kararında şöyle demektedir:

Burada bahsedilen, kişinin kendi vicdanıyla ilgili olan, dinini veya inançlarını açıklamak zorunda olmama hakkıdır... AİHS'nin 9. maddesinin, bir kimsenin dinini veya inancını herhangi bir zorlama sonucunda açıklamaya itilmesine izin verecek şekilde yorumlanması, bu maddenin korumak istediği hakkın özüne müdahale teşkil eder. Ayrıca, nüfus cüzdanının çok sık kullanıldığı da dikkate alındığında (okul kayıtları, kimlik kontrolü, askerlik vb.), nüfus cüzdanı gibi resmi belgelerde dini inanca ilişkin bir ibarenin bulunmasının idareyle olan ilişkilerde ayrımcılığa neden olacak durumlara sebep olabileceği de not edilmiştir.¹⁰²

Bu davada hükümet, 2006 yılında kanunda yapılan değişiklik sonucu din hanesi bölümünün boş bırakılma olanağının bulunduğunu, böylece ortaya çıkabilecek sakıncaların esasen önlenmiş olduğunu da savunmuştur. AİHM'ye göre, söz konusu kanun değişikliği yukarıda yapılan açıklamalar hakkında hiçbir değişiklik yaratmamaktadır. Nüfus cüzdanlarında boş veya dolu olsun hâlâ dine ayrılmış bir hane yer almaktadır. Ayrıca, ilgili düzenleme uyarınca, nüfus cüzdanları üzerinde din hanesi ile ilgili olarak değişiklik yapmak isteyen ya da dinlerinin yer almasını istemeyen kişiler yazılı bir beyanda bulunmak zorundadırlar. Mahkeme'ye göre, nüfus kayıtlarından dine ilişkin ibarenin silinmesini beyan etmeleri, kişilerin kutsal kabul ettikleri değerlerle ilişkin bir açıklamada bulunmalarını gerektirecektir. Ayrıca nüfus cüzdanlarında din hanesi bulunduğu sürece, bu haneyi boş bırakmak

102. *Sinan Işık - Türkiye*, 02.02.2010, çev. İpek Sarıöz-İşıl Aral, *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2010, C. 84, S. 2, s. 1388.

özel bir anlam taşıyacaktır. Nüfus cüzdanında din hanesi boş olan kişiler, kendi isteklerinin tersine ve kamu kurumlarının bir müdahalesi nedeniyle, kimliğinde din hanesi yazılı olan kişilerden ayrılacaktır. Mahkeme, müdahaleyi oluşturan durumun, Alevi olan başvurucunun kimlik belgesine kendi inancını yazdırmak istemesinin reddi değil, kimlik belgelerinde din hanesinin yer alması olduğunu düşünmektedir.¹⁰³

İnanç özgürlüğü bakımından AİHS'yle çatışma doğuran bir diğer durum da zorunlu din dersleridir. Anayasanın 24. maddesine göre, "din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır". Bu hüküm okullarda okutulan din derslerinin Sünni mezhebin öğretilmesine yönelik uygulamasıyla birleştiğinde, doğrudan AİHS Ek 1 No'lu Protokolün 2. maddesi ile çatışmaktadır. Söz konusu maddenin ikinci cümlesi şöyle demektedir: "Devlet, eğitim ve öğretim ile ilgili üstlendiği görevleri yerine getirirken, anne ve babaların çocuklarına, kendi dini ve felsefi inançlarına uygun olan bir eğitim ve öğretimin verilmesini isteme haklarına saygı gösterir." Alevi bir baba kızlarının söz konusu din kültürü ve ahlak bilgisi dersini almak zorunda bırakılmasını kendi inançlarına aykırı bularak AİHM'ye başvurmuştur. Hasan ve Eylem Zengin kararında AİHM birkaç ay önce benzer bir olayda Norveç¹⁰⁴ için verdiği kararı tekrarlamıştır. AİHM'ye göre, "(1 No'lu Ek Protokol'ün) 2. maddenin ikinci cümlesi Devlet'in eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, öğrencilerin, yersiz bir din benimsetme uğraşından uzak, sakin bir ortamda, dinle ilgili olarak eleştirel bir bakış oluşturmalarını sağlayacak şekilde, müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesi gerektiğine işaret etmektedir."¹⁰⁵ AİHM Türkiye'de okutulan din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin bu niteliklere sahip olmadığını belirledikten sonra, hükümetin muafiyet olanağının kullanılabileceğine ilişkin savunmasına yönelik olarak şöyle demektedir: "...muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ebeveynlerin okul yetkililerine dinsel ve felsefi inançlarını bildirmelerinin zorunlu olması, inanç özgürlüklerine saygı gösterilmesi için uygun bir araç olmadığını göstermektedir ... Sonuç olarak AİHM, muafiyet usulü-

103. *Sinan Işık - Türkiye*, s. 1389.

104. *Folgero and other v. Norway*, 29.06.2007, Appl. no. 15472/02.

105. *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, 09.10.2007, Appl. no. 1448/04, para.

nün uygun bir yöntem olmadığı ve din derslerinde öğretilenin çocukların üzerinde okul ile kendi değerleri arasında bağlılık çatışmasına yol açabileceğini haklı olarak düşünebilecek ebeveynlere yeterince koruma sağlamadığı sonucuna varır."¹⁰⁶

Sonuç

Anayasanın 90. maddesi gereğince insan haklarına güvence sağlayan uluslararası sözleşmeler yasalar karşısında öncelikle uygulanmak zorundadır. Bu çerçevede, ulusal yargıçlar yasa ve AİHS hükümleri arasında bir çatışma gördüklerinde, AİHS'yi uygulamakla yükümlüdürler. Yasakoyucu da bu Anayasal kural karşısında yükümlülük yüklenmiştir. AİHS'ye aykırı bir yasanın kural olarak Meclis tarafından kabul edilmemesi gerekir. Bu yükümlülüğe rağmen AİHS'ye aykırı bir yasa kabul edilmişse, AYM'nin bu yasayı Anayasaya aykırılıktan iptal etmesi beklenir. Fakat uygulamada AYM'nin, doğrudan 90. maddeye aykırılıktan iptal kararı vermek yerine, AİHS'yi Anayasa hükümlerini yorumlarken destek ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir.

AYM kararlarında AİHS'ye çeşitli şekillerde yer vermektedir. Bazı kararlarında AİHS'ye genel atıf yapmakta, bazılarında ise numarası ve/veya içeriğini alıntılarla maddeye yer vermektedir. Bazen ise Anayasa maddesi ve AİHS hükmü arasında tam bir paralellik olduğunu ya da özde aynılık olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle 2000'li yıllardaki kararlarında, AİHM kararlarına da atıf yaparak kararlarını güçlendirdiği görülebilmektedir. Fakat AYM'nin AİHS'yi kullanmak konusunda istikrarlı bir çizgi izlediğini söylemek mümkün değildir.

AİHS 1982 Anayasası'nın yapımı ve değiştirilmesi sırasında içerik bakımından da etkili olabilmiştir. Fakat bazı maddelerde görülebilen bu etki ne yazık ki çeşitli nedenlerle uygulamaya yansıyamamıştır. Nedenlerden birisi, bazı maddelerdeki AİHS'yle koşutluğa rağmen, Anayasada bu koşutluğu ortadan kaldıran başka maddelerin yer almasıdır. Diğer bir neden, çeşitli maddelerde kısmen görülebilen koşutluğun yine aynı madde içinde çelişen hükümlerle bir arada bulunmasıdır. Ayrıca TBMM'nin ve AYM'nin AİHS'yle uyum konusunda çekingen davranmaları da diğer bir etkidir. Oysa otoriter eğilimleri olan bir

106. *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, para. 75,76.

Anayasanın dahi özgürlükçü bir yorumla okunması ve gerek Meclis gerekse AYM tarafından özgürlük alanının her şeye rağmen görece genişletilmesi mümkündür. Yasama organı özgürlükleri genişletmek yerine 1982 Anayasası'nın otoriter yapısından yararlanma eğilimini sıklıkla ortaya koymuştur. AYM ise bazı kararlarında oldukça özgürlükçü bir yaklaşımı ortaya koymakla beraber her zaman aynı hassasiyeti göstermemekte, hatta bazen AİHS'yi hak veya özgürlüğü sınırlamak amacıyla dahi kullanabilmektedir.

Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler

Kemal Başlar

Giriş

KÜRESELLEŞMEYLE birlikte uluslararası hukuk ve iç hukuk daha fazla etkileşime girmekte ve bunun sonucu olarak kamu hukukunun gelecekteki alanlarının uluslararasılaştığı bir süreç yaşanmaktadır. Uluslararası ceza hukuku ve uluslararası idare hukukunun yanı sıra son on yılda "uluslararası anayasa hukuku"nun da kendi ayakları üzerinde duran bir disiplin haline geldiği görülmektedir.¹ Bu süreçte, anayasaların yapımında ve yorumlanmasında karşılaştırmalı anayasa hukukunun önemi gittikçe artmaktadır (Bauer ve Mikulaschek 2005: 1110). Özellikle Avrupa Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren Venedik Komisyonu'nun çabalarıyla diğer ülke sistemlerini ve anayasa mahkemeleri içtihatlarını takip etmek mümkün olmuştur.² Venedik Komisyonu uzmanları Avrupa'nın bilgi birikimini Avrupa sınırları dışına, diğer kıtalara da taşıyarak ortak bir anayasa mimarisi oluşturmaya çalışmaktadırlar (bkz. Buquicchio ve Dürr 2008: 165-74).

1. Uluslararası anayasa hukuku, genelde anayasaları, bölgesel ve uluslararası kuruluşların kendine özgü hukuk sistemlerini anayasa hukuku, uluslararası hukuk, Avrupa hukuku ve hukuk teorisini birleştirerek incelemektedir. Bkz. en.wikipedia.org. Disiplin kapsamında ele alınan konular için 2003 yılından itibaren yayımlanmaya başlayan *International Journal of Constitutional Law* (Uluslararası Anayasa Hukuku) dergisi iyi bir referanstır. Bkz. icon.oxfordjournals.org/. Ayrıca bkz. Klabbers ve diğ. 2011.

2. CODICES özellikle Avrupa kıtasındaki mahkemelerin (www.codices.coe.int/), ACCPUF ise Fransızca konuşan ülkelerin anayasa mahkemelerinin ortak platformudur (www.accpuf.org/).

Bu süreçte uluslararası mahkemeler karşılıklı olarak birbirlerinin kararlarından yararlanmakta, uluslararası kuruluşlar ulusal anayasa yapım sürecine aktif olarak katılmakta,³ ulusal yargıçlar kendi aralarında diyaloga girmektedirler. Bu süreçte *jus cogens* ve *erga omnes** gibi çekirdek değerler genel kabul görmekte, uluslararası hukuk düzeninin normatif ve yapısal temelleri oluşturulmaktadır. Avrupa'da anayasa mahkemeleri kendi aralarında düzenli olarak toplanmakta ve ortak sorunlara çözümler aramaktadırlar.⁴ Bunun sonucunda yüksek yargı üyeleri sıklıkla diğer ülke yargıçlarının içtihatlarını takip etmekte, buldukları kararları kendi anayasalarını yorumlamak için kullanmaktadırlar.⁵ "Dünya anayasacılığı" olarak da adlandırılan "yargısal küreselleşmenin" temelinde ortak sorunlara ortak çözüm arayışları yatmaktadır.

Türkiye'nin yeni sivil anayasasında benimseyeceği uluslararası hukuka ilişkin ilkeler, uluslararası sistemde genel kabul gören metinlere yaklaştığı ölçüde ortak standartlar yakalanacak ve diğer ülke uygulamalarının yakından takip edilmesi kolaylaşacaktır. Yeni anayasa bu bağlamda Türkiye'ye çok önemli bir fırsat sunmaktadır. Bu süreçte Türkiye'nin bu makalede dile getirilecek yarım yüzyıllık sorunlarına son verecek çağdaş hükümlere yer verilebilir.

"2012 Anayasası" olarak adlandırılabilen yeni sivil anayasa konusunda son yıllarda sivil toplumun önemli aktörleri Türkiye Barolar Birliği (TBB), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Türkiye İşadamları ve Sanayiciler Konfederasyonu (TUSKON), Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE), Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP, Özbudun Tasarısı) ve Yeni Anayasa Platformu (YAP) tarafından hazırlatılan anayasa taslaklarına

* *jus cogens*: Lat. buyruk kuralları/emredici normlar; *erga omnes*: Lat. Kelime anlamıyla "herkese akan" demektir. Bir veya birkaç devlete değil, bütün uluslararası topluluğa karşı olan yükümlülükleri ifade etmek için kullanılır.

3. Buna Doğu Timor, Sudan, Afganistan, Irak gibi başarısız devletlerin (*failed states*) anayasaları dahildir.

4. Bkz. Conference on Constitutional Courts (www.confueconstco.org/en/common/home.html)

5. Bu nedenle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Lawrence v. Texas* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına atıfta bulunması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de *Leyla Şahin* kararında Türk Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunması ulusal ve uluslararası mahkemeler arasında karşılıklı iletişimin yalnızca en çok atıfta bulunulan iki örneğidir.

bakıldığında, uluslararası hukuk konularına ilişkin (AB üyeliği hariç) çok fazla özgün ve kapsamlı düzenlemeye yer vermedikleri, mevcut anayasa hükümlerinde kapsamlı değişiklikler öngörmedikleri ve en önemlisi karşılaştırmalı anayasa hukukundan yararlanmadıkları görülmektedir.⁶

Diğer bir deyişle 1982 Anayasası'nın başta 90. maddesi olmak üzere uluslararası hukukla ilgili diğer maddelerinin yeniden kaleme alınmasında veya yeni maddeler önerilmesinde ".org" uzantılı kurumlardan hazırlanan anayasa taslaklarının genelinde tatmin edici değişikliklere veya özgün hükümlere rastlanmamaktadır. Oysa 1961 Anayasası'nın kabulünden itibaren geride kalan yarım yüzyıllık süreç içerisinde başta antlaşmalar hukuku olmak üzere, uluslararası hukukun yeri, Avrupa Birliği üyeliği, azınlık vakıfları gibi konularda yasal düzenlemede çözümlenmesi gereken önemli sorunlar bulunmaktadır.

(Kurucu) Meclise yol gösterecek modellerin şekillenmesinde gözden uzak tutulmaması gereken nokta, anayasaların bugün kendi başına bağımsız bir ada olmaktan çok (Franck ve Thiruvengadam 2003: 467), bölgesel takımadaların bir parçasını oluşturdukları gerçeğidir. Bu bağlamda, özellikle dar anlamda Avrupa Birliği ve geniş anlamda Avrupa Konseyi ile Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'na üye olan ülkelerin anayasalarının karşılaştırmalı incelenmesine ihtiyaç vardır. Özellikle bağımsızlığını 1990'lı yıllarda kazanan devletlere Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi'nin (Venedik Komisyonu eliyle) yeni anayasa yapım sürecinde yaptıkları yardımlarla belirli konularda oluşan ortak bir dil ve söylemin ne olduğunun tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. Geçmişte Fransız, Alman ve İtalyan anayasaları 19 ve 20. yüzyıllarda gelişmekte olan ve Üçüncü Dünya Ülkeleri için deniz feneri görevi ifa etmişlerse de,⁷ son on yıllarda uluslararası kuruluşlar desteğiyle anaya-

6. Bu taslaklardan hazırlanması süreci itibariyle en özgün olanı Yeni Anayasa Platformu tarafından oluşturulan "Anayasa Çalışma Grubu" (AÇG) raporlarıdır. Ancak önerilerden hiçbirinin uluslararası hukuka ilişkin kayda değer bir soruna temas etmediği gözlenmiştir. www.yenianayasaplatformu.org/arastirmalar/anayasa-calisma-grubu-raporlari: Bu anayasa taslaklarının karşılaştırmalı tablosu 10.8. 2010 tarihinde Hukuk ve Hayat Demeği tarafından kamuoyuyla paylaşılmış ve *Hukuk ve Hayat* dergisinde basılmıştır. Bkz. www.hukukvehayat.org/Dokuman/TR/23042011021714AM.pdf

7. Örneğin uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün olduğu anlayışına ilk olarak yer veren 1946 Fransız Anayasası zamanında önemli çıkış açmıştır (Franck ve Thiruvengadam 2003: 480) veya İtalyan ve Alman Anayasa Mahkemelerinin

sa hukuku uzmanlarına hazırlatılan anayasalar, büyük ölçüde anayasa yapıcılara yardımcı olacak modern hükümler içermektedir.⁸ Buradan hareketle bu çalışmada, büyük ölçüde yeni nesil anayasalardan verilecek örneklerle sivil toplum girişimlerinin kamuoyu ile paylaştıkları anayasa taslaklarında yer verilmeyen uluslararası hukuka ilişkin öneriler on başlıkta özetlenecektir.⁹

I. Uluslararası Hukukun Türk Hukukunda Yeri

1961 Anayasası'nın 65. ve 1982 Anayasası'nın 90. maddelerinde yer alan "usulüne göre yürürlüğe konulmuş" antlaşmaların "kanun hükmünde" olduğuna ilişkin hükmün ne anlama geldiği konusunda elli yıldır bir belirsizlik yaşanmaktadır. Edip Çelik "Andlaşmanın 'kanun hükmünde' olması ne demektir" diye sorar ve şunları söyler:

Bununla, kanun ve andlaşmanın eşdeğerde olduğu, bunlar arasında birinin diğerine üstünlüğünün söz konusu olmayacağı mı belirtilmek istenmiştir? Başka bir deyişle, bu hükümle 1961 Anayasası'nda iç hukukla Milletlerarası Hukukun ilişkileri bakımından düalist (ikici) sistem mi kabul edilmiş-

oluşum tarzları Türkiye dahil pek çok ülkenin kendi modellerini belirlemelerinde önemli ölçüde etkili olmuşlardır. Ancak bu ülkelerin statik anayasalarına zamanla yapılan, kimi zaman yetersiz ve dağınık ilaveler ideal anayasa modelini yansıtmamaktadır. Bununla birlikte Yeni Anayasa Platformu, AB hukukuyla ilgili karşılaştırmalı çalışmaları eski AB üyeleri kapsamında yapacaklarını aşağıdaki şekilde açıklamaktadırlar:

"Yeni Anayasa Çalışma Grubu üzerinden AB seviyesinde, (ulusal üstü seviye-de) Türkiye'nin yeni anayasasının aynı zamanda AB ortaklık hukukuna uyum sağlaması ve hatta ortaklık hukukundan daha ileri standartlar oluşturması bakımından bir dizi çalışma yapılması planlanmaktadır.

Uluslararası çalışmalar yönünden Almanya, Fransa, İspanya gibi örnekler üzerinden Türkiye'nin yeni anayasasının esaslarına ilişkin karşılıklı teorik ve pratik bilgi aktarımları için çalışmalar yürütülmesi hedeflenmektedir. Almanya ile süreç başlatılmış bulunmaktadır. İspanya ile görüşmeler için hazırlıklar yapılmaktadır" (www.yenianayasaplatformu.org/arastirmalar/yaklasimlar). Kanımızca, karşılaştırmalı anayasa hukukunda bu tür bir ezber yaklaşımdan vazgeçilerek, ülkelerin küçüklüğü veya demokratik geçmişi dikkate alınmadan, doğrudan anayasa metni dikkate alınmalıdır.

8. Buna vurgu yapan bir çalışma için bkz. Vereshchetin 1996: 31 vd.

9. ABD, Japonya, Almanya, Fransa gibi ülkelerde anayasaların uluslararası hukuka ne ölçüde yer verdiğiyle ilgili olarak bkz. Franck ve Thiruvengadam 2003: 467-518.

tir? Ve bu sistemin niteliğine uygun olarak andlaşmanın iç hukuk düzeninde uygulanabilmesini sağlamak için "kanun hükmünde" olduğu mu belirtilmiştir?

Kesin olan şudur ki, hüküm müphemdir ve çeşitli yorumlara müsait bulunmaktadır. (1987: 110-1)

1961 Anayasası'nın hazırlık aşamasında kaleme alınan tasarılar da ("Ön Tasarı", "SBF Tasarısı" ve "Temsilciler Meclisi Tasarısı")¹⁰ antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin bir ifadeye rastlanmamaktadır (Aybay 2007: 189). Milli Birlik Komitesi'nce getirilen bu hükmün ne anlama geldiği konusu, Kurucu Meclis Komisyonları ile meclisteki genel görüşmeler sırasında ele alınmadığından, tutanaklardan sonuca ulaştırıcı bir bilgiye rastlanmamaktadır (Çelik 1987: 111). 1982 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında da "kanun hükmünde" ifadesinin ne anlama geldiği konusunda bir açıklama bulunmamaktadır (a.g.y.: 117; Eroğlu 1991: 22; Gündüz 2009: 154).

Bundan dolayı kimi akademisyenler bu hükmü Türkiye'nin monist (birci) sistemi benimsediğine işaret ettiği şeklinde ele almıştır.¹¹ Örneğin Aslan Gündüz'e göre İngiltere, İskandinav ülkeleri ve Malta gibi ülkelerde antlaşma yapma yetkisi yürütme organına ait olduğundan, antlaşmalar parlamentolar tarafından bir yasayla iç hukuka aktarılmadığı sürece mahkemeler tarafından dikkate alınmaz. Oysa aralarında Türkiye'nin de olduğu kimi ülkelerde antlaşmaların yapılış süreci yürütme ve yasama organı arasında paylaşılmıştır. Meclis iradesini bir uygun bulma kanunuyla ortaya koyduğu için, antlaşma yapıldığı anda ulusal hukukun bir parçası haline gelir; bu nedenle Türkiye monist bir ülkedir (2009: 154-5). Bu bakış açısıyla *Resmî Gazete*'de yayımlanana kadar olan süreç antlaşmaya taraf olmaya ilişkin hazırlık aşamaları olup, yayımlanmasından sonra ayrı bir yasama tasarrufuna gerek yoktur.

Kimi akademisyenler antlaşma, örf ve âdeti Türk hukuk sisteminin bir parçası olarak kabul eden açık bir hükmün olmamasından hareketle düalist yaklaşımın kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek,¹² bir antlaşmanın kanun hükmünde olması için "usulüne göre yürürlüğe gir-

10. Milli Birlik Komitesi'ne Anayasa Ön-Projesi hazırlamakla görevlendirilen Bilim Komisyonu'nun hazırlayıp Milli Birlik Komitesi'ne sunduğu Anayasa Tasarısı, Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü'nün hazırladığı Anayasa Tasarısı ve Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı Anayasa Tasarısı.

11. İbrahim Kaboğlu akademisyenlerin çoğunun monist görüşü benimsediğini ifade etmektedir. Kaboğlu ve Stylianos-Ionnis 2008: 467; Doğan 2008: 45.

me" şartı olduğunu, bunun da bir uygun bulma kanunuyla olacağından hareketle Türkiye'nin düalist olduğunu ileri sürmektedirler (bkz. Çinkılıç 2006: 32). Antlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için Bakanlar Kurulu tarafından bir kararname çıkarılması gerekmektedir; bu ise düalist sistemlere özgü olan dönüştürme (*transformation*) işlemine karşılık gelmektedir.

Hüseyin Pazarıcı'ya göre antlaşmaların yasa değerinde olması antlaşmaların iç hukuk düzeninde doğrudan etki doğurması anlamına gelmektedir (2010: 23). Oysa bu genelleme her zaman geçerli olmadığından, kanun hükmünde ifadesi karışıklığa neden olmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü örneğinde olduğu gibi kimi antlaşma hükümlerinin doğrudan icra kabiliyeti (*self-executory provisions*) yoktur (Önok 2010: 13). Bu nedenle Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmaların pek çoğunda yer alan düzenlemelerin iç hukuka aktarılabilmesi için TBMM'nin yasal düzenlemeler yapması gerekir. Doğrudan uygulanacak ve doğrudan uygulama kabiliyeti olmayan hükümlere ilişkin bu özel düzenleme yanlışlıkla Türkiye'nin İngiltere ve Avusturalya gibi düalist ülkelerle karıştırılmasına neden olur.

Somutlaştırmak gerekirse, kanun hükmünde ibaresini kanun gibidir şeklinde algıladığımız takdirde, bir uluslararası antlaşmada yer alan bir suç tanımını Türk Ceza Kanunu ile karşılaştırdığımızda, sorunun öncelik -sonralık (*lex prior - lex posterior*) veya genellik -özellik (*lex generalis - lex specialis*) ilkelerine göre çözümlenmesi gerekir. Oysa Murat Önok'un belirttiği gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 31. maddesinde yer alan hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu kaldıran haller (statünün onaylanması halinde), TCK'nın 24 ve devamı maddelerinde yer alan hükümlerin yerini almayacaktır (Önok 2010: 14).

Kimi akademisyenler ise tartışmayı antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeriyle sınırlandırmışlardır. Örneğin Ergun Özbudun'a göre,

12. Örneğin, Yücel Acer ve İbrahim Kaya, "'usulüne göre yürürlüğe konulmuş' ibaresi ile antlaşmaların ayrı bir hukuk düzeninin kuralları olduğunu ve bunların nakil yolu ile iç hukukun bir parçası haline getirildiğini ifade ediyor olarak yorumlanabilir" düşüncesindedirler (2010: 23). Bu düşünceye uluslararası hukukun genel olarak Türk iç hukukunun bir parçası olarak kabul edildiğine dair bir hüküm olmamasından hareketle ulaşmış görünüyorlar (a.g.y.: 24). "Kanun hükmündedir" kavramına yaklaşımla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Başlar 2006: dn. 45-47 ve eşlik eden metin.

T.C. Anayasası, çağdaş anayasaların çoğunun aksine, milletlerarası hukukla iç hukukun ilişkisi hakkında genel bir kural koymamıştır. Bu konuda Anayasamızda mevcut olan tek hüküm, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların "kanun hükmünde" olduğunu belirten 90'ıncı maddenin son fıkrasıdır. Bu hüküm karşısında Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların hukuk kuralları hiyerarşisi içerisindeki yeri doktrinde tartışmalı olmakla beraber, bizim katıldığımız görüş, Türk pozitif hukukuna göre, andlaşmaların kanunlardan, hele anayasadan üstün değil, kanunlarla eşdeğerli olduklarıdır. "Kanun hükmünde" deyimini başka türlü yorumlamak bizce mümkün değildir. (2009: 394)

Doktrinde yaşanan bu tartışmalar yargı organlarının da farklı kararlar vermesine neden olmaktadır. Örneğin Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bir kararında (E. 1996/2261, K. 1996/5790) düalist sistemin ne anlama geldiğini teorik olarak anlattıktan sonra, "Türk Anayasal sistemine gelince; 1982 ve daha önce yürürlükte bulunan 1961 Anayasası 90. ve 65. maddelerinde; 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' kuralını kabul etmekle, dualist sisteme yaklaşmıştır" demiştir. Hüseyin Pazarcı, Türk yargı organları antlaşmaların Türk hukukunda etki doğurmasını bunların bir iç hukuksal işlemle iç hukukumuzda benimsenmesi durumunda olanaklı kılacağına inanmaktadır (2010: 25). "Başka bir deyişle uluslararası hukuk kuralları Türk hukuk düzeninde doğrudan uygulanır nitelikte değerlendirilmemektedir. Yüksek yargı organlarımızın ileride alacakları kararlarla bu konuda kuşkuyla giderecek bir açıklık getirmeleri çok yararlı olacaktır" (a.g.y.).

Buna rağmen yargı organları içerisinde antlaşmaların doğrudan etki doğurduğunu kabul eden örnekler de bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay'ın CMR Sözleşmesi'yle (*The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road* - Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi) ilgili onlarca kararında (örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2005/13676, K. 2007/521) antlaşmaları doğrudan uygulanır ve kanunlarla eşit kabul etmiş ve "sonraki kanun önceki kanunu ilga eder" kuralını uygulamıştır.

Ülkemiz, 30.10.1995 tarihinde CMR Konvansiyonu'nu kabul etmiş ve anılan Konvansiyon hükümleri bu tarihte yürürlüğe girmiştir. TC Anayasası 90/son maddesi uyarınca, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. CMR Konvansiyonu'nun 1. maddesi uyarınca bu sözleşme, yükleme yeri ve teslim için belirlenen yerin en az

biri akit ülke olan iki ayrı ülkede olması halinde, tarafların ikametgâhı ve milletine bakılmaksızın ücret karşılığında yüklerin taşıt ile karadan taşınmasına ait her mukaveleye uygulanacaktır. TTK'nun taşımaya ilişkin hükümleri halen yürürlükte ise de, uluslararası taşımalar için daha sonra yürürlüğe giren ve bir iç hukuk kuralı haline gelen CMR Konvansiyonu'nun öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir.

Yukarıda kısaca özetlendiği üzere, Türk hukukunun monist veya düalist yaklaşımlardan hangisini benimsediği veya antlaşmaların doğrudan uygulanabilir olup olmadığı konusunda 90. madde sorun çıkarılmaktadır. Anayasanın 90. maddesindeki kanşıklıkların giderilebilmesi için yeni madde metninin farklı ülke anayasalarındaki hükümler ışığında kaleme alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, 1997 tarihli Polonya Anayasası'nın 91/1. maddesine göre: "Polonya resmi gazetesinde (*Dziennik Ustaw*) yayımlandıktan sonra, onaylanmış bir uluslararası antlaşma iç hukukun bir parçası olur ve uygulanması bir kanun çıkarılmasını gerektirmedikçe doğrudan uygulanır". Kosova Anayasası'nın 19/1. maddesine göre; "onaylanmış uluslararası antlaşmalar *Resmi Gazete*'de yayımlandıktan sonra iç hukuk sisteminin bir parçasını oluştururlar. Doğrudan uygulanabilir olmayan ve uygulanması için kanun çıkarılması gerekenler hariç olmak üzere, uluslararası antlaşmalar doğrudan uygulanır". Sırp Anayasası'nın 16/2. maddesine göre; "Uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş kuralları ve onaylanmış uluslararası antlaşmalar Sırp Cumhuriyeti hukuk sisteminin bütünleşmiş parçasını oluşturur ve doğrudan uygulanır". Kazakistan Anayasası'nın 4/3. maddesine göre, "Uluslararası antlaşmalar ... uygulanmaları yasa çıkarılmasını gerektirdiği durumlar hariç doğrudan uygulanır" (Benzeri hükümler için bkz. Romanya m. 11/2, Arnavutluk m. 122, Hırvatistan m. 141, Bulgaristan m. 5/4, Slovenya m. 8).

II. Uluslararası Hukuka Ait Genel Bir Referansın Olmaması

1982 Anayasası'nda uluslararası hukuka genel olarak atıfta bulunulmaması da giderilmesi gereken bir eksikliktir.¹³ Türkiye'nin uluslararası hukuka saygılı ve bağlı olduğunun açık bir şekilde yazılmasında

13. Anayasanın 15., 16., 42. ve 92. maddelerindeki "özel" atıflardan ayrı kapsayıcı bir genel referans anlamında kullanılmıştır.

uluslararası hukuk kurallarının destek norm olarak kullanılabilmesi açısından yarar vardır. Bunun için nasıl bir metnin kaleme alınması gerektiği konusunda dünya anayasalarından farklı örnekler vermek mümkündür.¹⁴ Bunlar arasında uluslararası hukuka saygı duyulacağına (Kosova m. 16/3), taraf olunan antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülöklere iyiniyetle riayet edileceğine (Romanya m. 11), bağlayıcı olan uluslararası hukuka uyulacağına (Arnavutluk m. 5, Polonya m. 9, Çek Cumhuriyeti m. 1/2) vurgu yapılmasının; "genel olarak kabul edilen uluslararası hukukun temel ilkelerine uygun hareket" edileceği (İtalya m. 10/1) gibi hükümlerin yanı sıra Kazakistan Anayasası'nın 8. maddesinde daha kapsamlı bir atıf vardır: "Kazakistan uluslararası hukukun ilke ve normlarına saygı gösterir, devletler arasında işbirliği ve iyi komşuluk ilişkileri politikasını takip eder ve bir başka devletin iç işlerine müdahale etmez, uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözer ve ilk kuvvet kullanımını yasaklar." Litvanya Anayasası'nın 135. maddesinde şu ifade dikkat çekmektedir: "Dış politikanın yürütölmesinde, Litvanya Cumhuriyeti, uluslararası hukukun evrensel olarak tanınmış ilkeleri ve kurallarını takip eder, vatandaşlarının temel hakları, özgürlükleri ve refahı ile milli güvenliğini ve bağımsızlığını korumak için çaba gösterir ve hukuk ve adalete dayanan sağlam bir uluslararası düzenin yaratılmasına katılır."

Bu tür bir hükmün varlığı halinde, örneğin Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açan milletvekillerinin veya mahkeme üyelerinin devletler arasında karşılıklılık ilkesini kullanması gereken durumlarda, anayasanın başlangıç bölümüne atıf yaparak Türkiye'nin "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğu hükmünü ölçü norm olarak göstermelerine gerek kalmayacaktır.

III. Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri

1982 Anayasası'nda antlaşmaların Türk hukukundaki yeri ve değeri konusunda tek açık düzenleme temel hak ve özgürlöklere ilişkin antlaşma hükümlerinin yasalarla çatışması halinde uyuşmazlığın çözümünde antlaşma hükümlerinin dikkate alınacağına ilişkin 90/5. madde hükmüdür.¹⁵ Diğer antlaşmaların yeri ve değeriyle ilgili karşılaşılan

14. Bkz. Vereshchetin 1996: 34 vd.

akademik ve yargısal boyutlu farklı yaklaşımlar ve "kanun hükmünde" ibaresine yüklenen farklı anlamlar nedeniyle uzun süreli bir karışıklık yaşandığı söylenebilir.¹⁶ Bu nedenle yeni anayasada antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeriyle ilgili olarak, çok açık ve net ifadeler kullanılması gerekmektedir.¹⁷

Bu bağlamda, 1990 sonrasında anayasalarını değiştirmiş ülkelerin anayasa metinlerine bakıldığında uluslararası antlaşmaların tamamına üstünlük tanınmasını sağlayacak bir düzenlemenin yer alması uygun olur.¹⁸ Bununla birlikte uluslararası antlaşmaların uygun bulma kanunu çıkarılma şartı aranmaksızın tamamına kayıtsız ve şartsız üstünlük tanınmasının doğuracağı anayasal sakıncalar ve devletin uluslararası sorumluluğu göz önüne alındığında konuyla ilgili kimi güvencelere yeni anayasada yer verilmesi gerekmektedir.¹⁹ Uluslararası antlaşmalara üstünlük tanıyan devletlerin anayasalarına bakıldığında bu konuda bazı koruyucu düzenlemelerin varlığı dikkatleri çekmektedir.

İlk olarak, yasaların üstünde kabul edilecek antlaşmaların (bir Bakanlar Kurulu karnamesiyle değil), kanunla kabul edilmiş olması şartı aranmalıdır (Bkz. Arnavutluk m. 122/2, Slovakya m. 7/4, Estonya m. 123/2, Çek, m. 10). Çek Anayasası ayrıca antlaşmanın yayım-

15. Ancak, bu madde Romen Anayasası'nın 20/2. maddesinde olduğu gibi negatif bir çatışma durumunu düzenlememektedir. Diğer bir deyişle Romen Anayasası, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların üstünlüğünü anayasa ve kanunlar daha uygun bir koruma mekanizması getirmediği takdirde kabul etmiştir. Bu sonuca yorum yoluyla ulaşılabiliş de (bkz. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Görgülü Kararı BVerfGE 111, 307, 2004), buna ilişkin bir hükmün yeni anayasada açık bir şekilde yazılmasında yarar olduğuna inanılmaktadır.

16. "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Hukuksal Statüsü" ile ilgili olarak ayrıntılı tartışmalar için bkz. Başlar 2006.

17. Karşılaştırmalı anayasa hukuku perspektifinden bakıldığında, örneğin Latin Amerika'da bizim gibi uluslararası hukuka veya genel olarak antlaşmaların yeri ve değerine atıfta bulunmayan bir tek Şili Anayasası olduğu görülmektedir (Franck ve Thiruvengadam 2003: 511). Antlaşmalar Peru, Venezüela, Uruguay ve Bolivya'da kanunlarla eşit, Paraguay, Kolombiya ve Ekvator'da kanunların üzerinde kabul edilmiştir.

18. Polonya Anayasası'nın 91/2. maddesi, "Bir kanunun önceden verdiği yetkiye dayanarak onaylanan bir uluslararası antlaşma, bu tür kanun hükümleri ile uyumlaştırmazsa kanunlardan üstün olur". Benzeri hükümleri, Soğuk Savaş sonrası hazırlanan diğer modern anayasalarda da görmek mümkündür. Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesine göre, "Parlamentonun onaylanmasına izin verdiği ve Çek Cumhuriyeti açısından bağlayıcı olan yürürlüğe konulmuş antlaşmalar, hukuk düzeninin bir parçasını oluşturur. Bir antlaşma kanunun öngördüğünden da-

lanmış olması şartını aramaktadır. Diğer bir deyişle, *Resmi Gazete*'de yayımlanmadan yürürlüğe giren antlaşma türlerine üstünlük tanınmamaktadır. Kazak Anayasası da uluslararası antlaşmaların üstünlüğünü kabul ettikten sonra (m. 4/3), bütün antlaşmaların yayımlanması şartını getirmiştir (m. 4/4). Yeni anayasaya bu yönde bir hüküm konularak 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan (Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe giren) antlaşma türlerinin yasalar karşısında üstün olmalarının önüne geçilebileceği gibi, üstün olacak bütün antlaşmaların *Resmi Gazete*'de yayımlanması şartı da getirilebilir.

Konuyla ilgili olarak değinilmesi gereken ikinci önemli husus, uygun bulma kanununun vasıflı bir çoğunlukla kabul edilmesi halinde söz konusu antlaşmanın yasalardan üstün kılınması gerektiği yaklaşımıdır. Örneğin Bulgar Anayasası'nın 85/2. maddesinin 1. fıkrasında sayılan dokuz başlık altında yer alan antlaşmaların kabulünde 2/3 çoğunluk aranması şartı getirilmektedir. Kosova Anayasası'nın 18/1. maddesinde aşağıdaki antlaşmaların kabul edilmesinde meclis üye tam sayısının 2/3'ünün kabulünü aramaktadır: a) toprak, barış, ittifak, siyasi ve askeri konular, b) temel hak ve özgürlükler, c) uluslararası kuruluş-

ha farklı hükümler içeriyorsa, antlaşma uygulanır". Estonya Anayasası, m. 123/2: "Letonya kanunları ve diğer işlemler, eğer Temsilciler Meclisi (*the Riigikogu*) tarafından onaylanan antlaşmalarla çatışırsa, antlaşma hükümleri uygulanır." Letonya Cumhuriyeti Uluslararası Antlaşmalar Kanunu, m. 13: "Temsilciler Meclisi (*the Seima*) tarafından onaylanan bir uluslararası antlaşma, Letonya Cumhuriyetinin hukuki düzenlemelerinden farklı hükümler öngörüyorsa, uluslararası antlaşmanın hükümleri uygulanır." Kıbrıs Rum Kesimi Anayasası, m. 169/3: "İşbu Maddenin takip eden hükümlerine uygun olarak kabul edilen antlaşmalar, sözleşmeler ve antlaşmalar, Cumhuriyet'in Resmi Gazetesi'nde yayımlandıkları tarihten itibaren, anılan antlaşmalar, sözleşmeler ve antlaşmaların diğerleri tarafından da uygulanmaları koşuluyla herhangi bir ulusal yasadaki üstün güce sahiptir." Bulgaristan Anayasası, m. 5/4: "... anayasal olarak öngörülen prosedüre göre onaylanan, ilan edilen ve yürürlüğe giren bütün uluslararası düzenlemeler... aksini öngören herhangi bir iç düzenlemenin yerini alır." Sırbistan Anayasası, m. 16: "Onaylanan uluslararası antlaşmalar ve genel olarak kabul edilen uluslararası hukuk kuralları, Sırbistan-Karadağ'ın hukuku ve üye devletlerin hukukundan üstündür." Kosova Anayasası'nın 19/2. maddesi de antlaşmalardan ayrı olarak, uluslararası hukukun hukuksal olarak bağlayıcı kurallarının da Kosova yasalarında üstün olduğu hükmünü içermektedir. Bkz. Kirgiz Anayasası, m. 12/3, Litvanya m. 138.

19. Buna karşılık Rusya Anayasası, parlamento tarafından onaylanan antlaşmalar ile onay istemeyenler ve doğrudan uygulama kabiliyeti olanlar ve olmayanlar arasında bir ayrım yapmamıştır. Vereshchetin 1996: 34.

lara üyelik ve d) mali yükümlülük getiren antlaşmalar. Diğer antlaşmaların yürürlüğe girmesinde cumhurbaşkanının imzası yeterli görülmüştür. Bu görüş kabul edildiği takdirde meclis üye tam sayısının bugün olduğu şekilde en az 1/4'üne karşılık gelen 139 milletvekilinin kabul ettiği bir antlaşmanın veya uygun bulma kanununa ihtiyaç duymayan antlaşmaların kanunlardan üstün kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyişle, Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu (276) veya 2/3'ünün (330) olurundan sonra antlaşmanın yasalardan üstün olması gerektiği kabul edilebilir.

IV. Örf ve Âdetin Türk Hukukundaki Yeri

Uluslararası hukukun antlaşmalar kadar olmasa da değinilmesi gereken ikinci kaynağı uluslararası örf ve âdet kurallarıdır. Örf ve âdet hukuku ile hukukun genel ilkelerinin de Türk hukuk sisteminin bir parçası olması sağlanmalıdır. Aksi takdirde Murat Önok'un ifade ettiği gibi, örneğin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki suç tanımlarının uluslararası örf ve âdet hukukunun bir parçası olmasına rağmen anayasanın 90/son maddesinde sadece uluslararası antlaşmalardan söz edilmesi nedeniyle anılan suç tanımlarından gelenek hukuku karakteri taşıyanların Türk hâkimince doğrudan uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır (2010: 14).

1982 Anayasası'nda doğrudan örf ve âdet hukuku kurallarına atıfta bulunulmasa da anayasanın 15. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine "uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler" ihlal edilmemek kaydıyla izin verilmiştir. Bunun içerisine örf ve âdet hukuku kuralları dolaylı olarak girmektedir. Aynı şekilde anayasanın 16. maddesinde, yabancıların temel hak ve hürriyetleri, uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Anayasanın 92. maddesinde uluslararası hukukun meşru saydığı hallerde meclise savaş hali ilanı yetkisi verilmiştir. Bu maddeleri dayanak göstererek örf ve âdet kurallarına atıf yapan bir mahkeme kararına rastlanmamıştır.

Yeni anayasada Alman Anayasası'nın 25. maddesi benzeri bir hükme yer verilmesi yargı organına örf ve âdet kurallarını dayanak olarak kullanma fırsatı verecektir. Anılan maddeye göre, uluslararası huku-

kun genel kuralları federal hukukun bütünleşmiş parçasını oluşturur; yasal düzenlemelerden önce gelir ve bireyler için haklar sağlar ve yükümlülükler yükler. Alman Anayasası'nın 100/2. maddesi yargılama sırasında ilk derece mahkemelerine, belirli bir örf ve âdet kuralının Alman federal hukuku uyarınca federal sistemin bütünleşik bir parçası olup olmadığını sorma hakkı vermektedir (Franck ve Thiruvengadam 2003: 492). Yazarlar Alman Anayasası'nın bireylere örf ve âdet hukuku ilkelerine dayanarak özellikle insan hakları konusunda anayasal talepte bulunma hakkı verdiğine işaret etmektedirler.²⁰

Japon Anayasası örf ve âdetleri antlaşmalarla aynı seviyede kabul etmiştir. Anayasanın 98/2. maddesinde yerleşmiş devletler hukukunun sadık bir şekilde gözetileceği hükmü yer almaktadır. Japon Hükümeti uygulamada örf ve âdetlerin anayasanın da üzerinde olduğunu kabul etmiştir (496). Japon akademisyenler ise yalnızca *jus cogens* kurallarının üstün, diğerlerinin ise antlaşmalarla aynı olması gerektiğini savunmaktadırlar.

Romen Anayasası'nın 20/1. maddesinde bireylerin haklarına ilişkin anayasal hükümlerin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve antlaşmalara uygun olarak yorumlanması zorunluluğu getirilmiştir.²¹ Beyannamenin bağlayıcı bir belge olmamasını, bununla birlikte içerisindeki hükümlerin büyük ölçüde örf ve âdet hukuku kuralları haline geldiğini dikkate aldığımızda, Romen Anayasası'nın örf ve âdete dolaylı bir atıf yaptığı söylenebilir. Andora Anayasası'nın 5. maddesi ise çok açık bir şekilde tek cümlede İnsan Hakları (Evrensel) Beyannamesi'nin bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Özbekistan (Önsöz, m. 17), Türkmenistan (m. 6) ve Belarus (m. 8) anayasaları "uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş normlarının (örneğin örf ve âdetin) üstünlüğünü kabul etmektedirler.

20. Alman uygulamasından etkilenen İtalyan Anayasası'nın 10/1. maddesi de benzer bir hüküm içermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer mahkemelere örf ve âdet hukukundaki değişiklikleri bulma görevi verilmemiştir (a.g.y., 494). Anayasa Mahkemesi'nin var olduğunu kabul ettiği bir örf ve âdet kuralı doğrudan İtalyan hukukunun bir parçasını oluşturur. Benzeri bir başka hüküm için bkz. Rusya Anayasası m. 15/4.

21. Ginsburg, Chernykh ve Elkins 2008: 201-37. Dünyada 69 devletin İHEB'ye atıfta bulunduğundan, 24 devletin beyannameyi içselleştirdiğinden söz etmektedirler.

V. Antlaşmaların Uygun Bulunması

1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 2 ve 3. fıkraları ile 244 sayılı kanunun ilgili hükümleri birlikte okunduğunda, Bakanlar Kurulu'na genel veya özel nitelikli bir yasayla bir yetki verilmiş ve buna dayanarak ekonomik, ticari, teknik veya idari nitelikte bir antlaşma yapılmış ise, meclisin uygun bulma kanunu çıkarmasına gerek yoktur denilmektedir. Bir antlaşmanın anılan niteliklerde olup olmadığı Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakılmıştır. Bu keyfi ve geniş yetkinin yeni anayasa metninde sınırlandırılması gerekir.

Bu bağlamda, meclisin hangi antlaşmaları onaylayacağı ve aynı usule göre yürürlükten kaldıracığı, çekince koyma yetkisinin yürütme organında olup olmadığı gibi hususların yeni metne dahil edilmesi gerekecektir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta güzel örnekler bulunmaktadır. Örneğin Bulgaristan Anayasası'nın 85/1. maddesi, meclisin hangi antlaşmalar üzerinde yetkisi olduğunu tüketici bir şekilde saymaktadır. Bunlar, a) siyasi veya askeri nitelikte olan, b) uluslararası kuruluşlara katılmaya ilişkin olan, c) sınırların düzeltilmesine ilişkin, d) hazinenin yükümlülüklerini ilgilendiren, e) uluslararası tahkim ve yasal süreçlere devletin katılımına ilişkin, f) temel hak ve özgürlükler hakkında, g) uygulanması için yasal düzenleme gerektiren, h) açık bir şekilde Meclise onaylama yetkisi veren ve i) Avrupa Birliği'ne yetki veren antlaşmalardır. Bulgar Anayasası'nın 106. maddesi Bakanlar Kurulu'na ancak kanunla verilmiş bir yetki olması halinde uluslararası antlaşmaları sonuçlandırma, tasdik veya sona erdirmeye yetkisi vermektedir.²² Bu yasal düzenlemeyi 244 sayılı kanun gibi ucu açık ve süresiz yetki kanunu olarak değil, olaya özgü ve süreyle sınırlandırılmış yetki kanunu şeklinde anlamak doğru olur. Arnavutluk Anayasası'nın 121/1. maddesi, beş başlık altında yer alan antlaşmaların (örneğin insan hakları, uluslararası kuruluşlara üyelik, kanun değişikliği gibi) onaylanması için kanun çıkarılması zorunluluğu getirmiş, sayılan niteliklerde olmayan antlaşmaların meclis tarafından onaylanmasını meclisin bu yönde salt çoğunlukla alacağı karara bırakmıştır.

22. Ayrıca benzeri bir düzenleme için bkz. Estonya, m. 121.

VI. Antlaşmaların Anayasal Denetimi

Uluslararası antlaşmaların denetimine anayasanın 90/5. maddesi engel olsa da, Anayasa Mahkemesi bu sorunu ilk olarak 1996 yılında önüne gelen bir davada aşmıştır.²³ 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'ne yapılmış iki başvuruda da Anayasa Mahkemesi başvuruları ilk inceleme aşamasında yetkisizlikten reddetmeyerek uluslararası antlaşmaların esas yönünden incelenebileceğini içtihat yoluyla göstermiştir.²⁴ Bu durumda yapılması gereken, fiili yolun anayasal çerçeveye oturtulmasıdır.

Sivil toplum kuruluşları tarafından hazırlanan anayasa taslakları arasında yalnızca Barolar Birliği Tasarısı'nın 103/2. maddesinde antlaşmaların anayasal denetimine ilişkin bir öneri bulunduğu gözlenmiştir. Buna göre,

Uluslararası antlaşma niteliğindeki metinler, onaylanmadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulur. Genel Kurul'un bilgisine sunulduğundan başlayarak otuz gün içinde Cumhurbaşkanı, metnin Anayasa ile bağdaşmazlığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Bir siyasal parti grubu veya en az yirmi milletvekili de aynı gerekçeyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği gibi konu hakkında görüşme açılmasını isteyebilir. Hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmayan veya görüşme açılması isteminde bulunulmayan metinlerin onaylanması uygun bulunmuş sayılır.

Yeni sivil anayasada antlaşmaların sadece ön (*a priori*) denetimi değil, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 veya 90 gün içerisinde onay sonrası (*a posteriori*) denetiminin de normatif olarak sağlanması, anayasaya aykırı uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmesini engelleyecek, yürürlüğe girenlerin sona erdirilmesi ya da anayasada yer alan aykırılığın giderilmesi sonucunu doğuracaktır (ayrıntılı tartışma için bkz. Başlar 2006: 4. bölüm).

23. Anayasa Mahkemesi, E.1996/55, K.1997/33, Karar Günü: 27.2.1997. *AMKD*, 37/1, 79-106.

24. Bunlar, (1) 22.02.2011 tarihli ve 6118 sayılı (10.03.2011 tarihli ve 27870 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan) Uluslararası Ticaret Finansmanı İslami Kurumu Kurucu Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile (2) 22.02.2011 tarihli ve 6119 sayılı "Özel Sektörün Geliştirilmesi İslami Kurumu Kurucu Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"un 1. maddesidir.

VII. Avrupa Birliği'ne Katılım Öncesi Türk Anayasası

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne girmeden yeni anayasasını AB hukuk sistemine uygun hale getirmesi uygun olur. Türkiye'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nü onaylamasından önce anayasanın 38/son maddesinde yaptığı bir değişiklikle statüyü onaylama sonrası bir tarihte üstleneceği yükümlülükleri kabul etmesi örneğinde olduğu gibi, Avrupa Birliği'ne katılım antlaşmasının imzalanmasından çok önce yeni anayasaya konuyla ilgili bu yönde hükümlerin konulması yararlı olacaktır. Bu yönde proaktif yaklaşımın en güzel örneğini Kosova Anayasası'ndan verebiliriz. Buna göre (yakın dönemde AB üyesi olmayacak²⁵) Kosova onaylanmış uluslararası antlaşmalar temelinde devlet yetkilerini özel hususlar için uluslararası kuruluşlara devredebilir (m. 20/1). Kosova Cumhuriyeti tarafından onaylanan bir uluslararası kuruluşa katılıma ilişkin üyelik anlaşması açık bir şekilde bu kuruluşun normlarının doğrudan uygulanabileceğini öngörürse, bu takdirde uluslararası antlaşmayı onaylayan kanunun meclis üye tam sayısının 2/3 çoğunluğuyla kabul edilmesi gerekir (m. 20/2).

Arnavutluk Anayasası'nda da üyelik öncesi düzenleyici hükümler göze çarpmaktadır. Anayasanın 122/3. maddesinde, Arnavutluk'un bir antlaşmayla taraf olduğu uluslararası kuruluşlar tarafından kabul edilen ve doğrudan uygulama kabiliyeti olan antlaşmaların üstünlüğü kabul edildikten sonra, 123. maddesinde uluslararası kuruluşlara yetki devrinden, üyelik antlaşmasının kabulü ve referanduma sunulmasından söz edilmektedir.

Avrupa Birliği'ne tam üye olmadan önce anayasasında en kapsamlı ve sistematik değişikliği yapan ülke Hırvatistan'dır. Bu yönüyle Hırvatistan Anayasası yeni üye olacak devletler için örnek bir model sunar. Haziran 2010'da kabul edilen anayasanın VIII. bölümü özel olarak Avrupa Birliği başlığını, 143. maddesi ise üyeliğin hukuksal temeli ve anayasal yetkilerin devri başlığını taşımaktadır. Anayasanın 144. maddesi AB kurumlarına katılıma ilişkindir. 145. maddesi AB Hukuku başlığını taşımaktadır. Maddede topluluk müktesebatından kaynaklanan

25. Tam Üyelik bir yana, AB ülkelerinden İspanya, Slovakya, Kıbrıs, Romanya ve Yunanistan, Kosova'yı bir devlet olarak tanımamaktadır (bkz. en.wikipedia.org/wiki/Accession_of_Kosovo_to_the_European_Union).

hakların kullanımının hukuk düzeni tarafından güvenceye alınan hakların kullanımıyla aynı düzeyde olduğuna vurgu yapılmış, bu konuda mahkemelere müktesebattan kaynaklanan kişisel hakları koruma yükümlülüğü verilmiştir. Konuyla ilgili son maddede (m. 146), AB vatandaşlarının hakları düzenlenmektedir. Yerleşme ve dolaşım özgürlüğü; AB Parlamentosu'na ve mahalli idarelere seçme ve seçilme; Hırvatistan'ın konsolosluk binasının olmadığı yerlerde üye ülkelerin diplomatik korumasından yararlanma; AB Parlamentosu'na ve ombudsmanına bireysel başvuruda bulunma gibi haklar güvenceye alınmıştır.

Egemenliğin devri konusunda Avrupa Birliği'ne en son üye olan devletlerin anayasalarına bakıldığında egemen yetkilerin genelde uluslararası kuruluşlar, özelde Avrupa Birliği'ne yapılan somut atıfla paylaşılmasına olanak tanıyacak şekilde devredildiği görülmektedir. Bunlardan Polonya (m. 90), Slovenya (m. 3a/1), Litvanya (m. 138/5), Çek Cumhuriyeti (m. 10a/1) ve Estonya (m. 120, 121/3) ve Letonya (m. 68/2) AB'ye özel olarak atıfta bulunmadan egemenliğin devredilmesinde uluslararası örgütlere atıfta bulunan ülkelerdir. Anayasalarında AB'ye özel yer veren yeni üye ülkeler, Macaristan (m. 2A) ve Slovakya'dır (m. 7/2). Güney Kıbrıs Rum Kesimi ile Malta anayasalarında konuyla ilgili özel bir atıf bulunamamıştır. Yeni anayasanın uluslararası kuruluşlara yetki devrine olanak tanıyan genel bir düzenleme yapması bu aşamada yeterlidir. Nitekim bu bağlamda Ergun Özbudun ve TUSKON tasarılarının 5/4., TOBB Taslağı'nın 6/4. ve Barolar Birliği Taslağı'nın 5/3. maddeleriyle egemenliğin kullanılmasına uluslararası kuruluşlara üye olmanın gerekleri istisnası getirilmiş; ancak katılımın usulüne ilişkin ayrıntılara yer verilmemiştir. Yeni Anayasa Platformu Çalışma Grubu (AÇG) Raporu'nda da genel hatlarıyla uluslararası entegrasyon sürecine ait bir hükmün konulması tavsiye edilmektedir.²⁶

İkinci önemli husus, yeni anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin katılım antlaşmasını uygun bulması için özel bir karar nisabı olup olmadığı,²⁷ yalnızca uygun bulma kanununun yeterli olup olma-

26. Bkz. *YAP Genel Esaslar Raporu*, 39-40, www.yenianayasaplatformu.org/foto/acg_arapor_25052011.doc

27. Örneğin Avrupa Birliği'ne katılım görüşmelerini 30 Haziran 2011'de tamamlayan ve 1 Temmuz 2013'te tam üye olması beklenen Hırvatistan Anayasası'nın 140. maddesi, uluslararası kuruluş veya ittifaklara yetki devreden uluslararası antlaşmaların mecliste 2/3 çoğunlukla kabul edilme şartını aramaktadır. Letonya Anayasası, m. 68/3'te ise Letonya'nın Avrupa Birliği'ne üyeliğinin Saeima (yasama

dığı, diğer bir deyişle ayrıca bir referanduma ihtiyaç olup olmadığı konularında hükümlerin yer alması ileride yaşanacak tartışmaların ortadan kaldırılması amacıyla yararlı olabilir. Yeni anayasada antlaşmaların imzalanması ve uygun bulunmasında referandumu zorunlu kılan özel bir düzenleme olmadığından parlamentonun yetkilerinin genelliği ilkesi uyarınca, meclisin hareket serbestisi olduğu söylenebilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin meclisin yetkilerinin anayasada yazılanlarla sınırlı olduğu konusundaki içtihatları dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi Avrupa Birliği'ne katılmaya ilişkin diğer ülke anayasalarında olduğu gibi özel bir hükmün olmamasını gerekçe göstererek katılım antlaşmasının anayasaya aykırı olduğuna karar verebilir (bkz. Başlar 2005b: 157). Nitekim Avrupa Birliği'ne son üye olan devletlerin anayasa mahkemelerinin üyelik öncesi ve sonrası konuyla ilgili görüşlerini bildirdiği örnekler görülmektedir.²⁸

Egemenliğin devredilmesinde meclis kararının halkoylamasına sunulması yönteminin tercih edilmesi tartışmaların giderilmesi açısından en uygunu olacaktır. Avrupa ülkeleri arasında bu yöntemi benimseyenler vardır. Örneğin Hırvatistan Anayasası'nın 142. maddesine göre, meclis tarafından 2/3 çoğunlukla kabul edilen bu yönde bir karar 30 gün içerisinde halkoylamasına sunulur. Polonya Anayasası'nın 90. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmakla birlikte, halkoylamasına sunulması meclisin takdirine bırakılmıştır. Slovak Anayasası'nın 7/1. maddesine göre, diğer devletlerle işbirliğine girmeye ilişkin bir anayasa değişikliği halkoyuna sunulmalıdır. Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 62. maddesine göre cumhurbaşkanına, Avrupa Birliği'ne girme konusunda halkoylaması yaptırma ve sonuçlarını açıklama yetkisi verilmiştir. Letonya Anayasası'nın 68/3. ve 79. maddelerinde parlamento tarafından halkoylamasına gidileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır.

organı) tarafından önerilen ulusal bir halkoylaması sonucunda karara bağlanacağı belirtilmektedir. Nitekim bu husus TÜSİAD raporunda da aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır: "Ulustüstü kuruluşlara üyeliğin, TBMM'nin anayasayı değiştirme gücüne sahip nitelikli çoğunlukla onaylanması ve/veya halkoylamasıyla kabul edilmesi durumunda gerçekleşebileceği ve egemenlik yetkisinin bu kuruluşlarla paylaşılabileceği düzenlenmelidir" (2011: 20).

28. Örneğin bkz. Bulgaristan Anayasa Mahkemesi (K. 5/2005, K. 4/2007, K. 11/2007, K. 1/2008, K. 6/2008) Emilia Drumeva, Primacy of the EU Law to National (Constitutional) Law, Case law of the Constitutional Court of Bulgaria, www.mkab.hu/index.php?id=emilia_drumeva__member_of_the_constitutional_court_of_bulgaria.

Üçüncü önemli nokta, 1963 Ankara Anlaşması ve 1972 Katma Protokolü, 90. madde çerçevesinde insan haklarına ilişkin konuları düzenlemediğinden dolayı yasalarla eşit seviyededir. Oysa son üye olan ülkelerden Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovenya, Macaristan, Slovakya, Estonya, Litvanya, Letonya, Malta, Bulgaristan ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi ile 1 Temmuz 2013'te üye olacak Hırvatistan ve görüşmelerin devam ettiği Sırbistan'la Ortaklık/Avrupa Anlaşmalarının (bir uluslararası antlaşma olarak) üstünlüğü tam üyelikten önce sağlanmıştır. Avrupa Birliği'ne üye olan 15 eski devletin hukuk sistemleri incelendiğinde bunların da özel olarak uluslararası antlaşmaları veya genel olarak uluslararası hukukun genel ilkelerini yasalardan üstün tuttıkları görülmektedir. Anılan nedenle uluslararası antlaşmaların tamamına üstünlük tanınması ve üstün olacak antlaşmalar için belirli kriterler getirilmesini gerektirmektedir.

VIII. Yurtdışına Asker Gönderme Yetkisi

1982 Anayasası'nın 92. maddesine göre, yurtdışına asker gönderme ve yabancı kuvvetleri Türk topraklarına kabul etme yetkisi TBMM'ye verilmiştir. Hükümetin talebi üzerine meclis bu yetkiyi bir parlamento kararıyla yapar²⁹ ve bu karar kanun şeklinde tezahür etmediği için Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışındadır. Bununla birlikte, TBMM'nin sınır ve kapsamı hükümetçe takdir olunacak şekilde, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması konularında hükümete izin verilmesinin yasa yetkisinin devri anlamına geldiği ileri sürülmekte, veya meclisin aldığı kararın uluslararası hukukun meşru saydığı hallerle sınırlı olup olmadığı sürekli tartışma konusu olmakta (bkz. Göztepe 2004: 93 vd) ve muhalefet partileri konuyu açık bir yasal dayanak olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi'ne götürmek istemektedirler. Anayasa Mahkemesi yapılan başvurularda parlamento kararlarını inceleme konusunda yetkisi olmadığını söylemişse de bu konuda tartışmalara son nokta konulmamıştır.

Yapılacak anayasa değişikliğinde Arnavutluk Anayasası'nın 12. maddesine benzer bir düzenlemeye gidilebilir. Anılan maddeye göre,

29. 2011 yılı itibarıyla barış koruma, terörizm ve deniz korsanlığı ile mücadele amacıyla bu yetki 31 kere kullanılmıştır.

asker kabul etme ve gönderme yetkisinin meclis tarafından kullanılması meclis üye tam sayısının yarısı tarafından bu yönde kabul edilecek bir kanunla gerçekleşir. Bir başka örnek Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 43/3. maddesidir. Buna göre asker gönderme ve kabul etme yetkileri hükümete bırakılmadıkça parlamentoya aittir. Aynı maddenin 4. fıkrasında 60 günü aşmayan sürelerle şu hususlarda asker gönderme yetkisi hükümete bırakılmıştır: a) saldırı karşısında kolektif meşru müdafaaaya ilişkin antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler, b) kabul eden devletin rızasının olması durumunda üye olunan uluslararası kuruluşların kararları sonrasında barışı koruma operasyonlarına katılmak amacıyla, c) doğal felaket, çevresel veya endüstriyel kazalar durumunda kurtarma operasyonlarına katılma. Gürcistan Anayasası'nın 100. maddesine göre, uluslararası yükümlülükleri ifa etmek amacıyla silahlı kuvvetlerin kullanılması parlamentonun rızası olmaksızın mümkün değildir.

IX. Dini Topluluklara Tüzel Kişilik Tanınması ve Fener Rum Patrikhanesi

TÜSİAD'ın Mart 2011'de açıkladığı "Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantılar Dizisi" raporunda, bazı katılımcılar dinsel cemaatlerin örgütlenme özgürlüğü ve özerkliklerinin yeni anayasada güvenceye alınması gerektiğini dile getirmişler ve bu husus toplantı tutanağında yer almıştır. Tutanakta ayrıca Venedik Komisyonu'nun vakıf modeli dışında ele alınacak bir yöntemle dinsel cemaatlere tüzel kişilik verilmesi ve buna bağlı olarak mülkiyet ve dava ehliyeti olmak üzere kimi hakların tanınmasını olumlu bulduğu, diğer ülke modellerinin incelenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır (26).

Türkiye gibi laik devlet modelini benimsemiş Fransa, Hollanda ve İtalya gibi ülkelerde dinsel cemaatler mevcut hukuksal çerçevede içerisinde (demek - vakıf modeli) kişilik kazanmaktadırlar (bkz. Fautré 2009: 1). Belçika, Yunanistan, İtalya, Slovakya, Danimarka, Avusturya ve Portekiz gibi ülkelerde devlet tarafından tanınmış dinsel topluluklar bulunmaktadır. Ancak bu ülkelerin belirledikleri standartlar arasında farklılıklar vardır. Örneğin Belçika'da dinsel toplulukların tanınması konusunda yasal veya anayasal bir düzenleme bulunmamaktadır (a.g.y.: 1-2).

Dini cemaatlere tüzel kişilik tanınması konusunda ortak bir Avrupa standardının olmaması ve Türkiye'nin laik kimliği, bu konuda anayasal bir düzenlemeyi gerekli kılmasa da,³⁰ Venedik Komisyonu'nun 2010 tarihli raporunda dile getirilen Fener Rum Patrikhanesi'nin "ekümen" sıfatını kullanıp kullanamayacağı üzerinde ayrıntılı durulması gerekir.

Venedik Komisyonu raporunda patrikhanenin ekümen sıfatını 6. yüzyıldan itibaren kullandığı ve bu hakkından feragat etmediği, diğer patrikhanelerin Fener Rum Patrikhanesi'ni ekümen olarak tanıdıkları belirtilmiş, bu nedenle Türkiye'nin ekümenlik sıfatının kullanılmasına karşı çıkması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde yer alan örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Venedik Komisyonu aynı zamanda Lozan Antlaşması ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında bir ihtilaf olduğunda Lozan Antlaşması'nın öncelikli olarak uygulanmayacağı, AİHS'nin aynı taraflar arasında imzalanmış "sonraki antlaşma" ve "sonraki uygulama" olarak tartışmasız bir şekilde Türkiye'yi bağladığını –AİHS'nin 57. ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30/3-4. ve 31. maddelerine atıf yaparak– ileri sürmektedir (Venedik Komisyonu 2010: para. 95). Venedik Komisyonu ayrıca Lozan Antlaşmasında "ekümenlik" konusunda bir hüküm olmadığından, Antlaşmanın 38. maddesinde gayrimüslimlere kapsamlı bir şekilde din özgürlüğünün tanındığından bahsetmektedir.

Komisyon, Lozan Antlaşmasının hazırlık çalışmalarına başvurulmasının veya antlaşmanın sonuçlanmasındaki özel durumların dikkate alınmasının sonucu değiştirmeyeceğini, toplantı tutanaklarının incelenmesi halinde tespit edileceği gibi patrikhanenin "ekümenlik" sıfatından vazgeçtiği yönünde bir hüküm olmadığını, patrikhanenin siyasi ve idari bir karakteri olmaksızın dinsel bir merkez olarak İstanbul'da kalmasına izin verildiğini savunmaktadır (para. 97). Buradan hareketle komisyon, AİHS'nin 9. maddesi gereği Türkiye'nin "ekümenlik" sıfatının kullanılmasına izin verme yükümlülüğü olduğunu hatırlatmıştır.

30. Örneğin Avusturya'da bu konu yasal çerçeve içerisinde çözümlenmiştir. Federal Law of Austria concerning the Legal Status of Religious Belief Communities (BGBl. I Nr. 19/1998) host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/At_1-98.pdf. Venedik Komisyonu raporunda da bu yöntem önerilmektedir (2010: para. 75).

Venedik Komisyonu yukarıda özetlenen açıklamaları aslında adını açıkça anmadan Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2007 tarihli bir kararına (E. 2005/10694, K. 2007/5603, 13 Haziran 2007) cevap olarak yapmıştır. Anılan kararda Yargıtay'ın yaklaşımı –yukarıda yapılan eleştirilere dayanak olacak açıklamalardan ayrı olarak– şu şekildedir:

Patrikhane, Anayasamızın 2. maddesinde "demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti" olduğu açıklanan Türkiye Cumhuriyetinde "sadece belli bir azınlığa mensup kişiler üzerinde dini yetkileri haiz olan ve tüzelkişiliği bulunmayan dini bir kurum"dur. Bu nedenledir ki, tamamen Türk Hukukuna tabidir. Egemen bir devletin kendi topraklarında yaşayan azınlıklara kendi vatandaşlarından farklı bir hukuk uygulayarak çoğunluğa dahi tanımadığı bir takım ayrıcalıkları onlara tanımak suretiyle özel bir statü vermesi, Anayasamızın 10. maddesinde gösterilen eşitlik ilkesine açıkça aykırılık oluşturacağından kabul edilemez. Bu nedenle Patrikhanenin ekümenik olduğu iddiasının, yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. İstanbul Valiliğinin 6 Aralık 1923 tarih ve 1092 sayılı yazılarından da anlaşılacağı üzere Patrikhanede dinsel ve ruhani seçimlere katılacak ve seçilecek kişilerin Türk vatandaşı olmaları ve seçim sırasında Türkiye'de görevli bulunmaları gerekmektedir. Bu husus da, Patrikhanenin ekümenik sıfatının bulunmadığının açık bir göstergesidir. Patrik ve Patrikhane görevlilerinin sıfat ve faaliyetlerine ilişkin olarak Türk yasalarına tabi oldukları ve yapmış oldukları faaliyetlerin Türk yasalarına göre suç teşkil etmesi halinde Türk Ceza Yasalarına göre cezalandırılacakları tartışmasızdır.³¹

Görüldüğü üzere Yargıtay ekümenlik kavramına patrikhanenin Papalık gibi bir uluslararası hukuk kişisi olmasından duyduğu kaygı nedeniyle karşı çıkmaktadır. Ekümenlik sıfatının verilmesi halinde Patrik ve Kutsal Sinod (*Holy Synod*) üyelerinin diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkları olacağı, bundan dolayı Türk mahkemeleri önünde yargılamayacağı kaygısını taşımaktadır.

İlk olarak, Yargıtay kararında dile getirilen Patrik'in Türk vatandaşı olma zorunluluğunun patrikhanenin ekümenik vasfı olmadığı şeklinde anlaşılmasına dayanak gösterilmesi, 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile geçersiz hale gelmiştir. Anılan kanun, Patrik'in Türk vatandaşı olma zorunluluğunu kaldırmıştır.

İkinci olarak, ekümenliğin patrikhaneyi, Papalık (*Holy See*) gibi bir uluslararası hukuk aktörü haline getireceği konusuna gelince, bu

31. Yargıtay Kararının tam metni (İngilizce) ve yorumu için bkz. Başlar 2008: 200-9.

konuda bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bir devletin, devlet olabilmesi için dört ögeye ihtiyaç vardır. Bunlar, ülke (toprak), nüfus, dış ilişkilere girme yeteneği ve hükümet ögeleridir. Papalık'ın bir hükümeti (Vatikan), nüfusu ve diplomatik ilişkilere kendi adına girme yeteneği olmakla birlikte daimi olarak sahip olduğu bir toprak parçası yoktur. İtalyan Anayasası'nın 7. maddesine göre;

[İtalyan] Devleti ve Katolik Kilisesi –her biri kendi düzeni içerisinde– bağımsız ve egemendir.

İlişkileri Lateran Antlaşmaları ile düzenlenmektedir. Her iki taraf tarafından kabul edilen değişiklikler anayasa değişikliğine ilişkin süreci gerektirmez.

Görüldüğü üzere İtalya, Katolik Kilisesine (Vatikan'a değil) bağımsız ve egemen bir otorite (*entity*) olma imkânını 1929 Lateran Antlaşması ile tanımış ve bunu anayasal güvence altına almıştır. Bununla birlikte, günün birinde Lateran Antlaşması'nı tek taraflı olarak feshedip anayasasını değiştirecek olsa, Papalık bin yıldan fazla süredir sahip olduğu "egemen" vasfını kaybetmeyecektir.

Şöyle ki, Papalık, Roma Katolik Kilisesi'nin hükümeti ve Vatikan şehrinin *de facto* adıdır. Papalık Vatikan şehriden ayrı bir uluslararası hukuk kişisidir. Vatikan şehrinin bağımsız uluslararası hukuk kişiliği olmadığından Vatikan şehriyle ilişkiye girmek isteyen bir devletin öncelikle Papalık ile temasa geçmesi gerekmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlar 2005a: 180 vd.)

Papalık 1933 tarihli Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Montevideo Sözleşmesi çerçevesinde bir devlet değildir ve Birleşmiş Milletler'de yalnızca gözlemci üyeliği vardır. Bu, Papalık'ın topraksız (*territory free*) bir uluslararası hukuk aktörü olmasından kaynaklanır. Diğer bir deyişle Papalık dünyanın herhangi bir yerinde, örneğin kiraladığı bir otelde "egemen" sıfatını kullanmaya devam ederek faaliyetlerine devam edebilir.

Dünyada egemen sıfatını taşıyıp uluslararası hukuk tarafından "topraksız" bir "devlet dışı aktör" (*non state actor*) olarak kabul edilen bir başka birim "Kudüs, Rodos ve Maltalı Aziz John'un Askeri Egemen Düzeni" (*The Sovereign Military Order of St John of Jerusalem, of Rhodes and of Malta*) veya kısaca "Malta Egemen Düzeni / Zümresi / Emirliği"dir. Malta Egemen Düzeni'nin uluslararası hukuk kişiliği 1961 tarihli bir Anayasal Şarta (*charter*) dayanmaktadır. Egemen Dü-

zen'in merkezi Roma'da bulunduğundan Düzen'in İtalya ile özel bir ilişkisi vardır. Düzen ile İtalya arasındaki ilişkinin ayrıntıları 11 Ocak 1969 tarihli bir belgeyle belirlenmiştir. Bu konuda İtalyan Anayasası'nda özel bir düzenleme bulunmaz. Egemen Düzeni kuran Anayasal Şart'ın 3. maddesine göre, Malta Egemen Düzeni uluslararası hukukun bir kişisi olup egemen yetkiler kullanır. Egemen Düzen'in Anayasal Şartı'nın yalnızca Kilise Hukukunda geçerliliği bulunduğundan (Cox 2002: 26-47) Şart'ın uluslararası hukuk kişiliği bunu kabul eden devletler için geçerlidir. Örneğin bugün dünyada 104 ülke Egemen Düzen ile ikili diplomatik ilişki kurmuştur. Büyükelçilik düzeyinde Avrupa Birliği Komisyonu ile ilişkisi olup Birleşmiş Milletler ve uzman kuruluşlarda daimi gözlemcilik misyonu, kimi uluslararası kuruluşlarda delegasyonları bulunmaktadır.³²

Yukarıda verilen iki devlet dışı aktör örneği göstermektedir ki, uluslararası hukukta "egemen" bir uluslararası hukuk kişisi olmak için mutlaka devlet modeli içerisinde yapılanmak gerekmez. Türkiye'de patrikhanenin topraksız egemen bir devlet dışı aktör olarak kabul edilmesinin bu konuda Lateran Antlaşması'na benzer bir antlaşma akdedilmesinin, İtalyan Anayasası'nın 7. maddesinde olduğu gibi yeni anayasaya özel bir hükmün konulmasının veya Malta Egemen Düzeni ile yapılan ikili anlaşma benzeri bir belge veya Karadeniz Ekonomik İşbirliği Parlamenter Asamblesinin Ayrıcalık ve Bağışıklıklarının Tanındığına dair Protokol (R.G. 10.4.2008, 26483) örneklerinde olduğu gibi anayasal çerçeve dışında uluslararası hukuk kişiliği verilmesinin olumlu ve olumsuz yanlarının bundan sonraki süreçte tartışılmasında yarar bulunmaktadır. Türkiye proaktif davranmadığı takdirde, patrikhanenin diğer devletlerce *de facto* olarak uluslararası hukuk kişisi kabul edilmesi karşısında, Türkiye reaktif hareket ederek mevcut statü-koyu mecburen kabul etmek zorunda kalabilir. Nitekim Yargıtay'ın patrikhanenin ekümen olmadığı yönündeki kararına rağmen, patrikhane bu vasfı her platformda kullanmakta ve Yargıtay kararını görmezden gelmektedir (bkz. www.patriarchate.org). Bu tavır karşısında Türk otoriteleri bir şey yapamamaktadırlar.

32. www.orderofmalta.org. Home>Diplomatic relations.

X. Anayasada Yer Alabilecek Uluslararası Hukukla İlgili Diğer Hükümler

Diğer ülke anayasalarına bakıldığında uluslararası hukukla ilgili farklı hususlara yer verildiği görülmektedir. Yeni anayasa metninin hazırlanmasında aşağıdaki hususların metinde yer almasının ne ölçüde uygun olabileceği ayrıntılı inceleme konusu olabilir.

a) *Dış politikanın yürütülmesi*: Devletlerin iyiniyetli olarak uluslararası toplumun beklentileri doğrultusunda hareket edeceklerini gösteren hükümlere kimi anayasalarda yer verilmektedir. Örneğin Ermenistan Anayasası'nın 9. maddesinde, "Ermenistan'ın dış politikası, bütün devletlerle iyi komşuluk ilişkileri ve karşılıklı yararlı ilişkiler amacıyla uluslararası hukukun norm ve ilkelerine göre yürütüleceği"; Azeri Anayasası'nın "Uluslararası İlişkiler" başlıklı 10. maddesinde, Azerbaycan Cumhuriyetinin ilişkilerini uluslararası hukuk standartlarında tanınmış ilkeler temelinde geliştireceği hükümleri yer almaktadır (ayrıca bkz. Bulgaristan, m. 24). Romen Anayasası'nın 10. maddesinde Romanya'nın uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş ilkeleri temelinde bütün devletlerle barışçıl ilişkiler geliştirmeyi teşvik edeceğine rastlanmaktadır. Dış politika konusunda en güzel metinlerden birisi 1998 tarihli Sudan Anayasası'nda yer almaktadır. "Dış Politika" başlığını taşıyan 17. maddeye göre,

Sudan Cumhuriyetinin dış politikası, bütün ülke ve bütün insanlığın yararına olan takdire şayan ilkelerin mesajının savunulması amacıyla onur, bağımsızlık, açıklık ve işbirliğine göre yürütülecektir. Bu, özellikle uluslararası barış ve güvenliğin teşvik edilmesi, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünün desteklenmesi, yaşamın her alanında diğer ülkelerle işbirliğinin artırılması, iyi komşuluk ilkelerinin gözetilmesi, diğer devletlerin içişlerine karışılmaması, temel hak ve özgürlüklere, bütün halkın görev ve dini özgürlüklerine, yararların paylaşımı için kültürlerarası diyalog ve ekümenliğe saygı gösterilmesi, ve adalet, istişare, iyi ilkeler ve insanlığın birliği temelinde "uluslararası sistemleri" güçlendirmeyi içerir.

Son olarak Portekiz Anayasası'nın 7/1. maddesi de örnek alınabilecek bir metin olarak dikkat çekmektedir:

Portekiz, uluslararası ilişkilerinde, ulusal bağımsızlık, insan haklarına, halkların haklarına, devletlerarası eşitliğe, uluslararası uyuşmazlıkların ba-

rişçil çözümüne, diğer devletlerin içişlerine karışmamaya saygı ve insanlığın esaretten kurtulması ve ilerlemesi için diğer halklarla işbirliği ilkeleri ile yönetilir.

b) *Egemenlik (Toprak unsuru)*: Bulgaristan Anayasası'nın 18/2. maddesinde devletin kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge üzerinde, kullanma, koruma ve idare etme konusunda egemen hakları olduğu; 18/3. maddesinde devletin uluslararası anlaşmalarla tahsis edilen radyo dalgaları ve sabit yer yörüngesi (*geostationary orbit*) konumları üzerinde egemen hakları olduğu hükümleri yer almaktadır. Azerbaycan Anayasası'nın 11/2. maddesi, Azerbaycan'a ait Hazar Denizi sektörü olan Azeri içsularının Azeri topraklarının bir parçası olduğu vurgulanmıştır. Meksika Anayasası'nın 27. maddesi oldukça uzun ve ayrıntılı bir şekilde, uluslararası hukuk tarafından öngörülen şartlar ve uzantı dahilinde devlet egemenliğinin kıta sahanlığındaki doğal kaynaklara uzandığını (m. 27/4), karasuları, içsular ve diğer sualanları üzerinde tam egemenliğe sahip olduğunu (m. 27/5), münhasır ekonomik bölgenin ilanı, sınırlandırılması ve egemen hakları (m. 27/8) düzenlemektedir. Portekiz Anayasası'nın 5/2. maddesi, karasuları, münhasır ekonomik bölge ve bitişik deniz yatağının sınırlarının belirlenmesinin bir kanunla düzenleneceğinden söz etmektedir. Yukarıdaki hükümlerin benzerleri Yemen Anayasası'nın 8., Rusya Anayasası'nın 67., Gürcistan Anayasası'nın 3/1b. maddelerinde, Brezilya Anayasası'nın 20/V-IX ve paragraf I'de yer almaktadır.

c) *Uluslararası mahkemelerin yargı yetkisi*: 1982 Anayasası'nın 38/son maddesinde yer alan vatandaşın bir başka ülkeye iade edilemeyeceğine ilişkin hükme 2004 yılında "Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç" istisnasının konulması güzel bir yasa yapma tekniği olmamıştır. Fransız Anayasası'nın 53/2, İrlanda Anayasası'nın 29/9, Portekiz Anayasası'nın 7/7, Meksika Anayasası'nın 21/8. maddelerinde açık bir şekilde uluslararası ceza mahkemesinin yargı yetkisinin tanınabileceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Kanımızca, bu tür bir açık referans yerine, Bulgaristan Anayasası'nın 25. maddesine 2005 yılında ilave edilen 4. fıkradaki ifade benzeri bir dil kullanılması yararlı olur: Anılan maddede onaylanmış ve yayımlanmış bir uluslararası antlaşmanın gerekleri haricinde hiçbir Bulgar vatandaşının bir başka devlete veya uluslararası bir mahkemeye teslim edilmeyeceği hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde Alman Ana-

yasası'nın 16. maddesine 2000 yılında yapılan ilaveyle vatandaşın sınır dışı edilmesine istisna olarak, anayasal ilkeler gözetilmek kaydıyla bir uluslararası mahkemeye verilmesine ilişkin yasa hükmü istisnası getirilmiştir (Benzeri genel referanslar için bkz. Hırvat Anayasası, m. 9/2, Romanya Anayasası, m. 19/2, Slovenya Anayasası, m. 47).

d) *Yargı organları ve uluslararası hukuk*: Kosova Anayasası'nın 53. maddesi, anayasa tarafından güvence altına alınan insan hakları ve temel özgürlüklerin diğerleri arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre yorumlanacağını söyleyerek, hâkimlere içtihat hukukunu takip etme zorunluluğu getirmiştir. Aynı şekilde Güney Afrika Anayasası'nın 233. bölümünde hâkimlere yönelik şu ifade dikkat çekmektedir:

Herhangi bir yasal düzenlemeyi yorumlarken, her mahkeme yasal düzenlemenin uluslararası hukukla uyumlu, makul olan herhangi bir yorumunu tercih etmek zorundadır. 39. bölümde, Temel Haklar Bildirgesi'nin yorumunda (1) (a) mahkeme, yargı mercii veya forum insan onuruna dayanan açık ve demokratik toplumu vurgulayan değerleri teşvik etmelidir, (b) uluslararası hukuku dikkate almalıdır, (c) yabancı hukuku gözetmelidir.

Arnavutluk Anayasası'nın 116. maddesi de uluslararası antlaşmaları özel olarak hukuk sistemine entegre etmiştir. Maddede Arnavutluk topraklarının tamamında geçerli olan normatif düzenlemeler teker teker sayılmıştır. Bunlar, a) Anayasa, b) onaylanmış uluslararası antlaşmalar, c) kanunlar ve d) Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlemleridir. Yukarıdaki hükümler ışığında 1982 Anayasası'na bakıldığında, 138. maddede yer alan hâkimler "Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" şeklindeki hükmün "uluslararası hukuka" veya "uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkelerine" ifadeleriyle güçlendirilerek, hâkimlerin uluslararası hukuk kararlarında kullanmaları teşvik edilmelidir.

e) *Sığınma hakkı*: 1982 Anayasası'nda olmayan bu hak çeşitli ülkelerin anayasalarında yer almaktadır. Bulgaristan Anayasası'nın 27. maddesinde uluslararası çapta tanınmış hak ve özgürlüklerin savunulması veya düşüncelerinden dolayı zulüm gören yabancılara sığınma hakkı verilmektedir. Gürcistan Anayasası'nın 47/2 ve Belarus Anayasası'nın 12. maddesi, siyasi görüş, dinsel inanç ve etnik kimliğinden dolayı zulüm görenlere sığınma hakkı tanır. Bu konuda en kapsamlı dü-

zenlemelerden birini Alman Anayasası'nın 16a. maddesinde görmek mümkündür: Maddede sığınma hakkının Mülteciler Sözleşmesi ve AİHS'nin uygulanması durumunda geçerli olmadığı, sığınma hakkının kabul edilebileceği ülkelerin parlamento tarafından belirleneceği gibi ayrıntılar yer almaktadır (ayrıca bkz. İtalya, m. 10/2; Belarus, m. 12).

f) *Yurtdışındaki Türk vatandaşların durumu*: Orman köylüsünün korunmasını anayasal bir seviyede ele almış 1982 Anayasası'nın (m. 170) yurtdışında yaşayan Türk diasporası için sessiz kalması, 2010 tarihinde yasalaşan 5978 sayılı Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile büyük ölçüde giderilmiştir. Göç veren ülkelerin çoğunda, yurtdışındaki insanların haklarını korumak, onların yaşam kalitesini artırmak ve yaşadıkları yerde örgütlenmelerini sağlamak amacıyla Diaspora Bakanlığı/Başkanlığı bulunmakta ve bu konu anayasal düzeyde düzenlenmektedir. Örneğin Sırbistan Anayasası'nın 13. maddesine göre, Sırbistan devletine yurtdışındaki vatandaşlarının hak ve çıkarlarını koruma ve akraba devletlerde yaşayan Sırplar ile ilişkileri geliştirme ve teşvik etme görevi verilmiştir. Ermenistan Anayasası'nın 11/2. maddesine göre, "uluslararası hukukun ilke ve normları çerçevesinde, Ermenistan Ermeni Diasporası ile ilişkilerini artırmaya katkıda bulunacak, Ermeni tarihi ve kültürel değerlerini muhafaza edecek ve Ermenice eğitim ve Ermeni kültürünü geliştirecektir". Arnavutluk Anayasası'nın 8. maddesi de yurtdışında yaşayan Arnavut halkın haklarının korunması, yurtdışındaki yurttaşların geçici veya daimi ikametgâhlarını korumayı, yurtdışında yaşayan ve çalışan Arnavutların ulusal kültürel mirasıyla bağlarını korumak ve geliştirmek için devletin yardım yükümlülüğüne ilişkin hüküm içerir.

Benzer hükümlerin anayasal çerçeve içerisine alınması ile 5978 sayılı kanunun yasal çerçevesi içerisinde muhafaza edilmesi arasındaki hukuksal ve siyasal sonuçların ayrıntılı çalışmalarda ele alınması gerekmektedir.

Sonuç

Darbe dönemleri sonrası hazırlanan anayasalarda uluslararası hukuka ait konular Kurucu Meclis çalışmaları sırasında sağlıklı bir şekilde tartışılmamıştır. 1961 Anayasası'nı hazırlayan Kurucu Meclis ve Anayasa Komisyonu'nun akademisyen üyelerinin uzmanlık alanları incelendiğinde dönemin önemli uluslararası hukukçularına komisyonda yer verilmediği görülmüştür.³³ 1982 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarına Danışma Meclisi'nde katılan akademisyenler arasında da uluslararası hukukta uzman isimlere rastlanmamaktadır.³⁴

1961 ve 1982 anayasalarının hazırlık çalışmalarında doktrin ve karşılaştırmalı hukuktan yeterince yararlanılmamıştır.³⁵ Her iki anayasanın da görüşülmesi aceleye getirilmiş; bir komisyona havale edilen madde metni üzerinde diğer komisyonların tasarıları yeterince dikkate alınmadan son metin kabul edilmiştir. Yeni anayasada anayasanın

33. Örneğin Kurucu Meclis'te yer alan 9 hukukçudan (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Mehmet Münci Kapani, Hamza Eroğlu, Turan Güneş, İsmet Girilti, Turhan Feyzioğlu, Muammer Aksoy, Mümtaz Soysal ve Tarık Zafer Tunaya) yalnızca Prof. Dr. Hamza Eroğlu'nun uluslararası hukukçu olduğu görülmektedir. (Doktorasını 1949 yılında Neuchatel Üniversitelerinde, Uluslararası Hukuk alanında yapmıştır.) Kurucu Meclis'te Mahmut Belik, Edip Çelik ve Seha Meray gibi dönemin önemli uluslararası hukukçuları yer almamıştır.

34. 1982 Anayasası'nı hazırlayan 18 akademisyenin 9'u hukukçu (Orhan Aldıkaçtı, Feyyaz Gölcüklü, Abdullah Pulat Gözübüyük, Kemal Dal, Hamza Eroğlu, Mehmet Feyzi Feyzioğlu, Şener Akyol, Akif Erginay ve Turgut Tan), 5'i tıp doktoru (Hikmet Altuğ, M. Utkan Kocatürk, Sadi İrmak, Siyami Ersek, Türe Tunçbay), 3'ü iktisatçı (Beşir Hamitoğulları, Mustafa Aysan ve Feridun Ergin) ve biri "ömrünü Türkiye tavukçuluğuna ayırmış" Mahmut Akkılıç'tır (www.hayvancilikhaber.com/haber/3096-sektorel-etkinlikler-profakkilic-anisina.html). Her iki komisyonda uluslararası hukuk konusunda çalışan tek ismin Prof. Dr. Hamza Eroğlu olması, 1961 ve 1982 anayasalarında uluslararası hukuka ilişkin hükümlerin neden birkaç kelime değişikliği dışında aynı kaldığını göstermektedir.

35. Sevin Toluner, 1961 Anayasası'nın 65. maddesi ile ilgili olarak, ilgili Anayasa hükmünü ve bu madde altında yapılan mevzuatı değerlendirmek isteyenler, hazırlık çalışmalarında kaypak ve genel ifadelerden başka bir şey bulamazlar" demektedir (1973: 340). 1982 Anayasası'nın eski 65. maddeye karşılık gelen yeni 90. maddesinin gerekçesi de uygulamadaki sıkıntıları gözardı edencesine şu şekilde kaleme alınmıştır: "Andlaşmaların uygun bulunması ile ilgili bu madde uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği için aynen kabul edilmesi uygun görülmüştür" (a.g.y.). Ayrıca bkz. Başlar 2006: 334-5.

90. maddesi yeni baştan ele alınarak antlaşmaların görüşülmesi ve kabulünde yasama ve yürütme organları arasındaki sınırların daha somut hükümlerle çizilmesi, uluslararası antlaşmaların ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin iç hukuktaki yerinin açık bir şekilde ortaya konulması ve anayasaya aykırı uluslararası antlaşmaların akdedilmesine ve yargısal denetimine ilişkin hükümlere yer verilmesi gerekmektedir.

Ayrıca bu makalede dile getirilen ve 1982 Anayasa metninde hiç olmayan yeni kavram ve uygulamalara yer verilmesinin ne derecede uygun olacağı ve nasıl yer verileceğinin tartışılması gerekmektedir. Yeni sivil anayasa tartışmalarına sivil toplum ve düşünce kuruluşlarının önderlik etmesi ve bu kuruluşların taslaklarının hazırlanmasında uluslararası hukukçulara yer verilmesi bu makalede dile getirilen kimi önerilerin ne ölçüde ve nasıl hayata geçirileceği konusunda önem taşımaktadır.³⁶

—

36. Örneğin TÜSİAD'ca kamuoyuna duyurulan "Yeni Anayasa Sürecinin Beş Temel Boyutu" adlı raporu hazırlayan yaklaşık yirmi akademisyenin başında uluslararası hukukçu olan Prof. Dr. Turgut Tarhanlı'nın bulunması olumlu bir gelişmedir.

Demokratik Meşruluk, Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı Bağlamında Yargı Organının (Yeniden) Yapılanması

Faruk Bilir

Giriş

GÜNÜMÜZDE demokratik bir devlet olmanın temel şartı, aynı zamanda hukuk devleti olmaktır. Hukuk devletinin asıl amacı, yönetimde keyfiliği önleyerek, bireylerin geleceğe güvenle bakabildikleri bir sistem kurmaktır. Bunun yöntemi ise devleti hukukla sınırlamaktır. Bunu yapabilmek için de çeşitli anayasal kurumların ve mekanizmaların varlığı gerekir. Hukuk devletini gerçekleştirmek için gerekli olan mekanizmanın özünde, yasama ve yürütme işlemleriyle tüm idari işlemlerin, hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi olması yatar. Yargının hukuk devletinin kendisine verdiği bu denetim fonksiyonunu yerine getirebilmesi ise, ancak bu yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlayan mekanizmaların varlığıyla mümkün olabilir (Yazıcı 2010: 7).

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleri birbirinden ayrılabilirse de aslında birbirleriyle yakın ilişki içindedirler. Yargı bağımsızlığı karar verme sürecinde yargı üzerinde dışsal etkilerin olmamasıdır. Öncelikle devletin siyasi kurumlarından ve baskı grupları gibi devlet dışı gruplardan gelen bütün müdahaleler yargı bağımsızlığı üzerindeki dışsal etkiyi oluşturur. Fakat aynı zamanda, bağımsızlık üzerinde içsel tehditler de olabilir, yüksek mahkeme içtihatlarının meşru olarak uyguladığı etkinin ötesinde yargı içinden de hâkimlerin kararlarına yön verecek müdahaleler ortaya çıkabilir. Tarafsızlık yargısal görevin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranmamak veya önyargılı

olmamak demektir (Giegerich 2009: 3). Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, anayasacılığın, insan hakları ve demokrasinin korunmasının ve hukuk devleti ilkesinin köşe taşlarını oluşturur. Bu nedenle Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler bu ilkelere büyük önem verip bu ilkeleri kabul ederler. Türkiye'nin 1954 yılında onayladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6(1) maddesinde de: "herkes yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir" denmektedir. 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde de herkesin "adil yargılanma hakkına" sahip olduğu belirtilmektedir. İşte bütün bunlar ancak bağımsız, tarafsız ve demokratik meşruiyeti sağlanmış bir yargıyla söz konusu olabilir (Erözden 2010: 9).

I. Yargı Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı, yargının devletin diğer organları ile toplumdaki diğer kişi ve kuruluşların her türlü etki ve yönlendirmesinden uzak tutulması anlamına gelir. Hem kurum olarak mahkemeleri etkiden uzak tutmayı hem de kişi olarak hâkimlerin devletin diğer organları ve toplumdan etkilenmemesini hedefler. Yargı bağımsızlığı, karar verme sürecinde hiçbir baskı ve etki altında kalınmamasıdır. Hâkimin karar verirken sadece hukuka ve kanuna bağlı olmasını gerektirir.

Yargı bağımsızlığı, adaleti gerçekleştirmek amacıyla adil bir yargılama yapmak için temel öneme sahiptir. Nitekim gerek 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesinde, gerek İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 6. maddesinde ve gerekse Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenirken, kişinin davasının "bağımsız ve tarafsız mahkeme"lerde görülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla yargı bağımsızlığı, bireyin özgürlüğünü korumaya yönelik bir tedbir, adil bir yargılamanın en önemli unsuru ve hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsurdur.

Yargı bağımsızlığı, hâkimin görevini, özellikle yasama ve yürütmeden gelebilecek etkilerden bağımsız olarak, sadece hukuka ve vicdani kanaatine göre yerine getirebilmesidir (Erözden 2010: 9). Ancak bu bağımsızlık sadece yasama ve yürütmeye karşı değil; yargının kendi içinde aynı veya yüksek derecedeki diğer hâkimlerden gelebilecek

etkilere karşı da korunmasını gerektirir. Ayrıca basın ve yayın organları, davaya taraf olanlar, siyasi partiler vb. yönlerden gelebilecek dış tehditlere karşı da korunmalıdır. Bu bağlamda yargı yetkisi, hukuk devletin temel kurumlarından olduğu için, her türlü baskı ve etkiden uzak bir biçimde yürütülmelidir.

Günümüzde bağımsız yargı liberal demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Buna göre demokratik rejimlerde bağımsız yargı temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Yine liberal demokrasilerde yargı bağımsızlığının sağlanması iki anayasal ilkeyle yakından ilişkilidir. Bunlardan birincisi hukuk devleti, ikincisi ise kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Hukuk devleti ilkesinin gerekliliği kendisini siyasi iktidarın gücünün sınırlandırılmasında göstermektedir. Buna göre siyasi iktidar bir toplumdaki en üstün ve en kapsayıcı güçtür. Bu gücün kötüye kullanılmasını engelleyen en önemli unsurlardan birisi de hukuk devleti ilkesidir. Bu noktada yargı, yasama ve yürütmenin haksız müdahalelerine karşı temel hak ve hürriyetlerin koruyucusu konumundadır. Kuvvetler ayrılığı siyasi iktidarın çeşitli devlet organları arasında paylaştırılmasını ifade eder. Yargı organlarının yasama ve yürütme organlarından ayrı ve bağımsız olması gerekir. Çünkü sadece bağımsız bir yargı diğer organların kanunlara ve anayasaya uygun hareket edip etmediğini araştırabilir ve eğer bir aykırılık varsa bunun yaptırımını tespit edebilir. Bu amaçla kuvvetler ayrılığı ilkesi yargının yasama ve yürütmeden bağımsız olarak hukuk devleti ilkesinin de uygulanmasını gerçekleştirebilir (Gönenç 2011: 6-7). Belirtmek gerekir ki yargı bağımsızlığı, yargının sorumsuzluğu veya hesap vermezliği anlamlarına gelmemelidir. Buna göre hâkimler anayasa ve kanunlardan kaynaklanan yetkilerini kullanırlarken her kamu görevlisi gibi kendilerine hukuk tarafından çizilen sınırlar içerisinde kalmalı; yetkilerini hukuka aykırı biçimde kullanmaları ve bunun neticesinde bir zarar ortaya çıkması hallerinde de tıpkı diğer kamu görevlileri gibi hukuki anlamda sorumlu olmalı ve hesap verebilmelidirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli konu hâkimlerin kişisel hukuki sorumlulukları düzenlenirken bu sorumluluk mekanizmalarının hâkimlerin keyfi bir biçimde cezalandırılmalarına hizmet eden baskı araçlarına dönüşmelerinin engellenmesidir (a.g.y.: 10-11).

Yargı bağımsızlığı uygulamada, bu bağımsızlığı zedeleyecek etkinin kaynağına göre iç bağımsızlık ve dış bağımsızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Dış bağımsızlık, yargı organının diğer devlet organlarına karşı,

yani yasama ve yürütme organına karşı bağımsız olması anlamına gelir. 1982 Anayasası'nda yargının yasama organı karşısında bağımsızlığına şu düzenlemeyle yer verilmiştir: "Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz" (m. 138/3). İç bağımsızlık ise hâkim bağımsızlığını ifade eder. Bu, hâkimlerin aynı veya üst düzeydeki meslektaşlarının etkileme, telkin, talimat ve emirlerine maruz kalmamalarını ifade eder (Gönenç 2011: 2).

Yargı bağımsızlığı, bu bağımsızlığı zedeleyecek etkinin hedefine göre de bireysel bağımsızlık ve kurumsal bağımsızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Bireysel bağımsızlık hâkimlerin bizzat kendilerinin bireysel olarak baskı ve müdahalelere maruz kalmamaları gerektiğini ifade eder. Kurumsal bağımsızlık ise, bireysel olarak hâkimlerin değil, bir bütün olarak yargı organlarının bağımsızlığına zarar verecek etkilere karşı korunması gerektiğini ifade eder (3). Bu itibarla hem iç hem dış, hem bireysel hem de kurumsal bağımsızlığı temin etmek için hâkimlerin hukuk dışında herhangi bir güce veya etkiye bağımlı olmamasını sağlayacak tedbirlerin hayata geçirilmiş olması yargı bağımsızlığı için zorunludur.

Yargı bağımsızlığı için gereken asgari unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür: Hâkimlerin atanma ve kariyerlerine ilişkin güvenceler, görev sürelerine ve şartlarına ilişkin güvenceler, meslektaşlarına karşı bağımsızlık ve mahkemelerin bağımsız görünümü. Aslında bu güvenceler hâkimlik teminatının da kapsamını oluşturmaktadır (Sancar ve Atılgan 2009: 64). Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığını gerçekleştirebilmek için, her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak olarak görev yapabilmeleri için, hâkimlerin kendilerine tanınan kişisel güvencelerdir.

Hâkimlere sağlanan kanuni güvenceler 1982 Anayasası'nın 139. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Hâkimler ve savcılar azlolanamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz". Belirtmek gerekir ki, bir ülkede hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin kanunla veya anayasayla tanınmış olması, her zaman hâkimlerin gerçekten de bağımsız olduğu anlamına gelmeyebilir. Hâkimlere emir ve talimat vermemekle birlikte eğer hâkimlerin tayin ve terfileri, görevden

alınmaları, maaşları vs. yürütme organının takdirine bağlı ise bağımsızlıkları da tam anlamıyla gerçekleştirilemez (Gözler 2011: 466).

Öte yandan hâkimlerin kararlarını verirken tamamen tüm etki ve müdahalelerden izole edilmesinin mümkün olmayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada önemli olan hâkimin karar verme kapasitesini zaafa uğratacak uygunsuz etki ve müdahalelerden korunmasıdır. Bu kapsamda yargı sürecine yönelen uygunsuz etkiler hukuk dışı yollarla, yasal ve anayasal yetkilerin kullanılması suretiyle yargının baskı altına alınması şeklinde ifade edilebilir (Gönenç 2011: 3-4). Yargı bağımsızlığı için yasama ve yürütme organları yargı kurumlarını oluşturma, çalışma şartlarını belirleme ve yapılarında değişiklik yapma yetkilerini yargı üzerinde bir baskı aracı olarak kullanmamalıdır.

II. Yargının Tarafsızlığı

Tarafsızlık, yargı görevinin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranmamak veya önyargılı olmamak demektir. Tarafsızlık hâkimler için içsel bir erdemdir ve önüne gelen kişi ya da konular hakkında karar verirken sergilediği davranışa dayanır. Bağımsızlığın eksikliği ya da yokluğu hâkimlerin tarafsızlığını da zedeler, zira dışsal etki tarafların lehine ya da aleyhine karar vermeye sevk eder (Giegerich 2009: 3).

Bu nedenle tarafsızlık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da önem verilen bir konudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkının içeriğini belirlerken, tarafsızlığı da önemli bir ölçüt olarak kullanmaktadır. AİHS'nin 6. maddesi anlamında tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaatin bulunmaması, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh veya aleyhlerinde bir duygu veya çıkara sahip olmamaları olarak tanımlanmaktadır (İnceoğlu 2005: 188; Gölcüklü ve Gözübüyük 2007: 282).

AİHM kararlarında, tarafsızlık sorununun, öznel ve nesnel olmak üzere iki açıdan değerlendirildiği görülmektedir. *Piersack - Belçika Kararı*'nda (Başvuru No: 8692/79) bu ikili ayrım şöyle ifade edilmiştir: "Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun, sözleşmenin 6. maddesi kapsamında varlığı ya da yokluğu çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda,

öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirleyecek nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir" (Sancar ve Atıl-gan 2009: 109).

Öznel tarafsızlık, hâkimin, bakmakta olduğu bir davadaki kişisel tutumuyla ilgilidir. Eğer hâkimin bakmakta olduğu davada taraflardan birine yönelik önyargılı bir yaklaşımı, özel bir kanaati varsa öznel tarafsızlığın olmadığından söz etmek mümkündür. Başka bir ifadeyle öznel tarafsızlık, yargı mensubunun, somut olaya hukuk normlarını uygularken bir insan olarak sahip olduğu dünya görüşünün etkisinden de sıyrılmasını gerektirir. Hâkim soyut bir hukuk kuralını somut bir olaya uygularken kaçınılmaz olarak bir yorum yapacak, bu yorum da yine kaçınılmaz olarak yargı mensubunun hukukun kaynağı, amacı veya işlevi hakkında sahip olduğu bakışla şekillenecektir. Dolayısıyla bu noktada, yargı altkültüründe yargı mensubunun düşüncesini şekillendiren değerler önem kazanmaktadır. Eğer yargı mensubu evrensel hukuk ilkeleri, insan hakları ve hukuk devleti ilkesini özümsemiş ise öznel tarafsızlığın sağlanması mümkün olacaktır. Aksi halde hâkim, dünya görüşüne göre bir yorum yapabilecektir (Erözden 2010: 9).

Nesnel tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin yarattığı dışsal algı, bıraktığı izlenimle ilgilidir. Eğer mahkeme güven veren, objektif bir görünüme sahip bulunmuyorsa, taraflı olma konusunda her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak nitelikte değilse, o mahkemenin nesnel olarak tarafsız olmadığından bahsedilir (İnceoğlu 2005: 188).

Yargının tarafsızlığı sadece birey ile devlet arasında devletten yana tavır alması meselesiyle sınırlı değildir. Konuyla ilgili bir diğer mesele de yargının genel ön anlayış, yani ideolojik etkilenmeler açısından tarafsızlığı meselesidir. Yargının bazı şartlarda bizatihi devlet içi iktidar mücadelelerinde bir aktör rolüne soyunması veya toplumsal çatışma hatlarına bir taraf gibi müdahil olması da mümkündür. Yargının siyasallaşması olarak nitelenen bu ve benzer durumlar, yargısal aktivizm vasıtasıyla jüristokrasiye yol açabilir. Aslında yargısal aktivizm (*judicial activism*) ve yargının kendi kendini sınırlandırması (*judicial restraint*) anayasa yargısını benimsemiş hemen hemen tüm ülkelerde sıklıkla gündeme gelen konulardır (Özbudun 2007c: 258). Ancak belirtmek gerekir ki bu konuların gündeme geldiği ülkelerde asıl tartışılan şey, yargının tarafsızlığıdır. Dolayısıyla yargının siyasallaşması

onun kapsayıcı bir şekilde toplumsal ve siyasal alanın bütün yönlerine nüfuz etmesini ve böylece hesap verilebilirlik özelliği bulunmayan böyle bir kurumsal yapının vesayetçi bir yönetime yol açmasıyla sonuçlanabilir (Arslan 2008).

Belirtmek gerekir ki amaç, yargının tarafsızlığıdır; yargı bağımsızlığı ise bunun öncelikli ve vazgeçilmez bir şartıdır. Unutmamak gerekir ki, bağımsızlığın tam anlamıyla sağlanması, yargının tarafsızlığını kendiliğinden garantilemez. Aynı şekilde, özellikle yürütme erki karşısında bağımsızlığını koruyacak güvencelerden yoksun bir yargının da, yargılamalarda tarafsız davranması son derece zordur. Ergun Özbudun'un belirttiği gibi, "Yargının tarafsızlığını sağlamak, onun bağımsızlığını sağlamaktan çok daha güçtür. Çünkü bağımsızlık, kurumsal bir konu olduğu halde, tarafsızlık psikolojik bir yönelimdir. Bağımsızlık, tarafsızlığın sağlanmasında çok önemli bir araç olmakla birlikte, tek başına onu gerçekleştirmeye yeterli değildir. Hâkim, yasama ve yürütme organları karşısında tam bağımsız olsa da, çeşitli ideolojik etkilere ve menfaat ilişkilerine açık olabilir" (2007a).

III. Yargının Demokratik Meşruluğu

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, meşruiyeti açısından son derece önemlidir. Çünkü hâkim meşruluğunu, iktidara ve devlet aklına biat etmekten değil, adaleti gözetmekten almaktadır (Sancar ve Atılğan 2009: 111). Bu nedenle hâkimi devletin memuru statüsüne sokan her türlü düzenleme ve uygulamanın yargının meşruiyetini daha baştan şüpheli hale getireceği, aynı şekilde, devletin hizmetkârı zihniyetiyle hareket eden hâkimin de kendi meşruiyetini peşinen tartışmalı kılacağı şüphesizdir.

Nitekim demokratik anayasalar, egemenliğin bir unsuru olan yargı yetkisinin, egemenliğin diğer unsurları gibi kaynağını halktan veya milletten aldığına dair hükümler içermektedir. 1982 Anayasası da 9. maddesinde böyle bir hükme yer vermiştir. Bu hükme göre, "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır". Demokratik devlet geleneğinde bu tür hükümler, yargıyı "milli egemenlik / halk egemenliği" çerçevesine, yani demokratik meşruiyet zeminine oturtmayı hedefleyen normatif bir dileğin, bir temenninin ifadesi olarak yorumlanmaktadır (a.g.y.: 36).

Günümüzde yargı organlarının meşruluğu temelde anayasaya dayandırılmakla birlikte, bu durum yargının demokratik meşruluğunu açıklamada yetersiz kalmaktadır. Yargının kanuna bağlılığı ilkesi de yargının demokratik meşruiyetle bağlantısını kuran kavramlardan biridir. Bu bağlantı, kanunların demokratik meşruluğa doğrudan sahip organ olan parlamentonun iradesini temsil etmesi gerekçesine dayanmaktadır. Dolayısıyla demokratik meşruluğa sahip olan kanunların, somut olaylarda ne anlama geldiğine bağlayıcı bir şekilde karar veren yargı organları da demokratik meşruiyete bu suretle sahip olacaktır. Ancak yargı organları, soyut kuralları somut olaylara uygularken, aynı zamanda belli ölçülerde hukuk yaratmış da olacaklardır. Bu noktada, kanun koyma işlevini aslen yerine getiren organ –yani parlamento– halka karşı doğrudan sorumluyken, yargının aynı şekilde hesap vermesini sağlayacak sorumluluk mekanizmalarının bulunmaması, yargının demokratik meşruiyetine gölge düşürecektir. Bu eksikliği gidermek için demokratik hukuk devleti çerçevesinde çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Önemli bir kısmı usul hukuku ve yargılama tekniğiyle ilgili olan bu yöntemlerin başında, duruşmaların aleniyeti/kamuya açıklığı, kararların gerekçeli olma zorunluluğu ve kanun yoluna başvurma gelir (Sancar ve Atılgan 2009: 37-38).

Yargı organlarının demokratik meşruluğu konusundaki tartışmalar, yargının meşruluk kaynaklarını açıklamaktan ziyade, yargı organlarını demokratik çerçeve içinde tutmanın yolları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Yargının demokratik meşruluğunu güçlendiren yöntemler arasında ise, başta hâkimlerin seçimi olmak üzere, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması vardır.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamada en önemli kurumlardan biri olan yüksek yargı kurullarının yapısı ve yetkileri konusunda demokratik ülkelerde ve bazı uluslararası kuruluşlarca hazırlanan belgelerde çok önemli standartlar geliştirilmiştir. Bu belgelerde yüksek yargı kurullarının bağımsızlık, tarafsızlık, hesap verebilirlik (sorumluluk), şeffaflık, demokratik meşruiyet, geniş tabanlı temsil, farklı kategorilerden üyeler atanması ve kurulun anayasal statüye sahip olması gibi ilkelere uygun olarak yapılandırılması önerilmektedir. Demokratik ülkelerin büyük çoğunluğunda yüksek yargı kurullarının yapısı bu ilkelere uygundur.

Yargının bir erk olarak varlığının, yani yapısal açıdan yargının demokratik meşruluğu etrafındaki tartışmanın bugün büyük ölçüde yatıştığı söyle-

nebilir. Teorik plandaki bu sükûnetin, pratik mecburiyetlerden mi kaynaklandığı haklı olarak sorulabilir; ama görünen o ki, bugün yargı ile demokrasi arasında yapısal bir aykırılığın bulunmadığı konusunda yaygın bir mutabakat oluşmuştur. Ancak bu mutabakat, halk adına karar verme yetkisine sahip bir erk olarak yargının da demokratik meşruiyete ihtiyaç duyduğu yönündeki tezin güçlü bir şekilde temsilini engellemiş değildir. Bu nedenle, tartışma ve incelemeler, yargının demokratik meşruluğunun temellerine ve şartlarına yoğunlaşmıştır. Başka bir deyişle, literatürde yargı erkinin demokratik meşruiyetten yoksun olup olmadığı şeklindeki genel sorudan ziyade, bu meşruluğun hangi durumlarda şüpheli hale geleceği ve yargıyı demokratik çerçeve içinde tutmanın yolları üzerinde duruluyor (Sancar ve Atılğan 2009: 36).

Yargının meşruiyeti konusunda karşımıza çıkan önemli bir konu da hâkimler ve savcılarının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanmasıdır. Bu noktada hâkimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik tedbirlerden biri olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) meşruiyeti meselesi de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar. Yargı yetkisinin millet adına kullanıldığı düşünülduğünde, başta hâkimlerin atanması olmak üzere yargı alanında önemli yetkileri olan HSYK'nın demokratik meşruluğu konusu gündeme gelmektedir. HSYK'ya üye seçme konusunda yasama organına doğrudan veya dolaylı olarak üye seçme yetkisi verilmesi, bu kurulun demokratik meşruluğuna katkı sağlayacaktır. 1982 Anayasası bu konuda olumsuz bir örnek teşkil etmektedir. 2010 yılında anayasada yapılan değişiklikle birlikte HSYK'nın demokratik meşruluğunu sağlama konusunda önemli bir adım atılmışsa da, bu düzenlemeler yeterli seviyede değildir. Ancak cumhurbaşkanının HSYK'ya üye seçme yetkisi olduğu ve cumhurbaşkanının da doğrudan halk tarafından seçildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu sakıncanın kısmen de olsa giderildiği görülmektedir. Anayasaya göre yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Bu yetkiyi millet adına kullanan mahkemelerin de demokratik meşruiyete sahip olması gerekir. Egemenliğin halka ait olması kuralı karşısında, halk adına egemenlik yetkisi kullanan hâkimlerin, en azından yüksek yargı mensuplarının göreve gelmesinde halk doğrudan ya da dolaylı söz sahibi olmalıdır (Çağlayan 2010: 37).

Hâkimlerin atanması için bir kurul oluşturulmuşsa bu kurulun sadece yargı organı tarafından seçilmiş bağımsız hâkimlerden oluşması şart değildir, üyelerinin bir kısmı ve hatta çoğunluğu yasama ve yürütme organları tarafından seçiliyor olabilir. Bunda da demokrasi ilkesine bir aykırılık yoktur.

Bir demokraside bütün makamlar halka veya halkın temsilcilerine karşı sorumlu olmalıdırlar. Meslek mensuplarının yine o mesleğin mensupları tarafından seçildiği, yani hâkimler tarafından atandığı bir kooptasyon sistemi, demokrasi ilkesiyle bağdaşmaz. Bu nedenle hâkimleri atamaya yetkili kurumların içinde hâkim olmayan kişilerin bulunması yadırganmamalıdır. (Gözler 2011: 469)

Yargı organlarının, hak ve özgürlüklerin korunması konusunda gösterdiği başarının, yargının meşruluğunu artırdığını söylemek mümkündür. Bu bağlamda Türk hukukunda yargının meşruiyetiyle ilgili olarak tartışılması gereken bir konu da askeri yargının demokratik meşruluğu konusudur. 2010 yılında anayasada 5982 sayılı kanunla yapılan değişiklikle askeri yargı alanında bazı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin anayasanın 125. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve Yüksek Askerî Şura (YAŞ) kararlarını yargı denetimi dışında tutan hükmün ardından "Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır" hükmü eklenmiştir. Bu değişiklikle kısmen bir düzeltme yapılsa da halen madde önemli ölçüde eksiktir. YAŞ idari nitelikte bir organdır ve "terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma" kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması hak ve özgürlüklerle ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 145. maddesinin ikinci fıkrasıyla savaş hali haricinde, sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmalarına yasak getirilmiş ve savaş hali dışında, askeri mahkemelerin sıkıyönetim dönemlerindeki yetkilerine de son verilmiştir. Ayrıca askeri yargı alanında görev yapan hâkimlerin disiplin ve özlük işlerinin "askerlik hizmetinin gereklerine göre" düzenlenmesine ilişkin hüküm ilgili maddelerden çıkarılarak "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre" düzenleneceğine ilişkin bir teminat da sağlanmıştır. Bu yargısal güvenceler askeri yargının meşruluğunu artırma konusunda olumlu adımlardır.

Bu değişiklikler genellikle olumlu olmakla birlikte bazı eksikliklerin olduğunu da belirtmekte fayda vardır. Bunlardan birisi de yine 145. maddede düzenlenen askeri disiplin mahkemelerinin varlığıdır. Askeri disiplin mahkemeleri askeri yargı alanındaki bürokratik geleneğin güçlü örneklerinden biridir. Bu mahkemelerin üyelerinin hâkim olmayan kişilerden oluşması ve bu üyelerin hâkimlik teminatına sahip olmaması hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı açısından eleştiri-

ilmektedir. Ayrıca anayasamızda yer alan yargı yetkisinin Türk milleti adına "bağımsız mahkemeler" tarafından kullanılacağı hükmüne de açık bir şekilde aykırıdır. Bu durum disiplin mahkemelerinin demokratik meşruluğu konusunda ciddi bir sorun oluşturmaktadır. *İrfan Bayrak* davasında AIHM, Askeri Disiplin Mahkemesi üyelerinin askeri hiyerarşinin emirlerine bağlı olduğunu ve Askeri Disiplin Mahkemesi'nin tarafsız ve bağımsız olmadığını ifade etmiştir. Hatta bahsedilen davada AIHM, başvurunu iki ayrı disiplinsizlik eyleminden dolayı suçlayan alay komutanının Askeri Disiplin Mahkemesi'nde yer alan subaylardan rütbe olarak üstün olduğunu, mahkeme üyelerinin yargı görevini görürken üst makamlara bağlı olduğunu ve eylemlerinden ötürü askeri hiyerarşiye hesap verme zorunluluğundan bağışık tutulmalarını sağlayacak hiçbir özel güvenceden yararlanmadıklarını vurgulamıştır (*İrfan Bayrak - Türkiye*, Başvuru No: 39429/98). Bu özelliklerinden dolayı disiplin mahkemelerinin askeri hiyerarşinin dışında bağımsız bir şekilde karar verebilmelerini sağlamak oldukça güçtür. Bu sebeplerle disiplin mahkemelerinin, askeri yargı sisteminden çıkarılması bir zorunluluk olarak görülmektedir. Hatta son gelişmeler sivil ve askeri yargı ayrımının kaldırılarak yargı birliğinin sağlanması yönündedir. Asker kişilerin sivillerden ayrı hukuk kurallarına tabi olması kabul edilebilir bir durum olmakla birlikte, yargılama konusunda bir ayrım yapılmasının insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri açısından yerinde olmayacağı ve yargının meşruluğuna zarar vereceğini söylemek mümkündür.

IV. Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Meşruluğu

Yargının meşruluğuna yönelik tartışmalar, yüksek yargı organları söz konusu olduğunda yoğunlaşmaktadır. Anayasa yargısının anayasal demokrasiler için vazgeçilmez bir kurum haline geldiği (Ergül 2007: 69) genel olarak kabul edilmekle birlikte, anayasa yargısının meşruluğuna yönelik ciddi tartışmalar da yok değildir. Bu tartışmalara göre anayasa yargısı, egemenlikle ilgili bazı yetkilerin halk tarafından seçilmemiş bir kuruma devredilmesi anlamına gelmektedir (Turhan 2006: 53-54).

Anayasa yargısı özgür ve serbest seçimlerle iktidara gelmiş ve dolayısıyla meşruluğu doğrudan doğruya vatandaşların iradesine dayanan yasama organı tarafından kabul edilen bir kanunun, halkça seçil-

miş olmayan ve halka hesap verir konumda bulunmayan, üyelerinin tamamı atanmış kişilerden oluşan ve dolayısıyla vatandaş iradesini yansıtmada konusunda yasama organı kadar temsili olmayan bir kurul tarafından iptal edilmesi ya da geçersiz kılınabilmesi anlamına gelmektedir. Bir anlamda anayasa mahkemeleri, ikinci bir meclis gibi çalışmakta, bu durum ise bir yandan yargının siyasallaşmasına, diğer yandan da siyasetin yargılaşmasına yol açmaktadır (Özbudun 2005: 345). Nitekim parlamentonun koyduğu kanunları iptal etme ve onları geçersiz kılma yetkisi, anayasa mahkemelerine yasama organı karşısında müthiş bir güç vermektedir. Yasama organı yaptığı kanunların iptal edilmemesi için Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarını inceleyecek ve o doğrultuda çalışmalarını sürdürecektir. Bir kanun hakkında son sözü söyleme yetkisinin anayasa mahkemelerine ait olduğunu, hatta "gerçekte yasa yapma iktidarının mahkemelere geçtiğini" ile-ri sürenler bulunmaktadır (Gülsoy 2007: 15).

Hans Kelsen, yasama organını pozitif kanunkoyucu olarak, Anayasa Mahkemesi'ni ise negatif kanunkoyucu olarak nitelendirmiştir. Bu sebeple de anayasa mahkemelerinin sadece önleyici denetim yapmasını ve üyelerinin seçilmiş kişilerce atanmasını savunmuştur (Özbudun 2007b: 360). Anayasanın 153. maddesinde bulunan hüküm de benzer amaca yönelik bir düzenlemedir. Buna göre, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde karamamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanunkoyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez".

Anayasa yargısının demokratik meşruluğu hakkında kolay bir çözüm mevcut değildir. Anayasa yargısının demokratik meşruluğu, ancak pragmatik gerekçelerle, yani mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları yolunda Batı toplumlarında mevcut olan güçlü inançla savunulabilir (Özbudun 2005: 347). Fakat anayasa yargısının demokratik meşruluğu sorununu tam bir çözüme kavuşturmak güçtür. Bunun için de anayasa yargısının meşruluğunu güçlendirici öneriler üzerinde düşünmek ve tartışmak sorunun çözülmesi yönünde katkı sağlayacaktır.

Anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendirmenin en önemli yollarından biri, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda ulusal iradeye yer verilmesi; diğeri ise, demokrasinin işlerliğini sağlayacak hak ve özgürlüklerin korumasının sağlanmasıdır (Arslan 2004: 131).

Anayasa yargısının demokratik meşruluğunu artırmaya yönelik

tedbirleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan biri anayasa mahkemeleri üyelerinin belirlenmesinde ulusal iradeye yer vermektir. Ancak Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde ulusal iradeye ağırlık vermek, bu meşruluğu sağlamada tek başına yeterli değildir. İkincisi anayasa mahkemelerinin temel siyasi tercihleri ilgilendiren alanlarda aktivist bir tutum yerine kendini sınırlama yaklaşımı izlemesidir (Turhan 2006: 57). Üçüncüsü ise anayasa mahkemelerinin, bireyi devlet karşısında koruyan özgürlükçü bir yaklaşım benimsemesidir (Arslan 2005a: 52).

Demokratik meşruiyet tartışmasının özünde üyelerinin tamamı atanmış kişilerden oluşan bir organın, demokratik süreç içerisinde seçimle oluşan yasama organının iradesini geçersiz kılıp kılamayacağı bulunur (Atar 2010: 8). Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde ulusal iradeye yer verilmekle, mahkemenin demokratik meşruiyetini kuvvetlendirmek amaçlanır. Anayasa yargısını kabul eden birçok ülkede, anayasallık denetimi yapan yargı organlarının oluşumunda yasama organlarına değişen ölçülerde yetki verildiği ve kimi ülkelerde hâkimlerin görev sürelerinin kısıtlandığı görülür (Başlar 2005c: 87-112).

Anayasa Mahkemesi üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi yöntemi, kimi yazarlar tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi etkilere açık hale geleceği ve bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyeceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir (Gönenç 2011: 24). Kemal Gözler, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde parlamentoların etkin olmasının anayasa yargısına meşruluk kazandırmayacağını, hatta Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi durumunda dahi bu sorunun çözümlenemeyeceğini belirtmektedir. Üyelerin tamamının doğrudan halk tarafından seçilmesi durumunda da iki sorunun ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bunlarda birincisi, artık ortada bir yargı organı değil, bir siyasi organ vardır ki, bu durumda bu organ tarafından yapılan denetim yargısal değil, siyasi denetim olacaktır. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi üyelerinin halk tarafından seçilmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi normal yasama organının üstünde, süper bir komisyon haline dönüşecektir ki, bu durum ne anayasacılık, ne kuvvetler ayrılığı, ne de demokrasi bakımından gereklidir (Gözler 2006: 141-2).

Mehmet Turhan'a göre, hâkim seçiminde siyasi partilerin etkin olması durumunda tercihlerin partizanca yapılacağı yetersiz bir savdır.

Çünkü siyasi partiler demokrasinin vazgeçilmez unsurları olup ulusal iradenin taşıyıcılarıdır (Turhan 2006: 59). Zühtü Arslan'a göre de, yasama organının Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi, ne kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır, ne de anayasa yargısının siyasallaşmasına yol açacak bir durumdur. Zira yasama organının kendi kararlarını denetleyecek ve geçersiz kılabilen bir kuruma üye seçmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin tamamlayıcı unsuru olan "kontrol ve denge" mekanizmasının gereğidir. Diğer yandan yasama organının Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesinin anayasa yargısını siyasallaştıracağı iddiası da gerçekçi değildir. Çünkü anayasa yargısı niteliği gereği zaten siyasidir (Arslan 2005a: 31).

Anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetini güçlendirecek ikinci faktör, anayasa mahkemelerinin, siyasi program ve değer yargılarına ilişkin konularda "kendi kendini sınırlama" ilkesini benimserken, temel hak ve özgürlükleri genişletmek adına "aktivist" bir tutum izlemesidir (Özbudun 2005: 350). Yargısal aktivizm hâkimlerin kamu politikalarını etkilemek için baktıkları davalarda hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme istekleri anlamına gelmektedir (Atar 2010: 8). "Yargısal aktivizm" (*judicial activism*) ve yargının kendi kendini sınırlandırması (*judicial restraint*) kavramları anayasa yargısını benimseyen ülkelerde sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak Türk Anayasa Mahkemesi açısından bu sorun daha da ağırlık kazanmaktadır (Özbudun 2007c: 264). Zira Türk Anayasa Mahkemesi temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizm sergilemektedir (a.g.y.; Atar 2010: 9).

Yargısal aktivizmin, insan haklarının genişletilmesi ve hukukun üstünlüğünün etkin bir şekilde korunmasıyla sınırlı kalmak kaydıyla, anayasal demokrasinin gelişmesine katkıda bulunabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır (Atar 2010: 9). Ayrıca hâkimlerin karar verirken geleceğe yönelik yapmış oldukları yorumların, kural koyma olarak algılanmasının mümkün olmadığını, dolayısıyla aktivist bir nitelik taşımadığını; hâkimlerin, vermiş oldukları kararlarda vurguladığı hususlarda yasama organına sadece nasıl kural koyması gerektiği hususunda mesaj verme etkisinin olabileceğini savunanlar da mevcuttur (Hakyemez 2009: 36-37). Nitekim belli dönemlerde kamu politikalarını ciddi şekilde etkileyen Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi birkaç mahkeme dışında, Batı ülkelerindeki anayasa mahkemelerinin yar-

gısal aktivizmi, genellikle insan hakları ve hukuk devletinin korunması ve genişletilmesi amacına yöneliktir (Atar 2010: 9).

Anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetini güçlendirecek üçüncü tedbir ise anayasa mahkemelerinin bireyi devlet karşısında koruyan özgürlükçü bir yaklaşım benimsemesidir (Arslan 2005a: 52). Ancak bununla kastedilen anayasa mahkemelerinin kanunkoyucu gibi hareket etmesi değildir. Bu anlamda Amerikan Yüksek Mahkemesi, iyi bir örnek teşkil eder. Çünkü mahkemenin yeni haklar "keşfetmesi", meşruluğu devam ettiren bir unsur olarak değerlendirilmektedir (a.g.y.: 52-53). Turhan'a göre anayasa mahkemelerinin hak ve özgürlükler konusunda aktivist bir tutum izlemesi demokrasinin güçlenmesi açısından olumlu olacaktır. Anayasa yargısının meşruluğunu sağlayan en önemli konu, temel hak ve özgürlüklerin bu yolla korunmasıdır. Eğer anayasa yargısı bu fonksiyonu demokratik bir toplumda olması gerektiği gibi yerine getiremiyorsa, meşruluk temelini yitirecektir (2006: 62).

Türkiye'de 2010 yılında anayasada yapılan değişikliklerle birlikte Anayasa Mahkemesi'nin demokratik meşruluğunu sağlama konusunda önemli bir değişiklik yapılmıştır. 1982 Anayasası'nın 2010 değişikliklerinden önceki haline göre Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden oluşmaktaydı. "Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulu'nun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer" (m. 146/1). Bu madde gereğince Anayasa Mahkemesi'nin tüm üyeleri cumhurbaşkanı tarafından seçilmekteydi. Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde kullanılan bu usul, demokratik olmadığı ve Avrupa uygulamasından çok uzak olduğu gibi gerekçelerle eleştirilmiştir (Kaboğlu 2000: 34). Hatta anayasa değişikliği için öneriler içeren çalışmalarda da bu konu üzerinde durulmuştur. Örneğin Ergun Özbudun başkanlığındaki bir komisyonun hazırladığı anayasa önerisi ile Türkiye Barolar Birliği'nin hazırladığı 2007 tarihli anayasa önerisinde bu yönde hükümlere yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 2004 yılında hazırladığı bir anayasa değişikliği önerisinde,

TBMM tarafından Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilmesi öngörülmüştür. Nihayet 2010 yılında anayasada yapılan değişiklikle birlikte bu konu kısmi de olsa yeniden düzenlenmiştir. Mahkemenin on dört üyesinin cumhurbaşkanı, üç üyesinin ise TBMM tarafından seçilmesini öngören bu düzenleme, anayasa yargısında meşruluğu artırmaya yönelik bir düzenlemedir.¹ Dolayısıyla Cumhurbaşkanı bu değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamını değil, ancak büyük bir kısmını seçecektir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 17 üyesinden 14'ünü seçme yetkisinin cumhurbaşkanına verilmesine karşılık, TBMM'ye üç üyeyi belirleme görevi vermek özellikle meşruluk konusundaki tartışmaları sonlandırmada yeterli olmayacaktır. Üstelik bu üç üye TBMM tarafından doğrudan da seçilmemektedir. Bu noktada yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi yetkisini, yüksek mahkemeler (on bir üye), TBMM (yedi üye) ve cumhurbaşkanı (iki üye) arasında paylaştıran 1961 Anayasası'nın (m. 145/1) da gerisinde kalmıştır. Her ne kadar bu durumun eleştirilmesi mümkün ise de, cumhurbaşkanının 2007 değişikliğiyle birlikte, doğrudan halk tarafından seçileceği göz önüne alındığında, yapılan değişikliğin eski düzenlemeye göre daha demokratik olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç

Günümüzde demokratik rejimlerin olmazsa olmaz unsurlarından birisi olarak kabul edilen hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından biri ve hatta en önemlisi bağımsız ve tarafsız bir yargıdır. Çünkü hukuk devleti en basit tanımıyla, her türlü eylem ve işlemi hukuka uygun olan devlettir. Başka bir ifadeyle her türlü eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranmak zorunda olan devlettir. İşte bir devletin eylem ve iş-

1. Bu değişikliğe göre "Anayasa Mahkemesi on yedi üyeden kurulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulu'nun kendi başkan ve üeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur" (m. 146/2).

lemlerinde hukuka uygun olarak davranıp davranmadığını kontrol etmenin en iyi yolu da bu eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi tutmaktır. Yargı denetiminin de bir anlam ifade edebilmesi için yargının bağımsız olması ve tarafsız bir denetim yapması gerekmektedir. Bağımsız ve tarafsız bir yargı oluşturmanın yolu da her şeyden önce bu konuda normatif düzenlemeleri yapmak ve güvenceleri sağlamaktan geçmektedir.

Yargının demokratik meşruiyetinin temelinde kanuna bağlılık vardır. Kanunlar parlamentonun iradesini temsil eder, bu sebeple de demokratik meşruluğa sahip olur. Kanunları somut olaylara uygulamakla görevli olan yargı organı bu suretle dolaylı yoldan da olsa, demokratik meşruluğa sahip olacaktır. Ancak kanunları somut olaylara uygulayan yargı işlevi, doğası gereği, belli ölçüde hukuk yaratma ile sonuçlanır. Bir ölçüde kanun yapmakla aynı sonuç ortaya çıkmakla beraber, yargı organının halka karşı sorumlu olmaması demokratik meşruiyet açısından sorunlu olmaktadır. Bu konuda çözüm olarak, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, duruşmaların aleniyeti, kararların gerekçeli olması ve kanun yoluna başvurma gibi bazı ilkeler benimsenmiştir. Dolayısıyla yargının demokratik meşruiyetini sağlamanın temelinde, yargıyı demokrasinin gereklerine uymaya zorlamak ve tarafsızlığını sağlamak vardır (Sancar ve Atılğan 2009: 37-38).

Yargı bağımsızlığı özellikle yasama ve yürütme organlarının baskı ve müdahalelerine karşı hâkimlerin korunmasını ifade ettiğine göre bu ilkenin yasama ve yürütmenin kolaylıkla değiştiremeyeceği kurallarla güvence altına alınması gerekmektedir. Yani hâkimi baskı ve müdahalelere karşı koruyacak yasal ve anayasal mekanizmaların kurulması gerekir (Gönenç 2011: 12).

Yargının fonksiyon gaspı şeklindeki davranışlardan uzak durması, bu yönde önlemlerin alınması oldukça önemlidir. Bu konuda alınabilecek en işlevsel önlemin de yargının hesap vermesini sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesiyle mümkün olacağı şüphesizdir. Hesap verme şeffaflığın, şeffaflık ise demokrasinin bir sonucudur. Bundan dolayı yargı kararları aleni ve üst mahkemenin denetimine tabi olmalıdır. Hâkimler yaptıkları her idari eylem ve işlemin mevzuat referansını ve gerekçesini ayrıntılı bir şekilde açıklamalıdır. Verilen kararlar tartışmaya açık olmalıdır. Yani, yargının bağımsız olması onun hesap vermek zorunda olmaması anlamına gelmemelidir.

Yasama ve yürütme organları başta olmak üzere, toplumu oluşturan

ran tüm katmanların evrensel hukuku da referans alarak ortak bir akıl çerçevesinde yargının demokratik meşruiyetini güçlendirecek yasal ve anayasal düzenlemelerin oluşturulması için çaba göstermesi gerekmektedir. 1982 Anayasası'nda her ne kadar 2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'nin ve HSYK'nın oluşumunda demokratik meşruiyetin güçlendirilmesi adına birtakım olumlu düzenlemelere yer verilmiş ise de, bu düzenlemelerin uzun vadede ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğunu söylemek mümkündür.

Günümüzde birçok ülkede anayasa yargısı kabul edilmiş olmakla birlikte bu yargı kolunun demokratik meşruiyeti konusu, teorik ve pratik açıdan tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Demokratik meşruiyet tartışmasının özünde ise, bir yargısal organın, üyelerinin tamamı atanmış kişilerden oluşan bir organın, demokratik süreç içerisinde de seçimle oluşan yasama organının iradesini geçersiz kılıp kılamayacağı bulunmaktadır (Atar 2010: 8).

Halkın iradesini temsil eden TBMM'nin yaptığı kanunları anayasa-ya uygunluk açısından denetleme yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda, doğrudan veya dolaylı olarak milli iradeye dayanılması mahkemenin demokratik meşruiyetini kuvvetlendirecektir.

Anayasa mahkemelerinin demokratik meşruluğuna katkı sağlamak ve onları anayasal sisteme en uygun hale getirebilmek için çeşitli araçlar vardır. Bugüne kadar anayasa yargısı organlarını siyasi sisteme uyumlu hale getirebilmek için uygulanan yöntemler esas itibarıyla Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin seçiminde parlamentoya yetki vermek, hâkimlerin görev sürelerinin sınırlandırılması, mahkemelerin yargısal aktivizmden vazgeçip kendini sınırlama yolunu seçmesi ve anayasa şikâyetidir (Yolcu 2009).

Anayasa Yargısının Meşruluğu

Ece Göztepe

Giriş

YASALLIK, devletin eylem ve işlemlerinin pozitif hukuka uygunluğu olarak anlaşılırken, meşruluk, devlet iktidarının kullanılma biçimlerinin genel bağlayıcı kurallar aracılığıyla haklılaştırılmasıdır. Bu anlamda meşruluk, yasallığı aşan bir niteliğe sahiptir ve son kertede devlet iktidarının neden bağlayıcı kabul edildiğinin ifadesi olarak anlaşılabilir. Etik - hukuki bir kavram olarak meşruluk, zamana bağlı ve gö-reli bir kavram olarak karşımıza çıkar; bir toplumun değer tahayyülünden, devlete yüklenen işlevden ya da devletin amacından bağımsız değildir (Würtenberger 2004: 677-9). Bu anlamda anayasa yargısının pozitif hukuk kaynağı, anayasa yargısının meşruluğu sorusunu önceler ve bu kısa yazı kapsamında her iki boyutun karşılıklı olarak ele alınması zorunludur.

Öte yandan kavramlar, kullanıldıkları tarihsel ve toplumsal bağ-lamla şekillendikleri gibi, tarihle birlikte evrilirler. Bu nedenle bir kavramın içeriğini belirlerken, fikirle olgu arasındaki tarihsel salınım da dikkate alınmak zorundadır. Bunun yanında tarihsel deneyim ve beklentiler de bir kavramın kapsamını ve sınırlarını belirlemede önemli etkenlerdir. Anayasa yargısı kavramı ve kurumunun Türkiye'de geçirdiği evrim, sözü edilen bağlamsal gelişim için mükemmel bir örnek teşkil etmektedir.

Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı hemen her ülkede, bu denetimi yapan mahkemenin ve kararlarının demokratik meşruluğu, değişik oranda tartışma konusudur ve normaldir. *Marbury - Madison* davasından bu yana Amerikan literatüründe "çoğunluk kar-

şıtı zorluk" (*counter-majoritarian difficulty*) kavramı etrafında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court*) anayasal yargı denetiminin meşruiyeti tartışılmaktadır.¹ Son on yılda Türkiye'de yaşanan anayasa yargısının meşruiyeti tartışmaları da, Amerikan gerçekliğinin sonucunda doğmuş olan bu kavram tarafından şekillendirilmiştir. Oysa her ne kadar genel anlamda anayasa yargısının meşruluğundan bahsedilse de, gerçekte bu mesele, her bir hukuk düzeni içinde, anayasa yargısı görevini üstlenmiş mahkemenin yapısı, yetkileri, kararları, kısacası kendi özgüllüğü içinde değerlendirilmesi gereken bir sorundur. ABD ya da İsrail'de olduğu gibi, hukuk sistemindeki en üst temyiz mercii olan bir Yüksek Mahkeme'nin içtihat yoluyla anayasal yargı denetimi yetkisini kendisinde gördüğü bir sistemle, merkezileşmiş anayasa yargısının anayasa normlarıyla tesis edildiği sistemler arasındaki benzerlikler gerçekte son derece azdır. Bu nedenle de Amerikan literatüründeki "çoğunluk karşıtı zorluk" tartışmasının, Kıta Avrupası'nda anayasa yargısının meşruluğu tartışmalarına aktarılabilme kapasitesi çok sınırlıdır.² Bunun yanında anayasa yargısının bir bütün olarak meşruluğunun ya da anayasa mahkemesi in varlığının değil, Almanya ya da İspanya gibi Anayasa Mahkemesi'nin tekil kararlarının derinlemesine tartışıldığı, kararların yönetsel analizinin yapıldığı ya da Mahkeme'nin yetkilerini aşıp aşmadığının tekil kararlar üzerinden tartışılmakla yetinildiği ülke örnekleri de vardır. Ama Türkiye'deki tartışmalarda bu örneklerin dikkate alınmasına fazlaca rastlanmamaktadır.

Anayasalar sadece bir hukuk sistemindeki en üstün normlar değildir. Anayasalar aynı zamanda siyasal sistemi düzenleyen, bu anlamda politikanın bir parçası olan normlar bütünüdür. Anayasaların arkasında siyasal bir sistem mevcuttur; aynı şekilde siyasal sistemin ve organların arkasında da anayasa yer alır. Bu nedenle anayasalar hukukla politikayı birleştiren, buluşturan metinlerdir. Hukuk düzeni siyasal kararların sonucu olduğu için hukukun siyasallığı kadar, siyaset de mevcut hukuk normları çerçevesinde gerçekleştiğinden siyasetin de hukukileşmesi söz konusudur. Modern anayasal devletler sözü edilen karşılıklılığın bir sonucudur; anayasa ve siyaset birbirinin meşruluk kaynağı ve aracıdır. Bu ikiliğin kurallarının nasıl korunacağı her ülkenin kendi siyasal geleneklerine ve temsili demokrasinin işleyiş ilkelerine

1. Sadece en ünlü örnekler için bkz. Bickel 1986; Kramer 2004; Tushnet 2000.

2. Aynı yönde bkz. Möllers 2011: 289.

duyulan güvene göre değişmektedir. İskandinav ülkeleri, Avustralya, Hollanda ya da klasik Westminster sistemi bu dengenin korunmasını siyasal sürecin aktörlerine bırakırken, totaliter ya da otoriter siyasal deneyimler yaşamış ülkeler (Almanya, İtalya, İspanya, Türkiye, Latin Amerika ve Doğu Avrupa ülkeleri) bu dengenin korunmasını siyasal sürecin dışında bir mahkemeye vermeyi tercih etmektedirler (Möllers 2011: 309 vd). Dolayısıyla anayasa yargısı konusundaki ampirik veriler, anayasa yargısının anayasal demokrasinin ayrılmaz parçası olduğunu iddia etmeyi mümkün kılmamakta, ama bazı anayasal demokrasilerin kurucu unsurunun anayasa yargısı olduğu gerçeğini de değiştirmemektedir.

Anayasa yargısının tarihi, anayasa yargısının sınırları üzerine sürdürülen tartışmaların tarihidir (Alleweldt 2006: 1). Ancak bu sınır tartışması sadece yasakoyucu ile anayasa mahkemeleri arasında değil, özellikle Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyeti yoluyla bireysel başvuru hakkının tanındığı ülkelerde, diğer yüksek mahkemelerle anayasa mahkemesi arasında da yaşanmaktadır. Dolayısıyla hangi siyasal ve anayasal meselenin nihai olarak kim tarafından nasıl karara bağlanacağı kadar, temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında, yani bunların koruma alanlarının belirlenmesinde, hangi mahkemenin ne oranda yetki sahibi olduğu da aynı oranda tartışmalı ve henüz gerçek anlamda çözülememiş bir konudur.

Anayasa yargısının meşruluğu sorununu bütün veçheleriyle ve karşılaştırmalı biçimde bir makalenin sınırlı kapsamında ele almak ve tartışmak olanaksız. Bu yazıda amaçlanan, okuyucuların konu hakkında bir önbilgileri olduğu varsayımından hareketle, Türkiye'deki tartışmanın ana argümanlarını ele almak ve bunları sorgulamaktır. Öte yandan anayasa yargısının anayasal bir demokrasi için kaçınılmazlığı ve meşruluğu tezi savunulurken bu durum, Türk Anayasa Mahkemesi'nin bütün kararlarının olumlandığı, eleştirilmediği biçiminde anlaşılmamalıdır. Bu makalenin yazarı da en az anayasa yargısı karşıtları ya da kuşkucuları kadar Türk Anayasa Mahkemesi kararlarını mercek altına almakta, Mahkeme'nin bazı kararlarındaki yöntem, argümantasyon ve sonucu eleştirmektedir. Ancak bu makalenin sınırları içinde anayasa yargısı Türk Anayasa Mahkemesi özelinde değil, anayasal demokrasi çerçevesinde incelenmekte olduğundan, tezlerin bununla sınırlı kavranması yerinde olacaktır.

I. Anayasa Yargısının Normatif Kaynağı

1876 Anayasası'ndan bu yana, 1921 Anayasası hariç, bütün Osmanlı-Türk anayasaları, anayasanın üstünlüğü ilkesini benimsemiştir ve katı bir anayasa olma niteliğini taşımaktadır. 1876 Anayasası'nın 115. ve 116., 1924 Anayasası'nın 102. ve 103., 1961 Anayasası'nın 8., 9. ve 155. ile 1982 Anayasası'nın 4., 11. ve 175. maddeleri bu ilkelerin normatif ifadeleridir. Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası hem 4. maddeyle değiştirilemez ilkelerin kapsamını önceki anayasalara oranla genişletmiş, hem de 175. maddeyle anayasa değişikliği yapma yetkisini farklı çoğunluklara göre TBMM, cumhurbaşkanı ve seçmenler arasında paylaşmıştır. 11. madde ise anayasanın normlar hiyerarşisindeki en üst norm özelliğini vurgulamanın yanı sıra, Anayasa hükümlerinin sadece devlet organlarını değil, aynı zamanda diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu belirtmekte, anayasanın dikey ve yatay bağlayıcılığını vurgulamaktadır. Sorun, Anayasanın normatif olarak öngördüğü bu kuralın ihlal edilip edilmediğinin nasıl denetleneceği konusunda düğümlenmektedir.

Hem genel nitelikteki, hem de anayasa değişikliğine ilişkin kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamak için değişik çözümler üretilmiştir.³ Yaptırım gücü en az olan tedbir, hiç kuşkusuz manevi ve siyasi bağlayıcılığı olmakla birlikte, hukuki alanda karşılığı olmayan, anayasanın millete, vatanseverlere, bilinçli yurtsever yurttaşlara emanet edilmesidir (Örneğin 1791 Fransız Anayasası m. 8; 1848 Fransız Anayasası m. 110; 1975 tarihli Yunanistan Anayasası'nın 120. maddesi ile 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 20. maddesi (direnme hakkı); 1946 tarihli Japon Anayasası'nın 97. maddesi). Devlet gücünü kullananların göreve başlarken anayasaya bağlılık yemini etmesi (AY m. 81 ve 103); iki meclisli bir sistemle siyasal organların birbirini karşılıklı olarak denetlemesinin sağlanması; kanunların halkoyuna sunulması (AY m. 175); yasama meclisi komisyonlarının kanun tekliflerinin anayasaya uygunluğunu öndenetim konusu yapması (TBMM İçtüzüğü m. 38); cumhurbaşkanının kanunları tekrar görüşülmek üzere Meclis'e geri

3. Bu çözümler, manevi-siyasal bağlayıcılığı olan tedbirler, siyasal organlar ve yargısal organlar tarafından gerçekleştirilen tedbirler olmak üzere üç başlık altında incelenebilir. Tasnif için bkz. Feyzioğlu 1951: 13 vd. Anayasa yargısının Türkiye'deki gelişimi için ayrıca bkz. Onar 2003 ve 2006.

göndermesi (AY m. 89) ya da kanun tasarılarının uzman kurumlardan yararlanılmak suretiyle çıkarılması bu türden yaptırımsız, anayasaya saygı duyulmasını sağlamaya yönelik diğer araçlardır. Ama yasama organı (bunu parlamenter sistemlerde çoğunluk desteğine sahip yürütme organı olarak okumak da mümkündür) kendisine Anayasayla konmuş olan esas ve usul kurallarını ihlal ederse, bu ihlalin hukuki alandaki etkisi ne olacaktır?

Anayasanın üstünlüğü ilkesi, anayasa metninin normal kanunlara göre daha farklı bir prosedürle değiştirilmesi zorunlu olsa bile, ancak kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili bir organın varlığıyla anlam kazanır. Kanunların anayasaya uygunluk denetimini ise hukuki denetim yapabilecek konumda olan bir organ, yani bir yargı organı yapmalıdır. Çünkü siyasi nitelikli bir heyet bu denetimin işlevini yerine getirecek nitelikte değildir. Zira kanunların anayasaya uygunluğu meselesi siyasi değil, öncelikli olarak hukuki bir meseledir (Feyzioğlu 1951: 24). Burada dikkat çekilmesi gereken nokta, demokratik süreçler sonucunda oluşmuş kanunların bir yargı organı tarafından denetiminin kabul edilmesinin demokratikleşmenin otomatik bir sonucu olmadığı gibi, tartışmasız da olmadığıdır. Demokratik gelenek ve süreçlere güven ne kadar azsa, siyasal aktörler iktidar yoğunlaşmasına ne kadar çok eğilimli iseler, siyasal karar alma süreçlerinin sistemin değerlerine uygunluğunun denetimi de o ölçüde önem kazanmaktadır. Ampirik olarak bu denetimin mahkeme niteliğini haiz bir organa verilmesi de o ölçüde tercih edilmektedir.

Her ne kadar 1920 tarihinde kurulan Avusturya Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasa uygunluk denetiminin ilk örneği olarak gösterilse de, soyut norm denetimi, daha bu Mahkeme kurulmadan çok önce 1858'de Venezüela ve 1910'da Kolombiya Anayasalarında yerini almıştır (Ferrerres Comella 2009: 161 dn. 2). Bu düzenlemelerin hangi teorik tartışmalardan türediğine ya da beslendiğine ilişkin elimizde somut bir veri olmasa da, aşağıda değinilecek olan Abbé Sieyès'in 1795 tarihli *Jury Constitutionnaire* önerisinin Latin Amerika'ya fikirselleşmesi hiç de olasılık dışı değildir. Kıta Avrupasında uygulanan anayasa yargısı sisteminin fikir babası ise hiç kuşkusuz Avusturyalı büyük hukukçu Hans Kelsen'dir.⁴

4. Hans Kelsen'in en temel eserleri arasında sayılabilecek olan *Allgemeine Staatslehre* (Devletin Genel Teorisi) ve *Reine Rechtslehre* (Saf Hukuk Teorisi) kitap-

Kelsen'de Demokrasi Düşüncesi ve Anayasa Yargısı

Kelsen anayasa yargısının işlevini ve hukuk sistemi için taşıdığı önemi, öncelikle anayasa kavramını açıklayarak incelemektedir. Anayasa devletin temelidir ve devlet yoluyla kurulan düzen anayasaya dayanır. Siyasal iktidarın dayandığı temel ilkeler, organlar, yasama sürecinin ilkeleri anayasadan doğmaktadır. Anayasaların sadece bu biçimsel çerçeveyeyle yetinmeyip yasaların maddi içeriğiyle ilgili kurallar da öngörmesi halinde (ki bununla kastedilen temel hak ve özgürlükler kataloğunun anayasalarda yer almasıdır) Kelsen maddi anlamda anayasadan bahsetmektedir. Çünkü bu yolla yasakoyucuya sadece yasaları nasıl yapacağı değil, yapacağı yasaların hangi sınırları aşamayacağı, hangi hakları ortadan kaldıramayacağı yönünde bir direktif verilmekte ve kendisine sınır konmaktadır (Kelsen 1929: 36 vd). Kelsen bu bağlamda hukuk ve siyaseti birbirinin karşıtı olarak anlamamakta, anayasayı işlevsel bir şekilde tanımlayarak anayasanın asli işlevinin siyasal iktidar ilişkilerinin düzenlenmesi olduğunu belirtmektedir. Bu anlayışa göre anayasa, çoğulcu bir toplumda, siyasal gruplar arasındaki yarış ve "kavgı"yı rasyonel, öngörülebilir, çerçevesi çizilmiş ve önceden belli sınırlara çekerek bunlara bir sınır koyan ve birbiriyle uzlaşmaz görünen siyasal çıkar çatışmalarına minimum bir tartışma zemini hazırlayan işlevsel bir belgedir. Bu nedenle Kelsen için önemli olan, herhangi bir azınlık kriteri fark etmeksizin azınlık olma halinin anayasa tarafından korunması ve gücü sınırsız bir çoğunluk demokrasisi karşısında bu çoğunluğun egemen olmasının engellenmesidir. Dolayısıyla, Kelsen'in çoğulculuktan anladığı ilk şey, azınlığın yok olmasının ve sesinin bastırılmasının yine birden çok anayasal organ tarafından engellenmesidir. Bu nedenle Carl Schmitt'in tezinin aksine, anayasa yargısı demokrasinin karşısında yer almaz, aksine, çoğulcu demokrasinin garantisidir ve özellikle de soyut norm denetimi, azınlıklara tanınan bir hak olmalıdır.⁵

larının Türkçeye kazandırılmamış olması büyük bir eksikliktir. Bu durum, Kelsen'e yapılan atıfların genellikle ikincil kaynaklara dayanmasına ve bazı hallerde atfın bağlamından kopuk yapılmasından dolayı Kelsen'in fikirlerinin bütünlüğünün tahrif edilmesine yol açmaktadır. Elbette bu eleştiri, Kelsen'in anılan eserlerinin yabancı dildeki çevirilerinin kısmi okunmasından kaynaklanan tahrifler için de geçerlidir. Bu nedenle anayasa yargısının fikir babası Kelsen'in teorik argümanlarının iç tutarlılığı gözetilerek aktarılması büyük önem taşımaktadır.

Anayasanın korunmasının en etkili yolu ise anayasa aykırı normların ortadan kaldırılmasına olanak tanıyan bir yaptırım mekanizmasıdır ki, Kelsen'e göre bunu en iyi şekilde yerine getirecek olan, yasama organı dışında kalan ve diğer bütün devlet organlarından bağımsız hareket etme kapasitesine sahip bir organdır. Kelsen bu yaptırımı uygulayacak makam olarak anayasa mahkemesini ortaya koyarken, muhtemel itirazlara, normlar hiyerarşisinin mantıksal sonuçlarını ortaya koyarak adım adım cevap vermektedir:

Birinci itiraz, anayasa mahkemesinin varlığının parlamentonun, daha da ötesi halkın egemenliği ilkesine aykırılık teşkil edeceğidir. Kelsen bu itiraza şöyle yanıt vermektedir: Egemenlik tek tek devlet organlarına ait değildir, olsa olsa devletin egemenliğinden bahsedilebilir. Ayrıca yasama organının eylem ve işlemlerinin çerçevesi ile içeriği anayasada, tıpkı diğer devlet organları için olduğu gibi, belirlenmiştir. Dolayısıyla yasaların anayasaya uygun olması talebi, yargının yasalara, idari işlemlerin de yasalara ve anayasaya uygun olması gerektiği ilkesinden farklı bir nitelik arz etmemektedir. Kelsen yasama organının egemenliği ilkesinin olsa olsa, parlamentoda tecelli eden siyasal iktidarla desteklenebileceğini kabul etmekle birlikte, bu argümanın hukuki değil, ancak siyasal bir itiraz olabileceğini belirtmektedir.

İkinci itiraz, kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasa yargısı yoluyla ihlal edileceğidir. Kelsen bu itirazın çok basit bir denkleme dayandığını, yani basitçe bir devlet organının işleminin bir başka organ tarafından kaldırılması biçiminde formüle edildiğini belirterek, bu basitliğin ne kadar yanlış olduğunu söyleyerek işe başlamaktadır. Çünkü her ne kadar yasama işlemlerini anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle ortadan kaldırabilen organ bir mahkemeyse de (anayasa mahkemesi), bu organı sadece klasik anlamda bir mahkeme olarak görmek mümkün değildir. Yasama ile yargıyı işlevsel anlamda ayırdığımızda yasama genel, yargı ise bireysel düzeyde norm koyma faaliyeti olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla bir mahkemeye yasaları iptal etme yetkisi tanındığında yapılan, mahkemeye genel norm koyma yetkisinin verilmesidir. Çünkü bir yasanın iptal edilmesi tıpkı bir yasanın yapılmasındaki genel karaktere sahiptir, yani "negatif anlamda yasakolma"dır.

5. Yani Kelsen eğer bugün 1982 Anayasası'na bakacak olsaydı, iktidar partisi Meclis grubuna iptal davası açma hakkı tanınmasına bir anlam veremeyecekti (AY m. 150).

Kelsen bu nedenle, tezini destekleyici bir biçimde kuvvetler "ayrılığı" (*Trennung*) kavramı yerine, kuvvetler "bölüşümü"nü (*Teilung*) tercih etmektedir. Çünkü kuvvetlerin değişik organlar arasında paylaşılması'nın nedeni, onları birbirinden izole etmek değil, birbirlerini kontrol etmelerini sağlamaktır. Bu yolla hem büyük iktidar yoğunlaşması engellenebilir, hem de kuvvetlerin hukuk sınırları içinde faaliyet gösterip göstermedikleri denetlenebilir (Kelsen 1929: 53-55; 2008: 78 vd).

Kelsen'e göre, bir anayasada, anayasaya aykırı normların ortadan kaldırılması konusunda bir güvence mevcut değilse, teknik anlamda bu anayasanın mutlak bağlayıcılığı konusunda büyük bir eksiklik sözkonusu olacaktır (Kelsen 1929: 78). Kelsen devlet organlarının hukuka uygun hareket edip etmediklerini denetleyen bir kontrol mekanizması oluşturulmasını, demokratik bir devletin en hayati özelliği olarak görmektedir. Çünkü ancak bu yolla parlamentodaki çoğunluğun azınlığın haklarını ihlal etmesi önlenir. Azınlık kavramı ulusal, dilsel, dinsel, sınıfsal vb. her türden azınlığı kapsayabilir. Anayasalarda öngörülen nitelikli çoğunluklar işte tam da azınlıkların onayı olmaksızın asli kararların alınmamasını güvence altına alan mekanizmalardır. Eğer demokrasiyi sınırsız bir çoğunluk yönetimi olarak değil, parlamentoda temsil edilen çoğunluk ve azınlık görüşlerinin daimi bir uzlaşması olarak kavrarsak, anayasa yargısı bu fikri gerçekleştirmenin en iyi araçlarından bir tanesidir (a.g.y.: 81). Kelsen azınlığın anayasa yargısı yoluna başvurabilme olanağının bile çoğunluğun anayasaya uygun hareket etmesini sağlayacağını ileri sürmektedir. Parlamenter rejimde bu yolla azınlığın diktatörlüğüne yol açacağı eleştirilerine karşılık ise, aksi durumda sosyal barış için hiç de daha az tehlikeli olmayan çoğunluk diktatörlüğünün kaçınılmaz olduğunu belirterek yanıt vermektedir.

Kelsen'e göre anayasa mahkemesi, demokrasi karşıtı bir kurum değildir; tam aksine, çoğulcu demokrasinin güvencesidir. Kelsen'in deyişiyle, anayasa mahkemeleri "anayasanın koruyucusu"dur (*Hüter der Verfassung*).⁶ Ama Kelsen, anayasanın koruyucusu olma işlevini üstlenen anayasa mahkemesinin sistemin tek koruyucusu olmadığını önemle vurgulamakta ve "çoğulcu bir demokraside anayasa mahke-

6. Dönemin bir başka ünlü hukukçusu Carl Schmitt ile Kelsen arasındaki bilimsel polemik başlığı da budur. Ancak Carl Schmitt anayasanın koruyucusu olarak cumhurbaşkanını görmektedir. Bkz. Schmitt 1931.

mesi, anayasayı koruyan organlardan sadece bir tanesidir" demektedir. Dolayısıyla Kelsen çoğulcu demokrasiyi, anayasayı ve anayasal düzeni koruyan organların çeşitliliği ve işbirliği açısından ele almakta ve anayasa mahkemesini, anayasayı yorumlama tekeline sahip tek organ olarak kabul etmemektedir. Ayrıca anayasa yargısının hukuku siyasileştirdiği eleştirilerine karşılık olarak, meselenin özüne inerek hukuk-siyaset ilişkisini şaşırtıcı biçimde siyasal bir perspektiften ele almaktadır. Kelsen'e göre çıkar çatışmalarının çözümündeki her eylem son kertede siyasal bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle de sadece yasakoyucunun siyasal bir nitelik taşıdığını, ama yargının siyasal açıdan tarafsız olduğunu iddia etmek yanlıştır. Yasakoyucunun bir yasa yoluyla yargı organlarına çıkar çatışmalarını belli sınırlar için tartma ve sorunu çözme yetkisi vermesi, ona siyasal bir iktidar vermesi anlamını da taşımaktadır. Bu nedenle yargı ile yasakoyucunun siyasal niteliği arasında *niteliksel* değil, olsa olsa *niceliksel* bir fark olabilir. Her hukuki çatışma bir çıkar ve iktidar çatışmasıdır. Bu nedenle her hukuki anlaşmazlık aynı zamanda bir siyasal anlaşmazlıktır. Çıkar, iktidar ya da siyasal çatışma olarak nitelendirilen her çatışma, bir hukuki anlaşmazlık olarak çözüme kavuşturulabilir (Kelsen 2008: 66 vd).

Hukukla Siyaset Arasında

Görüldüğü üzere Kelsen öncelikle hukukla siyasetin bağdaşmazlığı tezine karşı çıkmaktadır. Günümüzde de halen devam etmekte olan bu tartışmanın özü, demokratik ilkelere göre seçilenlerin siyasal karar alma yetkilerinin ne ölçüde sınırlanabileceği, neden içinden doğdukları, yani kendilerinden önce siyasal düzenin çerçevesini çizen kurallar bütününün sınırlarına boyun eğmek zorunda oldukları sorusunda yatmaktadır. Aslında mesele, doğal hukuk ile pozitif hukuk çatışması, ya da düzen ile devrim arasındaki gerilim ilişkisi olarak da okunabilir.

Jean Bodin'den⁷ başlayarak (1530-1596) 16. yüzyıldan 19. yüzyıl sonuna kadar, Hugo Grotius⁸ (1583-1645), Samuel von Pufendorf⁹ (1632-1694), John Locke¹⁰ (1632-1704), Adam Smith¹¹ (1723-1790), Thomas Paine¹² (1737-1809), Thomas Jefferson (1743-1826) ya da

7. *Les Six livres de la République.*

9. *De iure naturae et gentium.*

11. *Lectures on Jurisprudence.*

8. *De jure belli ac pacis.*

10. *Two Treatises of Government.*

12. *Common Sense; The Rights of Man.*

John Stuart Mill¹³ (1806-73) gibi düşünürler, değişik tarihsel bağlamlarda farklı siyasal çatışmaları göz önünde bulundurarak, eserlerinde eski rejimden yeni bir siyasal rejime geçiş arifesinde eskinin sonsuzluğu ve sürekliliği ile yeni siyasal düzenin ilkeleri arasındaki gerilimde, ölümlerle yaşayanlar arasındaki ilişki metaforuyla değiştirilemez normlar içeren bir anayasanın imkânsızlığını ileri sürmüşlerdir. Fikirsal zincir takip edildiğinde, her bir yazarın kopmak istediği geçmişle hesaplaştığı ve yeni düzenin meşruluğunu gerekçelendirmeye çalıştığı görülmektedir. Örneğin Paine'in geçmişle bağlı olmama ve geçmiş kuşakların mirasını üstlenmeme konusundaki kararlılığı, aristokrasiye duyduğu nefretten kaynaklanıyordu (Holmes 1994: 142). Holmes'a göre antikçağdan bu yana temel soru aslında, geçmiş kuşakların gelecek kuşakları kararlarıyla bağlayıp bağlayamayacakları noktasında değil, bağlayıcı normların nasıl meşrulaştırılabileceği noktasında düğümlenmektedir (*a.g.y.*: 144). Çünkü bu düşünürlerde de geçmiş kuşakların gelecek kuşakları bağlayamaması koşulsuz değildir. Grotius ve Pufendorf, bunu takiben Locke, atalarının mirasını kabul eden ve bu yolla mülkiyet (ya da geniş anlamda hak) sahibi olan kuşakların, atalarının bağlayıcı kurallarını da üstlendiklerini kabul etmektedir. Bodin de kralın kendi kendisini sınırlamasını, iktidarının zayıflaması olarak değil, tam aksine iktidarının pekiştirilmesinin aracı olarak görmektedir. Çünkü kral iktidarını gönüllü olarak koşullara/sınırlara bağlamakla, gerçekte istediği amaca ulaşmayı başarmaktadır. Holmes da anayasacılığın sadece iktidar sınırlayıcı değil, aynı zamanda iktidar kurucu ve düzenleyici işlevini göz önünde bulundurarak, anayasalarda yer alan bağlayıcı ilkelerin değişmezliğinin, sadece sınırlama anlamına gelmediğini, aynı zamanda kurucu nitelikleri sebebiyle hak ve iktidarı da olanaklı kıldığını vurgulamaktadır. Halkın kendi kararlarını vermesi anlamında demokrasi, bazı önkoşulların varlığıyla gelecek kuşaklar için de bu yönetim sisteminin varlığını sürdürmesine yardım etmektedir. Holmes'un ironik ifadesiyle, "eğer insanlar ellerini bağlamazlarsa, hiç elleri kalmaması olasıdır" (*a.g.y.*: 153-6) (Tıpkı Odysseus'un, Sirenlerin sesine kapılıp gemisini batırmamak için kendisini gemi direğine bağlatmasında olduğu gibi).

Klasik düşünürler, geçmiş kuşakların gelecek kuşakları bağlamasına, kendi kendini yönetmenin bir öğrenme biçimi olması nedeniyle

13. *Principles of Political Economy.*

ve yeni bilgiler sayesinde hayatına yön verme hakkını engellediği için karşı çıkmaktaydılar. Oysa demokrasinin tözünü oluşturan serbest seçim, bilgi edinme hakkı, toplanma ve ifade hürriyeti, azınlıkların haklarının korunması, tam da demokrasi yoluyla bunların ortadan kaldırılmasına ket vurulmasına ihtiyaç duymaktadır. Eğer demokrasi bir iktidara, kendisini var eden koşulları ortadan kaldırma yetkisi tanır, gelecek kuşakların deneyimleri ışığında hayatını değiştirme yetkisi tümünden ortadan kaldırılacaktır (a.g.y.: 162-3). Bu nedenle katı anayasalar, kurulmuş iktidarları kendilerini seçen seçmenlerin iradesi hilâfına sınırlayan, iktidarlarını kullanmalarına ve vaatlerini gerçekleştirmelerine engel olan değil; tam aksine, siyasal düzenin evrilerek gelişmesine olanak tanıyan temel ilkelerdir. Varlıklarının son bulması ve siyasal düzenin değişmesi ise, bireyle ulus arasındaki bağlam yeniden kurgulanmaya ihtiyaç gösterdiğinde gerçekleşecektir.

II. Fransız Devrimi'nde Ulus Egemenliği Fikrinin Anayasa Yargısıyla İlişkisi

Fransız Devrimi'nin, monarka karşı mutlak üstünlükle donatılan parlamentonun zaferiyle sonuçlandığı, bu nedenle de yasama organını denetleyebilecek bir organ fikrinin bu yapıda yeri olmayacağı görüşü, özellikle Türk hukuk literatüründe, Rousseau'nun genel irade teorisinin çarpıtılması ve bağlamından kopartılması kadar sık rastlanan bir olgudur. Oysa 1789 Fransız Devrimi sonrasında yasama organının işlemlerinin yargısal denetimi fikrinin hiçbir biçimde düşünülmeyeceği tezi, ancak 1789 sonrasındaki ilk yıllar için doğrudur. Ancak 1791 sonrasında Kurucu Meclis'teki tartışma ve önerilerden, devlet iktidarını kullanan organların yetkilerini birbirlerine ve halka karşı sınırlamanın gerekli olduğu fikri giderek ağırlık kazanmıştır. Bu anlamda Sieyès'in önerisi, bir anda hiçlikten doğan bir öneri olmayıp çok boyutlu bir tartışmayı konsantre hale getiren bir öneri olarak değerlendirilebilir.¹⁴ Sieyès'in öncülü niteliğindeki önerilere, 1789'da Abbé Brun de la Combe'un iktidarın kötüye kullanılmasını engellemek için düşündüğü "Senato";

14. Sieyès'in, özellikle Fransız Devriminin ilk on yılında anayasa yargısının öncülü kabul edilebilecek anayasal önerilerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Goldoni 2012.

1791'de Roberspierre'in devlet iktidarının kötüye kullanılması halinde Ulusal Meclis'e başvurulmasını öngören önerisi; yine 1791'de La Chapelier'in aynı işlevi görmesi düşünülen "Assemblée de révision" kurumu; 1793'te Hérault de Séchelles'in önerdiği ve yurttaşları yasama ve yürütme organının baskılarına karşı korumakla yükümlü "Grand jury national" önerisi ya da 4 Aralık 1793'te kendisi Terör'ün kurbanı olan Kersaint'in "Tribunal de censeurs"ü örnek verilebilir (bkz. Robbers 1987: 253).

Sieyès ve "Anayasa Jürisi"

1795 yılında, Devrimin önemli isimlerinden olan Sieyès ise, "Anayasa Jürisi" (*Jury Constitutionnaire*) önerisiyle yasama organının işlemlerinin denetlenmesi fikrini dile getirmiş, ama siyasal olarak bu önerisinde başarılı olamamıştır. Sieyès'i bu fikir üzerine düşünmeye iten nedenler, bugün bile hâlâ anayasa yargısının meşruiyeti ve demokrasiyle ilişkisi hususunda ortaya atılan tezlere kaynaklık edecek niteliktedir.

Ulus/halk egemenliği fikri, modern devletlerin oluşum sürecinde özgürlükleri tehdit eden unsurlar esas alındığında, ülkelere ve tarihsel bağlama göre farklılıklar göstermiştir. Örneğin *Glorious Revolution* (*Şanlı Devrim*) sırasında ve sonrasında İngiltere'de, bu tehdidin monarktan kaynaklanacağı düşünülürken, Fransız Devrimi sonrasında bu tehdidin kaynağı mahkemelerde görülmüştür. Bu tehdit kaynağının İkinci Dünya Savaşı sonrasında ya da 1989 Doğu Bloğunun yıkılması ertesinde parlamenter çoğunluklara kaydığını söylemek yanlış olmayacaktır (Ginsburg 2003: 2; 96-105). Fransız Devrimi sonrasında da ulus egemenliği fikri, ulusun kendisine verdiği anayasanın nasıl korunacağı sorusunu ortadan kaldırmamıştır. Fransız Devrimi'nin ünlü düşünürlerinden Abbé Sieyès, ulusun temsili meselesini parlamentoda somutlaştırmakla yetinmemiş (2005), Fransız Devrimi'nin ardından anayasayı yasama organının tecavüzlerinden korumak için "Anayasa Jürisi" yoluyla anayasanın gözetilmesini güvence altına alacak bir kurum oluşturulmasını önermiştir. 108 üyeli olması öngörülmüş olan bu Jüri, ilk önce Konvansiyon Meclisi tarafından seçimle belirlenecek, sonrasında ise her yıl üyelerinin üçte biri bizzat Jüri üyeleri tarafından, yani kooptasyon yöntemiyle belirlenerek değiştirilecekti (Feyzioğlu 1951: 20 vd; Hoffmann-Riem, 2003: 29). Devrim sürecinde mahke-

melere duyulan güvensizliğin bir sonucu olarak Sieyès, elitist bir anlayışla seçilmiş, siyasi bir heyetin anayasaya uygunluk denetimini daha iyi gerçekleştireceğini düşünmüştür. Ama bu tercih bile, yasamanın işlemlerinin başka bir organ tarafından denetlenmesi gerekebileceği fikrini ortaya attığı için, bugünkü anayasa yargısı tartışmaları bakımından büyük önem taşımaktadır. 1852 Anayasası'nda öngörülen Korumacı Senato'yu (*Sénat Conservateur*)¹⁵ ve 2008 yılında yapılan esaslı anayasa değişikliğine kadar 1958 Fransız Anayasası'nda düzenlenen Anayasa Konseyi'ni (*Conseil Constitutionnel*) bu türden bir siyasi denetim anlayışının ürünü olarak görmek mümkündür.

Aslında Sieyès'in Jüri fikri, Fransız ulusunun asli kurucu iktidar (*pouvoir constituant*) sıfatının mantıksal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iktidarın üstünde sadece doğal hukuk normları yer almaktadır. Asli kurucu iktidarın ürünü olan kurulmuş iktidarın (*pouvoir constitué*) organlarının sınırlanması ve birbirleri karşısında bağımlı hale getirilmesi ise kaçınılmaz bir olgudur. Sieyès'in önerisindeki Jürinin üç görevi olacaktı: Temyiz mercii olarak anayasaya uygunluğu sağlamak (yasama organı tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen anayasaya aykırılık iddialarını karara bağlamak); anayasanın daha iyi hale getirilmesi için önerilerde bulunmak ve son olarak, bir insan hakları mahkemesi sıfatıyla yasalarda yer alan sınırlayıcı hükümleri ılımlı hale getirerek ya da yasa boşluklarını doldurarak doğal adaleti sağlamak. Görüldüğü üzere Sieyès Anayasa Jürisi'nde anayasayı koruma, geliştirme ve adaleti sağlama işlevini birleştirmeyi öngörmekteydi (Robbers 1987: 248 vd). Anayasayı koruma işlevi çerçevesinde Sieyès yasama organı üyelerine ve özellikle bu kurullardaki azınlık görüşünü temsil edenlere, ama en önemlisi özgürlüklerinin sınırlandığı gerekçeyle her yurttaşa, Anayasa Jürisi'ne başvurma hakkı verilmesi gerektiği görüşündeydi. Aslına bakılırsa, günümüzde giderek popüler hale gelen anayasa şikâyeti kurumunun fikir babasının Sieyès olduğunu söylemek pek de yanlış olmayacaktır. Yurttaşların başvuru hakkına getirilen tek sınır, Jürinin dava konusu yapılan eylem ya da işlemi anayasaya uygun bulması halinde başvuran kişinin bir para cezasına çarptırılmasıydı.¹⁶

15. Senato'nun yapısı, işleyişi ve tarihsel gelişimi için bkz. Feyzioğlu 1951: 20 vd.

16. 3 Nisan 2011 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'

Sieyès'in önerisi Meclis'te etraflıca tartışılmış, bazı temsilciler tarafından kısmen, kimileri tarafından da tamamen reddedilmiştir. Sieyès'in o zamanki en büyük karşıtlarından olan Thibaudeau'nun itirazı, bugün de anayasa yargısı tartışmalarında çınlamaya devam etmektedir: Ya Anayasa Jürisi kendisine verilen yetkileri aşar ya da kötüye kullanırsa ne olacak? Onu denetlemeye kim yetkili olabilir? (Robbers 1987: 251). Yine de Sieyès'in bağımsız bir kurum eliyle anayasaya uygunluk denetimi yapılması önerisi, 1958 Fransız Anayasası'nın kabulüne kadar geçen sürede 1795, 1799, 1852 Anayasalarında değişik biçim ve işlevlerde varlığını sürdürmüştür (a.g.y.: 256 vd). Bu bağlamda Türkiye'deki tartışmalara katkı için vurgulanması gereken şey, Türk hukuk öğretisinde anayasa yargısının reddine gerekçe olarak gösterilen ulus egemenliği fikrinin, Fransız Devrimi sonrasında bile asli ve kurulmuş iktidar ayrımı çerçevesinde ele alındığı, yasama organının (daha doğrusu yasama çoğunluğunun) mutlak karar yetkisi olarak anlaşılmadığı hususudur.

III. Demokrasinin Tanımı ve Sınırları

Klasik düşünürlerden başlamak gerekirse, Montesquieu bağımsızlık ve özgürlüğü açıklarken, aristokrasi gibi demokrasinin de *kendinde* özgürlükçü bir siyasal düzen üretmediğini belirtmektedir. "Görünüşe göre demokrasilerde halk, istediği her şeyi yapma özgürlüğüne sahiptir. Oysa siyasal özgürlük, istediği her şeyi yapabilme özgürlüğü değildir. Yasaların hüküm sürdüğü bir siyasal düzende özgürlük ancak yapmaya izinli olduğumuz şeyleri yapabilme ve istemeye hakkımız olmayan şeyleri yapmaya zorlanamama özgürlüğü olarak anlaşılabilir. Eğer her yurttaş yasaların yasakladığı şeyleri yapabilme özgürlüğüne sahip olsaydı, aynı yetkiye diğerleri de sahip olduğundan artık özgür olamazdı. (...) Siyasal özgürlük ancak ölçülü yönetim biçimlerinde söz konusu olabilir. Bu da iktidarın kötüye kullanılmasının engellenmesiyle mümkündür. (...) İktidarın kötüye kullanılmasını engellemek içinse iktidarın, iktidarın kullanılmasına sınır koyması gerekir."¹⁷

un 51. maddesindeki "Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru sahipleri aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir" düzenlemesinin ne oranda Sieyès'ten esinlendiği ise bilinmemektedir (sic!).

Demokratik devlet ilkesi 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan, değiştirilemez nitelikteki ilkelerden bir tanesidir. Bu ilke, Anayasa'nın 67. ila 69., 79. ve bunlarla ilintili biçimde 95. maddenin ikinci fıkrasıyla da pekiştirilmektedir. Bunun yanında düşünce, ifade, örgütlenme ve diğer pek çok temel hak ve özgürlüğü de demokrasi ilkesinin tamamlayıcı boyutu olarak görmek mümkündür. Türkiye'deki demokrasi - anayasa yargısı ikiliğinde ise demokrasi kavramı, seçmenlerin oylarıyla oluşan parlamentoda çoğunluğu elde etmiş olan parti ya da partilerin çoğunluk ilkesine göre alacakları kararların başka bir makam tarafından etkisiz kılınmasının halk iradesine müdahale anlamına geleceği teziyle şekillendirilmektedir. Bu düz denklem pek çok açıdan eksik ve yanlışır.

Türkiye'nin henüz 1950-60 arasındaki Demokrat Parti iktidarını ve antidemokratik uygulamalarını yaşamadığı bir zamanda (bkz. Uygun 2010: 49 vd) Turhan Feyzioğlu da büyük bir öngörüyle demokrasi ilkesiyle çoğunluk arasındaki çizgisel denklemin yanlışlığına dikkat çekmiştir: "Demokrasi sadece '*çoğunluğun iradesinin mutlak surette hâkim olması*' şeklinde anlaşılırsa, kanunların kazai murakabesi gerçekten bu manadaki demokrasiye uygun düşmez. Fakat bu manada anlaşılan demokrasinin de '*hürriyet*'le, '*hukuk devleti*' fikri ile bağdaşamayacağını unutmamak lazımdır" (Feyzioğlu 1951: 341).

Bu görüşlere karşı ileri sürülen "demokratik ülkelerde, yargı anayasa ile çerçevesi çizilen bir denetleme yetkisine sahip olmakla birlikte, hiçbir şekilde demokratik siyaseti etkisiz kılma gücüne sahip değildir. Siyaseti iktidarsızlaştıran bir yargının meşruiyet sorunu olduğu açıktır" (Arslan 2011: 36) fikri, yukarıda anılan çerçevede ele alınmalıdır. Bu cümle, siyasi iktidarı kullananların anayasal sınırlar çerçevesinde hareket etmesi halinde elbette doğrudur. Ancak anayasal bir devlette siyasal iktidarın istediği her şeyi yapmaya muktedir olduğu var sayımı ve bunun gerçek demokrasi olduğu tezi, modern hukuk devletleri için ileri sürülemeyecek bir niteliktir. Kaldı ki Tocqueville daha 1835 yılında demokratik çoğunlukların tiranlığına karşı bireysel özgürlüklerin yargı yoluyla korunmasının elzem olduğuna işaret etmekteydi (1985: 146 vd, 340 vd). Vurgulanması gereken bir diğer husus

17. Montesquieu 1992: 212 vd (XI. Kitap 3. ve 4. Başlık). Montesquieu bunun için iktidarı sınırlama yetkisi anlamına gelen "*le pouvoir arrête le pouvoir*" ifadesini kullanmaktadır.

ise, azınlık haklarının korunmasının, azınlık olmaktan dolayı değil, bu azınlığın korunması gereken *hakları* olmasından kaynaklanmasıdır. Yani salt azınlık niteliği, anayasal bir demokrasinin koruma ölçütü değildir. Bu bağlamda demokrasi karşıtı, şiddete eğilimli, bazı kişi ya da grupların temel haklarının olmaması gerektiğini savunan, ırkçı vb. küçük siyasal grupların varlığı, azınlıkların korunması ilkesi çerçevesinde değerlendirilemez.

Ama anayasa yargısı, çoğunlukla kabul edildiği gibi, *sadece* azınlıkların haklarını koruma işlevini yerine getirmez; bu işlevini yerine getirirken anayasal düzenin temel tercih ve önceliklerini, siyasal düzenin çerçevesi oldukları için korur. Bu, Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1989, 1991 ve 2008 yıllarında üniversite öğrencilerinin dinsel sembollerle üniversitede öğrenimlerine devam etmelerine olanak tanıyan yasaları ve anayasal düzenlemeyi iptal ederek laiklik ilkesini korumasında görüldüğü gibi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1993 Maastricht ya da 2010 Lizbon kararlarında olduğu üzere, ulus-devletin kurucu unsurlarının ve demokratik meşruiyet zincirinin korunmasını amaçlayan bir karaktere de sahip olabilir. Her iki Anayasa Mahkemesi kararı, verdiği sonuçlar itibarıyla tartışmaya açıktır; ama bu değerlendirme, siyasal - hukuki çerçevenin korunması işlevini değiştirmez. Çünkü anayasanın siyasal işlevi, siyasal iktidarın kullanılmasını hukuki sınırlar çerçevesinde belirlemektir. Bu bağlamda anayasal güvence de bu hukuki sınırların aşılmasını güvence altına alma anlamını taşır (Kelsen 2008: 58).

Anayasa yargısının doğası konusunda Kelsen'in ortaya attığı en esaslı görüş, hiç kuşkusuz yasaların anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilmesinin siyaset alanına müdahale, hatta kendinde bir siyasal eylem olduğu ve artık hukukilik alanından çıkıldığı konusundaki eleştiriye verdiği yanıtta yatmaktadır. "Siyasal" kavramı, çıkar çatışmalarını çözmek için karar vermek anlamına geliyorsa, yargının yaptığı da bu anlamda bazen daha açık, bazen daha örtülü bir biçimde çıkar çatışmalarını çözmektir; bu anlamda yasama ve yürütmenin yasalar ya da karamameler yoluyla yaptığından daha az siyasal bir faaliyet değildir. Dolayısıyla genel kabulün aksine, siyasal olan yasamanın kanun yapma faaliyetiyle sona ermemekte, aksine yargının kararları aracılığıyla devam etmektedir. Yasama, yargı organına çıkar çatışmalarını çözme yetkisi vermekle, aslında yargıya yasaları yorumlayarak çıkar çatışmalarını çözmek için hukuk yaratma yetki ve iktidarını da vermiş ol-

maktadır. Son kertede bütün hukuki uyumsuzluklar birer çıkar çatışmasıdır ve içinde siyasal bir unsur barındırır. Bu, ülke içindeki hukuk uyumsuzlukları için olduğu kadar, uluslararası alanda devletler arasındaki hukuki uyumsuzluklar için de geçerlidir (Kelsen 2008: 66 vd). Ran Hirschl'in karşı noktadan hareket ederek tespit ettiği şey, yani her siyasal meselenin bir hukuki mesele olarak mahkemelerin önüne getirebileceği tespiti, neredeyse Kelsen'in ağzından söylenmiş bir söz gibi durmaktadır (Hirschl 2004a; 2004b). Siyasal olanın yargıya da içkin olduğu saptamasından hareketle Kelsen, bir hususun yargı kararıyla sonuçlandırılabilir olması ya da olmamasının o meselenin doğasına değil, devletin kararına bağlı olduğunu belirtmektedir. Nasıl ki uluslararası alanda uyumsuzlukların uluslararası yargıya götürülüp götürülmemesine devletler karar veriyorsa, bu durum iç hukukta da böyledir (Kelsen 2008: 68). Hirschl de Kelsen'i destekleyerek, "jüristokrasi" adını verdiği olgunun, anayasa mahkemelerinin seçilmiş organlardan iktidarı koparmalarından değil, seçilmiş organların riskli buldukları, sorumluluğu üstlenmek istemedikleri siyasal kararları anayasa mahkemelerine havale etmelerinden, yani bazı siyasi tercihleri hukukileştirmelerinden kaynaklandığını eklemektedir.

Tekrar baştaki demokrasi tanımı meselesine geri dönülecek olursa, demokrasiyi salt çoğunluk kararlarının uygulanması rejimine indirgelemek, seçim sistemi bunu öngörmese de bu, kazananın her şeyi aldığı, "ya hep, ya hiç" mantığının egemen olduğu bir siyasal rejimi benimsemek anlamına gelecektir. Anayasa yargısı işte tam da bu noktada bu mutlaklığa sınır koyan bir işlev görmektedir. "Bicimsel demokrasi" olarak adlandırılabilir bir siyasal sistem, serbest seçimlerde seçmenlerin temsilcilerini seçmesi ve bu temsilcilerin parlamentoda yaptıkları yasaların, herkes için bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi esasına dayanmaktadır. Her seçimde seçmenlerin, temsilci adaylarını seçmeme, yani temsilci adaylarını bir önceki seçimlerdeki performanslarından dolayı "sorumlu" tutma şansları vardır. Ancak Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçmenler karşısında sorumlu olmadığı argümanını desteklemek için kullanılan bu sorumluluk fiksiyonunun, gerçek anlamda bir hukuki ya da cezai sorumluluk olmadığı akıllarda tutulmalıdır. Aksi halde sadece bir dönem seçilmeyi arzu eden ve temsilci oldukları bu tek dönemde herhangi bir sınır tanımaksızın her türlü kararı verebilen bir temsilci çoğunluğunun seçmenlere karşı nasıl "sorumlu" olduğu cevapsız kalacaktır.

Bu noktada, bir karar alma aracı olarak çoğunluk ilkesi ile karar alma süreci olarak demokrasi ilkesi arasında bir fark olduğu açıkça görülmektedir. Demokrasinin seçim unsurunda, seçmenlerin verdiği oylar, daha az sayıdaki koltuğa bölünerek bir temsil paritesi yaratılmaktadır. Demokrasiyi bu noktada sonlandırmak, demokrasi teorileri çerçevesinde bir tercih iken, demokrasiyi bundan sonraki süreçleri de (karar alma, müzakere, azınlığın sürece katılımı vb.) kapsar biçimde tanımlayan yaklaşımları gözardı etmek, bilimsel açıdan kabul edilemez bir eklektizmdir. Bunun yanında Pasquino'nun da belirttiği gibi, demokrasinin Antik Yunan'dan beri geçirdiği evrimi bir yana bırakarak bir karar alma biçimi olarak çoğunluk ilkesi ile bir yönetim biçimi olarak demokrasiyi bir ve aynı şey olarak kabul etmek, kabul edilebilir değildir (2011: 5). Bunun yanında katı anayasaların mevcut olduğu sistemlerde anti-çoğunluk mekanizması sisteme içkindir. Yani basit çoğunluğun değiştiremeyeceği, karar veremeyeceği alanlar sistemin kendisi tarafından baştan belirlenmiştir (a.g.y.: 9). Bu sınırlamayı bir kademelendirme olarak düşünecek olursak, basit çoğunluğun takdirine bırakılan alanlar ilk derece karar alma sürecine karşılık gelirken, nitelikli çoğunluk gerektiren alanlar ikinci kademeyi ve son kertede karar alma sürecinin dışına çıkarılan, yani sayısı ne olursa olsun sınırını anayasadaki ilkelerde bulan bir üçüncü kademe mevcuttur.

Çoğunluk ilkesinin mutlak olmaması, aslında liberal demokrasi-lerde çoğunluk kararlarının herkesi bağlaması kuralının da zorunlu sonucudur. Çünkü çoğunluğun kararlarının herkesi bağlaması, her şeye karar verememesi kuralını da içerir. Aksi durum çoğunluğun sadece vergi, sosyal politika, uluslararası ilişkilere değil, azınlıkta kalanların siyasal, dini, ahlaki tercihlerini de belirleyebileceği anlamına gelir ki, bu da kararların bağlayıcı olmasının öngördüğü bir şey değildir. Hobbes'un toplum sözleşmesinde dahi hakların mutlak anlamda Leviathan'a devri öngörülmemiştir. Yaşam hakkı ve özgür yaşama hakkı, ihlali halinde devletin sınırını oluşturur. Bunların güvence altına alınmadığı noktada devlete itaat de söz konusu olamaz (a.g.y.: 9 vd).

IV. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal Demokrasideki Yeri ve İşlevi

Federal devletlerde anayasa mahkemeleri, federe devletlerle merkezi devlet arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözüme bağlarken, toplumsal ihtiyaçlardan doğan ve doğası gereği siyasal olan bir konuda tarafsız hakem rolüyle donatılmaktadır. Ama anayasa mahkemelerinin şöhret ve prestijlerinin gerçek kaynağı, anayasal temel hak ve özgürlüklerin yasama çoğunluklarının çıkardığı yasalara karşı korunması işlevinden kaynaklanmaktadır. Bu da bizi yine bir kişide somutlaşan temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasaya uygunluk denetiminin, yasama çoğunluğunun iradesine, çoğunluğun karar alma ve kendi kaderini tayin hakkına ciddi bir sınırlama oluşturduğu tezine geri götürmektedir (Mölers 2008: 148).

Kelsen, yasama organının işlemlerinin anayasaya uygun olup olmadığını denetleme işlevinin bir yüksek mahkemeye, sadece bu işle görevlendirilmiş bir mahkemeye ya da aksi açıkça yasaklanmış olmadıkça, kanunları uygulamakla görevli bütün mahkemelere verilebileceğini belirtmektedir. Çünkü normlar hiyerarşisinin kabul edildiği bir sistemde, yasama organının öngörülen usulde kanun çıkarıp çıkarmadığının da kontrolü gereklidir (1960: 275 vd). Öte yandan hukuki birliğin sağlanması amacını taşıyan, en üst norm olan anayasaya uygunluk denetimini yapacak organ ya da organların kararlarının da denetlenip denetlenemeyeceği haklı olarak sorulmalıdır. Ancak bu noktada Kelsen, hep bir üst organa başvurarak denetimi sağlama işlevinin bir sonunun olması gerektiğini belirtmektedir. Bunu da nihai işlemi yapma yetkisinin anayasadan kaynaklanması, yani meşru olmasıyla (*Legitimitätsprinzip*) gerekçelendirmektedir (a.g.y.: 280). Hukuki bir uyuşmazlıkta somutlaşan, kişiselleştirilmiş hukuki meseleleri çözmekle yükümlü yargı faaliyetinin, demokratik süreçler sonucunda ortaya çıkan kararları, yani yasaları yürürlükten kaldırma yetkisiyle donatılmasının, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olup olmadığı –yani hukuki, ama gayrimeşru bir yetki olup olmadığı– haklı olarak sorulmalıdır. Teorik ve ampirik açılarından bakıldığında, anayasa yargısını gerekçelendiren güçlü ve zayıf argümanlar mevcuttur. Demokrasiye ilişkin argümanlardan birisi de, *demokratik* yasakoyucunun bu sıfatını koruyabilmesi için belli bazı kurallara uyması ve anayasal düzenin demokra-

tik/ eşitlikçi yapısının sınırları içinde kalarak hareket etmesidir. O halde anayasa yargısının görevi, bu demokratik - eşitlikçi sınırın korunmasında yatmaktadır denebilir (Troper 2003: 109 vd).

Demokrasinin hem çoğunluk ilkesine yaslanması, hem de anayasal sınırlarının belirlenmiş, yani demokratik aktörlerin hareket alanlarının anayasayla çizilmiş olması bir çelişki değildir. Habermas, siyasal düşünce ve irade oluşturma özgürlüğünü ve bunun değiştirilemezliğini demokratik prosedürleri kurumsallaştırarak güvence altına alan sistemlerin demokratik karakterlerinin zedelenmediğini belirtirken, anayasa mahkemelerinin işlevine ilişkin bir uyarıda bulunmayı da ihmal etmemektedir. Siyasal düzenin anayasa mahkemesi aracılığıyla bir değerler düzeni olarak sabitlenmesi ve siyasal sorunların demokratik müzakerenin kapsamı dışına çıkarılması halinde, mahkemeler siyaseti tehdit eden bir kuruma da dönüşebileceklerdir (Habermas 1994: 166 vd; 292-348). Ancak bu noktada hemen Habermas'ın somut örnekler vermediğini ve her bir siyasal düzendeki değerler sistemi ile bunun siyasal alandan çekilmesi sorunsalının farklılıklar göstereceğini belirtmekte fayda var.

Kelsen'in 1928 yılında Viyana'da gerçekleştirilen Alman Kamu Hukuku Öğretim Üyeleri Derneği'nin kongresinde sunduğu anayasa yargısı tebliğinden sonra yapılan tartışmalarda Alman hukukunun büyük isimlerinden Hermann Heller'in katkısı, anayasa yargısı konusunda özellikle Türkiye'deki tartışmalar açısından, güneşin altında keşfedilecek yeni bir şey olmadığının açık kanıtı niteliğindedir. Heller, anayasa yargısı konusundaki tartışmaları kademeli biçimde ele almaktadır. Önce 1928 yılı itibarıyla artık kimsenin anayasa yargısını tümden reddetme eğiliminde ve düşüncesinde olmadığını tespit ederek işe başlamaktadır.¹⁸ Asıl mesele, anayasa yargısının sınırının ne olduğunu saptamakta yatmaktadır. Kelsen'in dahi "dış ilişkiler" söz konusu olduğunda anayasa yargısının kapsamı dışında bıraktığı "siyasal olan"ın¹⁹ da anayasa yargısı kapsamına alınması, Heller'e göre anayasaya uygun bir si-

18. Bu tespit bile, Türkiye'deki anayasa yargısının meşruluğu tartışmalarının ne kadar Türkiye merkezli olduğunu; kurumun, parçası olduğumuz hukuk düzenlerinde geçirdiği merhalelere ne kadar ilgisiz kaldığını göstermesi açısından yeterince ilginçtir.

19. "Der Begriff des Politischen" "Siyasal olan" konusunda kapsamlı, ama ana tezleri itibarıyla Heller'in hiçbir biçimde katılmadığını belirttiği çalışma için bkz. Schmitt 1932/2006.

yasal düzen fikrinin sınırlarını aşacaktır. Siyasal olan konusunda parlamentoya ve diğer siyasal aktörlere bir hareket alanı bırakılması zorunludur, aksi halde ABD'de olduğu gibi anayasal meselelerin hukukileşmesiyle değil, yargının siyasallaşması sorunuyla karşı karşıya kalınacaktır. Heller'e göre ABD'de siyasetçilerin popüler olmayan konularda karar vermekten çekinmeleri halinde karar yetkisi Yüksek Mahkeme'ye bırakılarak yargı siyasal alana müdahale etmeye zorlanmaktadır.²⁰ Bu nokta, Heller'den tam yetmiş beş yıl sonra *Towards Juristocracy*²¹ kitabının yazarı olan Ran Hirschl tarafından, kitabının yanlış anlaşılan tezini açıklamak üzere yazdığı kısa bir makalede de dile getirilmektedir. Hirschl'in "jüristokrasi" ile kastettiği şey, "mega-politika" konuları da dahil olmak üzere, dış ilişkilerden ulusal güvenliğe, sosyal adalet meselelerinden seçim uyuşmazlıklarına kadar hemen her siyasal konunun mahkemelerin önüne götürülen sorunlar haline getirilmiş olmasıdır. Yazar aynı zamanda anayasa teorisinin hâlâ anayasa yargısının çoğunluk karşıtı doğası ve anayasal devletle demokratik yönetim ilkeleri arasındaki gerilime sıkışıp kalmasını ve gerçekliğe, özellikle de bu yargısal aktivizme olanak sağlayan siyasal koşullara gözünü kapatmasını eleştirmektedir. Çünkü mahkemelerin siyasal konularda bu denli etkin şekilde içtihat oluşturmaları, siyasal aktörlerin katkısı, desteği, hatta itici gücü olmaksızın olanaksızdır. Bu nedenle de sorunun kaynağı olarak gösterilen mahkemelere değil, öncelikle siyasal alandaki sorunların çözümü için karşıtlarıyla müzakere etmek yerine popüler olmayan çözümleri üretmek üzere sahneyi mahkemelere bırakan aktörlere bakmak gerekmektedir (Hirschl 2004b: 6-8). Çünkü siyasal meseleleri anayasa mahkemesi içtihatları pahasına kendisi çözmek isteyen siyasal seçkinlerin elinde yeterince araç mevcuttur. Mahkemelerin çok istisnai hallerde siyasal aktörlere rağmen aldıkları kararların sisteme

20. Kelsen 1929: 112 vd'deki açık tartışma içinde.

21. Hirschl'in kitabı (2004a) Türkiye'de son yılların belki de en çok atıf yapılan kitaplarından birisidir. Ama ne yazık ki Hirschl'in şanssızlığı, kitabının tahrik edici başlığından dolayı çoğu atfın, kitap okunmadan, ya da sadece giriş bölümü okunarak yapılmasıdır. Bu nedenle de jüristokrasi kavramını, Hirschl'in muradını ve tezlerini aşar biçimde Türkiye'de, yargıçların siyasete bulaşması, kendini hükümet yerine koyarak politikalar üretmesi, yargıçlardan oluşan bir yönetim sistemi oluşturulması biçiminde anlaşılmaktadır. Anayasa mahkemelerinin varlığını açıklamak için kullanılan "hegemonik koruma tezi" ise, kitabın Türkiye örneği bağlamında en çok ele alınan tezidir. Bkz. Ergül 2007: 121 vd; Özbudun 2006b: 213 vd.

etkisi neredeyse hiç yoktur. Çünkü güçlü ve siyaset üretmeye kararlı aktörler, bunun da araçlarına sahiptir. Yani anayasa mahkemeleri paradoksal biçimde, kendilerine verilen siyasal sorunları çözme görevlerini yerine getirseler bile, bu kararları uygulayabilecek araçlardan hâlâ yoksundurlar (Hirschl 2004b: 10; 2004a: 212 vd). Gerçekten de anayasa mahkemeleri bir normu iptal ettikleri anda, yasakoyucunun işlemlerinde olduğu gibi herkes için geçerli yeni bir sonuç doğurmamaktadırlar. Kararlarının toplumda etkili olabilmesi için, yine yasakoyucunun devreye girmesi, kararın gereklerini karşılayacak bir yasama faaliyetinde bulunması gerekmektedir. Bu durum, özellikle temel politika alanlarının (aile, sosyal adalet, vb.) söz konusu olduğu kararlar açısından önemli bir husustur ve anayasa mahkemelerinin icrai güçlerinin olmadığından önemli göstergelerinden birisidir. Kısacası, "yargının gücü gökyüzünden düşmez, siyasal olarak kurgulanmıştır. Siyasetin yargısallaşmasında anayasa mahkemelerinin ve yargıçlarının her şeye yön veren, her şeyi belirleyen fail portreleri, fazlasıyla basitleştirilmiş bir masaldan ibarettir" (Hirschl 2004b: 11; 2004a: 49).

V. Türkiye'de Anayasa Yargısının Tartışılma Biçimi

Türkiye'de anayasa yargısı üzerine ilk monografiyi yazan Turhan Feyzioğlu (1951) bugün hâlâ atıf yapılmaksızın konunun ele alınmasını olanaksız kılan mükemmel eserinde, anayasa yargısı konusundaki temel vurguyu, çoğunluk diktatörlüğünün önlenmesinin gerekli olması, seçilmiş olmanın tek başına bir meşruluk kaynağı oluşturamayacağı ve nihayet normlar hiyerarşisinden dolayı hukuk ile kanunun aynı şey olmadığı tezleri üzerine kurmuştur. Feyzioğlu'na göre, "Keyfi idare-den korunmak, hürriyetleri teminat altına almak için *kanun hâkimiye-ti* prensibini kabul etmek kâfi değildir (...). Fakat unutulmamalıdır ki, kanun da tazyik edici olabilir. Kanun da '*hukuk*'a aykırı bir muhteva taşıyabilir. Realist hukukçu Duguit'nin haklı olarak belirttiği gibi, modern devletlerde birkaç yüz milletvekilinin oy'u ile kabul edilen bir kanunu Rousseau'nun anladığı manada '*umumi irade*'nin ifadesi telâkki etmek, kanunları her türlü tenkidin üstünde saymak, 'kanun'u 'hukuk'la bir tutmak hatalıdır" (Feyzioğlu 1951: 2; Özay 1993: 72).²²

1951'deki bu yerinde tespitlerden yaklaşık elli yıl sonra, özellikle de son on yıldır, Türkiye'de anayasa yargısı, demokratik meşruiyet ve

yargısal aktivizm kavramlarıyla ayrılmaz bir biçimde gündeme gelmektedir. Anayasa yargısını bu iki kavramla neredeyse özdeş biçimde kullanan anayasa hukukçularının argümanlarını şu şekilde özetlemek mümkündür:

- Anayasal devletle (anayasacılık) demokrasi arasında bir gerilim mevcuttur. Anayasacılık çoğunluğun iradesini ve tercihlerini, bu tercihler henüz oluşmadan kısıtlamaya yönelir;

- Demokrasi, bir ülkenin halk tarafından seçilmiş ve halka hesap verir kişiler tarafından yönetilmesi demektir. O halde halk tarafından seçilmeyen ve halka hesap vermeyen bir organın, seçilmiş bir organın çoğunlukla aldığı kararları etkisiz kılması mümkün olamamalıdır;

- Demokratik süreçler sonunda seçimle oluşan yasama organının iradesi, seçimle işbaşına gelmeyen bir yargı organı tarafından geçersiz kılınacaksa, en azından bu yargı organı üyelerinin yasama organı tarafından atanması sağlanmalıdır ki, yargısal denetim yapan makamın demokratik meşruiyeti kısmen de olsa sağlanabilsin;

- Eğer yasama organının işlemlerinin denetime tabi kılınması kaçınılmaz addediliyorsa, bu halde yargı organının siyasetin hareket alanını kısıtlayacak, kamu politikalarını dolaylı da olsa etkileyecek kararlar vermemesi gerekir. Aksi halde yargıçlar, yargısal aktivizm yoluyla yasanın yetkilerini gasbetmiş olurlar;

- Eğer yargısal aktivizm yapılacaksa da bu, insan hakları ve hukuk devletinin korunması ve geliştirilmesi amacını taşımalıdır. Oysa Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmi bireylerin özgürlüklerini güvence altına almaktan çok, devletin ideolojik önceliklerini korumaya yöneliktir (Arslan 2005b, 2011; Atar 2009; Bilir 2012; Gözler 2006, 2011; Gülsoy 2007; Hakyemez 2009; Özbudun 2006b, 2007a, 2007b, 2007c; Turhan 2006).²³

Anayasa yargısını demokratik meşruiyet ve yargısal aktivizm kavramları etrafında tartışan argüman, Türk Anayasa Mahkemesi'nin değişik dönemlerde verdiği kararları ele alır, hukuki eksiklikleri yanında, demokrasi açığı bakımından eleştirir. Söz konusu eleştirilere katılma-

22. Rousseau'nun Türkiye'de yanlış kavranması ve çoğunlukçu demokrasi anlayışının tehlikeleri hakkında çalışma ve tartışmalar için bkz. Göztepe 2010a; İnceoğlu 2010; Uygun 2010.

23. Bu görüşlerin özü için bkz. Hakyemez 2009: 32 vd; SDE 2010: 8 vd; Arslan 2011: 38 vd.

mak imkânsız. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi değişik dönemlerde hukuki içeriği olduğu kadar demokratik içeriği de son derece tartışmalı kararlar vermiştir. Bu noktada bir tereddüt yok. Mesele anayasa yargısının anayasal bir demokrasideki konumuna dair teorik çerçeveye Türkiye'deki uygulamanın, biri diğerinin yerine geçer biçimde kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bu argümanlara toplu bir bakış, anayasal devlet içinde anayasa yargısının yerini ilke olarak tartışmakla, Türk Anayasa Mahkemesi'nin (tartışmalı) içtihatları arasında bir ayırım yapılmadığını göstermektedir. Oysa yasama organının işlemlerinin denetlenmesinin gerekli olup olmadığını tartışmakla, Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının içerik ve argümanlarını tartışmak iki farklı şeydir. Bunun dışında, anayasa yargısının ilkesel bakımdan reddedilmesi doğurabileceği sorunlara karşı dikkatli olmak gerekir. Yargıçlar da aynı seçim yöntemiyle, yani doğrudan ya da dolaylı biçimde seçimle göreve gelmediği sürece anayasa yargısını demokrasiye aykırı görmek, demokrasiyi hem sadece seçimsel demokrasiye indirgemek hem de daha fazla bir çoğunluğun, daha az bir çoğunluk tarafından denetlenmesini dolaylı biçimde kabul etmek anlamına gelebilir; bu da başlangıç noktasını oluşturan sınırlı demokrasi anlayışıyla çelişir.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmi eleştirilirken, diğer ülke örneklerine bakılarak yargısal aktivizmin temel hak ve özgürlükler alanında yapılmasının tercih edildiğinin belirtilmesi, anayasa yargısına yönelik ilkesel eleştiriyi birlikte ele alındığında bir çelişki doğurur. Eğer anayasa yargısı yasama organının iradesine mümkün olan en az sınırlamayı yaparak siyasal tercihleri ona bırakmak zorundaydı, bu ilke, temel hak ve özgürlük politikalarını da kaçınılmaz biçimde kapsamak durumundadır. Çünkü ilke, yasama organının siyasal iradesine saygı göstermek ve bunu siyasal müzakere sürecine bırakmak olduğuna göre, anayasa mahkemelerinin siyasal otorite karşısında hangi alana müdahale ettiğinin ve sınır koyduğunun bir öneminin de olmaması gerekir. Çünkü bir anayasa mahkemesinin yeni haklar "keşfetmesi" ile kurumsal anayasa hukuku alanında siyasal iradenin hoşuna gitmeyen bir karar vermesi arasında işlevsel anlamda bir fark yoktur.

Yargısal aktivizm ilkesel bakımdan reddedilmediği durumda, seçmeci bir biçimde, örneğin sosyal hakları dışarıda bırakacak şekilde talep edilebilmektedir. Bunun nedeni sosyal hakların ideolojik olarak yanlılığın ifadesi kabul edilmesi ve Anayasa Mahkemesi'ne bu ideolojik haklarla ilgili sınırlı yetki verilmek istenmesidir. Oysa sosyal hak-

ların yorumlanmasıyla, siyasal partilere sosyal ve ekonomik politikaların empoze edilmesi başka şeylerdir. Öte yandan sosyal haklar ne kadar ideolojikse, klasik temel haklar da o denli ideolojiktir, çünkü her iki temel hak ve özgürlük kategorisi de bir siyasal düzen tercihinin değişik veçhelerini kapsamaktadır.

Anayasa yargısının demokratik çoğunluğa karşı olduğu tezine verilebilecek yanıtlardan biri, demokrasinin sadece prosedüre ilişkin olmadığı, aynı zamanda değerlere ilişkin maddi bir boyutu da olduğudur. Temel hak ve özgürlükler, maddi anlamda demokrasinin ayrılmaz parçasıdır ve bunların yasama çoğunluğu tarafından ihlal edilmesini önlemeye yönelik her türden tedbir, gerçekten demokrasinin korunmasına yönelik bir tedbirdir. İkinci ve daha teorik argümana, kurucu iktidarın sahibi olan halk ile seçmenlerin temsilcilerinden oluşan yasama organı ve burada tecelli eden yasama çoğunluğu arasındaki ayrıma dayanmaktadır. Buna göre, anayasalar halk tarafından yapılır ve anayasa, yasalardan üstündür. Anayasa çerçevesinde kurulmuş olan yasama organı ise, seçmenlerin temsilcilerinin toplandığı bir organdır ve iradesi, halkın anayasada somutlaşan iradesinin üstünde değildir.²⁴ Ferreres Comella, anayasa yargısı ile demokrasi arasındaki gerilimin ilkesel düzeyde dahi kabul edilmesi halinde, bu sorunun mutlak biçimde çözülmesinin imkânsızlığından hareketle, pragmatik bir çözüm önermektedir: Eğer anayasa yargısının temel hak ve özgürlüklerin ve bazı anayasal değerlerin korunmasında etkili olduğu görülüyorsa, demokratik ilkenin bazı yasaların iptali yoluyla zayıflatılmasına katlanılmalıdır (Ferreres Comella 2009: 95). İlk bakışta pragmatik olmanın ötesinde "teslimiyetçi" görünen bu tez, günümüzün anayasal demokrasilerinin haklar ve güvenceleri alanındaki kazanımları dikkate alındığında, hiç de yabana atılmayacak bir potansiyeli içinde barındırmaktadır.

Ayrıca salt bir anayasa mahkemesinin varlığı, sistemde bir yasama-yargı çekişmesi olduğu anlamına da gelmez. Mahkemenin yetkileri, başvuru hakkına sahip olanlar, siyasal kültür, siyasal aktörler arası ilişkilerin biçimi ve düzeyi, mahkeme kararlarının uygulanması konusunda siyasal aktörlerin istikrarı, dolayısıyla Mahkeme'nin kendisinin ve kararlarının bağlayıcı ve zorlayıcılığı konusundaki toplumsal uzlaşma, Mahkeme'nin uyuşmazlıkların çözümü için devreye sokulması konusundaki süreklilik ve yoğunluk, anayasa mahkemelerinin

24. Bu tez ve antitezlerin özeti için bkz. Ferreres Comella 2009: 87-92.

sistem içindeki gücünü ve etkisi i belirleyen diğer faktörlerdir. Dolayısıyla salt anayasa mahkemesinin varlığı, ne mahkemenin demokrasi içindekini işlevini anlamaya, ne de belirlenen ölçütler çerçevesinde mahkemenin sistem içi koruyucu rolünü açıklamaya yeterli olacaktır. Yargıçların demokratik meşruiyeti, yani temsil yetkisine sahip organ ya da kişiler tarafından seçilmesi, anayasa yargısı - demokrasi paradoksuna kuşkusuz bir ölçüde cevap verir. Ancak yargıçların bağımsızlığını güvence altına alan bir seçim mekanizmasının tesis edilmesi de en az bunun kadar önemlidir. Mahkeme üyelerinin seçimi prosedüründen bağımsız olarak, gözden kaçırılmaması gereken husus, demokratik meşruiyetin yargıçların hem halkın temsilcileri tarafından seçilmesiyle, hem de bir hukuk devleti içinde gerekli olan diğer güvence mekanizmalarıyla destekleyici biçimde var edilmesi gerektiğidir. Yargıçların tarafsızlığını tehlikeye atacak ya da gölgeleyecek biçimde, yargıç seçimine tek taraflı siyasal etkinin engellenmesi ve yargıçların yüksek mesleki niteliklerinin güvence altına alınması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi yargıçlarının ne salt basit yasama çoğunluğunun, ne de yürütmenin takdiriyle belirlenmesi söz konusu olamaz. Rasyonel kararlar alınmasını sağlamanın bir başka unsuru ise, yargıçların yüksek niteliklere sahip olması, hukuk bilgilerinin anayasal meseleleri çözmeye yetecek denli kapsamlı olmasıdır. Sayılan koşulların hiçbirisi belirtilen hedefe ulaşmada tek başına yeterli değildir. Bütün bunlar arasında altın bir denge kurulması zorunludur (bu yönde bkz. Böckenförde 1999: 177-8; Feyzioğlu 1951: 27; Kneip 2007: 93 vd).

Demokrasilerin iyi işlemesi ve demokrasinin maddi unsurlarının korunmasının sağlanması hususunda anayasa mahkemelerinin neden gerekli olduğu sorusunun yanıtı, seçilmiş parlamentolar ile anayasa mahkemeleri arasında niteliksel bir işleyiş farklılığı ya da karar kalitesinde yatmamaktadır. Ama bu soruya, her demokrasinin, kendi oluşum ve çalışma usulleri dışında yer alan bir organ tarafından, işleyişinin kontrol edilmesine ihtiyaç duyduğu şeklinde bir yanıt verilebilir (Kneip 2006: 279). Anayasa mahkemelerinin yasama organı karşısındaki işlevi denetimle sınırlıdır ve bu sınır, mahkemenin bir yargı organı biçiminde düzenlenmiş olmasında ilk ifadesini bulur. Bunun yanında anayasa mahkemelerinin re'sen harekete geçememesi, kararlarının gerekçeli ve rasyonel olma zorunluluğu, dava konusuyla sınırlı karar vermeleri de, gerçekte siyasal sürecin işlemeye devam ettiğinin ve anayasa

mahkemesinin bu sürece ket vuran değil, sadece buna eşlik eden bir işleve sahip olduğunu göstermektedir.

VI. Anayasa Mahkemelerinin Kararları ve Meşruluk

Anayasa mahkemelerinin mahkeme niteliği en başta, talep üzerine harekete geçebilmelerinde somutlaşmaktadır. Yani bir kanunun anayasa-ya aykırılığı ne kadar açık ya da bir partinin siyasal sistemi tehdit eden faaliyetleri ne kadar tehlikeli olursa olsun, mahkeme kendi kendine harekete geçemez. Bu da yargı organı olmanın kaçınılmaz sonucudur (Laufer 1976: 95). Bu doğrultuda anayasa mahkemelerinin varlığının ve kararlarının meşruluğu en başta, mahkemelerin kararlarını hukuk çerçevesinde almalarından kaynaklanmaktadır. Tarafsızlık, bağımsızlık, argümanların rasyonelliği ve hukukiliği, bu hukuksallığın başlıca öğeleridir. Bu halde meşruluk, yasallığa referans vermektedir (Möller 2011: 306).

Anayasa mahkemeleri, normatif karar alma sürecinde, yani hukuku yorumlama ve yorum dolayısıyla hukuk yaratma faaliyetlerinde, yasama organından farklı olarak bir yargı organı olma niteliklerini sürdürürler. Karar alma sürecinin gizli olması, rasyonel argümantasyon zorunluluğu, kararların önceki içtihatlarla sürekliliği ve kararın genel etkisine rağmen somut bir olay dolayısıyla verilmesi ve bununla sınırlı olması, yargılama faaliyetinin tipik özellikleridir (bkz. Pasquino 2002: 3 dn. 10). Anayasa mahkemelerinin rasyonel argümantasyon ve tarafsızlık konusundaki motivasyonlarından birisi de, tarafsızlığı konusunda kuşkuya düşen ya da buna kanaat getiren bir fikrin, iktidar olduğu takdirde anayasa mahkemesinin yetkilerini azaltmak ya da asli işlevini zayıflatmak konusundaki yetkiyi provoke etmesidir. Dolayısıyla her anayasa mahkemesi kendi varlık sebebini koruma konusunda bir yükümlülük altında tutulmaktadır.²⁵

25. Yapılan ampirik araştırmalar, tekrar eden seçimlere rağmen iktidarı kaybetmeyen bir siyasal partinin güçlü bir anayasa mahkemesini kabul etmediğini ortaya koymaktadır. Çünkü güçlü yetkileri olan bir mahkemenin varlığı, değişen siyasal iktidarların varlığında, muhalefete düşme olasılığının reel olması halinde, siyasal partiler açısından bir güvence niteliği taşıırken, her seçimde tekrar seçileceğine güven duyan bir partinin bu desteğe ihtiyacı kalmayacaktır. Bkz. Brodocz 2008: 253; Hirschl 2004b: 9; Özbudun 2006b; Ramseyer 1994: 722.

Anayasa mahkemesi kararları da birer yargı kararı olduğu için yargı kararları rasyonel argümantasyona ihtiyaç duyar. Alexy mahkeme kararlarının içsel ve dışsal olmak üzere iki boyutta haklılaştırılması (*Rechtfertigung*) gerektiğini belirtmektedir. Dışsal boyut, hükme konu olan uyumsuzlukta kararın konusunu oluşturan olguların (*Prämisse*) doğru olmasıdır. Burada kastedilen doğruluk hakikate değil, gerçekliğe karşılık gelmektedir. İçsel boyut ise, hükmün, karara konu olan ve gerekçenin dayandığı olguların mantıksal bir silsile içinde sonuca ulaşmasıdır (*juristischer Syllogismus*) (Alexy 1991: 273). Kısacası mahkeme kararlarının, dolayısıyla bir kurum olarak anayasa mahkemesinin meşruluğu ilk elde kararlarının rasyonel olmasıyla sağlanabilir.

Bunun yanı sıra Alexy "argümantatif temsil" başlığı altında temsil kavramının alanını genişletmek suretiyle, anayasa yargısını anayasal demokrasi içinde konumlandırmaktadır. Buna göre temsil, temsil edeni (*repraesentans*) ve temsil edileni (*repraesentandum*) içeren ikili bir ilişkidir. Yasama organı düzeyinde temsil ilişkisi, büyük ölçüde seçimler yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda demokrasiyi sadece seçimler ve bunu takiben karar almadaki çoğunluk ilkesi etrafında tanımlamak olasılıklardan yalnızca biridir. Bu tanım, salt kararçı (*dezisionistisch*) bir demokrasiye işaret etmektedir. Ama demokrasi yalnızca karar alma ânına indirgenemez. Karar alma süreci ve karar alma sürecini çerçeveleyen kurallar da demokrasinin bir parçasıdır. Bu anlamda sürecin argümanlarla belirlenmesi, yani müzakereci olması da kaçınılmazdır ve karar almanın öncülü olarak demokrasinin ayrılmaz bir parçasıdır (Alexy 2006: 256-7). Buna karşılık Alexy anayasa mahkemelerinin yalnızca argümantatif temsil yetkisine sahip olduklarını belirterek, demokratik meşruiyet sorusunun kapsamını genişletmektedir. Alexy bu yolla salt anayasadan kaynaklanan normatif meşruluğun yanı sıra, mahkeme kararlarının doğru, rasyonel, çelişkisiz olması dolayısıyla kabul edilir kılındığını, yani toplum tarafından kabul edildiğini ileri sürmektedir (*a.g.y.*: 257).

Sonuç

Anayasa yargısı modern anayasal devletin zorunlu ve kaçınılmaz bir sonucu olmamakla beraber, günümüzde hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesindeki en etkili araçlardan bir tanesidir. Avusturyalı hukukçu René Marcic, yönetilenler kadar yönetenlerin de anayasaya sa-

dakat, devlet ve hukuk bilinçlerinin tazelenmesine ihtiyaçları olduğunu ve anayasa mahkemelerinin de hukuk arzusunu gerçekleştirmeye yardım eden bir organ işlevi gördüğünü belirtirken, kurulmuş iktidarların bütün süjelerini göz önüne almaktaydı. Ama sanki anayasa mahkemelerinin 21. yüzyılda maruz kalacakları eleştirileri önceden kestirmiş gibi Marcic, bu mahkemelerin işlevlerini en iyi şekilde yerine getirdikleri ânın, devreye girmek zorunda olmadıkları zaman olduğunu eklemektedir (Marcic 1976: 328). Türkiye'de anayasa yargısı üzerine yürütülen tartışma ise genellikle ya hep, ya hiç ekseninde yürütülmekte ve işlevle somut durum (yani Anayasa Mahkemesi'nin eleştiri konusu içtihatları) arasında bir ayırım yapılmamaktadır.

Bu yazı, ilkesel olarak anayasa yargısının meşruluğu sorusunu esas almakla birlikte, sonuç kısmında Türk Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin birkaç tespitte bulunmak kaçınılmazdır. 1961 Anayasası'yla Türk hukuk sistemine giren anayasa yargısı kurumu, her ne kadar 1982 Anayasası'nda korunmuşsa da, işlevindeki dönüşüm dikkat çekicidir. 1961'de Anayasanın bir siyaset çerçevesi olarak korunmasına katkıda bulunma görevi ve hakkı, parlamento içi ve dışı aktörler arasında geniş bir biçimde paylaşılrken,²⁶ 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesi'ni ortadan kaldırmamakla birlikte, etki alanını alabildiğine daraltmıştır. Bu daraltma gerek Mahkeme'ye başvuru hakkına sahip olanların azaltılması,²⁷ gerekse Mahkeme'nin yetkilerinin daraltılmasında somutlaş-

26. 1961 Anayasası'nın 149. Maddesine göre, "Cumhurbaşkanı; son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasî partiler veya bunların meclis grupları; Yasama Meclislerinden birinin üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri; kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Üniversiteler, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler". 151. madde ise somut norm denetimini öngörmekteydi.

27. 1982 Anayasası'nın 150. maddesine göre ise "Kanunların, kanun hükmündeki karamamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasî partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır." Somut norm denetimi bazı kısıtlamalarla 152. Maddede düzenlenmektedir.

maktadır. Dolayısıyla salt Anayasa Mahkemesi'nin varlığı, Türkiye'deki anayasa yargısı tartışmalarının haklılığını gerekçelendirmekten uzaktır.²⁸

12 Eylül 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla gerçekleştirilen kapsamlı anayasa değişikliğinden sonra, 23 Eylül 2012 tarihinde uygulanmaya başlanacak olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı da (anayasa şikâyeti) kendinde olumlu bir gelişme olarak kabul edilemez. Örnek alınan Alman Anayasa Mahkemesi'nin kamuoyundaki yüksek prestiji, hiç kuşkusuz temel hak ve hürriyetlerin korunmasında oynadığı önemli rolden kaynaklanmaktadır. Anayasa şikâyeti yoluyla geliştirilen temel hak içtihadı, anayasanın bireyler nezdinde somutlaştırılmasına hizmet etmiş ve bunun kurumsal ifadesi olan Federal Anayasa Mahkemesi en güvenilir kurum olma sıfatını kazanmıştır (bkz. Möllers 2011: 366). Aynı şeyin Türk Anayasa Mahkemesi için de söz konusu olabilmesi, tek başına anayasa şikâyeti hakkının tanınmasıyla sağlanamayacaktır. Mahkeme'nin ancak temel hak ve özgürlükler konusunda özgürlükçü, hakların kapsamını genişletici bir içtihat geliştirmesi halinde aynı prestijli konuma ulaşması mümkün olabilecektir ki, Anayasa Mahkemesi'nin geçmişte temel hak ve özgürlükler konusundaki içtihadının sınırlılığı şu an için pek umut verici değildir.

Öte yandan yine 2010 yılı anayasa değişikliğiyle üye sayısı ın artırılması, ama üyelerin nitelikleri konusunda yukarıda anılan yüksek hukuki niteliklerin sağlanması konusunda hiçbir düzeltme yapılmaması, gelecek açısından başka bir sorun teşkil etmektedir. Mevcut duruma bakıldığında (AY m. 146) Anayasa Mahkemesi'nde görev yapacak üyelerin sadece sekizinin hukukçu olması zorunludur. Diğer üyelerin seçildiği kaynaklara bakıldığında, hukukçu olmayanlar arasından seçilebilecek üye sayısının dokuz olması hiç de olasılık dışı görünmemektedir. Bu durum, anayasanın yorumlanması gibi son derece teknik, zor ve hukuk metodolojisinin en çetrefil alanlarından birisinde çalışmak ve nitelikli içtihat geliştirebilmek için Mahkeme'nin donanımının yetersizliğini ortaya koymaktadır.

TBMM'ye tanınan üç üye seçme yetkisi ise, Avrupa'daki örnekleriyle karşılaştırıldığında, yukarıda Böckenförde'nin vurguladığı, tarafsız-

28. 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra anayasa yargısının düzenlenmesine ilişkin çok isabetli ve öngörülü tespitlerde bulunan rahmetli hocamız Prof. Dr. Lütfi Duran'ın tezleri için bkz. Duran 1984.

lığa ve bağımsızlığa ilişkin vurgu dikkate alındığında, tatmin edici olmaktan çok uzaktır (Böckenförde 1999). Çünkü 146. maddenin ikinci fıkrasına göre, TBMM'de yapılan ilk oylamada üye tam sayısının üçte ikisi, ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur. Yani iktidar partisinin iki tur oylamayı geçmek için sabretmesi ve basit bir çoğunlukla "kendi" adayını Anayasa Mahkemesi'ne seçmesinin önünde hiçbir engel yoktur. Bir yargı organından beklenen tarafsızlığın, Meclis'te temsil edilen partilerin nitelikli bir çoğunlukta uzlaşması yoluyla sağlanması hiçbir biçimde amaçlanmamıştır.²⁹

Anayasa mahkemelerinin elinde, kararlarının icrasını sağlayacak araçlar mevcut olmadığı için anayasal yargı denetiminin başarısı, ilgililerin bu kuruma gönüllü olarak boyun eğmelerine, anayasal düzen ve bunun koruyucusu olarak anayasa mahkemelerinin siyasal bilinçte yeri olmasına bağlıdır. Bunun yanında bir anayasal demokrasiye içkin iktidar sınırlamalarını ve bunun tamamlayıcı unsuru olan denetimi sadece ilkesel düzeyde değil, bu denetimden olumsuz anlamda etkilenildiğinde de mevcut haliyle kabul etmek ve benimsemek, yüksek düzeyde bir siyasal kültüre ihtiyaç gösterir (Laufer 1976: 106-8). Türkiye'deki tartışmanın vardığı nokta ise, anayasa yargısının her iki boyutunda da ciddi sorunlar olduğunun işaretlerini vermektedir. Son söz olarak dile getirilebilecek bir umut, anayasal demokrasinin Almanca'da sözcüğün yapısına içkin olduğu üzere "sınırlanmış" (*verfasste Demokratie*) bir demokrasi olduğunun, hem siyasal aktörler, hem de anayasal bir organ olarak Anayasa Mahkemesi tarafından içselleştirilmesi, bu yolla demokrasinin iradeci anlamından kurtulmasına katkıda bulunulmasıdır.

—

29. 2010 yılı anayasa değişikliklerinin kapsamlı bir değerlendirmesi için bkz. Göztepe 2010b.

Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar

Fazıl Sağlam

Giriş

ANAYASA ŞİKÂ YETİ konusunda bir makale yazmanın benim açımdan bazı zorlukları var. Bunlardan biri, aynı konuda birçok konuşma yapmış, makale yazmış¹ ve bu alandaki çalışmaların birçoğuna katılmış olmam.² Buna bir yenisini eklemek, ister istemez bazı tekrarlar yol açacak. Bu tür tekrarlar, bazen gerekli de olabilir. Önemli olan bu gerekliliğin, konuyu yeniden işlemenin bütünselliğiyle açıklanabilmesidir. Buna özen göstermek gerekiyor. Öte yandan "yargının demokratik meşruiyeti" adı altında yapılan anayasal ve yasal yeni düzenlemelerin siyasal iktidarın güdümünde bir yargı organı görünümünü vermesi, anayasa şikâyeti kurumunun, başarıyla uygulandığı ülkelerdeki işlevlerini yerine getirip getiremeyeceği konusunda bazı kuşkular uyandırıyor. Bu da anayasa şikâyetiyle ilgili sorunların saptanmasında ve de-

1. Bkz. Sağlam 2004; 2006; 2007a; 2007b; 2007c; 2011a; 2011b.

2. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi (TBB İHM) tarafından 2007 tarihinde oluşturulan komisyon raporu: "Anayasa Şikâyetinin Türkiye'de Yüksek Yargı Organlarınca Benimsenmesini ve Sağlıklı Bir Biçimde Uygulanmasını Sağlayacak Adımların Atılması Konusunda Görüşler", (Soyadı sırasına göre komisyon üyeleri: Burak Çelik, Selin Esen, Ece Göztepe, Ahmet Mumcu, Yavuz Sabuncu, Fazıl Sağlam ve Talay Şenol); İzmir Barosu'nun daveti üzerine, yine soyadı sırasına göre Kerem Altıparmak, Serkan Cengiz, Ece Göztepe, Sedef Özdoğan, Fazıl Sağlam'dan oluşan Çalışma Grubu Raporu: web.e-baro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/haber3/Anayasamahkrapor.pdf. Ayrıca bkz. 13. ve 14. dipnotlardaki çalışmalar.

ğerlendirilmesinde önemli sıkıntılar yaratıyor. Ama anayasa şikâyeti yolu, artık bir hukuk politikası olmaktan çıkıp pozitif anayasa normuna dönüştüğüne göre, hukukçulara düşen görev, bu kurumun işlevine uygun bir yönde gelişmesini sağlamaktır. Bunun için de olması gerekeni (ideali) aramaktan çok, ağırlığı pozitif hukuk yaşamına giren düzenlemelere vermek ve bunları, nesnel (maddi) unsurlarını da göz önünde tutarak, yorum kurallarının izin verdiği ölçüde ideale yaklaştıracak bir somutlaşmaya katkıda bulunmak gerekiyor. Hukuk zaten ideal bir düzen değildir ve hiçbir zaman da olmamıştır. Doğası gereği siyasal ve toplumsal ilişkilere bağımlı bir yapısı vardır. O zaman hukukçunun görevi her koşulda hukuk devleti ilkelerine, hukukun temeli ve amacı olan adalet ve hakkaniyet düşüncesine olabildiğince yakın bir yaklaşım içinde olmaktır.

Bu yazıda anayasa şikâyeti konusudaki pozitif düzenlemeleri deskriptif olarak incelemeyi amaçlamıyoruz. Dolayısıyla bu düzenlemeleri bütün boyutlarıyla tüketici olarak ele almayı düşünmüyoruz. Konuyu sorun odaklı olarak incelemeyi, bunlardan en önemli gördüklerimizi, Anayasa kurallarına ağırlık vererek belirlemeyi ve bunu yaparken de sosyal gerçeklikten doğacak sorunların gerekli kıldığı ölçüde ilgili normların yöneldiği nesnel yaşam ilişkilerini de göz önünde tutmayı amaçlıyoruz. Anayasal düzenleme ve onun içerdiği norm alanı açısından fazla sorunlu görmediğimiz yasal düzenlemeler bu yazının konusu dışında kalacak.

I. Anayasa Şikâyeti in Anlamı, Özü ve Kapsamı

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı "T.C. Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (*Resmî Gazete*, 13.05.2010-27580), 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın 18. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini düzenleyen 148. maddesine, "bireysel başvuruları karara bağlama" (AY m. 148/1 cümle 1) görevi eklemiştir. Bu görev, aynı maddenin ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralarda düzenlenmiştir:

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabi-

lir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır (AY m. 148/3).

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz (AY m. 148/4).

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir (AY m. 148/5).

Ayrıca aynı anayasa değişikliğine ilişkin kanunun 25. maddesiyle Anayasaya eklenmiş bulunan geçici 18. maddenin son fıkrasına göre, "Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir."

Daha sonra çıkarılan ve 3 Nisan 2011 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (AYMK) 76. maddesine göre de yasanın bireysel başvuruyla ilgili 45 ila 51. maddeleri 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

A. Terim Sorunu

Anayasa'nın seçtiği "bireysel başvuru" terimi, anayasa şikâyeti kavramıyla özdeş değildir. Bireysel başvuru, Anayasa'da öngörülen başvuru yolunu doğru yansıtmayan, kapsam olarak ona göre daha geniş olan bir terimdir. Her anayasa şikâyeti doğası gereği bir bireysel başvuru. Ama her bireysel başvuru anayasa şikâyeti anlamına gelmez. Örneğin *popularklage* (popüler dava) bir bireysel başvurdur, ama anayasa şikâyeti değildir. Çünkü bireye yalnızca uygulanan normun iptalini isteme hakkı verir. Yani bizdeki somut norm denetimine benzer bir denetim türüdür.

Anayasa hukuku öğretisinde "gerçek anayasa şikâyeti" ile "gerçek olmayan anayasa şikâyeti" ayrımı yapılmaktadır.³ Bu ayrıma kısaca göz atmak anayasa şikâyeti terimine bir açıklık kazandırabilir.

3. Yargıtay Başkanı'nın 2005 adli yılı açış konuşmasında anayasa şikâyetiyle eşanlamlı olarak kullandığı "popüler dava"nın her iki grupta da bir ilgisi yoktur. Popüler dava, bireyler tarafından harekete geçirilebilen bir çeşit soyut norm denetimidir. Tipik örneği Bavyera Anayasası'nda yer alan bu dava türü Macaristan ve Makedonya'da da uygulanmaktadır. Gerek anayasa şikâyeti gerekse popüler davanın kavramsal açıklamaları ve bunları uygulayan ülkelerle ilgili ayrıntılar için bkz. Brunner 2002: 206 vd, 218 vd, 229 vd.

1) Gerçek Anayasa Şikâyeti (*echte Verfassungsbeschwerde*)

Gerçek anayasa şikâyeti, kamu gücünün bir işlemiyle temel hakkı ihlal edilen bireyin, anayasa mahkemesine doğrudan başvuru hakkıdır. Bu işlem, yasama, yürütme ve yargı işlevlerinden kaynaklanmış olabilir. Anayasa şikâyeti başvurusunda bu işlemlerle ilgili olağan kanun yollarının tüketilmesi genellikle bir önkoşul olarak düzenlenmektedir. Anayasamızda "bireysel başvuru" olarak ifade edilen de bu türdendir. Gerçek anayasa şikâyetinin en tipik ve en kapsamlı örneği Almanya'da uygulanmaktadır. Bu türü ilk uygulayan Avusturya'da ise mahkeme kararlarına karşı anayasa şikâyeti yolu tanınmamıştır. Ancak Avusturya uygulaması, Anayasa'ya aykırılıkla yasalara aykırılık sorununun ayrılabilceğini ve ayrılması gerektiğini göstermesi bakımından ilginçtir. Avusturya'da kişiler, anayasaya aykırı bir idari işleme karşı idari yünden gerekli yolları tükettikten sonra, idari yargıya başvurabildiği gibi, Anayasa Mahkemesi'ne de başvurabilmektedir. Uygulamada Anayasa Mahkemesi'nin tercih edilmesi, bu mahkemenin başvuru konusu işlemde bir temel hak ihlali görmemesi halinde, dosyayı yasaya aykırılık içerip içermediğinin tespiti için idare mahkemesine göndermesinden kaynaklanmaktadır (Haller 2004: 180 vd).

Gerçek anayasa şikâyetini başarıyla uygulayan diğer ülkelerin başında İspanya (1980) gelmektedir. İspanya uygulaması, Anayasa Mahkemesi'nin eski başkanlarından Villalon'un bir yazısında "İspanya'nın sorunları evinde çözülmektedir" şeklinde özetlenmiştir (2003: 158).

Çek Cumhuriyeti (1993), Slovenya (1994), Hırvatistan (1991), Macaristan (1991) gibi ülkeler de gerçek anayasa şikâyetini başarıyla uygulayan ülkeler arasında sayılmaktadır.⁴

Anayasa şikâyeti yöntemi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) ihlal eden sözleşme tarafı devletlere karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) yapılacak kişisel başvuruya paralel bir iç hukuk kurumudur ve iç hukukta anayasanın güvence altına aldığı haklar bakımından genelde aynı işlevi yerine getirmektedir.

4. Brunner 2002: 208 vd; Çek Cumhuriyeti için bkz. Holländer 2001: 13-52; Brunner 2001: 53-84.

2) Gerçek Olmayan Anayasa Şikâyeti (*unechte Verfassungsbeschwerde*)

a) Gerçek olmayan anayasa şikâyeti, temel hakkı ihlal edilen bireyin, dava yollarını tükettikten sonra belli bir süre içinde yapabildiği bir başvuru türüdür. Ancak bu türün gerçek anayasa şikâyetinden farkı, başvurunun, temel hakkın ihlaline yol açan idari işleme ya da mahkeme kararına karşı değil, bu kararların alınmasına esas teşkil eden kurala karşı yapılabilmesidir. Bu özelliğiyle gerçek olmayan anayasa şikâyetini, somut norm denetiminin birey tarafından harekete geçirilebilen bir türü olarak değerlendirmek mümkündür. Macaristan (1990) ve Polonya'daki (1997) uygulama, bu türün tipik örnekleri olarak gösterilmektedir (Brunner 2002: 218 vd).

b) Bu yöntem, uzman mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikâyeti başvurusu dolayısıyla anayasa mahkemeleri ile uzman mahkemeler⁵ arasında ortaya çıkabilecek sorunları genelde dışlaması bakımından avantajlı görünmektedir. Ancak bu avantaj, karara esas alınan ve birey tarafından şikâyet konusu yapılan kuralın anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde sınırlı bir avantajdır. Bu durumdasorun, iptal kararının bizde olduğu gibi *ex nunc** etkisini benimsemiş olan hukuk düzenlerinde ortaya çıkacaktır. Çünkü anayasa mahkemesinin iptal kararı geriye yürümeyince, kişi yaptığı başvuruyla subjektif kamu hakkını koruyamayacak, sadece kendi hakkının ihlali ne yol açmış bulunan kuralın ortadan kaldırılmasında oynadığı rolle avunabilecektir. Böyle bir durumda kişinin temel hakkının korunması, anayasa mahkemesi kararının bir karar yenileme nedeni sayılması ya da anayasa mahkemesine, verdiği kararı ilgili olay için de geçerli say-

* Lat. Geleceğe yönelik olarak.

5. Uzman mahkeme (*Fachgericht*) terimi, anayasa yargısını diğer yargı yerlerinden ayırmak üzere Alman Anayasa Mahkemesi'nce kullanılan bir terimdir. Terim Alman öğretisinde de benimsenmiş ve yerleşmiştir. Sade yasaların somut olaya uygulanması konusundaki değerlendirmenin, bu konuda yetkili ve görevli kılınan mahkemelere ait olduğu, anayasa yargısının yalnızca anayasanın üstünlüğünü koruma amacıyla sınırlı ve yardımcı (*subsider*) olarak devreye gireceği görüşünü esas alan bu terim, ideali daha iyi yansıtmaları bakımından tarafımızdan da tercih edilmiştir. Tabii bu terim, gerçeği ve ideali sade yasalar yönünden yansıtan bir terimdir. Anayasa yönünden uzman mahkemenin Anayasa Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur.

ma yetkisinin tanınmasıyla mümkün olabilecektir. Ayrıntılara girmeden Macaristan'da ilke olarak ikinci çözümün, Polonya'da ise birinci çözümün benimsendiği söylenebilir.

c) Ancak gerçek olmayan anayasa şikâyetinde asıl sorun, anayasaya uygun olan bir kuralın uzman mahkemece anayasaya aykırı bir anlamda uygulanması halinde gündeme gelmektedir. Bilindiği üzere yasa kurallarının yorumunda birbirine denk ağırlıkta çeşitli yorum olanakları söz konusu olabilir. Bu tür kurallarda anayasaya uygun olanın seçilmesi esastır. Şayet uzman mahkeme anayasaya uygun bir yorum mümkünken, kuralın Anayasa'ya aykırı bir anlamını seçip uygulamışsa, böyle bir durumda kişi, –şayet Anayasa Mahkemesi kararında anayasaya uygun yorum seçilmişse– uzman mahkeme kararına esas alınan yanlış yorumun iptalini sağlayamayacak ve dolayısıyla ihlale uğrayan hakkını elde edemeyecektir. Burada da akla gelen çözüm, Anayasa Mahkemesi kararının yargılanmanın yenilenmesi nedeni olarak benimsenmesidir.

Bu karşılaştırma bize, aşağıda temel özellikleri ve özü açıklanacak olan gerçek anayasa şikâyetinin, somut olayda hakların korunması bakımından daha etkili ve daha kestirme bir yöntem olduğunu göstermektedir.

B. Anayasa Şikâyetinin Temel Özellikleri

1) Anayasa Şikâyetinin Hukuksal Temeli

Anayasa şikâyetinin temel özelliklerinin açıklanmasına geçmeden önce, bu başvuru yoluyla ilgili olarak ihmal edilen bir noktanın açıklığa kavuşturulması gerekir.

a) Anayasa kuralları öteki yazılı hukuk kurallarına karşı bir üstünlüğe sahiptir. "Anayasanın üstünlüğü" diye anılan bu ilke, genelde anayasa kavramının bir başka unsurunu oluşturmaktadır. Anayasanın en yüksek hukuk kuralı olmasının mantıksal bir sonucu olarak, yasalar ve öteki hukuk kuralları anayasaya uygun olmak zorundadır. Bu uygunluğu hukuksal düzeyde sağlayan ilke ise "anayasanın bağlayıcılığı" ilkesidir. 1982 Anayasası'nın 11. maddesi, her iki ilkeyi bir arada düzenlemiştir. "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan bu maddeye göre:

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. / Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

1961 Anayasası da 8. maddesinde aynı kurala yer vermiştir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, her türlü anayasa yorumunun da anahtar kavramıdır.

Bu bağlamda altı çizilmesi gereken bir başka özellik, anayasa kurallarının yalnızca devlet organlarını değil, diğer kuruluş ve kişileri de bağlamasıdır. Anayasa kurallarının devlet organlarını bağlaması, gerek öğretide gerekse uygulamada tartışmasız benimsenmiş bir ilkedir. Bu benimsemede yasama yönünden Anayasa Mahkemesi, yürütme ve idare yönünden Danıştay ve İdare mahkemeleri büyük rol oynamışlardır. Buna karşılık anayasanın diğer kuruluş ve kişileri de bağlaması, öğretide ve uygulamada çoğu kez ihmal edilen bir kuraldır.

b) Oysa anayasa şikâyeti yolu benimsenmemiş olsa bile, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin özel hukuk kişilerini de kapsayacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle anayasa şikâyeti, hukuk yaşamına girmeden önce de bu kişiler arasında ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde anayasa kurallarının etkili kılınması gerekirdi. Bu açıdan önemli olan, anayasal etkinin hangi kapsamda ve nasıl gerçekleşeceğinin aydınlatılmasıdır. Özellikle adli mahkemelerin temyiz mercii olan Yargıtay, bu konuda önemli bir işlevi yerine getirebilirdi. Yargıtay hukukumuzda yer alan çeşitli olanaklardan yararlanarak anayasa kurallarını özel hukuk ilişkilerine yansıtma imkânına sahipti. Özel hukukumuz, yargıca belli alanlarda takdir yetkisi tanımaktadır (Medeni Kanun m. 4). Bunun gibi objektif iyi niyet (dürüstlük) kuralı gibi ilke-normlar (MK m. 2), ahlaka aykırılık (MK m. 23/2, m. 47/2, m. 56/2, BK m. 19/2) gibi özel hukukun belirsiz kavramları da, adli yargıçlar tarafından somutlaştırılmaktadır. Öte yandan Medeni Kanun, koşullar gerektirdiğinde yargıca hukuk yaratma yükümlülüğü de getirmektedir (MK m.1/2). İşte bu alanlar, anayasal kural ve ilkelere özel hukuk ilişkilerine yansıtılmasını mümkün ve gerekli kılacak giriş kapılarıdır.

c) Bunu bir örnekle açalım: Essen şehrinde yaşayan bir Türk vatan-dışı, kirada oturduğu daireye uydu anteni taktırmak üzere izin istemiş, ancak izin talebi ev sahibince reddedilmiştir. Uydu antenini taktırmayı sağlamak üzere açtığı davalarda ev sahibinin izin vermemesi nedeniyle Türk televizyonlarını seyretme imkânı bulamadığını, böyle-

ce bilgiye ulaşma hakkının ve dolayısıyla düşünce özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu davaların ilk ve üst mahkemelerce reddedilmesi üzerine anayasa şikâyeti yoluna gitmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi bu davada Türk vatandaşını haklı bulmuş ve karar özeti olarak aşağıdaki ilkeleri vurgulamıştır:⁶

– Almanya'da dinlenilmesi /izlenilmesi mümkün olan radyo ve TV programları Anayasanın 5. maddesi anlamında genel olarak ulaşılabilirliği bulunan bilgi kaynağı niteliğindedir. Yabancı programlar da bu kapsam içindedir.

– Bu programlara bireyin ulaşması, teknik bir aracın kurulmasını gerektiriyorsa, 5. maddenin sağladığı temel hak koruması bu tür aracın temin edilmesini ve kullanılmasını da kapsar.

– Binada [Türkiye'deki yayınları da izleme imkânı sağlayan]⁷ kablolu yayına geçilmiş olması halinde, kiracının, uydu anteni kurulmasına izin verilmesi yönündeki talebinin hukuk mahkemelerince reddedilmesi Anayasa'ya uygun olur.

– Almanya'da sürekli yaşayan bir yabancının ülkesindeki radyo ve TV yayınlarına ulaşmadaki menfaati, kiracı ve kiralayan arasında yapılacak bir menfaatler tartışında göz önünde tutulmalıdır. Bunun diğer kiracılar açısından eşitlik ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

Bu kararda kullanılan gerekçeler, Alman Anayasa Mahkemesi'nin sürekli içtihadı niteliğindedir ve "temel hakların yatay etkisi/üçüncü kişilere etkisi" (*Drittwirkung der Grundrechte*) olarak anılmaktadır. Burada kiracının bilgiye ulaşma hakkı, objektif hüsnüniyet kuralının yorumu (somutlaştırmaya) açık genelliği içinde kiracı ve kiralayan arasındaki ilişkiye yansıtılarak anılan temel hakka bir özel hukuk ilişkisinde geçerlilik sağlanmıştır.

Kuramsal olarak Yargıtay, anayasa şikâyeti hukukumuzda girmeden de aynı yorumu yapabiliirdi. Ne var ki Yargıtay, tarihsel gelişim çizgisinde, asıl işlevini yasaların yorumlanması ve uygulanmasında görmüş, önüne gelen uyuşmazlıkları anayasa perspektifiyle inceleme ve çözme eğilimine girmemiştir. "Anayasa şikâyeti" kurumunun anayasa hukukumuzda girmesiyle bu perspektif, tüm yargı düzenimizde gündeme gelebilecektir.

6. BVerfG, NJW 1994 (17), s. 1147; aynı yönde BVerfG (Kammerentscheidung): NJW 1994 (20), s. 1232.

7. Parantez içindeki ibare, konunun daha iyi anlaşılması için tarafımdan eklenmiştir.

2) Anayasa Şikâyetinin Özü

Anayasa şikâyetinin özünü (temel içeriğini) aşağıdaki noktalarda toplamak mümkündür:

a) Bu yöntemde temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen kişiler, ihlale yol açan işleme, eyleme ya da ihmale karşı Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurma hakkına sahip kılınmıştır. Bu yöntemde ilke olarak yasama organından başka yürütme organının, idari makamların ya da yargı organının temel hak ihlalleri de anayasa mahkemesinin denetimi altındadır. Soyut ve somut norm denetimi yalnızca norm denetimiyle sınırlıyken, anayasa şikâyeti, normun somutlaşmasıyla ortaya çıkan hukuksal sonuçların denetimini de sağlamaktadır. Ayrıca somut norm denetiminin harekete geçirilmesinde, normun kendisine uygulandığı kişi, dolaylı bir rol oynarken, anayasa şikâyetinde doğrudan doğruya dava açma hakkının sahibi durumuna gelmektedir. Şu halde anayasa şikâyetinde belirleyici olan, kişinin anayasal hakkını ihlal eden kamu gücüne ait her türlü işlem ve eylemin önlenmesidir. Öyle ki bu başvuruda norm denetimi istisnai olarak söz konusu olur. Bu özellik nedeniyle anayasa şikâyetinin koşulları ve prosedürü norm denetiminden oldukça farklıdır.

Anayasa şikâyetinin hukuksal bir gereksinim olarak ortaya çıkması, soyut ve somut norm denetiminin, temel hak ve özgürlükler için yeterli bir koruma sağlayamamasından kaynaklanmıştır. Bu yetersizliğin nedeni, her iki denetim yolunun da ancak norm düzeyinde, yani bir kanunun ya da kanun hükmünde karamamenin içerdiği kurallar esas alınarak yapılabilmesidir. Oysa temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte bir yasa kuralının uygulama alanı, sayısı ve somut içeriği önceden kestirilemeyen birçok olayı kapsamaktadır. Bu uygulamada temel hak ve özgürlüğün normatif etkisini dikkate almayan bir yorum ya da uygulama, ancak anayasa şikâyetiyle düzeltilebilir. Çünkü burada sorun normda değil, normun anayasaya aykırı uygulanışında kendini gösterir.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 04.04.2006 tarihinde "Eleyici Tâkip" (*Rasterfahndung*) ile ilgili olarak verdiği karar,⁸ böyle bir sorunun anayasa şikâyetiyle nasıl çözüldüğünü göstermesi bakımından ti-

8. BVerfGE, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (1 - 184). www.bverfge.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr051802.html.

pik bir örnek oluşturmaktadır. *Rasterfahndung* Türkçede "eyleyici takip" olarak çevrilebilecek bir arama yöntemidir. Buna ilişkin düzenleme, Kuzey Ren - Westfalya Polis Yasası'nın 31. paragrafında yer alıyor. Bu kural, konut bildirim büroları, yabancılar bürosu, üniversite ve yüksekokullar gibi çeşitli kurumlardaki kişisel bilgilerin yargıç kararıyla belli bir merkezde toplanmasına imkân tanıyor. Toplanan bilgiler belli kıstaslara göre bilgisayarda elenerek "potansiyel teröristlerin önceden keşfedilmesi"ne çalışılıyor. Bunun için yasada öngörülen en önemli koşul, "eyaletlerin ya da federal devletin varlığına ya da güvenliğine veya bir kişinin vücuduna, yaşamına veya özgürlüğüne yönelik halihazır bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikenin önlenmesi için 'eyleyici takip' yönteminin gerekli olması"dır. Faslı bir öğrenci kendisi için "eyleyici takip" iznini veren bir mahkeme kararını öğrendikten sonra,⁹ kararın yasaya ve anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, sorunu anayasa şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirmiştir. Mahkeme alınan önlemin ilgili temel hakka bir müdahale teşkil ettiğini belirlemekle birlikte, bunun ölçülü olup olmadığını çift taraflı bir incelemeyle tartışmış, yasal müdahale yetkisi verendüzenlemeyi ölçülü bulurken önlemin uygulanmasına ilişkin mahkeme kararının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, eyleyici takibe izin veren mahkeme, yasada yer alan "halihazır tehlike" koşulunu "tehlike olasılığı"na indirgemiş ve böylece yasanın aradığı somut tehlike koşulunu Anayasa'nın cevaz vermediği biçimde genişletmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bu tarz genişletici yorum, eyleyici takibin yasada somutlaşmış bulunan anayasal koşullarıyla bağdaşmamaktadır. Öyle ki yasakoyucu dahi bu anlamda bir yasa koyma yetkisine sahip değildir.¹⁰

Bu kararda yasa ve uygulama düzeyinde yapılan ikili ayırım, anayasa şikâyeti kurumunun temel özelliğini somutlaştırmaktadır. Böyle bir çözüme, anayasa şikâyetine yer vermeyen bir hukuk düzeninde ulaşmak mümkün değildir. Çünkü bu düzenlerde yalnızca norm denetimi yapılmakta, normun uygulanışındaki temel hak ihlalleri incelen-

9. Faslı öğrencinin kararı nasıl öğrendiği de merak konusu olabilir. Yasa, ancak uygun bilgiler elde edildikten sonra, elenmiş tüm bilgilerin silinmesini ve eleminin tamamlanmasından sonra, hakkında yeni önlemler uygulanacak kişilere, elde edilen verilerin kullanım amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla durumun bildirilmesini öngörmektedir.

10. Anılan kararın ayrıntılı bir analizi için bkz. Sağlam 2007b: 291-317.

memektedir. Anayasa şikâyetine yer vermeyen bir yargı denetiminin eksikliği, bu örnekte çok açık bir biçimde görülmektedir.

b) Öte yandan anayasa şikâyetine yer vermeyen bir yargı denetiminin eksikliği, yalnızca temel hak ve özgürlüğün normatif etkisini dikkate almayan bir yorum ya da uygulamayla da sınırlı değildir. Çünkü temel hak ve özgürlükleri sınırlayan bir kural, genel anlamıyla anayasaya uygun olabilir. Buna karşılık kuralın kapsadığı bir olay, ilgili hak ya da özgürlüğe ölçüsüz bir müdahale niteliği kazanabilir.

Bu anlamda belli bir kuralın kapsamı içinde yer alan bir olay, yeri-ne ve belli koşullara göre hak ihlali olabilir de, olmayabilir de. AİHM' de karara bağlanan Mehdi Zana davası bunun tipik bir örneğidir.¹¹ Eski Diyarbakır Belediye Başkanı Mehdi Zana, *Cumhuriyet* gazetesine verdiği bir demeçte "PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini desteklediğini, katliamdan yana olmadığını, ancak yanlış şeylerin her yerde olabileceğini, kadın ve çocukların yanlışlıkla öldürüldüğünü" belirtmiştir. AİHM'e göre bu demeç, çevresinden soyut bir biçimde ele alınamaz. Bu röportaj, söz konusu dönemde aşırı bir gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda PKK'nın sivillere yönelik olarak sürdürdüğü kanlı saldırılarla aynı döneme rastlamaktadır. Bu şartlarda Diyarbakır eski Belediye Başkanı'nın "ulusal kurtuluş hareketi" diyerek PKK'ya destek vermesi, o bölgede zaten var olan, patlamaya hazır durumu daha da kötüleştirebilir. Mahkeme bütün bu faktörleri ve böyle bir olayda ulusal makamların sahip oldukları takdir alanını dikkate alarak, söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğunu ve sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğini kabul etmiştir. Şimdi aynı demeç bir başka kentte, bir başka kişi tarafından verilmiş olsaydı, belki Türkiye'deki ceza mahkemesi aynı cezayı verecekti, ama AİHM bu kez Türkiye'yi haksız bulabilecekti.

c) Bu konuda bir başka tipik örnek, 2004'te Anayasa Mahkemesi'nin gündemine gelmiştir. Anılan karara konu olan olay, bakaya suçuyla ilgilidir. Suçun faili olan askere, askeri savcı tarafından ön ödeme bildirimi yapılmış, ancak asker parasızlık nedeniyle bu ödemeyi yapamayacağını belirtmiştir. Ceza Yasası'nın o zaman yürürlükte olan kuralı, herhangi bir haklı neden aramaksızın ön ödemeyi süresi içinde yapmayan kişinin, yargılama sonunda alacağı cezanın yarısı oranında

11. 25.11.1997 tarih ve 69/1996/688/880 sayılı karar. Kararın metnine Kazancı Bilgi Bankası AİHM kararları fihristinden Zana - Türkiye başlığıyla ulaşılabilir.

artırılmasını öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi bu kurala ilişkin iptal istemini ön ödeme kurumunun yerine getirdiği önemli işlevi göz önünde tutarak oyçokluğuyla reddetmiştir.¹² Ceza Yasası'nın ilgili kuralı, olaydan bağımsız olarak incelendiğinde Anayasa Mahkemesi'nin kararını doğru bulmak mümkündür. Ancak bu kural, açıklanan somut olaydaki uygulamada genel anlamında görülmeyen farklı bir anlamda somutlaşmıştır: Bu anlama göre, gerçekten parası olmadığı için ön ödemeyi yapamayacak durumda olan kişi, salt parası olmaması nedeniyle normalde alması gereken cezayı yarısı oranında artırılmış olarak çekecektir. İşte Askeri Mahkeme, somut olayda vereceği karara esas teşkil eden bu anlamı Anayasa'ya aykırı bulduğu için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş, ama kuralın genel anlamını esas alan Anayasa Mahkemesi'nden beklediği kararı alamamıştır. Oysa anayasa şikâyeti olsaydı, norma dokunmadan sorunun çözümü mümkün olabilecekti (Bu karara ileride yasaya aykırılık ve spesifik anayasa hukukuna aykırılık ayrımı dolayısıyla tekrar dönülecektir).

C. Anayasa Şikâyetinin Kapsamı

1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamındaki Anayasal Hak ve Özgürlükler

a) Anayasa şikâyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması, gerek Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin¹³ (TOBB), gerek Türkiye Barolar Birliği'nin¹⁴ (TBB) hazırladığı Anayasa taslaklarında ve gerekse Anayasa Mahkemesi'nin kendisiyle ilgili anayasa maddelerine yönelik değişiklik önerisinde benimsenmiş bir formüldür. Aslında bu formül, Türk Anayasası'nda yer alan haklar kataloğundaki uyumsuzlukların zorladığı

12. Karar ve karşı oylar için bkz. AYMK 31.03.2004, E.2002/143, K.2004/46, RG 10.11.2004 - 25639.

13. TOBB 2000 (TOBB talebi üzerine Ergun Özbudun, Fazıl Sağlam, Tekin Akıllıoğlu ve Yavuz Sabuncu'nun ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır).

14. TBB 2001 (Bu çalışma, TBB'nin talebi üzerine Attila Sav, Fazıl Sağlam, İbrahim Kaboğlu, İl Han Özay, Necmi Yüzbaşıoğlu, Rona Aybay, Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu, Yekta Güngör Özden, Yılmaz Aliefendioğlu ve Zafer Üskül'ün ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır). 2007 yılında soyadı sırasıyla Rona Aybay (Başkan), Süheyl Batum, Faruk Bilir, Ece Göztepe, Korkut Kanadoğlu, Fazıl Sağlam, Oktay Uygun ve Koordinatör Üye Teoman Ergül'den oluşan bir komisyon tarafından yenilenen bu çalışma için bkz. TBB 2007.

pratik bir çözümdür. Çünkü anayasamızda yer alan sosyal ve ekonomik haklardan, kullanılmaları devletin olumlu bir edimine bağlı olanlar, ilke olarak anayasa şikâyeti kurumuyla korunmaya elverişli değildir. Çünkü bu tür sosyal haklar, genellikle doğrudan talep edilebilir nitelikte asgari koruma alanları¹⁵ olarak düzenlenmemiştir. İlköğretimin zorunlu ve devlet okullarında parasız olması, bunun ender istisnalarından biridir. Buna karşılık anayasamızın sosyal ve iktisadi haklar bölümünde yer alan sendika, grev ve toplu sözleşme gibi hakların kullanımı, ilke olarak devletin olumlu bir edimine bağlı olmayıp, bu tür haklar yapıları itibarıyla klasik haklardan farksızdır. Bunların ya anayasa şikâyetiyle bağlantılı olarak tek tek sayılması¹⁶ ya da AİHS'deki haklarla paralellik kurularak genel bir formülle açıklanması gerekiyordu. Yukarıda anılan taslaklarda ikinci yol daha pratik ve esnek olduğu düşüncesiyle tercih edilmiş, anayasakoyucu da aynı çözümü benimsemiştir. Bu formülle kastedilen, AİHS'deki hakların ihlali değil, Türk Anayasası'nda bunlara tekabül eden (bunların karşılığı olan) hak ve özgürlüklerin ihlalidir.

b) Öte yandan bu formülde yalnızca sözleşme metni değil, sözleşmeyi kendi yapısı içinde bütünleyen ek protokollerin de kastedilmiş olduğu kuşkusuzdur. Bu açıdan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinde AİHS yanında " ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller" in de eklenmiş olması aslında anayasaya göre bir genişleme gibi görünse de, gerek norm programı gerekse normun nesnel (maddi) içeriği açısından anlamsız, hatta abes (absürd) bir daraltma niteliği taşımaktadır. Çünkü burada önemli olan, Türkiye'nin protokole taraf olması değildir. Burada uygulanacak olan protokol değil, ona tekabül eden anayasa kuralıdır. Türkiye taraf olsun ya da olmasın, bağlayıcı olacak olan protokoller değil, bu protokollerde öngörülen ve AİHS'nin ilk metni

15. Bu tür düzenlemelere örnek olarak bkz. TBB 2007 Anayasa Önerisi m. 55/3, m. 56/2; m. 65/4, m. 66/2 ve m. 67.

16. TBB İHM tarafından 2007 tarihinde oluşturulan Komisyon Raporu'nda (bkz. dipnot 2) hakların tek tek belirtilmesi seçeneği kabul edilmişti: "Taslaklarda yer alan formül yerine formülün içeriğini esas alarak anayasa şikâyetinin koruyacağı hak ve özgürlüklerin tek tek belirtilmesinin belirginlik ilkesi yönünden daha yararlı olacağı görüşü benimsenmiştir." Ancak bu çalışmanın arkasından yapılmış planlanan çalıştay gerçekleştirilememiş, aynı yıl içinde TBB tarafından hazırlanan Anayasa Önerisi'nde ise bu tavsiye ihmal edilmiştir.

tamamlayan hak ve özgürlüklerin –varsa– anayasadaki karşılıklarıdır. Türkiye'nin taraf olmadığı bir protokoldeki hak ve özgürlüğün anayasada bir karşılığı mevcutsa, onu anayasa şikâyeti kapsamı dışına çıkarmanın hiçbir hukuksal mantığı ve dayanağı yoktur. Çünkü amaç, Anayasa'da yer alan klasik hak yapısındaki düzenlemeleri anayasa şikâyetinin dışına çıkarmak değil, bu kurumun alışılmış uygulama alanında zaten yer almayan ve devlet yükümlülükleri şeklinde formüle edilmiş bulunan hakları dışarda bırakmaktır. Bu açıdan aslında yasada yapılan şey anayasa şikâyetinin kapsamını genişletmek değil daraltmaktır. Bu durum, "kaş yapayım derken göz çıkarma" özdeyişini hatırlatmaktadır. Böyle bir daraltma, hiç kuşkusuz Anayasa'daki formülün amaç ve kapsamına açıkça aykırıdır.

c) Altı çizilmesi gereken bir başka nokta, anayasa şikâyetinin kapsamını belirleme bakımından her iki hukuk kaynağında yer alan hak ve özgürlükler arasında bir özdeşlik aranmasındaki yanlışlıktır. AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin büyük bir bölümü Türk Anayasası'nda daha ayrıntılı olarak ve *lex specialis** niteliğinde ayrıştırmış yeni haklar biçiminde düzenlenmiştir. Örneğin AİHS'de tek bir maddede ifade edilen toplanma ve dernek özgürlüğü, Türk Anayasası'nda dernek, sendika, siyasal parti, toplantı ve gösteri yürüyüşü hak ve özgürlükleri olarak ayrı maddelerde ele alınmıştır. Bunun gibi AİHS'de yer almayan birçok güvence kuralı, Türk Anayasası'nda belli hakların pozitifleşmiş ek güvenceleri olarak düzenlenmiştir. AİHS'deki hak ve özgürlüklerin etki ve kapsamını Türk Anayasası'nda daha da genişleten güvencelerin –AİHS'de yer almasa bile– anayasa şikâyeti kapsamında olacağı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi, aynı formülü esas alan kendi önerisini sunduktan sonradüzenlediği sempozyumda Yavuz Sabuncu ve Selin Esen, birlikte hazırladıkları bildiriyle bu formülden ne anlaşılması gerektiğini ayrıntılı olarak açıklamışlardır.¹⁷ Daha sonra Ece Göztepe, yeni yasal düzenlemeyi de göz önünde tuttuğu makalesinde Sabuncu ve Esen'in açıkladığı hususları bir tabloyla karşılaştırarak AİHS'yi ölçü almanın gündeme getireceği bazı sorunlara işaret etmiştir (2011: 35 vd). Tablo-da göze çarpan en kapsamlı sorun, Türkiye'nin taraf olmadığı protokol-lerde yer alan hak ve özgürlüklerdir. Şayet bunların Anayasa'daki kar-

* Lat. Özel kanun.

17. Bu konuda bkz. Sabuncu ve Esen 2004: 229-46.

şılıkları olarak gösterilen maddeler (AY m. 10, m. 38/8, m. 23, m. 23/6, m. 41/1, m. 16, m. 36/1 ve 40/1, m. 40/III, m. 36/1 ve 38) anayasa şikâyeti kapsamı dışında kalacaksa, yukarıda "abes" (absürd) olarak ifade ettiğimiz durum tam olarak ortaya çıkmış olacaktır. Yasanın açık lafzına karşı yorum (*contra legem* yorum) yapılamayacağından, 6216 sayılı yasanın 45. maddesinde yer alan "Türkiye'nin taraf olduğu" ibaresinin, şayet soyut norm denetimi harekete geçirilmemişse, somut norm denetimiyle iptalinin sağlanması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin de, kendi önerisiyle ters düşmek istemiyorsa, önerinin bir çeşit resepsiyonu olarak Anayasa'ya alınmış bulunan formülü ölçüsüz bir biçimde daraltan "Türkiye'nin taraf olduğu" ibaresini iptal etmesi beklenir. Bunun için Anayasa Mahkemesi'nin kendi önerisinin gerekçesine bakması bile yeterlidir. Gerekçenin ilgili bölümü aynen şöyledir:

Anayasa şikâyeti, ilke olarak klasik haklarla sınırlı tutulmaktadır. Ancak, Anayasanın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bunları ayırmayın zorluğu karşısında Anayasa şikâyeti yoluyla sağlanacak korumanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması uygun görülmüştür. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasıyla da bir paralellik kurulmuştur.

Görülüyor ki burada temel amaç, anayasa şikâyetinin ilke olarak klasik haklarla sınırlı tutulmasıdır. Şu halde Anayasa şikâyeti yoluyla sağlanacak korumanın AIHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmasının amacı, klasik hak ve özgürlük yapısındaki sosyal ve ekonomik hakları, devlete olumlu bir edim yükleyen haklardan ayırmaktır. AIHS bunun yalnızca bir ölçüsüdür. Bu ölçünün kullanılmış olması, Anayasa'nın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bu ayrımı yapmanın zorluğundan, yani sadece pratik nedenlerden kaynaklanmıştır.

d) Ece Göztepe'nin tablosundaki III. bölüm (a.g.y.: 35 vd) yukarıda açıklananndan farklıdır. Bu bölümde AIHS ya da protokollerde yer almayıp anayasada güvence altına alınan haklardan söz edilmektedir. Bunlar AY m. 48 ve 49 (çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi), m. 50 (çalışma şartları ve dinlenme hakkı), m. 60 ve 61 (sosyal güvenlik hakkı), m. 70 (kamu hizmetine girme hakkı) olarak belirlenmiştir. Bu soruna çözüm üretmek yukarıdakiler kadar kolay değildir. Sanırım "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki" anayasal hak ve özgürlükler formülünü kaleme alanlar bu hususu göz-

den kaçırmış olmalıdırlar.¹⁸ Bu haklar bakımından yorum yoluyla bir çözüm üretmek de mümkün görünmemektedir. Burada kesin çözüm, yasada bir değişiklik yapılarak bunların da anayasa şikâyeti kapsamına alınmasıdır.

e) Aynı bağlamda bu tür sorunların yorum yoluyla aşılmasına yardımcı olmak üzere 6216 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce İzmir Barosu'nca düzenlenen Çalıştay'da kaleme alınan raporda,¹⁹ 45. maddedeki formüle ek olarak önerilen bir düzenlemeden de söz etmek yerinde olacaktır. Buna göre,

Bu hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesinde AIHM'nin içtihatları dikkate alınır. AIHM içtihatları, ulusal ve uluslararası hukuk tarafından tanınmış insan hakları ve temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek şekilde yorumlanamaz.²⁰

18. Bu formül ilk kez TOBB Önerisinin hazırlığı sırasında Yavuz Sabuncu ile birlikte ürettiğimiz bir formüldür. Daha sonra sırasıyla TBB 2001 Anayasa Önerisi, Anayasa Mahkemesi Önerisi ve TBB 2007 Anayasa Önerisi'nde de aynı formül benimsenmiştir. Anılan formülle ilgili gerekçelerdeki açıklamalar, AIHS'de ya da protokollerinde yer almayıp Türk Anayasası'nda yer alan haklar konusunu gözden kaçırdığımızı göstermektedir. Konu daha sonra Sabuncu ve Esen'in çalışmasında kısmen fark edilmiştir. Ancak bu yazıda da AIHS'ye protokollerin eklenmesi önerilirken "Türkiyenin taraf olduğu protokoller" denilmek suretiyle yukarıda açıklanan hataya düşülmüştür. TBB İHM'nin 2007 yılında oluşturduğu komisyonun, hakların tek tek sayılması yolundaki önerisi (bkz. dipnot 2 ve 16) benimsenmiş olsaydı, bu hataya düşülmeyecekti.

19. Yasalaşma sürecinde yapılan eleştiri ve uyarılara örnek olarak İzmir Barosu'nun daveti üzerine bir araya gelen çalışma grubu (Fazıl Sağlam, Ece Göztepe, Kerem Altıparmak, Sedef Özdoğan ve Serkan Cengiz) tarafından hazırlanan ayrıntılı rapora şu linkten ulaşılabilir: web.e-baro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/haber3/Anayasamahkrapor.pdf.

20. Bu ek önerinin gerekçesi şöyledir: "... Sözleşme'nin 'AIHM tarafından yorumlandığı şekliyle anlaşılmaması halinde bu amaç hasıl olmayacaktır. Bu nedenle, 'AIHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamı' ifadesinin AIHM içtihatları ışığında anlaşılması gerekir. AIHS'nin gereği de budur. Sözleşme'nin 46. maddesine göre 'Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler'. Bununla birlikte, iç hukukun veya Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası hukuk kurallarının Sözleşme'den daha geniş bir kapsam belirlemesi mümkündür. Bu ihtimal karşısında yine AIHS'nin 53. maddesindeki formülün tasarıya alınması uygun görülmüştür. 53. maddeye göre 'Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz'

Acaba bu öneri benimsenmiş olsaydı, yukarıdaki sorunlar aşılabilir miydi? Ece Göztepe'nin Tablo 2 ve 3'te (a.g.y.: 35 vd) belirlediği hak ve özgürlükler bakımından buna olumlu bir yanıt verilemez. Önce bu önerideki kuralın etkili olabilmesi için, ortaya çıkacak sorunun yoruma açık bir boyutu olmalıdır. Bir kere Türkiye'nin taraf olmadığı protokollerin anayasadaki karşılıkları, yasadaki abes daraltmayla anayasa şikâyeti kapsamı dışında bırakıldığından, bunlar açısından AİHM'nin içtihatları da yol gösterici olamayacaktı. Öte yandan AİHS ya da protokollerde yer almayıp Anayasa'da güvence altına alınan hakların AİHM'nin içtihatlarına konu olması mümkün değildir. Bunların dışında kalan sorunlarda adı geçen Çalıştay'da üretilen formülün yararlı olacağı söylenebilir. Ancak hemen belirtelim ki bu tür sorunlar, böyle bir formül olmadan da Anayasa Mahkemesi tarafından yorum yoluyla çözülebilir. Çünkü ek önerinin dayanağı olan AİHS'nin 53. maddesi, zaten Anayasa'ya girmeden de bizim açımızdan bağlayıcıdır. Bununla birlikte AİHM içtihatlarına yapılan göndermenin, Anayasa Mahkemesi'nin yorum konusunda daha serbest hareket etmesini sağlayacağı da kuşkusuzdur.

f) Aşağıda yorum yoluyla çözülebilecek sorunların bazılarına işaret edilecektir.

- "Evlenme ve aile kurma hakkı", Anayasa'da ayrı bir hak olarak düzenlenmemiş olsa bile, bu hakkın "Aile Türk toplumunun temelidir" kuralında içkin (mündemiç) olacağı açıktır. Aile, ilke olarak evlilikle kurulur. Türk toplumunun yapısı dikkate alındığında, toplumun temeli olarak benimsenen ailenin evlilik dışı bir birlik olarak düşünüldüğünü söylemek herhalde mümkün olmasa gerektir.

- Ayrımcılık yasağının AİHS uygulamasında ancak sözleşmede ilgili olduğu hakkın ihlali iddiasıyla bağlantılı olarak ileri sürülebilecek olması, Türk Anayasası'ndaki eşitlik ilkesinin daha geniş ve daha güvenceli bir uygulama ortaya koymasına engel değildir. Her şeyden önce AİHS m. 53 buna engeldir.

- "Bunun gibi eşler arasında eşitlik" ilkesi ya da 2010 değişikliğiyle gelen pozitif ayrımcılık olanağının anayasa şikâyeti konusu olacağı da kuşkusuzdur.

- Öte yandan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkıyla sağlıklı bir çevrede yaşama, sosyal güvenlik ve sağlık hakları arasında gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse AİHM tarafından dile getirilen bütünlük anlayışı, anayasa şikâyeti incelemelerinde de kuşkusuz etkili olacaktır.

• Bütün bu sorunlar bağlamında dile getirilen endişeler bizce gereksizdir. Bu endişelerde AİHS ve ek protokolleri ile anayasa arasında hatalı olarak kurulan özdeşliğin etkisini görmemek mümkün değildir. Öte yandan bu tür yorum sorunlarının büyük bir bölümünün çözümünde AİHS'nin 53. maddesi en önemli hukuksal dayanak niteliği taşımaktadır. İç hukukta veya Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası hukuk kaynaklarında tanınmış bulunan fazla hakları güvence altına alan bu madde, anayasa şikâyetinin kapsamı bakımından da belirleyici bir role sahip olacaktır.

2) "Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz" Kuralı

a) Kuralın Anlamsızlığa Kadar Uzanan Hatalı İfadesi

2010 anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 148. maddesine eklenen dördüncü fıkraya göre: "Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz". Bu ifade, anayasakoyucunun konuya ne denli yabancı olduğunun açık bir göstergesidir. Çünkü anayasa şikâyeti konusu olan uyumsuzluklar, ilke olarak aynı zamanda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardır. Daha açık bir deyişle "kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus" anayasa şikâyeti konusu değildir. Ama anayasa şikâyeti kapsamındaki her hususun ilke olarak aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerekir. Aksi halde kanun yollarının tüketilmesi koşulunun bir anlamı kalmaz. Bunun tek istisnası, yasa ile doğrudan gerçekleşen ihlallerdir ki, bu da zaten 6216 sayılı yasanın 45/III. maddesinde yasaklanmıştır. Bu yasağın içerdiği anayasal soruna tekrar dönülecektir.

Sözü geçen kuralın Anayasa Mahkemesi'ne gelecek ağır yükü önleme, anayasa şikâyetinin kapsamını daraltma ve belki de diğer yüksek mahkemelerden geleceği düşünülen tepkiyi azaltma amacıyla konulduğu anlaşılıyor. Ancak bu formül, sözcük anlamıyla ciddiye alınırsa anayasa şikâyetinin hiçbir konusu kalmayabilir. Anılan formül, yasal düzenlemede de herhangi bir somutlaştırma yapılmaksızın aynen tekrarlanmıştır. Gerekçesi de cümlelerin anlaşılmasını sağlayacak açıklıktan yoksundur. Abesle iştilal edilmek istenmiyorsa, "Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar" formülüne, anayasa şikâyeti konusu olan hak ve özgürlüklere aykırı uygulamaları içermeyecek bir anlam verilmesi gerekir.

b) Kurala Verilebilecek Anlamlar

aa) Heck Formülü

Bu açıdan Alman Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı *Heck* formülü²¹ bizde de kullanılmaya elverişli görünmektedir:

Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkemece verilmiş yanlış bir kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz mercii gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şikâyetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki özel görevine uygun düşmez. Yöntemin belirlenmesi, maddi olgunun tespit ve değerlendirilmesi, sade yasaların yorumu ve bireysel olaya uygulanması, bunun için görevli ve yetkili kılınmış olan mahkemelerin işi olup, bu alanda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yapması söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi sadece spesifik (özgül) anayasa hukukunun mahkemelerce ihlal edilmesi halinde anayasa şikâyeti üzerine müdahaleye hak kazanır.

Alman Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında da bu formülü şöyle özetlemektedir: "Anayasa Mahkemesi ancak uzman mahkemece yapılan yorumun temel hakların çizdiği çerçeveyi aşması halinde düzeltici müdahalede bulunabilir."²²

bb) Heck Formülünün Temyiz Nedenleri Açısından Uyarlanması

Konuya ayrıca bir de temyiz koşulları açısından bakarsak, aynı sonuca ulaşabiliriz. Ayrıntı bir tarafa bırakılırsa, her üç yargılama hukukunda da en önemli temyiz nedeni, "hukuka aykırılık" olarak belirlenmiştir. Esasen anayasa şikâyeti kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlali halinde, "hukuka aykırılık" da gerçekleşmiş olur. O halde "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar" formülünden anlaşılması gereken, yalnızca "yasaya aykırılık" olmalıdır. Çünkü yasanın yorumu ve uygulaması ilke olarak uzman mahkemelerin işidir. Ancak bu yorum ve uygulamanın da temel hak ve özgürlüklerin bağlayıcılığını ihlal etmemesi gerekir.

cc) "Yasaya aykırılık" - "Özgül anayasa kurallarına aykırılık" Ayrımının Önemi ve Yaşama Geçirilmesi

Her iki halde de yasaya aykırılık ile özgül (spesifik) anayasa kurallarına aykırılık ayrımı önem kazanmaktadır. Ancak bu ayrımı yapmak sanıldığı kadar kolay değildir. Bunun için Alman Anayasa Hukuku öğretisinde çeşitli ölçütler kullanılmış ya da önerilmiştir; ama tartışmalar

21. BVerfGE 1, 418, 420; BVerfGE 18, 85, 92.

22. BVerfGE 65, 322, aktaran Schlaich ve Koriath 2004: 196.

tükenmemiştir. Bu yazı çerçevesinde bu tartışmaların ayrıntısına giremeyiz.²³ Aşağıda bunlardan yalnızca Starck'ın yaklaşımını özetleyerek iki örnek olay üzerinde uyarlamaya çalışacağız. Ayrıca bu konunun, Alman Kamu Hukukçuları Birliği'nin²⁴ 2001 yılında düzenlediği toplantıda "Anayasa Hukuku ve Anayasa Altı Hukuk - Anayasa Yargısı ve Uzman Yargı" başlığı altında dört ayrı bildiride ele alındığını ve enine boyuna tartışıldığını da belirtmem gerekiyor.²⁵

(1) Schuman Formülü

Starck'ın önerisi Schuman'ın eski bir formülüne dayandığı için önce ondan kısaca söz etmekte yarar var.

Yetki alanının belirlenmesine ilişkin en eski formül, 1963 yılında yayımlanan kitabında Schuman tarafından önerilmiştir. Öğretide onun adıyla anılan formüle göre, bir mahkeme kararına yönelik anayasa şikâyetinin başarılı olması, ancak şikâyet konusu mahkeme kararına esas teşkil eden hukuki düşüncenin bir yasa formülüne dönüştürülmesi halinde, bu formülün de anayasaya aykırı olarak değerlendirilebilmesine bağlı olmalıdır (Schuman 1963: 207, 334; Düwel 2000: 64 vd, 264 vd). Böylece Mahkeme'nin norm denetimine benzer bir yaklaşım içine girmesi sağlanmış olmaktadır. Bu formülün, özellikle Starck'ın aşağıda değineceğimiz önerisinde etkili olduğu söylenebilir.

(2) Starck'ın Önerisi

Starck, anayasanın çerçeve karakterinden hareket etmektedir. Anayasanın çerçeve karakteri, yasakoyucuya farklı seçenekte düzenlemeler yapma konusunda takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle anayasa şikâyeti başvurusunun değerlendirilmesinde, olayın bireysel özelliklerinden çok, karara esas teşkil eden uygulama normunun esas alınması gerekmektedir. Buna göre, uzman mahkemenin temel hakkı ihlal ettiği ileri sürülen kararı, genel bir norma dönüştürüldüğü, yani norm olarak düşünüldüğü takdirde, anayasaya aykırı ise, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanı içinde kalır. Aksi takdirde uzman mahkeme yetkili olur.

23. Bu konunun ayrıntıları için bkz. Sağlam 2006: 69-111.

24. Alman Kamu Hukukçuları Birliği (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) bizim "Kamu Hukukçuları Platformu"nu oluştururken örnek aldığı-mız kuruluşur.

25. Bu ilginç toplantıya sunulan bilimsel raporlar ve bunlar üzerinde yapılan tartışmalar için bkz. Alexy ve diğ. 2002: 7-220.

Starck bu nedenle uzman mahkeme kararlarına yönelik anayasa şikâyeti üzerine yapılan denetimi, norm denetimi benzeri (*quasi eine Normenkontrolle*²⁶) olarak nitelemektedir. Ona göre Anayasa Mahkemesi, somut olayın kendisinden çok, bu olaydan yararlanarak yapacağı norm denetimi benzeri denetimle ilgilenmelidir.²⁷ Öyle ki, bu denetim üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararın, hükmü haklı kılan gerekçelerle birlikte bağlayıcı olması da, ancak norm denetimine olan benzerliğiyle haklılık kazanabilecektir.²⁸

Anayasanın çerçeve karakteriyle ilgili varsayım bir yana bırakılırsa, bu yaklaşım, mahkemenin kendi kendisini sınırlaması için işlevsel yönden kullanılabilir bir ölçü olabilir. Ancak anayasa, özellikle temel hak ve özgürlükler açısından çerçeve niteliğinden çok, temel düzen olarak bir anlam ifade eder. Aksi takdirde hukuk düzeni içindeki asıl işlevini, üstünlük ve bağlayıcılık ögesini kaybeder. Esasen Alexy'nin de isabetle belirttiği gibi, anayasa hem çerçeve düzen ve hem de temel düzen özelliğine sahip olabilir.²⁹ Üstelik çerçeve niteliği ön plana çıkarıldığında, özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna olduğu, bunun bir sonucu olarak da şüphe halinde özgürlük lehine yorum (*in dubio pro libertate*) gibi anayasa hukukuna özgü belli yorum ilkeleri karşısında yasakoyucunun takdir yetkisinin nerede başlayıp nerede biteceği de ayrı bir tartışma konusu olacaktır.

(3) Starck'ın Norm Benzeri Denetim Formülünün Uyarlaması

Bu bağlamda yukarıda I, B, 2), c)'de (s. 428) ele aldığımız bakaya suçuyla ilgili Askeri Mahkeme kararına dönecek olursak, burada askeri mahkeme, suçu işlediği konusunda bir ihtilaf bulunmayan askere, normalde alması gereken cezayı yarısı oranında artırarak vermek zorunda kalacaktır. Sonunda askerin alacağı ceza, para cezasına çevrilse bile, ön ödemeyi yapamayacak durumda olan asker, bunu da ödeye-

26. Starck 1996: 1040.

27. A.g.y.: 1039. Aynı konuyu bütün boyutlarıyla işleyen makalesinde vardığı sonuç bakımından Korieth'un da benzer bir beklenti içinde olduğunu söylemek mümkündür: "... Federal Anayasa Mahkemesi, uzman mahkeme kararları üzerinde yaptığı denetimde sadece genelleştirilmeye elverişli temel hak sorunları üzerinde durmalı ve bu alana, anılan kararların yaratacağı sonuçların, içerik olarak yasakoyucu tarafından da düzenlenemeyeceği durumlarda müdahale etmelidir" (2001: 81, çeviri mealen yapılmıştır).

28. Starck 1996: 1040.

29. Alexy ve diğ. 2002: 14 vd, 40 (tez II. 5).

meyeceğinden cezasını hürriyeti bağlayıcı ceza olarak çekecek ve olası bir temyiz incelemesi de bunda bir değişiklik yaratmayacaktır. Böyle bir durumda yapılacak bir anayasa şikâyeti denetiminde Anayasa Mahkemesi, Starck'ın formülüne göre, denetime konu olan askeri yargı kararını bir norm olarak düşünüp bunda anayasaya bir aykırılık bulunup bulunmadığını inceleyebilecektir. Askeri yargının bu olaydaki uygulamasını bir norm olarak şöyle formüle etmek mümkündür: "Bir asker, bakaya durumuna düşerse, kendisine bildirilen ön ödemeyi, böyle bir imkâna gerçekten sahip olmadığı için yerine getirememiş olsa bile, yargılama sonunda kendisine verilecek ceza normal cezanın yarısı oranında artırılır" Bu formül, askeri yargı kararına esas teşkil eden genel ceza normunun somut olaya göre farklılaşmış olan ve yalnızca bu somut olay açısından hüküm ifade edecek olan bir uygulanış biçimidir. İşte Anayasa Mahkemesi denetiminde, gerek eşitlik ilkesine aykırı olması ve gerekse kişi özgürlüğüne ölçsüz bir sınırlama getirmesi nedeniyle iptal edilmesi gereken de *quasi norm** niteliğindeki bu uygulamadır.

Benzer bir yaklaşım, Alman Anayasa Mahkemesi'nin I, B, 2), a)'da (s. 427) incelenen "eleyici takip" ile ilgili kararında da etkili olmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, "... eleyici takibe izin veren mahkeme, yasada yer alan 'halihazır tehlike' koşulunu 'tehlike olasılığı'na indirgemiş ve böylece yasanın aradığı somut tehlike koşulunu Anayasa'nın cevaz vermediği biçimde genişletmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bu tarz genişletici yorum, 'eleyici takip'in yasada somutlaşmış bulunan anayasal koşullarıyla bağdaşmamaktadır. Öyle ki yasakoyucu dahi bu anlamda bir yasa koyma yetkisine sahip değildir."

Bu örnekte de Starck'ın (ve tabii Schuman'ın) izini görmemek mümkün değildir. Mahkeme verdiği kararda, kendi yetki alanını aşmadığını açıklama ihtiyacını hissetmiş ve karara esas teşkil eden kuralın "tehlike olasılığı" anlamında uygulandığını belirterek, kendi gerekçesini "yasakoyucunun dahi bu içerikte bir kural koyamayacağı" görüşüyle takviye etmiştir.

Görülüyor ki Starck'ın görüşü, her iki olayda da Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanını belirlemesinde yardımcı bir rol oynamaya elverişli bir ölçü olarak kendini göstermiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu görüşün zayıf noktası, anayasayı –daha açık bir ifadey-

* Lat. norm benzeri.

le işlediği konunun zorunlu bir uzantısı olarak temel hak ve özgürlükleri- bir çerçeve düzen olarak görmesidir. Oysa anayasanın çerçeve niteliği yanında, üstün ve bağlayıcı temel hukuk düzeni niteliği, özellikle temel hak ve özgürlükler açısından çok daha ağır basmaktadır. Bu nedenle aynı sonuca ulaşmak için "acaba 'norm benzeri' bakış açısı, kuramsal bir zorunluluk mudur?" sorusu akla gelmektedir. Norm benzeri dediğimiz kural, anayasa şikâyeti konusu olan yargı kararının kendisinde zaten mevcut değil midir? *Quasi norm*, normun somutlaştırılması sürecinde somut olaydan hareket edilerek o olaya özgü bir anlama bürünen ve karara dayanak olan normdan başkası olabilir mi? Başka bir deyişle *quasi norm*, yargı kararını, kararın hüküm fıkrasına bağlayan kuralla özdeş değil midir? Böyle bir norm olmadan kararın keyfiliği önlenebilir mi?

İşte yukarıdaki sorularla ön plana çıkarmaya çalıştığımız anlamla sınırlı olmak üzere, anayasa şikâyeti denetiminin işlevsel olarak bir norm denetimine benzetilebileceğini düşünüyoruz.³⁰ Doğru uygulandığı takdirde bu bakış açısının bir denetim sınırı oluşturabileceğine inanıyoruz. Ama hemen belirtelim ki bu ölçü, bir anayasa ya da yasa normu gibi formüle edilmeye elverişli olmayan, daha çok mahkemenin kendi kendisini sınırlamasını sağlayan bir çeşit özdenetim amacına hizmet edebilir. Bu bakış açısının Mahkeme kararının eleştirisinde kullanılması ise denetimi tanımlayan ikinci bir işlev olarak yararlı olabilir.

3) Yasanın Kapsam Dışında Bıraktığı Alanlar

a) Yasama İşlemleri ile Düzenleyici İdari İşlemler

6216 sayılı AYMK'nın 45/3. maddesi, "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı"nı öngörmektedir. Bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı konusu, aşağıda I, D, 1) bölümünde (s. 446) "kamu gücü tarafından ihlal unsuru" başlığı altında değerlendirilecektir. Burada altı çizilmesi gereken ilk husus, bu işlemler aleyhine "doğrudan" anayasa şikâyeti başvurusu yapılamamasıdır. Bu ifadenin karşıt kavramından, anılan işlemlere karşı anayasa şikâyetinin dolaylı olarak yapılabileceği anlamı çıkmak-

30. Bu düşünce zincirinin Prof. Dr. Friedrich Müller ile yaptığım yazışmalar- dan esinlendiğini belirtmem gerekir. Bu katkısından ötürü kendisine teşekkür borç- luyum.

tadır.³¹ Bu açıdan akla gelebilecek örnek olaylar şöyle sıralanabilir:

aa) İdarenin düzenleyici işlemlerine karşı idari yargıda olağan kanun yollarının tüketilmesine rağmen ihlal önlenememişse, anayasa şikâyeti yoluna gidilmesinde hiçbir engel yoktur. Bu durumda temyiz merciinin kararının ihlale ilişkin bölümüyle birlikte onun dayanağı olan düzenleyici işlem de anayasa şikâyetine konu olabilecektir.

bb) Burada bir başka sorun, düzenleyici işlemin yasanın uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılması ve ihlalin de aslen bu yasadaki kaynaklanması halinde gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, yargılamanın herhangi bir aşamasında anayasaya aykırılık itirazı yapılmış olup da kabul görmemişse durum ne olacaktır? Kanun yollarının tüketilmesi koşulu, bu aşamalarda hak ihlalinin önlenebileceği varsayımına dayanmaktadır. Somut norm denetiminin harekete geçirilmesi, bu anlamda hak arama özgürlüğünün bir parçasıdır. Tüketilmesi gereken yargısal başvuru yolları aşamasında Anayasa'ya aykırılık itirazının haksız olarak reddedilmiş olması, anayasa şikâyeti açısından başlıbaşına bir temel hak ihlali olarak değerlendirilmelidir. Çünkü Anayasa'nın 152/2. maddesine göre, "... (ilk derece mahkemesi) Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükmüyle birlikte karara bağlanır". Şayet temyiz mercii de anayasaya aykırılık itirazını haksız olarak reddetmişse, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümü, bu kararlar hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit eder ve yasanın 50/2. maddesi uyarınca "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderir" Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin ihsası reyde bulunduğu ileri sürülemez, çünkü Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümünün buradaki tespiti, anayasaya aykırılık itirazının "ciddi" olduğuna ilişkin bir tespittir. Anayasaya aykırılık sorunu Genel Kurulca karara bağlanacaktır.

cc) Aynı bağlamda bir başka olasılık, yargılamanın hiçbir aşamasında anayasaya aykırılık itirazı yapılmamış ve/veya tartışılmamış olmasıdır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümü, ihlalin düzenleyici işleminden çok yasadaki kaynaklandığı kanısına varırsa ne yapacaktır?

(1) Burada ilk akla gelen, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti başvurusuyla önüne gelen davada, anayasaya aykırı gördüğü yasayı,

31. Bkz. Göztepe 2011: 27-28.

davaya bakmakta olan mahkeme sıfatıyla somut norm denetimi kapsamına alıp alamayacağı sorusudur. Bu sorunun değerlendirilebilmesi için, öncelikle yeni düzenlemeye göre, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti ile ilgili davaları "Bölüm" olarak karara bağladığını, buna karşılık soyut ve somut norm denetimi davalarına ancak Genel Kurul olarak bakabileceğini hatırlamak gerekir. Buna göre, yukarıdaki soruya bir an için evet cevabı verildiği düşünülse bile, bunun sonucu olarak, davaya bakmakta olan Bölüm, konuyu bekletici mesele sayarak, dosyayı somut norm denetimini karara bağlamak üzere Genel Kurul'a havale edecektir.

(2) Ancak sorunun cevabı bu kadar basit görünmemektedir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Tasarı aşamasında 49. maddenin 6. fıkrası, şöyle bir kuralı içermektedir: "Bölümler bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar". Ne var ki bu kural yasaya alınmamıştır. Bu gelişme, tarihsel yorum ilkesine göre, artık anayasa şikâyeti süreci içinde bu yönde bir somut norm denetimi sağlanamayacağı anlamına gelmektedir. Ancak bunun makul bir yorum olarak benimsenebilmesi için, anılan kurala yasada yer verilmemiş olmasının da –en azından yasakoyucu açısından– makul bir açıklamasının yapılabilmesi gerekir. Yasakoyucu açısından baktığımızda, sistemimizde somut norm denetiminin ve düzenleyici işlemler bakımından da idari yargı yolunun açık olması, Tasarı'daki bu kuralı çıkarmanın makul bir açıklaması olarak görülebilir. Ancak gerek davacı ya da davalı gerekse ilk derece ya da temyiz mahkemesi yasadaki aykırılığı görememişse, buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümü, incelediği anayasa şikâyeti başvurusunda idari ya da yargısal işlemde, "kabul edilebilirlik koşulu" ya da "hak ihlali" yönünden bir aykırılık görmemekle birlikte, bu işlemlere dayanak olan yasada, böyle bir aykırılığı belirlemişse ne olacaktır? Tasarıda yer alan kuralın Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümüne sağladığı imkânın, yasanın yürürlükteki metnine alınmadığını ve bu nedenle yasada aykırılık görse de bunu değerlendirme yetkisinin bulunmadığını mı söyleyecektir? O zaman bu aykırılığı uzman gözüyle değerlendirememiş olmanın sorumluluğu, hakkı ihlal edilen kişiye mi yüklenmiş olacaktır?

(3) Oysa idari yargı sisteminde düzenleyici işlemin iptali istenmemiş olsa bile onun uygulaması niteliğindeki bir işlemin iptali sağlanabilmektedir. Yukarıda anılan Tasarı'daki kuralın yasaya alınmamış olması, Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöntemi kullanarak idari yargıda mutad olan sonuca ulaşmasına engel olabilir mi? Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi burada yasal dayanağın anayasaya aykırı olduğunu göz önünde tutarak, ona dayanan somut işlemin ilgili hakkı ihlal ettiğine karar verebilir mi? Burada yasanın iptali için somut norm denetiminin harekete geçirilmesi söz konusu olmadığından, bu çerçeveye sınırlı olarak anayasaya uygun yorumun yapılabileceği ve idare hukukundakine benzer bir biçimde işlemin hak ihlali teşkil ettiğinin tespit edilebileceğini düşünüyoruz. Bu tespit üzerine davaya yeniden bakacak olan mahkeme, yasanın iptalini sağlamak üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir. Biraz dolambaçlı olmakla birlikte sonuçta hakkın sübjektif yönünün de korunması bakımından, bu yolun anayasa şikâyetinin çifte niteliğine³² uygun düşeceğini düşünüyoruz.

(4) Gerçi siyasal partilere ilişkin davalarda Anayasa Mahkemesi, davaya bakmakta olan mahkeme sıfatıyla somut norm denetimini gerçekleştirmiştir. Ama burada Anayasa Mahkemesi farklı bir konumdadır. Parti davalarına bakmak, Anayasa Mahkemesi'ne, üstelik tekel olarak verilmiş ayrı bir görevdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, parti davalarında ilk ve son derece olarak davaya bakan bir mahkeme konumundadır. Yüce Divan açısından da benzer bir konum söz konusu olabilir. Anayasa şikâyeti başvurusunda ise vatandaşın ya da kişilerin somut olaya ilişkin şikâyetini, olağan kanun yolları tüketildikten sonra ele almak durumundadır. Mahkemenin bu çerçevede kendiliğinden somut norm denetimini başlatmasının, sisteme yabancı olduğunu düşünüyoruz. O zaman somut norm denetimi yönteminin bağımsız bir anlamı kalmıyor ve anayasa şikâyeti bir yönüyle popüler davaya dönüşmüş oluyor ki, bu da yasakoyucunun amaçladığı bir durum değildir. Parti ya da Yüce Divan yargılamalarında ise durum farklıdır. Çünkü bunlarda Anayasa Mahkemesi bir ön aşama olmaksızın farklı bir sıfatla doğrudan davaya bakıyor. Yani itiraz davasının harekete geçirilebileceği bir ilk yargılama aşaması yok. Ama Tasarı'da öngörülmüş bulunan olanak yasalaşmış olsaydı, o zaman Bölümlerin Genel Kurula

32. Anayasa şikâyetinin hem sübjektif hak hem de objektif hukuk düzenine ilişkin iki yönlü işlevinin açıklanması için bkz. Göztepe 1998: 16 vd.

başvurması, itiraz davasını harekete geçirecek yeni bir birim olarak düşünülebilirdi.

Bu bağlamda sonuç olarak üzerinde fazla düşünülmenden aceleyle getirilen yasa süreçlerinin gayri adil sonuçlar yarattığını belirtmeyi yararlı görüyoruz.

b) Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlem ve Kararlar

aa) Anayasa Mahkemesi Kararları

Yasalar ya da yasa gücünde kararnamelere karşı normal yargısal başvuru yapıldıktan, başka bir deyişle somut norm denetimi harekete geçirildikten sonra Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara karşı anayasa şikâyeti yoluna gidilemez. Çünkü yine Anayasa Mahkemesi'nin yeni kuruluş ve yargılama usulü yasasına göre, "Anayasa Mahkemesi kararları... bireysel başvurunun konusu olamaz" (AYMK m. 45/3). Bu düzenlemenin anayasa yargısının kesinliği, bağlayıcılığı ve hukuksal istikrar yönünden tutarlı olduğunu düşünüyoruz.

bb) Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı Diğer İşlem ve Kararlar

Anayasa Mahkemesi kararları yanında "Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de anayasa şikâyeti konusu olamayacaktır". Bu işlemler şöyle sıralanabilir:

- "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler" (AY m. 125/2 ilk cümle);
- Yüksek Askeri Şûra'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri (AY m. 125/2 son cümle);
- HSYK'nın meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları (AY m. 159/10);
- Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri (AY m. 148/1 son cümle);
- Sayıştay'ın karar düzeltme istemleri sonunda verdiği karar (AY m. 160/1 son cümle);
- Yüksek Seçim Kurulu kararları (AY m. 79/2 son cümle).

Bunlardan ilk üçünde sözü geçen işlemlerin "yargı denetimi dışında" kaldığı ilgili maddelerde açıkça belirtilmiştir. Bunun gibi, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelere karşı "şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı" ve Sayıştay'ın karar düzeltme istemleri sonunda verdiği karara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı da açıkça belirtil-

mektedir. Bu ikisi bakımından tek fark, ilgili denetim organının belirlenmiş olmasıdır. Ancak her iki halde de işlemlerin nesnel yapısı (doğası) gereği, başka bir yargı yoluyla denetim söz konusu olamayacağından, bunlar da 6216 sayılı AYMK'nın 45/3. maddesi kapsamında kalmaktadır.

cc) Özel Olarak: Yüksek Seçim Kurulu'nun Durumu

Buna karşılık Yüksek Seçim Kurulu açısından durum biraz farklı görünmektedir. Anayasanın 79/II maddesinin son cümlesine göre "Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları aleyhine başka bir merciye başvurulamaz". Bu maddede yargısal denetime kapalılık yönünden yukarıdakilerdeki açıklık yoktur. Burada ilk dikkati çeken farklılık, Sayıştay'ın karar düzeltme istemleri sonunda verdiği karara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilmişken, Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı başvurulamayacak olan yerin "başka bir merci" olarak zikredilmiş olmasıdır. Bu farklılık, Yüksek Seçim Kurulu'nun norm alanındaki özelliklerde de kendini göstermektedir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin, Yüksek Seçim Kurulu'nu somut norm denetimini harekete geçirecek bir "mahkeme" niteliğinde görmemiş olması, öncelikle göz önünde tutulmalıdır. Bu içtihat devam ettiği sürece, seçim hukukuna ilişkin kuralların somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi mümkün olamayacak ve dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulu'nun verdiği karar yasaya uygun olsa bile, yasanın ve ona dayalı işlemin anayasaya aykırılığını düzeltme, siyasal haklara yönelik ihlalleri giderme imkânı da bulunamayacaktır. Bu durum, Yüksek Seçim Kurulu'nun, aslında bu hakların güvencesini sağlama amacıyla anayasal sisteme alınmış olması olgusuyla çelişmekte ve anılan hakları adeta korumasız bırakmaktadır. Böyle bir durumda pratik uyum ilkesi, birbiriyle çelişen anayasa kurallarının her birine optimal (azami) hukuksal etki sağlayacak bir çözümü zorunlu kılmaktadır. Özellikle anayasa şikâyeti kurumunun anayasamızın bir parçası olmasından sonra yapılacak pratik uyumda bu başvuru yolunun, mevcut çelişkinin çözümünde belirleyici bir rol oynaması gerekeceği açıktır. Çünkü anayasa şikâyeti tam da bu tür çelişkilerin çözümü için gerekli olup AIHS kapsamındaki anayasal haklardan herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlalinin önlemek üzere herkese tanınmış bir haktır. Bu nedenle 6216 sayılı AYMK'nın 45/3. maddesinde Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere bağlı olarak tanımlanan yasağın, Anayasa'ya uygun bir biçimde dar yorumlanması gerektiğini, dolay-

sıyla Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı anayasa şikâyeti yolunun açık tutulabileceğini düşünüyoruz. Tabii bu yorum, Yüksek Seçim Kurulu'nun siyasal haklar sistemi içindeki yerini ve nesnel boyutunu ön plana çıkarmaktadır.

Bu yoruma karşı, "başka bir merci" sözcüğü içinde yargının da yer aldığını ileri sürmenin, maddenin sözüne daha yakın bir yorum olacağını da kabul etmek gerekir. Şayet bu yorum tercih edilecekse, o zaman 6216 sayılı AYMK'nın 45/3. maddesinde öngörülen kapsam daraltmasının, Yüksek Seçim Kurulu yönünden pratik uyum ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak, kamu gücünün hak ihlallerine karşı herkes için öngörülen anayasa şikâyeti hakkına aykırı düşeceği sonucuna varmak gerekecektir.

dd) Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Kesinliği (AY m. 158/I)

Yukarıdaki sıralamada Uyuşmazlık Mahkemesi'ne yer vermemiş olmamızın nedeni, bu Mahkeme'nin verdiği kararların yargı denetimi dışında kaldığını ya da bu kararlara karşı başka bir yargı merciine başvurulamayacağını belirten açık bir hükmün Anayasa'nın 158. maddesinde yer almamış olmasıdır. Anılan maddenin ilk fıkrası, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının kesin olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Bu anlamda bir kesinlik, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları açısından da ilgili yüksek mahkemelerin "son inceleme mercii" olarak belirtilmesiyle sağlanmış olmasına rağmen, anayasa şikâyeti, sonuçta bu mahkemelerin kesin kararlarına karşı gündeme gelmektedir. Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesi kararları da gerektiğinde anayasa şikâyeti konusu olabilecektir.

D. Anayasa Şikâyetinin Anayasada Belirlenen Temel Unsuru: Kamu Gücü Tarafından İhlal

Anayasa'nın 148/III maddesinin ilk cümlesinde sözü geçen "kamu gücü tarafından ihlal" unsuru, devletin üç temel işlevi olan yasama, yürütme ve yargı organlarından herhangi birisi tarafından gerçekleştirilen ihlalleri ifade etmektedir. Bunlardan yasama işlemleri ile yürütmenin düzenleyici işlemleri de bu kapsam içinde yer alır.

1) Temel Unsurun Yasa ile Daraltılmasındaki Anayasaya Aykırılık

a) Bu açıdan bakıldığında, 6216 sayılı AYMK'nın 45/III maddesinde yer alan "Yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine

doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı" kuralının, Anayasa'nın belirlediği ihlal fiili ile failini, Anayasa'ya aykırı bir biçimde daralttığı sonucuna varmak gerekir. Çünkü anayasakoyucu, 148/III maddede "kamu gücü tarafından ihlal" olgusunu anayasa şikâyetinin temel unsuru olarak belirlemiştir. Yasakoyucu bu unsorda sadece somutlaştırıcı düzenlemeler yapabilir. Ama bu unsorda, yasama ve yürütmeden gelecek ihlalleri dışlayarak, anayasa şikâyetini, yalnızca yargı kararının denetimine indirgeyecek bir daraltma yapamaz.

Bu daraltma hatalı bir gözlem ve varsayımdan kaynaklanmaktadır. Daraltmanın mantığı Anayasa'da yasa ve yasa gücünde kararnameler için somut norm denetimi yolunun öngörölmüş olmasıdır. Oysa yasaya karşı doğrudan anayasa şikâyeti yoluna gidilmesi, somut norm denetimiyle ihlalin önlenmesinin mümkün olmayacağı veya kuramsal olarak mümkün olsa bile hakkın elde edilmesinin başvuru için artık bir anlam ifade etmeyeceği durumlar için söz konusudur. Esasen yasada öngörölmüş bulunan "güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmiş olması" koşulunun mantığı ve nesnel geçerliliği de yasaya karşı doğrudan doğruya yapılacak anayasa şikâyetleri için söz konusudur. Zira araya somut bir uygulama işlemi girmişse ve bu da hak ihlali olarak yasadaki ifadeyle "kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi" sonunda giderilememişse, böyle bir durumda güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmiş olması koşulu, nesnel olguların yapısı gereği (işin doğası gereği) zaten gerçekleşmiş olmaktadır. Bu süreç içinde verilmiş yargı kararları karşısında bu koşulu ayrıca araştırmak abestir. Nitekim aynı koşullar, Alman uygulamasında da tüm anayasa şikâyeti başvuruları için söz konusu olduğu halde, anayasa şikâyetinin konusu olan nesnel (maddi) ilişkilerin yapısı (doğası) gereği, şayet ihlal yasa ile kişinin hakkı arasına somut bir uygulama işleminin girmesiyle, özellikle bir yargı kararıyla gündeme gelmişse, burada artık "güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmiş olması" koşulu araştırılmamaktadır.³³ Çünkü burada soyut hukuk normu, somut bir olay üzerinde ve belirli ya da belirlenebilir kişiler üzerinde zaten uygulanmış olmaktadır. Bu nedenle anayasa şikâyetini yalnızca kesinleşmiş yargı kararları üzerindeki bir dene-

33. BVerfGE 53, 30, 48: "Mahkeme kararlarına karşı anayasa şikâyetinde kural olarak kişisel, güncel ve doğrudan bir ilginin varlığının araştırılması gerekmez", aktaran Gersdorf 2005: 11 dn. 55.

time indirgeyen bu kural, Anayasa'ya kesinlikle aykırı olduğu gibi, 6216 sayılı AYMK'nın 46. maddesindeki başvuru koşullarını da anlamsız bırakacak bir çelişki yaratmaktadır.

Bu görünüm, üzerinde fazla düşünülmeden aceleye getirilen yasa süreçlerinin yol açtığı abes sonuçların bir başka örneğidir.

Öte yandan yasakoyucunun yukarıda açıklanan hatalı varsayımına yeniden dönersek, somut norm denetiminin temel koşulunu yeniden hatırlamakta yarar vardır. Somut norm denetimi, ilgili normun bir mahkeme önünde görülmekte olan bir "davada uygulanmasına" bağlıdır ve denetim yalnızca o norm üzerinde yapılır. Oysa yasaya karşı yapılacak anayasa şikâyeti denetiminde, araya bir uygulama işlemi girmeksizin, yasanın "güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilemiş" olması koşulu aranmaktadır. Görülüyor ki varsayıldığının aksine, yasalara karşı somut norm denetiminin varlığı, bu alanda anayasa şikâyetiyle doğrudan yasa üzerinde yapılacak denetimin yerini tutamaz. Aşağıdaki örnekte bu gerçeği çok daha açık bir biçimde görebiliriz.

b) Alman Anayasa Mahkemesi yasaya karşı doğrudan anayasa şikâyetine başvurulmasını aşağıdaki koşullara bağlamıştır.

"Dava açma yetkisinin kabulü, başvurunun kendisine ait bir temel hakka, dava konusu yasa ile doğrudan ve güncel olarak müdahale edilmesini gerektirmektedir."³⁴ Bunlardan kendisine ait bir temel hakka güncel müdahale olması koşulları, dava konusu yasa kuralının belirgin bir olasılıkla başvurunun temel hakkını ihlal edebileceğinin inandırıcı bir biçimde açıklanmasıyla ilke olarak gerçekleşmiş sayılır.³⁵ Doğrudan müdahale ise, dava konusu kuralların bir başka uygulama işlemine gerek olmaksızın, başvurunun hukuksal durumunu değiştirmesi halinde var sayılır.³⁶ Tasavvur edilebilecek bir uygulama işlemine karşı başvurma imkânının bulunmadığı ya da böyle bir başvurunun beklenemeyeceği durumlarda da bu koşulun gerçekleştiği kabul edilir.³⁷ Alman Anayasa Mahkemesi, yakın bir tarihte bu ilkeleri önemli bir yasa üzerinde uygulamıştır.³⁸ Bu karardaki anayasal sorun

34. BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 109, 279 (305) (yerleşik içtihat).

35. Bkz. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307 f.).

36. Bkz. BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207).

37. Bkz. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (306 f.).

38. Bkz. BVerfGE, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 1-156. Karara şu adresten ulaşılabilir: www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html.

şöyle özetlenebilir: Başka insanların yaşamını korumak amacıyla, teröristlerin uçakta rehin aldığı masum insanların yaşamına, uçağın düşürülmesi suretiyle son verilebilir mi? İşte buna belli koşullarla izin veren bir yasa, anayasa şikâyetine konu olmuştur. Başvurucular yasanın yürürlüğe girmesiyle kendilerinin her an doğrudan ve güncel bir müdahalenin muhatabı durumuna geldiklerini ifade etmişlerdir.

Mahkeme kararının önemli gerekçeleri şöyledir:

- Başvurucular, özel ve mesleki nedenlerle sık sık uçak yolculuğu yaptıklarını inandırıcı bir biçimde açıklamışlardır (Bölüm 79 b).

- Bu nedenle dava konusu yasa kuralının, başvurucuların kendilerine ve temel haklarına güncel bir müdahale oluşturması hususunda yeterli bir olasılık mevcuttur (Bölüm 80 aa).

- Dava konusu kuralın uygulanması halinde, uçakta bulunan masum insanların da buna kurban gidebileceği açıktır (bölüm 81).

Başvuruculardan, dava konusu kuralın kurbanı olacakları aşamayı beklemeleri istenemez (Bölüm 83 bb).

Bu örnek, yasama işlemleri aleyhine doğrudan anayasa şikâyetinde bulunmanın belli koşullarda zorunlu olacağını ve bu gereksinimin somut norm denetimiyle karşılanamayacağını çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır. Benzer koşullar düzenleyici idari işlemlerde de gündeme gelebilir.

2) "Kamu Gücü Tarafından İhlal" ve Yatay Etki

Kamu gücü tarafından ihlal unsuru, ilk bakışta temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisinin dışlandığı izlenimini vermektedir. Nitekim Necmi Yüzbaşıoğlu bu durumu şöyle açıklamaktadır:

... bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlali halleri için öngörülmüş olup, sadece kamu gücü - birey ilişkilerine yönelik "dikey yetki" sağlamaktadır, "yatay yetkisi" yoktur.³⁹

Bu ifade yanıltıcıdır. Çünkü bireyler arasındaki yatay ilişkide ihlal edilen bir temel hak ya da özgürlük, taraflar arasında bir uyuşmazlığa dönüştüğünde, davaya bakmakta olan mahkemenin bu uyuşmazlığı ilgili anayasal hakkın hukuksal etki ve bağlayıcılığını göz önünde tutarak çözmesi gerekir. Böyle bir çözüm ortaya konulmamışsa sorun, anayasa şikâyeti başvurusuyla, yargı kararının anayasal hakkın bağlayıcı-

39. Tanör ve Yüzbaşıoğlu 2011 : 525.

lığını nazara almamış olması nedeniyle, bir yargı mercii ihlali olarak, dolayısıyla bir kamu gücü ihlali olarak gündeme gelebilir. Görülüyor ki burada yatay etkinin denetimi dolaylı olarak sağlanabilmektedir. Yürürlükte olan anayasal ve yasal düzenlemelerde buna engel hüküm yer almadığı gibi, anayasa şikâyetinin yasadaki düzenlemesi de pratikte sadece yargı kararlarına indirgenmiştir. Bu alandaki dolaylı denetim, anayasa kurallarının kişileri de bağlayan niteliğinin mantıksal bir uzantısıdır. Bu konu, yukarıda I, B, 1), a), b) ve c) bölümünde ayrıntılı olarak örnekleriyle birlikte işlenmiş olduğundan, burada tekrara gerek duyulmamıştır.

E. Anayasa Şikâyetinin Önkoşulu: Olağan Kanun Yollarının Tüketilmesi

Anayasa'nın 148/III maddesinin ikinci cümlesi: Anayasa şikâyetinde bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması koşulunu getirmiştir.

Buna karşılık, 6216 sayılı AYMK'da bu koşul, şöyle ifade edilmiştir: "İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir" (m. 45/II).

Bu farklılık anayasa açısından nasıl değerlendirilmelidir?⁴⁰

1) Bu açıdan altı çizilmesi gereken ilk nokta, anayasa şikâyetinin "ikincil" niteliğidir (*Subsidiarität*). Olağan kanun yollarının tüketilmesi önkoşulu bunun ilkesel bir ifadesidir. Bu ilkenin kapsamını belirlemek kuşkusuz anayasakoyucunun yetkisindedir. Yasakoyucu ilke olarak bu kapsamı genişletemez, ama somutlaştırabilir. Bu nedenle kanun yollarından geçmeksizin kesinleşmiş kararlara karşı da anayasa şikâyetine başvurulması, –yasada olumlu izlerini gördüğümüz makul bir mazerete dayanmıyorsa– ilke olarak benimsenemez.⁴¹ Anayasa şikâyetinin aşağıda açıklanacak olan işlevleri de bunu gerektirmektedir. Gerek yargı içi eğitim ve öğretim işlevinin gerçekleşmesi, gerekse hak sahibi vatandaş olma, hakkını sonuna kadar arama bilincinin yaygın-

40. Bu farklılığın hukuksal analizi için bkz. Göztepe 2011: 25 vd.

41. Aksi yönde Şahbaz 2011: 121. "Kural olarak olağan yasa yollarından geçmeksizin kesinleşmiş kararlara karşı bireysel başvuru kabul edilmezse, açıkça hukuka aykırı kararlar söz konusu olabileceğinden, yasanın 47/V maddesinin dikkate alınarak, bu kararlar için de bireysel başvurunun kabul edilmesi gerekir"

laşmasını sağlamak için bu önkoşul –tabii başvurunun etkisizleştirilmesine yol açmadan– özenle uygulanmalıdır.

Öyle ki Alman uygulamasında idari ya da yargı kararına yönelik olan anayasa şikâyetinin gerekçesinden, şikâyetçinin, uzman yargı yerlerindeki dava süreci içinde ihlali önlemek üzere, hangi hukuksal çarelere (*Rechtsbehelf*), dilekçelere (*Anträge*) ve itirazlara (*Rügen*) dayanarak hakkını savunmaya çalıştığıнын anlaşılabilmesini bir başvuru koşulu olarak aramaktadır.⁴²

2) Ancak Anayasa'daki önkoşulu, hakkı etkisizleştirecek bir ölçüde genişletmek de Anayasa'ya aykırı olur. Yasadaki ifade anayasaya uygun olarak yorumlanmadığı takdirde, Ece Göztepe'nin belirttiği Anayasa'ya aykırılık⁴³ kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkar.

Bu açıdan yasada yer alan "kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı" ifadesindeki bütünsellik, anayasaya aykırılık görüşünü güçlendirmektedir. Ancak kanundaki ifadenin –anayasaya uygun yorum yöntemiyle– "olağan kanun yoluna gelebilmek için hukuken geçirilmesi zorunlu olan yollar" olarak yorumlanabileceğini düşünüyoruz. Bu anlamda bir örnek vermek gerekirse, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13/1. maddesine göre: "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir".

Görülüyor ki burada tam yargı davası açmadan önce hakkın idare-den istenilmesi zorunludur. Ancak bu istemin kısmen ya da tamamen reddi ya da zımnen reddi halinde dava açılabilir.

Buna karşılık yine aynı yasanın 11/1. maddesinde yer alan "İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma

42. Bkz. *Merkblatt über die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, II 5.

43. Göztepe 2011: 25 vd.

süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur" şeklindeki kuralda üst makama başvuru, "istenebilir" sözcüğünden de anlaşılacağı üzere zorunlu değildir.

İşte AYMK m. 45/II'de öngörülen ifade, dava açılabilmesi için zorunlu olan idari başvuruları kastetmektedir. Bu tür başvurular dava açmanın ya da olağan kanun yolu aşamasına gelmenin önkoşulu olduğundan, AYMK'nın bu zorunluğun yerine getirilmesini istemesi, Anayasa'daki "olağan kanun yollarının tüketilmesi" koşulunun genişletilmesi değil, somutlaştırılmasıdır. Maddenin bu şekilde anlaşılması, bizce anayasaya uygun yorum ilkesinin kapsamı içindedir.

Buna karşılık AYMK m. 45/II'deki formülден, maddede yer alan "tamamını" sözcüğüne, dolayısıyla sözel yoruma ağırlık verilerek, yasanın zorunlu kılmadığı idari başvuruların da tüketilmesi anlamı çıkarılacaksa, 45/II madde bu anlamıyla Anayasa'ya kesinlikle aykırı olacaktır.

II. Anayasa Şikâyeti Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararlarıyla Diğer Yüksek Mahkeme Kararları Arasındaki İlişki

Anayasa yargısı, anayasa hukukunun alanı içinde yer alır. Bu özelliğiyle diğer yüksek yargı organlarına göre önemli farklılıklar gösterir. Anayasa'da sayılan yüksek yargı yerleri arasında ilke olarak bir eşitlikten söz edilmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasanın üstünlüğü ilkesinden kaynaklanan ve onunla sınırlı olarak düşünülmesi gereken bir üstünlüğü bulunduğu kuşkusuzdur. "Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı", gerek 1961 Anayasası'nda gerekse 1982 Anayasası'nda yer alan temel kurallardan biridir. Doğrusu aranırsa bu kural 1924 Anayasası'nda da benzer bir biçimde yer almıştır. Bu Anayasa'nın 103. maddesine göre, "Teşkilat-ı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilat-ı Esasiye Kanununa münafi olamaz." Ancak bu kuralın öngördüğü üstünlük, Türkiye'de normal yargı düzeni içinde sağlanmadığı için, anayasanın üstünlüğünü güvenceye alma amacıyla ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve bu üstünlüğü sağlama konusunda nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisi de bu mahkemeye verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 50 yılı aşan etkinliğinin getirdiği birikim,

deneyim ve ürünler, bu görevi yakın zamanlara kadar hakkıyla yerine getirdiğinin kanıtlarıdır. Tabii eleştirilecek yanları olmadığı söylene-
mez. Görev yaptığım kısa süre içinde Mahkeme'nin nesnel eleştirilere
son derece olumlu baktığını, hatta nitelikli eleştirilerin azlığından ya-
kındığını biliyorum. Mahkemenin en büyük talihsizliği nesnel ve ya-
pıcı eleştirilerden çok ideolojik saldırıların hedefi olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin anayasanın üstünlüğü konusunda nihai
ve bağlayıcı karar verme yetkisi, gerek 1961 gerekse 1982 anayasala-
rında son derece açık bir biçimde öngörülmüştür. Anayasa'nın 153.
maddesinin son fıkrasına göre: "Anayasa Mahkemesi kararları yasa-
ma, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel-
kişileri bağlar."⁴⁴

On beş yıl kadar önce yazdığım bir makalede de (1996: 57 vd) be-
lirttiğim gibi, "... (153. maddenin son fıkrasındaki) bağlayıcılık Ana-
yasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında tüm mahkeme kararları için
genel olarak öngörülen bağlayıcılıktan farklı ve özel bir kuraldır. Dik-
kat edilirse, 138. maddedeki bağlayıcılığın yalnızca yasama ve yürüt-
me organları ile idareye yöneltmiş olduğu görülür. Buna karşılık 153.
maddedeki bağlayıcılık, hem yukarıda sayılanları ve hem de yargı or-
ganı ile kişileri kapsayan bir bağlayıcılıktır. Anayasa Mahkemesi ka-
rarları açısından getirilmiş bulunan bu farklılık, diğer yüksek mahke-
melere karşı ona bir üstünlük sağlamak amacıyla konulmamış, Anaya-
sa'ya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin yetki tekeline
korumak amacıyla öngörülmüştür."

Yüksek mahkemeler arasında eşitlik konusundaki tartışma, anaya-
sa şikâyeti dolayısıyla yoğunlaşmıştır. Bu nedenle tartışmayı anayasa
şikâyeti açısından sürdürmek yerinde olur. Özellikle Yargıtay ve Da-
nıştay, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyetinin hukukumuzda ka-
zandırılmasına ilişkin önerisini büyük bir tepkiyle karşılamışlardır. Bu
Mahkemelere göre, "anayasa şikâyeti yolu, yüksek mahkemeler ara-
sındaki eşitliği ortadan kaldıracak ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'
ne diğer Mahkemeler karşısında bir üstünlük sağlayacaktır". Oysa ana-
yasa şikâyetinin benimsenmesi, Anayasa Mahkemesi'ne diğer yüksek
yargı organlarının aleyhine önceki yargı düzeninde öngörülmüş olanı

44. 1961 Anayasası'nın 152. maddesinin son fıkrası da aynı kuralı içermekte-
dir: "Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare
makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar".

aşan yeni bir üstünlük sağlamış değildir. Anayasa şikâyeti, Anayasa kavramının özünde mündemiç olan üstünlüğü ve bunun doğal bir sonucu olan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını daha da somutlaştıran bir işlev yerine getirecektir. Konuya bu açıdan bakıldığında, kuramsal olarak zaten anayasa kavramında mündemiç olan üstünlüğe anayasa şikâyetinin eklediği yeni bir boyuttan söz edilemez. Burada söz konusu olan, insan hakları ihlalinin somut olayda nihai olarak çözen ve olayı aşan etkisiyle Anayasa'nın üstünlüğü ilkesine tüm hukuk düzeninde gerçeklik ve etkililik kazandıran bir katkıdır. Anayasa şikâyetiyle gelen yenilik, Anayasa Mahkemesi'nin anayasanın üstünlüğü konusunda nihai bağlayıcı hüküm verme tekelinin, daha önce yalnızca yasa ya da yasa gücünde kararnameler ve belli Meclis kararları için geçerli olmasına karşılık,⁴⁵ artık somut olaydaki anayasal hak ihlalleri açısından da geçerli olmasıdır.

Anayasal hak ve özgürlüklerin korunması, aslında uzman mahkemelerin de sorumluluğundadır. Ancak bu mahkemelerin, ihlali önlemede hatalı ya da yetersiz olması ve/veya bizatihi uzman mahkeme kararının bir temel hak ihlali oluşturması halinde ve yalnızca bu konuyla sınırlı olmak üzere nihai karar Anayasa Mahkemesi'ne ait olacaktır. Bu da son derece doğaldır. Çünkü anayasanın üstünlüğünü sağlama ve koruma Anayasa Mahkemesi'nin özgül (spesifik) görevi olduğu gibi, bu konuda asıl uzman mahkeme de Anayasa Mahkemesi'dir.

Bu nedenle yüksek mahkemelerin eşitliği, her mahkemenin kendi yetki ve görev alanı içinde kalmasıyla ilgili bir eşitliktir. Ancak bu eşitlik, diğer yüksek mahkemelere anayasanın üstünlüğünden ne anladığını kendi yorumuna göre nihai olarak belirleme hakkı vermez. Bu konuda son söz Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Esasen Anayasa Mahkemesi'nin varlık nedeni de budur.

45. Bu alandaki tekel özelliği 1982 Anayasası ile ilgili olup 1961 Anayasası itiraz davalarında buna bir istisna getirmişti: "Bu süre içinde karar verilmezse, Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümleyerek dâvayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, Mahkemeler buna uymak zorundadır" (1961 AY m. 15 I/IV).

III. Anayasa Şikâyetinin Temel İşlevleri ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar

A. İşlevler

Federal Anayasa Mahkemesi kararlarının yüzde doksan altısını aşan bölümü anayasa şikâyeti davalarından kaynaklanıyor.⁴⁶ Bu kararların bir kısmı şiddetli eleştirilere konu oldu. Özellikle doksanlı yıllarda Federal Anayasa Mahkemesi'ne yönelik eleştiriler, bizde 2002-10 arasında görülen saldırı üslubunun bir başka biçimiydi. Şimdilerde bu dalga iyice duruldu. Bu saldırının nedenini zaten hiçbir zaman anlayabilmiş değiliz. Dışarıdan bakan biri olarak saldırıya uğrayan kararların anayasa öğretisini ve uygulamasını uluslararası yönde geliştirdiğini gözlemlemek dışında bir şey söylemek, bize mümkün görünmemektedir.⁴⁷ Aslında Almanya, kendisi aleyhine açılan davalarda AİHM tarafından belirlenen ihlal sayısındaki azlığı bu kararlara borçludur. Bu gerçeğin Almanya'da neredeyse tartışılmamış olması gerçekten şaşırtıcıdır.

Almanya'da Anayasa Mahkemesi'ne yönelik eleştirilerin ağırlığı da "anayasa şikâyetinin Anayasa Mahkemesi'ni diğer yüksek mahkemeler üzerinde bir süper temyiz organı haline getirdiği ya da getireceği"⁴⁸ görüşünde odaklanmaktadır. Yani bizim Yargıtay'ımızın ve Danıştay'ımızın endişeleriyle paralellik içindedir. "Ancak hemen belirtelim ki bu eleştirilerin ortak özelliği, anayasa şikâyeti kurumunun varlığına değil, uygulanış biçimine yönelik olmasıdır."⁴⁹ Ama eleştirilerin

46. Alman Anayasa Mahkemesi'ne, mahkemenin faaliyete geçtiği 7 Eylül 1951 tarihinden 31 Aralık 2010 tarihine kadar toplam 188.810 başvuru yapılmıştır. Bunlardan 182.151'i, yani takriben yüzde doksan altı buçuğu anayasa şikâyeti başvurusudur. Buna karşılık soyut ve somut norm denetimine ilişkin başvuruların sayısı 3646'dır ve tüm başvuruların yüzde ikisini geçmemektedir; bkz. www.bundesverfassungsgericht.de/texte/deutsch/organisation/statistik.

47. Bu açıdan karşılaştırmalı hukuktaki verilere dikkat çeken bir çalışma için bkz. Wahl 1998: 81.

48. Örnek olarak bkz. Kenntner 2005a: 785-89; 2005b: 269-280.

49. Hatta Federal Anayasa Mahkemesi üzerindeki iş yükünün azaltılması amacıyla 1996 yılında İçişleri Bakanlığı tarafından kurulan Benda Komisyonu'nun kuruluş belgesinde, anayasa şikâyeti kurumunun varlığı üzerinde tartışılmaması bir önkoşul olarak belirlenmiştir, bkz. Zuck 1997: 96; Kloepper 2004: 676-80. "Anayasa şikâyeti vazgeçilemez mi?" sorusuyla başlayan ve yazısının 20. kenar numarası

etkisi fazla sürmemekte, çabuk unutulmaktadır. Adeta her eleştirinin arkasından anayasa şikâyetinin erdemleri, daha da güçlenmiş olarak ön plana çıkarılıyor. Çünkü anayasa şikâyetinin Alman hukuk düzeni içinde çok önemli işlevleri var:

1) Anayasa şikâyeti, her şeyden önce temel hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını ve yaşama geçirilmesini (Rühl 1998: 156-70) sağlamaktadır. Hatırlamak gerekir ki, anayasa tarihi içinde temel hak ve özgürlüklerin anayasalarda yer alması, başlangıçta demokratik yasakoyucuya yönelik bir yasa programı özelliği göstermekteydi (a.g.y.: 158). Çağımızda ise özellikle 2. Dünya Savaşı'nda faşizmin çökertilmesiyle birlikte temel hak ve özgürlüklerin yasakoyucuyu da bağlayan niteliği ön plana çıkarılmıştır. Alman Anayasası'nın değişmez nitelikteki 1. maddesinin 3. fıkrasında "Bu maddeyi izleyen temel haklar, *doğrudan* geçerli hukuk kuralları olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar" denilmektedir. 1961 ve 1982 anayasaları ise anayasa kurallarının bağlayıcılığını kişileri de içine alacak biçimde genişletmiş bulunmaktadır.

Şu halde anayasa şikâyetinin temel hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını ve yaşama geçirilmesini sağlama işlevi, aslında 11. maddemizin zorunlu kıldığı bir işlevdir. Bu madde uyarınca anayasa kuralları tüm devlet organlarını bağlamakla kalmıyor, kişileri de bağlıyor. 2010 anayasa değişikliğine kadar anayasa şikâyetinin hukukumuzda yer almamış olması, bu bağlayıcılığı kavramamızı güçleştirmiştir.

2) Anayasa şikâyeti, doğru uygulandığı ölçüde anayasaya uygun yorum yönteminin alanını genişletmekte, "olayı aşan", tüm hukuk düzenine yayılan etkisiyle⁵⁰ anayasa düzeyinde yargıda birlik ve bütünlüğü sağlamakta; eğitici, öğretici (*edukatif*) etkisi (Häberle 1997: 113, 131) ile, yargı düzeninde adeta karşılıklı bir "yargı içi eğitim ve öğretim işlevi" yerine getirmektedir.

rasına kadar vazgeçilebilirlik tezini işleyen komisyon başkanı Ernst Benda, 21-24 kenar numaralı son bölümünde vazgeçilmezliğin ağır bastığını belirtmekte ve "Almanya'da temel hakların günümüze kadar gelen koruma yoğunluğunun, anayasa şikâyeti olmaksızın ayakta tutulamayacağı" sonucuna ulaşmaktadır.

50. "Fallübergreifende Wirkung", bkz. Schlaich ve Koriath 2004: 141 kenar no. 205. Anayasa şikâyetinin bu etkisi, kişinin sübjektif hakkının korunması yanında, aynı koruma düşüncesini objektif hukuk düzenine de yansıtarak yaygınlaşması sağlamaktadır. Bu ikili işlevin açıklanması için bkz. Göztepe 1998: 16 vd.

3) Yurttaşlarda demokrasi bilincinin, hak sahibi vatandaş olma ve hakkını sonuna kadar arama bilincinin yaygınlaşmasını sağlamakta (Gusy 2001: 564 vd; Rühl 1998: 170) ve bu yönüyle de mahkemeye büyük bir saygınlık kazandırmaktadır. Almanya'da anayasa şikâyetinin göze çarpacak oranda başarısızlıkla sonuçlanmasına rağmen, başvuru sayısının neden giderek arttığı sorusundan hareket eden Gusy, anayasa şikâyetinin yurttaşları anayasal yaşama aktif katılma yönünde harekete geçirdiğini, demokrasinin gerçekleşmesine katkıda bulunduğu ve bu yönüyle de vatandaşın devletteki rolünü artırdığını belirtmektedir (2001: 564 vd). Bu bağlamda Ece Göztepe'nin 1998 tarihli tezinde benzer bir görüşü "Bir Katılma Biçimi Olarak Anayasa Şikâyeti" başlığı altında işlediğini de belirtmek gerekir (a.g.y.: 15 vd). Bu işlevin Türkiye'de de yaygınlaşması, 1982 Anayasası ile yaşanan ve günümüzde de devam eden depolitizasyon sürecine karşı bir hareketi devreye sokabilir. Bu da demokrasinin gelişmesi için önemli bir katkıdır.

B. İşlevlerin Başarı Koşulları

Giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi, anayasa şikâyeti yolu artık bir hukuk politikası olmaktan çıkıp pozitif anayasa normuna dönüştüğüne göre, hukukçulara düşen görev, bu kurumun Almanya'dakine benzer bir işlev yerine getirmesini sağlamaktır. Ama bunun için belli koşulların ve altyapının oluşması gerekir.

1) Öncelikle bağımsız ve nitelikli bir Anayasa Mahkemesi ile aynı derecede bağımsız ve nitelikli bir yargı düzeninin varlığı gerekiyor. Nitelik kavramı içinde özellikle anayasa şikâyeti için gerekli teknik bilgi ve donanımı da kastediyorum.

Ne var ki 1960-80 arası dönemde kurulan bağımsız yargı, ilk darbeyi 12 Eylül Askeri Yönetimi ve onu izleyen 1982 Anayasası ile aldı. Buna rağmen yakın zamanlara kadar 1961 Anayasası'nın hukuk devleti ve bağımsız yargı alanında bıraktığı mirasın meyvelerini yedik. Ama bugün bu mirası da tükettik. "İkinci 12 Eylül", yani 12 Eylül tarihinde gerçekleştirilen anayasa değişikliğine ilişkin halkoylaması son darbeyi vurdu. Hem de demokratik meşruiyet aldatmacasıyla. Yargı bilgi, deneyim ve uzmanlık işidir. Ayrıca bir çeşit sanatçı duyarlılığı gerektirir. Genel seçimlerdeki oylama sonuçlarını yargıya yansıtarak, yargı bağımsızlığı sağlanamaz; aksine yargı, çoğunluğun iradesine tabi kılınmış olur. Böyle bir sonuç ise yargıda büyük bir işlev kaybına

yol açar. Kuvvetler ayrılığından beklenen dengeyi bozar.

Anayasa Mahkemesi'nin yapısı 12 Eylül 1982 askeri darbesinin getirdiği anayasal ve yasal düzenle zaten bozulmuştu. "İkinci 12 Eylül" geldi, üzerine tüy dikti. Mahkemenin siyasallaştırılmasına son derece elverişli bir yapı oluşturdu. Bu yeni yapı uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne katılan yeni üyelerin, bireysel olarak, bağımsız bir görev bilinciyle hareket etmeleri bile, tek başına yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasının kamuoyu ve yargı çevrelerinde uyandırdığı imaj, en az onun kadar önemlidir. Umarız Mahkeme üyeleri, kararlarını bağımsızlık bilinciyle vererek bu imajı, makul bir sürede düzeltmeyi başarırlar.

2) Öte yandan Anayasa şikâyetinin başarıya ulaşabilmesi, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine odaklanmış bir yargı düzeninin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu ise yargıçların niteliklerini yükseltici önlem ve kurallarla sağlanabilir. 2010 anayasa değişikliğiyle getirilen düzen, özellikle anayasa yargıçlarının niteliklerini yükseltici koşullardan uzaktır.⁵¹

3) Oysa yargı düzeninin bu niteliğe erişmesi, anayasa şikâyetiyle ivme kazanacak olan bir süreç olabilirdi. Üye seçiminde yaşanan yetersizlikler ileride aşılsa bile, yargı organımızın istenen düzeye erişebilmesi, ancak yüksek mahkemeler arasında insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacına yönelik bir işbirliğiyle kazanılır ve geliştirilir. Yüksek mahkemeler arasında sürdürülecek kavgalarla anayasa şikâyeti başarıya ulaştırılamaz. Bu nedenle tüm yüksek mahkemeler, elbirliğiyle, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve geliştirilmesine hizmet anlayışı içinde olmalıdır. Böyle bir yaklaşım, anayasa şikâyetinin uygulamasında endişe duyulan sapmaları önlemenin de vazgeçilmez önkoşuludur. Bu açıdan başta Anayasa Mahkemesi başkanı olmak üzere tüm yüksek mahkeme başkanlarının, demeclerinde

51. Bkz. Hakyemez 2011b. Bildirinin "Değerlendirme ve Sonuç" bölümünden: "Ülkemizde Anayasa Mahkemesi ile ilgili en önemli sorunlardan birisinin üye seçilecek kişilerde aranan objektif koşulların çok iyi formüle edilememesi olduğu belirtilmelidir. Anayasa Mahkemesi üyelerinde aranan koşulların Mahkemenin gerçek işlevine uygun karar vermesini sağlamaktan uzak olduğu açıktır. Aslında hükken öngörülmemiş olsa da bu koşulları, Mahkemeye üye seçecek organ veya kişilerin göz önünde bulundurması ve potansiyel adaylar içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin ideal işlevine uygun kararlar verebilecek daha liyakatli kişileri seçmeye özen göstermeleri gerekmektedir. Ancak uygulamadaki durumun bu şekilde olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir."

son derece özenli davranmaları gerekir. Esasen anayasanın başlangıç bölümünün 3. fıkrası da "Devlet organları arasında ... medeni bir işbölümü ve işbirliği"ni zorunlu kılmaktadır.

C. Koşullarda Yetersizliğin Olası Sonuçları

Bu koşullardaki yetersizlikler, anayasa şikâyetinin işlevlerini baltalayıcı sakıncalar doğurabilir.

1) Süper Temyiz İşlevi

Anayasa Mahkemesi, kendi yetki alanıyla, uzman mahkemelerin yetki alanını doğru bir biçimde ayırmak zorundadır. Yoksa Yargıtay ve Danıştay'ın öteden beri şikâyet ettikleri süper temyiz mercii statüsüne kolaylıkla kayabilir. Bu da yargı birliğini zedeler. Hele bu eğilim, Yargıtay ve Danıştay'ı disiplin altına alma yönünde gelişirse, yargının çoğunlukçu yönde siyasallaşması süreci katlanılamaz bir boyuta erişir.

2) AİHM'e Başvuruyu Geciktirme Olasılığı

Türkiye'nin AİHM'deki kötü imajına yol açan sorunları ülke içinde çözme potansiyeli taşıyan anayasa şikâyeti, yanlış kullanıldığı takdirde, vatandaşın AİHM'e başvurma hakkını etkisizleştiren bir karşıt işlev de yerine getirebilir. Bunun kronikleşmesi ise ulaşılabilecek en olumsuz noktadır. Böyle bir noktada anayasa şikâyetinin Türkiye'deki uygulaması, AİHM tarafından etkisiz bir yol olarak değerlendirilebilir. Bu durumda Mahkeme, kendisine yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesi'ndeki süreci beklemeden kabul yoluna gidebilir. Aslında Türkiye'nin hukuk birikimi böyle bir olasılığı zamanında kavrayacak ve önleyecek düzeydedir. Yeter ki Anayasa Mahkemesi kendi bilgi birikimini, bağımsızlık ve diğer yüksek mahkemelerle işbirliği anlayışıyla sürdürme kararlılığını göstersiz.

Söz konusu olasılığı önlemenin formülü, anayasa şikâyeti tanımında mevcuttur. AİHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlükler, AİHM anlayışıyla uygulanırsa bu tehlikenin önüne geçme şansı artar.

D. Anayasa Şikâyetinin Başarısı Konusunda Türkiye'nin Avantajları

1) Buraya kadarki açıklamalarımız, biraz kötümser bir çerçeve izlenimi uyandırıyor. Ancak gelecek için iyimser olmamızı sağlayacak koşullarımız da yok denemez. Biraz da onlardan söz açmak yerinde

olur. Teknik açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti başvurularını karara bağlarken, kendi yetki sınırını aşma olasılığı, Almanya'daki uygulamalara göre daha zayıf bir olasılıktır.

Anayasa Mahkemesi ile uzman mahkemeler arasındaki yetki alanının karışması, Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1957 yılında verdiği ve bugüne kadar da bağlı kaldığı *Elfes* kararının doğal bir uzantısıdır. Bu içtihadı göre, Alman Anayasası'nın 2/I maddesinde yer alan kişiliği serbestçe geliştirme hakkı, genel hareket özgürlüğü anlamında bir "kapsayıcı özgürlük" ya da "ana özgürlük" olarak yorumlanmaktadır. Daha yeni bir karara göre bu özgürlük, "kişiliği geliştirmede oynadığı role (ya da taşıdığı ağırlığa) bakılmaksızın insan davranışının her biçimini korumaktadır".⁵² Bu yaklaşıma göre anılan madde "isimsiz temel haklara" pozitif bir kaynak niteliği taşımaktadır. Tabii bu özgürlüğün kullanılması, Anayasaya uygun düzene bağlı kalmak zorundadır. Alman Anayasa Mahkemesi bu düzeni, "anayasaya maddi ve biçimsel açıdan uymak zorunda olan genel hukuk düzeni" olarak yorumlamaktadır.⁵³ Bu yoruma göre, sade yasalara ilişkin her yanlış uygulama, çoğu kez bir temel hak ihlali olarak anlaşılabilecektir.

Böylece Anayasa Mahkemesi'nin denetim kapsamı (*Kontrollumfang*), önemli ölçüde genişlemiş olmaktadır.⁵⁴ İşte bu genişleme dolayısıyla Federal Anayasa Mahkemesi, bir süper temyiz mercii gibi davrandığı ileri sürülerek eleştirilmektedir (Starck 1996: 1038; Koriöth 2001: 69; Kenntner 2005a: 785-89).

2) Görülüyor ki anayasa şikâyetinin bu sorunu Almanya'ya özgü bir sorundur. Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında "kapsayıcı özgürlük" benzeri bir yaklaşım görülmemektedir. Öte yandan 2011 anayasa değişikliğiyle kabul edilen modelde anayasa şikâyeti, AİHS'nin koruduğu hak ve özgürlüklere karşılık olarak Türk Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuştur. Denetim ölçüsünde yapılan bu sınırlama, denetim kapsamının genişlemesini önleyici niteliktedir. Çünkü gerek AİHS, gerekse onu somutlaştıran AİHM, "kapsayıcı özgürlük" yaklaşımına yakın değildir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'deki konumunda ve yetki alanında Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bazı farklılıklar bulun-

52. BVerfGE 80, 137, 152 vd; Limbach 1997: 16.

53. BVerfGE 6, 37 vd; Brunner 2002: 213.

54. Limbach 1997: 17, 18.

duğunu da belirtmek gerekir. 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'ne yüksek mahkemeler bölümü içinde yer vermiş ve böylece ilke olarak yüksek mahkemeler arasındaki eşitliği benimsemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Almanya'daki hukuki ve fiili konumunun Türk Anayasa Mahkemesi'ne oranla çok daha güçlü olduğu da yadsınamaz bir gerçektir.

Öte yandan Almanya'da anayasa şikâyeti, başlangıçta Anayasa'da yer almış olmasa da, 1951 yılında Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Yasası ile birlikte hukuk yaşamına girmiş ve 1969 yılında da Anayasa'da düzenlenmiştir. Başka bir deyişle anayasa şikâyeti başlangıçtan beri Alman anayasa yargısının odak noktası ve adeta can damarı olmuştur. Bizde ise yeni gündeme gelmektedir. Denilebilir ki Danıştay ve Yargıtay'ın daha başlangıçta gösterdikleri tepki, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanının anayasa şikâyeti kurumunun işlevini açacak bir biçimde genişlemesini önleyecek güvencelerden biridir.

Sonuç

Bu çalışmada ulaştığımız sonuçları aşağıdaki tezlerle özetlemek mümkündür.

1) Bireysel başvuru terimi, anayasa şikâyeti kavramıyla özdeş değildir. Bireysel başvuru, Anayasa'da öngörülen başvuru yolunu doğru yansıtmayan, kapsam olarak ona göre daha geniş olan bir terimdir. Her anayasa şikâyeti doğası gereği bir bireysel başvurudur. Ama her bireysel başvuru anayasa şikâyeti anlamına gelmez. Anayasanın seçtiği "bireysel başvuru" teriminden "anayasa şikâyeti" kurumu anlaşılmalıdır.

2) Anayasa şikâyetinin hukuksal temeli anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesidir. Anayasamıza göre bu ilke özel hukuk kişilerini de kapsar. Bu nedenle anayasa şikâyeti, hukuk yaşamına girmeden önce de bu kişiler arasında ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde anayasa kurallarının etkili kılınması gerekirdi. Yargıca belli alanlarda tanınan takdir yetkisi (MK m. 4), objektif iyi niyet (dürüstlük) kuralı (MK m. 2), özel hukukun belirsiz kavramları (MK m. 23/2, m. 47/2, m. 56/2, MK m. 19/2), yargıcın hukuk yaratma yetkisi (MK m. 1/2), anayasal kural ve ilkelerin özel hukuk ilişkilerine yansıtılmasını mümkün ve gerekli kılacak giriş kapılarıdır.

3) Soyut ve somut norm denetimi yalnızca norm denetimiyle sı

lıyken, anayasa şikâyeti normun somutlaşmasıyla ortaya çıkan hukuksal sonuçların denetimini de sağlamaktadır.

4) Temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte bir yasa kuralının uygulama alanı, sayısı ve somut içeriği önceden kestirilemeyen birçok olayı kapsamaktadır. Bu uygulamada temel hak ve özgürlüğün normatif etkisini dikkate almayan bir yorum ya da uygulama, ancak anayasa şikâyetiyle düzeltilebilir. Çünkü burada sorun normda değil, normun anayasaya aykırı uygulanışında kendini gösterir.

5) Anayasa şikâyetine yer vermeyen bir yargı denetimi eksikliği, yalnızca temel hak ve özgürlüğün normatif etkisini dikkate almayan bir yorum ya da uygulama ile de sınırlı değildir. Çünkü temel hak ve özgürlükleri sınırlayan bir kural, genel anlamıyla anayasaya uygun olabilir. Buna karşılık kuralın kapsadığı bir olay, ilgili hak ya da özgürlüğe ölçüsüz bir müdahale niteliği kazanabilir.

6) "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri" ifadesiyle kastedilen, AİHS'deki hakların ihlali değil, Türk Anayasası'nda bunların karşılığı olan hak ve özgürlüklerin ihlaliidir. Anayasa şikâyetinin kapsamını belirleme bakımından, her iki hukuk kaynağında yer alan hak ve özgürlükler arasında bir özdeşlik aramak yanlıştır. AİHS'deki hak ve özgürlüklerin etki, kapsam ve güvencesini Türk Anayasası'nda daha da genişleten düzenlemelerin –AİHS'de yer almasa bile– anayasa şikâyeti kapsamında olacağı kuşkusuzdur. Nitekim AİHS m. 53 de bunu gerektirir. İç hukukta veya Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası hukuk kaynaklarında tanınmış bulunan fazla hakları güvence altına alan bu madde, anayasa şikâyetinin kapsamı bakımından da belirleyici bir role sahiptir.

7) 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinde AİHS yanında "... ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller"in de eklenmiş olması, anayasa şikâyetinin kapsamını genişletmemekte, aksine daraltmaktadır. Çünkü burada uygulanacak olan protokol değil, onun karşılığı olan anayasa kuralıdır. Türkiye taraf olsun ya da olmasın, anayasa şikâyeti açısından bağlayıcı olacak olan protokoller değil, bu protokollerde öngörülen ve AİHS'nin ilk metnini tamamlayan hak ve özgürlüklerin, –varsa– Anayasa'daki karşılıklarıdır. Türkiye'nin taraf olmadığı bir protokoldeki hak ve özgürlüğün Anayasa'da bir karşılığı mevcutsa, onu anayasa şikâyeti kapsamı dışına çıkarmanın hiçbir hukuksal mantığı ve dayanağı

yoktur. Böyle bir daraltma, hiç kuşkusuz Anayasa'daki formülün amaç ve kapsamına açıkça aykırıdır.

8) Buna karşılık, AİHS ya da protokollerde yer almayıp Anayasa'da güvence altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi (AY m. 48 ve 49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (AY m. 50), sosyal güvenlik hakkı (AY m. 60 ve 61), kamu hizmetine girme hakkı (AY m. 70) gibi hak ve özgürlükler açısından tek çözüm, yasada bir değişiklik yapılarak bunların da anayasa şikâyeti kapsamına alınmasıdır. Böyle bir somutlaştırmaya anayasal bir engel yoktur.

9) "Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz" kuralı, sözcük anlamıyla ciddiye alınır-sa anayasa şikâyetinin hiçbir konusu kalmayabilir. Çünkü anayasa şikâyeti konusu olan uyuşmazlıklar, ilke olarak aynı zamanda "kanun yolunda da gözetilmesi gereken hususlar"dır. Bu nedenle anılan formülden anlaşılması gereken, anayasaya değil, yalnızca "yasaya aykırılık" hali olmalıdır. Çünkü yasanın yorumu ve uygulaması ilke olarak Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin işidir. Ancak bu yorum ve uygulamanın da temel hak ve özgürlüklerin bağlayıcı etkisini ihlal etmemesi gerekir.

10) Özgül anayasa hukuku ile yasa alanını ayırmak, ancak Anayasa Mahkemesi'nin kendi kendini sınırlamasıyla (özdenetim) sağlanabilir.

11) "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı" nı öngören kuralın karşıt kavramından dolayı başvuru yapılabileceği anlaşılmaktadır. Bu anlamda:

a) İdarenin düzenleyici işlemlerine karşı idari yargıda olağan kanun yollarının tüketilmesine rağmen, ihlal önlenememişse, anayasa şikâyeti yoluna gidilmesinde hiçbir bir engel yoktur.

b) Tüketilmesi gereken yargısal başvuru yolları aşamasında Anayasa'ya aykırılık itirazının haksız olarak reddedilmiş olması, anayasa şikâyeti açısından başlı başına bir temel hak ihlali olarak değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümünün buradaki tespiti, anayasaya aykırılık itirazının ciddi olduğuna ilişkin bir tespittir.

c) Anayasa Mahkemesi, yasal dayanağın anayasaya aykırı olduğunu göz önünde tutarak, idare hukukundakine benzer bir biçimde, ona dayanan somut işlemin ilgili hakkı ihlal ettiğini tespit edebilir. Bu tespit üzerine davaya yeniden bakacak olan mahkeme, yasanın iptalini sağlamak üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir.

d) Bunun dışında Anayasa Mahkemesi ilgili bölümü, kendiliğinden somut norm denetimini başlatamaz. Aksi takdirde somut norm denetimi yönteminin bağımsız bir anlamı kalmaz ve anayasa şikâyeti bir yönüyle popüler davaya dönüşmüş olur.

12) Yüksek Seçim Kurulu, somut norm denetimini harekete geçirecek bir mahkeme niteliğinde görülmediğinden, seçim hukukuna ilişkin kuralların somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi mümkün olamamaktadır. Bu durumda Yüksek Seçim Kurulu'nun verdiği karar yasaya uygun olsa bile, yasanın ve ona dayalı işlemin anayasaya aykırılığını düzeltme, siyasal haklara yönelik ihlalleri giderme imkânı bulunmamaktadır. Oysa Yüksek Seçim Kurulu bu hakların güvencesini sağlama amacıyla anayasal sisteme alınmıştır. Böyle bir durumda pratik uyum ilkesi, birbiriyle çelişen anayasa kurallarının her birine optimal (azami) hukuksal etki sağlayacak bir çözümü zorunlu kılmaktadır. Anayasa şikâyeti kurumunun mevcut çelişkinin çözümünde belirleyici bir rol oynaması gerekir. Oysa 6216 sayılı AYMK'nın 45/III maddesi, "Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemleri" anayasa şikâyeti kapsamından çıkarmıştır. Anayasa'nın 79/II maddesinin son cümlesine göre "Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları aleyhine başka bir merciye başvurulamaz". Bu maddede geçen, "başka bir merci" sözcüğü içinde yargının da yer aldığı kabul edilirse, o zaman 6216 sayılı AYMK'nın 45/III maddesinin, pratik uyum ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak, Yüksek Seçim Kurulu yönünden, "kamu gücünün hak ihlallerine karşı herkes için" öngörülen anayasa şikâyeti hakkına aykırı düşeceği sonucuna varmak gerekecektir.

13) Anayasakoyucu, 148/III maddede "kamu gücü tarafından ihlal" olgusunu anayasa şikâyetinin temel unsuru olarak belirlemiştir. Yasakoyucu bu unsorda sadece somutlaştırıcı düzenlemeler yapabilir. Ama bu unsorda, yasama ve yürütmeden gelecek ihlalleri dışlayarak, anayasa şikâyetini, yalnızca yargı kararının denetimine indirgeyecek bir daraltma yapamaz. Bu nedenle 6216 sayılı AYMK'nın 45/III maddesinde yer alan "Yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı" kuralı, Anayasa'ya aykırıdır.

14) Yasalara karşı somut norm denetiminin varlığı, bu alanda anayasa şikâyeti ile doğrudan yasa üzerinde yapılacak denetimin yerini tutamaz. Çünkü yasaya karşı doğrudan yapılacak anayasa şikâyeti başvurusunda, araya bir uygulama işlemi girmeksizin, yasanın "gün-

cel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilemiş" olması koşulu aranmaktadır. Şayet anayasa şikâyeti, yasada olduğu gibi yalnızca yargı kararının denetimine indirgenirse, o zaman 6216 sayılı AYMK'nın 46. maddesindeki başvuru koşulları anlamsız kalır. Çünkü bu durumda artık "güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmiş olması" koşulu, şikâyet konusu yargı kararında mündemiç olup ayrıca araştırılmasına gerek yoktur.

15) Olağan kanun yollarının tüketilmiş olması, Anayasa'nın öngördüğü bir koşuldur. Bu koşulu, hakkı etkisizleştirecek bir ölçüde genişletmek Anayasa'ya aykırı düşer. Bu açıdan yasada yer alan "kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı" ifadesi, –anayasaya uygun yorum yöntemiyle– "olağan kanun yoluna gelebilmek için hukuken geçirilmesi zorunlu olan yollar" olarak yorumlanabilir. Bu tür başvurular, dava açmanın ya da olağan kanun yolu aşmasına gelmenin önkoşulu olduğundan, AYMK'nın bu zorunluluğun yerine getirilmesini istemesi, anayasadaki "olağan kanun yollarının tüketilmesi" koşulunun genişletilmesi değil, somutlaştırılmasıdır. Buna karşılık AYMK m. 45/II'deki formülden, maddede yer alan "tamamı" sözcüğüne, dolayısıyla sözel yoruma ağırlık verilerek, yasanın zorunlu kılmadığı idari başvuruların da tüketilmesi anlamı çıkarılacaksa, 45/II madde bu anlamıyla kesinlikle anayasaya aykırı olacaktır.

16) Yüksek mahkemelerin eşitliği, her mahkemenin kendi yetki ve görev alanı içinde kalmasıyla ilgili bir eşitliktir. Ancak bu eşitlik, diğer yüksek mahkemelere anayasanın üstünlüğünden ne anladığını kendi yorumuna göre nihai olarak belirleme hakkı vermez. Bu konuda son söz Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

17) Temel hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını yaşama geçirme, anayasaya uygun yorum yönteminin alanını genişletme, "olayı aşan" etkisiyle yargıda birlik ve bütünlüğü, "yargı içi eğitim ve öğretimi", yurttaşlarda demokrasi bilincinin yaygınlaşmasını sağlamak, anayasa şikâyetinin başlıca işlevleri arasında yer alır.

18) Bu işlevlerin başarıyla yerine getirilebilmesi, öncelikle bağımsız ve nitelikli bir Anayasa Mahkemesi ile aynı derecede bağımsız ve nitelikli bir yargı düzeninin varlığına bağlıdır. Nitelik teknik bilgi, deneyim, uzmanlık ve bir çeşit sanatçı duyarlılığını içerir. Bu tür bir nitelik, genel oya bağımlılık anlamında bir "demokratik meşruiyet"le sağlanamaz. Bunun için yargıçların niteliklerini yükseltici önlemlerle, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine odaklanmış bir yargı

düzeninin amaçlanması ve sağlanması gerekir.

19) Bu koşullardaki yetersizlikler, anayasa şikâyetinden beklenen işlevleri yozlaştırır, "süper temyiz" rolüne dönüşme, AİHM'e başvuruları bloke etme gibi tehlikeler yaratabilir.

20) Buna karşılık anayasa şikâyetinin başarılı olabilmesi için Türkiye'nin sahip olduğu avantajlar da yok değildir. Almanya'da Anayasa Mahkemesi'nin "süper temyiz" rolüne yönelik eleştirilerin kaynağı olan "tüm insan eylemini kapsayıcı eksiksiz temel hak" anlayışı, gerek Türk anayasa hukukunda gerekse AİHS uygulamalarında benimsenmiş değildir. Anayasal hak ve özgürlüklerin, AİHM anlayışıyla uygulanması sağlanabilirse, bu farklılığın önemli bir avantaj olduğu söylenebilir. Türk Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek mahkemele-ri ilke olarak eşit yapıda düzenlemiş olması da başka bir avantaj olarak değerlendirilebilir.

Doğrudan Demokrasi ya da Temsili Hükümet Modelinin Demokratikleştirilmesi Üzerine

Aykut Çelebi

Giriş

PARİS VAROŞLARI Eylül 2005'te üçüncü ve dördüncü kuşak göçmenlerin başlattığı, kısa sürede bütün büyük kentlere yayılan isyanın merkezi oldu. Ayaklanmanın görünürdeki nedeni polisin şehrin dış mahallelerindeki keyfi tavrına isyandı. Ancak esas neden, uzun yıllara yayılan, görünür görünmez dışlama pratiklerine başkaldırıydı; dışlanma ve eşitsizlik deneyiminin insanı çaresiz bırakan öfkesiydi. Sorunu bir bölge (Paris), bir ülke (Fransa), belirli bir kitle (Afrikalı, Arap asıllı, işsiz, umutsuz genç kuşak göçmenler) ile açıklama çabası nafile (Bali-bar 2007). 2010 yılında Atina başta olmak üzere bütün Yunan halkı, ekonomik krizin faturasının emekçi sınıflara yüklenmesine, krizden çıkış olarak önerilen standart IMF ve yenilerde AB kemer sıkma politikalarına başkaldırdı. Aynı yıl Stuttgart'ta yerel bir sorun gibi başlayan, Stuttgart Merkez İstasyonu'nun yer altına indirilmesi tartışması, kısa sürede bir halk hareketine, daha doğrusu direnişine dönüştü. Baden-Württemberg Hükümeti, başlangıçta ciddiye almadığı düşüncelerin bedelini çok ağır ödedi. Kırk beş yıllık Hristiyan Demokrat Birlik Partileri iktidarı 2011 yılında sona erdi. Haziran 2011'de Madrid'de başlayan "Indignados Protestosu", genç insanların kaygılarını ve tanınma taleplerini içeren, geleceğin toplumsal manifestosu niteliğinde, kalıcı etkileri olacak bir kıvılcım başlattı.

Paris getto isyanlarından altı yıl sonra Temmuz 2011'de bu kez Londra'da üçüncü ve dördüncü kuşak göçmenler, yaşama şanslarının

elinden alındığı ve dışlanma gerekçesiyle ayaklandılar. İlk elde kısa süreli ve tekil gibi görünen hoşnutsuzluklar, Eylül 2011'den bu yana "Wall-Street'i İşgal" hareketiyle birlikte küresel çapta bir ivme kazandı.

Çevre, yerel sorunlar, kadın hakları, patent haklarında reform talebiyle ortaya çıkan hareketler, yakın dönemde İsveç ve Almanya'da adı parti olan, ama aslında bir hareketi ifade eden Korsanlar Partisi vb. oluşumlar, belirli bir sorun etrafında örgütlenen çıkar grupları, siyasete ve hükümetlere karşı güvensizliğin artması nisbetinde siyasi hayata daha doğrudan katılım yolları talep ediyor.

Dünyanın değişik yerlerinde hemen aynı zamanlarda ortaya çıkan yeni tanınma mücadeleleri Türkiye'yi teğet geçmedi. Uzun yıllardır Cumartesi Annelerinin, üniversitelerde başörtüsü takma mücadelesi veren kız öğrencilerin, siyanürlü altın aramaya karşı çıkan Bergama köylülerinin verdiği mücadeleler kamuoyunda biliniyor ve destekleniyordu. Bunlara Mart 2011'de BDP destekli sivil itaatsizlik eylemleri, hidroelektrik santrallerine karşı çevreci hareketlerin yanı sıra bölge halkından gelen yaşam alanlarını koruma çabaları, kadınlara yönelik şiddeti önlemeye yönelik inisiyatifler ve genel hak mücadeleleri eklendi.

Bütün bu hareketlerin, küçük istisnalar dışında ortak yönü, yurttaşların siyasi arenada hesaba katılmadıklarını, çıkarlarının temsil edilmediğini düşünmeleridir (Merkel 2011: 47). Bir başka ifadeyle, siyasi faaliyet (*politeia*) ile siyasi faaliyetin kurumsallaşmış biçimlerinin (*politeuma*) yurttaşların ihtiyaçlarına cevap verir olmaktan uzaklaşmasıdır. En azından yurttaşların bir kısmında, ülke farkı gözetmeksizin bu yönde güçlü bir kanaat oluşmuştur. Agamben *politeia* ile *politeuma*, siyasal faaliyet ile siyasal faaliyetin sonucu olan şey, düzen, kurum ve kurallar arasında kolayca örtüştürülemeyecek farklılığa dikkat çekerken, benzer bir yol izliyor: Kurma eylemi, kurulmuş düzenden ayrı bir karaktere ve forma sahiptir. Bir yanda yasama erki ve genel irade, diğer yanda yönetim ve icra erki vardır. Demokrasi, özgürlük ve katılım olduğu kadar, (öz)yönetim, icra, iktidar formu olarak anlaşıldığı sürece daima bağrında ikili bir karakter taşıyacaktır (Agamben 2010: 13-14). Sonuç itibarıyla, demokratik *politeia* ile bunun kurumsallaşmış biçimi olan yönetim *politeuma* arasında giderilmesi kolay olmayan bir çatlak açılmış bulunuyor. Doğrudan demokratik araçlar söz konusu çatlağı sıvamaya ya da kapatmaya yönelik faaliyetin bir parçası olup yasa yapımında yurttaş katılımına karşılık gelir.

Doğrudan demokrasi demokrasinin demokratikleşmesine katkıda bulunan bir araçtır. Yurttaşların siyasa yapımı ve gündem belirleme aşamalarına aktif biçimde katılabildikleri usulleri içerebileceği gibi, yasama sürecine ya da anayasa değişikliklerine dair sonraki aşamalarda katılabildikleri ya da sadece oy kullanarak katıldıkları usullere karşılık gelir (Haskell 2001: 50).

Bu çalışmada birbiriyle iç içe geçmiş iki önerme tartışılıyor. Birincisi, demokrasinin demokratikleştirilmeye ihtiyacı olduğu önermesidir. Başta halk inisiyatifleri ve halk vetosu olmak üzere doğrudan demokratik araçlar, demokrasi düşüncesinin hakiki mirasçıları olarak, demokrasinin demokratikleştirilmesine katkıda bulunur (Altman 2011: 41). İkinci önerme, doğrudan demokrasinin temsili demokrasi ile zıtlık yerine, tamamlayıcılık ilişkisi içinde olduğudur. Bu sadece modern dönemlere ilişkin yeni bir icat olmayıp siyasi faaliyetin, yönetim aygıtı ve hukuki düzeyde kurumsallaştığı her dönem için geçerlidir. Bernard Manin ve Mogens Hansen, konuyla ilgili klasik kabul edilmesi gereken eserlerinde, Kadim Yunanlılar'da demokrasinin kura dışında, seçimle gelen görevleri kapsayan, hatta bir tür yargısal denetim boyutu olan, bir dizi kurumsal düzenlemeye sahip olduklarını ortaya koydu (Hansen 1991; Manin 1997). Roma'da ve dahasonra Rönesans'ta, kuranın ve seçimin yeri, kapsamı ve nitelikleri, bunlara ilişkin ihdas edilen kurumlar farklılaşmakla beraber, düzenin "karma yapısı" değişmedi.¹

Temsil, hukuken, anayasaya uygun olarak yetkilendirilmiş, kamu gücünü haiz devlet organlarının, halk adına, halk iradesini hayata geçirmek maksadıyla uyguladıkları iktidar ya da iktidar fonksiyonudur (Fraenkel 1958: 5). Temsilin iki veçhesi vardır. Birincisi, prosedürel özelliği olup seçim yoluyla yetkilendirmeye karşılık gelir. İkincisi, siyasal veçhedir. Egemen halkın saf bir irade olmaktan ziyade muhakeme kapasitesine sahip kişi ve gruplardan oluştuğunu gösterir. Birincisi yetkilendirmeyi, ikincisi yetkilendirmenin sonuçları hakkında gözlem ve muhakemeyi içerir. Seçimlerin belirli aralıklarla tekrarlandığı düşünülecek olursa, hükümete verilen yetkinin bütünsel bir hak devri olmadığı gibi, yetkinin nasıl kullanıldığı, amaca uygun olup olmadığı

1. Karma Rejim ya da karma yapı sadece farklı sınıflara özgü katılım biçimi ya da siyasi faaliyetle, sınıflar arası denge rejimiyle de sınırlı değildir. Kamu görevlerine atanmada farklı usullere, yönetim ve icranın karma niteliğine atıfta bulunur. Karma rejim yönetime dair kurumsal biçimleri de kapsar.

yönünde kamuoyunun bir sismograf gibi daimi surette çalıştığı gözle-
necektir (Urbinati 2005: 198).

Modern temsil kavramı ve temsili demokrasi, kura ile seçimi, ve-
kâlet ile aktif temsili yer değiştirdi. Günümüzdeki temsil krizi, eğer
böyle bir şey varsa, somut durumlar kadar, belki de daha fazla, temsil
faaliyetinin bir sonucu olan kurumların krizidir. Çünkü modern dünya,
eskiye kıyasla, çok daha karma, küresel -ulusal- bölgesel -yerel siyasi
kurumların ihdas edildiği bir sürecin parçası. Dolayısıyla doğrudan
demokrasi araçları, küresel tarihsel momentte, temsili kurumların kar-
şıtı olmaktan ziyade, siyasi düzenin karma yapısını "temsil" eden bir
muhtevaya sahip. Altman'a dayanarak ikinci önermenin sonucu şöyle
ortaya konabilir: "Yurttaşlarının, etkin bir biçimde yasa yapımına doğ-
rudan katılmasına olanak tanıyan ya da yasakoyucunun kararlarına
doğrudan itiraz edebildiği bir ülke, yurttaşlarına bu tür haklar tanıma-
yan bir ülkeye nazaran daha demokratiktir" (Altman 2011: 41).

Her iki önermeyi tartışmanın yegâne yolu her bir önermeyi kuram-
sal, tarihsel ve kurumsal gelişim süreci içinde, karşılaştırmalı bir bi-
çimde ortaya koymaktan geçer. Çalışmada doğrudan demokratik araç-
lar incelenmiş, konuyla ilgili kavramların muğlak ve birbirine zıt kul-
lanımlarına açıklık getirilmiş, doğrudan demokratik araçların kurum-
ları destekleyici vasıfları tartışılmıştır. Son kısımda, dünyadaki geli-
melere koşut biçimde, Türkiye'de yeni bir anayasada yer alması an-
lamlı görülen bir dizi doğrudan demokratik araç gerekçeleriyle birlik-
te önerilmiş, bunlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

I. Doğrudan Demokrasi: Kavram, Araç ve Usul

Doğrudan demokrasinin iki farklı anlamı mevcut. Birinci anlamı siya-
si egemenlikle ilgili olup siyasi iktidarın sadece ve doğrudan biçimde
bütün yurttaşların katılımıyla uygulandığı bir düzene karşılık gelir.
Burada tek ya da daha fazla temsilci ve/veya görevlinin siyasi iktidarı
elinde bulundurması söz konusu olmaz (Rinderle, 2011:77). Siyasi bir
egemenlik biçimi olarak doğrudan demokrasi kurumsal dolayımı red-
deder; iktidarın "anlık" ve dolaysız kararları ve uygulamasıyla sınırlı-
dır. Doğrudan demokrasi bu birinci anlamıyla temsili demokrasinin
zıddıdır (Batt 2006: 11). İkinci anlamıyla doğrudan demokrasi, bir ka-
rar verme usulü olup yurttaşların siyasi konularda seçimlerin dışında

karar vermesiyle sınırlıdır. Bu haliyle demokrasinin karşıtı olmak yerine onu değişik biçimlerde tamamlayan karma bir usule karşılık gelir (a.g.y.: 12).² Karma usul derken, kişiler hakkındaki karar ile bir konu hakkındaki karar arasında ayırım yapılması gerektiğinden yola çıkılmaktadır (Jung ve Knemeyer 2010: 4). Kişiler hakkındaki karar demokrasilerde seçimler yoluyla olur. Kuşkusuz oylanan sadece şahsiyet değil, şahsiyeti ifade eden düşünce ve dünya görüşüdür. Oysa doğrudan demokrasinin ikinci anlamında sadece konular oylanır, oylanan kişiler değildir³ (Batt 2006: 12).

Doğrudan demokrasi, yurttaşların sorunlar hakkında, gizli ve eşit oy yoluyla karar verdikleri, kamu otoritesi tarafından tanınan, hukuki olarak düzenlenmiş bir kurumdur (Mauerer 1996: 21 vd; Heußner ve Jung 2009: 6). Parlamento seçimlerinden farklı olup yurttaşların *oylarıyla* temsilcilerini yetkilendirmek yerine, doğrudan sorun hakkında karar verme edimidir (Altman 2011: 7). Yurttaşlar, doğrudan demokratik araçları kullanarak, Rousseaucu ilkeye uygun bir biçimde, oylarıyla 1/n oranında egemenliğin bir parçası olma hakkını kullanır. Doğrudan demokratik araçların varlığı, parlamento seçimleri ve hükümetin kurulmasından sonra dahi halkın siyaset sürecine dahil olmaya devam ettiğini gösterir. Bu genellikle iki koldan olur. Birincisi parlamento kararlarını veto eden bir gücü işaret eder (Verhulst ve Nijeboer 2007: 11; Mauerer 1996). İkincisi halkın doğrudan yasama faaliyetinin bir parçası olmasını anlatır (Altman 2011: 7).

Doğrudan demokrasi, halk inisiyatifi, halk vetosu, geri çağırma, zorunlu anayasal referandum vb. niteliksel olarak birbirinden farklı bir dizi araçtan oluşur. Altman'ın deyişiyle, bir tür placebo niteliğini haiz istişari referandum ile plebist de sıkça yanlış biçimde doğrudan demokratik araçlar arasında sayılır. Ama en önemlisi hepsine birden çoğu zaman "halkoylaması" denilmesidir. Görüldüğü üzere, kavram-

2. Bazıları ikinci anlamıyla doğrudan demokratik öğeleri yarı-doğrudan demokrasi diye adlandırır: "Yarı-doğrudan demokrasi, egemenliğin kullanılmasının halk ile temsilcileri arasında paylaştırıldığı demokrasi tipidir" (Gözler 2011: 679).

3. Diktatörlüklerde ya da diğer olağanüstü hal rejimlerinde kişiler ile konular çoğu kez birbirinin içine geçer. O nedenle doğrudan demokratik araçlar hakkında net bir açıklama yapma ihtiyacı hayati bir önem arz eder. Örneğin çoğu kez referandum ile eşanlamlı olarak kullanılan plebisit, otoriter rejimlerde tek parti rejimini ya da karizmatik önderi töhmet altında bırakabilecek riskli konuları üstlenmekten kaçınmak için başvurulmuş, yukarıdan formüle edilen son derece otoriter bir yöntemdir.

sal bulanıklığın çok yoğun olduğu bir bölgedeyiz. O nedenle meseleyi tartışmaya başlamadan önce bir iki noktaya açıklık getirmekte fayda var. Halkoylamasından başlayalım. Yurttaşların *oylarıyla* temsilcilerini yetkilendirmek yerine, doğrudan sorun hakkında karar verme ediminde bulundukları her faaliyet *de facto* ve *de jure* bir halkoylaması şeklinde tecelli eder. Dolayısıyla halkoylaması doğrudan demokratik bir araca karşılık gelmez; karar verme usulü ve karar tekniğidir. Aksi takdirde birbiriyle hiçbir ilgisi olmayan doğrudan demokratik araçları, placebo etkisi yaratan eğilim yoklamalarını ve plebisiti *reductio ad absurdum* halkoylaması başlığı altında toplamak zarureti doğar. Doğrudan demokrasiyi anlamada bundan daha elverişsiz bir yol yoktur. Doğrudan demokrasi ve doğrudan demokratik araçları anlamada önce kavramsal bir açıklığa ihtiyaç duyulduğu aşikâr. Ama çok daha önemlisi, seçim dışındaki karar verme biçimlerini topyekûn bir biçimde halkoylaması adı altında toplamaktan vazgeçmek. En azından halkoylamasının bir karar tekniği olduğunu, doğrudan demokratik bir araç olarak nitelenemeyeceğini hatırlamakta yarar var.

Doğrudan demokratik araçlar dört başlık altında incelenebilir:

1. Demokratik araçlar zorunlu (*mandatory*) veya isteğe bağlı (*facultative*) olabilir.
2. Bir yasaya karşı (tepkisel) olabilir ya da yasa yapımı önerisi içerir (proaktif).
3. Sonuçlarının bağlayıcı (tasdiki) ya da istişari olmasına göre etki alanı değişir.
4. Öneri hükümet, parlamento ya da cumhurbaşkanınca hazırlanması anlamında yukarıdan ya da halk inisiyatifince geliştirilmesi anlamında aşağıdan gelebilir. Mecburi anayasal referandumlar yukarıdan-aşağıdan ikiliğinin kısmen dışında kalır (Altman 2011: 8).

Doğrudan demokratik usuller konusunda üzerinde uzlaşılmış tek bir görüş yoktur. Belirli bir görüşün olmaması bir tarafa, temel kavramların içeriği hakkında bile net bir uzlaşmadan bahsedilemez. Siyasi katılım doğrudan demokraside bir dizi demokratik araçla mümkündür. O nedenle bunları net bir biçimde tarif etmek, hangisinin doğrudan demokrasinin birinci, hangilerinin ikinci anlamına hizmet ettiğini saptamak son derece önemlidir. Ayrımın merkezinde referandum, halk inisiyatifi, halk vetosu, istişari halkoylamaları ve plebisit yer alır.

II. Doğrudan Demokrasi Araçları

Doğrudan demokrasinin birden çok biçimi vardır: halk inisiyatifi, halk vetosu (*kassatorisches Referendum*), geri çağırma, zorunlu referandumlar, vb. Halk inisiyatifinde yeni bir yasa parlamento dışından teklif edilir, oylama sonucunda yürürlüğe girmesi amaçlanır. Halk vetosuna parlamento tarafından kabul edilen bir yasanın iptali için başvurulur. Zorunlu referandumda parlamentoda kabul edilen bir yasanın yürürlüğe girebilmesi için halkoyuna başvurulur (Kranenpohl 2006: 32).

Doğrudan demokratik araçların kullanılmasında ülkeden ülkeye, eyaletten bölgeye değişen bir dizi koşul bulunur. Söz konusu koşullar doğrudan demokratik araçların başvuru ve yapılma usullerini gösteren düzenlemeler olduğu kadar, doğrudan demokratik araçlara başvurmayı sınırlandıran baraj işlevi de gören engellerdir. Katılım ve karar yetersayısı, imza toplamada zaman sınırı, kararın bağlayıcı olup olması vb. ülkeden ülkeye değişen koşullar, doğrudan demokratik araçlara başvurmada hem bir ön eleme işlevi, hem de baraj oluşturur (Altman 2011: 19). Çoğu örnekte referandumların ve halk inisiyatiflerinin sonucu basit çoğunluklara dayanılarak alınmaktadır. Bazı ülkelerde geçerli oyların mutlak çoğunluğu yeterliyken, bazı ülkelerde toplam seçme hakkına sahip yurttaşların mutlak çoğunluğu sonucu tayin etmektedir (*a.g.y.*; Batt 2006: 12 vd; Verhulst ve Nijeboer 2007). Örneğin İsviçre ve Avustralya gibi federal devletlerde anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girebilmesi için salt çoğunluk yeterli değildir. Çifte çoğunluk öngören düzenlemeye göre, yurttaşların yanı sıra kantonların/eyaletlerin de salt çoğunluğunun ilgili değişikliği onaylaması zorunludur (Altman 2011: 19). Federal düzeydeki halk inisiyatifi ve anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ancak çifte çoğunluğun sağlanması durumunda mümkündür. Çifte çoğunluğun birinci ayağı seçmenlerin çoğunluğu, ikincisi kantonların çoğunluğudur. Bunun nedeni İsviçre'nin esasen azınlıklardan mürekkep bir ülke olmasıdır (Verhulst ve Nijeboer 2007: 50). Çifte çoğunluk şartı, James Madison'un "çoğunluğun tiranlığı"na karşı bir tür emniyet sübabı işlevi görür.

Doğrudan ve temsili demokrasinin birbiriyle ne ölçüde etkileşim içinde olduğunu anlamak için doğrudan demokratik araçlara kimin başvurduğuna, amacın ne olduğuna ve sorun hakkında son sözü söyle-

yenin kim olduğuna bakmak gerekir (Altman 2011: 9). Doğrudan demokratik araçlara başvuran öznelere üç grupta toplanabilir:

- Belirli sayıda imza toplamayı başaran yurttaşlar,
- Anayasal/hukuki düzenlemelere bağlı olarak zorunlu anayasal referandum,
- Yasama Organı (Parlamento).⁴

Amaç bakımından iki ana gruptan söz etmek mümkündür. Statü-koyu korumak isteyenler ve statükoyu değiştirmek isteyenler. Doğrudan demokratik aracın konu hakkında son sözün söylenmesine vesile olup olmadığı hususu, yani yasa yapımında doğrudan demokratik aracın rolü, doğrudan oylamanın istişari olup olmamasıyla ilgilidir (Altman 2011: 9).

Kavramlar arasındaki ilk ve en önemli belirsizlik referandum, plebisit ve halk inisiyatifinin gelişigüzel kullanımından doğar. Siyaset bilimi literatüründe çoğu kez plebisit ve referandum eşanlamlı biçimde kullanılmıştır. Söz konusu karışıklık sadece konu hakkındaki bilgisizlikle açıklanamaz. Meselenin özü, siyaset çağında, doğrudan demokratik araçların ne ifade ettiği konusunda evrensel bir ölçüt konamamış, bir norm geliştirilememiş olmasıdır. Ülkeden ülkeye, bölgeden bölgeye farklılık gösteren uygulamalara, konu hakkında 18. yüzyıldan kalan ikiliklerle düşünme çerçevesi eklenince, mesele iyice dallanıp budaklanmıştır. Oysa plebisitin doğrudan demokrasiyle hiçbir ilgisi yoktur. Çünkü doğrudan demokrasi, halkın kendi inisiyatifi ile yasa yapma girişimi demek olan halk inisiyatifi ile halk vetosu da denilen, halktan gelen, parlamentonun kabul ettiği bir yasanın reddini amaçlayan isteğe bağlı referandumu kapsar. Zorunlu anayasal referandum, kurucu iktidarın cisimleşmiş hali olan anayasanın olmazsa olmaz bileşeni olması hasebiyle, dolaylı yoldan da olsa, doğrudan demokratik bir araç kabul edilir.

Halkın halkoylaması ile halk inisiyatifindeki anlamı anayasa öğretisi bakımından farklıdır. Halkoylamasındaki halk, egemen bir devletin yurttaşı olma vasfı nedeniyle tali iktidarın bir parçası, burada tarif edilmiş rolü ve ödeviyle seçmenlerdir. Kendilerine sorulan soruya ce-

4. Siyasal establishment (devlet başkanı ya da hükümet) tarafından başvuru-
lan plebister karaktere sahip halkoylamalarının doğrudan demokrasi aracı sayılıp
sayılamayacağı tartışmalıdır. Anayasal mecburi referandumlar bunun dışında ad-
dedilir.

vap verme hakkını haiz olanların çoğunluğu hem diğerlerini temsil eder, hem de çoğunluğun kararı hükümet politikalarını diğerleri namına onaylar. Oysa halk inisiyatifindeki halk, kurucu iktidar işlevi ile donatılmıştır; en azından kendisini böyle tarif eder. Kurulu düzenin resmi bir örgütlenmesi ya da parçası değildir. İradesi tali iktidarın her daim hizmetinde olduğu varsayılan hipotetik öznenin cisimleşmiş halidir. Ama bu özelliği ile egemen halk düşüncesinin fiktif ilkesini de tehdit eder (Schmitt 1927: 32-33).

Schmitt'e göre anayasal bir düzende halkın iradesinin tecelli etme biçimi eşit ve gizli oydur. Bu anlamda halk iradesi belirli şartlarda cisimleşen, onun dışında hesaba katılmayan bir iradedir. Örneğin siyasi toplantılarda el kaldırma usulüyle açıkoylama eşit ve gizli oydan sadece biçimsel açıdan değil, esastan da farklıdır. İkincisinde bireyler son kertede genel iradenin bir paydaşı olarak kendi kanılarına göre oy kullanır. Sonuçta ortaya çıkan şey çoğunluk kararını gösterir (a.g.y.: 29). Her demokrasi özünde bir dizi siyasi özdeşleşlikten ibarettir (a.g.y.: 43). Ama siyasi anlamda özyönetim ile kurulu düzenin idamesi anlamında idare arasında bir ayrım yapmak gerekir. İdareyi ve kamu hizmetini dışlayan bir özyönetim düşüncesi modern siyaset düşüncesine yabancıdır

1. *Halk İnisiyatifi ve Halk Vetosu (İsteğe Bağlı Referandum)*

Halk inisiyatifi doğrudan demokrasiyi işaret eden yegâne karar verme usulüdür. Bu usulde yeni yasa önerisi yukarıdan değil, doğrudan halkın içinden, birey, grup ya da örgütlerden gelir. Halk inisiyatifi egemenliğe dair anlık siyasi bir karar değildir. Siyasi ve hukuki düzenin sınırlandırılmasına ve düzenlemelerine tabidir. Örneğin bu kurumun mevcut olduğu ülkelerde değişik biçimlerde halk inisiyatifinin gerçekleşebilmesi, halk inisiyatifinin kapsamı, imza sayısı eşiği ve süre ile sınırlandırılmış ve düzenlenmiştir. Halk inisiyatifinin anayasal konuları kapsamı sadece İsviçre, Liechtenstein, ABD'nin 17 eyaleti ve Federal Almanya'daki birkaç eyalet ile sınırlıyken, olağan yasa yapımı konusunda halk inisiyatifi Federal Alman Cumhuriyeti'nin bütün eyaletlerinde, ABD'nin 21 eyaletinde, Liechtenstein ve İsviçre'deki bütün kantonlarda mümkündür (Batt 2006:12). Referandumda anayasa ya da yasalarda yapılması gereken değişikliklerin halkoyuna sunulması teklifi yukarıdan, hükümetten, parlamentoda çoğunluğu elinde bulun-

duran partiden vb. ya da devlet başkanından gelir.

Halk inisiyatifi, isteğe bağlı popüler veto ve geri çağırma (*recall/ Abberufungsrecht*) ve mecburi anayasal referandumlar doğrudan demokratik araçlardır. Bazıları geri çağırma'yı yurttaş inisiyatifi çerçevesinde bir doğrudan demokrasi hedefi saymaz. Bunun nedeni geri çağırmanın odağında kamu görevlilerinin görevden alınması saikinin yatmasıdır. Geri çağırma nesnel bir konuyu değil, kişileri hedef alması nedeniyle kabul edilemez (Altman 2011: 16; Maurer, 1996: 54). Geri çağırma ulusal düzeyde bugüne kadar bir kez, 2004 yılında başkan Chavez'e karşı uygulanmıştır.

Halk inisiyatifi ve isteğe bağlı referandumlar, yurttaşlarca formüle edilen, aşağıdan gelen yeni bir yasa yapımını ya da parlamento tarafından kabul edilmiş bir yasanın ilgası yoluyla statükoda bir değişimi öngörür (Altman 2011: 17; Haskell 2011: 48).

Halk vetosu, yasama organının çıkardığı bir yasanın iptali için halk inisiyatifi yoluyla önce yasada öngörülen minimum sayıda imza toplanması ve ardından iptali istenen yasa için referandum yapılmasıdır. Bu bir istisna olup esasen bütün referandumlar yasama edimine dairdir (Haskell 2001: 48). Parlamento isteğe bağlı halk vetosuna karşı aksi yönde, ya da mevcut yasayı savunan bir öneri geliştirebilir. Buna tepkisel ya da reaktif plebisit denilebilir. Halk vetosu ile yasama organının zıtlaşmasına ara bir çözüm bulmak amacıyla, halk vetosunu imza aşamasında yasama organı tarafından yeniden ele alabilecek, hatta ortak yeni bir formül geliştirebilecek ortak komisyonlar önerilmiştir.

Halk inisiyatifi, doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılabilir. Dolaylı halk inisiyatifi parlamentoya önce bir dilekçeyle başvuru yoluyla gerçekleşir. Bu dilekçede, parlamentodan çıkacak kararı etkilemeye yönelik öncelikli öneriler yer alır. Eğer öngörülen süre zarfında beklenen sonuç alınamazsa, eksik kalan imzalar toplanarak doğrudan halk inisiyatifine başvurulabilir (a.g.y.: 49). Doğrudan halk inisiyatifi bu anlamda doğrudan demokrasinin özüdür.

2. Geri Çağırma (*Recall / Abberufungsrecht*)

Geri çağırma küçük topluluklarda ya da parçalı feodal toplumlarda emredici vekâletin bir parçası telakki edilmişti. Geri çağırma bir sorunun oylanması yerine bir görevlinin kararı ya da icraatının oylanması anlamına gelir. Geri çağırma halk inisiyatifi marifetiyle, seçilmiş hü-

kümetin, vekillerin ya da bir yargıç, öğretim üyesi, vali ya da emniyet müdürü vb. kamu görevlisinin görevinden alınmasıdır. İsviçre'de geri çağırma hakkı sadece bazı kantonlarda, ABD'de ise bazı eyaletlerde bulunmaktadır; federal düzeyde geri çağırma hakkı yoktur (Verhulst ve Nijeboer 2007: 50).

3. Referandum

Referandum meclis tarafından yapılmış bir yasa ya da anayasa ve/veya anayasa değişikliğinin, halkoylamasını müteakip yürürlüğe girmesidir. Referandumun ayırt edici özelliği, yukarıdan formüle edilmesi, parlamento gibi kurumlarca onaylanmış ya da anayasada öngörüldüğü haliyle onaylanması mecburi anayasa ve anayasa değişiklikleri hakkında bir oylama olmasıdır (Batt 2006: 12). Referandum genellikle halkoylaması vasıtasıyla yasama anlamında kullanılır. Referandumu halk inisiyatifinden ayırmak gerekir. Referandum yasa teklifini hazırlayanlarca düzenlenen halkoylamasıdır; yukarıdan formüle edilir.⁵ Referandumlar siyasi düzenin değişimini engelleme ya da kontrollü bir biçimde gerçekleştirmeye yönelik bir tür emniyet sübabı görevi ifa eder. İnisiyatif ise aksine siyasi düzeni değişime zorlayan, görece dışsal ve kontrolsüz etkinliklerdir (Kranenpohl 2006: 32).

4. İstişari Referandumlar

İstişari referandumlar sonuçları itibarıyla statükoyu değiştirme niteliğini haiz olup yöneticilerin siyasi bedel ödemek istemedikleri konularda, Latin Amerika'da, Afrika'da yoğun biçimde başvurulmuş bir referandum biçimidir. Bağlayıcı olmayan istişari referandumları, Altman'ın deyişiyle popülist bir *placebo* etkisi kabul edip doğrudan demokrasi aracıymış gibi değerlendirmekten vazgeçmek gerekir.

5. Anayasal Referandum

Anayasal referandum ya da mecburi referandum sadece anayasa değil bazı yasaların yürürlüğe girmesinden önce yapılması gereken tasdiki referandumdur. Ancak bu ayrım daha çok federal değil, eyaletler için

5. 1990-2000 yılları arasında Avrupa'da ulusal düzeyde toplam 405 referandum yapıldı. Bunların tek başına 115'i İsviçre'de gerçekleşti (Batt 2006: 10).

anlamlı bir ayrımdır (Haskell 2001: 49).⁶ Mecburi referandumlar yukarıdan ya da tabandan gelen talep üzerine yapılır. Anayasa değişikliklerinin, uluslararası ve ulus-üstü kurumlara üyeliklerin mecburi bir biçimde referanduma sunulduğu ülkeler ile halk inisiyatiflerinin anayasada değişiklik talebinde bulunabildiği ülkelerde referandum bağlayıcı, proaktif, siyasi statükonun değişmesi yönünde işlev görür. Sadece parlamento ve devlet arzusu yönünde kurala bağlanmış referandumlar yukarıdan referandumları oluşturur. Altman'a göre yukarıdan gelen yasa yapımı ya da değişiklik önerileri prensip itibarıyla plebisit olarak değerlendirilebilir. Buna göre bazı ülkelerde mecburi plebisit (İsviçre, İrlanda), bazılarında istişari plebisit (Fransa ve Norveç), bazılarında ise isteğe bağlı plebisit (Danimarka Litvanya) bulunur (Altman 2011: 14; Batt 2006: 14-17). Türkiye'de zorunlu ve istişari olmak üzere, her hâlükârda tasdiki niteliği haiz referandum mevcuttur.

Anayasasal açıdan dört farklı referandumdan söz edilebilir: Yeni bir devletin kuruluşunda yapılan referandumlar, anayasada kapsamlı bir değişiklik yapılması nedeniyle yapılan referandumlar, devletin yetkilerini bölgelere ve yerel yönetimlere devretmesi sırasında bölgesel ya da yerel özerkliği kuran referandumlar ve devletin egemenlik yetkilerini kısmen ya da tümüyle uluslararası ya da ulus-üstü kurumlara devretmesi durumunda yapılan referandumlar (Hug 2009:16; Tierney 2009: 360). Kurucu referandum, yeni bir anayasanın kabul edilmesi veya mevcut bir anayasada değişiklik yapılması konusunda düzenlenen referandumdur (Gözler 2011: 682-3).

Hukuki açıdan tarif edilmiş ve hukuken denetlenen anayasal "halk", anayasa öncesi siyasetin konusu olan devrimci halkın yerini alır (Rosanvallon 2011b; Schmitt 1928/1989: 36, 51 ve 116; Tierney 2009: 365). Avrupa'da hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti düşüncesi, kurucu iktidara ilişkin anayasal otoritenin temsili gücü ile yer değiştirir. Olağan yasa yapımı sürecinde irade oluşumu ve iradenin beyanında siyasetçiler ve siyasi kurumlar halkı temsil eder. Benzer bir süreç anayasalardaki küçük çaplı tadilatlar için de geçerlidir; anayasal organlar ve kurumlar halkı yeni iradenin oluşumu ve irade beyanı sürecinde temsil eder. Kuşkusuz meclis bunların başında gelir. Anayasa mahkemeleri ikinci sırada yer alır. Ancak anayasanın sembolik siyasi

6. Gözler, olağan kanunlara ilişkin olan referanduma "teşriî referandum" adını vermektedir (2011: 682-3).

bir niteliği haiz olduğu da unutulmamalıdır. Yeni ve kapsamlı siyasi düzen değişikliğine ihtiyaç duyulan dönemlerde, anayasal referandumlar, halkın kendisini tarif etme ya da yeniden tarif etmede başvuracağı en önemli anayasal araçtır. Anayasal referandumlar, olağan ya-samadan farklı olarak sadece karar mekanizması ile sınırlı bir edim de-ğildir; anayasa ve devleti özdeşleştiren sembolizmin de bir parçasıdır (Tierney 2009: 366).

6. *Plebisit*

Plebisit hükümet ya da devlet başkanından gelen, çoğu kez yöneti-mi ve/veya yöneticiyi onaylama ya da bir karara meşruluk kazandırma amacını taşır. Örneğin Kemal Gözler plebisiti referandumun bir sapması olarak ele alır, otoriter yöneticinin iktidarını güçlendirmek için organize ettiği halkoylaması ile sınırlar (2011: 683). Plebisiti, ana-yasal referandumlar hariç, yukarıdan gelen bütün halkoylaması türle-rine doğru genişleten yaklaşımlar da mevcuttur (Verhulst ve Nijeboer 2007). Örneğin Carl Schmitt plebisiti, yönetenle yönetilenin özdeşli-ğini gösterdiği oranda, temsili demokrasinin hem bir tür tamamlayıcı-sı, hem de kendinde egemen bir edim kabul eder. Ama günümüzde doğrudan demokrasinin en önemli aracı kabul edilen halk inisiyatifini, temsili ikame eden boyutu nedeniyle istikrarsızlaştırıcı bulur, redde-der (1927: 32).

Plebisit ve benzeri "ölçüm"ler istişari ya da yasamaya yönelik ge-nel halkoylamasını tarif eder (Haskell 2001: 48). Plebisiter demokrasi kavramı daha dar bir anlama sahip olup yurttaşların yasa yapımının son safhasında katılımlarını anlatır. Bir başka ifadeyle, plebisiter de-mokراسi doğrudan demokrasinin bir alt kümesidir (a.g.y.: 50). Plebisit doğrudan demokratik bir araç olmaktan çok, yöneticilerin risklerini üstlenmekten kaçındıkları siyasi kararları, halka onaylatmasıdır. Söz konusu özelliği plebisiti doğası gereği anti-demokratik bir araç kılar.

III. Ulus-üstü Siyasi Oluşumlarda Doğrudan Demokratik Araçların Kullanılması

Temsili demokrasi ve katılımcı demokrasi arasındaki görünüşte zıtlaşmanın yerini tamamlayıcı bir ilişkiye bırakabileceği yönündeki en önemli örneklerden bir tanesi, ulus-üstü siyasi oluşumlardır. Avrupa Birliği söz konusu ulus-üstü oluşumların en yetkin örneğidir. AB'de demokrasi açığı ve söz konusu açığın AB kurumlarının meşruiyetini nasıl gölgelediği hususu uzun süredir akademik dünyada ve AB bürokrasisi içinde tartışılıyor. Ulus-üstü seçim listelerinin hazırlanması, AB Parlamentosunda grubu bulunan siyasi partilerin üye ülkelerin iç siyasetine göre şekillenmiş yapısını dönüştürmede yapılması gerekenler vb. demokratik kurumların reform ihtiyacı yanında, yakın zamanlarda AB kurumları tarafından doğrudan demokrasi araçlarına başvurulması yönünde karar alınmıştır (Franzius ve Preuß 2011: 182).⁷ Söz konusu kararların en önemlisi, AB çapında oluşturulması düşünülen *Avrupa Yurttaş İnisiyatifi*'dir. AB'de demokrasi açığını kapatması düşünülen doğrudan demokratik örgütlenmenin, ilk adım olması hasebiyle, son derece önemli bir adım olduğuna kuşku yok. Ama bu haliyle bazı üye ülke yurttaşlarının, yerel düzeyde de olsa, veto oyuncusu rolünden bile daha az yetkiye sahip olduğu muğlak bir düzenleme. Avrupa Yurttaş İnisiyatifi hakkı, bir yurttaş inisiyatifinden ziyade bir imza kampanyası düzenleme hakkını çağırıştırıyor. Her ne kadar AB Komisyonu ve AB Parlamentosu'nun kararlarını gözden geçirmeleri için üye ülkelerdeki benzer düzenlemelere göre daha düşük bir imza eşiği düşünülmüş olsa da,⁸ bir milyon Avrupa yurttaşının imzasının yeterli olacağı

7. Bkz. Avrupa Parlamentosu'nun 211/2011 sayılı kararnamesi ve AB Bakanlar Komitesi'nin 16 Şubat 2011 tarihli kararı.

8. Lizbon Antlaşması AB siyasalarını belirlemede yeni bir katılım biçimini, Avrupa Yurttaş İnisiyatifi'ni ihdas etti. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Bakanlar Komitesi, Lizbon Antlaşması'na dayanarak, AB Sözleşmesi'nin 11. maddesinin 4. fıkrasına atfen, bir milyon imzanın, üye ülkelerin dörtte birini oluşturan, en az yedi farklı üye ülkede oturan birlik üyesi yurttaşlarınca imzalanması kuralı getirdi. En az yedi farklı ülkede ikamet etmek zorunda olan yedi AB yurttaşı, AB Komisyonunun yetki alanlarına ilişkin öneri ya da itirazları formüle ederek inisiyatifi başlatma hakkına sahip. Bu yurttaşlar bir yıl içinde önerilerini destekleyen AB üyesi en az yedi ülke yurttaşlarından mükkepek bir milyon destekleyici imzayı AB Komisyonu'na sunmak zorunda. Üye ülkelerin yetkili otoritelerinden oluşan bir

inisiyatifin işlevi henüz belirsizdir. AB Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu'nun kararlarını bir kez daha gözden geçirmesi bir şey, itiraz edilen kararların referanduma sunulması suretiyle onaylanması ya da reddi başka bir şeydir. Bir başka eksiklik Avrupa Yurttaş İnisiyatifi'nin sadece AB'nin yetki alanına giren konularla sınırlı oluşudur. Avrupa Yurttaş İnisiyatifi'ne AB kurumları ile üye ülkeler, üye ülkelerin kendi aralarındaki, bazen de üye ülkenin hukuk sisteminden kaynaklanan ihtilaflı konularda, AB yurttaşlarını doğrudan ilgilendirdiği halde hiçbir irade beyanı hakkı tanınmamıştır. Daha doğrusu bu hak sadece üye ülke yurttaşları olmaları vasfıyla, seçimlerle sınırlı kalan dolaylı bir haktır. Avrupa kurumları Avrupa Yurttaş İnisiyatifi vasıtasıyla hakiki ve kalıcı bir Avrupa kamusal ve siyasi forumu oluşturmak istiyorlarsa, yurttaş inisiyatiflerini hiç olmazsa birer veto oyuncusu yetkisiyle donatacak düzenlemeleri yapmak durumundadır (Franzius ve Preuß 2011: 183).

IV. Temsilî Kurumlar ve Doğrudan Demokrasi Araçları

Sonuç itibariyle doğrudan demokratik ya da yarı-demokratik araçlar temsili demokrasiyi destekleyen unsurlar diye düşünülebilir. Doğrudan ve temsili demokrasinin yapısal uyumsuzluğu diye bir şey söz konusu olamaz. Her ikisi arasında tamamlayıcı bir ilişki vardır. Günümüzde doğrudan demokratik usullerin birçoğu yasayla düzenlenmiştir; belirli prosedürlere bağlı hak kullanılması sürecinin bir parçasıdır. Ancak doğrudan demokrasi, sanılanın aksine, temsili demokrasinin sorunlarını aşmada her derde deva tek çare değildir. Güven ve meşruiyeti güçlendiren özelliklerinin çok önemli olduğuna şüphe yok. Temsili demokrasinin krizine dair birçok farklı konuda doğrudan demokrasi ya sorunun çözümünde etkili araçlara sahip değildir, ya da doğrudan demokrasiyi aşan, katılımı ve katılanları yeniden değerlendirmeyi

komisyonun önerileri ve imzaları onaylamasını müteakip AB Komisyonu Avrupa Yurttaş İnisiyatifi'nin hazırladığı öneriyi üç ay süreyle incelemek ve ilgili konuda ne yapılabileceğine dair bir öneri geliştirmek zorunda. Bu son derece yerinde bir düzenleme olup tek bir ülkede kolayca toplanabilecek imza yerine, Avrupa Yurttaş İnisiyatifi'nin AB'nin sorunlarını AB düzleminde ele alması gerekliliğine işaret eder. Zaten Avrupa Yurttaş İnisiyatifi'nin dolaylı amaçlarından birisi de Avrupa yurttaşları arasında giderek yaklaşan işbirliğini teşvik etmektir (Franzius ve Preuß 2011: 182). Avrupa Yurttaş İnisiyatifi 1 Nisan 2012'den itibaren yürürlüğe girecek.

gerektiren daha üst, egemenlikle ilgili bir sorun söz konusudur. Demokrasinin demokratikleştirilmesi ihtiyacı hiç şüphesiz günümüzün en önemli tartışma gündemlerinden bir tanesi. Doğrudan demokrasi, bazı konularda gerçekten destekleyici işlevine karşın, demokrasinin demokratikleşmesinde birçok bileşenden sadece bir tanesidir. Karmaşık küresel düzende basit bir evet-hayır karşıtlığına dayanan referandum ulus-aşırı yönetim tekniğinden kaynaklanan demokrasi açığını gidermeye mahir değildir (Kranenpohl 2006: 38).

Bir ülkede doğrudan demokratik araçların karar alma mekanizmasına katkıda bulunup bulunmadığını anlamanın üç yolu vardır. Birincisi, doğrudan demokrasi araçlarının ülke genelinde var olup olmadığı, kurumsallaşmış kurumsallaşmadığı hususudur. İkincisi, halkın yasa yapımında inisiyatif kullanma hakkının olup olmamasıdır. Üçüncüsü, anayasada anayasa değişiklikleri ile ilgili mecburi referandum koşulu bulunup bulunmamasıdır. Her üç koşulu da yerine getiren iki ülke İsviçre ve Liechtenstein'dır. Halkın yasa yapımına ya da yasaların veto edilmesine doğrudan katılma hakkı bulunan ülkeler İtalya, Letonya ve Slovenya'dır (Batt 2006: 13). Anayasa değişiklikleri ya da egemenliğin kısmen devri durumunda anayasalarında mecburi referandum olan ülkeler ise İrlanda, Danimarka, Litvanya ve Slovakya'dır.

Avrupa'daki bazı doğrudan demokrasi örneklerine bakıldığında, Batt'ı izleyerek⁹ doğrudan demokrasi araçlarına sahip ülkeler şöyle tasnif edilebilir:

1. Öncüler: İsviçre ve Liechtenstein (Batt 2006; Haskell 2001; Verhulst ve Nijeboer 2007).

2. Demokratlar: Devlet ve hükümet organlarından bağımsız bir biçimde halk inisiyatifi ve mecburi referanduma sahip ülkelerdir. Örneğin İtalya,¹⁰ Slovenya, Letonya, İrlanda, Danimarka, Litvanya ve Slo-

9. Tasnifte kullanılan başlıkların tümü Batt'a aittir. Bkz. Batt 2006: 10-17.

10. İtalya, halk inisiyatifi hakkı bulunmamasına rağmen, Avrupa'da doğrudan demokratik araçlara en sık başvuran ülkelerden birisi, nüfus ve toprak büyüklüğü bakımından birincisidir. İtalya'da en çok başvurulmuş doğrudan demokrasi aracı isteğe bağlı referandumdur. Toplam seçmenlerin %1'ine tekabül eden 500.000 imzayı toplayanlar, parlamentoda kabul edilen bir yasanın kesinleşmesine engel olmak amacıyla bunu referanduma götürebilir. Ayrıca beş bölgesel parlamento bir araya gelerek ihtiyari referandum kararı alabilir. Meclis ya da senato üyelerinin beşte biri de benzer bir talepte bulunabilir (Gözler 2011: 354). İtalya'daki en önemli sorun ihtiyari referandumda karar yeter sayısının çok yüksek oluşu, parlamentoda

vakya bu türden düzenlemelere sahiptir.

3. Sakınımlılar: Bazı doğrudan demokratik araçlara sahip olmakla birlikte bunu tabandan gelen taleplere göre değil, hükümet ya da parlamento vasıtasıyla bir plebisit biçiminde uygulayan ülkeler. Fransa,¹¹ İspanya, Avusturya, İsveç, Norveç ve Macaristan¹² bu ülkeler grubuna girer (Batt 2006: 12-13).

4. Tedirginler: Eyaletler ya da yerel düzeyde, hatta federal ve ulusal düzeyde doğrudan demokrasiyi öngören düzenlemelere sahip olmakla birlikte, siyasi seçkinlerin bu yola başvurmaktan kaçındıkları ülkeler. İngiltere, Almanya, Estonya, Finlandiya, Yunanistan ve Çek Cumhuriyeti, Polonya, Belçika,¹³ İzlanda, Lüksemburg tedirgin ülkelere örnek teşkil eder (a.g.y.: 13).

5. Umutsuzlar: Hiçbir doğrudan demokrasi aracına, bununla ilgili ne bir tecrübeye, ne de bir kuruma sahip olmakla birlikte en azından

kabul edilen yasanın reddi için referandumda çoğunluğu sağlamanın yanı sıra, toplam seçmen sayısının %50'sine karşılık gelme zorunluluğudur. Bu nedenle İtalya'da 1990-2003 yılları arasında yapılan toplam 42 referandumun en az 20'si %50 barajı nedeniyle geçersiz sayılmıştır (Verhulst ve Nijeboer 2007: 65). Bütçe ve uluslararası antlaşmalar ihtiyari referandum konusu yapılamaz. İtalyan Anayasa Mahkemesi, müphem bir biçimde hazırlanmış referandum önerileri konusunda geniş takdir yetkisi kullanma hakkına sahiptir. Birçok referandum girişimi bu nedenle daha baştan engellenmiş olmaktadır.

11. Fransa'da anayasa değişiklikleri ile sınır değişiklikleri cumhurbaşkanının, seyrek biçimde de parlamentonun inisiyatifiyle plebisite sunulur. Cumhurbaşkanı parlamentonun tasarrufunda olan yasamaya dair bir konuyu da plebisite götürebilir. Buna karşılık Fransa'da referandumlar bağlayıcıdır (Verhulst ve Nijeboer 2007: 64).

12. Macaristan'ın Batt'ın tasnifinde yanlış bir yerde olduğu açık. Çünkü Macaristan'da hem isteğe bağlı (ihtiyari) referandum, hem de halk inisiyatifi mevcuttur. Macaristan'daki sorun, her ikisi için de birçok istisna getirilmesi, örneğin bütçe, vergiler, uluslararası antlaşmalar, sıkıyönetim, savaş ilanı, parlamentonun, yerel yönetimlerin ilgası, yurtdışına asker gönderme vb. konularda her iki referanduma da başvurulamamasıdır (Altman 2011: 26). Referandumların bir kısmı bağlayıcı, bir kısmı istişari nitelikte olup referandumlarda karar yeter sayısı %25 gibi görece düşük bir orandır. Ancak yurttaş inisiyatiflerinin referanduma götürülebilmesi için gerekli imza sayısı duruma göre seçmenlerin %10'u ile %25'i arasında değişen, rekor düzeyde bir baraja sahiptir. Bunun anlamı *de jure* varolan bir hakkın *de facto* kullanılamaz duruma gelmesidir (Verhulst ve Nijeboer 2007: 65).

13. Belçika'da bağlayıcı referandum yoktur. 1945 yılından bu yana sadece bir kez hükümetten gelen plebisit yapılmıştır. Halk inisiyatifi sadece yerel yönetim seviyesinde mevcut olup bağlayıcı olmadığı gibi, belediye meclisi referandum talebini geri çevirme hakkına sahiptir (Verhulst ve Nijeboer 2007: 64).

kamuoyunda bu yönde bir tartışmanın olduğu ülkeler. Romanya, Portekiz, Bulgaristan ve Malta bu türden ülkelerdir (Batt 2006: 13).

6. Arkada kalanlar: Araştırmanın yapıldığı 2002 yılı itibarıyla doğrudan demokrasi araçlarına da, bu yönde bir girişim ya da tartışmaya da sahne olmayan ülkeler arasında Güney Kıbrıs ve Türkiye sayılmaktadır (a.g.y.: 14). Batt'ın Türkiye hakkındaki tasnifi alenen yanlıştır. Anayasa'nın 175. maddesine göre, üye tamsayısının üçte ikisinden az oyla kabul edilen bir anayasa değişikliğinin sadece Cumhurbaşkanı'nın onayıyla kesinleşmesine izin verilmemekte, anayasa değişikliği hakkında kanunun TBMM'ye geri gönderilmemesi halinde değişikliğin kabulü için zorunlu halkoylaması öngörülmektedir.

V. Doğrudan Demokrasiye Yönelik Eleştiriler

Doğrudan demokrasiye yönelik itirazları birkaç başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar sırasıyla,

1. Modern toplumlar karmaşık, çoğulcu toplumlardır. O nedenle de sorunları ve çözüm yolları da karmaşıktır. Sokaktaki insan modern toplumların uzmanlık bilgisi gerektiren karmaşık sorunları hakkında basit akıl yürütmeye karar veremez (Verhulst ve Nijeboer 2007: 68). Aristoteles'ten bu yana sayıca çok olanların bir olay hakkındaki muhakemelerinde az sayıdakilere oranla yanılma ihtimallerinin daha düşük olduğu bilinen bir gerçektir. Kuşkusuz daha az yanılma hiç yanılmama anlamına gelmez. Ama aynı şey dar uzman kamuoyları için de geçerlidir. Buradaki en önemli sorun, karmaşık sorunları idrak sorunu olan insanların, adı geçen sorunları çözebilecek maharetli insanları seçme konusunda aniden niteliksel sıçrama gösterip seçmen olarak ehil kişileri seçme konusundaki maharetleridir.

2. Sokaktaki insanın dar görüşlü, kısa vadeli kişisel çıkarları dışında karar vermekten aciz olmaları bir başka eleştiri konusudur. Temsilciler aldıkları kararın sonucunu sandıkta hesap vermek suretiyle ödemekle yükümlüyken, referandumlarda oy kullananların kararlarının hiçbir sorumluluğunu taşıyor olmaları da eleştiri konusudur. Özellikle ikinci hususta dikkat edilmesi gereken, referandum çoğunluklarının hesap verme yükümlülüğündeki eksikliği gösteren önemli bir eleştiri olmasıdır (Merkel 2011; Verhulst, Jos ve Nijeboer 2007).

3. Evet-Hayır ekseninde şekillenen çoğunlukların ara renkleri ve

azınlıkları gözardı ettiği itirazı sadece doğrudan demokrasi için geçerli bir itiraz olamaz. Ancak yine de demokrasiyi destekler mahiyette olmayan, kurumsal dolayıcılara dayanmayan doğrudan demokrasinin nisbeten daha homojen ve dışlayıcı bir karakteri olabileceği ihtimali akılda tutulmalıdır (Altman 2011: 46; Merkel 2011: 49). Parlamenter rejimde de seçilmiş azınlıkların diktatörlüğü ya da muhalefetin sesinin kısılması, demokrasi tarihinde hiç de ender rastlanılan bir olgu değildir. Doğrudan demokrasi özellikle halk inisiyatifi ve halktan gelen ihtiyari referandum özelliği ile azınlıklara ya da azınlıkta kalan düşünce ve hareketlere alternatif politikalar ortaya koyma fırsatı tanır¹⁴ (Verhulst ve Nijeboer 2007: 70).

4. Doğrudan demokrasi, demagogları ve popülizmi kışkırtır önermesi kısmen doğrudur. Çünkü demokrasi içerisinde de demagoglar ve popülizm farklı siyasi partiler ve önderler aracılığıyla egemen siyasi dil haline gelebilir. Kaldı ki, yanlış biçimde doğrudan demokratik araçlar arasında sayılan plebisit, diktatörlükler dışında, yaygın biçimde seçilmiş hükümetler, parlamento ve devlet başkanları tarafından, aldıkları kararın olası risklerini üstlenmemek için ya da belirli bir kararın meşruluğunu güçlendirmek amacıyla yukarıdan kullanılan bir araçtır (a.g.y.: 70).

5. Referandum kampanyalarını güçlü grupların finanse ettiği, dolayısıyla demokratik bir irade beyanından çok paranın ve gücün sesi olduğu yolundaki iddia İsviçre başta olmak üzere federal ve ulusal düzeyde düzenlenen referandum kampanyalarından ziyade, ABD ve Avrupa'daki bazı eyaletlerde yürütülen kampanyalar için geçerlidir. Ancak burada bile sanılanın aksine paranın gücü ihmal edilebilir bir sınırdadır. Örneğin Kaliforniya'da, eyaletteki toplam referandumların %40'ını oluşturan 1986-96 tarihleri arasında yapılan referandumların sadece %14'ü yurttaş inisiyatifinden ziyade güçlü grupların faaliyetine karşılık gelmektedir (a.g.y.: 73). Paranın gücünün federal ve yerel se-

14. İsviçre'de son otuz yılda yapılan referandumların sadece %23'ü muhafazakâr bir karaktere sahiptir. Bkz. Altman 2011: 45. Kadınlara federal ve kantonal düzeyde oy verme hakkını içeren anayasa değişikliklerinin her iki düzeyde de uzun süre reddedilmesi, üzerinde düşünmeye değer bir sorun oluşturur. İsviçre'de federal düzeyde kadınların oy hakkı ancak 7 Şubat 1971 tarihli mecburi referandum sonucunda kabul edildi. Federal Yüksek Mahkeme 1990 yılında, kadınlara oy hakkı konusunda direnen son kanton olan Appenzell Innerhoden'i, yerel düzeyde sorunların çözümünde kadınlara oy hakkı vermeye zorladı (a.g.y.: 47).

çimlerde ne ölçüde etkili olabildiği meselesini sadece not etmekle yetinelim.

6. Yurttaşların içerikten bağımsız olarak sadece sorulan sorulara evet- ya da- hayır diye cevap vermesi bile doğrudan demokrasinin iddia edildiği gibi demokratik olmayabileceğini gösterir (Verhulst ve Nijeboer 2007: 75). Kuşkusuz bu eleştiride haklılık payı var. Ancak halk inisiyatifini ya da halktan gelen ihtiyari referandumu dikkate alanlar sürecin durağan değil, dinamik olduğunu görmek durumundadır. Bu noktayı biraz daha açalım. Birinci husus halk inisiyatifinin ya da teklifini ya da itiraz ettiği yasaı kamusal alanda enine boyuna tartışmaya açması, genel kamuoyunu konu hakkında bilgilendirmesidir. Fakat süreç sadece bununla sınırlı değildir. Bir konuda, mesela toplam seçmenlerin %2'si gibi görece küçük bir sayıda imza toplamayla, bir konuyu referanduma götürme eskiden, esas itibarıyla ve usulen tamamen farklı şeylerdi. Oysa günümüzde bir yasa hakkında toplanan leh-teki ya da aleyhteki imzaların meclise sunulmasını müteakip meclisle işbirliği halinde, teklif edilen yasa ya da yasa değişikliği üzerinde birlikte çalışılması ve gerektiği takdirde birlikte formülasyonu mümkün hale gelmiştir. En azından bazı örneklerde bu gözlenmektedir (a.g.y.: 76). Dolayısıyla halk inisiyatifleri sadece yanıtı evet- hayır'a indirgenmiş, oylamaya katılanları pasifleştiren donmuş kalıplar üretmez. Böyle bir durumla karşılaşma ihtimali bütünüyle ortadan kalkmasa da, plebisit ile karşılaştırıldığında, karmaşık karar verme süreçlerine uygun biçimler alabileceği söylenmelidir.

7. Doğrudan demokratik araçlar, temsili demokrasiye destek mahiyetinde başvurulacak araçlar olsa bile seçmenlerde oy bıkkınlığı tehlikesi yaratması nedeniyle uzak durulması gereken bir araçtır. Ama dikkat edilmesi gereken husus, referandumlarda oy kullanmayanların bile halk inisiyatifi sonucunda gerçekleştirilen referandumları önemli ve doğru bulmasıdır (a.g.y.: 76). Bu bizi referandum hakkında genel geçer bir sonuç çıkartmaktan alıkoymalıdır. Referandumlara genel seçimlere oranla daha az insanın katılması, referandumların konusu ve kapsamı ile doğru orantılıdır. Özellikle ulus-üstü kurum ya da uluslararası örgütlere üyelik ya da kapsamlı anayasa değişikliklerini içeren mecburi anayasal referandumlara katılım oranı genel seçimlere katılımdan hiç de daha az değildir. Çoğu örnekte ulusal seçimleri geride bırakan katılım oranları gözlenmektedir. Örneğin genetiği değiştirilmiş gıdalar, klonlama, yapay dölleme vb. teknik bir donanım ve özel-

bilgi gerektiren, çoğu halktan gelen ihtiyarî referandumlara katılım oranı nispeten daha düşüktür. Ancak bu tarz referanduma katılanların lehte ya da aleyhte, seçimlerde oy kullananlara nazaran çok daha donanımlı ve tercihleri konusunda daha bilinçli olduklarını akılda tutmakta yarar var (a.g.y.: 76).

8. Referandumda soruyu halk formüle etmez. Sorulan soruların manipülasyonu her zaman ihtimal dahilindedir. Bu son derece haklı eleştirinin muhatabı halk inisiyatifi ya da ihtiyari referandum değil, plebisittir (a.g.y.: 78). Carl Schmitt, "soruyu halk sormaz, halk soruya cevap verir" derken halk girişimi (*Volksbegehren*) ile halkoylamasını (*Voksentscheid*) birbirinden ayırmıştı (Schmitt 1927: 33). Halkın arzuladığı bir katılım biçimini dışlayan yöntemle "doğrudan demokrasi aracı" denemez; olsa olsa "tasdikî plebisit" denir.

VI. Türkiye'de Doğrudan Demokrasi Araçlarının Kullanımı

Türkiye'de doğrudan demokratik araçların kullanımı son derece sınırlı olup plebisiter karakter taşır. Türkiye'de hukuk ve siyaset bilimi alanında doğrudan demokrasi aracı olarak sadece halkoylaması bilinmektedir. Referandum karşılığı olarak kullanılan halkoylaması sadece anayasa değişikliği sürecinde ihtiyari veya mecburi olup olmadığına bağlı olarak, esas bakımından değil, teknik özellikleri açısından ele alınmıştır. Sadece TBMM'nin kabul ettiği bir anayasa değişikliği teklinin üye tamsayısının üçte ikisinden az oyla kabul edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanının kanunu tekrar görüşülmek üzere Meclise iade etmesi veya kanunun halkoyuna sunulması gibi iki ihtimal dahilinde ortaya çıkar. Cumhurbaşkanının iadesi halinde anayasa değişikliği sürecinde devam edebilmesi için, meclisin bu kanunu aynen kabul etmesi gerekir. Eğer anayasa değişikliği hakkında kanun tekrar görüşüldüğünde üye tamsayısının üçte ikisi oranında bir karar yetersayısıyla kabul edilmişse, bu durumda Cumhurbaşkanı kanunu halkoyuna sunabilir veya onaylayarak kesinleştirebilir. Cumhurbaşkanı beşte üç ile üçte iki arasında oyla kabul edilmiş bir anayasa değişikliğini iade etmezse ya da TBMM üçte iki karar yetersayısına ulaşmaksızın kanunu aynen kabul ederse, söz konusu kanunun halkoyuna sunulması zorunludur. Yani Anayasanın 175. maddesi, bu durumda zorunlu halkoylaması yöntemini benimsemiş ve üçte ikiden az oyla kabul edilen bir anayasa

değişikliğinin sadece Cumhurbaşkanının onayıyla kesinleşmesi vermemiştir (Özbudun 2011b: 168).

Eğer anayasa değişikliği hakkındaki kanun teklifi her iki defada da Meclisten üçte iki ya da daha fazla bir çoğunlukla geçmişse, Cumhurbaşkanının yasayı halkoyuna sunması ihtiyari nitelik arz eder (Gözler 2011: 354; Özbudun 2011b: 169). 1982 Anayasası'nın ilk şekli ve bu Anayasada 3361 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, 1924 ve 1961 Anayasalarındaki saf temsili sistemden yarı-doğrudan demokrasiye doğru tarihsel bakımdan önemli bir adım atılmıştır (Özbudun 2011b: 170).

Anayasa değişikliklerinde halkoylamalarının düzenli bir yöntem olarak kabul edilmesi, halkoylaması ilkelerinin kanunla düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu düzenleme, 3361 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinin hemen ardından 23.5.1987 tarihli ve 3376 sayılı "Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun"la gerçekleştirilmiştir. Kanun anayasa değişikliklerinin açıklanması ve tanıtılması amacıyla, TBMM'de grubu bulunan siyasi partilere ve Cumhurbaşkanına radyo ve televizyondan yararlanma hakkı tanımıştır (m. 5). Bu madde konunun daha iyi anlaşılması ve tartışmanın taraflarının konu hakkındaki düşüncelerinin daha iyi anlaşılmasında özgür bir kamuoyunun gerekliliğine dair dolaylı bir göndermedir.

TBMM anayasa değişikliklerine ilişkin kanunun kabulü sırasında, Anayasanın değiştirilen hükümlerinin hangilerinin ayrı ayrı, hangilerinin birlikte oylanacağını da karara bağlar. Anayasanın değiştirilen hükümlerinin birlikte mi, yoksa ayrı ayrı mı oylanacağı konusunun karara ilave edilecek bir hükümle kararlaştırılması esasa bağlanmıştır (a.g.y.: 172). Anayasa değişikliklerinin oylanmasına dair usulün TBMM'ye bırakılması bir yandan temsili demokrasinin doğru bir yorumu, öte yandan referandumun yukarıdan aşağıya olduğunun bir kanıtıdır.

VII. Türkiye'de Yeni Bir Anayasa Yapımında Dikkate Alınması Gereken Doğrudan Demokratik Araçlar Hakkında Bir Değerlendirme

Türkiye'de uzun yıllardır yeni ve demokratik bir anayasa yapımı tartışması yapılıyor. Söz konusu yeni anayasanın demokratik vasıflarının neler olabileceği hususunda çok sayıda öneri yapılmıştır. Bu makalenin konusu ne mevcut önerileri tartışmak, ne de yeni bir öneri getir-

mek. Bülent Tanör'ün 1997 yılında TÜSİAD için hazırladığı *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*'nden bu yana yeni ve demokratik bir anayasanın ana hatları ve yapılması gerekenler konusunda son derece yetkin çözümler yapıldı, alternatifler ortaya kondu. Kürt meselesinin yeni anayasada nasıl formüle edileceği hariç, yeni anayasanın *et-hos'u* ve *pathos'u* aşağı yukarı bellidir. En azından bu yönde çok sayıda, karşılaştırmalı anayasa önerisi mevcut. Bu kısımda çok daha dar bir çerçevede, yeni anayasada yer alması gerektiği düşünülen doğrudan demokrasi araçlarına yer verilecektir.

Türkiye Barolar Birliği'nin (bundan sonra TBB) 2007 tarihli *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Türkiye'de şimdiye kadar doğrudan demokrasi araçlarına yer veren yegâne öneri olup sadece bu özelliğiyle bile dikkate değer. TBB Anayasa Önerisi'nde doğrudan demokrasi araçları "Kişi Özgürlükleri ve Siyasi Haklar" başlığı altında düşünülmüştür (TBB 2007: 89). Önerinin 41. maddesinde "Yurttaşlar, kamusal yaşama ve ülkenin yönetimine doğrudan ve temsilcileri aracılığıyla katılma hakkına sahiptir" tespiti yer almaktadır. 41. madde, doğrudan demokrasi araçlarının temsili demokrasiyi tamamlayıcı işlevini göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Ayrıca doğrudan demokrasi araçlarını siyasi katılımın bir unsuru sayması ve anayasada doğrudan zikretmesi bakımından da son derece önemlidir.

41. madde sadece siyasi katılımın *doğrudan* özelliğini siyasi bir hak olarak zikretmekle kalmamış, halkoylaması ve halk inisiyatifi (öneride "halk girişimi" denilmiştir) doğrudan demokrasi araçları olarak tarif ve tasnif edilmiştir.¹⁵ TBB Anayasa Önerisinde halkoylaması, "olağan ve/veya anayasa değişiklikleri hakkında yurttaşların karar vermesi yöntemi" biçiminde tarif edilmiştir (TBB 2007: 88). Halkoylaması sadece bununla sınırlı değildir. "Usulüne göre yürürlüğe girmiş bir yasanın yürürlükten kaldırılması için yurttaşların karar vermesi" de bu kapsamda ele alınmaktadır (TBB 2007: 88). Burada halkoylaması referandum karşılığı kullanılmış olup hem anayasal referanduma, hem de halk vetosuna (imza referandumuna) karşılık gelir. Her iki referandum da, öneride aksi bir ibare olmadığından, mecburi bir karakter taşır. 41.

15. Maddenin gerekçesinde her iki araç da yarı-doğrudan demokrasi aracı olarak tarif edilmiştir (TBB 2007: 90). Maddede anılan "doğrudan" katılım ile gerekçede yer alan "yarı-doğrudan demokrasi mekanizmaları" arasındaki çelişmeyi bir çelişki yerine, siyasi temsilin zıddı olmamayı tarif eden, tamamlayıcı bir öge kabul etmek doğru olacaktır.

madde doğrudan demokrasi araçları arasında sayılması gereken halk girişimine de yer vermiştir. Buna göre "halk girişimi, belli bir konuda yasal bir düzenlemenin yapılması amacıyla, en az 500.000 seçmenin, imza toplamak suretiyle bunu taleptmesi üzerine, halkoylamasına gidilmesi usulüdür" (TBB 2007: 88). Her iki yöntemin önerilmesinin gerekçesi yarı-doğrudan demokrasi mekanizmalarını açık tutmak, yöneten ve yöneticileri birbirine yakınlaştıracak gibi siyasal rejimi de belli dönemlerde yapılan seçimlerle sınırlı bir demokrasi olmaktan çıkarır" biçiminde sunulmuştur (a.g.y.: 90).

TBB'nin Anayasa Önerisi'nin 41. maddesi esas itibarıyla olumlu olmakla birlikte, gerekçesi başta olmak üzere bazı tarif ve tasnif zaafıyla maluldür. Birinci zaaf, referandumun tarifi konusundaki eksikliklerdir. Daha önce de açıklandığı üzere, referandum genellikle halkoylaması vasıtasıyla yasama anlamında kullanılır. Referandum yasa teklifini hazırlayanlarca düzenlenen halkoylamasıdır; yukarıdan formüle edilir. Bu nedenle halk vetosunu, teknik anlamıyla halkoylamasından (referandum) ayırmak gerekir. Ama mesele sadece bununla sınırlı değil. TBB Anayasa Önerisi'nde gerekçe olarak belirtilen, seçmen ile temsilciyi yakınlaştırma, katılımı seçimlerden daha geniş bir çerçeveye oturtmak, temsili demokrasi ile doğrudan demokrasi araçlarının birbirini tamamlayıcı işlevlerini ele alma açısından yetersizdir. Sorunu daha net ve ilkesel bir biçimde ortaya koymakta yarar var. Bu nedenle, TBB önerisinin esasları aynı kalmak kaydıyla, demokratik bir anayasa yapımında doğrudan demokrasi araçlarının gerekçesini ortaya koymada bazı özelliklere dikkat edilmelidir.

VIII. Yeni Anayasa Yapımında Yararlanılabilecek Doğrudan Demokrasi Araçları

Halk inisiyatifi

Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenlemeler, uluslararası huktan kaynaklanan yükümlülükler, genel ve özel afkanunları dışında kalan her konuda, örneğin toplam seçmen sayısının %2'si oranında imza toplanması halinde, yeni yasa ya da anayasa değişikliği teklifi, halkoylamasına götürülebilir. TBB önerisinde işaret edildiği gibi, olağan yasa yapımı hakkındaki öneriler ile anayasa değişikliği önerilerin-

de farklı kabul oranları uygulanabilir. TBB önerisinde yer alan, olağan yasa için toplam seçmen sayısının en az yarısının katıldığı bir halkoylaması sonucunda geçerli oyların yarısından bir fazlası olağan yasa önerisinin kabulü için yeter sayıyı ifade eder. Oysa anayasa değişikliği önerisinde toplam seçmen sayısının en az yarısından bir fazlasının "evet" oyu anayasa değişikliğini mümkün kılar (TBB 2007: 88). Halk inisiyatifi öncelikle azınlıkta kalan düşünce ve değerlere kendilerini ifade etme şansı vermesi nedeniyle katılımı güçlendirir. Öte yandan azınlıktaki düşüncelerin toplumun çoğunluğu, azınlıktaki diğer kesimleri ve kamu kurumlarıyla diyaloga girmeden kendilerini ifade edemeyecekleri konusunda tecrübe edinmelerini sağlar.

Halk Vetosu

Halk vetosu TBMM'nin çıkardığı yasaların tamamına karşı bir itiraz yolu olarak önerilebilir. Bu araç, Türkiye'de siyasi kültürün kendisine özgü bazı zaaflarını gidermek bakımından hayati bir rol oynayabilir. Siyasi partilerin yasama faaliyetlerini denetleyecek örgütlü azınlıklar karşısında uzlaşma yolu arama çabaları, demokrasinin bir "öğrenme" süreci olduğunun hatırlanması bakımından son derece önemli olacaktır. Partiler kanun teklifi hazırlarken buna itiraz edebilecek kişi ve kurumları dikkate almayı öğrenirlerse, özgür kamuoyunun yanı sıra, toplumun değişik kesimlerince denetlenmelerinden dolayı daha çok boyutlu ve dikkatli davranacaklardır. Bir başka önemli husus, partilerin yasanın iptaline dair öneriyi TBMM'de ilgili taraflarla bir arada tartışma fırsatı bulabilecek olmalarıdır. Bu sayede kâh karşı bir öneride bulunabilecekler, kâh itiraz edilen yasayı yeniden formüle etmede ortak bir tutum alabilme şansına sahip olabileceklerdir. TBMM yasa yapımını; örgütlü çıkar grupları, azınlıktaki düşünceler ve sivil toplum, yasama sürecinin siyasi denetimini; anayasa mahkemesi ise yargısal denetimi üstlenerek, demokrasiyi demokratikleştirmek için işbirliği yapacaktır.

Mecburi Anayasal Referandumlar

Mecburi anayasal referandumlar, halkın temsilcileri aracılığıyla yönetime katılması dışında siyasi topluluğun en temel katılım aracıdır. TBB'nin Anayasa Önerisi'nde ifade edildiği gibi, yurttaşların kamusal yaşama ve ülkenin yönetimine doğrudan katılma hakkı sorunun özünü

teşkil eder. Yeni bir anayasa yapıldığında, anayasada kapsamlı değişiklikler öngörüldüğünde, AB gibi ulus-üstü oluşumlara üyelik durumunda, hükümet, cumhurbaşkanı ya da TBMM'nin isteği ve talebinden bağımsız olarak mutlaka referanduma gidilmelidir. Yukarıda anılan durumlarda referanduma gidileceği anayasada mutlaka zikredilmeli, mecburi niteliği mutlaka belirtilmelidir.

Anayasalar sadece devlet teşkilatının hiyerarşik yapısını, kurumların hiyerarşi içerisindeki yerini göstermez. Anayasalar aynı zamanda siyasi topluluğun kim olduğuna, *ethos*'una dair manifesto niteliği taşıyan siyasi belgelerdir. Kapsamlı anayasa değişikliği, ulus-üstü birliklere üyelik vb. toplumun siyasi varlığını etkileyebilecek kararların mutlaka geniş bir müzakere süreci sonucunda referandumla alınması zorunlu olmalıdır. Bunun dışında anayasa ve siyaset bilimi literatüründe çokça tartışılan "norm olarak halk" ile "ampirik halk" arasındaki geçişliliği göstermesi bakımından da anayasal referandumlar önemlidir. Bir başka ifadeyle, halk zaman ve mekândışı bir bütünlük olmayıp en azından siyasi karakterini kamusal ihtilafları müzakere ve kurumsallaşmış mücadele sonucunda edinmiş, farklı sınıf, çıkar, düşünce, inanç ve etnik gruptan mürekkep tarihsel bir "meclis"tir (*assemblée*).

Yeni bir anayasada başvurulacak doğrudan demokrasi araçları kesinlikle temsili demokrasiyi ikame etmez. Bunu anlamının iki yolu var. Birincisi, yasama koyma tekeline sahip olmamakla birlikte yasa koymanın merkezi hâlâ TBMM olacaktır. Halk inisiyatifi hariç diğer tüm yasama faaliyetinin merkezi TBMM'dir. Halk vetosu girişimi de buna dahildir. İkincisi, TBB Anayasa Önerisi'nde belirtildiği gibi, doğrudan demokrasi araçlarının tümü hem kanunla düzenlenmek durumundadır, hem de mevcut yasallık ve meşruluk ölçütlerine uygun bir biçimde hazırlanır (TBB 2007: 89).¹⁶ Son bir nokta, vatana ihanet suçlaması hariç, siyasi bakımdan sorumlu olmayan bir cumhurbaşkanına bazı anayasa değişikliklerini ihtiyari olarak referanduma sunma yetki-

16. TBB önerisi bu açıdan modern ölçütleri aşan bir hukukilik denetimi öngörür. Örneğin referandumun anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açma yetkisi sadece Anayasa Mahkemesi'ne dava açma hakkı olanlarla sınırlandırılmıştır (TBB Anayasa Önerisi'nin yazıldığı tarihte henüz Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmamıştı) (TBB 2007: 89). Olağan yasa yapımına dair halk inisiyatifi ya da yürürlükteki bir yasanın iptaline dair halk vetosu için önerilen toplam seçmenlerin %50'sinin katılımı, benzerleriyle karşılaştırıldığında, çok yüksek bir orandır.

si ile doğrudan demokrasinin hiçbir alakası yoktur. Aynı şekilde, hükümet ve/veya TBMM'de çoğunluğu olan siyasi partilerce yukarıdan hazırlanan yasa yapımının, plebisiter bir yoldan, seçimi ikame eden bir doğrudan demokrasi aracı olarak görülmesi imkânsızdır. TBB'nin önerisinde yer alan bu yöndeki uyarı son derece yerinde ve önemlidir (TBB 2007: 90). Halk inisiyatifi özellikle yerel yönetimler düzeyinde anayasal olarak desteklenmelidir.

Sonuç

Temsili demokrasi sisteminin, Machiavelligil Neo-Roma modeline dayanan halk hükümetiyle karşılaştırıldığında iki önemli zaafı var. Temsili demokraside yurttaşların seçim dışında siyasi seçkinleri denetleyebilecekleri araçlar eksik. Oysa Machiavelli'nin önerdiği halk hükümetinde pleblerin seçkinleri veto, itham ve/veya plebisit yoluyla denetleyebilecekleri kurumları vardı (McCormick 2011: 178-9). İkinci-si, ekonomik - siyasi seçkinleri denetleyecek *pleb* kurumların eksikliğidir. Machiavelli yönetici sınıflara karşılık gelen *grandi* ya da *ottimati* ile yönetilen halk sınıflarını tarif eden *popolo*, *pleb* ya da *multitudo*'yu zıtlık ilişkisi içerisinde ele alır. Yönetici sınıflar ve yönetilen sınıflar kendilerine has ifade biçimine sahip olmalarının ötesinde kendilerine ait siyasal kurumlara da sahiptir. Senato ve Patrici Cemaati Konseyi birincilerin, halk tribünleri ile *pleb* meclisleri ikincilerin siyasal tavırlarının olduğu ve olgunlaştığı siyasal mekândır. Machiavelli cumhuriyeti yıkma tehdidinin halktan değil, *patrici* ya da *grandi*'den geldiğini, adsız yurttaş çoğunluğunun *grandi*'yi denetim altına alma ihtiyacı hissetmelerinde yüksek bir sınıf bilinci ve siyasi mücadele geleneğinin yattığını düşünüyordu. Machiavelli'ye göre özgürlük ve öz-yönetim ancak bu sayede mümkün olabilirdi. Günümüzde halk hükümetinin ve özgürlüğün temelinin söz konusu korku ve ihtiyat olduğu unutulmuş görünüyor (McCormick 2011: 188).¹⁷ Rancière günümüz

17. McCormick, temsil krizinin kronik bir hal aldığı geleneksel demokrasiler içerisinde müstesna bir yeri olan Amerikan demokrasisini rehabilite etmek maksadıyla, öncü nitelikte bir Makyavelgil demokrasi modeli geliştirdi. Söz konusu model, bir defaya mahsus olmak üzere, bir yıllığına, kura yoluyla seçilen, yirmi bir yaşını doldurmuş 51 yurttaştan oluşan bir "halk tribünü"dür. 51 yurttaş bir yıllığına, özlük hakları saklı kalmak şartıyla, işlerinden izinli sayılacak, aileleri de bu haklar-

temsili demokrasilerini kastederek, "bizler demokraside yaşamıyoruz. Bizler oligarşik yasanın egemenliğinde yaşıyoruz. Bununla şunu kastediyorum: Oligarşinin halk egemenliği ve temel hak ve özgürlüklerce iki taraftan kuşatıldığı oligarşik iktidar altında yaşıyoruz" (2007: 54 ve 73) derken, Machiavelli benzeri bir teşhiste bulunuyor. Ona göre seçimin Batı'daki orijinal anlamı, halkı onlara yol gösterecek liderlerini onaylama maksadıyla bir araya getirmekten başka bir şey değildir (a.g.y.: 79). Dolayısıyla demokrasi bir tanınma mücadelesinden ziyade bir yönetme ve yönetimi meşrulaştırma teknolojisine indirgenmiş durumdadır. Rancière'e göre siyasal özneler farklı anlam aralığında var olur (a.g.y.: 59). Demokrasi bu anlamda, söz konusu anlam aralığını var eden düzenlemeler ile aralığı genişletme ya da daraltma mücadelesidir.

Günümüz demokrasileri ideal bir demokrasi olmak bir tarafa, kurumları bile daha ziyade oligarşıktır (Altman 2011: 5). Temsili demokrasiyi doğrudan demokrasiyle zıtlık ilişkisi içinde değerlendirenler, temsilin oligarşik eğilimlerinden ziyade, doğrudan demokrasi araçlarının taşıdığı popülizm tehdidinde dikkat çekiyor. Bu görüş popülizmi yanlış değerlendirmesi, doğrudan demokrasi araçlarını doğru bir şekilde ayrıştırmaması nedeniyle hatalıdır. Popülizmi, demokrasiyi yeniden düşünmede yanlış bir anlama ve sahte bir uygulama olarak düşünmek daha doğru olacaktır.

Popülizm, demokrasinin karşıtı olmayıp demokrasinin kriz momentinde ortaya çıkan bir anomalidir (Balibar 2011:2). Kriz demokra-

dan yararlanacaktır. Halk tribünü ABD nüfus istatistiklerine göre zengin kabul edilen yıllık 345.000 \$ üstü gelir gruplarını dışarıda bırakır. Bunun anlamı her ABD yurttaşının halk tribününe seçilme hakkının olmadığıdır. Tribünün görevi federal hükümetin işlemlerini, haftanın beş günü, günde altı saatlik mesai ile tartışmaktır. Halk tribünü bir yıllık görev süresince bir defaya mahsus olmak üzere, çoğunluk ilkesine dayanarak, bir Senato kararını, bir kanun hükmünde kararnameyi ve bir Yüksek Mahkeme kararını veto edebilir. Yine çoğunluk ilkesine dayanarak, istediği bir konuda federal düzeyde referanduma karar verebilir. Referanduma katılanların çoğunluğu referandumu onaylarsa, federal yasa haline gelir. Ancak Senato ve Temsilciler Meclisi'nin ikisinde birden 2/3 çoğunlukla aksi yönde bir karar çıkarsa, referandumun sonucu ne olursa olsun, karar federal bir yasa haline gelmez (McCormick 2011: 183-4). McCormick'in önerisi kuşkusuz çok daha ayrıntılı. Ancak bizim için burada böyle bir modeli ortaya atma nedeni önem taşımaktadır. McCormick'e göre Neo-Roman halk tribünü, Machiavelli'nin olağanüstü deyişiyse, cumhuriyeti –günümüzde demokrasi diye de okunabilir– tehdit eden *grandi*'nin denetlenmesi için ihdası elzem olan en önemli kurumdur (a.g.y.: 188).

tik düşüncenin temsili yönetim ile yaşadığı uyuşmazlıktan çıkmıştır. Toplumun farklı kesimlerinin demokratik taleplerinde meydana gelen çeşitlenme ve taleplerin dile getirilmesi hususunda şaşırtıcı ölçüde net ve donanımlı olması, temsili demokratik yönetimin kusurlarının daha net bir biçimde ortaya konulmasına vesile oldu. Bunlar kabaca, demokratik rejimin kusurları, temsilde eksiklik ve toplumun bazı kesimlerinin taleplerini dile getirmede mevcut sınırları zorlayan yaratıcı hayal kırıklıkları ve sosyal huzursuzluktur (Rosanvallon 2011b: 4). Popülizm, söz konusu sorunlara verilen basit ve yanlış cevaplardan oluşur: Homojenlik, bir olma, ötekinin reddi üzerine inşa edilmiş bir demokratik özdeşlik (bkz. Schmitt 1928/1989). Rosanvallon demokratik idealin tarihsel olarak yöneten ile yönetilenler arasındaki özdeşleşme olduğunu söyler (Rosanvallon 2011b: 219). Popülizm halktaki hoşnutsuzlukları fırsat bilen bir grup yurttaşın huzursuzluğu bir iktidar stratejisine çevirmeleri edimidir. Popülizmde halkın iradesi oybirliğiyle tesis edilir; seçime ve konuşmaya gerek yoktur. Atama, tezahürat ve nümayiş en iyi ifade biçimidir. (Urbinati 1998: 119).

Kolektif karar almaya dair sorunların çözümünde yasama organı, yasa otoritesini tesis etmek hayati bir önem taşımakla birlikte, tek başına yetersiz kalır. Sağlık, çevre, toplumsal cinsiyet, kaynakların kullanımı, değerlerin korunması, kuşaklararası adaletin sağlanması, kalıcı barış, Üçüncü Dünyanın sorunları konusunda adil bir çözüm vb. kamu siyasetleri konusunda genellikle toplumsal hareketler kurumlara oranla daha yetkin, toplumun beklentilerine daha uygun alternatifler ortaya koyarlar (Offe ve Preuß 1990: 165).

Hakiki bir demokraside seçimler kuşkusuz vazgeçilmezdir. Ama son yıllarda ortaya çıkan değişik örnekler, tesadüfi seçme yöntemiyle oluşturulan gruplar, kamusal tartışma, İspanya'da *Indignados*'un, İtalya'da Anayasa Mahkemesi'nin oydaşmaya dayanan tartışma yöntemi (Pasquino, 2011:11), karara katılmayanların düşüncelerine saygı, herkesin düşüncesini dikkate alma çabası, anayasa mahkemelerinin temel hak ve özgürlükleri geliştirmede oynadığı giderek artan aktif rol vb. demokrasinin demokratikleştirilmeye ihtiyacı olduğunu gösteriyor (Frenkiel ve Jablonka 2011: 3).

Demokrasi, makro düzeyde kurumlardan, yasanın gücünden, sivil toplumun içinde çatışmacı ve müzakereci biçimde oluşan iradeye doğru evrilmiştir (Offe ve Preuß 1990: 168). Yani akla uygun, kolektif çözüm üretmede niceliksel katılımdan, niteliksel, düşünümsel, müzake-

reci, somut biçimde formüle edilmiş önerilere kaymıştır (*a.g.y.*: 168). Eğer demokrasi iyi - kötü akla uygun bir biçimde işlemeye devam ediyorsa, istikrarsızlık, belirsizlik yaratabilecek, müphem, pahalı ve potansiyel bakımdan manipülasyona açık bir kurumsal düzenlemeye neden ihtiyaç duyulur? Bunun sade bir cevabı var. Siyasi partiler aşırı kurumsallaşmanın kurbanı oldu; tekil, sorun odaklı talepleri kanallı edebilecek, filtreleyebilecek, dönüştürebilecek esneklikten yoksunlar. Yurttaşların taleplerini sonsuza kadar duymazdan gelebilecek bir güçleri olmadığı gibi, talepleri engelledikleri ölçüde "temsil" kabiliyetleri zayıflamaktadır (Altman 2011: 197). Halk inisiyatifi toplumun nabzını tutan barometredir. Yurttaşlar ve parti seçkinleri arasındaki çatışma ya da uzlaşmaz dili dolayımlayan bir tür kanal ayarı vazifesi görür. 1985-2005 yılları arasında doğrudan demokrasi araçları kullanılarak yapılan halkoylamalarının %60'ı başkanlık rejimlerinde, %28'i parlamenter, %12'si ise yarı-başkanlık rejimlerinde gerçekleşmiştir (*a.g.y.*: 50). Dolayısıyla büyük çoğunluğunun plebisiter bir karakter taşıma ihtimalinden bahsetmek yanlış olmayacaktır.

Doğrudan demokrasi araçlarının başarısı, demokratik kurumların işlerliği ve gelişmişliğiyle doğru orantılıdır. Bir ülkede rejimin demokratiklik derecesi arttıkça yukarıdan aşağıya doğrudan demokrasi araçlarıyla yurttaş inisiyatifleri aynı anda varolur. Doğrudan demokrasi araçları ne otoriter rejimlerin onsuz olmaz bir aracı, ne de sağlam bir demokrasinin doğal araçlarıdır. Eski İngiliz sömürgelerinde doğrudan demokrasi araçlarına daha az başvurulurken, eski SSCB ülkelerinde bu, çok daha sık başvurulmuş bir araçtır (Altman 2011: 191). Dolayısıyla doğrudan demokrasi araçları anayasal bir düzen ve kurumların dışında düşünülemez (Jung ve Knemeyer 2010: 8; Altman 2011: 191). Gelişmiş demokrasilerde yukarıdan aşağıya doğrudan demokrasi araçları yoktur iddiası havada kalıyor. Buna karşılık doğrudan demokrasi araçlarının varlığı ile ülkenin nüfus bakımından büyük ya da küçük olması arasında doğrudan bir bağ da bulunmamaktadır (Altman 2011: 86).

Toplumu sadece bireylerin bir toplamı gibi görmeyecek, onun yaratıcı dinamiklerine hassas bir demokrasi anlayışına ihtiyaç var. Çünkü demokrasi sadece temsili hükümeti meşrulaştıran bir seçme prosedürü olmayıp farklılıkları ihmal etmeyen ortak bir varoluş *ethos'u* üreten bir rejimdir (Rosanvallon 2011b: 9). Refah devleti tarihinin aynı zamanda demokrasi tarihi olması tesadüf değildir. Bir zamanlar refah ve demokrasi beşiği olan İskandinav ülkelerinde, temsilin ve karar al-

manın aşınması sonucu, aşırı sağcı, ırkçı ve ayrımcı popülizmin iktidar olması, yeni bir toplum sözleşmesini zaruri hale getiriyor (a.g.y.: 10). Doğrudan demokrasi araçları, demokratik ethosun yerleşmesine, ulus-üstü kurumların ihdasına, yeni bir sözleşme düşüncesine yönelik adımları, öncü nitelikteki önerileri desteklediği ölçüde, günümüz demokrasilerini demokratikleştirmek bakımından vazgeçilmezdir.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun Çalışma Usulleri

Madde 1.- Komisyonun adı

Komisyonun adı, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Uzlaşma Komisyonu"dur.

Madde 2.- Komisyonun görevi

Komisyonun görevi, anayasa yapım sürecini yönetmek ve anayasa taslak metnini hazırlamaktır.

Madde 3.- Komisyon Başkanı

Komisyonun Başkanı TBMM Başkanıdır. TBMM Başkanının yokluğunda TBMM Başkanının görevlendirdiği Komisyon üyelerinden birisi oturuma başkanlık eder.

Madde 4.- Komisyon toplantıları ve gündem

Komisyon haftada en az 2 gün toplanır. Gerektiğinde haftalık toplantı sayısı artırılabilir. Toplantılar Salı ve Perşembe günleri yapılır.

İzleyen toplantının gündemi ile gün ve saati, mevcut toplantı bitirken belirlenir.

Komisyon Ankara dışında da toplantılar yapabilir.

Madde 5.- Toplantı yeter sayısı

Komisyon en az üç siyasi partinin birer üyesinin katılımı ile toplanır.

Madde 6.- Karar yeter sayısı

Komisyon, Komisyonu oluşturan bütün siyasi partilerin mutabakatı (görüşbirliği) ile karar alır. Karar alınamayan konular, Komisyonun uygun göreceği zamanda yeniden değerlendirilir.

Sürecin tamamlanıp tamamlanmadığı ve nihai metnin (taslak bütünü) tekemmül edip etmediği hususu dahi mutabakat ile belirlenir.

Madde 7.- Tutanak

Komisyon toplantılarında tam tutanak tutulur. Komisyon bazı hallerde tutanak tutulmamasına karar verebilir. Toplantı tutanakları üyelerle basılı veya CD ortamında ivedi olarak dağıtılır. Komisyon çalışmaları sona ermedikçe hiçbir tutanak kamuoyuna açıklanamaz.

Madde 8.- Teknik heyet

Her siyasi partinin önereceği birer uzman ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca görevlendirilecek birer uzmandan üç teknik heyet oluşturulur. Siyasi partilerin önereceği uzmanların ödenek ve yollukları TBMM Başkanlığınca karşılanır. Teknik heyet, verileri toplar, tasnif ve analiz eder ve bir değerlendirme raporu hazırlayarak Komisyona sunar.

Gerektiğinde teknik heyet sayısı artırılabilir.

Madde 9.- Danışman görevlendirilmesi

Her siyasi parti toplantılarda en çok ikişer danışman bulundurabilir.

Danışmanlar müzakereye katılamaz.

Bunların ödenek ve yollukları TBMM Başkanlığınca karşılanır.

Komisyonunda bulundurulacak danışmanlar duruma göre değiştirilebilir.

Madde 10.- Kapalı toplantı esası ve toplantıya katılabilecekler

Komisyon toplantıları basına kapalı olarak yapılır. Ancak Komisyon, saydamlığı sağlamak üzere gereken tedbirleri alır. Komisyon, bu kapsamda Başkanı marifetiyle toplantı bitiminde uygun göreceği içerikte açıklamada bulunur.

Komisyon toplantılarına Komisyon üyeleri, toplantıya davet edilen kişiler ve görevlendirilenler dışında kimse katılamaz.

Madde 11.- Çalışma süresi ve aşamalar

Komisyon, çalışmalarını 2012 yılı sonuna kadar tamamlamayı hedefler.

Komisyon çalışmaları aşağıdaki aşamalardan oluşur:

1. Aşama: Katılım, veri toplama ve değerlendirme.
2. Aşama: İlkelerin belirlenmesi ve metin oluşturma.
3. Aşama: Metnin kamuoyuna sunulması ve kamuoyunca tartışılması.

4. Aşama: Kamuoyunda beliren görüşlere göre taslağın gözden geçirilerek teklif haline getirilmesi.

1. aşama Nisan 2012 sonunda tamamlanmış sayılır. Diğer aşamaların süreleri Komisyon tarafından kararlaştırılır.

Madde 12.- Katılım

Toplunun bütün katmanlarının Anayasa Uzlaşma Komisyonunun anayasa yapım sürecine katılımı sağlanır.

Madde 13.- Anayasa taslak metninin değiştirilememesi

Anayasa taslak metni, gerek uzlaşma ve yasama komisyonlarında ve gerekse Genel Kurulda partilerin mutabakatı olmadıkça değiştirilemez; ekleme yapılamaz. Hazırlanan taslak metnin (teklifin) Meclis Başkanlığına verilmesinden sonra bu metin üzerinde mutabakata dayalı değişiklik yapılması halinde Anayasa Uzlaşma Komisyonunun görüşü alınır.

Madde 14.- Hakkında hüküm bulunmayan haller

Komisyon, uyguladığı hukuku, mutabakatla gözden geçirebilir ve değiştirebilir. Ayrıca hakkında hüküm bulunmayan haller için de hukuk kuralı oluşturabilir. Anayasa taslak metninin ve kanunlaşma süreçlerinin bağlı olduğu hukuk, metnin tamamlanmasından sonra siyasi partilerin mutabakatıyla oluşturulur.

Madde 15.- Komisyonun görevinin sona ermesi

Komisyonun görevi, Anayasa teklifinin Genel Kurulda kabul edilip kanunlaşmasıyla veya siyasi partilerden birinin çekilmesi ya da çekilmiş sayılması ile sona erer. En az üç toplantıya mazeretsiz katılmayan siyasi parti, Komisyondan çekilmiş sayılır.

Katkıda Bulunanlar

ANDREW ARATO 1944 doğumlu. New School for Social Research'de (New York) Dorothy Hart Hirshon siyaset bilimi ve sosyal teori profesörüdür. Paris'teki Ecole des hautes etudes, Sciences Po in Paris ve Budapeşte'deki Central European University'de misafir öğretim üyeliği yapmış; Frankfurt'taki Goethe Üniversitesi'nde Fulbright profesörü olarak çalışmıştır. Profesör Arato aynı zamanda Macaristan Parlamentosu'na 1996-97 yılları arasında anayasa meseleleri konusunda danışmanlık yapmıştır. Çalışma ve ilgi alanları, sivil toplum politikaları, anayasa teorisi, karşılaştırmalı anayasa yapımı siyaseti, din, sekülerizm ve anayasalardır. Son dönemdeki yayınları: *Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution Iraq* (2009); "Redeeming the Still Redeemable and Post Sovereign Constitution Making", *Politics, Culture and Society*, Aralık 2009; "Post Sovereign Constitution Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?" (Macarca), *Fundamentum*, 2009/3; "Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt", *Constellations*, Haziran 2009 (Jean Cohen'le birlikte).

KEMAL BAŞLAR 1965 doğumlu, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 1989 yılında aynı üniversitede mali hukuk alanında yüksek lisansı yaptı. 1991 yılında Nottingham Üniversitesi'nden uluslararası hukuk alanında yüksek lisans, 1995 yılında aynı üniversiteden uluslararası hukuk alanında doktora unvanlarını aldı. Kara Harp Okulu'nda Anayasa Hukuku (1997-98) ve ODTÜ Kamu Yönetiminde Uluslararası Çevre Hukuku (1997-2001) derslerini verdi. Uluslararası Hukuk dersini, Gazi Hukuk'ta (1999-2003), Başkent Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler'de (2000-8) Başkent Hukuk'ta (2003-8), Çankaya Uluslararası İlişkiler'de (2007-8) verdi. Halen Bilkent Üniversitesi'nde Uluslararası Hukuk (2008-) ve Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi'nde kadrolu öğretim üyesi olarak uluslararası hukuk, anayasa hukuku ve insan hakları hukuku derslerini vermektedir. 1996-97 yılları arası Çevre Hukuku Araştırmaları Merkezi Başkanlığı, 2001-2 yılları arası Polis Akademisi Başkan Yardımcılığı, 2002-5 yılları arası Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü, 2005-7 arası Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği görevlerinde bulundu. Başlar'ın eserleri arasında *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law* (Kluwer Law International, 1998), *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar* (USAK, 2005), *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı* (Roma, 2005) ve *Türk Mahkemelerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (Avrupa Konseyi, 2008) bulunmaktadır.

FARUK BİLİR Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi olan Doç. Dr. Faruk Bilir, 1971 Yozgat doğumludur. 1990 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde başladığı yüksek öğrenimini 1994 yılında tamamladı. 1995 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi anayasa hukuku anabilim dalında araştırma görevlisi olarak atandı. 1997 yılında Selçuk Üniversitesi'nde yüksek lisansını, 2001 yılında aynı üniversitede doktorasını tamamladı. 2001 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Yardımcı Doçent kadrosuna atandı. 2008 yılının ocak ayında Anayasa Hukuku doçenti oldu. Anayasa hukuku, siyaset bilimi ve insan hakları alanında çalışan Faruk Bilir'in *Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi*, *Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi ve Türk Anayasa Hukuku* isimli kitapları ve çeşitli makaleleri bulunmaktadır. Halen Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi ve Kamu Hukuku Bölüm Başkan Yardımcısı olarak göreve devam etmektedir.

AYKUT ÇELEBİ 1962 Balıkesir doğumlu. ODTÜ Sosyoloji Bölümü'nü bitirdi. Ankara Üniversitesi İletişim Fakültesi'nde yüksek lisansını ve aynı üniversitede siyaset bilimi doktorasını tamamladı. Halen Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde öğretim üyesidir. Sosyal ve siyasal felsefe, devlet öğretisi ve felsefesi, Weimar Dönemi Alman düşüncesi ve Avrupa Birliği'nin siyasal yapısı başlıca ilgi alanlarıdır. Başlıca eserleri: *Avrupa: Halkların Siyasal Birliği*, Metis, 2002; *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, İmaj, 2008; *Şiddetin Eleştirisi Üzerine* (haz.), Metis, 2010.

KEMAL GÖZLER 1966 yılında Yeniçiftlik'te (Biga-Çanakkale) doğdu, lisans ve yüksek lisans öğrenimi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, DEA ve doktora öğrenimini Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapmıştır. Kemal Gözler, 1997'de yardımcı doçent, 2000 yılında anayasa hukuku doçenti ve 2007 yılında da anayasa hukuku profesörü olmuştur. 1988 yılından 1997 yılına kadar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, 1997'den 2004 yılına kadar Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde, 2004'ten 2007 yılına kadar Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesinde çalışan Gözler, halen Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görev yapmaktadır. Kemal Gözler, Türk Sosyal Bilimler Derneği 1999 yılı Genç Sosyal Bilimciler Birincilik Ödülüne, ODTÜ Prof. Dr. Mustafa N. Parlar 2001 yılı Araştırma ve Teşvik Ödülüne, 2009 ve 2011 yılları TÜBA Üniversite Ders kitapları Telif Eser Ödüllerine layık görülmüştür. Anayasa hukuku ve idare hukuku alanında yayınlanmış kitap ve makaleleri vardır.

ECE GÖZTEPE 1971 Düsseldorf doğumlu. 1993 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi ve aynı üniversitede "Anayasa Şikâyeti" başlıklı tezle kamu hukuku yüksek lisansını tamamladı. 1996-97 yıllarında Alman Akademik Değişim Programı'nın (DAAD) bursuyla Saarbrücken'deki Avrupa Araştırmaları Enstitüsü'nde araştırmacı olarak bulundu. 2001 yılında "Avrupa Yurttaşlığı ve Siyasal Haklar" konulu teziyle Münster'deki Westfälische Wilhelms Üniversitesi'nden doktora derecesini aldı. Doktorasını Friedrich Ebert Vakfı'nın doktora bursuyla gerçekleştirdi. Eylül 2005'e kadar aynı üniversiteye bağlı *Institut für Politikwissenschaft*'da

öğretim üyesi olarak çalıştı. Eylül 2005'ten bu yana Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda öğretim üyesidir. Başlıca çalışma alanları Avrupa kamu hukuku, anayasa yargısı, temel hak ve özgürlükler rejimi, cinsiyetlerarası eşitlik ve karşılaştırmalı anayasa hukukudur.

YUSUF ŞEVKİ HAKYEMEZ 1970 yılında Trabzon'da doğdu. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünü 1994 yılında bitirdi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında 1996 yılında yüksek lisansını, 1999 yılında doktorasını bitirdi. 2005 yılında hukuk alanında doçent, 2010 yılında ise hukuk profesörü oldu. Halen KTÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümünde öğretim üyesidir. Yayınlanmış kitapları: *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası* (2000), *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı* (2004), *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı* (2009). Anayasa hukuku, insan hakları ve siyaset bilimi alanında çeşitli bilimsel makaleleri ve ulusal ve uluslararası kongrelerde sunulmuş tebliğleri bulunmaktadır.

SİBEL İNCEOĞLU Ankara doğumlu. 1983 yılında İtalyan Lisesi'nden, 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 1989 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'na araştırma görevlisi olarak giren İnceoğlu 1997'de kamu hukuku doktoru unvanını almış, 1998-2007 yılları arasında yardımcı doçent ve doçent olarak aynı üniversitede görev yapmıştır. İnceoğlu 1990 yılında Avrupa Üniversitesi'nde (Floransa) insan hakları ve Avrupa Topluluğu hakkında düzenlenen eğitim programına katılmış, 1993-94 yıllarında Kaliforniya Üniversitesi (UCLA) Hukuk Fakültesinde konuk öğretim üyesi olarak bulunarak yaşama hakkı ve ötanazi üzerine araştırma yapmıştır. 1997, 2001, 2005 yıllarında Londra ve Amsterdam'da araştırmacı olarak bulunmuştur. 2002-11 yılları arasında Kadir Has Üniversitesi, Yeditepe Üniversitesi, Bahçeşehir Üniversitesi gibi çeşitli üniversitelerde anayasa hukuku dersleri vermiştir. İtalyanca ve İngilizce bilen İnceoğlu 2009'da İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesör unvanını almış ve halen aynı Üniversite'nin Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda profesör olarak görevini sürdürmektedir.

Sibel İnceoğlu'nun 1999 yılında *Ölme Hakkı* (Ayrıntı), 2002 yılında *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta), 2008 yılında *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri* (Beta) başlıklı üç kitabı yayımlanmıştır. Yazar DİSK, TUSİAD, Helsinki Yurttaşlar Derneği gibi kuruluş ve STK'lara rapor ve kitap hazırlama süreçlerine katılmış, İstanbul İl İnsan Hakları Kurulu üyeliği, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu üyeliği yapmıştır. International Association of Constitutional Law ve Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği üyesidir. *Çoğulculuk*, *Encyclopedia of World Constitutions* kitaplarının bölüm yazarı da olan İnceoğlu'nun anayasa hukuku ve insan hakları alanında çeşitli dergilerde yayımlanmış makaleleri, bilimsel toplantılarda sunulmuş ve yayımlanmış bildirileri ile çevirileri bulunmaktadır.

FLKRET İLKİZ 1950 doğumlu, evli ve iki çocuk sahibi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur ve halen İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak çalışmalarını sürdürmektedir. 1982-2004 yıllarında Cumhuriyet Gazetesi Avukatı ve Hukuk Danışmanı olarak çalıştı. 1997-2002 arasında ise Cumhuriyet Gazetesi Sorumlu Yazı İşleri Müdürlüğü görevini yürüttü. Ayrıca İstanbul Barosu Dergi Yayın Kurulu üyeliği (1992-2003), İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi (SEM) Kurucu ve Yürütme Kurulu üyeliği, SEM "AİHS ve Bireysel Başvuru" Bölüm Başkanlığı (1996-2002), Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma Uygulama Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi (2002-5), Basın Konseyi Hukuk Danışmanlığı ve Genel Sekreter Vekilliği (1992-96) görevlerinde bulundu. Halen İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi, Anadolu Üniversitesi İletişim Fakültesi, Bilgi Üniversitesi Hukuk ve İletişim Fakültesi öğretim üyesi olarak ders vermektedir. Aylık olarak yayınlanan Güncel Hukuk Dergisi'nin Genel Yayın Koordinatörüdür. Basın Konseyi ile Dayanışma Vakfı ile İnsan Hakları Kurumu Vakfı kurucu üyesi ve Umut Vakfı Yönetim Kurulu Üyesidir. Türkiye Gazeteciler Cemiyeti Hukuk Danışmanı olan İlkiz, Cemiyet'in Onursal Üyesi olup Türkiye Gazeteciler Cemiyeti 1998 Basın Özgürlüğü Ödülü sahibidir. 2009-11 yıllarında Genel Sekreterlik görevini yürüttüğü Türk Ceza Hukuku Derneği'nin Başkanı olarak çalışmalarını sürdürmektedir.

Parçalanmış Adalet / Türkiye'de Özel Ceza Yargısı adlı kitapta (İletişim, 2011) "Terörle Mücadele Kanunu ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Üzerine" inceleme yazısı ile *İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye* (İletişim, 2007) adlı kitapta "İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası" başlıklı yazısı yayımlanmıştır.

ERGUN ÖZBUDUN 1937 Ankara doğumlu. 1959 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı üniversitede 1962 yılında doktor unvanını aldı ve Anayasa Hukuku Anabilim Dalında 1967-75 yılları arasında doçent olarak görev yaptı. 1975 yılında Anayasa Hukuku Profesörü oldu ve 1994 yılına kadar Anayasa Hukuku Kürsüsü başkanlığını yürüttü. Emekliye ayrıldıktan sonra, 1994 yılından bu yana Bilkent Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümünde ve 2003'ten itibaren aynı üniversitenin Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyeliği görevini sürdürmektedir.

Harvard Üniversitesinde araştırmacı (*research fellow*) 1963-66, 1971-73; Chicago (1973), Paris (1980), Columbia (1981-1982) ve Princeton (1982-83) üniversitelerinde Misafir Profesör olarak çalıştı. Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (CPT) üyeliği (1989-93); Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) üyeliği (1990-bugün); Milletlerarası Siyasi İlimler Derneği (IPSA) Yönetim Kurulu üyeliği (1979-85) ve Program Komitesi (1985-88) üyeliği görevlerini yürüttü. Aynı zamanda *Journal of Democracy* dergisinin Editörler Kurulu ve Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) üyesidir.

Türk Anayasa Hukuku, Türkiye'nin siyasi rejimi, siyasi partiler, seçim sosyolojisi ve demokratikleşme konularında çok sayıda Türkçe ve İngilizce kitap ve makalenin yazarıdır. Son yayınları: *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye* (Bilgi Üniv. Yayınları, 2011), *Türkiye'de Parti ve Seçim Sistemi* (Bilgi Üniv. Yayınları, 2011).

FAZIL SAĞLAM Sankt Georg Avusturya Lisesi'nden mezun olduktan sonra, yüksek öğrenimini İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nde tamamladı (Şubat 1965). Köln Üniversite-si'nde İş Hukuku dalında "*magna cum laude*" ile doktor unvanını kazandı (1971). 1973 yılında A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde göreve başlayan Sağlam, "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" başlıklı çalışması ile anayasa hukuku dalında doçentliğe yükseltildi (1980). Doktora çalışması sırasında DAAD'den, doçentlik çalışmasının altı aylık bir bölümünde Alexander von Humboldt Vakfı'ndan burs aldı.

1983 Martı'nda üniversiteden istifa eden Sağlam, İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak çalıştı. 1995/96 döneminde İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nda Başkan Yardımcısı olarak görev yaptı. Haziran 1996'da yeniden üniversiteye döndü ve Yıldız Teknik Üniversitesi (YTÜ) İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde göreve başladı. Kasım 1999'da "Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları" başlıklı çalışmasıyla anayasa hukuku dalında profesörlüğe yükseltildi. 21 Ağustos 2003 tarihinde Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanan Sağlam, 23.02.2005 tarihinde yaş haddinden emekliye ayrıldı. 23 Ekim 2005 ile 23 Ocak 2006 tarihleri arasında Alexander von Humboldt Vakfı'nın davetlisi olarak Heidelberg kentinde Max Planck Kamu Hukuku ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nde anayasa yargısı konusunda çalışmalarında bulundu. 2005-6, 2006-7 ve 2009-10 öğrenim yıllarında YTÜ İİBF'de lisans ve yüksek lisans ve 2007-8 ve 2008-9 öğrenim yıllarında da Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans dersleri vermeye devam etti. Halen KKTC Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görev yapıyor. Üniversite dışında TBB İHAUM üyeliği ile Kamu Hukukçuları Platformu Girişim ve Yürütme Kurulu Başkanlığı görevlerini sürdüren Sağlam'ın yurt içinde ve yurt dışında yayımlanmış bir çok makalesi bulunmaktadır.

MURAT SEVİNÇ 1970 İstanbul doğumlu. 1993 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünden mezun oldu. Aynı üniversite bünyesinde siyasi parti yasaklarına ilişkin tezle yüksek lisansını; yasama bağımsızlıklarına ilişkin çalışmasıyla doktorasını tamamladı. Halen aynı üniversitede Anayasa Bilim Dalı'nda öğretim üyesi olarak çalışmaktadır. Eserleri: *Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları*, Ankara: İmaj, 2004; *Anayasa Yazıları*, 2. basım, Ankara: İmaj, 2011; "Anayasaların Doğumu: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?", *Toplum ve Bilim*, Sayı: 123 (2012).

OKTAY UYGUN 1963'te Trabzon'da doğdu. 1985'te İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. Aynı üniversiteden Kamu Hukuku alanında 1987'de Yüksek Lisans, 1991'de Doktora derecelerini aldı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalına 1995'te Doçent, 2005 yılında Profesör olarak atandı. 2009 yılında Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesine geçti. Yayımlanmış kitapları şunlardır: *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı, 1992; *Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları*, TODAİE Yayını, 1996; *Vatandaşlık ve İnsan Hakları Eğitimi* (İlköğretim okulları için ders kitabı), İnkılâp, 2000; *Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği*, 3. Baskı, XII Levha, 2007; *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı*, XII Levha, 2008; *Kamu Hukuku İncelemeleri*, XII Levha, 2011; *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, XII Levha, 2011.

SERAP YAZICI 1963'te Ankara'da doğan Serap Yazıcı, 1984'te Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı üniversiteden 1986'da "CHP'nin Niteliği ve Laiklik Politikası" isimli çalışmasıyla yüksek lisans, 1995'te de "Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri" başlıklı çalışmasıyla doktora derecesi aldı. 1991-92 akademik yılında Bristol Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü'nde "Otoriter Sistemlerden Demokrasiye Geçiş" isimli programa katıldı. 2001'de de "Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme" isimli çalışmasıyla doçentlik unvanına hak kazandı. 2009'da "Demokratikleşme Sürecinde Türkiye" ve "Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine" başlıklı çalışmalarıyla İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesörlüğe atandı.

İnönü Vakfı, Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfı, *Cumhuriyet* ve *Milliyet* gazetelerinin açtığı yarışmalarda çalışmaları çeşitli derecelerde ödüllendirildi. *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye* başlıklı eseri 2010'da TÜBA tarafından ödüle layık görüldü. Halen İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olan Serap Yazıcı'nın, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri* başlıklı çalışması Yetkin Yayınevi tarafından, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme* (2002), *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye* (2009) ve *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine* (2009) başlıklı çalışmaları ise İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları tarafından yayınlanmıştır.

Kaynakça

- Acer, Yücel ve Kaya, İbrahim (2010) *Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı*, Ankara: USAK.
- Ackerman, Bruce (1991) *We the People*, 2. cilt, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Adalet Bakanlığı (2004) Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, *Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler*, Ankara.
- (2006) Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün "Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile Budapeşte İlkeleri" Konulu, 11.11.2006 Tarih ve 100289 Sayılı Duyurusu, *T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yargı Mevzuatı Bülteni*, 14-20 Kasım 2006, sayı 317.
- Agamben, Giorgio (2010) "Demokrasi Kavramı Üzerine Giriş Notu", *Demokrasi Ne Âlemde?* içinde, Eric Hazan (haz.), Metis Defterleri 1, İstanbul: Metis, s. 11-14.
- Akartürk, Ekrem Ali (2010) *Parlamentar Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri*, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları.
- Akgün, Mensur (2011) "Sıra Ruhban Okulu'nda", *Star*, 6 Aralık 2011.
- Akıllıoğlu, Tekin (1991) "İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Değeri ve Yeri", *İHMD*, Mayıs-Eylül, s. 41.
- Alacakaptan, Uğur (2000) "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12-16 Ocak, Ankara, Kitap 2.
- Aldıkaçtı, Orhan (1973) *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul: Yenilik.
- Alen, Andre (haz.) (1992) *Treatise on Belgian Constitutional Law*, Deventer: Kluwer.
- Alexy, Robert (1991) *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. basım, Frankfurt a.M: Suhrkamp.
- (2006) "Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation", *Politik und Recht. PVS Sonderheft 36* içinde, Michael Becker ve Ruth Zimmerling (haz.), Wiesbaden: VS Verlag, s. 250-8.
- Alexy, Robert, Philip Kunig, Werner Heun ve Georg Hermes (2002) *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, cilt 61, Berlin: Walter de Gruyter.
- Aliyendioğlu, Yılmaz (2001) "Lâiklik ve Laik Devlet", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 73-128.

- (2002) "Azınlık Hakları ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Azınlık Konusuna Bakışı", *Azınlık Hakları* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, s. 218-41.
- Alleweldt, Ralf (2006) *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtbarkeit*, Tübingen: MohrSiebeck.
- Altıparmak, Kerem ve Onur Karahanoğulları (2004) "Pyrrus Zaferi: Leyla Şahin / Türkiye / AİHM / Hukuk / Düzenleyici İşlem / Kanun", *Hukuk ve Adalet*, sayı 3, Temmuz-Eylül, s. 249-75.
- Altman, David (2011) *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Anayasa ve Seçim Sistemi Semineri* (1980) İstanbul: Tercüman Gazetesi Yayınları.
- Andrews, P. Alford (1992) *Türkiye'de Etnik Gruplar*, çev. M. Küpüşoğlu, İstanbul: Ant.
- Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fak. (1960) *Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü*, Ankara: AÜSBF Yayınları, no. 116-98.
- (1982) *Gerekçeli Anayasa Önerisi*, Ankara: AÜSBF Yayınları, no. 497.
- Arato, Andrew (2000) *Civil Society, Constitution and Legitimacy*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- (2009) *Constitution Making Under Occupation*, New York: Columbia.
- (2010) "Democratic Constitution-Making and Unfreezing The Turkish Process", *Philosophy and Social Criticism*, c. 36, no. 3-4, s. 473-87 (Bu makalenin Türkçesi bu kitapta yayımlanmıştır: 27).
- Arslan, Zühtü (2002) "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, c. 11, no. 1, s. 9-25.
- (2004) "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli"nde sunulan tebliğ, *Anayasa Yargısı* içinde, c. 21, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını.
- (2005a) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.
- (2005b) *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin.
- (2008) "Kutsal Ruh Olarak Hukuk Devleti ve Türk Jüristokrasisi", *Star* gazetesi, 1 Aralık.
- (2009) "Başörtüsü, AK Parti ve Lâiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar ve Bir Gerekçe", *Seta Analiz*.
- (2011) "Yeni Anayasa. Türkiye'nin Bitmeyen Senfonisi", Raporno. 11, Ankara: Bilgesam.
- Atar, Yavuz (2009) *Türk Anayasa Hukuku*, 2. basım, Konya: Mimoza.
- (2010) "Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması", *SDE Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları* içinde, Ankara: Stratejik Düşünce Enstitüsü Yayını.
- Austin, G. (1999) *Working a Democratic Constitution: the Indian Experience*, Yeni Delhi ve Oxford: Oxford University Press.
- Aybay, Rona (2007) "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 70, 187-213.
- Baccouche, Neji (2001) "Lâiklik ve Din Özgürlüğü (Özellikle Arap-Müslüman Devletlerde)", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, Kaboğlu (haz.), s. 141-50.

- Balibar, Etienne (2007) "Uprisings in the Banlieues", *Constellations*, cilt 14 (1), s. 47-71.
- (2011) "Our European Incapacity", *Open Democracy*, opendemocracy.net/etienne-balibar/our-european-incapacity, s. 1-6 (erişim tarihi: 24 Aralık 2011).
- Banting, K. ve R. Simeon (haz.) (1983) *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto: Methuen.
- Bassiouni, M. Cherif (2008) "Küreselleşme Çağında Uluslararası Cezai Adalet", *Suç ve Ceza Dergisi*, Türk Ceza Hukuku Demeği Yayını, Ekim-Kasım-Aralık, sayı 4, s. 111-87.
- Başgil, Ali Fuad (2009) *Din ve Laiklik*, 9. basım, İstanbul: Yağmur.
- Başlar, Kemal (2005a) *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*, Ankara: Nobel.
- (2005b) "Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türk Anayasasının Uyumlaştırılması Sorunu", *Demokrasi Platformu*, 1:1, s. 157-77.
- (2005c) "Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma", *Demokrasi Platformu*, yıl 1, sayı 2, s. 87-112.
- (2006) "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan* içinde, 24, s. 279-335.
- (2007) "Anayasa Mahkemesinin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri", *Yasama Dergisi*, 7, s. 18-40.
- (2008) "Case Analysis: Re: The Ecumenical Status of the Fener Greek Patriarchate / The Court of Cassation (Yargıtay 4. Ceza Dairesi), E. 2005/10694, K. 2007/5603, 13 June 2007", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, 14, s. 200-9.
- Batt, Helge (2006) "Direktedemokratie im internationalen Vergleich", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 10/2006, s. 10-17.
- Batum, Süheyl (1993) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, no. 3761.
- Baubérot, Jean (2009) *Lâiklik, Tüketim ile Akıl Arasında, 1905-2005*, çev. Alev Er, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Bauer, Anna-Verena ve Christoph Mikulaschek (2005) "Looking Beyond the National Constitution - The Growing Role of Contemporary International Constitutional Law. Reflections on the First Vienna Workshop on International Constitutional Law", *German Law Journal*, 6:7, s. 1109-20.
- Bayramoğlu, Ali (2001) *28 Şubat: Bir Müdahalenin Güncesi*, İstanbul: İletişim.
- Belge, Ceren (2006) "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law and Society Review* 40(3), s. 653-92.
- Belorgey, Jean-Michel (2001) "Laiklik ve Demokrasi, Açık Bir Toplumda Lâiklik", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İ. Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 35-47.
- Benda, Ernst (1998) *Entlastung des BundesVerfassungsgerichts - Vorschläge der Entlastungskommission*, Baden-Baden: Nomos.
- Benli, Fatma (2010) *Leyla Şahin Kararı Işığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, İstanbul: AKDER.
- Bhargava, Rajeev (haz.) (1999) *Secularism and Its Critics*, Delhi, India: Oxford University Press.

- Bickel, Alexander (1986) *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. basım, New Haven: Yale University Press.
- Bockel, Alain (2001) "Lâiklik ve Anayasa", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.) Ankara: İmge, s. 49-58.
- Bozkurt, Enver, M. Akif Kütükçü ve Yasin Poyraz (2008) *Devletler Hukuku*, Ankara: Alfa.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1999) "Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation", *Staat-Nation-Europa* içinde, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, s. 157-82.
- Börzel, Tanja A. (2000) "From Competitive Regionalism to Cooperative Federalism: the Europeanization of the Spanish State of the Autonomies", *Publius*, c. 30, no. 2, Bahar, s. 17-42.
- Brodocz, André (2008) "Bedrohungen der Demokratie", *Bedrohungen der Demokratie* içinde, André Brodocz (haz.), VS Verlag: Wiesbaden, s. 250-69.
- Brunner, Georg (2001) "Das Tschechische Verfassungsgericht in rechtsvergleichender Hinsicht", *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik* içinde, Georg Brunner (haz.), Baden-Baden: Nomos, s. 53-84.
- (2002) "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (JÖR) 50, s. 191-256.
- Bryde, Bruno-Otto (2003) "Einfaches Recht und Verfassungsrecht", *Recht - Gesellschaft - Kommunikation. Festschrift für Klaus Röhl* içinde, Baden-Baden: Nomos, s. 229-39.
- Buquicchio, Gianni ve Schnutz Rudolf Dürr (2008) "The Venice Commission's Action in Africa", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* içinde, Serap Yazıcı ve diğ. (haz.), Ankara: Yetkin, s. 165-75.
- Burdeau, Georges (1930) *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, Paris: Macon.
- (1983) *Traité de science politique, Cilt IV: Le statut du pouvoir dans l'Etat*, 3. basım, Paris: L.G.D.J.
- Can, Osman (2005) *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Ankara: Seçkin.
- Cohon, Rachel (2010) "Hume's Moral Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Güz 2010 Sürümü), Edward N. Zalta (haz.), URL=<plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>.
- Colon-Rios, Joel (2011) "The Legitimacy of the Juridical", *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, cilt 1(4), s. 199-245.
- Cox, Noel (2002) "The Acquisition of Sovereignty by Quasi-States: The Case of the Order of Malta", *Mountbatten Journal of Legal Studies*, 6:1-2, s. 26-47.
- Çağlar, Bakır (1987) "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Sentetik Bir Deneme İçin Notlar", *Anayasa Yargısı*, 3, s. 137-87.
- (1989) *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS.
- Çağlayan, Ramazan (2010) "İdari Yargı Reformu", *SDE Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları* içinde, Ankara: Stratejik Düşünce Enstitüsü Yayını.
- Çakır, Ruşen, İrfan Bozan ve Balkan Talu (2004) *İmam Hatip Liseleri: Efsaneler ve*

Gerçekler, İstanbul: TESEV.

Çarkoğlu, Ali ve Binnaz Toprak (2006) *Değişen Türkiye'de Din, Toplum ve Siyaset*, İstanbul: TESEV.

Çelik, Edip (1987) *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul: Filiz.

— (1988) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", *İHİD*, s. 48-52.

Çinkılıç, Mustafa (2006) *Anayasanın 90. Maddesindeki Değişiklik Işığında ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka ve Mahkeme Kararlarına Etkisi*, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yüksek lisans tezi.

Çitçi, Oya (2005) *Yerel Seçimler Coğrafyası: 1963-1999*, Ankara: TODAİE.

Çotuksöken, Betül (2011) "Özel-Toplumsal-Kamusal Alanda Özne", *Radikal* 2, 20 Şubat, s. 2-3.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Ankara: TBMM Basımevi.

Dann, Philipp ve Zaid Al-Ali (2006) "The Internationalized Pouvoir Constituant- Constitution- Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 10, s. 423-63.

Dâver, Bülent (1955) *Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik*, Ankara: AÜSBF Yayınları.

Deguerge, Maryse (2001) "Çağdaş Fransız Demokrasisinde Lâikliğin Anlamı", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 197-209.

Demir, Fevzi, Zeynel Bakıcı ve Serkan Çınarlı (2011) *Etkin Demokratik Hukuk Devleti*, Ankara: Orion.

Demirel, Süleyman (1991) *İslam, Demokrasi, Lâiklik*, İstanbul: Yeni Asya.

Demirel, Tanel (2011) *Türkiye'nin Uzun On Yılı: Demokrat Parti İktidarı ve 27 Mayıs Darbesi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Desideri, Carlo (1995) "Italian Regions in the European Community", *The European Union and the Regions* içinde, B. Jones, M. Keating (haz.), Clarendon: Oxford Press, s. 65-87.

Diñkol, Bihterin Vural (1992) *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Lâiklik*, İstanbul: Kazancı.

DİSK (2009) *Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler*, Anayasa Raporu.

Doğan, İlyas (2008) *Devletler Hukuku*, Ankara: Seçkin.

Duchacek, Ivo D. (1986) *The Territorial Dimension of Politics*, Colorado: Westview Press.

Duman, İlker Hasan (2003) *Hukuk Devleti*, İstanbul.

Duran, Lütfi (1984) "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Anayasa Yargısı*, cilt 1, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 3-27.

Düwel, Martin (2000) *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*, Baden-Baden: Nomos.

Erdem, Fazıl Hüsnü (2004) "Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Siyasal Partilerin Kapatılması: Karşılaştırmalı Bir Analiz", *Hukuk ve Adalet*, sayı 4, Ekim-Aralık, s. 252-301.

Erdem, Fazıl Hüsnü ve Yunus Heper (2011) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri Madde Karşılaştırmaları*, Ankara: SETA (XV).

Erdoğan, Mustafa (1996) *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.

— (2001a) *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, 3. basım, Ankara: Liberte.

- (2001b) "Fazilet Partisi'ni Kapatma Kararı Işığında Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi Sorunu", *Liberal Düşünce Dergisi*, sayı 23, Yaz 2001, s. 36-40.
- (2002) *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara: Yetkin.
- (2004) *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara: Liberte.
- Ergül, Ozan (2007) *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet.
- Eroğlu, Hamza (1991) *Devletler Umumi Hukuku*, 3. basım, Ankara: Adım.
- Eroğlu, Cem (2009) *Anatüze'ye Giriş*, 10. basım, Ankara: İmaj.
- Erözden, Ozan (2010) "Hukuk Devleti İlkesi ve Yargı Tarafsızlığının Normatif Hukuk Ötesi Boyutu", *Yargısal Düşüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler* içinde, Serap Yazıcı (haz.), İstanbul: TESEV.
- Esen Arnwine, Selin (2003) "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 52, s. 4, s. 249-71.
- (2006) "İspanya'da Siyasal Partilerin Kapatılması: Batasuna Partisi Örneği", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu*, 25-27 Mayıs 2005, Türkiye Barolar Birliği & Ankara Barosu, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, s. 107-36.
- (2009) "İspanya'da Kamu Yönetimi", *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri* içinde, Ankara: İmge, s. 595-653.
- Fautré, Willy (2009) "Legal Regulation of Religious Communities in EU Member States: A Human Rights Perspective", www.willyfautre.org/publications/2009/0314%20Article%20Odessa.pdf (erişim tarihi: 4.8.2011).
- Ferreres Comella, Victor (2009) *Constitutional Courts Democratic Values. A European Perspective*, New Haven: Yale University Press.
- Feyzioğlu, Turhan (1951) *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara: AÜSBY Yayınları.
- Fraenkel, Ernst (1958) *Die Repräsentative und Plebitäre Komponente im Demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.
- Franck, Thomas M. ve Arun K. Thiruvengadam (2003) "International Law and Constitution-Making", *Chinese Yearbook of International Law*, 2:2, s. 467-518.
- Franzius, Claudio ve K. Ulrich Preuß (2011) "Für Ein demokratisches Europa", *Mehr Europa und Mehr Demokratie Wagen* içinde, Kommission zur Zukunft der Europa (haz.), Berlin: Heinrich Böll Stiftung.
- Gemalmaz, M. Semih (2006) "Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranış ve Kullanılışı", *Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı* içinde, Ankara: İmaj Yayınları, s. 117-83.
- Gençkaya, Ömer Faruk (2003) "Politics of Constitutional Amendment in Turkey 1987-2002", *Constitutions of the Countries of the World: Turkey* içinde, G. H. Flanz (haz.), Dobbs Ferry: Oceana.
- Gersdorf, Hubertus (2005) *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 2. basım, Heidelberg: C. F. Müller.
- Gianfranco, Poggi (2007) *Devlet*, çev. Aysun Babacan, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Giegerich, Thomas (2009) "Türkiye'ye Akran Değerlendirmesi Görevi: Yargı ve Yolsuzlukla Mücadele Reformu", *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor*. www.abgm.adalet.gov.tr/pdf (erişim tarihi: 07.07.2011).
- Ginsburg, Tom (2003) *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press: Cambridge.

- Ginsburg, Tom (2008) "The Global Spread of Constitutional Review", *The Oxford Handbook of Law and Politics* içinde, Keith E. Whittington ve diğ. (haz.), Oxford: Oxford UP, s. 81-98.
- Ginsburg, T., S. Chernykh ve Z. Elkins (2008) "Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law", *University of Illinois Law Review*, s. 201-37.
- Goldoni, Marco (2012) "At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power", *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 1-24.
- Gölcüklü, Feyyaz ve A. Şeref Gözübüyük (2007) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gönenç, Levent (2004) "The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey", *Ankara Law Review* 1(1), Yaz.
- (2011) "Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri* içinde, www.tepav.org.tr (erişim tarihi: 07.07.2011).
- Gözyayın, İstar (2009) *Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti'nde Dinin Tanzimi*, İstanbul: İletişim.
- Gözler, Kemal (1997) *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2 cilt (www.anayasa.gen.tr/these.htm).
- (1998) *Kurucu İktidar*, Bursa: Ekin (www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.htm).
- (1999) *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa: Ekin (www.anayasa.gen.tr/metodoloji.htm).
- (2000a) *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin.
- (2000b) "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", *AÜSBF Dergisi*, 55/3: 81-101.
- (2006) "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", *AÜSBF Dergisi*, 61: 3, s. 133-66.
- (2008) "Parti Kapatmanın Kriteri Ne? Parti Kapatmaya Karşı Anayasa Değişikliği Çözüm mü?", *Türkiye Günlüğü*, sayı 93, s. 24-32.
- (2010) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin.
- (2011) *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 2 cilt, Bursa: Ekin.
- Göztepe, Ece (1998) *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: AÜHF Yayını.
- (2004) "Amerika'nın İkinci Irak Müdahalesinin Uluslararası Hukuk ve Türkiye'nin bu Savaşa Katılımının Türk Anayasa Hukuku Açısından Bir Değerlendirilmesi ya da 'Haklı Savaş'ın Haksızlığı Üzerine", *AÜSBF Dergisi*, 59: 3, s. 79-103.
- (haz.) (2010a) "Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğunlukçu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler", *Çoğunlukçu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları* içinde, Ankara: TBB Yayınları, s. 130-73.
- (2010b) "Sevilmeyen Anayasayı Kim Korumak İster? 2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Hukuki Bir Değerlendirmesi", *Birlikim*, sayı 218, s. 69-84.
- (2011) "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti), 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 95, Temmuz-Ağustos, s. 13-40.

- Gözübüyük, A. Şeref (1992) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukta Değeri ve Yeri", *İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması* içinde, Ankara: AÜS BF Yayınları.
- Green, Jeffrey Edward (2008) "Max Weber and the Reinvention of Popular Power", *Max Weber Studies*, cilt 8 (2), s. 187-224.
- Grimm, Dieter (2010) "The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in Changed World", *The Twilight of Constitutionalism?* içinde, Petra Dobner ve Martin Loughlin (haz.), Oxford: OUP, s. 3-22.
- Groc, Gérard (2001) "Lâiklik ve Demokrasi: Yeni Bir Orta Yol mu?", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 220-36.
- Guggenberger, Bernd ve Thomas Würtenberger (haz.) (1998) *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, Baden-Baden: Nomos.
- Guibernau, Montserrat (1995) "Spain: a Federation in the Making?", *Federalism: the Multiethnic Challenge* içinde, G. Smith (haz.), Longman, s. 239-54.
- Gusy, Christoph (2001) "Verfassungsbeschwerde", *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* içinde, cilt I, Peter Badura ve Horst Dreier (haz.), Tübingen: Mohr Siebeck, s. 641-71.
- Güler, Gülşah Yalçın (2007) "Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet", *Sayıştay Dergisi*, 66-67, s. 35-46.
- Gülmez, Mesut (2005) *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa Md. 90/son)* içinde, Ankara: TBB Yayınları, s. 59-69.
- Gülsoy, M. Tevfik (2007) *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin.
- Gündüz, Aslan (1990) "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", *İBD*, cilt 64, sayı 1-2-3.
- (2009) *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, İstanbul: Beta.
- Güran, Sait (2000) "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 17, Ankara: AYM Yayınları, s. 43-61.
- Häberle, Peter (1997) "Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)* 45, s. 89-135.
- Habermas, Jürgen (2001) "Constitutional Democracy", *Political Theory*, cilt 29 (6), s. 766-81.
- (2008) "The Constitutionalization of International Law and Legitimation Problems of a Constitution for World Society", *Constellations*, cilt 15 (4), s. 444-55.
- (2011) *Verfassung Europas*, Frankfurt/M: Suhrkamp Verlag.
- Hakyemez, Yusuf Şevki (2009) *Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin.
- (2011a) *Yeni Anayasada Türkiye'nin Hükümet Sistemi*, SDE Analiz, Ankara: Stratejik Düşünce Enstitüsü.
- (2011b) "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesi'nin Konumu", Kamu Hukukçuları Platformunun 19-21 Mayıs 2011 tarihleri arasında KKTF'de düzenlenen "Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi" başlıklı toplantısına sunulan bildiri. (Toplantının bildiri, yorum ve tartışmaları Yakın Doğu Üniversitesi'nce kitaplaştırılacaktır.)
- Haller, Herbert (2004) "Avusturya Raporu", *Anayasa Yargısı*, cilt 21, s. 179-93.

- Hanioğlu, M. Şükrü (2006) *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Zihniyet ve Tarih*, İstanbul: Bağlam.
- Hansen, Mogens (1991) *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Oklahoma: University of Oklahoma Press.
- Harris, D. J., M. O'Boyle, C. Warbrick (1995) *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- Haskell, John (2001) *Direct Democracy or Representative Government?* Boulder, Co: Westview Press.
- Hassemer, Winfried (2004) "Almanya Raporu", *Anayasa Yargısı*, c. 21, s. 164-78.
- Heußner, Hermann K. ve Ottmar Jung (haz.) (2009) *Mehr Direkte Demokratie Wa-gen*, 2. basım, Münih: Olzog Verlag.
- Hicks, Ursula K. (1978) *Federalism: Failure and Success, A Comparative Study*, Londra: Oxford University Press.
- Hirschl, Ran (2004a) *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2004b) "'Juristocracy' - Political, not Juridical", *The Good Society*, 13, H. 3, s. 6-11.
- Hirschman, Albert O. (1994) "Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society," *Political Theory*, cilt 22, no. 2, s. 203-18.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2003) "Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa: Zweihundert Jahre Marbury v. Madison", 24 Februar 1803. *Die Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Folgen* içinde, Trier: WVT Wissenschaftlicher Verlag, s. 23-35.
- Holländer, Pavel (2001) "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik", *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik* içinde, Georg Brunner (haz.), Baden-Baden: Nomos, s. 13-52.
- Holmes, Stephan (1994) "Verfassungsförmige Vorentscheidungen und das Paradox der Demokratie", *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen* içinde, Ulrich K. Preuß (haz.) Frankfurt a.M.: Fischer Verlag, s. 133-70.
- (1988) "Gag Rules or the Politics of Omission", *Constitutionalism and Democracy* içinde, Jon Elster ve Rune Slagstad (haz.), Cambridge: Cambridge University Press, s. 19-58.
- Hug, Simon (2007) "Some Thoughts About Referendums, Representative Democracy, and Separation of Powers", *Mimeo*.
- Hume, David (1739) *A Treatise of Human Nature*, Book III, Part I, Section I (books.google.com.au/books?id=-Sp8B0ZdyAYC&pg=PA335).
- Isensee, Josef (1996) "Bundesverfassungsgericht - quo vadis ?", *Juristenzeitung* (JZ) 22, s. 1085-93.
- İçel, Kayıhan (2004) "Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 06.10 Ocak 2004, 1. Kitap.
- İlkiz, Fikret (2000) "İşkencenin Önlenmesi ve İfade Özgürlüğü", *Kopenhag Kriterleri* içinde, İ. Kaboğlu (haz.), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, no. 1, s. 310-21.
- İnceoğlu, Sibel (1992) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Yakalanmanın Derhal Hâkim Önüne Çıkarılma İlkesi", *Argumentum*, Ocak, Sayı: 18, s. 275-84.
- (2002) "Kişi Güvenliği, İfade Özgürlüğü, Siyasi Partiler Açısından Kopenhag

- Siyasi Kriterleri ve 2001 Anayasa Değişiklikleri", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, cilt 10, sayı 1, s. 1-22.
- (2005) *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta.
- (2007) "Ötanazi: Dünyadaki Gelişmeler ve Türk Anayasa Hukukundaki Yeri", *Hukuk ve Adalet*, yıl 4, sayı 9 (Ocak), s. 141-72.
- (2010) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", *Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları* içinde, Ece Göztepe (haz.), Ankara: TBB Yayınları, s. 83-129.
- İstanbul Barosu (1995) *Hukuka Aykırı Deliller*, 10-17-24 Şubat 1995, İstanbul.
- İzmir Barosu, Kerem Altıparmak, Serkan Cengiz, Ece Göztepe, Sedef Özdoğan, Fazıl Sağlam'dan oluşan Çalışma Grubu Raporu: web.e-baro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/haber3/Anayasamahkrapor.pdf.
- Jackson, R. D., N. Baxter-Moore (1986) *Politics in Canada*, Ontario: Prentice-Hall.
- Jellinek, G. (1996 [1906]) *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Oldbach: Keip Verlag.
- Jennings, Sir Ivor (1959) *The Law and the Constitution*, 5. basım, Londra: University of London.
- Jestaedt, Matthias (2001) "Verfassungsrecht und einfaches Recht- Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.) (17), s. 1309-22.
- Jung, Ottmar ve Franz-Ludwig Knemeyer (2010) *Direkte Demokratie*, Münih: Olzog Verlag.
- Kaboğlu, İbrahim Özden (1999) *Özgürlükler Hukuku*, 5. basım, İstanbul: Afa.
- (2000) *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge.
- (2011) *Anayasa Hukuku Dersleri*, 7. basım, İstanbul: Legal.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. ve Koutnatzis Stylianos-G. Ionnis (2008) "The Reception Process in Greece and Turkey", *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* içinde, Helen Keller ve Alice Sweet-Stone (haz.), Oxford: Oxford University Press, s. 451-529.
- Kafaoglu, Adnan Başer ve Coşkun Kırca (1980) "Rejim ve Anayasamızda Reform Önerisi", *Yeni Forum Dergisi*, cilt 1, sayı 17, 15 Mayıs.
- Kalyvas, Andreas (2006) "The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory", *Philosophy and Social Criticism*, c. 32 (5), s. 573-99.
- Kapani, Münici (1964) *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Ajans-Türk Matbaası.
- Karahanogulları, Onur (2009) "Fransa'da Kamu Yönetimi", *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge, s. 39-168.
- Karakaş, Ayşe Işıl (1993) *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, İstanbul: Der.
- Keating, Michael (1998) "Reforming the Union: Devolution and Constitutional Change in the United Kingdom", *Publius*, cilt 28, no. 1, s. 217-34.
- Keleş, Ruşen (1994) *Fransa ve İspanya'da Yerinden Yönetim*, Ankara: Mahalli İdareler Eğitim Araştırma Geliştirme Merkezi Yayını.
- Kelsen, Hans (1929) "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* içinde, H.5, Berlin: Walter de Gruyter, s. 30-88.

- Kelsen, Hans (1960) *Reine Rechtslehre*, 2. basım, Viyana: Verlag Franz Deuticke.
- (1966) *Allgemeine Staatslehre*, Zürich: Verlag Dr. Max Gehlen.
- (2008) *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Robert Chr. van Ooyen (haz.), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kenntner, Markus (2005a) "Das Bundesverfassungsgericht als subsidärer Supervisor", *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 12, s. 785-9.
- (2005b) "Vom 'Hüter der Verfassung' zum 'Pannenhelfer der Nation'?", *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 7, s. 269-80.
- Kili, Suna ve Şeref Gözübüyük (2000) *Türk Anayasa Metinleri*, 2. basım, İstanbul: Türkiye İş Bankası.
- Kirişçi, Kemal ve Gareth M. Winrow (1997) *Kürt Sorunu: Kökeni ve Gelişimi*, çev. A. Fethi, İstanbul: Tarih Vakfı Yayını.
- Klabbers, Jan, Anne Peters ve Geir Ulfstein (2011) *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Kloepfer, Michael (2004) "Ist die Verfassungsbeschwerde unentbehrlich?", (DVBl.) 2004, s. 676-80.
- Kneip, Sascha (2006) "Demokratieimmanente Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", Michael Becker ve Ruth Zimmerling (haz.), *Politik und Recht* içinde, Wiesbaden: VS Verlag, s. 259-81.
- (2007) "Starke und schwache Verfassungsgerichte: Gibt es eine optimale Verfassungsgerichtsbarkeit für die Demokratie?", *Gewaltenteilung und Demokratie. Konzepte und Probleme der "horizontal accountability" im internationalen Vergleich* içinde, Sabine Kropp ve Hans-Joachim Lauth (haz.), Baden-Baden: Nomos, s. 91-109.
- Kocahanoğlu, O. Selim (1993) *Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa*, İstanbul: Temel.
- Koçak, Mustafa ve Ersin Örüçü (2003) "Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Court of Human Rights", *European Public Law*, cilt 9, no. 3, s. 399-423.
- Koğacıoğlu, Dicle (2003) "Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: Judicial Delimitation of the Political Process", *International Sociology*, cilt 18, no. 1, s. 258-76.
- KONDA (2011) *Biz Kimiz '10: Kürt Meselesinde Algı ve Beklentiler Araştırması*, www.konda.com.tr/tr/raporlar.php.
- Korioth, Stefan (2001) "Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung", *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* içinde, Peter Badura ve Horst Dreier (haz.), cilt I, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 55-81.
- Kramer, Larry (2004) *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: OUP.
- Kranenpohl, Uwe (2006) "Bewältigung des Reformstaus durch direkte Demokratie?", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 10/2006, s. 32-38.
- Kuçuradi, İoanna (2001) "Lâiklik ve İnsan Hakları", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 211-20.
- Kuru, Ahmet T. (2011) *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Kuzu, Burhan (1990) *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul: Filiz.

- Laufer, Heinz (1976) "Politische Kontrolle durch Richtermacht", *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik* içinde, Mehdi Tohidipur (haz.), Frankfurt a.M.: Suhrkamp, s. 92-115.
- Lefort, C. (1999) *Democracy and Political Theory*, Londra: Polity.
- Limbach, Jutta (1997) *Aufgabe und Bedeutung der Verfassungsbeschwerde*, Regensburg: Roderer Verlag.
- Livingston, William S. (1952) "A Note on the Nature of Federalism", *Political Science Quarterly*, cilt 67, s. 7-9.
- (1956) *Federalism and Constitutional Change*, Londra: Oxford University Press.
- Llera, Francisco Jose (2009) "Spain: Identity Boundaries and Political Reconstruction", *Nationalism & Ethnic Politics*, cilt 15, s. 305-35.
- Loughlin, Martin (2010) *Foundations of Public Law*, Oxford: OUP.
- Madison, James ve diğ. (1788/1987) *The Federalist Papers*, NY: Penguin Classics.
- Marcic, René (1976) "Die Deutung der Natur des Verfassungsgerichts", *Verfassungsgerichtsbarkeit* içinde, Peter Häberle (haz.), Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, s. 314-28.
- Maurer, Hartmut (1996) *Plebizitäre Elemente in der repräsentativen Demokratie*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- McCormick, John P. (2011) *Machiavellian Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Memur-Sen Konfederasyonu (2011) *Sahadan Yeni Anayasaya: Algi, Beklenti ve Talepler*, Ankara: Memur-Sen Yayınları.
- Merkel, Wolfgang (2011) "Volksabstimmungen: Illusion und Realität", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, cilt 61 (44-45), s. 47-55.
- Mohnhaupt, Heinz (1990/2004) "Verfassung", *Geschichtliche Grundbegriffe*, c. 6 içinde, Otto Bruner ve diğ. (haz.) Stuttgart: Klett-Cotta Verlag, s. 831-62.
- Monsma, Stephen V. (1997) *The Challenge of Pluralism: Church and State in Five Democracies*, Lanham: Rowman and Littlefield.
- Montesquieu, Charles de (1992) *Vom Geist der Gesetze, übersetzt und herausgegeben von Ernst Forsthoff*, Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Morange, Jean (2001) "Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 129-140.
- Moreno, Luis (1997) "Federalization and Ethnoterritorial Concurrence in Spain", *Publius*, c. 27, no. 4, s. 65-84.
- Möllers, Christoph (2008) *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*, Göttingen: Velbrück Wissenschaft.
- (2011) "Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts", *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht* içinde, Matthias Jestaedt (haz.), Frankfurt a.M.: Suhrkamp, s. 283-422.
- Mutlu, S. (1995) "The Population of Turkey by Ethnic Groups and Provinces", *New Perspectives on Turkey*, 12, s. 45
- Nalbant, Atilla (1997) *Üniter Devlet: Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye*, İstanbul: YKY.
- Nasr, Vali (2005) "The Rise of Muslim Democracy", *Journal of Democracy*, cilt 16,

no. 2, Nisan, s. 13-27.

- Norris, Pippa ve Ronald Inglehart (2004) *Sacred and Secular: Religion and Politics Worldwide*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Oder, Bertil Emrah (2008) "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Anayasal Yorumunda 1983-2007 Bilançosu: Örnekler ve Ana Yönelim", *Ali Ülkü Azrak'a 75. Yaş Armağanı* içinde, İstanbul: İSBF Yayınları, s. 387-426.
- Offe, Claus ve K. Ulrich Preuß (1990) "Democratic Institutions and Moral Resources", *Political Theory Today* içinde, David Held (haz.), Cambridge: Polity Press, s. 143-71.
- , — (2006) "The Problem of Legitimacy in the European Polity. Is Democratization the Answer?", *ConWEB*, 6/2006.
- Oktay, Cemil (1995) "Fransız Halkı'nın Unsuru Korsika Halkı İfadesinin Anayasal Olanaksızlığı Konusunda Bir Not", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, sayı 10, Ocak.
- Onar, Erdal (2003) *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.
- (2006) "Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler", Editörler: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, *Anayasa Yargısı İncelemeleri - I* içinde, Ankara: AYM Yayınları, s. 1-40.
- Oran, Baskın (1990) *Atatürk Milliyetçiliği*, Ankara: Bilgi.
- (2004) *Türkiye'de Azınlıklar: Kavramlar, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama*, İstanbul: TESEV.
- Öcalan, Abdullah (2001) *Sümer Rahip Devletinden Halk Cumhuriyetine Doğru*, c. II, İstanbul: Mem.
- Öden, Merih (2003) *Türk Anayasa Hukukunda Siyasal Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Ankara: Yetkin.
- Önder, Ali Tayyar (2007) *Türkiye'nin Etnik Yapısı*, İstanbul: Fark.
- Önok, Murat (2010) "Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor", www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf (erişim tarihi: 23 Temmuz 2010).
- Özay, İl Han (1993) "Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti", *Anayasa Yargısı*, cilt 9, Ankara: AYM Yayını, s. 67-74.
- Özbudun, Ergun (1966) *The Role of the Military in Recent Turkish Politics*, Cambridge, Mass.: Harvard University Center for International Affairs (Occasional Papers).
- (1986) *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin.
- (2004) *Türk Anayasa Hukuku*, 8. basım, Ankara: Yetkin.
- (2005) "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", Ozan Ergül (haz.), *Demokrasi ve Yargı* içinde, Ankara: TBB Yayınları.
- (2006a) "Siyasî Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı", *Siyasî Partiler ve Demokrasi, Uluslararası Sempozyum* içinde, 26-27 Mayıs 2005, Ankara: TBB ve Ankara Barosu, s. 83-106.
- (2006b) "Political Origins of the Turkish Constitutional Court and the Problem of Democratic Legitimacy", *European Public Law*, c. 12, sayı 2, s. 213-23.

- (2007a) "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", *Zaman* gazetesi, 26 Haziran.
- (2007b) "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü", *Anayasa Yargısı* içinde, cilt 24, Ankara: AYM Yayını, s. 359-64.
- (2007c) "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *AÜSBF Dergisi*, 62: 3, s. 257-68.
- (2007d) "Anayasa Savaşları", *Zaman* gazetesi, 23 Ağustos.
- (2007e) "State and Religion in Turkey", *Kulturen und Konflikte im Vergleich, Comparing Cultures and Conflicts. Festschrift für Theodore Hanf* içinde, Peter Molt ve Helga Dickow (haz.), Baden Baden: Nomos, s. 339-46.
- (2008a) *Türk Anayasa Hukuku*, 9. basım, Ankara: Yetkin.
- (2008b) "Reasoning for Headscarf Decision: New constitution is a Must", *Today's Zaman*, 16 Kasım.
- (2009) *Türkiye'nin Anayasa Krizi*, Ankara: Liberte.
- (2010a) "Party Prohibition Cases: Different Approaches by the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights", *Democratization*, cilt 17, no. 1, Şubat, s. 125-42.
- (2010b) "Danıştay'ın Katsayı Kararı İnsan Hakkı Gaspı", *Star, Açık Görüş*, 14 Şubat.
- (2010c) "'Democratic Opening' the Legal Status of Non-Muslim Religious Communities and the Venice Commission", *Insight Turkey*, 12: 2, s. 213-22.
- (2010d) "Rumlara Heybeliada Çarmıhı", *Star, Açık Görüş*, 3 Ocak.
- (2011a) *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- (2011b) *Türk Anayasa Hukuku*, 11. basım, Ankara: Yetkin.
- Özbudun, Ergun ve Ömer Faruk Gençkaya (2010) *Türkiye'de Demokratikleşme ve Anayasa Yapımı Politikası*, İstanbul: Doğan Kitap.
- Özbudun, Ergun ve Serap Yazıcı (2004) *Democratization Reforms in Turkey (1993-2004)*, İstanbul: TESEV.
- Özbudun, Ergun ve William Hale (2010) *Türkiye'de İslâmcılık, Demokrasi ve Liberalizm: AKP Olayı*, İstanbul: Doğan Kitap.
- Özcan, Hüseyin ve Murat Yanık (2011) *Siyasi Partiler Hukuku*, İstanbul: Der.
- Özdalga, Haluk (2011) "Müslüman Kardeşler ve Mısır'ın Geleceği", *Star, Açık Görüş*, 20 Kasım.
- Özek, Çetin (1994) *İfade Özgürlüğü Hapiste*, Ankara: Çağdaş Gazeteciler Derneği Yayını.
- (1998) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 51, sayı 1-4, s. 22-68.
- (1999) *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, İstanbul: Alfa.
- Öztürk, Kâzım (1966) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 2 cilt, Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Papier, Hans Jürgen (2004) "Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte", *Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura* içinde, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 411-29.
- Pasquino, Pasquale (2002) What is Constitutional Adjudication About? Typology of the European Constitutional Courts (centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/fellows-forum/pasquino_paper.rtf).

- (2011) "The Nature and the Limits of the Majority Principle", www.booksandideas.net (20 Nisan).
- Pazarıcı, Hüseyin (2010) *Uluslararası Hukuk*, 9. basım, Ankara: Turhan.
- Preuß, Ulrich K. (1994) "Der Begriff der Verfassung und Ihre Beziehung zur Politik", *Zum Begriff der Verfassung* içinde, Ulrich K. Preuß (haz.), Frankfurt am Main: Fischer Verlag, s. 7-36.
- Radbruch, Gustav (1945) "Beş Dakika Hukuk Felsefesi", aktaran Hayrettin Ökçe-siz, *HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 1*, İstanbul: Alkım, 1997.
- Ramseyer, J. Mark (1994) "The Puzzling (In)Dependence of Courts. A Comparative Approach", *Journal of Legal Studies*, s. 721-47.
- Rancière, Jacques (2007) *The Hatred of Democracy*, Londra: Verso
- (2010) *Dissensus: On Politics and Aesthetics*. Londra: Continuum.
- Rinderle, Peter (2011) "Werte und Mechanismen der Demokratie", *Zeitschrift für Philosophische Forschung*, cilt 65 (1), s. 74-95.
- Robbers, Gerhard (1987) "Emmanuel Joseph Sieyès - Die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Französischen Revolution", Walther Fürst (haz.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin: Walter de Gruyter, s. 247-63.
- (1999) "Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von Formeln zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenz", *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht* içinde, Harald Bogs (haz.), Baden-Baden: Nomos, s. 57-70.
- Rosanvallon, Pierre (2011a) "A Reflection on Populism", www.booksandideas.net (10 Kasım 2011).
- (2011b) *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Rousseau, Jean Jacques (1762/1946) *Toplum Anlaşması*, çev. Vedat Günyol, Ankara: M.E.B. Yayınları.
- Roxin, Claus (2006) "Yeni Türk Ceza Hukukunun Genel Hükümleri", *Suç Politikası* içinde, Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Kayıhan İçel, yay. haz. Doç. Dr. Yener Ünver, Ankara: Seçkin.
- Russell, Peter H. (2004) *Constitutional Odyssey*, Toronto: University of Toronto Press.
- Rühl, Ulli F. H. (1998) "Die Funktion der Verfassungsbeschwerde für die Verwirklichung der Grundrechte", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung (KVJ)*, s. 156-70.
- Ryex, Jean François ve Gilles Blanchi (1980) "Références à l'Islam dans le droit public positif en pays arabes", *Pouvoirs*, cilt 12, s. 57-70.
- Sabuncu, Yavuz (2003) *Anayasaya Giriş*, 9. basım, Ankara: İmaj.
- Sabuncu, Yavuz ve Selin Esen Arnwine (2004) "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli - Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, cilt 21, s. 229-46.
- Sağlam, Fazıl (1996) "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, cilt 13, s. 43-60.
- (1999) *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İstanbul: Beta.
- (2000) "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Normlara Uygunluk Sağlamak

- İçin Yapılması Gereken Değişiklikler", *Anayasa Yargısı*, sayı 17, s. 233-54.
- (2004) "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli (Tartışma Paneli'ne sunulan konuşma)", *Anayasa Yargısı*, cilt 21, s. 105-62.
- (2006) "Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri* içinde, Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen (haz.), Ankara: AYM Yayını, s. 69-111.
- (2007a) "Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Sorunları", *Erdoğan Tezi'ne Armağan*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını, s. 137-51.
- (2007b) "Hukuk Devleti ve Terör", *AÜSBF Dergisi* (Yavuz Sabuncu'ya Armağan), 62: 3, Temmuz-Eylül, s. 291-317.
- (2007c) "Die Diskussion über die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei", *Auf dem Weg zu gemeinsamen europäischen Grundrechtsstandards* içinde, Otto Depenheuer, İlyas Doğan ve Osman Can (haz.), Münster: LIT Verlag, s. 33-45.
- (2009) "Giriş ve Takdim Konuşması", *Anayasa Yargısı*, cilt: 26, s. 27-29.
- (2011a) "Anayasa Şikâyeti Üzerine Düşünceler", *İlhan Unat'a Armağan* içinde, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Yayınları (baskıda).
- (2011b), "Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Av. Özdemir Özok Anısına düzenlenen TBB Paneli), 24 Nisan 2011, Ankara: TBB Yayınları, s. 20-31.
- Sancar, Mithat ve E. Ümit Atılğan (2009) *"Adalet Biraz Es Geçiliyor...": Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, İstanbul: TESEV.
- Schlaich, Klaus ve Stefan Koriöth (2004) *Das Bundesverfassungsgericht*, 6. Aufl., Münih: C. H. Beck.
- Schmitt, Carl (1927) *Volksentscheid und Volksbegehren*, Berlin: Walter de Gruyter.
- (1928/1989) *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot Verlag.
- (1931) *Der Hüter der Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot.
- (1932/2006) *Der Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot; Türkçesi: *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, İstanbul: Metis, 2006
- Schuman, Ekkehard (1963) *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlin: Duncker & Humblot.
- SDE (2010) *Yargı Raporu. Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları*, Ankara: SDE Yayınları.
- Selçuk, Sami (1999) *Demokrasiye Doğru*, Ankara: Yeni Türkiye.
- Shambayati, H. (2007) "The Guardian of the Regime: The Turkish Constitutional Court in Comparative Perspective", *Constitutional Politics in the Middle East* içinde, S. Arjomand (haz.), Portland: Hart.
- Sieyès, Emmanuel (1970) *Qu'est-ce que le Tiers Etat* (Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto Zapperi), Cenevre: Librairie Droz.
- Sieyès, Emmanuel Joseph (2005) *Üçüncü Sınıf Nedir?*, çev. İsmet Birkan, Ankara: İmge.
- Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari Bilimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü* (1982), Ankara: A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, no. 116-98.
- Soysal, Mümtaz (1960) "Suçsuz Anayasa", *Forum Dergisi*, 1 Ağustos, s. 11-12.
- (1969) *Anayasaya Giriş*, Ankara: Sevinç.

- (1969) *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara: Sevinç.
- (1986) *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek.
- Starck, Christian (1996) "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte", *Juristenzeitung* (JZ) 21, s. 1033-42.
- Stepan, Alfred (2001) "The World's Religious Systems and Democracy: Crafting the 'Twin Tolerations'", *Arguing Comparative Politics* içinde, Alfred Stepan (haz.), Oxford: Oxford University Press, s. 213-53.
- Sunay, Z. Aysun (2006) *Türk Anayasa Hukukunda Anayasa Başlangıç Kısımları*, basılmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi SBE.
- Şahbaz, İbrahim (2011) "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Sorunlar", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Av. Özdemir Özok Anısına düzenlenen TBB Paneli), 24 Nisan 2011, Ankara: TBB Yayınları, s. 71-128.
- Tanör, Bülent (1994) *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, cilt 1, İstanbul: BDS.
- (1995) *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 2. basım, İstanbul: Der.
- (1997) *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, İstanbul: TÜSİAD.
- (1998) *Türkiye'de Kongre İktidarları: 1918-1920*, İstanbul: YKY.
- (1999) *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: YKY.
- (2001) "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 23-35.
- (2002) *Kurtuluş Kuruluş*, İstanbul: Cumhuriyet Kitapları.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu (2011) *1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku*, 10. basım, İstanbul: Beta.
- Taylor, Charles (1999) "Modes of Secularism", *Secularism and Its Critics* içinde, Rajeev Bhargava (haz.), Oxford: Oxford University Press, s. 31-53.
- Tercüman Gazetesi (1980), *Anayasa ve Seçim Sistemi Semineri*, İstanbul: Tercüman Gazetesi Yayınları.
- Texier, Pascal (2001) "Fransız Lâiklik Modelinin Kaynakları", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 15-22.
- Teziç, Erdoğan (2009) *Anayasa Hukuku*, 13. basım, İstanbul: Beta.
- Thoma, Richard (1957) "Rechtsgutachten betreffend die Stellung des BVerfG", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* n.F. (JöR), cilt 6, s. 161-94.
- Tierney, Stephen (2009) "Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry", *The Modern Law Review*, cilt 72 (3), s. 360-83.
- Timur, Taner (1968) *Türk Devrimi: Tarihî Anlamı ve Felsefî Temeli*, Ankara: AÜSBF Yayını.
- Tocqueville, Alexis de (1985) *Über die Demokratie in Amerika, ausgewählt und herausgegeben von J.P. Mayer*, Stuttgart: Reclam.
- Toluner, Sevin (1973) *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Troper, Michel (2003) "The Logic of Justification of Judicial Review", *International Constitutional Law (ICON)*, cilt 1, no. 1, s. 99-121.
- Tunçay, Mete (1981) *Türkiye Cumhuriyetinde Tek-Parti Yönetiminin Kurulması (1923-1931)*, Ankara: Yurt.
- Turhan, Mehmet (2006) "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I* içinde, Mehmet Turhan-Hikmet Tülen (haz.), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

- (2011) "Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi Tartışmaları", *Demokrasi Platformu, Anayasa Gündemi I* içinde, yıl 7, sayı 28.
- Tushnet, Mark (2000) *Taking the Constitution Away from the Courts*, N.J.: Princeton University Press.
- Türkiye Barolar Birliği/TBB (2001) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Ankara: TBB Yayını.
- (2007) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, 4. basım, Ankara: TBB Yayını.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, TBMM Basımevi, Ankara.
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği/TOBB (2000) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Ankara: TOBB.
- Türmen, Rıza (2000) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkile-ri", *Anayasa Yargısı*, sayı 17, s. 32-40.
- TÜSİAD (1997) *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*.
- (2011) *Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantılar Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu*, Mart 2011, www.tusiad.org.tr (erişim tarihi: 19 Ocak 2012).
- Urbinati, Nadia (1998) "Democracy and Populism", *Constellations*, cilt 5 (1), s. 110-24.
- Uygun, Oktay (1994) "İki Toplumlu Siyasal Sistemler", *İÜHFM*, c. LIV, no. 1-4, s. 147-69.
- (1999) "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi", *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı* içinde, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını.
- (2000) *İnsan Hakları Kuramı*, İstanbul: YKY.
- (2007) *Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği*, İstanbul: XII Levha.
- (2010) "Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi", *Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları* içinde, Ece Göztepe (haz.), Ankara: TBB Yay., s. 22-76.
- Ünal, Şeref (2004) "Adaletin Gereği Olarak Hukuk Devleti" tebliği, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı.
- Vaner, Semih (2001) "Lâiklik, Lâikçilik ve Demokrasi: Türkiye'den Birkaç Örnekle Birlikte", *Lâiklik ve Demokrasi* içinde, İbrahim Kaboğlu (haz.), Ankara: İmge, s. 165-96.
- Venedik Komisyonu, European Commission for Democracy Through Law (2009) "Opinion on the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey", 13-14 Mart 2009, CDL-AD (2009) 006.
- (2010) "Opinion on the Legal Status of Religious Communities in Turkey and the Right of the Orthodox Patriarchate of Istanbul to Use the Adjective 'Ecumenical'", Adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venedik, 12-13 Mart) [www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)005-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)005-e.asp) (erişim tarihi 19.1.2012).
- (2011) "Opinion on the New Constitution of Hungary", Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venedik, 17-18 Haziran).
- Vereshchetin, Vladen S. (1996) "New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law", *European Journal of International Law*, 7:1, s. 29-41.

- Verhulst, Jos ve Arjen Nijeboer (2007) *Direct Democracy*, Brüksel: Democracy International.
- Villalon Pedro Cruz (2003) "Bewältigung der Arbeitsbelastung durch das spanische Verfassungsgericht", *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, s. 154-9.
- Wahl, Rainer (1998) "Quo Vadis - Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken", *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik* içinde, Bernd Guggenberger ve Thomas Wüntenberger (haz.), Baden-Baden: Nomos, s. 81-120.
- Wheare, Kenneth C. (1964) *Federal Government*, New York: Oxford University Press.
- Woodes, Dwayne (1995) "The Crisis of Center-Periphery Integration in Italy and the Rise of Regional Populism: The Lombard League", *Comparative Politics*, Ocak, s. 187-203.
- Wüntenberger, Thomas (2004) "Legalität, Legitimität", *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Otto Brunner(haz.), Band: 3, Stuttgart: Klett-Cotta, s. 677-740.
- Yavuz, M. Hakan (2000) "Cleansing Islam from the Public Sphere", *Journal of International Affairs*, cilt 54, no. 1, Güz, s. 21-42.
- Yazıcı, Serap (2009) *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- (2010) "Yargı Reformu Stratejisi Kapsamında Anayasal Değişiklikler", *Yargısal Düşüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler* içinde, Serap Yazıcı (haz.), İstanbul: TESEV.
- (2011a) "Türkiye'de Anayasal Değişimin Tarihi", *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri*, Uluslararası Sempozyum, Ankara: TBB Yayınları, s. 253-79.
- (2011b) *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Yeh, Jiunn-Rong ve Wen-Chen Chan (2008) "The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions", *Penn State International Law Review*, 27: 1, s. 89-124.
- Yıldız, Ahmet (2001) *"Ne Mutlu Türküm Diyebilene": Türk Ulusal Kimliğinin Etno-Seküler Sınırları: 1919-1938*, İstanbul: İletişim.
- Yokuş, Sevtap (2002) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Köriye Kullanımı*, Ankara: Yetkin.
- Yolcu, Serkan (2009) "Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu" idc.sdu.edu.tr (erişim tarihi: 10.07.2011).
- Yüzbaşıoğlu, Necmi (1993) *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İÜHF.
- Zuck, Rüdiger (1997) "Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts", *Zeitschrift für Rechtspolitik* (3), s. 95-99.

HAZIRLAYANLAR

Ece Göztepe ve Aykut Çelebi

Demokratik Anayasa

12 Eylül 1980 darbesi sonrasında Türkiye, tarihinin en otoriter, devletçi, temel hak ve özgürlüklerin karşısında konumlanmış anayasasıyla tanışmıştır. Bugün bu anayasadan kurtulma yolunda yeni, demokratik bir anayasa yapım süreci içindeyiz. Türkiye'nin öndegelen hukukçularının ve iki siyaset bilimcinin uzmanlık konularındaki makaleleriyle katkıda bulundukları bu kitap anayasayla ilgili tartışma sürecine katılma ihtiyacından doğmuştur. Ancak mevcut anayasa taslaklarına bir yenisini eklemek değil, demokratik bir anayasanın temel sorunlarını ele alarak derinlemesine bir analiz yapmak ve öneriler geliştirmek amaçlanmıştır.

Demokratik Anayasa, hukuk bilimi ile siyaset bilimi arasındaki bir kolumdan söz alarak, anayasa yapım sürecinin sürdürülmesinin koşullarını, anayasa yapma yetkisini, anayasanın başlangıç bölümünü, federalizm ve bölgesel özerklik sorununu, temel hak ve özgürlüklerin özünü ve amacını, laiklik ve inanç özgürlüğünü, parti yasaklamalarını, hükümet sistemini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile anayasanın uyum sorununu, anayasanın uluslararası hukuk ile ilişkisini, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını, anayasa yargısının meşruluğunu, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının (anayasa şikâyetinin) kapsamını ve uygulanma alanlarını, ve doğrudan demokrasi araçlarının temsili hükümet sisteminde yapabileceği demokratik katkıları tartışmaktadır.

Yazarlar aynı dünya görüşünden değildir, ait oldukları hukuk ekolleri, yönsemel yaklaşımları, hukuki meseleleri ele alma biçimleri ve önerileri farklılık göstermektedir. Buna rağmen dikkatli okurlarımız, anayasanın demokratik yeterliliklerinin geliştirilmesi yönünde bütün yazarların paylaştığı temel bir hassasiyet ve mutabakat olduğunu göreceklerdir.

Metis Edebiyat dışı

ISBN-13: 978-975-342-863-7



9 789753 428637



Metis Yayınları

www.metiskitap.com