

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA «DEMOKRASİ»

— sentetik bir deneme için notlar —*

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR**

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

(Sosyal herşey değildir, Hukuk da vardır)

BAŞLARKEN

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

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

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

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

(**) İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

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

82 Sisteminin «Zorlu Problem»ı, «Yönetilebilir - Yapılı Demokrasi» felsefesi yanında, İnsan Hakları yeni ideolojisini şekillendiren Avrupa «Üstün - Hukuklığı»ne ve «Devletsiz Hukuk»a açlığıdır.

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

S İ N O P S I S

B Ö L Ü M BİR

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

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

B Ö L Ü M İKİ

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

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

B İ T İ R İ R K E N

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

BÖLÜM BİR

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

«Mücadeleci Demokrasi, Yönetilebilir Demokrasi ve
Yönlendirilen Demokrasi.»

•Men feared witches and burnt women.
(İnsanlar cadıdan korkup kadın yakar)

Yargıcı Brandeis

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

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

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

(1) «Yönetilemezliğin» (Ingouvernabilité) analizleri İçin bk. M. Crozier, J. Watanuki, S.P. Huntington, The Crisis of Democracy, N.Y. 1971.

(2) Bk. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.9.1983, K. 983/803, Yargıtay Kararları Dergisi, 1983, s. 11, s. 1591 vd.

(3) 24 Ağustos 1985 tarih ve 18852 tarihli R.G., s. 37.

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

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

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

1982 Anayasası, toplu hürriyetlere getirdiği kayıtlamalar ve özellikle de «**dayanışma yasakları**» ile «**gruplar demokrasisi**»ni ve «**micro demokrasi**»yi reddederken sınırlı siyasi plüralizmin hukuk çerçevesini de çizmiştir (5).

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

-
- (4) Ancak not etmek gereklidir ki, «partiler rejimi»ni tasfiye etmek istiyen V. Cumhuriyet, Modern Fransa'nın en gelişmiş partizan sisteminin doğusuna sebep olacaktır. Bk. D. Mauss, «La Constitution Jugée par sa pratique. Reflexions pour un bilan» in O. Duhamel, J. - L. Parodi, éds, La Constitution de la Cinquième République FNSP, Paris 1985, S. 318.
 - (5) Bu konuda bk. İ. Ö. Kaboğlu, Kolektif özgürlükler, Diyarbakır 1989, s. 238 vd.; M. Mumcuoğlu, «2533 sayılı Kanunla siyasal partilerin kapatılması olayına bir değişik yaklaşım», in Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s. 349 vd.

zenlemiş, «siyasi alan»ı Anayasa İdeolojisine aykırı düşüncelere kapamıştır.

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

Schmit, «Weimar Anayasası»nın zaafını «politik anayasa» olmasına göre (7), ve «Politik anayasa anlayışı» «Militan Demokrasi» formülüünü şekillendirmiştir.

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

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

Anayasa Mahkemesi, engelle düzeltilmiş d'Hondt yönetimini getiren düzenlemeleri Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği 1968/13 karar sayılı kararından (9) sonra, 1984/2, 1988/1 ve 1988/18 karar sayılı Kararlarında geniş anlamıyla bir «siyasi konservatism»den kaynaklandığı söylenmese bile, yeni bir «Yönetilebilir Demokrasi» biçimini getiren tezi benimsemisti (10).

-
- (6) Politliğin Schmitt'ci tanımı için bk. Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State. A Sociological Introduction*, Hutchinson, London, 1978, s. 9 vd.
 - (7) Bk. Carl Schmitt, *La notion de politique, Préface de Julien Freund*, Calmann - Levy, Paris 1972, s. 59 vd., s. 86 vd., 161 vd.
 - (8) Anayasa Mahkemesi'nin 1983/2 karar sayılı Kararı, AYMKD., s. 20, 1985, s. 357 vd.
 - (9) Bk. AYMKD., S. 6, s. 125 vd.
 - (10) «Yönetilebilir demokrasi» (*démocratie gouvernable*) tezi ve Alman Federal Mahkemesinin seçim engeli ile ilgili kararı için bk. Walter Leisner, «La Conception du 'politique' selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle allemande», RDP., 1961, s. 754 vd.

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

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

I. MÜCADELECİ DEMOKRASI. POLİTİK ANAYASA VE «POLİTİK ALAN»IN SINIRLARI PROBLEMİ

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

Her anayasal sistem, sosyal bütününe potansiyel ya da gerçek bir uzlaşmazlık içindeki parçalarını, genel yararı temsil ettiği varsayılan bir Yönetim altında bırarada tutma ve denetleme prosedür ve teknikleri bütündür. Jürisprudansiyel anayasa da bu prosedür ve teknikler bütününe bir parçasıdır.

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

(11) Bk. J. Leca, «*Perspectives démocratiques*», in J. Leca, R. Papini, *Les démocraties sont elles gouvernables?*, Economica, Paris 1985, s. 173 vd.

(12) Bk. C. Leclercq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, Paris, 1982 (4. éd.), s. 121 vd.

Ancak bu ayırmayı nisbi bir ayırmadır. Federal Alman modeli bir parti yasaklaması rejimi Fransa'da yoktur ama, Fransız Anayasa Konseyi, millileştirmelerle ilgili, ilki 16 Ocak 1982 tarihli kararlarında, Anaya-sanın belli bir toplum modeli öngördüğünü ve değişimlerin de bu modelle sınırlı olduğunu açıklamıştır (13). Ayrıca eklemek gereklidir ki, Fransa'da «Politik alan teorisi» Conseil d'Etat Kararları ile kurulmuştur. Bu durumda, muhalefet hak ve hürriyeti teorisinin İnşaa şanı, öncelikle, jürisprudansiyel Anayasa hukukudur ve liberal-demokrasilerin problemi de Yargıcı Brandeis'in «Whitney v.California» davasında not etiği gibi, «cadıdan korkup kadın yakmama» problemidir (14).

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

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

1. Jürisprudansiyel anayasada «Devlet'i koruma teorileri» ya da «Politik alan»ın sınırları.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(18) 274 US 357. (1972).

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

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

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

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

Anayasa teorisinde Carl Schmitt «Weimar Cumhuriyeti»nin kendini inkâr edenlere «politik alan» açma eğilimini güçlü bir biçimde eleştirmiştir (22) ve bu eleştirinin izleri, «Weimar Bozgunu» sonuçlarına eklenerken, Bonn Cumhuriyeti'nin «Hür ve demokratik düzen»i tahrîbe yöneleri, politik alan dışı bırakılan anayasal ve yasal düzenlemelerinde kalmıştır.

Anayasal değerlerle sınırlı «politik alan» teorisi, II. ve III. Cumhuriyet Türkiye'si Anayasaları'nda da düzenleme konusu olmuş, Anayasa Mahkemesi, sınırlı politik alan teorisi ile düşünce hürriyetinin sınırları arasında yakınlıklar kurarak, sınırlı plüralizm anlayışının tipik örneklerinden birini vermiştir. Anayasa Mahkemesi II. Cumhuriyet'de, «Devleti koruma teorisi»nin ilk unsurlarını getirmiştir, III. Cumhuriyet Anayasası bu teoriyi pozitifleştirmiştir, başka kelimelerle, «Politika»nın Schmitt'ci anlamını düzenlemiştir.

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

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

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

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

Bu formülün, klasik liberal demokrasilerde Devletin ideolojik yanısılığı tezi ile ne ölçüde bağıdaştığı ayrı bir sorundur. Ancak eklemek gereklidir ki, **Sosyalist Parti Vakası**, parti yasaklamasında, problematigin, değişmekte olduğunu gösteren klinik bir vak'adır.

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

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

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

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

-
- (24) Cf. D. J. M. Soulard de Russel, «Aspects dogmatiques et critiques des droits fondamentaux constitutionnels de la République Fédérale d'Allemagne», RDP., 1980, s. 743.
 - (25) Bk. T. Burkett, «Germany 1948 - 1978 : Evolution of the Bonn Republic», Parliamentary Affairs, 1979, s. 176.
 - (26) Cf. D.P. Kommers, Judicial politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court. Sage, Los Angeles, 1976, s. 70 vd.; Murphy, Tanenhaus, Comparative constitutional law, op.cit., 32 vd.
 - (27) Not etmek gereklidir ki, Bonn Temel Yasası'nda, 1968 değişiklikleri ile geniş bir «**Kriz Hukuku**» düzenlemesi de yapılmıştır. Cf. M. Fromont, «Le problème de l'état de crise», RDP., 1969, s. 197 vd.; İD, «**RFA. Les modifications apportées à la Loi Fondamentale depuis 1949**», Pouvoirs, 17, s. 131 vd.

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

Politik alan nereye kadar kapatılabilir.

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

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

2. «Militan demokrasi»nin cihazlanması. Karlsruhe Mahkemesi Avrupa Hukuku ve Türk Anaya Mahkemesi Jürisprudansı profili.

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

Bonn Temel Yasası (Grundgesetz, GG.) Anaya Mahkemesi'ni, tanıdığı misyon ikiliği ile, temel hakların ve «**anayasal düzen**»ın koruyucusu yapmış, **Mücadeleci Demokrasi (Strebare Demokratie)** ya da, «**Militan Demokrasi**» cihazlanmıştır. Militan Demokrasi klasik liberal demokrasinin de sonudur.

(28) Bu kararlar için bk. M. Fromont, Chroniques, RDP., 1975, s. 109 vd.; 1977, s. 335 vd.; 1978, s. 400 vd.

(29) Haberleşmenin gizliliği vak'ası (1970) için bk. Murphy, Tanenhaus, Comparative constitutional law, op.cit., s. 659 vd.

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

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

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

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

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

Bonn Temel Yasası siyasi plüralizmin sınırlarını çizerken partilere, Yürütmenin düzenleme alanına giren yasaklamalara konu olabilecek dernekler karşısında, «**parti imtiyazı**» tanımı, siyasi muhalefe te anayasal teminat getirmiştir.

(31) Bk. 30 B. VerfGE 173 (1971) Cf. Murphy, Tanenhaus, Comparative Constitutional Law, op.cit., s. 538 vd.

(32) Federal Hükümet Anayasa Mahkemesi'ne müracaatla, SRP'nin ikinci başkanının, düşünce, toplanma ve örgütlenme hürriyetleri ile seçme ve seçilme haklarının kabarttırılmasına karar verilmesini istemiştir. Bu arada SRP, kapatılmış, hüküm giyen sanık siyasi hayattan çekilmiş, m. 18 GG. uygulamasının anlamını da kalmamıştır.

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

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

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

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

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

(33) Cf. J. D. Perret, *La liberté d'opinion face à l'Etat*, Neuchatel, 1968, s. 165 vd.

(34) Cf. J. C. Béguin, *le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA Economica*, Paris 1982, s. 85. Bk. Fromont, «Chronique», RDP., 1977, s. 351 vd. Benzer konuda Mahkeme kararını teyit eden bir başka karar için bk. Fromont, «Chronique», RDP., 1978, s. 1559 vd.

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

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

Komisyon kararı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni «Mücadeleci Demokrasi» değerleri ile okumanın tipik örneklerinden biri, yeni bir «Mephisto» kararıdır.

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

Son bir analizde, Mahkeme siyasi alanın anayasal yelpaze partilerince doldurulmasının, bu tehlikeyi sınırladığı görüşündedir, ama, parti yasaklaması rejimine ikâme yeni bir düzen de getirmiştir : Anaya terminolojisine yabancı «**Anayasaya aykırı eğilimli parti**» kavramı.

Karlsruhe Mahkemesi 22 Mayıs 1975 tarihli kararında, parti yasaklaması rejimini genişleteerek, «**Anayasaya aykırı eğilimli parti**» kavramını Anayasaya sokmuş ve yasaklanmayan bu tipe parti üyelerinin «**Anaya düşmanı**» sayılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır (36).

2.2. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında «mücadeleci demokrasi».

2.2.1. «Partilerin çerçevesi anayasal düzen teorisi»nin unsurları.

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

(35) Cf. A. B. McNulty, A. Eissen, «The European Commission of Human Rights. Procedure and jurisprudence», Journal of the International Commission of Jurists, 1958, 2, s. 198 vd.; K. Vassak, La Convention européenne des droits de l'homme, LGDJ., Paris 1964, s. 71 vd.; C. San, Bonn Anayasasına göre siyasi partilerin kapatılması, Ankara 1966, s. 38 vd.; M. Kiratlı, Alman Federal Anaya Mahkemesi, Ankara 1963, s. 41 vd.

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

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

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

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

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

(37) AYM 1965/40 karar sayılı Kararı.

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

2.2.2. İki anayasa vakası : Parti yasaklamasında anayasa ideo-lojisi Huzur Partisi Vakası ve parti yasaklamasında değişen problematik Sosyalist Parti Vakası.

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

Mahkemenin «**Sosyalist Parti Vakası**»nda verdiği karar ise, parti yasaklaması rejiminde problematığın değiştiğini gösteren klinik bir karardır.

Anayasa Mahkemesi'nin «**Sosyalist Parti Vakası**»nda verdiği kararın (39) anatomisi incelendiğinde, **Siyasi-ideolojik model**, ya da «**Temel yapı**» (basic structure) ve **Ekonomik model** şeklinde iki modelin birbirinden ayrıldığı görülmektedir.

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

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

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

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

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

(39) 1988/1 karar sayılı Karar.

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

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

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

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

(40) Bu konuda bk. G. Zagrebelsky, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour constitutionnelle italienne», in, L. Favoreu, Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, Paris, 1982, s. 303 vd.; L. Favoreu, «Droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983/mars 1986)», RDP, 1987, s. 473, vd.; F. Colly, «Le Conseil Constitutionnel et le droit de propriété», RDP, 1988, s. 193 vd.; P. Bon et al., La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, Paris, 1984.

Bu konuda ayrıca bk. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 23 Eylül 1982 tarihli Sporrong ve 8 Temmuz 1986 tarihli Lithgow kararları.

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

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

II. YÖNETILEBİLİR DEMOKRASI.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Cumhurlyet'in zorlamalı seçim sistemi, «istikrarsız koalition hükümetleri» uygulamasına radikal tepki örneğidir (45). Başka

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

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

kelimelerle siyasi sisteme eklenen protez, zorlamalı seçim sistemi, demokrasinin «*yönetilebilirlik*» şartı sayılmıştır.

II. Cumhuriyet beş genel seçiminin içinde çoğunluk partisi iktidarı kurulamamış ve Milletvekili seçimi Kanun tasısını hazırlayan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda, «İstikrarsız koalisyon hükümleri devri»ne tepki olarak, «yeni konacak seçim sisteminin her şeyden önce mümkün olduğu ölçüde istikrar sağlamaya elverişli olması fikri benimsenmiş... ufak partilerin yasama meclisinde temsilini önlemek için baraj konulması gereklili görülmüş»tir.

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

Anayasa mahkemelerinin seçim düzeni ile ilgili kararlarında iki farklı tezi benimsedikleri görülmektedir: Ölçülük prensibine bağlı kalarak «Yönetilebilir demokrasi» tezini benimsemek ya da önceliği «eşit seçim prensibi»ne tanıarak, «çok partili siyasi hayatı ve partilerin serbestçe faaliyyette bulunması prensibi»ni korumak. III. Cumhuriyet'te Türk Anayasa Mahkemesi 70'li yıllar havaletinin etkisinde ikinci tezden birinci teze geçmiştir ama seçim düzenini düşünürken, yeni teknolojinin «*Yönetim mekanizmalarında tıkanmaları önlemeye amacı*»nı gerçekleştirmede «ölçülük prensibi»ne, «demokratik toplum» anlayışına bağlı kalıp kalmadığı zorlamazlık seçim sistemlerinin hükmümet istikrarsızlığının tek «günahkârı» olup olmadığı sorularını da cevaplamak gerekecektir. Bu soruların cevap unsurlarını Alman Federal Anayasa Mahkemesi «*Bavyera Partisi Vakası*»nda getirmiştir.

(46) Bk. H. S. Türk, «Seçim sisteminde değişiklik yapılmasına ilişkin bazı öneriler», in Kanunu Esası'nın 100. Yılı Sempozyumu, Ankara 1978, s. 377 vd.

2.1. «Weimar Hayaleti»nden «Yönetilebilir demokrasi» tezine, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Bavyera Partisi Vakası.

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

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

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

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

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

Kısaca, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, «Yönetilebilir demokrasi» modelinin gerçekleşmesinde siyasi karar yapı ve mekanizmalarında rasyonelleştirici formüllerin yeterli olmadığı, seçim sisteminin de bu mantık içinde düzenlenmesi gerektiği tezini benimsemiş-

(47) 6 B. VerfGE 84 (1957) Bk. Murphy, Tanenhaus, Comparative Constitutional law, op.cit., s. 578 vd.

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

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

tir (50). Bu anlayışta seçimlerin bütünlüğünü özelligi yönetilebilirliğin, ölçülüük prensibi ise demokrasının korunmasında önemli görülmüşür.

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

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

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

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

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

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

(50) Cf. AYM. 1968/13 karar sayılı Kararı. AYMKD., S. 6, s. 125 vd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(53) Cf. Anayasa Mahkemesinin, II. Cumhuriyet'de siyasi partilere Devlet yardımı ile ilgili kararları; 969/14 ve 971/13 karar sayılı kararlar. Not etmek gereklidir ki, Anayasa Mahkemesi'nin İptal kararları Anayasa ile etkisizleştirilmiştir. Bu konuda ayrıca bk. Y. G. Özden'in 1988/1 karar sayılı karara ekli ekli karşı oy gereğçesi.

seçilme hakkını koşula bağılsa da, AMACI OYLARIN GEREĞİN-DEN FAZLA BÖLÜNMESİNE ÖNLEYEREK İSTİKRARI SAĞLAMA-YA YÖNELİK olduğundan, halkın özüne dokunmadığı gibi, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı değildir».

«... Anayasa'nın Başlangıç'ta ki amaçlarından biri de DENGİ VE DÜZEN içinde uygar bir yaşamıdır. BU SONUCU SAĞLAMAK KİMİ... SINIRLAMALARI ZORUNLU KILACAKTIR».

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, insan haklarını sınırlayabilecek «Amaçlar»ı anayasallaştırırken, «Yerindelik denetimi»ne de imkân hazırlamaktadır.

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

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

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

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

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

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

(54) Cf. F. Sudre, Droit International et européen des droits de l'homme, PUF, Paris 1989, s. 9; L. Cohen - Tanogl, Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique, PUF., Paris 1987.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Karlsruhe Mahkemesi 1960 yılında, «Anaya şikayet» yolu ile baktığı davada, gençliğinde General Ludendorff başkanlığındaki radical-milliyetçi harekete katılmış, III. Reich'in çöküşünden sonra takma adla Alman Federal Cumhuriyeti istihbarat teşkilâtında görev almış ve gizli belgeleri Sovyet işgal bölgесine sızdırılmış ve yargılanarak hukum giymiş davacının, hükmün infazı sırasında tanıtınamazlık propagandası yaptığı ve karşılığında tütün verdiği gereklisi ile tahliye talebinin reddi kararını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme'ye göre Temel Yasa her türlü inanç ifadesini korumaz. Korunan, medeni-ahlaki değerler çerçevesinde kalan inanç ifadeleridir (56).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(57) Bk. R. Pelloux, «Trois problèmes de société devant la Cour européenne des droits de l'homme», AFDİ., 1977, s. 494 vd.; V. Berger, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op.cit., s. 75 vd.

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

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

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

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

Anayasa Mahkemesi, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile, Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinin doğştırılması ve 1117 sayılı Kanuna ek maddeler ilavesine dair 3266 sayılı Kanunun iptali için açılan davada, «demokratik hak ve özgürlükler içinde önemli bir yer işgal eden basın özgürlüğünü zedelememek, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan öğesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayılardan korumak zorunluluğu(nun)... çağdaş bir kaygıya dönüştüğü»nu ve bu «gerekli ve duyarlı dengeyi» kurmak ve korumanın «önemi inkar edilemeyecek bir Anayasa problemi» halini aldığınot etmiştir.

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

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

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

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

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

bakanlık Bünyesinde kurulan Kurulun, kuruluş tarzı ve yetkilerine, dacının itirazını yerinde bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Kurul üyeleri, olaya toplumda geçerli olan ve genel nitelik kazanan ortak ahlaki değerler açısından yaklaşmak ve görüşlerini buna göre oluşturmak» zorundadır.

1.2.3.2. «İffetsiz Kadınlar» Vakası ya da özgürlüklerde bozulma ölçüsü.

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

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, «eşitliği bozduğu iddia edilen kural **haklı bir nedene** dayanmakta veya kamu yararı amacı ile yürürlüğe konmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez». Anayasa Mahkemesi, 1989/3 karar sayılı Karara konu olan «İffetsiz Kadınlar Vakası»nda, iffetsiz kadınlara karşı gerçekleştirilen eylemlerde, «bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlar kadar **bozulmuş** sayılamaz» sonucuna varmış ve ceza indiriminin haklı nedenini «**özgürlüklerde bozulma ölçüsü**»nde bulmuştur.

Not etmek gerekir ki, «özgürlüklerde bozulma ölçüsü», jürisprudansiyel anayasa hukukunda, «Hukuk-ötesi değerler»le kurulan yeni bir «ölçü»dür.

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

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

Son bir analizde Avrupa üstün-hukuklığında, ahlaki değerlerin korunmasında takdir yetkisi mutlak, sınırsız değildir. Pozitif hukuku

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

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

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

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

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

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

Eklemek gereklidir ki, 1982 Anayasası'nın «Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması»nı düzenleyen ve yeni bir «kriz yasallığı» getiren 15. maddesinde «kişinin... maddi ve manevi var-

(62) Bk. 1982 Anayasası, m. 5.

(63) Bk. İspanyol Anaya Mahkemesi 26/1983 karar sayılı kararı, Cf. M. S. Moron, «Le système de protection des droits fondamentaux et libertés publiques en Espagne», JÖR, 1986, s. 149 vd.

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

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

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

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

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

(64) Millî ve millî-üstü planda haklar, koruyucu fonksiyonlarına bağlı olarak hiyerarşileştirilmiş ve insan haklarının «**sert çekirdeği**» 1982 Anayasası'nın 15 maddesinde düzenlenmiştir. Olağanüstü hallerde bile «**kullanılması durdurulamayan**» bu hak ve hürriyetler, İnsan Hakları Deklarasyonlarında da bu karakteristikleri ile tanımlanır. 15. maddenin ikinci fıkrusuna göre, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşüncce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(67) İsviçre hukukunda «yazısız Anayasa hukuku prensibi» sayılan oranlılık prensibi uygulamaları İçin bk. ATF 94/492, 496; 96/234, 242. Ayrıca bk. E. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969, s. 190 vd.; grisel, *Droit administratif suisse*, Neuchatel, 1970, s. 40 vd.; G. Braibant, «Le principe de proportionnalité, In Mélanges Waline», op.cit., s. 297 vd.; Adank, *La coexistence des libertés*, Neuchatel, 1980.

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

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

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

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

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

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

Bu metodlardan ilki, her temel hakkın yaşamaya maddileştirilmeden önce kavramsal olarak varoluğu ve *opinio juris*'n, normatif hal öncesinde ifadesini bulan bu hak ve hürriyetin muhtevasını tayin ettiği varsayımlı üzerine kuruludur.

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

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

1982 Anayasası'nın «Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanılmamasını düzenleyen 13. maddesi ise ikili bir resepsiyon, normatif (İnsan Hakları Avrupa Konvensiyonu) ve jürisprudansiyel (Strasbourg

(69) Bk. K. Schlaich, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel fédéral allemand», in Favoreu, éd., Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux, Economica, Paris 1982.

(70) AYM. 1963/1 karar sayılı Karar.

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

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

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

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

Ancak Anayasa Mahkemesi, hak ve hürriyetler «ÖZ»ünün tesbitinde, ilk kararlarından başlayarak uyguladığı «**kullanılabilirlik testi**»ni muhafaza etmiş ve «**özü demokratik toplum**» kavramı içinde düşünmüştür (74).

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

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

-
- (73) Anayasal prensipler konusunda bk. A. Grisel, «*Droit public non écrit : droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles Générales*», in Mélanges Max Imboden, Bale, 1972, s. 139 vd.
- (74) Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da hürriyetlerin hangi anlayış içinde düzenlendiği konusunu incelediği «*Polis Vakası*»nda, «Anayasanın esprisi»ni bir sacak üzerine kurmuştur: Temel prensip: m. 12; Hürriyetlerin korunması ve kullanılmasının sağlanması: m. 5; Hürriyetlerin sınırlandırılması: m. 13. Anayasa Mahkemesine göre, «Hürriyetler ancak, istisnal olarak ve **demokratik toplum düzeninin sürekliliği** için zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilir... Temel Hak ve Hürriyetlerin özüne dokunup kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, **demokratik toplum düzeni** gereklileri ile uyum içinde sayılamaz». Hürriyetlere getirilen kısıtlamaların «Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan temel ilkelere de uygun olması gereklidir.
- (75) Bu önemi Anayasa Mahkemesi de kabul etmektedir. Bk. «*Türkiye Raporu*», in Anayasa Yargısı, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (27 Nisan 1987 Lizbon), Ankara 1988, s. 205 vd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«Özgürlekçü olmak yanında **Hukuk Devleti** olmak ve **Kişiyi önde planda tutmak** da aynı «sistemin unsurlarındandır.

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

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

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

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

(78) 16 Mayıs 1989 t., 20167 s. RG.

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

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

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

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

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

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

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

(80) Bu konuda özellikle bk. G. Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention Européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Belilos du 29 Avril 1988», in, Revue générale de droit international public, 1989, s. 274 vd.

(81) Bk. G. Cohen-Jonathan, «Sur quelques aspects récents de l'activité de la Cour européenne des droits de l'homme», in, Rev. trim. dr. europ., 1989, s. 153 vd.

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

Hak ve hürriyetler hukukunun liberalleştirilmesinde, parlementoların hareketsiz kalması durumunda, bu misyonu yargıç üstlenecektir. Hürriyetler hukukunun, bugün, bir «Devletsiz Hukuk» olmasının anlamı da budur. 1982 Anayasası'nın 138. maddesine göre, «Yargıcılar, Anayasaya, kanuna ve Hukuka uygun olarak karar verirler» ve 138. madde mantığı, Anayasa'nın 15. maddesi ile birlikte düşünülür ise, yargıçın kanunu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne uygun yorumuna da imkân tanır. Farkında olunsun ya da olunmasın, Türk hukuk sisteminde, insan hakları yeni ideolojisine ulaşma kanalları açılmıştır. «Yargıcılar Cumhuriyeti»nin demokratik meşruiyetini sağlayacak olan da bu kanalların kullanılmasıdır.

Bugün, plüralist demokrasilerde, sosyal uzlaşmazlıkların çözümlenmesinde, Hukuk Devletinin gelişmesini ve somut bir muhteva kazanmasını sağlayan Jürisprudansiyel politika, önemli bir rol oynamaktadır.

2.4. Hukuk Devletinin muhtevası somutlaşırken -Ölçülülük Prensibi-

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

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kamu hürriyetlerine Devlet müdahalesine sınırlamada da Hukuk Devleti kavramından yararlanmaktadır; bu sınır Alman İdare ve Anayasa hukuklarına hakim olan «ölçülülük» ya da «oranlılık» prensibidir. Bu prensip üç kriterden meydana gelir: Müdahale, temel hakların sınırlanılmasını doğrulayan kamu yararını teminat altına almaya elverişli olmalıdır; yasa koyucu ya da idare fertlerin temel haklarına çok daha sınırlı bir müdahale ile kamu yararını sağlamaya imkânına sahip olmamalıdır; kamu yararı müdahale edilen özel yarardan çok daha önemli olmalıdır. Oran-

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

İlilik prensibi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (83) ve Avrupa Toplulukları Mahkemesi, Alman hukuk alanından, Avrupa hukuk alanına taşımış, 1982 Anayasası da aynı prensibi Türk Anayasaya hukukuna sokmuştur.

Türk Anayasası Mahkemesi de Avukatlık Kanunu ile ilgili 1989/27 karar sayılı kararında;

«Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili 'ölçülülük' temel ilkesi'nin alt ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını tesbite yönelik 'elverişlilik', sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunlu-gereklilik', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmeden belirleyen 'oranlılık' ilkeleriyle çatışan sınırlamalar...» kriterini kullanmıştır.

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

Kriz hukukunda hak ve hürriyetlerin durdurulması ve kazai denetimin sıfır noktası tartışması, Anayasa'nın 121 ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda (84), verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan ve 2935 sayılı Kanun'la 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı maddelerinde değişiklik yapan 413 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden gündeme gelmiştir.

«Kriz yasallığı», hak ve hürriyetler hukuki teminatını kayıtlama formülüdür (85). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesinde düzenlenen kriz formülü 1982 Anayasası'nda normatif resepsiyon konusu olmuştur (86).

15. madde ile önce, hak ve hürriyetlere getirilen kriz kayıtlamaları ve sınırları düzenlenmiştir. Kriz kayıtlamalarına getirilen sınırlar

(83) Cf. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside, Série A, no. 24; 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times, Série A, no. 30; 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri, Série A, no. 28 kararları.

(84) Olağanüstü Yönetim usulleri konusunda bk. E. Özbudun, Türk Anayasası Hukuku, Ankara 1989 (2. baskı), s. 329 vd.

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

(86) Cf. M. Soysal, «İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği», in Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 37 vd.

İki prensip üzerine kuruludur. İlk prensip Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemeye kaydi, ikinci prensip ise ölçülüük prensibidir. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine, Milletlerarası hukukun genel prensipleri yanında, özellikle konvansiyonel hukuktan, Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükler girer.

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

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

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

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

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

Lawless, tutukluluk süresi içinde hâkim önüne çıkarılmamasının İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu'nu ihlal ettiği gerekçesi ile Komisyon'a başvurmuştur.

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

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

(88) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op.cit., s. 113 vd.

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

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

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

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

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

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

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

-
- (90) Lawless vakası için bk. P.O'Higgins, «The Lawless Case», Cambridge Law Journal, 1962, s. 234 vd.; R. Pelloux, «L'arrêt de la Cour européenne des droits l'homme dans l'affaire Lawless», AFDI., 1961, s. 251 vd.; J. Velu, «Le contrôle des organes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exceptions dérogeant à cette Convention», in Mélanges Rolin. Problèmes de droit des gens. Pédone, Paris 1964, s. 462 vd.
- (91) Bk. J.M. Kelly, The Irish Constitution, op. cit., s. 162 vd.; F.W.O'ren, «Judicial review In France, Switzerland, and Ireland», IPSA, Paris 1985, s. 7.
- (92) Bk. J.L. Kapur, «An Anomaly in the Indian Constitution», JÖR, 29, s. 616 vd.; C. Pasbecq., «L'inde d'une urgence à l'autre», RDP, 1977, s. 1253 vd.

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

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

Ancak not etmek gereklidir ki, 82 Sisteminin «Zorlu Problem»ı, Yönetilebilirlik felsefesi yanında, insan hakları yeni ideolojisini şekillendiren Avrupa «üstün hukuklığı»ne ve «Devlet'siz Hukuk»a açıklıdır. Ve hangi demokrasi sorusunun cevabı bu «Zorlu Problem»ın çözümüne bağlıdır.

BÖLÜM İKİ

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

«Yaşlı Potez 25'leri uçurmak» (93).

Krizle uyarlama, parlamenter sistemlerin bünyesel özelliğidir, ama hükümet krislerinde sayısal artış başlangıç ve çözümleri arasında sürenin uzaması rejim-içi krizden, rejim krisine geçişin şartlarını da hazırlar. III. ve IV. Cumhuriyet Fransası, Weimar Almanyası ve İtalyan Cumhuriyeti'nden sonra çoğulksuz parlamenter rejimlerin tipik örneklerinden biri olan II. Cumhuriyet «bis»da (94) hükümetler, Maranini'nin partitokratik sistem olarak nitelendirdiği İtalya benzerinde, «çoğunluk partisi krizi», soğuk kris (crise fredda) ya da parti desteğiinin çekilmesi «partiler krizi» (crise partiticha) sonunda görevden ayrılmak zorunda kalmışlardır. 1961 Anayasa koyucularının çoğuluk korusu ile getirdiği düzenlemeler, sonunda partitokrasiyi koaylaştırmıştır.

-
- (93) M. Duverger, «Olayların öteki yüzü» adlı kitabında, III. ve IV. Fransız Cumhuriyetleri'ni, uçma yeteneklerini kaybetmiş, ancak yerde sürüklenip un ufak olan yaşlı «Potez 25» lere benzettikten sonra, yarı-prezidansiyel modeli, Cumhuriyetlerin zaafyetini giderebilecek kurumsal çözüm olarak önermiştir. Yetkilendirilmiş Devlet Başkanı formülü getiren, «Başkanlı parlamenter sistemler»de bu problematik içinde yer alır. Başka kelimelerle, başkanlı parlamenter sistem, «Potez 25»leri uçurma formüllerinden biridir.
- (94) II. Cumhuriyet'de «consensus krizi»ni, partiler sistemi çözmede yetersiz kalmış, «12 Mart Rejimi»nin 1971 ve 973 Anayasa değişiklikleri ile gerçekleştirdiği ve Anayasa Mahkemesi muhalefeti ile karşılaşan radikal revizyonizm, «II. Cumhuriyet-bis-i tescil etmiştir. Cf. M. Soysal, Anayasanın anlamı, İstanbul 1986 (6. baskı), s. 115 vd. Başka kelimelerle II. Cumhuriyet anayasal revizyonizmi, bir «Konsolidasyon revizyonizmi» değil ama bir «mütasyon revizyonizmi»dir. Bu ayrılm için bk. E. Jos, «Le réformisme constitutionnel parlementaire», RDP., 1988, s. 717 vd.

III. Cumhuriyet «Devlet fikri»nin yeniden inşaası projesi üzerine kurulu Anayasası, başkanlı parlementer yapıyı partitokratik Trauma-nın hazırladığı iklimde getirecek, Devlet iktidarı (95) partizan iktidar karşısında bir fren ve karşı-ağırlık, olağanüstü hallerde ise ikame iktidar sayılacaktır.

«82 Formülü»nün özelliği, Sivil toplum güçlerinin sistem krizini gözmede yetersiz kalmaları halinde, Devlet cihazını yedek güç olarak düzenlemiş olmasındadır.

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

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

Liberal demokrasilərden farklı kurulan Sivil Toplum - Devlet mü-nasebetleri, Demokrasiyi, «**Kuvőzdeki Demokrasi**», Anayasayı da bu demokrasisinin Anayasası yapmıştır.

«II. Cumhuriyet Hayaleti» etkisinde kurulan, «**Demokrasi**» «Baş-kanlı» - «**Yapılı**» ya da korseli ve protezli demokrasidir. Anayasa Mah-kemesi'nin Siyasi «**Çevre**» formülü budur.

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

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

Iktidar yapısında «82 Formülü», Türk anayasa teorisinde farklı dü-sünülmüştür. Bu farklılığın sebeplerinden biri, 82 Anayasası ile par-lamenter sistemin «Başkan»laştırılmış olmasıdır. Bu durumda Ana-

(95) «**Devlet iktidarı**» kavramı için bk. G. Burdeau, «La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 Octobre 1958» RESP., 1959, s. 88 vd.; J.L. Quermonne, «La notion de pouvoir d'Etat et le pouvoir présidentiel sous la V. République», in Etudes offertes à L. Hamon, Economica, Paris 1982.

yasa'nın iki farklı okuması yapılmıştır; Anayasayı «Devlet Başkanı»n- dan kalkarak okumak ve Anayasayı, «Parlamento»dan kalkarak okumak.

Anayasayı «Başkan»dan kalkarak okuyanlar, Sisteme, adı konmuş «**Presidencialismo**» demişlerdir. Devlet Başkanında iktidar temerküzü, anayasa teorisinde, Başkanlık sisteminin bozulması olarak görülmüştür (96).

Anayasayı «Parlamento»dan kalkarak okuyanlar ise, Sisteme, «Zayıflatılmış parlamentarizm» ya da sadece parlmenter demişlerdir.

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

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

Başkanlı parlmenter sistem'in «ZORLU PROBLEM»ı, bu iki iktidar «sit»li sistemde, iktidarlar arasındaki münasebet problemidir.

Problem, kurumlar planında düşünülürse, Sistemde ya da çoğuluk iktidarı bünyesinde kriz meydana gelmemesi durumunda, Partizan iktidar ve parlamentarist vektörün üstün geleceği, Devlet Başkanının, Avusturya tecrübesinde görüldüğü gibi, silineceği, Kriz durumunda ise, Devlet Başkanı rolünün ve Prezidansiyel iktidarın yeniden keşfetilerek, rezervdeki anayasanın, ya da Sistemin ikinci mantığının devreye gireceği söylenebilir. Olağanüstü'nün Olağanlaşlığı, Türk siyasi-anayasal sisteminde rezervdeki anayasanın devreye girme istadı da çok yüksektir (99).

Ancak problemi sadece kurumlar sisteminde düşünmek yetmez, kurumlar pratiğini şekillendiren parti sistemini de hesaba katmak ge-

(96) Bu konuda bk. R. Moulin, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*, LGDJ., Paris 1978, s. 35 vd.

(97) Bu konuda bk. B. Çağlar, *Anayasa Bilimi*, İstanbul, 1989, s. 286 vd.

(98) Bu konuda bk., M. Duverger, éd. *Les régimes semi-présidentiels*, PUF., 1986.

(99) Türk anayasai sisteminde sıkı yönetim uygulamaları konusunda bk., Z. Üsküld, *Siyaset ve asker*, İstanbul, 1989.

rekir. Bu durumda iktidarlar arası münasebeti'de farklı kavramak gerecir.

III. Cumhuriyetin ilk yıllarda, korseli ve protezli sistemde teşekkür eden parlamento çoğunluğu ve Hükümeti, 82 Sistemi'nin birinci mantığı, Partizan İktidar ve «**Başbakan Demokrasisi**»ni, potansiyel mantık olmakdan çıkartıp, gerçek mantık haline sokmuş, Sistem «Başkansız»laşmıştır. Kurumlar pratiği Anayasayı, birden çok çalığının birlikte yada peş peşe icra ettikleri bir senfoni concertant kompozisyonu olmaktan çıkartıp, Parlamentonun orkestrayı meydana getirdiği, sadece Başbakan İçin concerto partisyonu haline sokmuştur.

Bu değişmenin önemli sonuçları olacaktır.

Partilerde, Siyasi sisteminkine benzer bir iç-iktidar yapılanması şekillendiği bilinmektedir; Başbakan demokrasisi, İktidar partisinin de «**Monokratik Parti**» yapacaktır. Parti yapı ve pratiklerine «**Başbakan modeli**»nın yayılması, Parlamentonun çalışma usullerini de etkilemiş ve Parlamentoyu, «**A manos levantadas, rápidez asombroza**» (Eller havada, akıl almaz süratle) çalışan bir mekanizma haline sokma istadı: taşıdığını göstermiştir.

Jürisprudansiyel anayasa hukukunda, Kanun Hükmünde Kararname normatif devresi üzerinde yargışal zorlamaların azaltılması, «**Fon Ekonomisi**» ve buna bağlı yeni İktidar «**Sit**»lerinin kurulmasını kolaylaştırmaya, ekonomik politikanın yasasızlaştırılması, parti-içi yeni yapılanmayı ya da partilerde monokratikleşme istadadını kayıtlamama politikası (100), III. Cumhuriyet'in ilk yıllarda, «**Başbakan demokrasisi**»nın kuruluşunu kolaylaştırmıştır. Bugün ise, «**Başbakan Demokrasisi**»nın sonbaharı yaşanmaktadır. Cumhurbaşkanı seçiminden sonra Anayasa farklı okunacaktır. «**Başkanın Partisi**» formülü «**Başbakan Demokrasisi**»nden «**Cumhurbaşkanı Demokrasisi**»ne geçiş hazırlamıştır.

(100) SPK. 37. madde düzenlemesi, 28.3.1986 T. ve 3270 S. Kanunun 9. maddesi ile değiştirilerek, 37. madde kuralı «esnek hale getirilmiş», zorunlu ön-seçim formülü terk edilerek aday tesbiti usulü partiler tercihine bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1987/11 sayılı Kararında, «aday tesbiti parti-içi konu» görüşüne yakınlasmış ve 9. madde düzenlemesini ön-seçimi «tümüyle dislamladığı» gerekçesi ile Anayasaya aykırı bulmamıştır. Ancak, aday tesbitinde parti politikası formülünden, 3403 s. Kanunun 8. maddesi ile ön-seçim yasağı formülüne geçilmiş, Anayasa Mahkemesi 1987/27 karar sayılı Kararında, partiler iç-düzenine, demokrasi ilkelerine aykırı biçimde müdahale gerekçesi ile 8. madde düzenlemesini Anayasaya aykırı bulmuştur.

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

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

Parlamentoların çoğunluksuzlaşması ve hareketsizleşmesi durumunda Anayasa Mahkemeleri, bir çeşit «yasama ortağı» ve hatta kısmi bir «yasa koyucu» olmaktadır.

Anayasa Mahkemelerinin «İkame yasa koyucu» rolünü üstlenmemesine verilebilecek iki tipik örnekten ilki, İtalyan Anayasa Mahkemesi, ikincisi, II. Cumhuriyetin parti ufanınma endekslerinde yükselme ile eşzamanlı Türk Anayasa Mahkemesi politikalarıdır.

1982 Anayasası'nın m. 153. 2.sinde «Anayasa Mahkemesi... **kannun koyucu gibi hareketle**, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hukum tesis edemez» kuralı, bu politikanın korkutucu hayaleti altında getirilmiş ve bu kural Anayasa Mahkemesi'nin jürisprüdansiyel politikasını derinden etkilemiştir.

Parlamentoların çoğunluklulaşması durumunda, özellikle de eksik muhalefetli frensiz ve karşı-ağırlıksız sistemlerde, Anayasa yargısı muhalefetin ihtiyaç duyduğu karşı ağırlığı sağlamakta, Anayasa Mahkemelerinin «**İkame Hukuk Muhalefeti**» olma misyonu öne çıkmaktadır.

III. Cumhuriyet'de Türk Anayasa Mahkemesi, 1980'li yıllar traumasından uzaklaştıkça bu misyonu yüklenme istadı göstermektedir. Başbakan Demokrasisi'nin ilk 5 yılında eksik muhalefetin tahrik ettiği dava sayısı elliilere yaklaşırken, karara bağlanan davalarda iptal oranı % 60'ları bulmuştur.

I. 1982 ANAYASASI'NIN GİZLİ MANTIKLARI (I) YA DA DİARŞIK İKTİDAR YAPISINDA YENİ DENGELER TEŞEKKÜLÜ VE JÜRİSPRÜDANSİYEL ANAYASA

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

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

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

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

82 Anayasası'nda İktidar yapısı ile ilgili farklı bir tezi, E. Özbudun getirmiştir. Özbudun, 82 Sistemine, Fransız literatüründen esinlenerek «**Zayıflatılmış Parlementarizm**» (Parlementarisme atténué) adını vermiştir (104). M. Soysal ise, 82 Anayasası'nın klasik parlementer sistem şemasına köklü bir değişiklik getirdiğini yazmıştır. İktidar cephesinde değişen bir şey yok tezi, 82 Formülü ile ilgili üçüncü tezdir (105).

Bu üç tezin basit varlığı dahi, anayasaların farklı okunabileceğini göstermiş, klasik şemaların 82 Formülü çözmede sınırları düşündürmüştür.

Anayasalar şifreli metinlerdir ve her anayasada İktidat yapısının gizli mantıkları vardır.

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

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

-
- (102) Bk. L. Duran, «*Türkiye'de anayasa yargısının işlevi ve konumu*», in *Anayasa yargısı*, Ankara 1984, s. 57 vd.; —İD., «*Türkiye'nin Siyasi Rejimi*», *Yeni Gündem*, Mayıs 1985; B. Tanör, *İki Anayasa*, İst. 1986, s. 120 vd.
- (103) L. Duran, «*III. Cumhurtyet'in 'Yürütmesi' : Kuvvetli İcra mı, Klîşel İktidar mı?*», in Savci'ya Armağan, Ankara, 1988, s. 232 vd.
- (104) E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 1986, s. 310 vd.
- (105) M. Soysal, *Anayasanın Anlamı*, İst. 1986, s. 282 vd.

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

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

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

Bir ilk tesbitle göre, III. Cumhuriyetin ilk yıllarda Hükümetin zorlama istidatı yükseltirken, Anayasa Mahkemesi kararları zorlama istidadında düşmeler olmuştur (107).

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

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

•AYM.sı AY'ya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kaldırmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranışarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde huküm kuramaz... bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değerlendirilmesini sağlamak için de iptali istenilemez». (1989/4).

•AYM.sinden ancak AY'ya aykırı olan bir yasa hükümlünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde AY'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre, bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleri ile düzeltmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi AY'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır.» (1989/18).

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

82 Anayasası İktidar yapısında kullanılan formül, her şeyden önce TEMERKÜZ FORMÜLÜ'dür ve bu formülde Üç ayrı teknik kullanılmıştır: Başkanlığaştırma, rasyonelleştirme ve çoğunluğaştırma teknikleri.

Devlet Başkanı, devlet cihazlarına dayalı bir «Devlet İktidarı» kullanma hukuki imkânına sahiptir (Başkanlığaştırma tekniği); parti ufanmasının Sistemi bozucu etkilerini gidermek için, Parlamentoda politika, bir hukuk koresine sokulmuş, rasyonelleştirilmiştir (Rasyonelleştirme tekniği); Parlamentoyu çoğunluklulaştırmak için, zorlamalı seçim tekniği ile Sisteme bir protez eklenmiş, zorlamalı seçim tekniği parlamentoyu çoğunluklulaştırırken, muhalefeti uفالamıştır (Çoğunluklulaştırma tekniği).

Burada sorulması gereken soru, bu üç teknik arasındaki müna-sebetlerin neler olduğu sorusudur. Bu sorunun basit cevabı, korseli ve protezli sistemin kritik işlemesinin durumunda, sistemin fiilen başkansızlaşacağı, korseli-protezli sistemin kritik çözmede yetersiz kalması durumunda ise, Devlet Başkanının, İKAME İKTİDAR olarak devreye gireceğidir.

III. Cumhuriyet'in ilk yıllarda, korseli ve protezli sistemde kurulan Parlamento-çoğunluğu ve Hükümeti, 82 Sistemi'nin birinci mantığı, BAŞBAKAN DEMOKRASI'sını, potansiyel mantık olmaktan çıkarıp gerçek mantık haline sokmuş, Sistem «Başkan»sızlaşmıştır. Ancak 1982 Sistemi'nin geçici «Başkan»sızlaşması sistemin ikinci mantığını tahrif etmiş değildir. Bunun da ötesinde, 26 Mart yerel seçimleri «Hakim Parti»nin ufanma istadı taşlığıını göstermiş, «Başbakan Demokrasisi»nin Sonbaharı, sistemin ikinci mantığını gündeme getirmiştir.

III. Cumhuriyet'in zorlamalı seçim tekniği, Parlamentoda çoğunluk sağlamak için gerekli en düşük oy oranını, liberal demokrasiler % 41 minimum standartının altına düşürerek, Sistemi ÇOĞUNLUKLULAŞTIRMIŞ ve muhalefeti uفالamıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarda teşekkül eden «Başbakan Demokrasi»sında yeni iktidar «Sit»leri üstün zorlama istadılmasına sahip olmuştur.

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

2. **Başbakan demokrasisi ve jürisprüdansiyel anayasa hukuku : Parlamentosuz Politika ve Sınırıları. Fon Ekonomisinden Kanun Hükmünde Kararnameler Hukukuna.**
 - 2.1. Anayasa Mahkemesi kararlarında «Fon Ekonomisi» : Sistemin merkezsizleşmesi ya da Parlamentosuz Politika.

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

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

Anayasa Mahkemesi, II. Cumhuriyet'de fonlarla ilgili kanun hükümlerini «eksik denetim» gereklisi ile iptal ederken, III. Cumhuriyet'in ilk yıllarda iptal istemlerini reddetmiştir. Ancak çok yakınlarındadır ki, Yüksek Mahkeme, «case-by-case approach»un tipik örneği sayılabilecek bir anlayışla kimi davalarda (111) «eksik denetim tezi»ne

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

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

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

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

geri dönmüştür. Bu durumda Yürütmenin güçlendirilmesinde kullanılan tekniklerden biri, fon uygulamasında görülen yoğunlaşmanın Anayasa Mahkemesi'nin tavrını etkilemeye başladığını söylemek çok yanlış olmaz.

2.2. Normatif sistemde «Hukuk İhtilali»nın başı ve sonu ve Parlamento'nun «Yitirilen Onuru»nun iadesi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.2. Anayasası Mahkemesi Kararlarında Kanun Hükmünde Kararname Hukuku. AYM.'sının Yüksek ve Düşük «Profilli» Kararları.

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

2.2.2.1. Anayasası Mahkemesi'nin «açık» ya da «Yüksek Profilli» Kararları.

-
- (116) Bk. AYM. 1985/7 karar sayılı Karar. Ayrıca bk. L. Duran, «Düzenleme yetki-si özerk sayılabilir mi?», İHİD., 1983, 1-3, s. 33 vd.
 - (117) Cf. T. Tan, «Kanun hükmünde kararname uygulaması», AİD., 1984, S. 4, s. 33 vd.
 - (118) 1, 2, 3 ve 4. Yasama yıllarında Parlamentoya 316 adet Kanun tasarısı, 206 adet KHK. verilmiştir. Aynı dönemlerde KHK'lerden 65 adedi kanunlaşmış, 139 adet KHK komisyonlarda kalmış, sadece 2 adedi Genel Kurul'da reddedilmişdir.
 - (119) Bk. AYM. 1987/1 karar sayılı Kararı. ve M. Turan'ın Karşayı.

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

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

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

2.2.2.2. Anayasa Mahkemesi «Düşük Profil»li kararlarında, «saklı kanun alanı teorisi» ve KHK. devresinde aşırı işinmanın sonuçları.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin «**düşük profilli**» kararlarında «saklı kanun alanı teorisi» farklı kurulmuştur. Bu konuda verilecek ti-

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

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

Bu konuda farklı bir görüşü, Anayasa Mahkemesi'nin, 1989/23 karar sayılı Karara ekli karşroyda Y. Aliefendioğlu getirmiştir : «...91. madde kuralı genel bir düzenlemedir. AY'nın kimi maddelerinde bir konunun «Kanun»la düzenlenmesi öngörülü müsse, bu huküm özel kural niteliğindedir. Bu durumda 91. madde'deki genel kural yerine, özel kurala itibar edilmesi ve o maddeye göre yalnız yasaya düzenleme yapılması gereklidir. Çünkü «Kanun» ile «KHK» aynı şey değildir.

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

pik örnek, Anayasa Mahkemesi'nin 1989/10 karar sayılı Kararına konu olan Hâkim ve Savcıların (naklen) görevlendirilmelerine adli ve idari alan ayrimı gözetilmeksizim imkân veren 3446 s. Kanunun 2. maddesinin iptali davasıdır.

Anayasa Mahkemesine göre, «Demokrasilerde, «**Hukuk Devleti**»nin en tipik özelliği, kuvvetler ayrılığı prensibine anlam kazandıran **Yargı bağımsızlığıdır**. **Yargı İktidarı**'nın varlığı yeterli olma-yip bağımsızlığı vazgeçilmez geçerlik şartıdır. Bağımsızlık, Anayasa'nın, insan onurunun koruyucusu olan Yargının karakteridir. Demokrasının unsuru olan bağımsız yargı, mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkim teminatının temelidir. Temel hak ve hürriyetlerin en büyük, en etkin teminatı da, bağımsız yargı kuvvetidir. Anayasa koyucu, yargı bağımsızlığını koruyacak önlemleri, gerekli kurallarla, Anayasa da almıştır. Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyışı ve yargılama usullerinin **Kanunla düzenleneceğini** öngörlümesi de bağımsızlığı güçlendirmektedir.

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

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

(123) Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin, Yetki Yasaları'nın denetiminde, Fransız Anayasa Konseyi gibi, **yorum kaydı teknigini** (*la technique de la réserve d'interprétation*) kullanması, «gelecekteki hukuk»u, Kanun Hükmünde Kararnameleri, «kanun koyucunun da uymak zorunda olduğu prensipler»le kaytlaması mümkündür.

Fransız Anayasa Konseyi pratiği ve kurmaka olduğu ordonanslar hukuku için bk., O. Cayla, «Les nouvelles méthodes du Conseil Constitutionnel», RDP, 1987, s 677 vd.

teminat kurumlarını, dolaylı biçimde bile olsa zedeleyecek düzenlemeler Anaya ile bağdaşmaz. Giderek daha bağımsız, daha teminatlı hâkim ve savcıların görev yaptığı daha saygın, daha etkili yargı için Hukuk Devletini yücelten düzenlemelerin arandığı günümüzde, **geriye gidış** anlamındaki kuralların uygunluğu savunulamaz (124). Anaya Mahkemesi'nin bu «düşük profil»lu kararı nasıl yorumlanabilir. Önce, Kanun Hükümünde Kararname alanı sadece 91. madde ile sınırlı değildir ve Kanun Hükümünde Kararname alanının tesbitinde Anayasının diğer düzenlemelerinin de dikkate alınması gereklidir (125). Anaya Mahkemesi'nin, bu şekilde yorumlanan kararı, Fransız Anaya Konseyi'nin 2 Temmuz 1965 tarihli kararına yakındır. Ve eklemek gereklidir, Hukukun Genel (126) Prensipleri ile ilgili alan da «saklı yasa alanı»dır (127).

-
- (124) Anaya Mahkemesi 1989/10 karar sayılı Karar.
Türk Anaya Mahkemesi, hak ve hürriyetleri koruma ve güçlendirme ikilisini kabul etmekle, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Fransız Anaya Konseyi ile aynı çizgiye girmiştir. Anaya Konseyi 10 ve 11 Ekim tarihli kararında, yasakoyucu hak ve hürriyetleri ancak daha etkin hale getirmek veya hak ve hürriyetlerin kullanılmasını anayasal değerde diğer kural veya ilkelerle bağdaştırmak için düzenleyebilir, derken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, adaletle ulaşma hakkı ve adli müzaheret'le ilgili **AİREY VAK'ASINDA** koruma-güçlendirme ikilisini kullanmıştır.
Ayrıca bk. Anaya Mahkemesi'nin 1986/11 karar sayılı Kararı.
- (125) Benzer bir değerlendirmeyi, **Y. G. Özden** ve **A. N. Sezer** 1989/23 karar sayılı Karara eklî karşı oylarında getirmiştirlerdir: «maddelerdeki olurlar ve yasaklamalar Anaya'nın tümlüğü içinde değerlendirilmeli (yorum metodu), yasamayı yürütmenin egemenliğine bağlı olan yöntemin, **Hukukun Üstünlüğü** ilkesi ile bağdaşmadığı da gözetilmelidir... Anaya'nın 128. maddesinin 2. fıkrası, açıkça yasaya düzenlemeyi öngördüğüne, ayrıca düzenlenecek hususlar da kimi temel haklar, kişi hakları ve ödevleri düzeyinde olduğuna göre bunlar Kanun Hükümünde Kararname konusu yapılamaz».
- (126) Bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biri Anaya Mahkemesi'nin 1986/11 karar sayılı Kararına konu olan «**Kaçakçılık Vakası**»dır. Mahkemeye göre Hukuk Devletinin ANAYASA'NIN AÇIK HÜKÜMLERİNDEN ÖNCE, Hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu İLKELERE uygun olması gereklidir... Hukuk Devleti her eylem ve işlemi hukuka uygun, İNSAN HAKLARINA saygı gösteren, bu hak ve hürriyetleri koruyup GÜÇLENDİREN, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu güçlendirerek sürdürün, Anaya'sa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kıyan, Anaya ve HUKUKUN ÜSTÜN KURALLARI İLE kendini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, YASALARIN ÜSTÜNDE, yasa koyucunun da bozamayacağı TEMEL HUKUK İLKELERİ ve Anaya bulunduğu bilincinden uzaklaşlığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.
- (127) Bu konuda bk., **L. Favoreu**, éd. Le domaine de la loi et du règlement, Economic, Paris 1981, s. 30 vd. (rapport introductif).

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

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

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

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

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

Son bir analizde, Fransa'da pratik, Anayasal ve idari jürisprüdans Anayasasının ikili normatif iktidar teorisini pozitifleştiren 34 ve 37. maddelerini yeniden yorumlarken (129), 1982 Anayasası da aynı kaderi farklı paylaşmış; Fransa'da pratik Yürütmenin düzenleme alanını daraltırken (130) Türkiye'de genişletmiştir (131), ama Anayasa Mahkemesi'nin son kararları Kanun Hükmünde Kararname tekniğinin genel düzenleme tekniği olmaktan çıkartmış, istisnai düzenleme tekniği ha-

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

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

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

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

line sokmuştur. Parlemento'ya yitirilen onurunu iade eden Anayasa Mahkemesi olmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarının demokratik meşruiyeti de buradadır.

Kanun Hükümünde kararname şebekesi üzerinde artan yargısal zorlama, ve yetki yasalarının iptali teknik hukuk problemlerini de beraberinde getirmiştir. Bu problemler içinde belki de en önemli ip-tal edilen yetki yasasına göre çıkartılan Kanun Hükümünde Kararname-lerin hukuki durumudur.

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

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

Kanun Hükümünde Kararname şebekesi üzerinde yargısal zorla-maların artmasının sebebi de budur.

II. 1982 ANAYASASI'NIN GİZLİ MANTIKLARI (II). DİARŞIK İKTİDAR YAPISI DEĞİŞİRKEN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SİSTEM İÇİN-DE ROLÜNÜ YENİDEN DÜŞÜNMEK

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

1982 Anayasası'nda iktidar yapısı, **Kurumlar Sistemi** ile okunur-sa, getirilen düzen iki mantıklı bir sistemdir. Ancak bugün İktidar ya-pısı değişmiş, iki mantık yerine tek mantık geçmiştir, Başkanın Partisi gerçeği, Başbakan Demokrasisinden Devlet Başkanı Demokra-sine geçişçi hazırlamıştır. **Partiler Sistemi** ile okunan 1982 Anayasası'-nın gizli mantıklarından biri de budur.

Yarı-prezidansiyel ve Başkanlı parlementer sistemlerde, Prezi-dansiyel İktidar ve Partiler İktidarı arasındaki münasebetlerde farklı

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

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

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

1982 Anayasası ile kurulan Üçüncü cumhuriyeti «Kurucu Babalar»ın düşündüğünden farklılaştıran da, bugün, bu formülün uygulanmasıdır.

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

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

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

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

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

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

Bugün, İtalya dışında, Siyasi sistemlerde «çoğuluklulaşma» istenidir görülmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemelerinin sistem içinde rollerini iki farklı mantık şekillendirir. İtalyaörneğinde görüldüğü gibi, parlementonun çoğulksuzlaşması halinde, Anayasa Mahkemesi bir çeşit «yasama-ortağı» (*co-législateur*) ve hatta «yasakoyucu» olmaktadır.

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

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

(132) J. Georgel, «La crise politique de 1978 au Portugal», RDP., 1979, s. 425 vd.; P. Gerard, «La stabilité retrouvée au Portugal», RDP., 1989, s. 159 vd.; J. Catslapis, «Les dix ans de la Constitution grecque du 9 Juin 1975», RDP., 1987, s. 399 vd.

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

Anayasa Mahkemesi'nin jürişprudansiyel politikası, 1982 Anayasa «Söylevi»ni de etkilemiştir. Anayasa Komisyonu'nun Danışma Meclisi Başkanlığına sunduğu raporda «... yargı denetimi ile yükümlü organların zaman zaman politik eğilimlere kendilerini kaptırıdıkları gözlemlenmiştir» denilmiş ve «bu değerlendirmeden hareketle... (Komisyonun) yargı denetiminin hukuki sınırlar içerisinde yapılmasını sağlamaya felsefesine dayanarak...» gerekli düzenlemelerin getirildiği belirtilmiştir.

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

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

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

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

(134) Bk. L. Favoreu, «Europe occidentale», in L. Favoreu, J. - A. Jolowicz, éds., Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents, Economica, Paris 1986, s. 47 vd.

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

Son bir analizde, Politikayı hukuk çemberine sokan, plüralist demokrasiler yeni dengelerinde, Anaya Mahkemelerinin Anaya adına bıır «*İlkame Hukuk muhalefeti*» olma misyonudur. Türkiye'de, III. Cumhuriyet'te, eksik muhalefetin tahrif ettiği iptal davalarında görülen sayısal artış aynı arayışın ifadesidir.

Bugün İktidar yapısında görülen değişme, fren ve karşı-ağırlıkları eksilen bir sistemde, Anaya Mahkemesi'nin rolünü daha da kritikleştirmektedir ve herhalde, Başbakan Demokrasisi'nden Devlet Başkanı Demokrasisi'ne geçişin Jürisprudansiyel poltikada görülür etkileri olacaktır. Yetki yasalarının iptali bu konuda bir ilk göstergedir.

BİTİRİRKEN

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

Bugün liberal sistemlerde görülen kurumsal ve siyasal değişimeler «Demokrasinin metomorfozu» problemini gündeme getirmiştir (135). Demokrasinin metomorfozundan anlaşılan, iktidarın parçalanması, klasik kategoriler dışında yeni iktidar kaynaklarının teşekkülü ve fert merkezli insan hakları yeni ideolojisinin güçlenmesidir.

Öncelikle, klasik düşüncede halk egemenliğinin ifadesi Parlamentonun yasama yetkisi, iktidara tırmanan yeni kurumlarca kayıtlanması, Devletde yeni yapısal değişimeler sonucunda, kararlar tek bir merkezden üretilmek yerine milliüstü merkezlere ve bugüne kadar Devlete bağlı düşünülen yerel merkezlere kaymaktadır (136). Avrupa Toplulukları Komisyonu, millî parlamentoları bağlayan Avrupa yasasının kaynağı olurken, Luxembourg Mahkemesi de Avrupa Hukukunun uygulanmasını sağlamaktadır. İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi, Komisyon ve Strasbourg Mahkemesi kararları ile insan hakları konusunda üye Devletleri bağlayan yeni bir düzen kurulmaktadır (137).

(135) Cf. Laurent Cohen - Tanugl, *La métamorphose de la démocratie*, Paris 1989.

(136) Türk Anayasa Mahkemesi de bu gelişmeyi 1989/7 karar sayılı Kararı ile tescil etmiştir: «Yerel yönetimler, kamu kurum ve kuruluşu» ibaresinin genelligi içinde düşünülemez. Bu tür bir değerlendirme, AYM.sinin önceki birçok kararında kabul ettiği yerel yönetimlerin demokratik varlığı ve özerk yapılarıyla başdaşız. Doktrinde de, yerel yönetimler, idarenin bütünlüğü içinde özerk yapısı ve özellikleriyle ayrı bir alan olarak görülmektedir.»

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

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

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

Barbera, Messequé, Jabardo, C.Espagne (6 Aralık 1988) vakasında ise Avrupa Mahkemesi, millî Mahkemelerin yerine geçip davayı yeniden görmekle suçlanacaktır.

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

(138) Bk. *Mark intern Verlag c. R.F.A.* (Rapp. de la Commission du 18 dee. 1987).

(139) Prosedüral haklar Yargıcı Douglas'ın, «*Wisconsin v. Constineau*» davasında not ettiği gibi, Hukuk Devletinin teminatıdır : «It is significant that most of the provisions of the Bill of Rights are procedural, for it is procedure that marks much of the difference between rule by law and rule by fiat», 400 U.S. 433, 436, 1971.

(140) Bk. 28 Ağustos 1986 t. karar.

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

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

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

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

Parlamentonun muhtariyetini kayıtlayan Avrupa Hukuk düzeni gelişmelerine demokrasilerde ilerleyen anayasa yargısını da eklemek gerekdir. Öylesine ki bugün bir «**Yargıcılar Cumhuriyeti**»nden söz edilebilmektedir (144). İktidar merkezlerine «**Sivil Toplum**» baskını Hukuk-Politika münasebetlerini yenilerken, fert merkezli Hukuk sistemi İktidar yapılarını da şekillendirmektedir. Bugün, fertleri de bağlayan Anayasalarda, insan haysiyeti ve dokunulmaz hakları, siyasi düzenin ve Sosyal barışın temelidir (145) ve siyasi düzen ve sosyal barış, **kamusal düzen** ve **kamusal barışla** sınırlı değildir, «**Sivil düzen**»i de içine alır. Hak ve hürriyetlerin gelişmesi, Sivil Toplumu da takviye eder. Yeni anayasa düşüncesinde İktidarın «**Çoğun hal**»ının varlık sebebi de budur.

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

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

(143) Bull. CE. 4. 1989.

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

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

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

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

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

Bu tesbitler çerçevesinde, Türk Anayasa Mahkemesi'nin «**Zorlu Problem**»ı, Avrupa anayasallığı çemberine sokulan eksik Sivil Toplumu, Devlette yönetilen bir sisteme kurulan «**Kuvvəzdeki Demokrasi**»yı İnsan Hakları yeni İdeolojisi ile yorumlamaktır.

* * *

«SED QUIS CUSTODIET ET IPSOS CUSTODES».

YA DA TÜRKÇEDE, ÇÖZÜMSÜZ BİR PROBLEM NASIL ÇÖZÜLÜR.

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