

İKİ ANAYASA İKİ TARZ-I DEMOKRASİ: AVRUPA ANAYASASI VE TÜRK ANAYASASI ÜZERİNE NOTLAR^(*)

Doç. Dr. Zühtü ARSLAN^(**)

Burada iki gün süren sempozyumda sunulan bildirimlerin genel bir değerlendirmesini yapmayı düşünmüyorum. Zaten benden önceki konuşmacılar bunu gayet iyi yaptılar. Bunun yerine, Avrupa Birliği Anayasası Taslağı ile Türk Anayasası'nın dayandıkları siyasal felsefeyi ve özellikle de bu iki belgenin yansıttıkları demokrasi anlayışlarını genel hatlarıyla karşılaştırmaya çalışacağım. Bu amaçla, önce Avrupa Anayasası'nın tamamlanmamış bir proje olan Avrupa Birliği açısından ne anlama geldiğine değineceğim, sonra da Türkiye'nin bu projedeki yeri ve Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'yla uyum sorununu tartışmaya açacağım. Hemen belirtmek gerekir ki, her iki anayasanın da siyasal model tercihi liberal demokrasidir. Her iki anayasanın da en temel sorunlarından birisi "demokrasi açığı" (*democratic deficit*) dir. Aşırı bürokratikleşme ve merkezileşme her iki siyasal mekanda da demokratik katılım eksikliğini doğurmaktadır. Ancak görünüşteki bu benzerliğe rağmen, AB ile Türkiye'nin demokrasi merkezli sorunlarının dinamikleri farklıdır. Bu farklılıklar, birbiriyle uyuşması zor iki farklı demokrasi anlayışına yol açmaktadır.

Konuşmamın son kısmında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal bulmadığı kararları karşısında yasal veya anayasal düzenleme yapılamayacağına dair görüş hakkında kişisel kanaatlerimi açıklamaya çalışacağım. Sonuç bölümünde ise AB Anayasası ile uyum sürecinde demokrasi anlayışında gerçekleştirilmesi gereken paradigmatik dönüşümün temel unsurlarına genel hatlarıyla değineceğim.

Avrupa Anayasası ne anlama geliyor?

Avrupa Anayasası birleşik bir Avrupa'nın kurulması yönünde önemli bir adımdır. Birleşik Avrupa projesi fikir olarak çok eskilere gitmekte ise de uygulamaya geçirilmesi İkinci Dünya Savaşı sonrasının ürünüdür. Sınırlı bir ekonomik birliktelik olarak başlayan bu proje, giderek siyasal bir nitelik kazanmış, Avrupa Anayasası ile de yeni bir evreye girmiştir. Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında "Avrupa halklarının, kendi ulusal kimliklerinden ve tarihlerinden gurur duyarak, geçmişteki bölünmelerini aşmaya ve her zamandan daha yakın bir şekilde, ortak bir kaderi paylaşmaya kararlı oldukları" belirtilmektedir. Avrupa, tarihsel olarak hep bölünmüş ve birbiriyle çatışmış halkların coğrafyasıdır. Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden bu yana, Avrupa önce şehir devletlerin ardından da ulus devletlerin kendi özerklikleri ve bağımsızlıkları konusunda son derece kıskanç davrandıkları bir bölge olmuştur.¹ Belki de bu tarihsel olgu, "Birleşik Avrupa" düşüncesinin önündeki en önemli engellerden birini oluşturmaktadır.

Avrupa Anayasası, henüz tamamlanmamış bir projenin parçasıdır. Bu projenin tamamlanıp tamamlanmayacağı da kesin değildir. Ancak kesin olan, birleşik Avrupa projesini yürüten Avrupalı yöneticilerin yeni Avrupa'nın siyasal yapısı ve dayandığı değerler konusunda uzlaşmış oldukları gerçeğidir. Avrupa Anayasası Taslağı, bu siyasal yapıyı ve değerleri yansıtmaktadır. Anayasa yeni oluşan siyasal yapıyı "Birlik" olarak tanımlamaktadır (Madde 1). Bazılarına göre bu Birlik, egemen devletler topluluğu olarak görülmelidir. Anayasa, bilinçli bir şekilde "federal" kelimesini kullanmamış olsa da, ortaya çıkan manzara federalizmi andırmaktadır. Nitekim, Birlik Anayasası ve kanunlarının üye devletlerin iç hukuku karşısında üstün olması (madde 6) ve Birliğin bayrak, milli marş, ortak para birimi ve milli gün (madde 8) gibi ulus-devletlerin simgelerine sahip olması, Birliği federal devlet yapısına daha da yaklaştırmaktadır. Birlik ile üye devletler arasındaki ilişki ve yetki paylaşımı da Federal

^(*) Anayasa Mahkemesi'nin 43. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu" Konulu Sempozyumda yapılan Konuşma. Ankara, 28-29 Nisan 2005.

^(**) Doç. Dr., Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Bu konuda bkz. Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, (New York: W.W.Norton & Company, 2004), s. 37.

Hükümet ile Federe Devletler arasındaki ilişkiye benzemektedir. Örneğin Anayasa'nın 11. maddesine göre "Birliğe Anayasa ile verilmemiş yetkiler Üye Devletlere aittir." Benzer bir hüküm Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda da vardır. Amerikan Anayasası'nın Onuncu Değişikliği de "Anayasa tarafından Birleşik Devletler'e verilmeyen yetkilerin Eyaletler'e ait olduğu"nu belirtmektedir. Onuncu Değişikliğin, ABD Anayasası'na ek 10 maddeyi kapsayan "Haklar Bildirgesi" (Bill of Rights) içinde yer almış olması, anti-federalist ya da en azından siyasal iktidarın merkezileşmesine direnen liberteryen kaygıları yansıtmaktadır. Benzer kaygılar, oluşmakta olan yeni Avrupa Birliği için de taşınmaktadır. Kısacası, Avrupa Birliği federal bir yapıya doğru evrilmektedir. Avrupa Birliği'nin bütünleşme projesinin önünde ise iki temel sorun durmaktadır. Bunlardan biri, demokratik meşruiyetin sağlanması, diğeri de kültürel ve siyasal çoğulculuğun korunmasıdır.

Avrupa Anayasası'na göre, Birliğin sloganı "çeşitlilik içinde birlik (birleşiklik)"tir (Başlangıç ve madde 8). Başka bir ifadeyle, Avrupa Birliği Avrupa'nın kültürel, dinsel ve dilsel mirasını oluşturan çeşitliliği muhafaza ederek, bu kimlik unsurlarını bir arada yaşatmayı amaçlayan bir projedir. Ne var ki, birlik veya bütünleşme ile çeşitlilik kavramlarının bir araya getirilmesi, imkansız değilse eğer, çok güçtür. Birleşik Avrupa projesine meydan okuyan en önemli unsur budur. Çeşitlilik, yatay ve dikey boyutlarıyla Avrupa Birliği'nin koruması ve yönetmesi gereken bir olgudur. Yatay çeşitlilik aynı ya da benzer kültürel ve dinsel değerlere sahip halklar arasındaki farklılıkları ifade etmektedir. Oysa dikey çeşitlilik, birbirinden farklı kültürel ve tarihsel mirasların ürünü olan ülkelerin biraradallığını gerektirmektedir. Bu anlamda, Avrupa Birliği bir yandan benzer kültürel özelliklere sahip ulusların birlikteliğini, diğeri yandan da Türkiye gibi farklı (ve bazen birbirine zıt) kültürel özelliklere sahip toplumların biraradallığını sağlaması gereken bir oluşumdur.

Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtildiği üzere, "tüm yetkilerini karşılıklı birbirine teslim eden Avrupa Ülkeleri ve vatandaşları" yarattıkları Birleşik Leviathan'a "çeşitlilikte birlik" gibi gerçekleştirilmesi çok zor bir misyon yüklemektedirler. Bunun kaçınılmaz sonucu, Birlik uğruna çeşitlilikten fedakarlık yapmak olacaktır. Başka bir ifadeyle, Birlik değerleri etrafında şekillenen tek tip bir "çeşitlilik" dayatılacaktır. Bu kaçınılmazdır, zira her ne kadar Anayasa, "kendi ulusal kimliklerinden ve tarihlerinden gurur duyan" Avrupa halklarından bahsediyorsa da, yakın tarihsel geçmiş bu kimliklerden bazılarının Amin Maalouf'un ifadesiyle "ölümcül" olduğunu göstermektedir. Kısacası, Avrupa Birliği, Faşizm ve Komünizm gibi "ölümcül kimlikler"e kaynaklık eden ideolojileri Birliğin ortak değerleri adına dışlayacaktır.

Peki Birliğin ortak değerleri nelerdir? Avrupa Anayasası'nın 2. maddesine göre "Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukuk devleti ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulmuştur. Bu değerler, çoğulcu, hoşgörülü, adil, dayanışmacı ve ayırım gözetmeyen bir toplumda, Üye Devletlerin hepsi için ortaktır." Ayrıca, Anayasa'nın ikinci bölümünü oluşturan Temel Haklar Şartı'nın Önsözünde de Birliğin "bireyi faaliyetlerinin merkezine yerleştirdiği" belirtilmektedir. Kısacası, bu hükümler, Birliğin benimsediği siyasal modelin bireyi merkeze alan liberal demokrasi olduğunu göstermektedir. Liberal demokrasi, Avrupa'da uzun ve zorlu bir tarihsel sürecin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Terkipteki önceliğe uygun olarak, önce temel hakların korunması ve hukukun üstünlüğü gibi liberal anayasacılığın temel değerleri yerleşmiş, ardından da halkın yönetimi belirlemesi ve yönetmesi anlamında demokrasi gelmiştir.

AB ve Türkiye'de Demokrasi Açığı

AB Anayasası'nı hazırlamakla görevlendirilen Konvansiyon'un kaleme aldığı taslak metin Yunan tarihçi Tukidides'in bir sözüyle başlamaktadır. Anayasa'nın Başlangıç kısmını orijinal Yunanca'sı ile süsleyen ve bu anlamda AB'nin medeniyet köklerinden birine de gönderme yapan bu epigrafta şu çarpıcı ifade yer almaktadır: "Anayasamıza... demokrasi adı verilir; çünkü iktidar azınlığın değil, çoğunluğun elindedir."

Bu ifadenin Antik Yunan'daki demokrasi anlayışı ve uygulaması bakımından geçerliliği bir yana, yeni Avrupa'nın ulaşmak istediği anayasal değerlerden biri olduğu kesindir. Demokrasi tanımlarının belki de hepsinde ortak olan husus, çoğunluğun yönetenleri

belirlemesi ve bu yolla yasaların yapılması ve uygulanması sürecine katılmasıdır. Demokrasi, Abraham Lincoln'a atfedilen meşhur ifadeyle "halkın, halk için halk tarafından yönetilmesi"dir. Burada demokrasinin ayırtedici özelliği "halk tarafından yönetim" unsurunda yatmaktadır. Zira diğer iki unsur, demokrasi dışındaki yönetim modellerinde de söz konusudur. En koyu tiranlıklarda bile, halkın bir nesne olarak yönetildiği ve yönetimin halk için gerçekleştirildiği belirtilebilmektedir. Bu nedenle, sadece demokrasilerde halk aynı zamanda "özne"dir.

Demokratik yönetimlerde, karar alma mekanizmalarında oybirliğini sağlamak mümkün olmadığı için, çoğunluk ilkesi egemendir. Bu, çoğunluğun seçtiği kişilerin ülkeyi yönetmesi, siyasal ve toplumsal kararları almasını gerektirmektedir. Yönetilenlerin, kanun yapımı sürecine dolaylı da olsa katılması, bir yandan hukukun demokratik meşruiyetini sağlamakta, diğer yandan da hukuksal kurallara itaati başkasının iradesine itaatten uzaklaştırmaktır. Elbette, demokrasi çoğunluğun istediği her şeyi yapabilmesi anlamına gelmemektedir. Liberal demokrasilerde çoğunluğun iktidarı, insan hakları ve hukukun üstünlüğü gibi normatif ilkeleri düzenleyen anayasa çerçevesinde sınırlıdır. Bu çerçevede, demokrasilerde son söz çoğunluğun iradesine dayanan siyasal iktidara aittir. Liberal demokrasi, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne saygı göstermek şartıyla, çoğunluğun siyasal yetkiye ve sorumluluğa sahip olduğu yönetim biçimidir.

Avrupa'da AB Anayasası'nın, üye devletlerin vatandaşlarının iradesini yansıtmayacak şekilde, Brüksel'in bürokratik tahakkümünü devam ettireceği, bunun da demokrasi açığı yaratacağı kaygısını taşıyanlar hiç de az değildir. Bu kaygıları gidermeye dönük olarak Anayasa, Birliğin demokratik ilkelere dayandığını belirtmektedir. Anayasaya göre "Birliğin çalışması, temsili demokrasi ilkesi üzerine kurulmuştur" ve "her vatandaş, Birliğin demokratik yaşamına katılma hakkına sahiptir". En önemlisi, Birlik "kararları, vatandaşlara mümkün olan en açık ve yakın biçimde verilir" (madde 46). Anayasa, ayrıca, Avrupa'daki siyasi partilerin vatandaşların taleplerini yansıtmadaki rollerine ve sivil toplum örgütlerinin katılımcı demokrasiye katkılarına dikkat çekmektedir (madde 46 ve 47).

Türk anayasal sisteminde temel siyasal tercihin ilk bakışta ve biçimsel olarak liberal demokrasi olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim mevcut Anayasanın Başlangıç kısmında "hürriyetçi demokrasi"den bahsedilmekte, değiştirilemez hükümlerden olan 2. maddesinde de Cumhuriyet'in "demokratik devlet" olduğu belirtilmektedir. Anayasa koyucu Başlangıçtaki "hürriyetçi (liberal) demokrasi"yi "bu anayasada gösterilen" ifadesiyle kayıtlamıştır. Anayasa ise bir önceki anayasadan da tevarüs ettiği vesayetçi bir anlayışla siyasal çoğunluğu zapt-u rapt altına alacak bir dizi bürokratik kurum yoluyla siyasal iktidarı kuşatmıştır.

Türkiye'de siyasal alanın daraltılmasının ve iktidarın bu alandan uzaklaştırılmasının temel nedeni, çoğunluk karşısındaki güvensizliktir. Bu güvensizliğin Almanya ve İtalya gibi AB ülkelerinde tarihsel nedenleri ve meşruluk zeminleri bulunabilir. Oysa Türkiye'de çoğunluğun desteğiyle iktidara gelen hiçbir siyasal parti, söz konusu ülkelerdeki gibi sistematik hak ihlallerinde bulunmamışlardır. Buna 27 Mayısçıların "öcü" olarak sunduğu ve "meşruluğunu kaybetmiş bir siyasal iktidar" olarak gösterdiği Demokrat Parti yönetimi de dahildir. Bu dönemde "Tahkikat Komisyonları" gibi baskıcı uygulamalar olmuştur elbette. Ancak bunların hiçbiri, 27 Mayıs cuntasının yeni yönetimi ve anayasayı meşrulaştırmak için kullandığı "direnme hakkı"nın haklı kılacak uygulamalar değildir.

1961 ve 1982 Anayasa'larının Başlangıç kısımları, özgürlük ve demokrasi konusunda anayasal ironinin en güzel örneklerini sunmaktadırlar. 1961 Anayasası'nın Başlangıç kısmında "tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olan" Türk Milletinin "Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan" bir millet olduğu belirtilmektedir. Zavallı John Locke'un kemikleri sızlamıştır herhalde! Locke, bireyin hak ve özgürlüklerini korumak için toplum sözleşmesi sonucu oluşturulan devletin, sözleşmeyi sistematik olarak ihlal etmesi durumunda bireylerin direnme hakkına sahip olacağını savunmuştu. Böylesine masum bir kavramın, demokrasiyi ve özgürlükleri hiçe sayan bir darbeyi meşrulaştırmak için kullanılması kavramların istismarının ilginç bir örneğidir. 27

Mayısçıların açtığı yolda yürüyen 12 Eylülcüler, bu kez ortada “direnilecek” iktidar olmadığı için, “kutsal Türk Devleti’nin varlığına karşı...kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada; milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 hareketi sonucunda” bugünkü anayasayı hazırlamışlardır.²

Ancak bana göre, bütün zamanların en büyük ironisi iki anayasanın Başlangıç kısımlarının sonunda bulunmaktadır. 1961 Anayasası’nı yapanlar, onu Türk Milletinin “hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet eder”. 1982 Anayasası’nı yapanlar ise anayasayı “demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi” etmişlerdir. Nedenini bilmiyorum ama, mevcut anayasadaki bu ifadeyi her okuduğumda karmaşık duygular yaşıyorum. Hem gülüyorum, hem de hüzünleniyorum. İçinde “aşk” kelimesi geçen başka anayasalar da var mı acaba? Brezilya dahil başka hiçbir ülkenin anayasasında “aşk”a yer verildiğini sanmıyorum. Bu ifadelerin Lacancı anlamda psikoanalitik çözümlenmesi ya da Derrida’cı anlamda yapıbozumuna uğratılması Türk demokrasinin ve hürriyet sorunsalının anlaşılmasına önemli katkılar sağlayabilir. Ancak bu, detaylı bir çalışmanın konusu. Burada sadece söz konusu anayasal hükmün çağrışımları ve sonuçları üzerine birkaç tespitte bulunmakla yetineceğim. Başlangıç, Anayasa’ya dahil olmasaydı bu ifadeyi sıradan bir retorik olarak değerlendirip üzerinde durmazdık. Anayasa’nın 176. maddesine göre Başlangıç, “Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten” ve “Anayasa metnine dahil” olan bir bölümdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bir çok kararında Başlangıç kısmına atıf yapmıştır.

Bir kere, demokrasi ve özgürlük aşkı, en azından bazıları için nekrofilik bir aşktır. Başka bir ifadeyle, demokrasiye duyulan aşk, öldüresiye bir aşktır. Demokratik düzeni ortadan kaldıran kişilerin, hazırladıkları anayasayı “hürriyete” veya “demokrasiye aşık Türk evlatları”na emanet etmeleri, sadece basit bir paradoksu ya da ironiyi yansıtmıyor; aynı zamanda demokrasinin ve özgürlüğün ölüsüne duyulan aşkı ifade ediyor. Bu nekrofilik demokrasi aşkının bir adım ötede, adeta sevgiliye karşı duyulan aşırı kıskançlıktan beslenen, militan demokrasi anlayışıyla buluştuğu bilinmektedir. Aynı ideolojik kalıpta olmayan herkesi ve her şeyi “düşman” olarak gören, siyaseti de Schmittçi anlamda “dost-düşman” ekseninde tanımlayarak sürekli iç ve dış düşman üreten ve onları değişen şartlara göre yeniden tanımlayan bu demokrasi anlayışının çoğulculuğa engel olduğu açıktır.

Ayrıca, “Türk evlatları”nın, aşık olacakları demokrasiyi belirlemeleri ya da seçmeleri de pek istenmemektedir. Yanlış kişiye aşık olan çocuğuna bir babanın müdahalesi gibi, devlet seçkinleri de halkın “yanlış” tercihte bulunması halinde modern ve post-modern yöntemlerle müdahale yollarını açık tutmaktadırlar. Tahmin edileceği gibi, bu durum beraberinde vesayetçi demokrasi anlayışını getirmektedir. Vesayetçi anlayış, bireylerin olgunlaşmadığı, dolayısıyla kendi tercihlerini kendi başlarına yapamayacakları varsayımına dayanmaktadır. Vesayetçilik, halkı kendi haline bıraktığında “ya davulcuya ya da zurnacıya varacak” birisi olarak görme eğilimindedir. Oysa aşık olmak, doğal bir süreçtir. İnsanlar birileri hatta kendileri istedikleri için değil, aşk kendilerini buldukları için aşık olurlar. Bu anlamda demokrasi aşkı da bir sosyal ve siyasal mühendislik olayı değildir. Esasen, sosyal ve siyasal zeminin siyasetten temizlendiği, steril hale getirildiği bir vasatta insanların demokrasiye aşık olmaları da beklenemez. Demokrasi, tatlısu balığı değildir. Demokrasi aşkının yeşerebilmesi ve yerleşebilmesi, demokratik siyasetin özerkliğini sağlamaya bağlıdır. Bunun sağlanamadığı yerde, çoğunluğun yönetiminden dolayısıyla demokrasiden sözetmek mümkün değildir. İktidarın, çoğunluk yerine azınlıkta olduğu yönetime de dünyanın her yerinde oligarşi denmektedir.

1961 Anayasası’ndan bu yana, Türkiye’de demokrasinin yerleşmesinin önündeki en önemli engel paternalist anlayıştır. Kant, paternalist yönetimi “tasavvur edilebilen en büyük despotizm” olarak nitelendirmiştir.³ Halkı yeterince “çağdaş” kabul etmeyen paternalist anlayış açısından, yönetim “demos” (halk) a bırakılamayacak kadar ciddi bir iştir. Demokratik

² 12 Eylül’ü meşrulaştırmaya yönelik ifadeler, 1995 Anayasa değişikliği ile Başlangıç’tan çıkarıldığı halde, 61 Anayasasında 27 Mayıs’ı meşrulaştırma amacına matuf ifadelerde anayasanın yürürlükte kaldığı dönemde hiçbir değişiklik yapılmamıştır.

³ I. Kant, “On the Common Saying: “This may be True in Theory, but it does not Apply in Practice”, *Kant’s Political Writings*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), içinde, s.74.

siyasetin alanını belirleme işi, halkın iyiliğini düşünen devlet seçkinlerine bırakılmıştır. Başka bir deyişle, demokratik siyasetin alanı, siyaset dışı bürokratik unsurların müdahalesiyle gitgide daraltılmıştır. Siyasetin ve çoğunluk iradesinin bu kuşatılmışlığı, AB'ye uyum sürecinde gerçekleştirilen anayasal ve yasal değişiklikler ile kısmen esnetilmiş olsa da, fiilen devam etmektedir. Nitekim, Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'ye ilişkin 2004 İlerleme Raporunda, bu değişikliklere rağmen siyaset dışı unsurların siyasete müdahale ettikleri ve "gayriresmi mekanizmalar vasıtasıyla etkili olmaya devam ettikleri" vurgulanmaktadır. Ayrıca, Avrupa Parlamentosu'na sunulan ve Avrupa Komisyonu'nun 2003 İlerleme Raporu'nun değerlendirdirildiği 14 Mart 2004 tarihli raporda da Türkiye'de siyasetin kuşatılmışlığı, "batı demokrasilerinde görülmeyen ve başvuru (aday) bir ülke açısından da kabul edilemeyecek" bir durum olarak nitelendirilmiştir. Bu rapora göre "Türkiye'de reformlar ve onların uygulanmasına karşı direnen ve bürokrasi, ordu ve yargı içinde faaliyet gösteren güçlü birimlerin (derin devlet) varlığı açık"tır.⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal Bulmadığı Kararlarının Anlamı

AİHM'nin *Leyla ŞAHİN* kararından sonra artık yasal ve anayasal düzenleme yapılmayacağına dair görüş, siyasal ve hukuksal dayanaktan yoksundur. Evvela, bu görüş henüz kesinleşmemiş bir karardan yola çıkmaktadır. Büyük Daire'nin *Leyla ŞAHİN* kararı henüz sonuçlanmamıştır. İkincisi, karar kesinleşmiş olsa ve Daire kararı doğrultusunda sonuçlanmış olsa bile, bu durum yasal veya anayasal değişiklik yapmayı engellemeyecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hakları ve özgürlükleri korumada asgari bir güvence sağlamakta, bu asgari düzeyin üzerinde Taraf Devletlerin ayrıca koruyucu hükümlere yer vermesini teşvik etmektedir. Nitekim, Sözleşme'nin 53. maddesine göre, "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlayamaz veya onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz."

Sözleşme organlarının ihlal bulmadığı bir çok kararın ardından taraf devletler yasal düzenlemelerle başvuru konusu sınırlamayı kaldırmışlardır. Burada, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. madde ile ilişkili iki örnek vermek istiyorum. Birisi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun *X/Birleşik Krallık* kararıdır. İngiltere'nin Sihler dahil herkes için motosiklet kullanırken kask takma mecburiyeti getiren düzenlemesi Komisyon tarafından 9. maddenin ihlali olarak görülmemiştir. Buna rağmen İngiltere, dava devam ederken Sihleri kask takmaktan muaf tutan bir yasal düzenleme yapmış, daha sonra da aynı muafiyeti inşaat alanlarında kask takma uygulamasını da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Benzer şekilde, AİHM'nin ihlal bulmadığı 1996 tarihli *Valsamis/Yunanistan* kararından sonra da taraf devlet değişikliğe gitmiştir. Bu davada, Yehova Şahidi ebeveynin çocuklarını dini inançlarından dolayı "milli gün" yürüyüşüne göndermemesi gündeme gelmiştir. Bundan dolayı okul yönetimi tarafından çocuğa verilen disiplin cezasını Mahkeme, Sözleşme'yi ihlal edici nitelikte bulmamıştır. Buna rağmen Yunanistan, 1998 yılında Yehova Şahitleri'nin çocuklarını "milli gün" yürüyüşlerine katılmaktan muaf tutan bir düzenleme yapmıştır.⁵

Son olarak, AİHM'nin özgürlükleri sınırlayıcı kararından sonra yasama organının özgürlükleri genişletici yönde yasal/anayasal değişiklik yapamayacağı görüşü, Sözleşme'nin varoluş amacına da uygun düşmemektedir. Sözleşme, Giriş kısmında da belirtildiği üzere, Taraf Devletlerin, "bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını" yansıtmaktadır.

Sonuç yerine

Kanımca, AB Anayasası ile Türk Anayasası arasındaki çatışma bazı maddeleri değiştirmekle giderilecek kadar basit bir mesele değildir. Egemenliğin devri ve vatandaşların

⁴ Bkz. *Report on the 2003 regular report of the Commission on Turkey's progress towards accession*, (COM(2003) 676 – SEC(2003) 1212 – C5-0535/2003 – 2003/2204 (INI) (Rapporteur: Arie M. Oostlander), <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?L=EN&OBJID=72085&LEVEL=4&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=N#Content5b1840>.

⁵ Bkz. Zühtü ARSLAN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü*, (Ankara: LDT ve Avrupa Komisyonu, 2005), ss.67-69.

iadesi gibi teknik meseleleri aşmak görece kolaydır. Asıl mesele, anayasamızın ruhunu oluşturan siyasal felsefeyi ve bürokratik kurumların anti-demokratik alışkanlıklarını değiştirmektir. Devlet'in kutsandığı, bireyin hak ve özgürlüklerinin "temel milli yararlar" gibi muğlak ve hikmet-i hükümeti meşrulaştırıcı kavramlarla sınırlandırıldığı ve paternalist anlayışın egemen olduğu bir siyasal sistemle AB'nin liberal demokrasi anlayışını bağdaştırmak zor görünmektedir. Halkı önemli ölçüde siyasal sistemin ve karar alma mekanizmalarının "özne"si konumuna getiremeyen bir ülkenin demokrasiyi ve özgürlüğü temel değer olarak gören bir Birliğe uyum sağlaması imkansızdır.

Yapılması gereken aslında basittir. Öncelikle eleştiriye açık, birbirine tahammül edebilen, demokrasi ve özgürlükler ortak paydasında buluşan bireyler olarak esaslı bir ulusal özeleştirici sürecine girmemiz gerekmektedir. Sonra da AB Anayasası'nın üzerine bina edildiği adalet, hukuk devleti, demokratik katılım, sivil toplum, sivil iradenin üstünlüğü, şeffaf yönetim gibi değer ve ilkeleri retorik değerlerinin ötesinde ve kendi "özel" şartlarımıza uydurmadan anlamak ve uygulamaya çalışmak gerekir. Bunların yapılabilmesi de, her şeyden önce, siyasal hipokراسiyi, "miş gibi" yapma ve yasakçı anlayışlara ideolojik payandalar arama alışkanlığını terketmekle mümkündür.

Türkiye'de demokratik açığın kapatılması, siyasal iktidarın iktidar sahibi olmasından geçmektedir. Bu da kaçınılmaz olarak bürokratik iktidarın geri çekilmesine ve siyasetin bağımsızlığının sağlanmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, demokratik siyaset bir yandan bürokratik mekanizmaların kendi yetki ve görev alanları içerisinde kalmasını, diğer yandan da siyasal iradeyi temsil eden güçlerin neyi temsil ettiklerinin bilincinde olmasını gerektirmektedir. Diğer yandan AB Anayasası'nın mottosu olan "çeşitlikte birlik", çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışını ve devletin ideolojik tarafsızlığını gerektirmektedir. Kısacası, Türkiye'nin AB projesindeki yerini alması ve ona katkıda bulunması, hikmet-i hükümetten hukuk devletine ve sözde demokrasiden gerçek demokrasiye geçmesiyle mümkün olabilir.