

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE AVRUPA KAMU DÜZENİNDE POLİTİK ALANIN SINIRLARI VE “YENİ KAPALI POLİTİK ALAN”

*Yrd.Doç.Dr. Abdurrahman EREN**

GİRİŞ

Bu makalede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin, siyasi parti kapatma davalarında verdiği kararlar çerçevesinde, Avrupa kamu düzeninde siyasi partilere ilişkin politik alanın sınırlarının neler olduğu belirlenmeye çalışılacak; özellikle, Refah Partisi kararı dolayısıyla, “şeriat düzeni”ne ilişkin siyasi faaliyetlerin, “yeni kapalı politik alan” olarak Mahkeme içtihatları arasına girmesinin anlam ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

Avrupa’da politik alanının sınırlandırılması, 20. yüzyılın ilk yarısında totaliter rejimler olarak adlandırılan faşist, nasyonal sosyalist ve komünist partiler bakımından gündeme gelmiştir. “Özgürlük düşmanlarına özgürlük yoktur” ilkesinden hareketle ortaya çıkan “militan demokrasi” anlayışı, totaliter akımların yıkıcı faaliyetlerini önlemek amacıyla politik alana anayasal ve yasal sınırlamalar getirilmesine yol açmıştır. 21. yüzyılın başlarında ise, medeniyetler çatışması tezlerinin alevlenmesi ve Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleşen 11 Eylül terör eylemi, köktendinci (fundamentalist) akımların engellenmesi amacıyla politik alanın sınırlarının yeniden belirlenmesini gündeme getirmiştir. Özellikle siyasi rejimlerini dini temellere oturtan ülkeler ve din temeline dayalı siyasi örgütlenmeler yeni tehdit algılaması içine sokulmuşlardır. Bu kapsamda, çalışmada öncelikle militan demokrasi ve özgürlük düşmanlarına özgürlük yoktur anlayışı ele alınacak, daha sonra, bu anlayış ışığında, Avrupa da politik alanın sınırlandırılması ve kapalı politik alanların nasıl oluştuğu üzerinde durulacaktır.

Avrupa’da politik alanının sınırlandırılması yönündeki anlayış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de kendini göstermiş, nitekim Sözleşme organları içtihadı da bu yönde gelişmiştir. Totaliter akımların yıkıcı faaliyetlerine politik alanın kapalı olduğuna ilişkin ilk karar artık Sözleşme sisteminde yer

* Cumhuriyet Üniversitesi İİBF. Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Öğretim Üyesi.

almayan, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından verilmiştir. Komisyonun Alman Komünist Partisine karşı verdiği bu karar daha sonra, militan demokrasi anlayışına örnek olarak, 11. Protokol ile değişen yeni sistem de tek yargılama makamı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına da yansımıştır. Komisyonun verdiği bu karardan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin ele aldığı kararların tümü Türkiye hakkında olmuştur. Dolayısıyla Avrupa Kamu düzeninde siyasi partiler açısından politik alanın sınırlarına ilişkin Mahkeme içtihadının, Türkiye hakkında verilen kararlar çerçevesinde olduğu söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında verdiği bu kararlar, siyasi partilere ilişkin politik alanın sınırlarını çizerken, aynı zamanda, Avrupa Kamu düzeni açısından politik alanın değişen sınırlarını da ortaya koymaktadır. Özellikle Refah Partisi kararlarında “şeriat, demokrasinin zıttıdır; anti tezidir” sözü ile çizilen “yeni kapalı politik alan” tüm Avrupa Kamu düzeni açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmanın son bölümünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında verdiği siyasi parti kararları ele alınacak ve bu çerçevede politik alanın değişen sınırları belirlenmeye çalışılacak ve yeni kapalı politik alanın ortaya konmasına ilişkin kararın önemi ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

I. MİLİTAN DEMOKRASİ VE ÖZGÜRLÜK DÜŞMANLARINA ÖZGÜRLÜK YOKTUR ANLAYIŞI

Avrupa'da, aydınlanma dönemi, rönesans ve reform hareketleri ile 17. ve 18. yüzyıllarda ortaya çıkan liberal demokrasi, 21. yüzyılın başlarında da klasik demokrasi nitelendirmesiyle varlığını sürdürmektedir¹. Bu varlık mücadelesinde liberal demokrasi, Marksist özgürlük anlayışından farklı olarak, özgürlüklerin yine özgürlükçü bir ortamla korunacağı ilkesine dayanmaktadır². Ancak özgürlüğün en kutsal değer olduğu inancına dayanan liberal demokrasi, zaman zaman özgürlük düşmanlarıyla yüz yüze gelmektedir.

Liberal demokrasilerdeki özgürlük anlayışı, özgürlük düşmanlarınca, anti demokratik amaçlara ulaşmak için, bir araç olarak kullanılmıştır. Avrupa'da faşizmin ve nasyonal-sosyalizmin, demokrasinin nimetlerinden faydalanarak demokrasiyi yok etme çabaları, İkinci Dünya Savaşı'nın yaşanmasına neden olmuş ve yaşanan acı tecrübe, “özgürlük düşmanlarına özgürlük

¹ Liberalizm hakkında geniş bilgi için bk. YAYLA, Atilla, Liberalizm, Turhan Kitabevi, Ankara, 1992.

² Özgürlük anlayışı açısından totaliter sistemlerin liberal sistemden farkları için bk. KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 147-172.

yoktur" anlayışıyla "militan demokrasi"yi doğurmuştur³. Bu nedenle ikinci Dünya Savaşından sonra yapılan uluslararası belgelerde ve anayasalarda⁴, militan demokrasi anlayışı önemli bir yer bulmuştur. Militan demokrasi, bu belgelerde, öncelikle hakkın kötüye kullanımı yasağıyla formüle edilmiş⁵, ifade ve örgütlenme özgürlüklerine bazı sınırlamalar getirilmesine yol açmıştır.

Liberal demokratik rejimlerin, kendini koruma amacıyla, kimi özgürlüklere bir takım sınırlamalar getirmesi "militan demokrasi" olarak ifade edilmektedir⁶. Dolayısıyla liberal demokrasi ile militan demokrasi anlayışı tümüyle birbirini inkar eden değil, birbirini tamamlayan bir gelişme çizgisi göstermektedir. Totaliter rejimlerde, özgürlükleri kullanma açısından yeterli serbesti olmayacağından, militan demokrasi anlayışına da ihtiyaç bulunma-

³ Liberal demokrasiye karşı ilk tehdit 1917 Bolşevik İhtilali ile başlamış ve 1920' lerde Rusya'da meydana gelen rejim değişikliği ilk etkilerini Amerika Birleşik Devletleri'nde göstermiştir. ABD'de komünizm tehlikesi yaşanırken, 1930'lu yıllarda faşizm Avrupa'yı etkisi altına almıştır. II. Dünya Savaşının yaşanmasından sonra, başta Almaya ve İtalya olmak üzere bir çok Avrupa ülkesinde faşizm ve komünizm tehlikesine karşı önlem alınmaya başlanmış ve özellikle Anayasalarda bu düşünceler sınırlanırken bu düşünceleri yayma amacı güden partilerde yasaklanmıştır. II. Dünya Savaşından sonra yapılan uluslararası insan hakları belgelerinde de militan demokrasi anlayışı geniş ölçüde yer bulmuştur. Örneğin, Alman Anayasasının yapım sürecinde II. Dünya Savaşı kazanan Fransa, İngiltere, ABD ve SSCB, Postdam Anlaşması çerçevesinde dört d formülü olarak nitelenen şu sınırlamaları öngörmüşlerdir: Denazification (Nazileştirme'den arındırma), demilitarization (yönetimde askerlerin etkisini saf dışı etme), decentrelization (ademi merkezileştirme) ve decartelization (tekelleşmeyi aşma). Militan demokrasi anlayışı hakkında geniş bilgi için bk. HAKYEMEZ, Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

⁴ İkinci Dünya Savaşından sonra yürürlüğe giren çeşitli Anayasalarda da kötüye kullanma yasağı getirilmiştir. Örneğin 1949 tarihli Alman Anayasasının 9/2, 18, 21/2; 1958 tarihli Fransız Anayasasının 4. ve 1947 tarihli İtalyan Anayasasının 18. maddelerinde bu düzenlemeleri görmek mümkündür. Bk. REİSOĞLU, Safa, Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 133.

⁵ 1982 Anayasasının 14. maddesinde düzenlenen hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17 maddesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 30, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 5. ve İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin 29. maddelerinde düzenlenmiştir. İnsan hakları Sözleşme'lerinde ve ulusal anayasalarda kötüye kullanma yasağının düzenlenmesi, ikinci dünya savaşı sonrasında rastlamaktadır. Çünkü ikinci dünya savaşı sırasında totaliter ideolojilerin demokrasiden faydalanarak, demokratik rejimlere karşı yıkıcı faaliyetler gerçekleştirmişlerdir. Bu olaylar sonucu, "özgürlük düşmanlarına özgürlük yoktur" sloganıyla ifade edilen militan demokrasi anlayışı çerçevesinde, kötüye kullanma yasağı, uluslar arası Sözleşme'lerde ve anayasalarda yer almıştır. Bu konuda geniş bilgi için bk. KAPANİ, a. g. e, s. 217-223.

⁶ Militan demokrasinin ortaya çıkış nedenleri ve gelişimi hakkında geniş bilgi için bk. HAKYEMEZ, age. , s. 23-62.

maktadır. Çünkü bu rejimler kendini korumak amacıyla bir çok özgürlüğü baştan sınırlamakta ve halkın demokrasinin nimetlerinden serbestçe yararlanması engellenmektedir⁷.

Klasik liberal anlayışta, düşüncenin sınırlanabilirliği kabul edilmezken, demokrasi de, çoğunluğun yönetimi olarak kabul edilmiştir. Liberal doktrinde özgürlük, bireyin hareket olanaklarının kısıtlanmaması, kişinin olmak istediği biçimde olması ve gerçekleştirmek istediği şeyleri yapmasının engellenmemesi; eşitlik ise, devletin farklı düşüncelerdeki herkese eşit davranması ve bu nedenle ideolojik bakımdan yansız olması olarak tanımlanmıştır⁸. Ancak II. Dünya Savaşının yaşanmasını ortaya çıkaran süreçte, bu özgürlük anlayışı kısmen değişmiş, sınırsız düşünce özgürlüğünün totaliter rejimleri doğurması ve mutlak çoğulculuğunda “çoğunlukçuluğa” dönüşmesi, militan demokrasi anlayışının doğmasına yol açmıştır. Böylece sınırsız özgürlük anlayışı, bu süreçten sonra, “özgürlük düşmanlarına özgürlük yoktur” anlayışıyla sınırlanmıştır.

20. yüzyılda militan demokrasinin önem kazanmasına rağmen, olaya özgürlükçü açıdan yaklaşan “geleneksel liberaller”, demokrasiyi yıkma amacıyla dahi olsa özgürlükleri kullanmak isteyen totaliter eğilimli kişi ve gruplara düşünce özgürlüğünün tanınması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşü savunan “geleneksel liberaller” temelde şu argümanlara dayanmaktadırlar⁹:

⁷ Münci Kapani'ye göre, Totalitarizm, klasik demokrasiyi reddeden sağcı veya solcu olsun bütün dikta rejimleri için kullanılan bir kavramdır. Ancak diktatörlükle, totalitarizm aynı anlama gelmemektedir. Her diktatörlük mutlaka totaliter olmayabilir. Totalitarizm, toplum ve devlet hayatının tümünü kapsayan, tümüne yön vermek amacını güden “bütüncü” bir sistemdir. Kapani, Kamu Hürriyetleri adlı eserinde totaliter rejimler arasında derece farkları olmakla beraber şu ortak noktaların bulunduğunu belirtmektedir: “a) Hiç kimse- nin açıkça red veya tenkit edemeyeceği, sosyal hayatın çeşitli yönlerini kavrayan bir “resmi” ideoloji; b) devlet mekanizması ile iç-içe girmiş ve kaynaşmış oligarşik bir tek parti sistemi; c) siyasal iktidar tekeline sahip bir diktatör veya komite; d) vatandaşı yakı- nan gözetleyen bir polis rejimi; e) bütün düşüncelerin tek kalıba sokulmasına yarayan ge- niş bir propaganda örgütü; f) bütün ekonominin tek merkezden yönetimi ve kontrolü.” bk. KAPANİ, age. , s. 147-148.

⁸ ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 1995, s. 3-6.

⁹ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. HAKYEMEZ, age. , s. 46-49. Ayrıca libera- lizm hakkında geniş bilgi için bk. YAYLA, Liberalizm; HAYEK, Friedrich. A. Von, Köle- lik Yolu, (Çev: Turhan Feyzioğlu, Yıldray Arsan), Liberte Yayınları, Ankara, 1999; SABINE, George, Yakın Çağ Siyasal Düşünceler Tarihi, (çev. Prof. Dr. Özer Ozankaya), Gündoğan Yayınları, Ankara, 1991; YAYLA, Atilla (Derleyen), Sosyal ve Siyasal Teori, Seçme Yazılar, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993.

Totaliter olarak kabul edilen görüşlere karşı mücadele düşünce bazında kamu oyu önünde açık tartışmalarla yapılmalıdır. Çünkü demokrasi bir inanma ve inandırma rejimidir.

Düşüncelerin yasaklanması liberal demokrasinin kendisini inkar anlamına geleceğinden, savunulan fikirler demokrasi için zararlı olarak kabul edilse bile bunlar yasaklanmamalıdır.

Fikirlerin yasaklanması onları yer altına iter, bu da demokratik rejimin özgürlükçü yanına zarar vereceği gibi, şiddet hareketlerinin yaygınlaşmasına yol açar.

Demokrasinin özünde farklı görüşler arasında yapılacak adil bir seçime dayanma vardır. Demokrasi gerçekten korunmak isteniyorsa, seçime katılmak isteyenler yıkıcı kabul edilip seçime katılmaktan alıkonulmamalı, aksine fikirlerin yarışmasına olanak tanınmalıdır. Böylece toplumdaki değişim, olağan dışı yollarla değil, demokratik usullerle gerçekleşmiş olur.

Toplumda yeniliklere kapalı kesimler demokrasiyi statükonun korunması amacı ile eş anlamlı kabul edip yenilikçi görüşleri yasaklarsa, demokrasi kendini yenilemeyeip statüko ile eş anlamlı olur ve küçük bir azınlığın hakiyetine girer.

Liberal demokrasi için asıl tehlike totaliter düşüncelerin kendini serbestçe ifade etmesi değil, liberal demokrasinin toplumsal sorunlara cevap bulamamasıdır. Demokrasiye bağlılık zor ve yasaklamalarla sağlanamaz. Bu tür bir partinin seçime katılmasına izin verilmesi, faaliyetlerinin yasal çerçevede kalmasını sağlar ve aldığı oylar partinin gerçek gücünü ortaya çıkarır. Eğer yasaklanırsa hem toplumda hoşnutsuzluk meydana gelir, hem de demokrasi düşmanları diğer partilere girip oraları karıştırarak toplumsal huzurun bozulmasına yol açabilir.

Geleneksel liberallerin görüşlerinin tersine, militan demokratlar, Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıkan radikal akımlardan Jakobenzim'in temsilcisi Saint-Just'un "özgürlük düşmanlarına özgürlük yoktur" sloganına dayanmaktadırlar¹⁰. Bu görüşü savunanlara göre demokratik rejimi yıkmayı arzulayan akımların düşünce özgürlüğünden faydalanamayacağı tarihsel gerekçesi, faşizm ve nasyonal sosyalizmin İtalya ve Almanya'da liberal demokratik rejimin özgürlükçü ortamından yararlanarak iktidarı ele geçirip

¹⁰ TEZİÇ, Erdoğan, 100 Soruda Siyasi Partiler, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 132.

demokrasiyi yok etmeleridir¹¹. Özgürlük düşmanlarına özgürlük yoktur görüşünü savunanların ileri sürdüğü temel gerekçeler şunlardır¹²:

Özgürlük düşmanlarına demokrasinin tüm olanaklarından faydalanma imkanı verilmesi, iktidarı bir daha terk etmemek üzere elde etmelerine, bu da özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılmasına yol açabilir.

Demokrasi oyunun kurallarına göre oynanan bir oyun olarak sadece bunun kurallarını kabul edenlerin faaliyetlerine müsaade eder. Bu nedenle demokrasi ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasını savunanlar özgürlüklerden yararlanmak için bir hak iddia edemezler. Dolayısıyla totaliter görüşlerin propagandasına, ancak kendi anti demokratik amaçlarını gerçekleştirecek örgüt kurmadıkları sürece olanak tanınmalıdır. Eğer anti demokratik görüşlerin parti ve benzeri örgüt kurmasına olanak tanınmazsa muhtemelen bu görüşler etkisizleşecektir.

Demokrasi düşmanları, demokrasiyi yıkmak için hedeflerini doğrudan silahlı kuvvetlere değil, demokrasinin temeli ve özü olan demokratik ilkelere dayanarak yapmaktadırlar. Dolayısıyla bu gibi akımlara örgütlenme hakkı tanınmamakla birlikte, düşünce özgürlüğünün de sınırlandırılması esası kabul edilmektedir. Ancak demokrasiyi meşru savunma hakkı, bir fikre karşı değil eyleme karşı kullanılmalıdır. Fikir düzeyinde kalan düşünce açıklamaları için özgürlüğün meşru savunma hakkı söz konusu edilemez.

Görüldüğü gibi militan demokrasi anlayışı, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte, özellikle düşence ve örgütlenme özgürlükleri üzerinde kendisini göstermektedir. Ancak, militan demokrasi anlayışının özünde de demokrasinin yine demokratik yöntemlerle korunması vardır. Dolayısıyla demokrasiyi korumak amacıyla temel hak ve özgürlükler sınırlanırken, hukuk devleti ilkesinin dışına taşacak uygulamalar, militan demokrasinin mücadeleye anlayışıyla bağdaştırılamaz. Demokrasiyi yok etmek amacıyla, bireylerin, temel hak ve özgürlüklere dayanması mümkün olmadığı gibi, devletin de demokrasiyi korumak amacıyla, bireylerin hak ve özgürlüklerini gereğinden fazla sınırlama hakkı yoktur. Demokrasi ve bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma arasındaki dengeyi gözetmeme her iki taraf içinde hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Bu nedenle politik alanın sınırları belirlenirken bu dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Aksi halde bireylerin diktatörlüğünden korkulurken, devletin totalitarizmine düşülmüş olur.

¹¹ TIKVEŞ, Özkan, "Siyasi Partiler ve Anayasa Yargısı Konusunda Mukayeseli Bir İnceleme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1971, Cilt: XXXVI, Sayı 1-4, s. 162.

¹² Bk. HAKYEMEZ, age. , s. 49-54. , KAPANİ, a. g. e. s. 217-226.

II. AVRUPADA POLİTİK ALANININ SINIRLANDIRILMASI VE KAPALI POLİTİK ALANLAR

20. yüzyılda yaşanan olumsuzluklara rağmen, siyasi partiler demokrasi-nin işlerliği açısından son derece önemli bir konuma gelmiş, demokrasiler “partiler demokrasisi” haline dönüşmüştür¹³. Ancak Almanya ve İtalya örnekleri yaşandıktan sonra totaliter eğilim taşıyan siyasi partiler demokrasi için büyük bir tehdit olarak görülmeye başlanmıştır. Dolayısıyla demokrasiyi koruma amacıyla her türlü siyasal düşüncenin, demokrasiyi yıkma amacı gütsen bile, siyasal parti olarak örgütlenip faaliyete geçebileceği biçimindeki anlayış, militan demokrasi anlayışı çerçevesinde “politik alanın sınırlılığı” anlayışına dönüşmüştür¹⁴.

Avrupa’da politik alanının sınırlandırılması, 20. yüzyılın ilk yarısında totaliter rejimler olarak adlandırılan faşist, nasyonal sosyalist ve komünist partiler bakımından gündeme gelmiştir. Faşizm, I. Dünya Savaşı’ndan sonra, Sovyetler Birliğinde kurulan rejime karşı tepki olarak Avrupa ülkelerinde bir kitle hareketi olarak doğmuştur. Faşizm ekonomik yönden kötüye giden ve siyasal istikrarın bulunmadığı koşullarda, bir tür ulusal kıpırdanma olarak ortaya çıkmaktadır. Faşizmde devletin üstün konumu ve yüceliği anlayışı hakimdir. Tek lider de önemli bir semboldür. Mussolini’nin şu sözleri, faşizmin devleti yücelten bir akım olduğunu ortaya koymaktadır: “Devlete karşı hiçbir şey olmaz; devletin dışında hiçbir şey olmaz; her şey devletin içindedir.”¹⁵ Bu nedenle faşizmde devlete karşı ileri sürülen haklar yoktur; ancak devlete karşı yerine getirilmesi gereken görevler söz konusudur.

II. Dünya savaşından yenilgiyle çıkan Faşist İtalya devletine duyulan tepki, 1947 yılında kabul edilen Anayasanın 139. maddesine, “**cumhuriyet şeklinin değiştirilemezliği**” şeklinde yansımıştır. Ayrıca Anayasanın 18. maddesinin ikinci fıkrasında, gizli dernekler ile dolayısıyla da olsa askeri nitelikte teşkilat kurarak siyasal amaç güden derneklerin kurulması yasaklanmıştır. Anayasanın “Geçici ve Son Hükümler” bölümünün 12. maddesinde “**kapatılmış faşist partinin herhangi bir şekilde yeniden kurulması**” yasaklanmıştır. 1952’de Faşist Partinin yeniden kurulmasını yasaklayan bir kanun çıkarılmış, bu kanuna göre böyle bir partinin kurulması için girişimde bulunulması halinde kurulan partinin kapatılıp mallarının müsadere edilmesi

¹³ Siyasi Partilerin gelişimi hakkında geniş bilgi için bk. ÖZBUDUN, Ergun, Siyasi Partiler, AÜHF. Yayınları, Yayın no: 440, Ankara, 1979.

¹⁴ Mücadeleci demokrasi, politik anayasa ve politik alanın sınırları kavramları arasındaki ilişki hakkında bk. ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı 7, Ankara, 1990, s. 64-76.

¹⁵ KAPANİ, age. , s. 149.

Bakanlar Kurulunun tasvibini almak şartıyla İçişleri Bakanı'na verilmiştir. Aynı kanunda 1975 yılında yapılan bir değişiklikle **“ırkçılık ve faşizmin propagandası”** da yasaklanmıştır¹⁶.

İtalya'da ortaya çıkan faşizmden farklı olarak, Almanya'daki nasyonal sosyalizmde önemli olan, “devlet değil” “halk topluluğudur”. Devlet ikinci plandadır ve halk topluluğunun hizmetinde olan bir araç konumundadır. Halk topluluğu ırk esasına dayanan “etnik” bir kavramdır. Bu doktrinde millet, devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan insan topluluğu anlamında hukuki bir kavram değildir. Alman halkının sadece saf “aryen” ırkından gelenlerce oluşturulduğunu ileri sürerek, diğer ırklara ve özellikle de Yahudilere karşı saf ırkı korumak gerekçesiyle aşırı bir düşmanlık beslenmiştir. Bu doktrine göre, halk topluluğuna dahil bireyler, bağımsız kişiler değil, fakat sadece topluluğun birer üyesidir ve bireyler bu topluluk içinde tamamen erimiştir¹⁷.

1949 Federal Alman Bonn Cumhuriyeti Anayasası, Nasyonal-Sosyalist doktrine karşı, kendini korumada yetersiz kalan Weimar Anayasası'na karşı bir tepki olarak sınırlı politik alan anlayışına uygun hazırlanmıştır. Anayasanın 9. maddesinde dernek kurma hakkı, **“amaç ve faaliyetleri Anayasa düzenine karşı olan derneklerin yasak olduğu”** belirtilerek, bu hak sınırlandırılmıştır. Anayasanın 18. maddesinde ise, “Her kim, hür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla, düşünceleri açıklama hürriyetini, özellikle basın hürriyetini, eğitim hürriyetini, toplanma hürriyetini, dernek kurma hürriyetini, mektup, posta ve haberleşmenin gizliliğini, mülkiyet hakkını kötüye kullanırsa, bu temel hakları kaybeder. Hakkın kaybına ve bunun ölçüsüne Federal Anayasa Mahkemesi karar verir”. Anayasanın 21. maddesinin birinci fıkrasında siyasal partilerin halkın siyasal iradesinin oluşumuna yardımcı oldukları iç düzenlerinin demokrasi ilkelerine uygun olması ve maddi yönden şeffaf olmaları gerektiği biçiminde ifadelere yer verilmiş, ikinci fıkrada uymaları gereken ilkeler ve kapatılmaları şöyle düzenlenmiştir: **“Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre hür ve demokratik temel düzeni zedelemek ya da ortadan kaldırmak ya da Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye atmak eğiliminde olan partiler, Anayasaya aykırıdırlar. Anayasaya aykırılık sorunu hakkında Federal**

¹⁶ HAKYEMEZ, age. , s. 61-62.

¹⁷ KAPANİ, age. , s. 152.

Anayasa Mahkemesi karar verir. Konunun ayrıntılarını federal kanunlar düzenleyecektir.”¹⁸

Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, bir parti hür ve demokratik temel düzenin en yüksek temel değerlerini tanımadığı anda değil, daha çok var olan düzene karşı **aktif bir saldırgan tutum içine girdiği zaman** Anayasa’ya aykırı bir parti olur. Görüldüğü gibi burada ölçüt olarak siyasal partinin programından ziyade faaliyetleri esas alınmaktadır. Bu siyasal amaçların ceza hukuku anlamında somut bir madde ihlali, teşebbüste bulunma ya da hazırlık yapılması biçiminde gerçekleşmesi gerekmez. İlgili partinin antidemokratik kastını davranışlarıyla ifade edebilmesi için planlı biçimde takip ettiği amaçlarının fark edilebilir olması yeterlidir¹⁹.

Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar iki siyasi partiyi kapatmıştır. Birincisi 1952 yılında kapatılan ve **faşist görüşleri** ile tanınan Sosyalist Devlet (Reich) Partisidir. Bu partinin kapatılmasının nedeni, Anayasa’nın 21/2. maddesinde belirtilen hür ve demokratik temel düzenin bir çok ilkesini zedelemiş olmasıdır. Kapatma kararında Sosyalist Devlet Partisi taraftarlarının tutum ve davranışlarından hareketle, insan hak ve özgürlüklerine, kişiliği serbestçe geliştirme hakkına ve kanunlar önünde eşitlik esasına riayet edilmediği, Yahudi düşmanlığının yeniden dirilmesi için çalışıldığı belirtilmiştir. Çünkü bu parti iç teşkilat olarak “föhrer” ilkesine göre kurulmuş, Weimar dönemindeki felaketleri ortaya çıkaran Nazi Partisi’nin (NSDAP) programını esas almış olup demokrasiyi inkar etmiştir denilmektedir²⁰.

İkinci ise 1956’da kapatılan Alman Komünist Partisidir²¹. Bu parti yöntem olarak proletarya diktatörlüğünü esas almıştır. Anayasa Mahkemesi kapatma kararında önce **proletarya ihtilalini ve diktatörlüğü** teorisini ayrıntılı biçimde incelemiş ve daha sonra bu diktatörlükteki devlet ve toplum görüşünün hiçbir biçimde hür ve demokratik düzene bağdaşmayacağını belirtmiştir. Kararda Parti’nin Marksist-Leninist öğretiyi, bilim ve program olarak benimsemekle yetinmediği, yaptığı yoğun propagandalarla ve telkinlerle Marksist Leninist öğretiyi Federal Almanya Cumhuriyetindeki siyasi mücadelede, hürriyetçi demokratik temel düzene zarar vermek ve onu yok

18 Federal Almanya’da Parti Özgürlüğü ve sınırları hakkında bk. YILDIZ, Mustafa, “Federal Almanya’da Siyasi Partiler”, Hukuk Araştırmaları, MÜHF. Yayını, Cilt 2, Sayı 1, Ocak-Nisan 1987, s. 20-29.

19 YILDIZ, Federal Almanya’da Siyasi Partiler”, s. 26.

20 TIKVEŞ, Özkan, “Alman Anayasa Mahkemesinin İki Kararı”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 6, İstanbul 1970, s. 231-233.

21 Kararın metni için bk. TIKVEŞ, “Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Siyasi Kapatma Konusundaki İki Kararı”, s. 231-235.

etmeye hazırlanma niyetiyle kullandığının ortaya çıktığı belirtilmiştir. Kararın gerekçesinde, Alman Komünist Partisinin kapatılması, Almanya'yı içine alacak bir genel seçimin yapılması sırasında bir komünist partiye yeniden müsaade edilmesine hukuken engel olmadığı belirtilmiştir. **Bir siyasi parti hürriyetçi demokratik düzenin en temel ilkelerini tanımazsa, hemen Anayasa aykırı olmaz, daha çok mevcut düzene karşı fiili şekilde mücadele edici bir tutum takınırsa kapatılır denilmiştir²².**

Almanya ve İtalya dışında Fransız Cumhuriyetin de, siyasi partilere kendi amaçlarını gerçekleştirme doğrultusunda geniş bir hoşgörü tanınmıştır. Bunun V. Cumhuriyetteki tek istisnası hükümet şekli olarak cumhuriyetten başka bir hükümet biçimini savunan partilerin olamayacağıdır. Fransa'da politik alanın anayasal sınırlarına ilişkin sınırlı hüküm olmasına rağmen 1939 yılında Komünist Partisi feshedilmiştir. Kapatılma nedeni de uluslararası siyasal ortamdaki gerginliğin **ülkedeki huzuru bozmasından korkulmasıdır**. Benzer biçimde 2 Ağustos 1944 tarihli kararname ile düşmanla işbirliği yapmış olan ırkçı karakterdeki birtakım siyasal parti ve gruplar da feshedilmiştir²³.

İngiltere'de de, 1936'da çıkarılan Kamu Düzeni Kanunu ile, faşistler, komünistler ve diğer sol örgütler arasında sık sık meydana gelen sokak çatışmalarını önlemek için bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Bu kanunun beşinci bölümüne göre bir kimse her hangi bir toplantıda ya da açık alanda toplumsal barışı yok etmek amacıyla suçlayıcı ve tehdit edici ifadeler kullanırsa veya bu yönde bir davranışta bulunursa suçlu sayılacaktır. Bu kanuna göre bir ifadenin kamu düzenini bozduğu gerekçesiyle yasaklanabilmesi için bu bağlamda şiddet tehlikesi oluşturması gerekmektedir²⁴.

Türk siyasi hayatına baktığımızda politik alanın sınırlandırılmasında **"bölünmez bütünlük"** ve **"laiklik"** eksen kavramlar olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra hazırlanan 1924 Anayasası'nda siyasal partilerle ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Anayasa genel çizgileriyle liberal bir anayasa ve hürriyetler sistemini kabul etmişti. Türkiye 1945 yılında çok partili sisteme geçmiş 1946 ve 1960 yılları arasında iki parti (CHP ve DP) arasındaki çekişme 27 Mayıs 1960'da ordu müdahalesiyle noktalanmıştır. Yapılan müdahale sonucu bütün siyasi partilerin faaliyetleri durdurulmuştur. 1961 yılında hazırlanan yeni anayasa ile siyasi partiler

22 TİKVEŞ, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Kapatma Konusundaki İki Kararı", s. 236-237.

23 HAKYEMEZ, age. , s. 108.

24 HAKYEMEZ, age. , s. 113.

konusunda yeni düzenlemeler getirilmiş, 1965 yılında da 648 nolu siyasi partiler kanunu hazırlanmıştır. Ayrıca Federal Almanya Bonn Anayasasından etkilenerek, Türkiye'de ilk defa Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve Mahkemenin görevleri arasında siyasi partileri denetleme de yer almıştır. 1961 Anayasasında 1971'de yine bir ordu müdahalesi sonucu (12 Mart Muhtırası) önemli değişiklikler yapılmış ve siyasi partilere ilişkin yeni sınırlamalara gidilmiştir. Bu dönemde, Milli Nizam Partisi **"laikliğe aykırı olduğu gerekçesiyle"**; Türkiye İşçi Partisi **"bölücülük gerekçesiyle"** kapatılmıştır²⁵.

1961 Anayasa dönemi, yine silahlı kuvvetlerce 12 Eylül 1980'de, "sağlıklı bir demokratik rejimin kurulması, kısır siyasal çekişmelerin durdurulması ve terör olaylarının sona erdirilmesi" gerekçesiyle yapılan bir müdahale ile son bulmuştur. 1982 Anayasası Avrupa'daki tüm anayasalarda görülmeyen düzeyde politik alanı sınırlamış ve depolitizasyon politikasını esas almıştır. Anayasanın 68 ve 69. maddelerinde siyasi partilere ilişkin yasaklamalara yer verilmiş, 24 Nisan 1983 yılında çıkarılan Siyasi Partiler Kanunu ile ayrıntılı sınırlamalara gidilmiştir. 1982 Anayasası döneminde de bölücülük ve laiklik karşıtı partiler artarak kapatılmaya devam etmiştir. Bölücülük nedeniyle 1971'de kapatılan TİP den sonra 1982 Anayasası döneminde, TEP, HEP, DEP, ÖZDEP, EP, STP, DDP, SBP, TBKP, SP ve HADEP kapatılmıştır. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi bölünmez bütünlük ilkesini, "Devlet Tek, Ülke Tüm, Ulus Bir" şeklinden formüleştirecek, kapatmaya esas yapmıştır²⁶.

Anayasa Mahkemesi bu dönemde laiklik karşıtlığı dolayısıyla, Huzur Partisini²⁷, Özgürlük ve Demokrasi Partisini²⁸, Refah Partisini²⁹ ve Fazilet Partisini³⁰ kapatmıştır. Laiklik karşıtlığı nedeniyle kapatılan siyasi parti

25 DAVER, Bülent, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay", Anayasa Yargısı, Ankara, 1986, s. 103-109.

26 Bkz. AYM. E. 1988/2, K. 1988/1, KT. 8. 12. 1988, AYMKD, S. 24, s. 589. AYM. E. 1990/1, K. 1991/1, KT. 16. 7. 1991, AYMKD, S. 27/2, s. 965. AYM. E. 1991/2, K. 1992/1, KT. 10. 7. 1992, AYMKD, S. 28/2, s. 803. AYM. E. 1992/1, K. 1993/1, KT. 14. 7. 1993, AYMKD, S. 29/2, s. 1166. AYM. E. 1993/4, K. 1995/1, KT. 19. 7. 1995, AYMKD, S. 33/2, s. 629. AYM. E. 1993/2, K. 1993/2, KT. 30. 11. 1993, AYMKD, S. 30/2, s. 1022. AYM. E. 1993/1, K. 1993/2, KT. 23. 11. 1993, AYMKD, S. 30/2, s. 912. AYM. E. 1993/3, K. 1994/2, KT. 16. 6. 1994, AYMKD, S. 30/2, s. 1199. AYM. E. 1995/1, K. 1996/1, KT. 19. 3. 1996, AYMKD, S. 33/2, s. 716. AYM. E. 1996/1, K. 1997/1, KT. 14. 2. 1997, RG, 26. 6. 1998 tarih 23384 sayı.

27 AYM. E. 1983/2, K. 1983/2, Kt. 25. 10. 1983, RG. 15. 10. 1984 – 185-46.

28 AYM. E. 1993/1, K. 1993/2, KT. 23. 11. 1993, AYMKD, S. 30/2.

29 AYM. E. 1997/1, K. 1998/1, KT. 16. 1. 1998, RG. 22. 2. 1998 – 23266.

30 AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, KT. 22. 6. 2001, RG. 5. 01. 2002, (Mükerrer).

kararlarında Anayasa Mahkemesi ilk kararından itibaren, “Türkiye’ye özgü laiklik” anlayışını esas almıştır³¹. Mahkeme Huzur Partisi kararında, bu anlayışı açıkça şöyle ortaya koymuştur: “Yapılan araştırma ve incelemelerin ortaya koyduğu veriler Türkiye’deki laiklik ilkesinin uygulanmasının hiçbir sosyalist ülkedeki laiklik anlayışı ile ilgili ve ilişkisi olmadığını, batıdaki Hıristiyan ülkelerin laiklik anlayışından da farklı bir yapı ve düşünce biçimine sahip olduğu açıklanmaktadır. Laikliğin, dinle devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesini oluşturan koşullardan esinleneceği, bu koşullar arasındaki uyum ya da uyumsuzluğun laiklik anlayışına da yansyarak farklı ve değişik modelleri ortaya çıkarması doğal sayılmalıdır.”³²

Anayasa Mahkemesine göre, batıdan farklı laiklik anlayışını uygulamayı gerekli kılan neden Hıristiyanlıkla İslam dini arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Mahkemeye göre, “...İslam kuralları, yalnız fertlerin manevi hayatını, yani inanç alanını değil, aynı zamanda toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da düzenlemiştir.”³³ Mahkeme İslam dininin farklılıklarına değindikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına esas olacak şu önemli saptamayı da yapmaktadır: “Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi’nin kaynağı olan laiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar...**Cumhuriyet ve demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır...**”³⁴. Türk Anayasa Mahkemesince ortaya konan “şeriat demokrasinin karşıtıdır; zıttıdır” görüşü, aşağıda daha yakından inceleneceği gibi Refah Partisi kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları arasına da girmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, demokratik rejimlerde siyasi partiler ve çok partili siyasi hayat çoğulculuk ilkesi açısından vazgeçilmez bir unsur olarak kabul edilmekle beraber, bundan, her türlü siyasi partinin demokratik rejimde varlığını sürdürebileceği sonucu çıkmamaktadır. Demokrasinin temel değerlerine düşman olan ve özellikle demokrasi için tehdit oluşturan partiler, çoğulculuk adına demokratik rejimde korunmamaktadır. Siyasi partilerin faaliyetleri, ülkedeki demokratik düzeni korumak için, anayasalar ve yasalarla sınırlandırılmakta, ülkelerin kendi demokrasisinin özelliklerine göre belli “kapalı politik alan”lar çizilmektedir. Yukarıda gö-

³¹ Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı için bk. AYM. E. 1970/53, K. 1971/76, KT. 21. 10. 1971, AYMKD, Sayı 10, s. 61-62.

³² AYM. E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25. 10. 1983, AMKD, Sy. 20, s. 358.

³³ AYM. E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25. 10. 1983, AMKD, Sy. 20, s. 358.

³⁴ AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7. 3. 1989, AMKD, Sy. 25, s. 147.

rüldüğü gibi 1930'lu yılların Avrupası'nda faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm, siyasi partiler açısından kapalı politik alan ilan edilmiş, Türkiye'de ise, bölücülük ve laiklik karşıtlığı politik alanın sınırlandırılmasında etkili olmuştur. İşte, demokratik rejimlerde çoğulculuğu koruma adına çoğulculuğu kısıtlama olarak ortaya konan bu anlayış militan ya da mücadeleci demokrasi olarak nitelendirilmekte ve politik alan bu kapsamda sınırlanabilmektedir³⁵.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE AVRUPA KAMU DÜZENİNDE POLİTİK ALANIN SINIRLARI VE “YENİ KAPALI POLİTİK ALAN”

Avrupa Kamu düzeninde politik alanın sınırlarına ilişkin Avrupa ülkelerindeki bireysel uygulamalar, diğer ülkeler açısından bağlayıcı olmaktan öte, yalnızca örnek olabilmektedir. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Sözleşme organlarının ortaya koyduğu ölçüler, Sözleşmeye taraf tüm Avrupa Ülkeleri açısından bağlayıcı kabul edilmekte, Avrupa dışında da diğer ülkeler açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Avrupa kamu düzeni açısından, politik alanın sınırlarına ilişkin ortaya koyduğu içtihat büyük önem taşımaktadır.

Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde öncelikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ortaya konan ortak Avrupa kamu düzeni anlayışının, Sözleşmeye taraf ülkeler açısından ne anlama geldiği üzerinde durulacaktır. Daha sonra, Mahkemenin siyasi partiler açısından politik alanın sınırlarına ilişkin ortaya koyduğu ilkeler incelenecek ve Refah Partisi kararında ortaya konan yeni kapalı politik alana ilişkin kararın anlam ve sonuçları ele alınacaktır.

ORTAK AVRUPA KAMU DÜZENİ ANLAYIŞI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında da açıkça belirtildiği gibi, çağdaş demokratik toplum olarak kabul edilen Avrupa demokrasileri “**ortak mirasa**” dayanmaktadır. Bu ortak mirasın en önemli değerlerinden biri, temel hak ve özgürlüklerdir. Sözleşme'de, temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla, minimum standartlar belirlenmekte ve bu standartlara uyumu sağlama için “**ortak bir koruma sistemi**” öngörülmektedir. Ortak korumada gerekli güvenceleri sağlama öncelikle Sözleşmeciler Devletlerin takdirine bırakılmakta, ancak bu takdir Sözleşme organlarıncaya denetime

³⁵ ÇAĞLAR, “Türkiye’de Siyasal Katılmanın Hukuki Sınırları”, Türkiye’nin Demokratikleşme Sorunu, Sempozyum I, İÜHF Yayınları, İstanbul 1995, s. 66.

tabi tutulmaktadır³⁶. Sözleşme'ye imza koymuş Avrupa Konseyi ülkelerini içine alan oldukça geniş bir mekanda geçerli olan Sözleşme hükümleri ve bu hükümleri yorumlayan Mahkeme içtihatları "Avrupa kamu düzeni" anlayışının oluşmasında önemli bir kaynak teşkil etmektedir³⁷.

11. Protokolle tam yargısal bir denetim olanağına kavuşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin yorumlanmasında ve uygulanmasında tam yetkili kılınmış, kararları kesin ve bağlayıcı kabul edilmiştir. Mahkeme yargı yetkisini kullanırken ortak bir Avrupa kamu düzeni anlayışından hareket etmekte ve bu düzeninin gereklerine ilişkin, tüm Sözleşmeci Devletlerce dikkate alınması gereken, ölçüler koymaktadır³⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşme kapsamında ortaya koyduğu standartlar, hem ulusal mevzuat hem de yargı kararları üzerinde etkili olmaktadır. Mahkemenin, bu ortak standarta aykırı bulduğu ihlalin kaynağı bir mevzuata dayanıyorsa Sözleşmeci devletler mevzuatı değiştirmekte, yargı kararına dayanıyorsa kararın sonuçlarını ortadan kaldıracak çözümler bulmaktadırlar³⁹. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların Sözleşmeye uygunluğunun denetiminde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce ortaya konan standartların dikkate alınması, Mahkeme kararlarının niteliği ve bağlayıcılığı karşısında büyük önem taşımaktadır⁴⁰.

³⁶ Bu nokta VIII. Avrupa İnsan Hakları Konferansında Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu'nda şöyle ifade edilmiştir: "Avrupa Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden beri taraf devletler bakımından temel haklar bir çifte korumadan yararlanmaktadır: Önce iç hukuk düzeninde, sonra da uluslararası hukuk düzeyinde. Ulusal koruma alanında mevcut çözümler pek çeşitlidir. En gelişmiş sistem, temel hakların anayasal norm değeri kazanmış olmaları şartıyla, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul etmiş bulunan sistemdir; bu sistemde de anayasa mahkemeleri listenin başında yer almaktadır." Bk. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi", Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1990, s. 264.

³⁷ ÇAĞLAR, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", s. 98.

³⁸ ÜNAL, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, 2000, s. 63.

³⁹ DRZEMCZWSKI, Andrew, "Ensuring compatibility of domestic law with the European Convention on Human Rights prior to ratification : The Hungarian model/ Introduction to a reference document", Human Rights Law Journal (HRLJ), 30 November 1995, Vol. 16, No. 7-9, s. 241-260.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü denetim sistemi hakkında bk. ÇAVUŞOĞLU, Naz, "Avrupa Konseyi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi", İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 454-477.

Sözleşmeye Taraf Devletler, Mahkemenin, kesin hüküm niteliğini almış olan bir kararına karşı, tekrar başka bir mercie başvurmak ya da itiraz etmek hakkına sahip değildiler⁴¹. Mahkeme kararlarının kesinliği, yalnız dava konusu ve davanın tarafları için sözkonusu olmakla birlikte, Özellikle temel haklar açısından Avrupa standartlarının belirlenmesi konusunda Mahkemenin demokratik toplum kavramına ilişkin yaptığı saptamalar büyük önem taşımaktadır⁴².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, tanıdığı haklar ve bu hakları koruyacak hukuksal önlemlerle, "Ulusalüstü Anayasa Şartı" olarak nitelenmektedir⁴³. Bununla birlikte, Sözleşme ile amaçlanan, temel hak ve özgürlükler alanında "Avrupa standardı"nın yaratılmasıdır. Bu çerçevede Sözleşme, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi açısından minimum, sınırlamalar açısından maksimum ölçüleri ortaya koymaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme kapsamında Avrupa standartlarını belirlerken "ortak kamusal düzen anlayışı"na dayanmaktadır. Mahkeme içtihatlarıyla ortak kamusal düzenin standartlarını belirlerken, Sözleşme'ye taraf ülkelerdeki uygulamalardan hareket etmektedir. Ancak Mahkeme "Avrupa Konseyi'ne üye ülkele-

41 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 44. maddesinde "Kesin hükümler" başlığıyla Mahkemenin hangi nitelikteki kararlarının kesin hüküm özelliği taşıdığı şu şekilde açıklanmaktadır:

"(1) Büyük Dairenin kararı kesindir.

(2) Bir Dairenin kararı aşağıdaki durumlarda kesindir:

(a) Tarafların davanın Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse veya;

(b) Karardan 3 ay içerisinde davanın Büyük Daireye gönderilmesi istenmezse veya;

(c) Alt-Kurul 43. maddede öngörülen istemi reddederse.

"Kesin karar yayınlanır."

42 Nitekim Mahkeme Soering kararında, Sözleşme'nin yorumunda "demokratik toplum" kavramının özel yerine şu şekilde işaret etmiştir: "Sözleşme, haklar ve temel özgürlükler alanında ortak güvence anlaşması sıfatıyla sahip bulunduğu özel nitelik daima gözönünde tutularak okunmalıdır. İnsanın korunmasına ilişkin bu belgenin konusu ve amacı, içerdiği hükümlerin, sözü geçen konu ve amacın gereklerini somut ve gerçek kılacak şekilde anlaşılmasını ve uygulanmasını icap ettirir. Ayrıca, öngörülmüş bulunan hak ve özgürlüklerin her türlü yorumu, (Sözleşme'nin) demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumaya ve yüceltmeye yönelik 'genel ruhu' ile uyum halinde olmalıdır." Karardan alınan bu alıntı için bk. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, s. 271.

43 BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 221.

rin uygulamalarına” yollama yaparken, belli bir dönemle bağlı kalmamakta “dinamik bir anlayışla” olayları yorumlamaktadır⁴⁴.

Ortak Avrupa kamu düzeni anlayışı öncelikle Sözleşme’nin yapılış amacına uygun olarak başlangıç kısmından çıkmaktadır. Başlangıçta Sözleşme’nin amacı, dünyada barış ve adaletin sağlanabilmesi için Avrupa Konseyine üye ülkeler arasında daha sıkı bir birlik kurmak şeklinde ifade edilmektedir. Bunu gerçekleştirmenin iki koşulu vurgulanmaktadır: Birincisi **demokratik siyasal rejimin varlığı**, ikincisi insan hakları konusunda **ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı** ilkesi. Avrupa devletlerindeki demokratik siyasal rejimlerin ortak özellikleri de şu şekilde belirtilmektedir: Aynı inancı taşıma, siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygılı ve hukukun üstünlüğü konularında **ortak bir mirası paylaşma**.⁴⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 09. 02. 1967 tarihli, Belçika’da Eğitim Dili Davası’nda Sözleşme’nin amacını şöyle açıklamıştır: “Sözleşme’nin 1. maddesine göre Sözleşmeci Devletlerin egemenlik alanlarında bulunan kişilerle ilişkilerinde, bu Devletler tarafından uyulması gereken bazı **uluslararası standartları** ortaya koymayı amaçlayan uluslararası belgedir.”

Mahkeme Sunday Times kararında⁴⁶, 8. Şubat 1967 tarihli “Belçika Dili” davasına da yollama yaparak, Sözleşme’nin “**ortak bir standart**” oluşturma çabasının ne anlama geldiğini açıklamıştır:

“Sözleşme’nin temel maksadı, ‘Sözleşmeci Devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle ilişkilerinde bu Devletlerin uyacakları bazı **uluslararası standartları** ortaya koymaktır. Bu, **mutlak bir tekbiçimciliğin gerekli olduğu** anlamına gelmez; aslında Sözleşmeci Devletler, kendilerine uygun buldukları önlemleri seçmekte serbest bırakıldıkları için, Mahkeme her bir Devletin ulusal hukuklarının esas ve usule dair özelliklerine karşı ilgisiz kalmaz.”

Mahkeme Sözleşmeci Devletlerden biri tarafından haklara müdahale oluşturan uygulamayı taraf devlet açısından adil bir çözüme bağlarken, aynı zamanda tüm Sözleşmeci Devletlerde geçerli olacak Avrupa Kamu düzenine

44 FROWEIN, Jochen A. , “İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu”, Anayasa Yargısı, Ankara, 1993, s. 111.

45 Sözleşme’nin başlangıç kısmında şu ifadeye yer verilmektedir: “Siyasal gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirasa ve benzer düşüncelere sahip olan Avrupa ülkelerinin Hükümetleri olarak, ...” Metnin tamamı için bk. DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 261.

46 Sunday Times – Birleşik Krallık, Karar Sıra no. 32, Karar Tarihi 26. 04. 1979, p. 61. Karar için bk. DOĞRU, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi (İHKAD), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998, Cilt 1, s. 341.

ilişkin **“ortak standartlar”** belirleme çabasına girmektedir. Başka bir ifadeyle Mahkeme, başvuru konusu somut olayı çözüme bağlarken bireysel adaleti sağlamak için **“sübjektif hakkı”** gözetirken, öte yandan olayın bütünlüğü içinde genel kapsamda Avrupa standardını oluşturmak için de, **“objektif ölçüler”** koyma gayreti içine girmektedir⁴⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir **“Avrupa standardı”** oluşturulmaya çalışırken, Sözleşme’ye taraf ülkelerin iç hukuklarını, Avrupa genelindeki sosyal, siyasal ve hukuki gelişmeleri gözönüne almaktadır⁴⁸. Böylece Sözleşmeciler Devletlerin iç hukuklarını da gözönüne alarak çıkarmaya çalıştığı ortak payda çerçevesinde, bir ülkede Sözleşme’deki haklara yapılan bir müdahalenin Sözleşme’ye uygunluğunu denetlemektedir⁴⁹. Mahkeme içtihatlarıyla ortak Avrupa kamu düzenine ilişkin standartları oluştururken amacı, iç hukukları **“tekbiçime”** vardırılmak değil, **“minimum ortak koruma”** çerçevesinde ulusal hukuk düzenleri arasında **“uyumu”** sağlamaktır. Yargı güvencesini de kapsamına alan bu sisteme **“derinleştirilmiş koruma mekanizması”** adı verilmektedir⁵⁰.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Wemhoff-Almanya kararında⁵¹, tutukluluk süresinin ne zaman sona erdiğinin saptanması konusunda, taraf ülkelerin mahkeme uygulamalarına yollama yapmıştır: **“iç hukuk uygulamalarında bu durumlarda, ulusal mahkemeler, karar verdikleri anı göz önüne almaktadırlar: bu tür bir uygulama taraf ülkelerin çoğunda geçerlidir ve vazgeçtiklerine ilişkin bir yeni durumda, henüz ortaya çıkmamıştır”**

Mahkeme 22. 9. 1981 tarihli **“Dudgeon Kararı”**nda da, Sözleşme’ye taraf ülkelerin büyük çoğunluğunda homoseksüel ilişkilerin cezalandırılması gereken bir konu olarak görülmediği tespitinde bulunarak, İrlanda mevzuatın-

47 Nitekim VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında, Divan Raporunda bu nokta şu şekilde açıklanmıştır: **“...Divan bir kavramın Sözleşme’de kullanıldığı anlamdaki içeriğini ‘somutlaştırırken’, pek çok kez, ‘Sözleşmeciler devletlerin anayasalarına, mevzuatına ve içtihatlarına’, bunların anayasa mahkemesi kararlarına, diğer uluslararası organların kararlarına...ve nihayet bizzat Sözleşme’de geçen ‘uluslararası hukukun genel ilkelerine’ atıfta bulunmuştur.”** Bk. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, s. 268-269.

48 BATUM, age. , s. 221.

49 BATUM, age. , s. 219.

50 KABOĞLU, İbrahim Ö. , Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2002, s. 140.

51 Wemhoff - Almanya, Karar Sıra no. 6, Karar Tarihi 27. 061968, İHKAD, Cilt 1, s. 63.

daki yaptırım öngören katı kuralların Sözleşme'nin 8/2 maddesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır⁵².

Böylece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ülkelerin kendi özelliklerini de göz önüne alarak, “**genel ve ortak bir standart**” bulmaya çalışmaktadır. Ve buradan hareketle, iç hukukların uymakla yükümlü oldukları bir demokrasi ve insan hakları anlayışı ortaya çıkarmaktadır⁵³. Mahkeme bu görüşünü Sunday Times – Birleşik Krallık kararında açıkça şöyle ortaya koymuştur: “Mahkemenin değerlendirmesi gereken şey, Sözleşme bakımından ‘gereklik’ tir; yapacağı şey de Devletin tasarrufunu Sözleşme'nin standartlarına göre denetlemektir.”⁵⁴

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin eski yargıçlarından M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Sözleşme'nin yorumunda Sözleşmecî devletlerin iç hukuklarına atıfta bulunmanın gereğini şöyle açıklamaktadır:

“...Sözleşmecî devletin iç hukukuna yapılan bu atfın meşruluğu, gerçekte, Divan'a verilen görevin niteliğinde gizlidir: Şöyleki, burada (Divan için) sözkonusu olan husus, devletin belli bir tasarrufunun (Sözleşme'ye) uygunluğunu takdir ederken, kendisinin, Sözleşmecî Devletlere ait hukukların tümünden çıkan, büyük ölçüde homejen, ve Sözleşme'ye ilham veren ‘**ortak hukuk**’ yaratmaya çağırılmış bulunduğudur.”⁵⁵

Sözleşme'nin uygulanması ve yorumunda, Sözleşmecî Devletlerde ki uygulamalara gönderme yapmakla birlikte, ulusal hukuklarda yer alan benzer kavramlara karşı, Sözleşme kavramlarını bunlardan bağımsız olarak yorumlamaktadır. Mahkeme birçok hükmünde Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukuklarında bulunan kavramlara yer vermektedir. Ancak Sözleşme kavramlarına verilecek olan somut anlamı, ulusal hukukun bu kavramlara verdiği anlamlardan bağımsız olarak kullanmaktadır. Aksi halde çeşitli taraf devletlerin milli hukukları farklı şekillendiğinden dolayı Sözleşme sistemi altında eşit olmayan bir koruma söz konusu olurdu. Bu tür bir eşitsizlikten kaçınmak ve Sözleşme'de korunan haklar açısından ülkeler arası tutarlılığı sağlamak amacıyla Mahkeme, Sözleşme'de kullanılan terimlerin iç hukuklardaki an-

⁵² Dudgeon, 22 October 1981, Series A. no. 45, bk. PETER Kempees, A Systematic Guide To The Case – Law Of The European Court of Human Rights, 1960-1994, Volume I, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston / London, 1995, s. 601.

⁵³ BATUM, age. , s. 224.

⁵⁴ Sunday Times – Birleşik Krallık, Karar Sıra no. 32, Karar Tarihi 26. 04. 1979, p. 60. , İHKAD, Cilt 1, s. 341.

⁵⁵ VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, s. 269.

lamlarından bağımsız olduklarını kabul etmiştir⁵⁶. Bu kavramların, yaşanan dönemin gereksinimlerine uygun olarak yorumu, Sözleşme organlarına bırakılmıştır. Bu tercih, Komisyon ve Mahkeme kararlarında yer alan, “otonom (özerk) kavramlar doktrininin hareket noktası olmuştur⁵⁷.

Görüldüğü gibi Mahkeme Avrupa kamu düzeninin gereklerini belirlerken Sözleşmeciler Devletlerin iç hukuklarında mevcut ortak bir paydan hareket etmekte, ancak Sözleşme açısından denetim yetkisini kullanırken Sözleşmeciler Devletlerin, Sözleşme kavramlarına iç hukuklarında verdikleri anlamlarla kendini bağlı saymamaktadır⁵⁸. Mahkeme Sözleşme’nin amacı ve konusu gereğince ilgili kavrama nasıl bir anlam vermesi gerektiğini kendisi araştırmaktadır. Buna da Mahkeme’nin “**otonom kavramlar**” doktrini denmektedir⁵⁹.

Mahkeme, Sözleşme’nin zaman içinde etkisiz kalmasının önlenmesi ve Avrupa kamu düzeninde değişen koşullara ayak uydurulabilmesi için geliştirici yorum tarzını benimsenmiştir⁶⁰. Mahkemenin, Sözleşme hükümlerinin yorumunda çeşitli yorum tekniklerinin hemen hemen hepsine başvurmakta ise de, Avrupa kamu düzenine ilişkin standartların belirlenmesinde, özellikle dinamik yorum ilkesine başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’deki bir hakka yapılan müdahalenin gerekliliğini belirlerken, Sözleşmeciler Devletlerin iç hukuklarını gözönüne alması yanında, bu ülkelerdeki belli dönemlerde yapılan uygulamalarla bağlı kalmamakta, zamana göre değişen uygulamaları da değerlendirmektedir. Buna “**dinamik yorum**” anlayışı denmektedir⁶¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Marckx kararında, aile kavramı üzerinde durmuş ve resmîyet kazanmadan, sadece kan bağıyla kurulan bir aileyi de Sözleşme’nin 8. maddesinde sözü edilen “aile kavramı” içinde dahil ederken gerekliliği dinamik yorum anlayışı içinde değerlendirmiştir:

“Avrupa Sözleşmesinin imzalandığı 1950 yılında çoğu Avrupa ülkesinde, gayri meşru aile ve meşru aile arasında ayırım yapılması normal karşıla-

56 BIÇAK, Vahit, “Uluslar arası İnsan hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişmesine Katkısı”, Anayasa Yargısı, 2000, s. 107.

57 GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age. , s. 142.

58 JACOBS, G. Francis/WHITE, C. A. Robin, The European Convention on Human Rights, Secon Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 28-29.

59 Mahkemenin geliştirdiği otonom kavramlar doktrini hakkında bk. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemesi Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, s. 267.

60 BIÇAK, , a. g. m. , s. 107.

61 FROWEIN, “İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu”, s. 113.

nyordu. Ancak bu durum, bu gün için günün koşullarına göre, yeniden değerlendirilmelidir. Avrupa Konseyine üye ülkelerin büyük çoğunluğunda iç hukuk, gelişmiş ve gelişmeye devam etmektedir. Bu nedenle, günümüzde, Sözleşme'nin 12. maddesindeki aile kavramı, sadece meşru değil, gayri meşru çocuklarla oluşan aileyi de koruma kapsamı içine almaktadır.”⁶²

Mahkeme, Handyside – Birleşik Krallık kararında⁶³ Avrupa kamu düzeninin statik değil dinamik bir anlayışla yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir:

“Özellikle Sözleşmeciler Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli Avrupa ahlak kavramı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunda ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerinin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir.”

Yukarıdaki kararlarda da görüldüğü gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bütün yorum ilkelerinden faydalanmakla birlikte, özellikle ortak Avrupa kamu düzenine ilişkin standartları belirlerken dinamik yorum yöntemine başvurmakta, dolayısıyla objektif yorum yöntemini daha sık kullanmaktadır.⁶⁴ Sözleşme’de ifade edilen kavramlardan çoğu, demokratik toplumun hukuki ve sosyal yapısıyla bağlantılıdır.⁶⁵ Bunun sonucu olarak, Avrupa kamu düzeninin standartları statik olmayıp zamanın geçmesi ile ilerlemeye ve gelişmeye açıktır. Sözleşme'nin zaman içinde etkisiz kalmasının önlenmesi ve Avrupa kamu düzeninin değişen değer yargılarının yansıtılması açısından geliştirici yorum tarzının benimsenmesi esas alınmıştır.⁶⁶ Mahkemenin dinamik bir yorumla ortaya koyduğu ölçüler, Sözleşmeye taraf tüm ülkeler açısından ortak Avrupa kamu düzenine ilişkin standartlar olarak kabul edilmektedir.

IV. POLİTİK ALANIN SINIRLARI VE YENİ KAPALI POLİTİK ALAN

1. Sözleşme Organlarının Kararlarında Militan Demokrasi Anlayışı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde, düşünce ve örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ve 17. maddede hakların kötüye kullanılmayaca-

⁶² Marckx, 13. 6. 1979, Serie A, No. 31, s. 38-43.

⁶³ Handyside – Birleşik Krallık, Karar Sıra no. 26, Karar Tarihi 07. 12. 1976, p. 48. , İHKAD, Cilt 1, s. 222.

⁶⁴ Mahkemenin kullandığı yorum teknikleri hakkında bk. MATSCHER, F. “Methods of Interpretation of the Convention”, The European System for the Protection of Human Rihts, Martinus Nuhoff Publishers, London, 1993, s. 63-81.

⁶⁵ ÇAVUŞOĞLU, Naz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, s. 143.

⁶⁶ BIÇAK, a. g. m. , s. 107.

ğı ilkesine yer verilmesi, militan demokrasi anlayışını yansıtmaktadır⁶⁷. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanırken temel hak ve özgürlüklerden yararlanarak totaliter rejimlerin kurulması ve insan haklarının yok edilmesinin önüne geçmek için Sözleşme'nin 17. maddesinde, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 30. maddesine benzer şekilde "hakkın kötüye kullanılması yasağı" başlığıyla şu düzenlemeye yer verilmiştir⁶⁸:

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz." ⁶⁹.

Militan demokrasi anlayışının Sözleşmedeki yansıması olan 17. maddenin yorumunu Mahkeme, Lawless – İrlanda kararında ortaya koymuştur. Lawless yasadışı İrlanda Cumhuriyet Ordusu (İRA) üyesi olduğu iddiasıyla 1957 yılında tutuklanmıştır. Komisyon Mahkemeden, başvurucunun Sözleşme'nin 5, 6 ve 7. maddelerinin uygulanması istemine 17. maddenin engel olup olmadığına karar vermesini istemiştir.

İrlanda Hükümeti, Lawless'ın İRA'nın üyesi olduğu ve İRA faaliyetleriyle ilişkili bulunduğu dair çok ciddi kuşkuların olması nedeniyle tutuklandığını, İRA'nın Sözleşme'de beyan edilen hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan eylemleri nedeniyle yasaklandığını, bu nedenle Lawless'ın Sözleşme'nin 5, 6, 7 ve diğer maddelerindeki bir hakka dayanamayacağını, Sözleşme'nin 17. maddesine ve Komisyonun Alman Komünist partisi kararına dayanarak ileri sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu konuyla ilgili hazırladığı raporda, Sözleşme'nin 17. maddesinin ne anlama geldiğini özetle şöyle açıklamıştır:

"17. maddenin genel amacı, totaliter grupların Sözleşme'de ilan edilen ilkeleri kendi çıkarlarına göre istismar etmelerini önlemektir. Ancak 17. maddenin bu amacını yerine getirmek için, Sözleşme'yle herkese tanınmış hak ve özgürlükleri, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden birini tahrip etmeyi amaçlayan faaliyetlere karıştığı tespit edilen kişilerin elinden almak gerekli değildir. **17. madde esas olarak, 'Sözleşme'de beyan edilen hak ve özgürlüklerden biri'nin tahribini amaçlayan faaliyetlerde bulunmak**

⁶⁷ REİSOĞLU, Uluslar arası boyutlarıyla İnsan Hakları, s. 133.

⁶⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 30. maddesine göre, "Bu bildirinin hiçbir hükmü, bir Devlete, topluluk veya kişiye, bildiride yer alan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan bir girişimde veya eylemde bulunma hakkını verir bir şekilde yorumlanamaz."

⁶⁹ Maddenin Türkçe çevirisi için bk. DOĞRU, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, s. 282.

üzere buradan bir hak türetme girişimini kolaylaştırabilecek hakları kapsar. Alman Komünist Partisinin yaptığı başvurunun (Başvuru No. 250/57) kabuledilebilirlik kararı, 17. maddenin yukarıdaki yorumuna tamamen uygundur. Komünist Partisinin Başvurusu bağlamında Sözleşme'nin 9, 10 ve 11 maddelerinde beyan edilen haklarla ilgili bir sorun olamazdı; çünkü bu hakların Komünist Partiye de tanınması, onun 17. maddede belirtilen faaliyetlerde bulunmasını mümkün kılacaktı.⁷⁰

Komisyon, yukarıda 17. maddenin uygulanmasına ilişkin yorumu çerçevesinde, G. R. Lawless'ın İRA'nın faaliyetlerine katılmış olsa bile, Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerindeki herkesi keyfi gözaltına almayı ve yargılamadan gözaltında tutmayı yasaklayan haklardan mahrum bırakılmayacağını ve İrlanda hükümetinin 17. madde dolayısıyla bu hakları yerine getirme yükümlülüğünden kaçamayacağını ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Komisyonun 17. madde hakkındaki yorumuna katılarak, İrlanda hükümetinin talebini şu gerekçeyle kabul edilemez bulmuştur:

“Mahkemenin görüşüne göre gruplar veya bireyler ile ilgili olarak 17. maddenin amacı, onların Sözleşme'de beyan edilen hak ve özgürlüklerden birini **tahrip etmeyi amaçlayan bir faaliyette bulunmak** veya bir **eylem icra etmek** için Sözleşme'den bir **hak türetmelerini** imkansız kılmaktır. Bu nedenle hiç kimse, sözü edilen hakları ve özgürlükleri tahrip etmeyi amaçlayan **eylemleri icra etmek** üzere Sözleşme hükümlerinden yararlanamaz. **İfade bakımından olumsuz nitelikteki bu hüküm, bir kişiyi Sözleşme'nin 5. ve 6. maddelerinde garanti edilen temel bireysel haklardan yoksun bırakacak bir biçimde yorumlanamaz.**”

Sözleşme'nin 17. maddesinde, temel hakları kötüye kullanma anlamına gelecek etkinlik ve eylemlerin yalnızca grup ya da kişilerden değil devletten de gelebileceği ifade edilmiştir. Ancak yukarıda ki İHAM kararından da anlaşıldığı gibi birey ve gruplar ile devlet arasında kötüye kullanma amacı açısından fark bulunmaktadır. Mahkemeye göre, “gruplar veya bireyler ile ilgili olarak 17. maddenin amacı, onların Sözleşme'de beyan edilen hak ve özgürlüklerden birini **tahrip etmeyi amaçlayan bir faaliyette bulunmak** veya bir **eylem icra etmek** için Sözleşme'den bir **hak türetmelerini** imkansız kılmaktır.”

Dolayısıyla 17 madde bireyler ve gruplar için Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri yok etme amacına yönelik etkinlik ve eylemleri yasaklarken, dev-

⁷⁰ Lawless – İrlanda, (Esas hk), Karar Sıra no. 3, Karar Tarihi 01. 07. 1961, p. 36, İHKAD, Cilt 1, s. 14.

let açısından hem yok etme hem de Sözleşme’de öngörülenden daha geniş sınırlama amacına yönelik etkinlik ve eylemleri yasaklamaktadır. Devletin kötüye kullanma anlamına gelen faaliyetlerini yasaklayan niteliğiyle hüküm, tüm haklar için bir güvence sağlamaktadır. Sözleşme’de devlete getirilen bu yasaklamayı destekleyen diğer bir düzenleme de, Sözleşme’nin 18. maddesidir. 18. maddeye göre, “Bu Sözleşme’de hak ve özgürlükler için getirilen kısıtlamalar, ancak öngörüldükleri amaçlar için uygulanabilirler.” “Amaç saptırma yasağı” olarak ifade edilen bu hükümde Sözleşmeciler Devletlerin, temel hakları sınırlarken sınırlama yetkilerini kötüye kullanmamalarını öngörmektedir⁷¹.

Sözleşme’nin 17. maddesinde aranan diğer bir koşulda, devlet, gruplar ya da bireylerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen hak ve özgürlüklerden yararlanarak, bu hak ve özgürlüklerden birini yok etmeye veya Sözleşme’de belirtilenden daha geniş ölçüde sınırlamaya yönelik *etkinliklerde veya eylemlerde* bulunmalarıdır. Dolayısıyla Sözleşme’de kötüye kullanma “soyut düşünceyle” değil “etkinlik ve eylemle” gerçekleşebilir. Başka bir ifadeyle 17. maddede yasaklanan düşünce değil yok etmeye yönelik etkinlik ve eylemlerdir. Bu nedenle yok etme amacıyla bu amaca yönelik etkinlik ve eylemler arasında “açık ve yakın” nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Uygulamada asıl sorun düşünce ile etkinlik ve eylem sınırının belirlenmesidir. Elbette düşüncenin ifade yöntemleri etkinlik kavramı içinde değerlendirilebilecektir; ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta ifadenin “etki ve sonuçları”dır. Düşünce açıklaması kapsamında yapılan bir etkinlik, örneğin bir yazı “etki ve sonucu” itibarıyla temel hakların yok edilmesi sonucunu doğurmaktan çok uzak ise bunu düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirmek, çok yakın ve ciddi bir tehdit oluşturmaktaysa “etkinlik” olarak değerlendirmek mümkün olabilir.

Sözleşme’nin 17. maddesinin ihlal edildiğinin ileri sürülebilmesi için Sözleşme’deki bir hakkı yok etme ya da öngörülenden daha geniş sınırlama amacının ve bu amaca yönelik etkinlik ve eylemlerin açık ve yakın nedensellik bağıyla ispatlanması yeterli değildir. Amaca yönelik etkinlik ve eylemleri gerçekleştirme hakkını Sözleşme’deki bir hakka dayandırmak gerekmektedir. Başka bir ifadeyle birey, grup ya da devlet tarafından, Sözleşme’deki bir hakkın, başka bir hak veya hakları yok etme ya da daha fazla sınırlama amacıyla etkinlik ve eylemde bulunma hakkını verdiği iddiasının olması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesi kapsamında politik alanın sınırlarına ilişkin ilk uygulama, Alman Komünist Partisinin Anayasa

71 REİSOĞLU, a. g. e, s. 139.

Mahkemesi tarafından kapatılması nedeniyle yöneticilerinin Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna yaptıkları başvuru üzerine, Komisyonun verdiği 20 Temmuz 1957 tarihli karardır.

Komisyon, kapatılan Alman Komünist Partisinin yöneticilerinin İHAS'ın 9, 10 ve 11. maddelerine dayanarak yaptıkları başvuruları, Sözleşme'nin 17. maddesine dayanarak kabul edilemez bulmuştur. Komisyona göre, komünist partiler, proleter ihtilali ve proletaria diktatörlüğü yoluyla bir komünist düzen kurmayı amaçlayan partilerdir. Diktatörlük, bir çok hak ve özgürlüğün ortadan kaldırılması sonucunu doğurur ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle bağdaşmaz. Komisyona göre, başvuranların siyasi fikirlerini ifade etmeleri, şüphesiz 17. maddedeki anlamında bir etkinliktir. Dolayısıyla bu etkinlik ve faaliyet içinde olan Alman Komünist Partisi, Sözleşme'nin 17. maddesi gereğince, Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerine dayanamaz. Böyle etkinlik içinde bulunan bir partinin bu talebi hakkın kötüye kullanımı anlamına gelmektedir⁷².

Komisyonun kararında 17. maddeye ilişkin uygulamada şu koşulların arandığı görülmektedir: Proleter ihtilali ve diktatörlüğü yoluyla bir komünist düzen kurma amacı temel hakları yok etme amacını göstermektedir. Alman Komünist partisi bu amacı gerçekleştirmeye yönelik siyasi fikirlerini ifade etmekle, etkinlik ve faaliyet içinde bulunmaktadır. Sözleşme'deki hakları yok etme sonucu doğuracak etkinlik ve faaliyetler içinde bulunan Alman Komünist partisi Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerine dayanmaktadır. Ayrıca Partinin yararlanmak istediği haklar, Sözleşme'deki hakları yok etme amacına ulaştıracak etkinlik ve faaliyetler açısından uygun haklardır. Dolayısıyla tüm bu koşulların birlikte gerçekleşmesi 17. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımı anlamına gelmektedir.

Bu şekilde, 17. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımının varlığının belirlenmesi halinde, kötüye kullanmayı önlemek amacıyla yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla demokratik toplum düzeninde, demokratik ortamı yok etme yönünde faaliyetlerde bulunanların, demokrasinin sağladığı olanakları kullanamayacakları sonucu çıkmaktadır. Bu militan demokrasi anlayışının açık bir uygulamasıdır.

2. Politik Alanın Sınırları ve Yeni Kapalı Politik Alan

Sözleşme'nin 11. maddesinde toplanma ve örgütlenme özgürlüğü düzenlenmektedir. Örgütlenme özgürlüğü de, düşünce özgürlüğü gibi mutlak bir

⁷² GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 414.

hak değildir. Bu hak da, 11. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen koşullara uygun olarak, Sözleşmeci Devletlerce sınırlanabilir. 11. madde, düşünceyi açıklama özgürlüğünün tezahür şekillerinden biri olan toplantı ve dernek kurma özgürlüklerini güvence altına almaktadır. Toplantı özgürlüğü, bireylerin bir fikir ya da amacı açıklamak için kapalı veya halka açık yerlerde toplantı, gösteri ve yürüyüş vb. herhangi bir şekilde bir araya gelmeleri olarak açıklanmaktadır⁷³. Dernek kurma (örgütlenme) özgürlüğü ise, sendika kurma veya var olan bir sendikaya katılma, siyasi parti kurma ve partiyi sürdürme özgürlüğünü de içine alacak şekilde yorumlanmaktadır⁷⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11. maddedeki örgütlenme özgürlüğü ile ilgili, Türkiye hakkında siyasi parti kapatma davaları çerçevesinde kararlar vermiştir. Madde metninde siyasal partilerden söz edilmemesine karşın, Mahkeme metinde geçen sendika ifadesinin bir örnek olduğunu, maddenin tüm yasal örgütleri kapsadığını içtihatlarında açıkça ortaya koymaktadır. Mahkeme, demokratik toplum düzeninde siyasi partilerin vazgeçilmez önemine değinirken, siyasi partilere ilişkin müdahalelerin hangi gereklilikler çerçevesinde haklı olabileceğini, Türkiye hakkında verdiği dört kararda ortaya koymuştur.

Mahkemenin, Türkiye Birleşik Komünist Partisi⁷⁵ (TBKP), Sosyalist Partisi⁷⁶ (SP), Özgürlük ve Demokrasi Partisi⁷⁷ (ÖZDEP) ve Refah Partisi⁷⁸ (RP) kararları incelendiğinde, siyasi partilere ilişkin politik alanın belirlenmesinde uyulması gereken ortak ilkelerin ortaya konduğu görülmektedir. Bu nedenle öncelikle bu dört kararda da benzer şekilde tekrarlanan siyasi partilere ilişkin ortak ilkeler ele alınacak; daha sonra ise, Refah Partisi kararının

73 Mahkemenin bu konudaki kararları hakkında bk. Plattform "Arzte für das Leben" – Avusturya, 2. 6. 1988, A 139, p. 31; mutatis mutandis Young, James and Webster – İngiltere, 13. 8. 1981, A 44, p. 49; X and Y – Hollanda, 26. 3. 1985, A 91, p. 23. ; Gustafsson – İsveç, 25. 4. 1996, p. 45.

74 GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age. , s. 367.

75 Kararın Türkçe çevirisi için bk. TBKP – Türkiye, Karar Sıra no. 868, Karar Tarihi 30. 01. 1998, İHKAD, Cilt 2, s. 372-394

76 Kararın Türkçe çevirisi için bk. Sosyalist Parti ve Diğerleri – Türkiye, Karar Sıra no. 918, Karar Tarihi 25. 05. 1998, İHKAD, Cilt 3, s. 247-277.

77 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özgürlük ve Demokrasi Partisi kararının tam metni için bk. <http://www.echr.coe.int>.

78 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Refah Partisi kararının tam metni için bk. Daire kararı, Refah Partisi ve Diğerleri – Türkiye, 31. 7. 2001, (Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98); Büyük Daire Kararı, 13. 02. 2003, <http://www.echr.coe.int>.

diğer üç karardan farklı yönleri ve bu farklılığın yeni kapalı politik alan açısından anlam ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

a) Siyasi Partilere İlişkin Politik Alanın Belirlenmesinde Ortak İlkeler

Mahkemenin Türkiye hakkında verdiği siyasi parti kararlarından, siyasi partilere ilişkin şu ortak ilkeler çıkarılabilir:

1. Sözleşmedeki 11. maddenin “sendika kurma...hakkı da dahil, örgütlenme özgürlüğü” demesine karşın, “dahil” bağlacı, diğer örgütlenme özgürlüğünün kullanılma biçimleri içinde sendikaların sadece bir örnek olduğunu açıkça göstermektedir. Dolayısıyla o tarihte temel sorunlardan birini oluşturduğu için değinilen sendikalara atıfta bulunarak, Sözleşme’yi yazanların siyasi partileri 11. maddenin dışında tutmayı amaçladıkları sonucuna varmak mümkün değildir⁷⁹.

2. Siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünden faydalanmalarında, 11. maddenin lafzından daha ikna edici olan şey, **siyasi partilerin demokrasinin tam olarak işlemesi için temel örgütlenme biçimlerinden biri olmasıdır**. Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine bakıldığında, siyasi partilerin 11. maddenin kapsamına girdiğinden kuşku duyulmaz⁸⁰.

3. Siyasi partiler demokrasinin tam işlemesi için temel örgütlenme biçimlerinden biridir. Partilerin sadece tüzüğüne ve programına bakılarak, anayasal düzene muhalefet ettiği iddia edilemez. Ancak, faaliyetleri ile devletin kurumlarını tehlikeye sokan bir partinin 11. maddenin ikinci fıkrasındaki koşullara uyularak kapatılması mümkündür.⁸¹

4. Siyasi partiler, sırf ulusal makamlar tarafından faaliyetleri Devletin anayasal yapısını zayıflattığı ve kısıtlamalara karşı çıktığı kabul edildiği için Sözleşme’nin sağladığı korumanın dışında tutulamazlar⁸². **Ancak buradan, faaliyetleri ile devletin kurumlarını tehlikeye sokan bir örgütün bulunması halinde, Devletin yetkili makamlarının, Devletin kurumlarını koruma yetkisinden yoksun oluşu sonucuna varılamaz**. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, Sözleşme’nin sisteminde var olan, demokratik toplumu savunmanın gerektirdikleri ile bireyin haklarını savunmanın gerektirdikleri arasındaki uzlaşmadır. Uzlaşmanın bulunması için, siyasi partilere yapılacak

⁷⁹ TBKP – Türkiye, p. 24.

⁸⁰ TBKP – Türkiye, p. 25.

⁸¹ TBKP – Türkiye, p. 26. Refah Partisi- Türkiye, p. 48.

⁸² TBKP – Türkiye, p. 27.

müdahalelerin 11. maddenin ikinci fıkrasındaki koşullara uygun olması gerekmektedir⁸³.

5. Sözleşme'nin 11. maddesi bir örgütün sadece kurulmasıyla sınırlı değildir, örgütün bütün yaşamı boyunca bu koruma devam eder. Bu nedenle bir örgütün yetkili makamlar tarafından kapatılması 11. maddenin ikinci fıkrasındaki şartlara uygun olmak zorundadır⁸⁴. Ancak, siyasi partiler söz konusu olduğu zaman 11. maddede belirtilen istisnalar çok dar yorumlanmalı, sadece ikna edici ve zorlayıcı sebepler siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasının haklı sebebi olmalıdır⁸⁵.

6. Demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı olsa bile diyalog yoluyla çözme imkanının tanınmasıdır. Demokrasi ifade özgürlüğü ile gelişir. Bu açıdan bakılınca siyasi bir gruba, sırf Devletin nüfusunun bir kısmının durumunu aleni biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasi yaşamda yer almayı istediği için engel olunması haklı görülmez. Bir partiyi programıyla yargılamak, aslında onun bu alandaki amacını da yargılamaktır⁸⁶.

7. Belirtildiği gibi, bir partinin programında beyan ettiği amaçlardan ve niyetlerden daha farklı amaç ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceği gözden uzak tutulamaz. Partinin amaç ve niyetini gizlemediğini doğrulamak için partinin programı ile faaliyetleri ve savunduğu görüşlerin karşılaştırılması zorunludur⁸⁷.

8. Bir parti programının Sözleşmecî bir Devletin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, bu programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmemektedir. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir Devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur⁸⁸.

9. Yasal sorumluluğu olmayan ve bağımsız yargı denetimine tabi tutulmayan yöneticilerin olduğu rejimler ister laik ister dini olsun, orada demok-

83 TBKP – Türkiye, p. 32.

84 TBKP – Türkiye, p. 33.

85 TBKP – Türkiye, p. 46.

86 TBKP – Türkiye, p. 57. ; SP- Türkiye, p. 45 ÖZDEP – Türkiye, p. 43-44. Refah Partisi- Türkiye, p. 46.

87 TBKP – Türkiye, p. 58.

88 SP- Türkiye, p. 47. ÖZDEP – Türkiye, p. 41.

rasinin varlığından söz edilemez.⁸⁹ Çoğulculuk olmadan demokrasi de olmaz. Bu nedenle 10. madde ile düzenlenen ifade özgürlüğü, ikinci fıkradaki sınırlara tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanır⁹⁰.

10. Bir siyasi partinin iki koşulda Devletin anayasal ve yasal düzeninde değişiklik yapmayı önerebileceği düşünülebilir: Birincisi, kullandığı araçlar meşru ve demokratik olmalı; ikincisi, değişiklik önerisi temel demokratik ilkelerle bağdaşır olmalıdır. Liderleri şiddeti teşvik eden, demokrasiye saygının sağlanmasını küçümseyen ya da demokrasinin yıkılması amacını taşıyan ve demokrasilerdeki hak ve özgürlükleri hor gören bir siyasi parti, kendisine uygulanan yaptırımlardan dolayı Sözleşmenin korumasından yararlanamaz⁹¹.

11. Bir siyasi parti üyelerinin **söz ve davranışlarının, siyasi partiye isnat edilebilir** olması gerekmektedir. Bir siyasi partinin program ve tüzüğü, partinin amaç ve niyetini belirlemede tek ölçü olarak gözönünde bulundurulamaz. Ancak, Devletlerin siyasi tecrübeleri göstermiştir ki, geçmişte demokrasinin temel ilkelerine karşı amaçları olan siyasi partiler bu amaçlarını resmi yayınlarda iktidarı elde edinceye kadar açığa çıkarmazlar. Bunun içindir ki, bir partinin siyasi programı ilan edilenden farklı amaç ve niyetler taşıyabilir. Bir arada bakıldığında bu davranış ve tutumlar, bir bütün olarak onların amaç ve niyetlerini açığa çıkarması koşuluyla, bir siyasi partinin kapatılması sürecinde kullanılabilir⁹².

89 Refah Partisi- Türkiye, Daire Kararı, p. 43.

90 Refah Partisi- Türkiye, Daire Kararı, p. 44.

91 Refah Partisi Kararı, p. 98. Mahkeme üyelerinin çoğunluğunun ortaya koyduğu bu ilkelere yorumu hakkında Hakim Rozakis' in de katıldığı hakim Ress'in görüşleri şöyledir : "Benim görüşüme göre yasal araçlara referans, iç hukuka bir ya da iki defa aykırı davranan bir siyasi partinin, özellikle kapatma gibi kendine uygulanan cezalara karşı, Sözleşmenin korunmasından yararlanma olanağını kaybettiği şeklinde yorumlanamaz. Bir siyasi parti toplantısı yapılırken tüm küçük ihlaller ya da parti üyelerinin biri ya da ötekisinin bir davranışı veya parti içi düzene ilişkin aykırılıklar, kapatma gibi bir önlemi haklı kılmak için kullanılamaz...Bir partinin kapatılması olasılığı aşağıdaki şu durumlara ilişkin olunca daha güvenilir olur: Şiddete çağrı yapan parti liderinin bulunması, ya da demokrasinin temel kurallarına saygı içermeyen bir parti programının ileri sürülmesi veya demokrasinin tahribini amaçlayan ve demokrasilerde tanınan hak ve özgürlükleri küçümseyen bir durumun olması. bk. Hakim Rozaki ve Hakim Ress'in aynı yöndeki görüşü, Refah Partisi-Türkiye, Büyük Daire Kararı, s. 36-38.

92 Refah Partisi -Türkiye, Daire Kararı, p. 101.

12. Bu nitelikteki bir partiye **müdahale için uygun zamanlama** konusu önemlidir. Bir siyasi partinin ileri sürdüğü politikalar, açık ve yakın bir tehlike oluşturmasa bile, demokrasi standartları ile bağdaşmaz bir politikayı uygulamak için, somut adımlar atmaya başlaması halinde, iktidarı ele geçirmeye kadar müdahale için beklenilmesi devletlerden istenemez. Ulusal makamların kanıtladığı bu gibi bir tehlikeyi devlet, demokratik rejime ve toplumsal barışa zarar verebilecek somut bir adımı uygulamaya geçirmeye teşebbüste bulunmadan önce makul ölçüler içinde önleyebilir⁹³.

13. Devletin bu nitelikte önleyici bir müdahalesi, devletin bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için sahip olduğu **pozitif yükümlülüklerine** de uygundur. Devletin bu yükümlülüğü yalnızca devlet görevlilerine veya kamu kuruluşlarına karşı bir ihmal ya da eylemin sonucunu ortadan kaldırma şeklinde bir müdahale için değil, devletin varlığı dışında özel kişilere karşı yapılacak müdahaleler için de geçerlidir⁹⁴. Dolayısıyla, demokrasinin temel ilkeleriyle çelişen ve temel hak ve özgürlüklere saygı yükümlülüğünü ihlal eden bir siyasi partiye müdahale, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında kabul edilmektedir.

14. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına karşı bir müdahale, neyin “demokratik bir toplumda gerekli olduğu” kistasıyla değerlendirilmek gerekmektedir. O halde haklardan herhangi birine müdahaleyi haklı gösterecek tek gereklilik, “demokratik toplum”dan çıktığı ileri sürülebilen gerekliliktir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında, uyumlu olan tek siyasi modelin, demokrasi olduğu ortaya çıkmaktadır⁹⁵.

b) Yeni Kapalı Politik Alan

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen TBKP, SP ve ÖZDEP kararlarında kapatma nedeni “**devletin bölünmez bütünlüğü**” ilkesine aykırılık olarak ortaya çıkmakta, korunan değer ise “**Devletin temel düzeni**” olarak belirlenmektedir. Oysa Refah Partisi kararında kapatma nedeni “**laiklik ilkesine**” aykırılık olarak belirlenmekte ve amaç “**demokratik ve laik düzenin korunması**” şeklinde ortaya konmaktadır. Mahkeme bu kararlarda Avrupa Kamu düzeni açısından politik alanın sınırlarını çizerken, öncelikle devletin temel düzeni ile demokratik düzen ayrışmasını ortaya konmakta daha sonra **şeriatın demokrasinin kendisi ile bağdaşmaz olduğunu** ifade edilerek **yeni kapalı politik alanı** tüm Avrupa kamu düzeni açısından ilan etmiş olmaktadır.

⁹³ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 102.

⁹⁴ Refah Partisi - Türkiye, Daire Kararı, p. 103

⁹⁵ Refah Partisi- Türkiye, Daire Kararı, p. 45.

(1) Devletin Temel Düzeni ile Demokratik Düzenin Ayrışması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sosyalist Partisi kararında, devletin temel düzeni ile demokratik düzenin aynı olmadığına ilişkin ilkeyi şu şekilde ortaya koymaktadır:

“Mahkemeye göre, bu tür bir programın Türk Devletinin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmez. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir Devletin mevcut organizasyonunun sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur.”⁹⁶

Mahkeme bu ilkedan hareketle, TBKP, SP ve ÖZDEP kararlarında parti programlarında veya faaliyetlerinde ortaya konan “devletin bölünmez bütünlüğü” ilkesine aykırılık anlamına gelecek ifadeleri, demokrasinin ilkeleriyle bağdaşmaz bulmadığı için kapatılmalarını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmuştur.

TBKP kararında, Türk Hükümetinin “komünist” ideolojiyi “yıkıcı bir öğreti ve totaliter bir siyasi akım olarak” nitelediği ve komünist ideolojiyi benimseyen bir siyasi partinin kurulamayacağını ifade ettiği görülmektedir. Türkiye Hükümeti TBKP’nin tüzük ve programının **Türkiye’nin temel Anayasal ilkelerine aykırı olduğunu** iddia ederken şu açıklamalara yer vermiştir:

“TBKP, kendine “komünist” demekle ister istemez, Türkiye’nin siyasi ve ülkesel bütünlüğünü bozan ve laiklik ilkesi gibi kamu hukukunun temel ilkelerini tehlikeye sokan **yıkıcı bir öğretiyeye ve totaliter bir siyasi hedefe** gönderme yapmış olmaktadır. “Komünizm”, iktidarı değiştirmeyecek bir biçimde elde tutmayı gerektirmiş ve yalnız Türkiye’de değil Avrupa Konseyine üye diğer Devletlerde de kabul görmeyen bir siyasi düzen kurmayı amaçlamıştır. Bunun yanında, belirli isimlerin kullanılmasını Batıdaki başka hukuk sistemlerinde de yasaklanmıştır. Hükümet bu konuda Alman, Polonya, ve Portekiz anayasalarına göndermede bulunmuştur. Hükümete göre, TBKP’nin ve liderlerinin Berlin Duvarı’nın yıkılmasından sonra 1990’da “komünizm” adını seçmekteki niyetleri ne olursa olsun, ismin içerdiği siyasi anlamdan ayrı düşünülemez.”⁹⁷

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Türk Hükümetinin “komünist ideolojiyi” başlı başına suç sayan bu görüşüne karşılık, daha önce Alman Komü-

⁹⁶ Sosyalist Parti – Türkiye Kararı, p. 47.

⁹⁷ TBKP – Türkiye, p. 20.

nist Partisi davasında verdiği karar ile bu karar arasındaki farka değinmektedir:

“O tür davalarda başvuruçuların itiraz konusu faaliyetlerinin amacı şiddet veya düşmanlık yaymaktı. Buna karşılık TBKP'nin tüzük ve programında, demokratik bir parti olmadığını veya yasadışı ya da demokratik olmayan yöntemlere başvurduğunu, şiddet kullanımını teşvik ettiğini, Türkiye'nin çoğulcu ve demokratik sistemini zayıflatmayı amaçladığını veya başkalarının hak ve özgürlüklerini tahrip edebilecek ırkçı hedefler peşinde olduğunu gösteren hiçbir şey yoktur.”⁹⁸

Kararda da görüldüğü gibi Komisyon, Alman Komünist Partisinin kapatıldığı dönemde, komünist partilerin amacının şiddet ve demokratik olmayan yöntemlere başvurmak olduğunu, şiddet kullanımını teşvik ettiğini, çoğulcu ve demokratik sistemi zayıflatmayı amaçladığını veya başkalarının hak ve özgürlüklerini tahrip edebilecek ırkçı hedefler peşinde olduğunu, oysa TBKP'nin bu nitelikte bir parti olmadığını ileri sürmektedir. Dolayısıyla günümüz Komünist Partilerinin Avrupa kamu düzeni açısından artık bir tehdit olarak algılanmadığı sonucu çıkmaktadır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de TBKP'nin kendisine 'komünist' adı verirken Türk toplumu veya Türk Devleti için gerçek bir tehdit oluşturabilecek bir siyaseti seçtiğini gösteren somut herhangi bir delil bulunmadığı gerekçesiyle, partinin ismine dayandırılan iddianın tek başına partinin kapatılmasına neden olabileceğini kabul edilemez bulmuştur⁹⁹. Mahkeme ayrıca, Türkiye'de komünist ideolojiden esinlenen siyasi faaliyetlerde bulunulmasını suç sayan Ceza Yasası Hükümlerinin, 12 Nisan 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasıyla yürürlükten kaldırıldığını hatırlatmaktadır. Mahkeme yine, Anayasa Mahkemesinin ismine rağmen TBKP'nin bir sosyal sınıfın diğer sınıflar üzerinde egemenlik kurmayı amaçlamadığına, tersine, siyasi çoğulculuk, genel seçimler ve siyasete katılma özgürlüğü gibi demokrasinin şartlarını yerine getirdiğine dair tespitlerine gönderme de bulunmuştur. Bu nedenle Mahkeme TBKP'nin Alman Anayasa Mahkemesi tarafında 17 Ağustos 1956'da kapatılan Alman Komünist Partisi'nden açıkça farklı olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰.

Mahkeme yukarıdaki değerlendirmelerin ışığında, TBKP'nin henüz faaliyete başlamadan hemen ve temelli olarak kapatılması ve liderlerinin başka bir siyasi görev almaktan yasaklanması biçimindeki şiddetli bir tedbiri, meş-

98 TBKP- Türkiye, p. 23.

99 TBKP – Türkiye, p. 54.

100 TBKP- Türkiye, p. 54.

ru amaçla orantısız bulup, sonuç olarak demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir¹⁰¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında incelediği ikinci karar Sosyalist Partisi kararıdır. 1 Şubat 1998 tarihinde kurulan Partinin tüzük ve programı, Anayasaya ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasına uygunluğunun incelenmesi için aynı gün Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına sunulmuş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı (Cumhuriyet Başsavcısı) SP'nin kapatılması için 15 Şubat 1988 tarihinde Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Başsavcı, özellikle Parti programındaki belli pasajlara dayanarak SP'yi "**proletarya diktatörlüğünü gerçekleştirme**" düşüncesiyle işçi sınıfının hakimiyetini sağlamayı istemekle suçlamıştır¹⁰². Ancak Anayasa Mahkemesi 16 Mayıs 1989 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 8 Aralık 1988'deki kararında, SP'nin programında belirtilen siyasal amaçların Anayasayı ihlal etmediği gerekçesiyle, kapatma davasını temelsiz bulup reddetmiştir.

Yargıtay Başsavcısı 14 Kasım 1991 tarihinde, SP'nin kapatılması için Anayasa Mahkemesine ikinci kez dava açmıştır. Yargıtay Başsavcısı SP'yi, Anayasanın 3, 4, 14, 66 ve eski 68. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 78, 81 ve 101(b) maddelerine aykırı olarak, *devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü bozacak faaliyetlerde bulunmakla suçlamıştır*. Bu kez Anayasa Mahkemesi 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 101. maddesi gereğince SP'nin kapatılmasına 10 Temmuz 1992 tarihinde karar vermiştir¹⁰³.

Sosyalist Parti kararında, partinin kapatılmasına yalnızca Parti tüzük ve programı değil, parti faaliyetleri anlamına gelecek çeşitli yerlerde yapılan mitinglerde, kongrelerde, parti toplantılarında yaptığı konuşmalar esas alınmıştır. Bu yönüyle TBKP kararından ayrılmaktadır. Partinin kapatılmasına neden olan ifadelerin başında **federalizmi savunma** gelmektedir. Nitekim Sosyalist Partinin Mahkemede yaptığı savunmada da, "SP her zaman Türk Devletinin birliğini savunmuştur. Kürt sorununun çözümü için **önerdiği federal sistem**, Devletin birliğini önlemeyecektir. Almanya ve İsviçre federal Devletlerdir; hiç kimse bu statüyü, bu ülkeleri bölme programı olarak görmemiştir. Türkiye için federalizm, savunulanın aksine, gelecek için çok daha uygun bir çözüm sağlayacaktır"¹⁰⁴ ifadelerine yer verilmiştir.

101 TBKP – Türkiye, p. 61.

102 Anayasanın 6, 10, 14 ve eski 68. maddesiyle, 2820 sayılı Yasanın 78 ve 101 (a) maddesi.

103 SP – Türkiye, p. 7- 15.

104 SP – Türkiye, p. 37.

Türk Hükümeti, SP'nin kapatılmasında şiddet unsurunun esas alındığını, kullanılan ifadelerin şiddete çağrı içerdiği üzerinde durmuştur. Hükümete göre, "Perinçek şiddetli, saldırgan ve tahrik edici bir üslup kullanmış ve tüm diğer siyasi partileri karalayıp, "Ayağa kalk" gibi ayaklanmaya çağrıda bulunan ifadelerle, şiddet ve terör yöntemlerinin kullanılması taraftarı olmuştur. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, SP'nin üslubunun ve yönteminin, eşitlik ve kardeşlik çağrılarını ile bağdaşmadığını tespit etmiştir"¹⁰⁵. Ancak hükümet ifadelerinde şiddet unsurunun bulunduğunu ifade ederken, "**açık ve yakın tehdit**" unsurunun aranmaması gerektiğini şu sözlerle ifade etmiştir:

"Bu bağlamda Hükümet TBKP davasında olduğu gibi,¹⁰⁶ kamu düzeninin, ülke bütünlüğünün, kamu yararının veya demokrasinin korunması meşru amacına sahip bir müdahale bulunduğu taktirde Sözleşme organlarının müdahaleyi haklı kılan şiddet tehlikesinin gerçek, fiili veya yakın olmasını aramaları gerekmediğine dair Komisyon'un içtihatlarına yollama yapmıştır."¹⁰⁷

Kararda da görüldüğü gibi Türk Hükümeti, kapatmaya partinin faaliyetlerinin esas alındığını ve bu faaliyetlerin **şiddet unsuru** taşıdığı, ancak şiddet tehlikesinin **açık ve yakın olmasının aranmaması** gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme hükümetin şiddet unsurunun varlığı iddiasına katılmadığı gibi, söz konusu ifadelerde demokratik toplum düzeni açısından gayri meşru bir amacın olmadığı sonucuna varmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Anayasa Mahkemesi'nin 10 Temmuz 1992 tarihli kararına gönderme yaparak, *SP'nin program ve tüzüğünün yasaya uygunluğunu değil, fakat Partinin siyasi faaliyetlerinin anayasa ve yasadaki yasaklara aykırı düşüp düşmediğini ele alacağını belirtmiştir.*

Anayasa Mahkemesi, Perinçek'in ulusu, Kürt ulusu ve Türk ulusu şeklinde ikiye ayırmakla, Türkiye'de azınlıkların yaratılmasını ve sonuçta Türk ulusunun birliğine ve ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı olarak, bir Kürt-Türk Federasyonunun kurulmasını savunduğunu, Türkiye Cumhuriyetinin varlığını destekleyen en temel ilkelerden biri olan Atatürk milliyetçiliğine muhalefet ettiğini, terör örgütlerinden değişik yöntemler kullanmış olmakla birlikte Partinin siyasal faaliyetlerinin amacının terör örgütlerinin amacı ile aynı olduğunu, bu nedenlerle SP ayrılıkçılığı ve isyanı teşvik ettiği için kapatılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ SP- Türkiye, p. 38.

¹⁰⁶ TBKP – Türkiye, p. 49.

¹⁰⁷ SP- Türkiye, p. 39.

¹⁰⁸ SP- Türkiye, p. 43.

Perinçek'in konuşmalarını inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu konuşmalarda şiddet kullanmaya veya ayaklanmaya bir çağrı veya **demokratik prensiplerin her hangi bir biçimde reddine** yönelik bir şey görmemiştir. Tam tersine Perinçek çeşitli kereler, seçim sandığı ve referandum yoluyla, demokratik kurallara uygun biçimde siyasal reformların gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Perinçek aynı zamanda, "toplum hayatında ve milletler arasında sorunları zor kullanarak çözmeyi savunan ve şiddeti kutsayan eski kültüre" karşı konuşma yapmıştır¹⁰⁹. Dolayısıyla **Mahkeme demokratik kurallara uygun biçimde Türkiye'nin federasyon olması yönündeki ifadelerin, demokrasiye aykırı bir yönünün olmadığını** kabul etmektedir¹¹⁰. Mahkeme bu görüşünü kararda açıkça şu şekilde ortaya koymaktadır:

"Mahkeme, bu konuşmaların birlikte okunmasını halinde, Türklerin ve Kürtlerin eşitlik ve gönüllülük temelinde demokratik kurallara göre bir federal sistemin kurulması temel amacına sahip bir siyasal programı getirdiğini kaydeder. Kabul edilmeştir ki, bu siyasal programda "Kürt Halkının" self-determinasyon hakkı ile "ayrılma" hakkı bulunduğu belirtilmektedir; ancak bu kelimelerin geçtiği konuşmalar birlikte okunduğunda Türkiye'den ayrılmayı teşvik etmek yerine, Kürtlerin bir referandum vasıtasıyla açıklayacakları serbest iradeleri olmadan federal bir sistemin kurulamayacağını vurgulamak istendiği görülmektedir"¹¹¹.

Mahkeme yukarıda ortaya koyduğu ölçüler çerçevesinde, SP'nin kapatılmasının demokratik toplumda gerekli kabul edilip edilemeyeceğini, yani, kapatma kararının " bir toplumsal ihtiyaç baskısı" nı karşılayıp karşılamadığı ve "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını incelemiş ve¹¹² sonuç olarak SP'nin kapatılmasını, **izlenen amaçla orantısız olduğundan, de-**

¹⁰⁹ SP- Türkiye, p. 46.

¹¹⁰ SAĞLAM, Mahkemenin bu kararını militan demokrasi anlayışı açısından eleştirmiş ve şu gerekçeleri ileri sürmüştür: "Kararın bütününden anlaşıldığı kadarıyla AIHM, bu tür eylemlerin o ülkenin bütünlüğü bakımından objektif olarak taşıdığı tehlike ve yaratacağı parçalayıcı etkiler üzerinde durmamakta, partinin kapatma konusu olan eylemlerin sübjektif açıdan değerlendirmektedir. Böyle bir değerlendirme ilke olarak doğru sayılsa da, 'kendini savunan' 'militan' demokrasi anlayışı açısından eksik bir değerlendirmedir." SAĞLAM, Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul, Temmuz 1999, s. 160.

¹¹¹ SP- Türkiye, p. 47.

¹¹² SP- Türkiye, p. 49. ayrıca bk, diğer bir çok önemli karar arasında ve ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte bk. Vogt v. Almanya Kararı, 26 Eylül 1995, Karar Sıra no. 323, s. 25-26, p. 52.

mokratik bir toplumda gerekli olmadığına¹¹³ ve müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir¹¹⁴.

Bölünmez bütünlük gerekçesiyle kapatılan partilerden biri de Özgürlük ve Demokrasi Partisidir. Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP), 19 Ekim 1992 tarihinde kurulmuş, 29 Ocak 1993 tarihinde aleyhine kapatma davası açılmıştır. Parti dava devam ederken, olası bir kapatma kararının bazı sonuçlarından etkilenmemek için yetkili organlarınca feshedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 14 Temmuz 1993'te verdiği kapatma kararında, parti programının Türkiye'de kendi dili ve kültürü olan ayrı bir Kürt halkının varlığı üzerinde kurulduğunu Kürtlerin programda, demokratik haklarının topyekün olarak inkar edildiği ezilen bir halk olarak sunulduğu, ÖZDEP'in Kürtler için kendi kaderini tayin etme hakkına bir çağrıda bulunarak onların "bağımsızlık savaşı" hakkını desteklediği belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesine göre, parti programında Diyanet İşleri Başkanlığının kaldırılması savunularak laiklik ilkesi ihlal edilmiştir. ÖZDEP, 21 Mart 1994'te Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurmuş, 12 Mart 1998'de Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar veren Komisyon davayı 24 Eylül 1998'de Mahkemeye götürmüştür¹¹⁵.

Anayasa Mahkemesi, Parti programının Türkiye'de kendi dili ve kültürü olan ayrı bir Kürt halkının varlığı üzerinde kurulduğu görüşündedir. Kürtler, programda, demokratik haklarının topyekün olarak inkar edildiği ezilen bir halk olarak sunulmaktadır. ÖZDEP Kürtler için kendi kaderini tayin etme hakkına bir çağrıda bulunmakta ve onların "bağımsızlık savaşı hakkını desteklemektedir. Anayasa Mahkemesine göre, Partinin duruşu terörist örgütlenişle benzer ve başkaları için bir kışkırtma oluşturmaktadır. Bu nedenle

¹¹³ TEZCAN bu kararın oy birliği ile alınmış olmasına rağmen eleştirilecek yönlerinin olduğunu belirterek şu eleştirilerde bulunmuştur: "Zira siyasi partilerin, örneğin bu davada Sosyalist Partinin yaptığı gibi, iki bayrak, iki dil ve iki meclisli bir federal devlet sistemini önerip savunmasının, Türk mevzuatına aykırı olmasına rağmen, demokrasiyi yıkmayı amaçlamadıkça Türkiye'nin güvenliğine aykırı olmadığını söylemek, Türkiye'nin parçalanması yönünde faaliyetlere davetiye çıkarmaktan başka bir şey olamaz diye düşünen Türkiye'deki bir kesimin şiddetli tepkisini çekecektir. Zira Sözleşme'de bir hak olara düzenlenmeyen 'halkların kendi kendisini yönetme (otodeterminasyon) hakkını' şiddete başvurmadan savunmanın siyasi partilerin örgütlenme ve siyasi projeler üretme hakkı içinde kaldığını söylemek, bölücü propagandanın kuzu postuna bürünmesi ve ülke birliğini ve bütünlüğünü yıkma anlamına gelebilir." bk. TEZCAN, Durmuş, "Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasi Partilerin Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim", Anayasa Mahkemesi Kütüphanesi, teksir, s. 7.

¹¹⁴ SP- Türkiye, p. 54.

¹¹⁵ ÖZDEP – Türkiye, p. 38

kapatılması haklı görülmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, parti programında diyanet işlerinin kaldırılması talebinin savunulmasını laiklik ilkesinin ihlali olarak görmüştür. Siyasi Partiler yasasının 89. maddesinin ihlaline karar vermiştir¹¹⁶.

Hükümet, ÖZDEP davasının TBKP ve Sosyalist Parti davalarından farklı bir özellik gösterdiğini ileri sürmüştür. Hükümete göre, ÖZDEP, programında silahlı mücadeleyi desteklediğini belirterek, terör örgütünün mücadelesini alkışlayarak, halkı ayaklanmaya teşvik ederek amacına ulaşmak için demokratik olmayan yolları kullanacağını ilan etmiştir¹¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise önceki iki kararında olduğu gibi, ÖZDEP'in programında şiddete çağrı, halkı ayaklanmaya teşvik ya da **demokratik ilkelerin reddi** anlamına gelen, herhangi bir ifadeye rastlanmadığını belirtmiştir. Kapatma gerekçesi olarak kullanılan ifadelerin benzerlerinin, Avrupa Konseyi üyesi devletlerde faaliyet gösteren partilerin programlarında da bulunduğu ifade edilmiştir. Mahkeme önceki iki kararına benzer olarak, **Partinin Kürtlerin ve Diyanet İşleri Başkanlığının statüsüne ilişkin görüşlerinin Türk devletinin temel ilkelerine aykırı olması, demokratik ilkelerin ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir**. Mahkeme sonuçta, ÖZDEP sırf ifade özgürlüğünü kullandığı için TBKP ve Sosyalist Parti kararlarındaki içtihadına paralel şekilde, ÖZDEP'in kapatılmasını Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır¹¹⁸.

(2) Şeriat ile Demokrasi Karşıtlığı : “Şeriat Demokrasinin Zıttıdır, Anti tezidir”

Refah Partisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen ve Türkiye'nin aleyhine sonuçlanan yukarıda incelenen üç karardan farklı özelliklere sahiptir. Refah Partisi, diğer üç partiden farklı olarak **“laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği”** gerekçesiyle kapatılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde de ileri sürülen iddialar temelde **“demokrasinin şeriat düzenine karşı korunması”** şeklinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, kapatmaya ilişkin verdiği kararında, Partinin “şeriata ilişkin söz ve davranışları”nı Devletin temel düzeni dışında “demokratik rejim” açısından bir tehdit oluşturduğu sonucuna varmıştır.

¹¹⁶ ÖZDEP – Türkiye, p. 38.

¹¹⁷ UYGUN, “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, 2000, s. 265.

¹¹⁸ ÖZDEP – Türkiye, p. 40.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 21. 5. 1997 günlü 1997/19 sayılı iddianame ile Refah Partisinin kapatılmasını istemiştir. Anayasa Mahkeme, laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemleri nedeniyle Anayasanın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (b) bendi ve 103. maddesinin birinci fıkrası gereğince Refah Partisinin kapatılmasına 16. 1. 1998 tarihinde oy çokluğu ile karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yedi kişiden oluşan üçüncü dairesinin 3 karşı 4 oyla 31 Temmuz 2001 tarihinde verdiği bu kararla Anayasa Mahkemesinin kararı haklı bulunmuştur. Dairenin bu kararına karşı, Refah Partisi davasındaki başvurucular 30 Ekim 2001 tarihinde Büyük Daireye itirazda bulunmuşlardır. 17 kişiden oluşan Büyük Daire itiraz üzerine yaptığı inceleme sonucunda, Dairenin kararında oy birliği ile Sözleşmeye aykırılık görmemiş, dolayısıyla başvurucuların itirazını haklı bulmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye hükümeti, kapatmaya neden olarak, Refah Partisi başkanı ve üyelerinin, kamu kurum ve kuruluşlarında ve okullarda başörtüsünü savunmaya yönelik söz ve eylemleri ile laikliğe aykırı eylemlerin odağı olmasını göstermiştir. Parti başkanı Necmettin Erbakan'ın sosyal düzene ilişkin değişimde, şiddete çağrı içeren "barışla mı yoksa zorla mı", "kanlı mı yoksa kansız mı" olacağı yönündeki sözleri kapatmaya en önemli neden olarak gösterilmiştir. Yine Erbakan tarafında söylenen "Bu parti islami cihat ordusudur. Kendi kendine CİHAD ediyorum diye faaliyette bulunamazsın. Karargaha bağlı olmak zorundasın. Refah demek Kur'an nizamını hakim kılmak için çalışmak demektir." şeklindeki sözler diğer bir kapatma nedeni olarak gösterilmiştir. Kapatma nedenlerinden biri de, "laikliğe aykırı söz ve davranışlarıyla tanınan bazı tarikat liderlerine, Devrim yasalarına aykırı kıyafetleriyle geldikleri Başbakanlık konutunda yemek vermesi"dir. Ayrıca parti üyelerince çeşitli yer ve zamanlarda "teokratik rejimi" savunan konuşmalar kapatma nedenleri arasında yer almıştır.

Refah Partisi kararı ile, örgütlenme özgürlüğü açısından parti kapatmaların, Sözleşmeye doğrudan doğruya bir aykırılık oluşturmadığı ve militan demokrasi anlayışının günümüz Avrupa Kamu düzeninde de geçerliliğini koruduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kararda Sözleşme sisteminde demokrasi ve din ilişkisinin ele alındığı ve şeriat düzeninin demokrasi ile bağdaşmaz olduğu, demokrasinin anti tezi ve zıttı olduğu açıkça ilan edildiği görülmektedir. Elbette ki bu ilan edilme Türk Anayasal düzeni açısından bir yenilik değildir. Ancak Avrupa Kamu düzeni açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de bunun bir karar haline getirilmesi önemli bir yeniliktir. Dolayısıyla "**şeriat düzeni**"nin Avrupa kamu düzeni açısından "**yeni kapalı**

politik alan” olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları arasına da girdiği görülmektedir.

Hem dairenin hem de itiraz üzerine verilen Büyük Dairenin kararında öncelikle demokrasi ve din ilişkisi ele alınmıştır. Bizde öncelikle yeni kapalı politik alanı belirleyen bu kararları incelerken öncelikle Sözleşme sisteminde demokrasi ve din ilişkisini, daha sonra da “şeriat düzeni demokrasinin zıttıdır, anti tezidir” tespitinin gerekçelerini ele alacağız.

i. Sözleşme Sisteminde Demokrasi ve Din İlişkisi

Mahkeme müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini incelerken öncelikle siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde, politik alanın sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiğine ilişkin genel ilkeleri, önceki siyasi parti kapatma kararlarına gönderme yaparak incelemiştir. Bu gerekleri biz yukarıda incelediğimiz için burada tekrar ele almıyoruz. Mahkeme daha sonra Refah Partisi kararının özelliklerini de göz önüne alarak, Sözleşme sisteminde **demokrasi ve din ilişkisini** incelemiştir. Mahkemenin bu konudaki tespitleri her iki karar çerçevesinde şu şekilde ortaya konabilir:

- Sözleşme'nin 9. maddesinde ifade edilen düşünce, kanaat ve din özgürlüğü “demokratik toplumun” temel özelliklerinden biridir. İnanan bireylerin inançları gereği kimliklerini ortaya koymaları inanç özgürlüğünün en temel özelliklerinden biridir. Fakat aynı hak ateistler, agnostikler, septikler ve ilgisizler içinde geçerlidir. Bu özgürlük, bir dine inanma ya da inanmama, onun gereklerini yerine getirme ya da getirmeme özgürlüğünü de kapsar.¹¹⁹ Dinsel boyuttaki inançların tanınması inanç özgürlüğü açısından hayati olduğu gibi, dinsizlerin, agnostiklerin, septiklerin ve ilgisizlerin de özgürlüklerinin aynı kapsamda korunduğunu ifade etmiştir. Çoğulculuk demokrasinin ayrılmaz ilkesidir¹²⁰.

- Farklı dinleri barındıran demokratik bir toplumda farklı grupların menfaatlerini bağdaştırmak ve herkesin inançlarına saygının sağlanması için, inanç özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilebilir¹²¹. Demokratik bir toplumda inançlar açısından devletin rolü; çeşitli din, itikat ve inançların uygulanmasında yansız ve tarafsız bir organizatör olarak devlet, kamu düzeni ve

¹¹⁹ Refah Partisi- Türkiye, Daire Kararı, p. 49. ; ayrıca bk Kokkinakis v. Greece judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 17, § 31; and Buscarini and Others v. San Marino [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I).

¹²⁰ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 90 ve diğer kararlar için bk. Kokkinakis v. Greece, 25 Mayıs 1993, Series A. no. 260-A, s. 17, p. 31 ve Buscarini v. San Marino [GC], no. 24645/94, p. 34. ECHR 1999-I.

¹²¹ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 50. ayrıca bk Kokkinakis v. Greece, p. 33.

dinler arası uyum ve hoşgörünün sağlanmasına yardımcı olur. Demokratik bir toplumda dini açığa vurma özgürlüğü, başkalarının hak ve özgürlükleri, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amaçları ile çatışlıyorsa, sınırlandırılabilir¹²².

- Devletin görevi, çeşitli dinler, mezhepler ve inançlar arasında yansız ve tarafsız bir organizatör olarak, demokratik toplumda dinler arası uyum ve hoşgörüyü sağlamaktır. Örneğin demokratik bir toplumda bir inancın açığa vurulması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacıyla, eğitim hizmetlerinin tarafsızlığı için sınırlandırılabilir. Benzer olarak laik üniversitede de, fundemantalist dini hareketleri önlemek veya kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan önlemlerin 9. maddeyi ihlal ettiği ileri sürülemez¹²³.

- Türkiye Sözleşmenin hazırlık aşamasında, hukuka uygunluk, insan hakları ve demokrasiye saygının sağlanmasında devletin en temel ilkelerinden birinin laiklik olduğu görüşünü dile getirmiştir¹²⁴. Bu ilkeye saygının sağlanamadığı koşullarda, inancı açıklama özgürlüğünden söz edilemeyeceği gibi Sözleşmenin 9. maddesindeki korumadan da yararlanma mümkün olmayacaktır¹²⁵. Özellikle, halkın büyük çoğunluğunun aynı dine bağlı olduğu ülkelerde, bu dinin şartlarının ve sembollerinin açığa vurulmasına yer ve şekil bakımından sınırlama bulunmaması halinde, bu dinin gereklerini yerine getirmeyen öğrenciler ile bu dine bağlı olmayan öğrenciler üzerinde bir baskı meydana getirebilir. Laik üniversiteler öğrencilerin kıyafetlerine ilişkin düzenleme yaptıkları takdirde, bazı fundemantalist dini hareketlerin üniversitelerde kamu düzeninin bozmamasını ve diğer öğrencilerin inançlarına tecavüz edilmemesini sağlayabilir¹²⁶.

- Din özgürlüğü bir bireysel vicdan konusu olmakla birlikte, bir kişinin inancını yalnız, özelden ve toplumda aynı inancı paylaşanlar arasında ve kamuda başkalarıyla birlikte inancını açığa vurma özgürlüğünü de kapsar. Sözleşmenin 9. maddesinde, bir dinin ve inancın ibadet etme, öğrenme, uygulama ve uyma biçimindeki açığa vurma şekilleri sayılmıştır. Bununla birlikte

122 bk. Dahlab, v. Switzerland, no 42393/98, ECHR 2001-V

123 Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 51, ayrıca bk. Şenay Karaduman – Türkiye, İHKAD, Cilt 3, s. 355

124 Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 52, ayrıca bk. Kalaç – Türkiye, p. 26. 31. , İHKAD, Cilt 2, s. 278-279.

125 Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 93.

126 Refah Partisi –Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 95 ve ayrıca bk. Komisyonun Şenay Karaduman Kararı, p. 93.

bir din veya inancın motive ettiği ya da etkilediği her türlü davranış 9. maddede din özgürlüğü kapsamında koruma görmez¹²⁷.

- Sözleşmenin 11. maddesindeki hak gibi 9 ve 10. maddelerdeki haklara da dayanarak bir siyasi parti, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan ve demokrasiyi yıkma çabası içine girecek faaliyetleri gerçekleştirme hakkını kendisinde bulamaz. Sözleşme ve demokrasi arasında var olan çok sıkı ilişki çerçevesinde, hiç kimse demokratik toplumun amaç ve değerlerini zayıflatmak ya da yıkmak için Sözleşme hükümlerine dayanamaz. Çoğulculuk ve demokrasi, ülke bütünlüğünün güvence altına alınması için, bireylerin bazı hak ve özgürlüklerinin sınırlanabileceği ve bireylerin oluşturduğu grupların da çeşitli tavizler vermesini gerektiren bir uzlaşma zemini üzerine temellenmiştir. Bu bağlamda, modern Avrupa tarihinde örnekleri olduğu gibi, demokratik rejim altında başarılı olduktan sonra demokrasiyi ortadan kaldıracak olan totaliter siyasi yapılanma biçimlerinin ortaya çıkması inanılmaz değildir¹²⁸.

ii. Şeriatın Demokrasinin Zıttı, Anti Tezi Olması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme sisteminde demokrasi ve din ilişkisini ortaya koyduktan sonra, Refah Partisinin “anti-laik eylemlerin odağı” ve “şeriat düzenini” yerleştirmeyi amaçlayan bir parti olup olmadığı yönünde inceleme yapmıştır. Bu inceleme öncelikle 7 kişilik Daire tarafında yapılmış, bu karara yapılan itiraz üzerine Büyük Daire ilk kararı yeniden incelemiş ve aynı sonuca varmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin ortaya koyduğu “şeriat demokrasinin zıttıdır, anti tezidir” görüşü bir kesinlik kazanmıştır. Biz tekrara düşmemek için her iki kararda dile getirilen ortak görüşleri birlikte ele alıp inceleyeceğiz.

Daire kararında olduğu gibi itiraz üzerine yapılan incelemede de Büyük Daire Refah Partisinin kapatılması sorununa ilişkin bir incelemeyi şu üç nokta gerçekleştirmiştir:

Demokrasi için tehlike olacak akla yatkın delillerin olup olmadığı, eğer bu delillerin varlığı ispatlanmışsa, tehlikenin yeterince yakın olup olmadığı;

Siyasi parti lider ve üyelerinin söz ve davranışlarının partiye isnat edilebilir olup olmadığı;

Siyasi partiye isnat edilen söz ve davranışların, demokratik toplum anlayışıyla bağdaşmayan ancak, bu parti tarafından tasarlanan ve desteklenen bir

127 Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 92.

128 Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 99.

sosyal modelin açık resmini veren bir bütünü biçimlendirip biçimlendirmedeği¹²⁹

Mahkeme bu belirlediği ilkeleri daha sonra Refah Partisi olayına uygulamıştır. Öncelikle Refahın kapatılması sırasında **demokratik rejim için bir tehdit oluşturup oluşturmadığı sorunu** üzerinde durmuştur. Refah Partisi 1983 yılında kurulmuş, genel ve yerel seçimlerde birinci olmuş ve 1995 genel seçimlerinde oyların yaklaşık %22 sini almış ve (o zaman 450 olan) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 158 sandalye kazanmıştır. Sonra koalisyon hükümetinde iktidarı paylaşırken, 1996 Kasım yerel seçimlerinde oyların %35'ini kazanmıştır. Bir görüşe göre seçim 1997 ocağında gerçekleşmiş olsaydı Refah yapılacak bir genel seçimde oyların %38'ini alacaktı. Bu görüşün belirsizliğine rağmen, seçimlere ilişkin rakamlar bir siyasi parti olarak Refahın nüfusundaki önemli yükselmeye ve tek başına iktidara gelebilme olasılığına tanıklık etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Refahın kapatıldığında siyasi iktidarı ele geçirme gerçek potansiyeline sahip olduğunu ve gerçekleştirmek istediği sosyal modeli yerleştirme olanağına sahip olacağına işaret etmektedir. **Mahkeme, Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükler için tehlike olacak faaliyetleri, Refahın iktidarı kazandıktan sonra programını uygulama gerçek olasılığı karşısında, açık ve yakın bir tehlike yaratmakta olduğunu ifade etmektedir.** Kısacası Mahkeme, ulusal makamların bu davada müdahale zamanının seçmede, Sözleşme kapsamında kendisine verilen takdir marjını aşmadığını düşünmektedir¹³⁰.

Mahkeme ikinci olarak Refah Partisi üyelerinin **söz ve davranışlarının partiyi bağlayıp bağlamadığı sorunu** üzerinde durmuştur. Mahkeme ilk belirlemesini Doğru yol partisi ile yapılan koalisyon protokolünde ve parti programında demokrasinin temel ilkeleriyle uyuşmayan ve Türkiye'nin Anayasal yapısına alternatif bir önerinin bulunmadığına işaret etmektedir. Partinin kapatılma nedeni bazı partililerin söz ve davranışlarına bağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi partinin kapatılmasına neden olan söz ve davranışlar Refahın yedi lider ismi; Parti Başkanı Sayın Necmettin Erbakan, başkan yardımcısı Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal, üç TBMM üyesi, Şevki Yılmaz, Hasan Hüseyin Ceylan ve Halil İbrahim Çelik ve Konya belediye başkanı Şükrü Karatepe tarafından yapılmıştır.

Mahkeme, Parti başkanı olarak ya da parti başkanı pozisyonundan dolayı seçilerek başbakan olan Necmettin Erbakan'ın, söylediği söz ve davranışların Refah Partisini bağlayacağını su götürmez bir gerçek olduğunu belirt-

¹²⁹ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 104.

¹³⁰ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 110.

mektedir. Partinin simgesel bir figürü olarak bir parti başkanının rolü basit bir üyeninkinden daha farklı olacağı açıktır. Parti başkanı tarafından siyaseten hassas olan konu ve durumlara ilişkin yorumlar partiyi bağlayan görüşler olarak siyasi kurumlar ve kamu oyunca dikkate alınmaktadır. Mahkeme ayrıca, Sayın Erbakan'ın hiçbir zaman söz ve davranışlarının parti politikası olmadığını ya da şahsi görüşleri olduğunu açıkça söylememiş olduğuna dikkat çekmektedir¹³¹.

Mahkeme Refahın başkan yardımcılarının söz ve davranışlarının da parti başkanı gibi telakki edileceğini hesaba katmaktadır. Öte yandan kaydedilen kayıtlar politik konular hakkında bu kişilerce yapılan yorumların partiyi bağladığını göstermektedir. Bu bağlamda Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal'ın yorumları bu davada esas alınmıştır. Ayrıca Mahkeme, mahalli idare seçimlerini kazanan diğer Refahlı üyelerin söz ve davranışları Partinin amaç ve niyetini açığa vuran bir bütünlük içinde yerleştirmek istedikleri sosyal modeli göstermektedir. Bu söz ve davranışlar, umutlarını ve korkularını bağlayan seçmenler üzerinde bir etki yapmakta ve herhangi bir yasadışı neticenin elde edilmesinde, bir parti tüzüğü ve programında yer alan soyut ifadelerden daha etkili olabilmektedir. Mahkeme bu söz ve davranışların, sözlerin özünde uzaklaşmaksızın, Partiyi bağlayıcı olduğunu hesaba katmıştır. Kapatılmadan önce Refah, parti içinde sözleri bağlayıcı olanları, disiplinsiz davranışları yüzünden kamu oyunca eleştirmemiş ve onların yorumlarını değerlendirmemiştir. Mahkeme sonuç olarak, kapatma kararına esas olan Anayasa Mahkemesinin belirlediği lider ve parti üyelerinin söz ve davranışlarının, bir bütün olarak, partiye isnat edilebilir olduğu sonucuna varmıştır¹³².

Mahkeme, Refahın anayasal düzene karşı faaliyetlerin odağı olması nedeniyle Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği ve Cumhuriyeti Savcılığın açtığı kapatma davasının nedenlerini üç başlık altında sınıflandırmıştır¹³³:

Refahın dini inançlar temelinde ayrımcılığı esas alan, çok hukukluluğu yerleştirme amacının olduğu;

Bu çok hukuklu sistem kapsamında Müslüman topluluğun iç ve dış ilişkilerinde şeriati uygulamayı istediği;

Refahlı üyelerin politik metot olarak güç kullanma olasılığına referans yapılması.

¹³¹ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 113

¹³² Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 115.

¹³³ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 67.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararında işaret edilen bu üç temel üzerinde kararını vereceğini belirtmiştir.

(a) Çok Hukuklu Sistem

Mahkeme öncelikle çok hukuklu sistemi savunan Parti başkan N. Erbakan'ın 23. Mart 1993 tarihindeki ve 10. 10. 1993 tarihinde yapılan konuşmalardaki görüşlerine yer vermiştir:

"...Çok hukuklu bir sistem olmalı...Bu bizim tarihimizde olagelmıştır. Bizim tarihimizde çeşitli mezhepler olmuştur. Herkes kendi mezhebine göre bir hukuk içinde yaşamıştır ve herkes huzur içinde yaşamıştır...

...herkese dilediği hukuku seçme hakkı vereceğiz, yönetimi merkezilikten kurtaracağız. Sizin kurduğunuz devlet, hizmet devleti değil baskı devletidir. Hukuk seçmeye hürriyet vermiyorsunuz..."¹³⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, önerilen bu toplum modeli iki nedenle Sözleşme sistemiyle uyumsuz. Birincisi, bireysel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak ve demokratik toplumda farklı din ve inançlar arasındaki tarafsız organizatör olarak devletin rolünü kaldırmaktadır. Böylece **devletin tarafsız ve organizatör rolüne** uygun olarak bireylere uygulanan hukuk kuralları yerine, belli bir din tarafından empoze edilen statik kuralların uygulanması zorlanmaktadır. Fakat devlet, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden ödün vermeksizin bireylerin tam olarak yararlanması için pozitif görevlere sahiptir¹³⁵.

İkincisi, hiç şüphesiz böyle bir sistem, demokratik toplumun temel bir ilkesi olan, kamu özgürlüklerinden yararlanmada bireyler arasında **ayrımçılık yapılmayacağı** ilkesinin ortadan kalkmasına yol açar. Kamu ve özel hukukun tüm alanlarında bireylerin dini ya da inançları yaşamalarına göre bir ayırımın öngörülmesi Sözleşme kapsamında koruma görmez. Davranışlarda öngörülen bu farklılık adil bir dengenin kurulmasını engelleyeceği gibi, öte yandan, kendi isteklerine göre yönetilmeyi isteyen dini grupların talepleri ile çeşitli din ve inançlar arasında hoşgörü ve barış üzerine kurulu tüm toplumun talepleri arasında adil bir dengeyi de engeller¹³⁶.

¹³⁴ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 69.

¹³⁵ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 70. ayrıca bk. , mutatis mutandis, the Airey v. Ireland judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 14, § 25.

¹³⁶ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 70 ayrıca bk. , mutatis mutandis, the judgment of 23 July 1968 in the "Belgian linguistic" case, Series A no. 6, pp. 33-35, §§ 9 and 10, and the Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom judgment, Series A no. 94, pp. 35-36, § 72.

Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararında yer alan, İslam hukuku tarihinde şeriat uygulamalarında çok hukuklu yasal sistemin önemli bir yer aldığı hakkındaki görüşünü dikkate almıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, şeriatın Müslümanların kendi aralarındaki ilişkilerde ve Müslümanlar ile diğer gruplar arasındaki ilişkilerde uygulanan bir hukuk sistemi olduğunu belirtmektedir. Şeriat tarafından yönetilen bir toplumda diğer dinlere bağlı olanlarında yaşayabilmeleri için Osmanlı İmparatorluğunda çok hukuklu bir yasal sistem kabul edilmiştir¹³⁷.

Mahkeme, çok hukuklu yasal sistemin avantajları ya da dezavantajlarına ilişkin kuramsal görüş belirtmeye gerek olmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, Refah'ın politikası içinde bulunan ve çok hukuklu yasal sistem içinde yer alan şeriatın bazı özel hukuk kurallarının özellikle Türkiye'de Müslüman nüfusun büyük bir kısmı için uygulanabilmektedir. Bu gibi politikalar, bireysel özgürlükler olarak bireylerin dinsel özgürlükleri içerisinde uygulanabilir. Örneğin evlenmeden önce ya da sonra dinsel evlenme törenleri yapıldığı ve evliliğin geçerliliği bu dinsel törenlere bağlandığı gibi. Oysa Refahın ileri sürdüğü politika özel alanın dışına taşmakta, Türk hukukundaki dini sınırlamalarla ve şeriatı yerleştirme gibi Sözleşme sistemiyle uyuşmayan çatışmalara yol açmaktadır¹³⁸.

Mahkeme yukarıda belirttiği nedenlerle, Refahın, Türkiye'de laikliğin özel önemi adı altında Müslümanlara karşı ayrımcı uygulamaların yapıldığı, özel hayatta dinsel gereklerin yerine getirilmesine izin verilmeyerek çoğulculuğun sınırlandırıldığına ilişkin ileri sürdüğü argümanları reddetmiştir. Mahkemeye göre, bir dinin ibadet ve ayinlerini açığa vurma özgürlüğü her şeyden önce bireysel inanç konusudur ve bireysel inanç alanının bir bütün olarak toplumun işlevleri ve organizasyonunu yapan özel hukuk alanından oldukça farklıdır. Türkiye'de herkesin dini inançlarının gereklerini özel hayatında uygulayabildiği tartışılmayan bir konudur. Diğer yandan Türkiye'de, diğer Sözleşmeciler gibi, kamu düzeni ve Sözleşmedeki amaçlar için demokratik değerlere zararlı dinsel kaynaklı kuralları özel hukuk yargılaması içinde yasal olarak önleyebilir. Çok eşlilik, boşanma ve veraset konularında cinsler arasında ayrımcılığa izin veren dini kuralları sınırlayabilir¹³⁹.

(b) Şeriat (İslam Hukuku) Düzeni

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Refah Partisinin kapatılmasında ileri sürülen ikinci grup sebep arasında, Müslüman toplulukta uygulanacak hukuk

¹³⁷ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 126.

¹³⁸ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 127.

¹³⁹ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 128.

ve olağan hukuk olarak **şeriatı (İslam hukuku)** kurmayı istemesi üzerinde durmaktadır. Burada özellikle şeriat düzeni ile demokratik düzen arasındaki farklara değinilmekte ve bu iki düzenin bir birinin karşıtı ve anti tezi olduğu ileri sürülmektedir. Mahkemeye göre, **“şeriat, demokratik değerler üzerinde temellenen demokrasinin anti tezidir; bilim ışığında gelişen insanlık fikrinin, özgürlük ve bağımsızlık kavramının zıttıdır.”** Mahkeme daha sonra Refah Partisi üyelerince çeşitli yer ve zamanlarda yapılan konuşmalardan alıntılar yaparak bu iddiayı desteklemektedir¹⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ilahi kural ve sadakatle inanılan doğmalardan oluşan **şeriatın, sabit ve değişmez oluşunu** düşünmektedir. Şeriat düzeni içinde, politik alanın çoğulculuğu ya da kamu özgürlüklerinin sürekli gelişimi gibi ilkeler yer almaz. Mahkemeye göre, şeriatı yerleştirmeye açıkça referans yapan ifadeler birlikte okunduğu zaman, bir bütün olarak Sözleşme’de tasarlanan demokratik ilkelerle uzlaştırılmaz. **Bir kişinin** insan hak ve özgürlüklerini savunduğunu söylerken aynı zamanda Sözleşme’deki değerlerle açıkça ayrılan **şeriat rejimini de savunması zordur**. Çünkü şeriat düzeni, özellikle, ceza hukuku ve ceza usul hukuku, kadınların yasal statüsü ve din buyruklarının kamu ve özel tüm alanlara karışması yönüyle Sözleşme’deki değerlerle örtüşmemektedir.

Mahkemeye göre, **“adil düzen”** ya da **“adalet düzeni”** ya da **“Tanrısal düzen”** kurmayı ilgili ifadeler bir bütün içinde okunduğu zaman ve onlar çeşitli şekillerde yorumlanmaya müsait olsalar bile, kullanılan ifadelerin ortak paydası, ifadelerde geçen politik rejimi tanımlamak için **dini ya da ilahi kurallara referans** yapmasıdır. Mahkeme, Sözleşme’ye taraf bir devlette, **eylemleri ile şeriat düzeni kurmayı amaçladığını gösteren bir siyasi partinin, Sözleşme’nin bütününde yer alan demokratik ideale uygun olarak davrandığını kabul edilemez bulmaktadır**¹⁴¹.

Mahkeme, Refah Partisi yöneticileri tarafından söylenen sözlerin ve özellikle islami başörtüsü ya da kamusal alanda çalışanların çalışma saatleri ile ilgili ve adalet bakanının dini ayrımcılığı tahrir nedeniyle hapiste olan bir parti üyesini ziyaret etmesi, ya da Erbakan’ın çeşitli islami hareket liderlerine yemek vermesi gibi eylemlerin Türkiye’deki laik düzen için **açık bir tehlike meydana getirmediğini** düşünmektedir. Ancak Mahkeme, Refah Partisi tarafından yapılan eylem ve söylenen bu sözlerin, **şeriata dayalı si-**

¹⁴⁰ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 71.

¹⁴¹ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 72.

yasi bir rejimi kurmayı amaçladığı yönündeki hükümetin iddialarını inandırıcı bulmaktadır¹⁴².

Mahkeme Partinin şeriat üzerine temellenen bir rejim yerleştirme niyetini, tamamın milletvekili olan Refahlı üyelerce söylenmiş ve Anayasa Mahkemesi kararına esas alınmış şu açıklamalara bağlamıştır:¹⁴³

24 Kasım 1996 tarihinde bir televizyon görüşmesinde Refahın Ankara Milletvekili Hasan Hüseyin Ceylan, ülke için tek çözümün şeriat oluğunu söylemesi.

8 Mayıs 1997 tarihinde Refahın Şanlıurfa Milletvekili Halil İbrahim Çelik'in, "Şeriatı getirmek için sonuna kadar savaşaçağz" ifadelerini kullanması.

Refahın Rize Milletvekili Şevki Yılmaz Nisan 1994'de, "Kuran'ın ayetlerine arkasını dönenlerden ve ülkede Allah'ın hükümleriyle hükmetmeyenlerden hesap sorulacağı çağrısını inanlara yapmış ve Kuran hükümlerinin yalnızca %39'nun bu ülkede uygulanıyor olduğunu ve 650 ayetin sessizce unutturulduğunu" ileri sürmüştür. Sözlerinin devamında, "ibadetlerin en önde geleni islami iktidardır. Allah diyor ki camilere gitmekten önce Müslüman olmak için iktidar olmak gerek ve Allah size şu soruyu soracak : Kafir bir rejimde islami bir devlet için niçin çalışmadın. Erbakan ve onun adamları bir siyasi parti biçiminde bu ülkede islami getirmeyi istiyor. Davacı bir kişi bunu anlar. Eğer onun yaptığı gibi bizi anlarsanız bu problem çözülecektir."

Mahkeme ikinci olarak Refah Partisi Başkanı ve başkan yardımcılarının aşağıda söylediği ve Anayasa Mahkemesinin gözönüne aldığı "Adil düzen" Adalet düzeni" ya da "Tanrısal düzen" kurma isteklerini değerlendirmiştir:

13 Nisan 1994'de Necmettin Erbakan şöyle söylemektedir: "Refah iktidara gelecek ve adil düzen kurulacak" ve 7 Mayıs 1996'daki konuşmasında "Allah üstünlüğüne inanarak yardım edenleri" övmüştür.

1993'te Ahmet Tekdal hacda iken, "eğer insanlar hak nizamın gelmesi için yeterince çalışmazlarsa, onlar zulmedenlerden olacak ve sonsuza kadar yok olacaklar... Onlar hak nizamın gelmesi için çalışmadıklarından dolayı Allah'a karşı hesap veremeyecekler."¹⁴⁴

Son iki konuşmada yer alan ifadeler farklı yorumlara tabi tutulabilmelerine rağmen, bu ifadelerin ortak noktası konuşmacıların getirmek istedikleri siyasi rejimin hem dinsel hem de ilahi kurallara gönderme yapmasıdır. Din-

¹⁴² Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 73.

¹⁴³ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 120.

¹⁴⁴ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 121.

sel kurallar üzerinde temellenen ifadeler getirilmek istenen düzen hakkında belirsizlikler içermektedir. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşmede yer aldığı şekliyle temel demokratik değerlerle şeriatın bağdaşmaz olduğu yönündeki Dairenin görüşüne katılmaktadır.

Mahkeme dinsel fundamentalizm temelinde kurulan geçmiş siyasi hareketlerin belli devletlerde siyasi iktidarı elde edebildiği ve akıllarındaki siyasi modeli yerleştirme fırsatını elde edebildikleri gerçeğinin gözden uzak tutmamaktadır. Bu nedenle Mahkemeye göre, Sözleşme hükümlerine göre her Sözleşmeci Devlet tarihi tecrübeler ışığında bu gibi siyasi hareketleri engelleyebilir.¹⁴⁵ Mahkeme ayrıca, Osmanlı hukukunda islami teokratik bir rejimin var olduğu gerçeğinin de göz önünde bulundurmaktadır. Önceki teokratik rejime son verip, demokratik rejime geçildiği zaman, Türkiye özel dini uygulamalar alanında İslam ve diğer dinleri sınırlayan laik bir biçim kazanmıştır. **Laiklik ilkesine saygının sağlanması, demokratik rejimin yaşatılması için hayati önemde görülen Türkiye’de, Anayasa Mahkemesi’nin demokrasiyle bağdaşmayan şeriatı yerleştirmeyi politika haline getiren Refahı durdurma konusunda verdiği kararın haklı olduğunu düşünmektedir.**¹⁴⁶

(c) Cihada Çağrı

Anayasa Mahkemesi tarafından kapatmaya esas alınan üçüncü argüman, Refahlı üyelerce toplumda islamı hakim kılmak amacıyla yapılan kutsal savaş anlamına gelen “**cihat**” kavramına referans yapılmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, siyasi iktidarı kazanmak için kullanılacak metotlar hakkında bazı konuşmacılar tarafından kullanılan terminolojide belirsizlik bulunmaktadır. Partinin resmi belgelerinde siyasi bir araç olarak şiddet ve güç kullanmaya bir çağrı yapılmazken, parti yöneticileri, parti üyelerince onlara zıt gelen politikalara karşı güç kullanma gereğine muvafakat eder görünmüşlerdir. Sonuç olarak Refahlı yöneticiler, iktidara ulaşma ve kullanmada şiddete başvurulabilme olasılığını içeren ifadelerdeki belirsizliği giderememişlerdir.¹⁴⁷

Mahkeme aynı zamanda Hasan Hüseyin Ceylan tarafında 14 Mart 1993 tarihinde yapılan konuşmaya atıfta bulunarak, bu konuşmada islami bir rejime karşı olanlara derin bir nefretin ortaya konulduğuna işaret etmektedir. Mahkeme bu bağlamda, başkalarına en ağır seviyede hakaret edilmesi ve

¹⁴⁵ Refah Partisi - Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 124.

¹⁴⁶ Refah Partisi - Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 125.

¹⁴⁷ Refah Partisi - Türkiye, Daire Kararı, p. 74; ayrıca bk. , mutatis mutandis, the Zana v. Turkey judgment of 25 November 1997, Reports 1997-VII, p. 2549, § 58).

başkalarının din özgürlüğüne müdahale edilmesi halinde, toplumsal hoşgörü hakkının kaybedileceğini belirtmektedir¹⁴⁸.

Mahkeme son olarak Partinin “şiddete başvurma olasılığı” konusunu incelemiştir. Mahkeme bu konuda Anayasa Mahkemesinin kararında yer alan şu açıklamalara yer vermiştir¹⁴⁹:

13 Nisan 1994 tarihinde Necmettin Erbakan’ın, “sorun iktidarın barışla mı yoksa şiddetle mi kazanılacağı (değişimin kanlı mı yoksa kansız mı olacağı)” yönündeki açıklaması;

Şevki Yılmaz’ın Nisan 1994’de, cihatla ilgili yorumu ve iktidara geldikten sonra Müslümanların silahlanması gerektiğine dair açıklamaları;

14 Mart 1992’de Hasan Hüseyin Ceylan’ın, batı modeli bir rejimi destekleyenlere hakaret etmesi ve tehdit etmesi;

10 Aralık 1996’da Halil İbrahim Çelik’in, imam-hatiplerin kapatılmasını önlemek için kan akıtmak istediğini söylemesi;

Şevket Kazanın Adalet Bakanı iken, dinsel ayrımcılık üzerine nefreti kışkırtan bir partiliyi yaptığı ziyaret dikkate alınmıştır.

Mahkeme, yukarıdaki konuşmalarda geçen “cihat” terimine atfedilen anlam ne olursa olsun (kimilerine göre cihat’ın öncelikli anlamı sıcak savaş ve toplumda İslamı bütünüyle hakim kılıncaya kadar mücadele gayreti), iktidarı kazanma için kullanılan metoda yönelik terminoloji bir belirsizlik içermektedir. Bu sözlerin tamamında, iktidarı kazanma ve elde tutma niyetinde olan Refah’ın, çeşitli engellerin üstesinden gelmek için, güç kullanmayı “meşru bir yol olarak” gördüğü, üzerinde durulan bir olasılık olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰.

Böylece Mahkeme “cihat” ifadesinin şiddeti içeren bir yöntem olarak Parti tarafından benimsendiği konusunda Dairenin önceki kararını benimsemiştir. Mahkeme daha sonra, Partinin kapatılması şeklinde yapılan müdahalenin sosyal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı üzerinde durmuştur. Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararına esas aldığı, partili lider ve üyelerce söylenen söz ve davranışların bir bütün olarak partiye isnat edilebilir olduğunu kabul etmemiştir. Mahkeme, bu davranış ve sözlerin Refah’ın uzun süreden beri yürüttüğü çok hukuklu şeriat düzenini yerleştirme politikasını açığa

¹⁴⁸ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p 75. ; ayrıca bk. , mutatis mutandis, the Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, pp. 17-18, § 47.

¹⁴⁹ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 129.

¹⁵⁰ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 130.

vurduğu ve Refahın politikalarını tamamlama ve yerleştirmeyi istediği sistemi korumak için güç kullanmaya başvurma olasılığını dışlamadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre bu gerçekler ışığında ortaya konan bu politikalar “demokratik toplum” kavramıyla bağdaşmaz ve gerçekçi bakıldığında Refahın uygulamalarının demokrasi için açık ve yakın bir tehlike yaratmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesince uygulanan ceza, Sözleşmeci Devletlerin sınırlama konusundaki takdir marjı içinde “sosyal ihtiyaç baskısını” karşılama açısından makul kabul edilmiştir¹⁵¹.

Mahkeme, Refah partisinin kapatılmasında esas alınan sözlerin bir bütün içinde ele alınmadığı ve kendi aralarında uyumlu olmadığı şeklinde ileri sürülen argümanı paylaşmamaktadır. Mahkemeye göre, Refah’ın çok hukuklu bir yasal sistemi istemesi, bireyler arasında dinin inançlara göre ayrımcılık yapılması ve her bir dini grup için farklı din kurallarına göre uygulama önerilmesi, ülkedeki müslüman çoğunluğa uygulanmak ve olağan hukuk olarak şeriatın istenmesi şeklindeki söz konusu ifadeler bir bütünlük oluşturmaktadır. Refah Partisi, belli siyasi görüşlere karşı ya da güç kazanma ve onu elinde tutmak için belli durumlarda güç kullanma olasılığını dışlamamıştır. Mahkeme, ortaya konan sosyal görüşün, Türk hukuk tarihinde bu güne kadar henüz kabul edilmemiş İslami teokratik rejime dayandırıldığını düşünmektedir. Bu nedenle, Refahlı liderlerce söylenen sözler ve sunulan deliller açık bir şekilde, Refah tarafından tasarlanan ve istenen, bir devlet modeli öngörüyor ve toplumu din kurallarına göre yapılandırıyor.¹⁵²

Mahkeme, iki nedenden dolayı Refah’ın siyasi amaçlarının kuramsal ve hayali olmadığını, gerçekleştirilebilir olduğunu düşünmektedir. Bunlardan birincisi, bir siyasi parti olarak etkisi ve verdiği sözleri gerçekleştirmek için iktidara gelme şansı olmasıyla ilgilidir. Nitekim Refah Partisi kapatıldığında TBMM’nin üçte birine yakın 157 millet vekili bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesince kapatılmaya esas olan söz ve ifadelerin söylendiği (1993-97) süreçte, parti genel ve yerel seçimlerde başarılı sonuçlar elde etti ve iktidara ortak oldu. İkinci neden, geçmişte dinsel fundemantalizmi esas alan siyasi hareketlerin siyasi iktidarı ele geçirme ve kendi istekleri doğrultusunda bir sosyal modeli gerçekleştirme şansına sahip olabilmesinde yatmaktadır. Mahkemeye göre Refahın siyasi planlarını yerine getirme şansı, hiç şüphesiz kamu düzeni için daha yakın ve daha açık bir tehlike haline gelmiştir¹⁵³.

¹⁵¹ Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, p. 132

¹⁵² Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 76.

¹⁵³ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 77.

Sonuç olarak Mahkeme, başvuruculara verilen cezanın makul bir toplumsal ihtiyaç baskısının karşılığı olarak verildiğini düşünmektedir. Refahlı liderlerle ilgili olarak da Mahkeme, onların laiklik ilkesini tanımlama niyetleri altında, çok hukuklu yasal bir sistem ve şeriat hukukunu yerleştirme niyetlerini açıkladıkları ve iktidarı kazanıp ve orda kalmak için güç kullanma konusunda belirsiz bir duruş sergilediklerini düşünmektedir. Çoğulculuk ilkesi ve partilerin demokrasilerin ayrılmaz parçası olması, siyasi partilerin kapatılması konusunda devletin takdir yetkisinin dar yorumlanmasını gerekli kılmasına rağmen, ülkedeki demokratik rejimin ve sivil barışın korunması için devletler gerekli adımları atabilirler¹⁵⁴.

Mahkeme bir partinin kapatılması ve yöneticilerinin benzer siyasi faaliyetlerde bulunmaktan yasaklanması gibi tedbirlere yalnızca, çok ciddi olaylarda başvurulması gerektiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme bu davada, söz konusu müdahalenin “sosyal bir ihtiyaç baskısına” dayandığını düşünmektedir. Refah’ın kapatılmasından sonra yalnızca beş milletvekili Meclisteki durumunu ve parti lideri liderlik durumunu kaybetmiştir. Meclisteki 152 milletvekili Parlamentodaki görevlerine devam etmişler ve normal siyasi faaliyetlerini sürdürmüşlerdir. Ayrıca başvurucular, Refahın malvarlıklarının hazineye intikal etmesinden dolayı parti üyelerinin önemli bir maddi zarara uğradığını iddia etmemişlerdir¹⁵⁵.

Bu nedenle Mahkeme, bu faktörler göz önüne alındığında yasayla öngörülen amacı gerçekleştirmek için yapılan “müdahalenin orantılı olduğunu” ve “sosyal bir ihtiyaç baskısına” dayandığını ve diğer üyeler için verilen cezaların da “uygun ve yeterli” olduğunu düşünmektedir. Mahkeme sonuçta, Sözleşme’nin 11. maddesindeki örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁵⁶.

Büyük Daire yargıçlarından hakim Kovler, karara katılmakla birlikte, kararda geçen terminolojinin dikkatli kullanılması gerektiği hakkında farklı bir yorumda bulunmuştur. Kovler’e göre, “İslami fundamentalizm (p. 94)”, “totaliter hareketler (p. 99)” “demokratik rejim için tehdit” gibi terimlerden uluslararası bir mahkemenin kaçınması bu dava kapsamında daha ikna edici olabilirdi. Kovler’e göre, Mahkeme Dairenin kararını yeniden incelerken, çok hukuklu yasal sistem kavramı daha detaylı inceleme fırsatını kaçırmıştır. Bu kavram yasal çoğulculukla bağlantılıdır, eski ve modern yasa teorisine ve

¹⁵⁴ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 81.

¹⁵⁵ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 82. ; ayrıca bk. , Sürek v. Turkey (No. 1) [GC], no. 26682/95, § 64, ECHR 1999-IV.

¹⁵⁶ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 83-84.

uygulamaya yerleşmiştir. Kovler, bin yıldan daha fazla geriye giden bir gelenek olan şeriatla ilgili olarak yapılan değerlendirmelerin de bu genel çizgi içinde kaldığını belirtmektedir. Kovler sonuç olarak, kullanılan kavramları fikrîsel bir temelden yoksun bulmakta ve bu kullanım şeklinin siyasi bir analizde doğal olabileceğini ancak hukuki bir incelemede oldukça zor kullanılacak yapıda görmektedir¹⁵⁷.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından, siyasi partilere ilişkin politik alanın sınırları ve Avrupa Kamu düzeninde yeni kapalı politik alan hakkında şu sonuçlar ortaya konabilir:

1. Demokratik rejimlerde, siyasi partiler demokrasinin tam işlemesi için vazgeçilmez temel örgütlenme biçimlerinden biridir. Çünkü demokratik toplumun temel özelliği olan çoğulculuk, meşru yollardan siyasi iktidara ancak siyasi partilerle taşınabilir. Bu nedenle siyasi partiler, tüzük ve programlarıyla temsil ettikleri farklı görüşleri iktidara taşımaya amaçlayan örgütlerdir. Siyasi parti programlarının, devletin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, bu programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmemektedir. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur¹⁵⁸.

2. Siyasi partilerin toplumda temsil ettikleri farklı görüşlerin, devletin temel düzeniyle örtüşmemesi nedeniyle doğrudan yasaklanması ve yaptırıma bağlanması demokratik meşruluk ilkesiyle bağdaşmadığı gibi demokratik toplumun dinamik yapısına da uygun olmaz. Önemli olan ortaya konan düşüncelerin demokratik kural ve yöntemlere uygun olmasıdır. Bu nedenle devletin temel düzeni her zaman demokratik toplum düzeni anlamına gelmeyeceği gibi, her yönüyle de farklı olduğu anlamına gelmez. Demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, sorunların şiddete başvurmadan, usandırıcı olsa bile diyalog yoluyla çözme imkanının tanınmasıdır¹⁵⁹. Demokrasi ifade

¹⁵⁷ Hakim Kovler'in görüşü hakkında bk. Refah Partisi – Türkiye, Büyük Daire Kararı, s. 38.

¹⁵⁸ SP- Türkiye, p. 47.

¹⁵⁹ Avrupa Konseyi tarafından "Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Konseyi" olarak görevlendirilmiş olan ve Venedik Komisyonu olarak anılan kurulun, 10-11 Aralık 1999 tarihli 41. Kurul toplantısında hazırladığı Venedik Komisyonu Raporunda, siyasi parti kapatmalarının, şiddet kullanmayı savunan ve anayasal düzeni yıkmak için şiddet kullanan ve bu şekilde anayasada güvence altına alınmış bulunan hak ve özgürlükleri tehlikeye sokan siyasi partiler için uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bk. SAĞLAM, "Siyasi Partiler Kanu-

özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca, bir siyasi partinin devletin temel düzenine ilişkin bir ilkeyi aleni bir biçimde tartışması ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasi yaşamda yer almayı istemesine engel olunması haklı görülemez¹⁶⁰.

3. Siyasi partilerin devletin temel düzeni açısından ortaya koydukları farklı görüşlerin doğrudan demokratik toplum düzeni açısından bir tehdit oluşturup oluşturmadığı önceden bilinmeyeceği için, demokratik yöntemlerle ortaya konmayan, şiddet ve şiddete çağrı içeren düşünceler belli yaptırımlara bağlanabilir. Bu açıdan demokratik meşruluktan faydalanan mevcut devlet düzeni, şiddet ve şiddete çağrı yoluyla tehlikeye sokulamaz. Dolayısıyla faaliyetleri ile mevcut düzeni açık ve yakın bir tehditle karşı karşıya bırakan siyasi partinin faaliyetlerinin yasaklanması, demokrasini kendini korumasının bir gereğidir.

4. Bu çerçevede teokratik rejimi öngören şeriat düzeni, demokratik toplum düzeni ile bağdaşmaz. Şeriat düzenine ilişkin talepler, demokrasinin çoğulculuk ve hoşgörü ilkesine aykırı olduğu gibi, laiklik ilkesiyle de örtüşmemektedir. Dolayısıyla demokratik ve laik toplum düzeninin anti tezi olan şeriat düzenini kurmaya yönelik siyasi faaliyetlerin yasaklanması, demokrasinin kendini korumasıdır¹⁶¹.

5. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, demokratik toplum düzeni korunurken, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmamasıdır. Sadece ikna edici ve zorlayıcı sebepler siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasının haklı sebebi olmalıdır. Siyasi parti kapatmalarda, mevcut olayların ışığında bir bütün olarak bakmak ve müdahalenin “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığına ve müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Siyasi parti üyelerince yapılan konuşmalarda şiddet kullanmaya veya ayaklanmaya bir çağrı veya demokratik prensiplerin her hangi bir biçimde reddine yönelik bir şey görülmedikçe siyasi partiler yasaklanmamalıdır.

6. Parti yöneticileri tarafından yapılan konuşmalarda, halka açıklanan amaç ve niyetlerden farklı amaç ve niyetlerin gizlenebileceği gözden uzak tutulmaması gerekir. Ancak konuşmalarındaki samimiyeti yalanlayabilecek somut eylemler bulunmadan, bu samimiyetten kuşku duyulamaz. Aksi takdirde sadece ifade özgürlüğünün kullanmış olması nedeniyle cezalandırılmış

nun'da Uluslar arası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler”, s. 241.

¹⁶⁰ SP- Türkiye, p. 45, ayrıca bk. Türkiye Birleşik Komünist Partisi Kararı, p. 57.

¹⁶¹ Refah Partisi – Türkiye, Daire Kararı, p. 70-76.

olunur¹⁶². Siyasi partilere ilişkin yasaklamalarda kapatma gibi radikal bir yaptırım doğrudan uygulanmamalıdır¹⁶³. Partilerin hemen ve temelli kapatılması, malvarlığının tasfiye edilip mallarının hazineye geçirilmesi ve parti üyelerinin ömür boyu siyasi yasaklı hale getirilmesi gibi ağır yaptırımlar, çok ciddi olaylar sonucu uygulanan yaptırımlar olmalıdır¹⁶⁴.

7. Siyasi partiler toplum hayatında değişen koşulları programlarına aktararak, bu yönde faaliyette bulunurlar. Dolayısıyla parti programında tamamen hukuka uygunluğu aramak, hukuk kurallarının değişmezliği sonucuna götürür. Oysa siyasi partiler toplumsal değişime uygun olarak hukuku da değiştirme amacı güderler. Bunun aksi siyaseti hukukla özdeşleştirmek ve Anayasaları da değişmez birer çerçeve olarak görmek demektir. Bu nedenle siyasi partilerin faaliyetlerinde iki noktanın birbirinden ayrılması gerekmektedir¹⁶⁵. Siyasi partilerin Anayasaya uygun davranmaları ve faaliyetlerinde şiddeti bir araç olarak kullanmamaları gereği ayrı bir konu, toplumun politik tercihlerine göre görüş ve programlar oluşturmak ayrı bir konudur. İkincinin Anayasa ve yasalara aykırılığı tek başına siyasi parti yasağı olması düşünce özgürlüğünün yasaklanması anlamına gelir. Bunun da demokratik toplum düzeninin de siyasi partilerin rolüyle örtüşmesi mümkün değildir¹⁶⁶.

¹⁶² SP- Türkiye, p. 48.

¹⁶³ Venedik Komisyonu Raporunda da, siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılması önlemine en son çare olarak başvurulması gereği belirtilmiştir. Bu konuda ilgili ülke koşulları dikkate alınarak, partinin gerçekten özgür ve demokratik düzene veya bireyleri özgürlüklerine bir tehlike oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca kapatma dışında başka önlemlerle tehlikenin önlenip önlenemeyeceği gözden geçirilmeli, ölçülülük ilkesine uyulmalıdır. Bk SAĞLAM, a. g. m. , s. 242.

¹⁶⁴ SP- Türkiye, p. 51.

¹⁶⁵ TEZİÇ, Erdoğan, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, Ankara, 1990, s. 41.

¹⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sosyalist Parti hakkında vardığı bu sonuç, Anayasa Mahkemesinin bu parti hakkında verdiği kapatma kararına karşı oy kullanan Yılmaz Aliefendioğlu'nun gerekçesinde de benzer sözlerle ifade edilmektedir. Bu da azınlıkta kalsa bile Anayasa Mahkemesi içinde, çağdaş demokratik toplum anlayışı doğrultusunda yorumlara gidildiğini göstermektedir. Bu açıdan Aliefendioğlu'nu şu sözlerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararıyla benzerliği ortadadır: "Olayda, kapatma davası Sosyalist Parti'nin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak savına dayandırılmıştır. (...) Bu durumda, kapatma davasının muhatabı olan partiyi yargılarken, bu partinin faaliyetinin 'devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak' amacını güdüp, gütmeye başladığını araştırılması gerekir. (...) Sosyalist Parti, varlığını ileri sürdüğü iki halkın öncelikle federe devletler oluşturarak federal bir devlet çatısı altında birlikte yaşamalarını amaçlamakta, ancak Kürt halkının bunu kabul etmemesi durumunda ayrı bir devlet de kurabileceğini kabul etmektedir. Böylece, siyasi parti olarak beğensek de, beğenmesek de soruna kendince bir çözüm getirmektedir. Bu parti yönünden savundukları

8. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Refah Partisi kararında, Türk Anayasa Mahkemesi kararına da dayanarak ortaya koyduğu "şeriat demokrasi-nin zıttıdır; anti tezidir" görüşü, tüm Avrupa Kamu düzeni açısından "**yeni kapalı politik alanın**" ilanı anlamına gelmektedir. Bu da tüm Avrupa Kamu düzeni açısından şeriat düzenine dayalı siyasi örgütlenmelerin faaliyetlerinin yasaklanabileceği ve bu tür yasaklamaların Avrupa ortak demokratik toplum düzenininin gereklerine aykırı olmayacağı sonucunu doğurmaktadır.

çözümün gerçekleştirilebilmesi demokratik bir seçimle çoğunluğu elde etmeleri koşuluna bağlıdır. (...) Arzu ettikleri çözümün ayrı halklar için federal devlet yapısı içinde birlikte yaşam, federal yapıda bütünlük ve birliktelik olduğunu ileri sürmeleri karşısında söz konusu partinin, Anayasanın kapatma nedeni saydığı, 'devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak' amacını güttüğü kanısına varılmamıştır. Terörist uygulamada bulunduğu ileri sürülemeyen, zor kullanmayı ya da ihtilal yoluyla iktidarı almayı amaçlamayan bir partinin kapatılması, o partinin görüşlerinin yaygınlaşmasına neden olabileceği gibi, ayrıca ülke içi ve dışı pek çok soruna yol açabilir." Karşıoy yazısı için bk. AYM. E. 1991/2, (Siyasi Parti Kapatma), K. 1992/1, KT. 10. 7. 1992, AMKD, Sayı 28, Cilt 2, s. 825.