

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE SERBEST SEÇİM HAKKI*

Ar. Gör. Tolga ŞİRİN**

I. Giriş

Yakın sayılabilecek bir geçmişe kadar, özellikle dünya henüz tek kutuplu hale gelmemişken, yani soğuk savaş döneminde, insan haklarına ilişkin olarak “medeni-siyasal-kültürel haklar” ile “ekonomik-sosyal haklar” arasındaki ayrım fazlasıyla önemsenmekteydi. Buna göre birincisine önem verenler batı cephesinde dururken; dünyaya duvarın doğusundan bakanlar, ikinci kategoriye ön plana çıkartıyordu. Bugün (her ne kadar akademide, analitik çözümler yapmak adına, bu ayrım üzerinde durulsa da) söz konusu ayrımın “bir kategorinin bir diğer kategori karşısında üstünlüğü” bağlamında tartışılmaktan vazgeçildiği görülmektedir¹. Bunda şüphesiz ki Sözleşme organlarının içtihatlarının ve bu içtihatlarda görülen, insan haklarına “gelişmeci” ve “bütünsel” çerçevede bakma yaklaşımının payı büyüktür. Söz konusu yaklaşım sayesinde ki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Sözleşme) “statik” bir metin olmaktan çıkarak, dinamik ve yaşayan bir belge halini alabilmiş, hatta metnin objektif olarak kapsadığı “medeni ve siyasi hakların” çerçevesi aşılarak, belli sınırlar dâhilinde “sosyal-ekonomik ve kültürel hakların”, hatta çevre hakkı gibi

* Bu çalışma, **Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfı** tarafından 2010 yılında düzenlenen **Kapani-Savcı İnsan Hakları İncelemeleri** yarışmasında, Prof. Dr. Rona Aybay, Prof. Dr. Cem Eroğul, Prof. Dr. Ahmet Mumcu, Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Prof. Dr. Oktay Uygun, Prof. Dr. Vakur Versan'dan oluşan jürinin değerlendirmesiyle birincilik ödülü kazanmış olan metnin, üzerinde bazı güncellemeler yapılarak yayıma hazırlanmış halidir. Metin, daha önce herhangi bir yayın organında yayımlanmamıştır. M.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi bünyesinde hakem denetiminden geçmiştir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bazı hakların diğer bazılarına göre daha önemsiz olduğu yönündeki görüş ve bu görüşe karşı tutarlı bir eleştiri için bkz. Oktay Uygun, “*İnsan Hakları Kuramı*”, **İnsan Hakları**, Korkut Tankuter (haz.), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.32 vd.

üçüncü kuşak hakların Sözleşme organlarınca korunması sağlanabilmiştir². Dolayısıyla insan hakları arasında herhangi bir hiyerarşinin geçerli olmadığı yönündeki yaklaşım güç kazanmıştır³. İşte bu yaklaşımın güç kazanması sayesinde ki artık farklı kategorilerdeki insan hakları arasında bir hiyerarşiden bahsetmektense, “en önemli hak, o an ihlal edilen haktır⁴” diyebiliyoruz⁵.

Bununla beraber söz konusu gerçek, bütün insan haklarının aynı düzeyde korunduğu anlamına gelmediği gibi, bugün en gelişkin koruma sistemini ortaya koyan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde (İHAS/Sözleşme) öngörülen bütün hakların da aynı düzeyde güvence altına alındığı anlamına gelmemektedir. Hakların güvence düzeyindeki farklılaşma, Sözleşme metninin içeriğinden kaynaklandığı gibi (objektif faktör), İHAM’ın, maddelerin yorumuna yönelik sahip olduğu dinamik yaklaşımını bütün haklar için göster(e)memesinden de kaynaklanmaktadır. (sübjektif faktör) Hal böyle olunca, bir takım hakların diğer bazılarına nazaran daha “popüler” olması veya daha doğru bir ifadeyle ön planda duran bazı hakların, diğer bazılarına göre daha az güvenceli olması sorunu ortaya çıkmaktadır.

² İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinden türetilen sosyal haklar için bkz. Malcolm Langford, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, Cambridge University Press, s.704 vd. Sözleşme’den türetilen çevre haklarına yönelik içtihatlar için bkz. Alan Boyle, “*Human Rights and the Environment: A Reassessment*”, **Fordham Environmental Law Review**, Vol. 18, 2008, s.15. vd.

³ Kapani’ye göre çağımız bütüncül insan hakları çağıdır. Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s.77-84, 167 vd. Bu yaklaşıma paralel görüşteki bir yazara göre “Kapitalist özgürlükler ve marksist haklar yoktur, fakat insan hakları vardır. Bunlar insan onuruna uygun bir yaşam sürdürebilmek amacıyla herkesin yararlanması gereken haklardır.” P.-H. Imbert, “*Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)?*” **Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels**, Revue de Droit Public, 1989, s.751. Aktaran: İbrahim Ö. Kaboğlu, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar*”, **TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, 9–13 Ocak 2001 Ankara, s.107–108.

⁴ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007, s.74.

⁵ İnsan haklarının başlıca nitelikleri Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı bu ilkeleri açıkça ortaya koyulmuştur: “*Bütün insan haklarını evrensel, birbirinden ayrılmaz, karşılıklı bağımlı ve sıkı sıkıya bağlanırlar. Uluslararası toplum, insan haklarını bütüncül olarak, eşit temellerde ve onlarla eşit bir değer bahşederek hakkaniyete uygun bir işleme tabi tutulmalıdır.*” Bkz. Kaboğlu, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar*”, *op. cit.*, s.108.

İşte ifade etmeye çalıştığımız bu sorunun tam ortasında “serbest seçim hakkı” bulunmaktadır⁶. Çünkü serbest seçim hakkı, Mahkeme'nin taraf devletlerin takdir marjını oldukça geniş ele aldığı (hatta nükteli bir görüşe⁷ göre neredeyse müdahale sınırı koymadığı) ve fakat madde metnini ise son derece dar yorumladığı haklardandır.

Yine ilginçtir ki bu sorunlu alana yönelik olarak öğreti de çekimser durmaktadır. Sözleşme'nin 1 no'lu Ek Protokolü'nün 3'üncü maddesinde (P1-md.3) yer alan serbest seçim hakkı, gözlemleyebildiğimiz kadarıyla Türkçe literatürde, diğer haklar üzerine yapılan çalışmalarla karşılaştırıldığında neredeyse⁸ hiç inceleme konusu yapılmamıştır. Şüphesiz ki bunda Sözleşme organlarının kararlarının sınırlı sayıda olmasının etkisi büyüktür⁹.

Bu niceliksel gerçeğe karşın ifade etmek gerekir ki Avrupa Konseyi'ni ayakta tutan üç temel sütundan¹⁰ birisi en geniş anlamıyla demokrasidir. Nitekim Sözleşme organlarına göre de insan hakları ancak demokrasi ile uyuşabilir ve Sözleşme demokratik toplum idealinin-değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlanmıştır¹¹. Demokrasinin ise en temel koşulu serbest seçimlerdir. Buna ek olarak serbest seçim hakkının sahip olduğu sivil toplum ile

⁶ Bu hakkın düzenlendiği sözleşmeler ve düzenlendiği maddeler için bkz. Kurt Herndl, *“The Right to Participate in Elections-A Genuine Human Right? Reflection on Article 3 of Protocol No.1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”*, *Development and Developing International and European Law: Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday*, Hubert Isak & Renate Kicker (ed.), N.Y.: Peter Land Publishing, 1999, ss.558-562.

⁷ Bill Bowring, *“Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors”*, *Kurdish Human Rights Project Legal Review*, S.11, 2007, s.96.

⁸ Türkiye kamu hukukunun klasikleşmiş monografilerinden birisi serbest seçim hakkına ilişkindir. Ancak bu değerli çalışma İHAM içtihatlarını konu almamaktadır. Bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara: AÜHF Yayınları, 1970. Bunun dışında İHAM içtihatları ve Avrupa Birliği hukuku ile birlikte incelenen bir çalışma için bkz. Mustafa Koçak, *“Seçim Sistemleri ve Demokrasi: Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri”*, *Anayasa Yargısı*, C.23, 2006, ss. 115-132.

⁹ Örneğin Sözleşme organları bünyesinde bu hakla ilgili 448 karar verilmiştir. Bu bilgiler ve diğer bütün kararlar için bkz. <http://tinyurl.com/6a5m49c> (18.09.2010)

¹⁰ Esasen Avrupa Birliği'nin “üç sütunundan” bahsedilir. Ancak aynı yönde bir analogi çoğulcu demokrasi, insan haklarının korunması ve hukukun egemenliği ilkeleri çerçevesinde Avrupa Konseyi için de yapılabilir. Bkz. Bowring, *op. cit.*, ss.67-68.

¹¹ *Soering v. Birleşik Krallık* (07.07.1989, 14038/88), par.87.; *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka* (07.12.1986, 5095/71-72), par. 5.

siyasal toplumun tam ortasındaki özgün konum ve bu çerçevede taşıdığı anayasal önem de dikkate alındığında, son tahlilde bu hakkın üzerinde durulması bir zorunluluktur.

Bu nedenle bu çalışmada anılan zorunluluğu yerine getirmek adına, serbest seçim hakkının İHAM içtihatlarındaki anlamını, tarihsel ve betimsel yöntem çerçevesine ortaya koymaya çalışacağız.

II. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Demokrasi İlişkisi: “Sine Qua Non”

Kelimenin liberal anlamıyla “demokrasi” ile “insan hakları” arasında bir takım çelişkilerin bulunduğu ve/veya bu kavramların, zıtlık içerisinde varlığını sürdüren bir “kavram çifti” oluşturduğu ifade ediliyor olsa da¹², prensip itibarıyla kelimenin geniş anlamıyla demokrasi, insan hakları için *sine qua non* (olmazsa olmaz) görülmektedir¹³. Bunun en azından İHAM açısından böyle görüldüğünü söyleyebiliriz¹⁴. Bu tespit, Sözleşme organlarının içtihatlarının satır aralarında değil doğrudan, hatta içtihatlara dahi gitmeden Sözleşme’nin dibacesinde açık ve seçik biçimde ortaya konulmuştur.

Sözleşme’nin dibacesinde Avrupa ülkelerinin siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü ortak mirasına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda Sözleşme’nin temel değerlerinin söz konusu ortak mirasta

¹² Söz konusu görüş, rekabetçi liberal demokrasinin kapitalist özünün, insan onurunu merkeze alan insan haklarının en temel düşmanı olduğu savına dayanmaktadır. Betül Çotuksoken, “Demokrasi-İnsan Hakları İkilemi”, **Radikal** (10.12.2007)

¹³ *Vice versa*. Bkz. David Beetham-Kevin Boyle, **Introducing Democracy: 80 Questions and Answers**, Cambridge: Polity Press, 1995, ss.99–102. Dünya İnsan Hakları Konferansı için bkz. <http://tinyurl.com/6h8hovt> (18.09.2010)

¹⁴ Şeref Gözübüyük ve A.Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 6.Bası, 2005, s.5. Münci Kapani’ye göre demokrasi ile insan hakları arasındaki ilişkinin *sine qua non* olduğu yönünde bir genelleme eksiktir. Yazara göre sınırsız ve engelsiz bir demokraside insan hakları güvencesiz kalacakken, 1832 İngilteresinde olduğu gibi demokrasinin bulunmadığı ılımlı bir siyasal rejimde hürriyetlerin güvence altına alınması mümkün olabilir. Kapani, *op.cit.*, s.173. Oktay Uygun’a göre; özellikle “azınlığın korunmasını gereksinimini” karşılayan insan hakları, demokrasinin “ahlaki özerklik”, “doğal eşitlik ilkesi” ve “kendi kaderini tayin hakkı” gibi ahlaki temellerinin tamamlayıcısıdır. Oktay Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, Ankara: İnkılap Kitabevi, 2003, ss. 285-296.

bulduğunu düşünen¹⁵ Mahkeme, dibacede “insan haklarının ve temel özgürlüklerin sürdürülmesi ve ilerletilmesinin en iyi şekilde bir yandan etkili bir siyasal demokrasi ve diğer yandan ortak anlayış ve insan haklarına saygıyla sağlanabileceğinin” ifade edilmiş olmasının Sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağ kurduğu çıkarımını yapmış¹⁶ ve Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi modelin, demokrasi olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁷.

Bu genelleme, akla bir soru getirmektedir: İnsan Hakları Avrupa Sistemi çerçevesinde bir demokrasi tanımına ulaşabilir mi? Anılan çıkarımın “püf noktasını” oluşturan bu sorunun cevabı ne yazık ki birkaç kaynaktan hareketle olumsuzdur. Şöyle ki daha başta, sözleşme taslağı hazırlanırken, Sözleşmeciler devletlerin “etkili siyasal demokrasi” kavramının tanımını yapmaya giriştikleri, fakat bu konuda anlaşma sağlayamadıkları gözlemlenmektedir¹⁸.

İkinci olarak öğretilerde, Mahkeme jürisprüdansından dört başı mamur bir demokrasi tanımlaması çıkartma arayışına girişen çalışmalar¹⁹ bu konuda bir tanımlamaya ulaşamamıştır²⁰.

Üçüncü ve son olarak, bizzat Sözleşme sistemini yaratan Avrupa Konseyi (Konsey), konuya ilişkin belirsizliği -yazılı hale getirmek suretiyle- kabullenmiştir²¹: Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'ne göre demokrasi, bütün vatandaşların kendi hayatlarını etkileme özgürlüğüne ilişkin hiçbir zaman

¹⁵ *Soering ve Birleşik Krallık*, par. 88.

¹⁶ *Klass ve diğerleri v. Almanya*, (06.09.1978, 5029/71), par. 59.

¹⁷ *Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika*, (02.03.1987, 9267/8), par.48-49; *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri v. Türkiye*, (30.01.1998, 19392/2), par. 45; *Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye*, (13.02.2003, 41340-44/98), par.86.

¹⁸ Susan Marks, “*The European Convention on Human Rights and its Democratic Society*”, **British Yearbook of International Law** (London, Oxford University Press 1995) p. 209 at p. 221-224.; Hans Martien ten Napel, “*The European Court of Human Rights and Political Rights: The Need for More Guidance*”, **European Constitutional Law Review**, Vol.5, 2009, s.465.

¹⁹ Bkz. Anika Logemann, **Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften: Die demokratische Gesellschaft als Determinante der Grundrechtsschranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention**, Baden: Nomos Verlag, 2004, ss.298-299.; Akt. Napel, *Ibid.*

²⁰ Napel, *Ibid.*

²¹ *Ibid.*,

bitmeyecek ve ucu açık olan süreci ifade etmektedir²². Sonuç itibariyle İHAS sisteminde “bir demokrasi tanımına ulaşılmadığı” yönündeki sav, tarihsel, içtihatî ve normatif kaynaklar tarafından desteklenmektedir.

Buna karşın, anılan belirsizliğe rağmen, Konsey bünyesindeki üretilen metinlerden ve Mahkeme içtihatlarından hareketle “etkili siyasal demokrasinin” genel hatları çizilebilir ve başlıca unsurları ortaya konulabilir²³. Örneğin semantiği demos (halk) ve kratos/kratein (egemen olmak-iktidar kullanmak) kelimelerinde olan²⁴ “demokrasinin” en temel koşullarından birisi demokratik toplumdur²⁵. Demokratik toplum ise Mahkeme içtihatlarında açık fikirlilik, hoşgörü, çoğulculuk ifadeleri ile anlam bulmaktadır²⁶. Sözleşme sisteminde “demokratik toplumu” hayata geçiren başlıca hak ve özgürlükler, 8, 9, 10, 11 ve 12’inci maddelerde ortaya konan özel hayatın ve ailenin korunması, düşünce vicdan, din, ifade, örgütlenme ve toplantı özgürlükleri ile bu maddelere içkin olan unsurlardır²⁷. Hal böyleyken bu hak ve özgürlüklerin güvence alınmış olmasının liberal demos-kratos sentezinde demos’un kendisini gerçekleştirme anlamına geleceği söylenebilir.

Demokrasinin ikinci temel koşulu ise demos’un yönetime katılımının sağlanmasıdır. Bu katılımın ve egemenliğin sağlanmasının veya “demosun” “kratosunun” gerçekleşmesi, Robert Dahl’ın formülasyonu dikkate alındığında, serbest ve adil seçimlerde oy verme, yarışma, seçilme, kamu yönetimine girme

²² Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisine alınan “*State of Human Rights and Democracy in Europe*” başlıklı 18.04.2007 tarihi ve 1547 sayılı ilke kararı için bkz. <http://tinyurl.com/67be6k4> (18.09.2010)

²³ Napel, *Ibid.*

²⁴ Anfred G. Schmidt, **Demokrasi Kuramlarına Giriş**, M.Emin Köktaş (çev.), Ankara: Vadi Yay., 2002, s.13.

²⁵ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 5.Baskı, s.251.

²⁶ Bu unsurların anlamı ve içtihatlardaki yeri için bkz. **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, ss. 175-183.

²⁷ Bu maddeler, demokratik toplum düzeninin açıkça zikredildiği maddelerdir. Karş. Koçak, “*Seçim sistemleri...*”, ss.121–123. Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci’ye göre ise siyasal katılımı sağlayan özgürlükler düşünce, düşünceyi ayma, siyasi örgütlenme özgürlükleridir. Seçme ve seçilme hakkı bunu tamamlamaktadır. Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, ss.133-135. Cem Eroğul devlet yönetimine katılmanın başlıca araçlarının (a) oy verme hakkının yanında (b) siyasi parti özgürlüğü ve (c) basın özgürlüğü olduğunu ifade etmektedir. Cem Eroğul, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, Ankara: İmge Kitabevi, 1990, s.197–198 vd.

haklarının ve bunların hayata geçirilmesi için gerekli kurumların bulunması ile sağlanır²⁸. Sözleşme sisteminde söz konusu katılımı -bir takım eksiklerle de olsa- hayata geçiren madde ise kural olarak P1-md.3'te yer alan "serbest seçim hakkıdır".

III. Maddenin Ortaya Çıkış Süreci Sancısı: Siyasal Haklar, Taraf Devletlerin Siyasi Yapısına Müdahale Anlamı Taşır mı?

03.08.1949 tarihinde kurulan Avrupa Konseyi'nin, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da bir daha böyle bir savaşın içine düşmemek, savaşın meydana getirdiği siyasal, sosyal ve ekonomik çöküntüyü aşmak ve insan haklarını ortadan kaldıran yeni diktatörlüklerin doğmasını önlemek adına²⁹ yaptığı ilk işlerden birisinin İHAS'ı üretmek olduğunu biliyoruz.

Yukarıda serbest seçim hakkının Ek Protokol'de bulunduğunu söylemiştik. Yani anlaşılacağı üzere Sözleşme'nin ilk halinde serbest seçim hakkı bulunmamaktadır. Ancak bu durum, Sözleşme hazırlanırken "serbest seçim hakkının metne dâhil edilip edilmemesi" meselesi üzerinde durulmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim Konsey kurulduktan henüz bir ay geçtikten sonra, 08.09.1943 tarihinde Danışma Asamblesi bir Sözleşme taslağı hazırlamış ve söz konusu taslağın birinci kısmında, BM Deklarasyonu'na atıfla on ayrı fıkrada hak ve özgürlükler listesi ortaya konulmuş (md.2), bunu takiben müstakil bir maddede (md. 3) seçim hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu taslak metin aynen şu şekildedir:

"Madde 3: Sözleşme, Taraf Devletler'in, demokrasinin temel ilkelerine tamamen iyi niyetle saygı gösterme ve özellikle ana ülkesine ilişkin olarak:

1- Hükümet tedbiri ve yasamanın halk iradesinin bir ifadesi olmasını güvencelemek amacıyla makul aralıklarla, genel ve gizli oyla serbest seçimleri kabul ettiği,

²⁸ Robert Dahl, "makul demokrasiyi" 8 unsur ile formüle etmiştir. Bu maddeler bizim yukarıda demos ve kratos biçiminde yaptığımız ayrımın içeriği ile neredeyse uyumludur. Bkz. Robert A. Dahl, **Poliarchy: Participation and Opposition**, New Haven, Yale University Press, 1971, s.3. Ancak bununla birlikte Sözleşme bünyesinde eksik kalan unsur "kamu yönetimine katılma hakkıdır." Bu hak, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde (md.25) yer almaktadır.

²⁹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.31.

2- Eleştiri hakkına ve bir siyasal muhalefet örgütlenme hakkına müdahale edecek bir eylemde bulunmayacağı taahhüdünü içerir³⁰.”

Ancak bu düzenleme Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, Sözleşme'nin amacının taraf Devletlerin siyasal yapısını tanımlamak değil, sadece bireysel haklarını güvencelemek olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Taslak metnin reddi üzerine Britanyalı ve Fransız uzmanlar, sözleşmenin asıl amacının Faşist veya Nazi tarzı diktatörlük yönetimlerine karşı duran uluslararası bir yapı kurmak olduğunu vurgulayarak, red kararına direnmişlerse de³¹ serbest seçim hakkı, 4 Eylül 1950 tarihinde imzaya açılan Sözleşme metninde kendisine yer bulamamıştır. Buna karşılık maddeye ilişkin tartışmalar anılan ekseninde devam etmiş hatta Sözleşme metni henüz yürürlüğe girmeden, Sözleşme'ye ek bir Protokolün hazırlanması kararı alınarak, yeni bir metin yazımına girişilmiştir. Ancak bu metinde, taslak metninin ikinci fıkrasındaki ifadeler -bu kayıtların 10 ve 11'inci maddede yer almasından dolayı- çıkartılmış³², ayrıca her ne kadar anılan tarihte Avrupa Konseyi'nin kurucu üyelerinin tamamında bulunsa da, o tarihte Konsey dışında bulunan bazı Avrupa ülkelerinde³³ hala uygulanmayan “genel oy ilkesine” madde metninde yer verilmemiştir.

1952 yılında imzaya açılan Protokol, Sözleşme'nin yürürlüğe girişinden hemen iki yıl sonra yürürlük kazanmıştır³⁴. Serbest seçim hakkı, söz konusu maddede (P1-md.3) şu şekilde düzenlenmiştir:

³⁰ Council of Europe: *Collected Edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhof, The Hague, 1975, s.276.

³¹ Nijhof, *Ibid.*, s. 294 vd.; Bowring, *op.cit.*, 74-78.; Sergey Golubok, “*Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two layers of Protection*”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 27/3, 2009, s.364; Michael O'Boyle, “*Electoral Disputes and the ECHR: An Overview*”, **The cancellation of election results (Science and technique of democracy No. 46)**, Venice Commission, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, s.39.

³² *Ibid.*

³³ Gözlemlerimize göre bugün Avrupa Konseyi olan bütün üyeler arasında bulunan Andora, İspanya, İsviçre, Kıbrıs, Lihtenştayn, Malta, Portekiz, Yunanistan, anılan tarihte tüm unsurlarıyla genel oya geçmiş değildir.

³⁴ İHAS, 04.11.1950'de imzaya açılmakla birlikte 03.09.1952 yürürlüğe girmiş; 1 No'lu Ek Protokol, 04.09.1950'de imzaya açılmakla birlikte 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

“Sözleşmeciler Taraf Devletler yasama organının seçimi için, halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda, makul aralıklarla ve gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt eder.”

IV. Serbest Seçim Hakkının Muhatabına Yönelik Bir Tartışma: Devlet Mi, Birey Mi?

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi üzerine daha önce okuma yapmış olan okuyucuların dikkatini çekeceği üzere P1-md.3 metninin düzenleniş biçimi, diğer Sözleşme maddelerine nazaran şekli bir farklılık içermektedir³⁵. Söz konusu farklılık, anılan düzenlemenin cümle yapısına ilişkindir. Dikkat edilirse İHAS ve Ek Protokollerinde hak tanıyan maddelerde genellikle “Herkes (...) hakkına sahiptir”, “Hiç kimse (...) tabii tutulamaz” vb. kalıplar kullanılmıştır. Buna karşın anılan maddede “Sözleşmeciler taraf devletlerin (...) yapmayı taahhüt etmesinden” bahsedilmektedir. Öğretide uluslararası sözleşmelerin kaleme alınış tarzlarının söz konusu maddelerin doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin bir ipucu taşıdığı ifade edilmektedir³⁶. Bu sava göre Sözleşmeciler taraf devletleri muhatap gören bir yazım tarzı, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı örneklerinde de görüldüğü üzere, hükmün doğrudan uygulanamayacağına işaret etmektedir³⁷. Ancak kanaatimizce bu düzenleme biçimi, gerçekten de metinsel ve amaçsal açıdan bir takım tartışmaları beraberinde getirmekle birlikte, bir hükmün doğrudan uygulanabilirliğini belirlemek için yeterli sayılamaz. Bugün sosyal hakların dahi ulusal hukukta doğrudan uygulanabilirliği yönündeki görüş güç kazanırken, bu eğilime muğlak deyimlerle karşı çıkmak en basit tabirle indirgemeci kalacaktır. Bununla beraber anılan tartışmanın basit ve tali bir tartışma olduğu da asla söylenemez. Çünkü vaktiyle anılan düzenleme biçimine dayalı olarak bir takım daraltıcı çıkarımlara ulaşılmıştır.

Maddenin yazılış biçimi, Sözleşme organlarının maddeyi ilk zamanlarda “P1-md.3’ün bireylerin oy hakkının güvence alınmadığını” ve “her bir bireye seçime katılma hakkını tanımadığını” ifade edecek kadar dar yorumlamasına neden olmuştur. Bu noktada Sözleşme organlarının metod itibarıyla dar bir

³⁵ Ždanoka v. Letonya, (16.03.2006, App. 58278/00), par. 102.

³⁶ Danièle Lochak, *Les droits de l’homme*, Edition La Découverte, Paris 2002, s.61–76. Aktaran: Ender Ethem Atay, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, *Polis Dergisi*, C.9, S.36, 2003, s.110.

³⁷ *Ibid.*

“metinsel yorum”³⁸ faaliyeti içinde olduğu söylenebilir³⁹. Ancak ilk kararlara nazaran, 70’li yıllara -yani genel oyun tüm Avrupa’da geçerlilik kazandığı döneme- yaklaşıldığında, bireylerin seçim haklarının da bir tür ifade biçimi olduğundan hareketle, bireylerin serbest seçim hakkına yönelik müdahalelerin ifade özgürlüğüne müdahale anlamına gelebileceği noktasına ulaşmıştır. Yani Sözleşme’nin anılan maddesini salt metinsel yorumla ele almayı, sistematik bir bütün içinde kavrama emareleri gösteren Sözleşme organları, bu dönemde bireylerin serbest seçim hakkını hala müstakil bir hak olarak değil, ifade özgürlüğü bünyesinde ele almaya çalışmıştır⁴⁰. Gözlemleyebildiğimiz kadarıyla süregelen bu eğilimi değiştiren ilk karar ise *W, X, Y, Z v. Belçika*⁴¹ kararı olmuştur. Bu kararda Sözleşme organlarının şu tespiti, içtihat değişikliği anlamına gelmiştir: “*Madde 3’ün ifade tarzına rağmen, verdiği hak bireysel hak niteliğindedir, çünkü bu nitelik sözleşmenin temelini oluşturmaktadır*”⁴².

Sözleşme metnini geniş yorumlayan bu yeni yaklaşım, Sözleşme organlarının sonraki kararlarında da devam ettirilmiş⁴³ ve yerleşik içtihat haline gelmiş, hatta -seçim hakkının medeni olmaktan çok siyasal hak niteliğine yönelik kayıtlarla birlikte⁴⁴- seçme ve seçimlerde aday olma biçiminde formüle edilecek alt başlıklara ulaşılmıştır.

Divanı’nın bu maddeye ilişkin yerleşik içtihadının kaynağını oluşturan ilk davada, konunun tartışmaya yer bırakmayacak biçimde açıklığa kavuşturulduğu

³⁸ Burada ve metnin diğer yerlerinde değinilen yorum yöntemleri hakkında bilgi için bkz. Oya Boyar, **Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum**, (Yayımlanmamış dr. tezi), İ.Ö. Kaboğlu (dan.), Marmara Üniversitesi SBE, 2008; Yüksel Metin, **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara: Asil Yayıncılık, 2008.; M. Şerif Yılmaz, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri**, (Yayımlanmamış dr. tezi), İ.Ö. Kaboğlu (dan.) Marmara Üniversitesi SBE, 2010;

³⁹ Bu yorum biçimi Komisyon zamanında birçok başvurunun kabul edilemez bulunmasına neden olmuştur. Herndl, *op.cit.*, s.565.

⁴⁰ Bu yaklaşım, bireylerin seçme haklarının ihlalini ileri sürmediği ve fakat devletlerarası başvuru ile Komisyon önüne taşınan, siyasi partilerin ve ulusal parlamentonun kapatılması ile sonuçlanan “albaylar cuntasına” karşı “*Yunanistan davasında*” (*Denmark, Norway, Sweden, the Netherlands vs. Greece*, 05.11.1969, App. 3321–23/67) sürdürülmüştür. Golubok, *op.cit.* s.367.

⁴¹ *W, X, Y, Z v. Belçika*, (30.05.1975, App. 6745-46/74)

⁴² Sözleşme metninin kolektif yazım biçimine odaklanan bir karar için bkz. *Ždanoka v. Litvanya* kararı. Bu yaklaşıma yönelik eleştiriler için bkz. Bowring, *op. cit.*, s.93 vd.

⁴³ Örn bkz. *İrland v. U.K.*, (18.01.1978, App. 5310/71)

⁴⁴ Bu yönde bir karar için bkz. *Pierre-Bloch v. France* (16.09.1996, App. 24194/94)

ve geçmiş dönemdeki görüşlerle tartışmak suretiyle taban tabana zıt bir çıkarıma ulaşıldığı gözlemlenmektedir. Mahkeme'ye göre, söz konusu maddenin üzerinde dikkatle durulduğunda, “maddenin doğrudan herkese yönelmiş bireysel hak ve özgürlüklere değil, sadece devletlerarası yükümlülükler yoluyla açtığı” yönünde bir çıkarım yapmak mümkün değildir, hatta öyle ki böyle bir çıkarım “son derece sınırlayıcı bir yorum olacaktır⁴⁵.” Kanaatimizce aslında bu tespit, Mahkeme'nin eski yorumlarına bir reddiye niteliği taşımaktadır. Çünkü kararda tartışılan “yapılması mümkün görülmeyen çıkarım” yukarıda aktardığımız üzere bizzat Sözleşme organlarının çıkarımıdır.

Mahkeme'nin bu içtihat farklılığına paralel olarak, söz konusu kararında, konunun netlik kazanması için dar metinsel yorum metodunu terk ederek, “öznel-tarihsel yorum” metoduna başvurduğu görülmektedir. Mahkeme, bu kararlarında Protokol'ün hazırlık çalışmalarını (*travaux préparatoires*) inceleme konusu yapmıştır. Bu bağlamda Mahkeme söz konusu çalışmalarda, maddenin içeriğine yönelik olarak “siyasal özgürlük”, “siyasal hak”, “bireylerin siyasal hak ve özgürlükleri”, “serbest seçim hakkı” ve “seçme hakkı” gibi ifadelerinin kullanıldığını kaydederek⁴⁶ bu konudaki tartışmaya son noktayı koyacak şu tespitle bulunmuştur:

“3'üncü maddenin ifade biçimi, yanıtıcı biçimde devletler-arası bir görünüşe sahip olsa da, öz itibarıyla Sözleşme ve Protokollerin diğer temel maddelerinden herhangi bir fark ortaya koymamaktadır. Bu ifadelerin kullanılmasının sebebinin, üstlenilen taahhüde daha büyük bir ciddiyet kazandırma isteğinden ve söz konusu alandaki temel yükümlülüğün, medeni ve siyasal hakların çoğunda olduğu gibi kaçınmak veya müdahalede bulunmamak değil, Devlet'in demokratik seçimleri “hayata geçirmek” üzere pozitif tedbirlerin benimsenmesi olduğu görülmektedir⁴⁷.”

Bununla beraber Mahkeme, geçmişte verilen kararlarda kaçırılan bir hataya dikkat çekerek, eski içtihadı geri dönülmesi mümkün olmayacak bir tespite ulaşmıştır. Mahkeme -“normun yapıldığı andaki değil, uygulandığı andaki yasa koyucunun nesnel amacını gözetilen amaçsal yorum⁴⁸” tekniğine de örnek oluşturacak biçimde- P1-md.3'ten sonra 02.05.1968 tarihinde yürürlüğe giren 4

⁴⁵ *Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika*, par.48-49.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika*, par. 50.

⁴⁸ Metin, *op.cit.*, s.113.

no’lu Protokolün başlangıcında “Birinci Protokolün 1’den 3’e kadar olan maddelerinde yer alan haklardan” söz edildiğine işaret ederek, aslında P1-md.3’ün hazırlanış sürecinden sonra norm koyucunun nesnel amacına dikkat çekmiştir⁴⁹.

Tüm bu açıklamalardan sonra, Sözleşme organlarının yorum tekniklerindeki farklılaşmaya bağlı olarak maddenin anlamının resmi olarak şu şekilde bir evrime ulaştığı söylenebilir: Sözleşme organları öncelikle, P1-md.3’nün anlamı sözleşmecî devlete “yasama organının belirlenmesi için seçimleri oluşturma kurumsal yükümlülüğü” getirdiği görüşündedir. Ancak bu yaklaşımdan, önce “herkes için oy hakkı” (universal suffrage) tespitiyle daha sonra ise “özel katılım haklarına” ulaşmak suretiyle ayrılmıştır. Bu farklılaşma nihayetinde 11 no’lu Protokol ile beraber P1-md.3’ün başına açıkça “serbest seçim hakkı” ifadesinin getirilmesiyle kayıt altına alınmıştır⁵⁰. Dolayısıyla bugün maddenin sadece kurumsal muhatabına yükümlülük getirdiği değil, fakat aynı zamanda bireylere hak ve özgürlük tanıdığı rahatlıkla söylenilebilir⁵¹.

Ancak bu noktada bir soru işareti daha bulunmaktadır. Hak ve özgürlüklerin öznesi olan “bireyler” ifadesi bütün bireyleri kapsamakta mıdır? Bu anlamlı bir sorudur⁵². Çünkü serbest seçim hakkı bir siyasal haktır ve bilindiği üzere siyasal haklar, insan haklarının evrenselliği dikkate alındığında, paradoksal biçimde evrensel değil, ulusal nitelik taşımaktadır⁵³. Yani bu haklar, bir takım kayıtlamalarla birlikte ilke olarak söz konusu seçimin yapılacağı ülkenin

⁴⁹ *Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika*, par. 49.

⁵⁰ *Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika*, par. 51 ve Koçak, “Seçim sistemleri...”, ss.125-126.

⁵¹ Dagmar Richter, “*Das Recht auf Freie Wahlen*”, **EMRK/GG: Konkordenzkommentar zum Europäischen und Deutschen Grundrechtsschutz**, Rainer Grote & Thilo Marauhn (Hg.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s.1400.

⁵² John J. Cremona, “*The Right to Free Elections in the European Convention on Human Rights*”, **Protection des droits de l’homme: la perspective européenne (Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda) / Protecting Human Rights: The European Perspective (Studies in honour of Gérard J. Wiarda)**, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 2000, s.316.

⁵³ Bu paradoksa rağmen vatandaşlığın/uyrukluğun kendisinin de bir insan hakkı olarak düzenlendiği düzenlemeler vardır. Bu konuda bkz. Rona Aybay, “*İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık*”, **İnsan Hakları**, Korkut Tankuter (haz.), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.183 vd.

vatandaşları ile sınırlı haklar olarak tanınmaktadır⁵⁴. Bu konuya aşağıda döneceğiz, fakat şimdilik öğretide de kabul gördüğü üzere P1–md. 3'teki “*halk*” (*people*) kavramı yeterince açık olmamakla birlikte, Avrupa'nın bilinen demokrasi çizgisi içinde *halk* teriminden, bir devletin kendi “*vatandaşlarının*” anlaşıldığını⁵⁵ ifade etmekle yetinelim.

V. “Seçmek ve Seçim” İfadelerinin Anlamı ve Bir Problem: Referandum Seçim Midir?

P1-md.3 metninin merkezinde yatan edim seçmektir. “Seçmek” edimi söyleşme organlarınca “*farklı siyasi partilerin makul bir biçimde adaylarını hazır bulundurmasını zorunlu kılan bir tercih*”⁵⁶ olarak ifade edilmiştir⁵⁷. Ancak bu, serbest seçim hakkının salt bir tercihle sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Öyle ki öteden bu yana süregelen bir içtihadı göre “*bir kişinin seçimlerde hazır bulunma hakkı yeterli değildir, bu kişi bir defa halk tarafından seçildikten sonra yasama organı üyesi olarak kalma hakkına da sahip olmalıdır. Bunun aksi bir yaklaşım, seçimlere katılma hakkını anlamsız hale getirecektir*”⁵⁸. Yani seçime yönelik edim anlık değil; hukuken, seçilen kişinin o görevde kalması suretiyle süreklilik teşkil etmektedir. Bu bakımdan pasif seçme hakkının bünyesinde milletvekilliğini sürdürme hakkını da bulunduğunu söyleyebiliriz.

Nitekim bu gerçek *Sadak ve diğerleri v. Türkiye* davasında somutlaştırılmıştır. Hatırlanacak olursa 1982 Anayasasının 1995 değişikliğine kadar yürürlükte bulunan 84/3'inci maddesine göre, bir kişinin sadece kapatılan bir siyasi partinin üyesi olması, milletvekilliğinin düşmesine neden olmaktadır. İHAM bu düzenlemeye dayanılarak başvurusunun vekilliğinin düşürülmesinin,

⁵⁴ Kaboğlu bu ayrımın köklerini “İnsan ve Yurttaş Hakları” başlıklı 1789 Bildirgesinde bulmaktadır. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: İmge Kitabevi, 2002, s.420. Yabancıların İHAS bağlamındaki haklarına ilişkin olarak bkz. Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, İstanbul: Beta Yay., 2004., ss.63-66.

⁵⁵ Eroğul, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, ss.80-81. ; Koçak, “*Seçim sistemleri...*”, s.127.; Richter, *op.cit.*, s.1408.

⁵⁶ *X. v. Birleşik Krallık*, (06.10.1976, App. 7140/75), s.95.

⁵⁷ Jan De Meyer, “*Electoral Rights*”, **The European System for the Protection of Human Rights**, R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzol (ed.), Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1993, s.562.

⁵⁸ *M. v Birleşik Krallık*, (07.03.1984, App. 10316/83), s.133.

başvurucunun kişisel siyasal etkinliklerini görmezlikten geldiğine vurgu yaparak P1-md.3'ün ihlaline karar vermişti⁵⁹.

Buna ek olarak kaydedelim ki Mahkeme'nin seçme hakkının sürekliliğine ilişkin yerinde tespiti, her ne kadar seçilme hakkına özgülenmiş görünse de yine aynı kararda açıkça ortaya konulduğu üzere, aynı zamanda seçmenlerin hakları ile de yakından ilişkilidir. Partisi kapatılan başvuruçuların parlamento üyeliklerinin de kendiliğinden düşmüş olması konusunun incelediği bu davada Mahkeme, “*söz konusu müdahalenin parlamentoda bulunan ve seçilmiş bulunan başvuruçunun hakları ile uyumlu olmadığı ve bu kişileri parlamento üyesi olarak seçen seçmenlerin hâkim iradelerine zarar vermiştir*”⁶⁰ biçiminde çok yerinde bir çıkarıma ulaşmıştır.

Bununla beraber, yeri gelmişken kaydetmek gerekir ki; kimi hallerde seçmenler bu haklarını kullanmak istemeyebilirler veya kendi beğenilerine uygun bir aday bulmakta zorlanabilirler. Sözleşme organlarına göre bu durumda seçmenlerin boş oy kullanması veya zarfın içine yırtık kâğıt koyması mümkündür⁶¹. Fakat bizce bazı durumlarda seçmenlerin siyasi veya siyasi olmayan nedenlerle hiç oy kullanmaması veya oy kullanmayı reddetmesi de söz konusu olabilir. Richter'e göre Sözleşme organlarının “*serbest seçim hakkının oy verme hakkına karşı olmayı içermediği*” yönündeki tespitinden hareketle P1-md.3 ile “oy kullanmama” hakkının güvencelenmediği söylenebilir⁶². Ancak kanaatimizce, oy kullanmamak yani “seçimleri boykot etmek” de kimi durumlarda halkın kendisini ifade biçimi olabilir. Nitekim madde metninde “*halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alınmasından*” bahsedilmektedir. Dolayısıyla örneğin ülkedeki siyasi yozlaşma

⁵⁹ *Sadak ve diğerleri v. Türkiye (no.2) (11.06.2002, 25144/94, 26149-54/95, 27100-01/95)*, par.40. 1982 Anayasası md. 84/3'ün ilk haline göre “*temelli kapatılan siyasi partinin, kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliği, kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte düşerdi[di]*” 1995 yılında yapılan değişiklikle sadece “*partinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu AYM'nin temelli kapatmaya ilişkin kararında belirtilen milletvekilleri*” ile sınırlandı. Ancak 2010 değişikliği ile beraber bu kayıt da kaldırılmıştır. Bu evrimde şüphesiz İHAM kararlarının etkisi büyüktür.

⁶⁰ *Sadak ve diğerleri v. Türkiye*, par.40. (a.b.ç.)

⁶¹ Collection of Decisions/ European Commission of Human Rights, No.16, s.32; No: 40, s.52. Aktaran Richter, *op.cit.*, s.1413.

⁶² Yearbook of the European Commission on Human Rights, No.8, 1965, s.172. Aktaran *Ibid.*, s.1413.

ve parti içi demokrasi sorunlarına karşı, daha temiz bir siyaset talebiyle sandığa gitmeme pratiğinin pek ala madde kapsamında olduğu savunulabilir. Dolayısıyla örneğin oy kullanmayanlara yönelik “para cezası uygulaması” bize göre serbest seçim hakkına ve buna ek olarak başlı başına ifade özgürlüğüne yönelik haksız bir müdahale olarak ele alınmalıdır⁶³.

Seçme edimine ilişkin bu minvalde yanıt bekleyen bazı sorunlar bulunmakla birlikte, Mahkeme'nin içtihatlarında “seçim” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu açık değildir. Öğretide, seçim kavramının (geniş anlamda) seçmenlerin kütüğüne kayıt tarihinden, seçimlerin sonucunu oluşturan son tercihlerin yapılmasına kadarki bütün süreci ifade ettiği kabul edilmektedir⁶⁴. Richter aynı sonuca İHAM bağlamında da ulaşılabileceğini ifade etmektedir⁶⁵.

Seçim kavramının nasıl tanımlandığı, hangi süreçlerin seçime dâhil edileceği meselesi ile yakından ilgilidir. Örneğin, “referandum” seçim kavramına dâhil olup olmadığı sorunu konuya ilişkin tartışmaların tipik bir örneğidir. Bu konu yakın geçmişte Türkiye’de de tartışılmış ve Yüksek Seçim Kurulu meseleyi “referandumun seçim anlamına geldiğini” tespit ederek, sonuçlandırmıştır⁶⁶. Bizim katıldığımız görüşe göre seçmenlerin kütüklere kaydolmasının zorunlu görüldüğü, oylamadan önce çeşitli siyasi aktörlerin lehe ve aleyhe propaganda yaptığı ve sonuç itibarıyla evet-hayır-boykot-geçersiz oy verme tercihleri arasında bir seçme eyleminin gerçekleştiği bu süreç bir seçimdir. Ayrıca eklemek gerekir ki referandumun bir seçim olarak görülmesi, konuya hak temelli yaklaşılması bakımından da olumludur. Öyle ki bu vesileyle serbest seçim hakkının güvenceleri referandum için de geçerli olacaktır.

⁶³ Kaydedelim ki konu millet egemenliği ve halk egemenliği tercihlerine göre de hak ve görev ikileminde de tartışılabilir. Eroğul’a göre oy hakkının bir hak olarak varlığını sürdürmesi, bunun zorunlu bir göreve dönüştürülmemesine bağlıdır. Cem Eroğul, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, s.210.

⁶⁴ **Hans Meyer**, “*Demokratische Wahl und Wahlsystem*”, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Gesamtausgabe im Aufbau. Pflichtfortsetzung: Handbuch des Staatsrechts: Band II: Verfassungsstaat, **Josef Isensee-Paul Kirschhoff (Hg.)**, **Heidelberg: C.F. Müller, 2004, par.52**.

⁶⁵ Richter, *op. cit.*, 1400.

⁶⁶ Referandumun “seçim” olmadığını savunan bir görüş için bkz. Mustafa Koçak, “*Halkoylaması Bir Seçim midir?*”, **Radikal**, 25.03.2010.

Peki, referandum bir seçim ise bu seçim P1-md.3 kapsamında sayılabilir mi? Bu sorunsal Sözleşme organları nezdinde ilk defa⁶⁷ 1975 yılında Britanya'nın Avrupa Topluluğuna üyeliğine ilişkin yapılan referanduma bağlamında tartışılmıştır. Söz konusu başvuruya dair Sözleşme organı, başvuru konusu referandumun, “Britanya hukuku açısından istişari nitelik taşıdığından” ve “yapılmasının bir zorunluluk olmadığından” hareketle P1-md.3 bağlamında “yasama organının seçimi” olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁶⁸.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁶⁹ anılan yaklaşım tartışmaya açıktır. Şöyle ki; bilindiği üzere söz konusu madde, “yasama organı seçimi” nezdinde “halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesini” güvencelemektedir. Jan de Meyer'in de dikkat çektiği üzere maddede “yasama organının”, başka bir ifadeyle “halk adına vekâleten hareket edeceği varsayılan kişilerin” seçimi düzenlenmekte; yani öz itibarıyla halkın iradesi veya modern terminolojiyle “halkın kendi kaderini tayin hakkı” temin edilmektedir⁷⁰. Gerçi “kendi kaderini tayin hakkı⁷¹” açıkça anılan maddede ifade edilmemiştir. Ancak bu hakkın Fransız İhtilaline kadar dayanan kökleri, Sözleşme'nin telosu ile uyumludur. Aynı zamanda söz konusu hakkın, başta Sözleşme'nin dibacesindeki “etkili siyasal demokrasi” ifadesinde olmak üzere Sözleşme'nin bütününe içkin olduğu da rahatlıkla savunulabilir⁷². Hal böyleyken halkın kendi temsilcilerini (yasama organını) seçmesine ilişkin güvencelerin, halkın böyle bir aracı olmadan doğrudan kendi tercihleri için de geçerli olması gerektiği yönündeki bir yorum, demokratik kuram açısından son derece tutarlı olacaktır⁷³.

⁶⁷ Almanya'da bir mahkûmun referandumda oy kullanamamasından dolayı yaptığı başvuru, referandum bağlamında değil, hak öznesinin mahkûmiyeti çerçevesinde ele alınarak kabul edilemez bulunmuştur. *X. v. FRG*, (App. 530/59) Aktaran Herndl, *op.cit.*, s.562-563.

⁶⁸ *X. v. Birleşik Krallık* (03.11.1975, 7096/75); *Nurminen ve diğerleri v. Finlandiya*, (26.02.1997, 27881/95)

⁶⁹ Jan de Meyer, *op.cit.*, s.556-557. Türkçe literatürde aynı yönde Ömer Anayurt, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s.142.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Burada şu notu düşmek zorundayız. Türkiye'de anılan hak, “ülkenin bölünmesi” bağlamında karşılanmaktadır. Oysa kavramın içsel (internal) anlamı devletin hukuken unsuru olan, ülkede belli bir süreklilik teşkil eden öznenin (halkın), yönetimi belirleme ve ona katılımını ifade etmektedir. Bu hakkın demokrasi ile olan ilişkisi bakımından içeriği için bkz. Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, ss.290-294.

⁷² Jan de Meyer, *op.cit.*, s.556-557.

⁷³ Bu yorum, istişari referandumların makul aralıklarla yapılma zorunluluğu getirmez. Ayrıca Komisyonun söz konusu referandumun istişari niteliği üzerinde yoğunlaşmış olması da eleştiriye açık bir başka konudur. Bkz. *Ibid.*

VI. Serbest Seçim Hakkının Doğrultusu: “Legislateur”

Sözleşmenin Türkçe resmi tercümesinde serbest seçim hakkının “teşriî (yasama) organının intihabı (seçimi)” ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Hemen bu noktada bir kayıt düşmek gerekiyor. İHAM’ın resmi dilleri olan İngilizce ve Fransızca orijinal metinlerde serbest seçim hak güvencelenirken, “yasama organı” (*legislative organ/organe législatif*) veya “yasa koyucu” (*legislator/législateur*) değil, Türkçe karşılığı bulunmayan “*legislature*” (ing) ve “*législature*” (fra.) kavramı kullanılmıştır⁷⁴. Gözler, bu kelimelerin birebir Türkçe karşılıklarının bulunmadığı, fakat bu kelimelere karşılık olarak “yasama kurulu”, “yasama dönemi” kavramlarının kullanıldığını ifade etmektedir⁷⁵. Kaboğlu ise bu terimin Türkçe karşılığı olarak “yasayıcı” ifadesini tercih etmektedir⁷⁶. Bize göre, maddenin bütünü dikkate alındığında *legislature* kavramı ile yasama kurulunu veya organını seçmekten bahsedildiği düşünülebilir.

Takdir edilecektir ki bu makale bir dilbilimi çalışması değildir. Maddede ifade edilen terimlerin Türkçe karşılıklarının ne olduğu sorunu bir dilbilimsel bir sorundur. Ancak kelimenin gerçek anlamı üzerinde durulması, söz konusu ifadenin kamu hukukunda yapılan ayrımlar açısından bulacağı karşılık bakımından önem taşımaktadır. Öyle ki “yasama” ifadesinin anlamı, şimdi değineceğimiz üzere, yaklaşım farklılıklarına göre değişiklik göstermektedir.

A. Yasama Kavramı

Bilindiği üzere kamu hukukunda devlet faaliyetleri, maddi ve şekli kriterlere göre tasnif edilmektedir⁷⁷. Maddi kritere göre yasama, objektif hukuku formüle etme ve ona yürürlük sağlama faaliyetidir⁷⁸. Daha net bir ifadeyle devlet işlemlerinin “içeriği” ile ilgilenen maddi kritere göre yasa; sürekli, objektif ve

⁷⁴ Almanca literatürde söz konusu kavramının karşılığı olarak “gesetzgebenden Körperchaften” yani yasa koyucu organlar ifadesi kullanılmaktadır. Richter, *op.cit.*, s.1401.

⁷⁵ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa: Ekin Kitabevi, 2010, s.329.

⁷⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, İstanbul: İmge Kitabevi, 2007, ss.74 ve 229 vd.

⁷⁷ Gözler, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 345-348.; A. Selçuk Özçelik, **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri: Umumi Esaslar**, C.I, 1982, s.151 vd.

⁷⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s.198.

kişisel olmayan kuralları ifade etmektedir⁷⁹. Dolayısıyla “yasama” kavramı bu nitelikleri taşıyan işlemleri ifade etmektedir. Bunun mantıki sonucu olarak da bu işlemleri yerine getiren organ da “yasama organı” olarak kabul edilmektedir.

Buna karşılık şekli kriterine göre devletin hukuki işlemlerinin nitelikleri ve hukuki kuvvetleri, bunları yapan organa ve yapılış şekillerine göre belirlenir. Hemen hemen bütün ülkelerde anayasalar tarafından kabul edildiği ifade edilen⁸⁰ ve ortaya çıkmasında erkler ayrılığı kuramının etkili olduğu⁸¹ bu yaklaşıma göre, devlet fonksiyonlarının sınıflandırılmasında, söz konusu işlemlerin prensip olarak içeriğinin bir önemi yoktur. Bu kriterin savunucusu olan pozitivist yazar Raymond Carré de Malberg’e göre devletin işlemleri, bu işlemlerin dış biçimlerine ve hukuki sonuçlarına ilişkin anayasa tarafından belirlenen pozitif verilerden hareketle tasnif edilmelidir⁸². Dolayısıyla yasama organı, bu bağlamda tespit edilen organ olacak ve tespit edilen organın faaliyetleri de -işlemin içeriğine bakılmaksızın- “yasama faaliyeti” olarak kabul edilecektir.

Peki, bu ayırımın konumuzla bir ilişkisi var mıdır? Kural olarak evet. İfade ettiğimiz bu teoriler İHAM içtihatlarında belli bir karşılık bulmaktadır. Hatta anılan ayırımın açıkça Mahkeme tarafından kullanıldığı da gözlemlenmektedir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 13’üncü maddesine göre hak ve özgürlükler bir takım ek kayıtlamalarla birlikte ancak kanunla sınırlanabilir⁸³. Bu çerçevede gerek öğretide gerekse Mahkeme önünde, üniversite öğrencisi kadınların saçlarını örtme (yani dinsel kıyafet giyme) özgürlüğüne yönelik müdahalenin Türkiye’de geçerli olan organik kriter çerçevesinde, (şekli anlamıyla) kanuni bir dayanağının bulunmadığı yönünde bir görüş

⁷⁹ Kaboğlu, bu unsurları özel hukuk devletinin bir gereği olarak görmektedir. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s.406.

⁸⁰ Özçelik, *op.cit.*, s.151.

⁸¹ Roger Bonnars, Précis de Droit Administratif, Partie Générale, Paris, 1935, s.59. Aktaran: Özçelik, *Ibid.*, s.157.

⁸² Raymond Carré de Malberg, “Contribution a la théorie générale de l’Etat”, Paris, Sirey, 1920, Cilt I, s.268-284. Aktaran Kemal Gözler, s.360.

⁸³ Türkiye’de insan hakları, 1961 Anayasası’ndan bu yana anayasal düzeyde “kanunilik” kriteri ile korunmaktadır. Bu düzenleme biçimine kaynaklık eden klasikleşmiş bir çalışma için bkz. Bahri Savcı, **İnsan Hakları: Kanunilik Yoluyla Korunması**, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1953. İHAM içtihatlarında hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kanunilik ilkesinin anlamına yönelik ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, ss. 66-76

savunulmaktadır⁸⁴. Bu bağlamda yürütülen tartışmayı çözüme ulaştırırken, sahip olduğu yaklaşımı açıkça ortaya koyan Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde kullanılan “yasayla/hukuken⁸⁵ öngörülmüş olmak” ve “hukuka/yasaya uygun olarak” kelimeleriyle ilgili olarak, bu kavramların kullanımı “şekli” değil, fakat her zaman “maddi” anlamıyla anladığını açıkça ifade etmiştir⁸⁶. Hal böyle olunca Mahkeme'nin sahip olduğu eğilim, “yasa/hukuk” kavramını yetkili organlar tarafından konulan mevzu hukukla⁸⁷ sınırlayan pozitivist yaklaşımın ötesine geçerek, yazılı olmayan örf ve adet kurallarını-teammülleri ve mahkeme kararlarını (içtihatları)⁸⁸ da kapsayan “yürürlükteki hukuku” kabul eder noktadadır⁸⁹.

O halde konuya salt bu noktadan yaklaşıldığında, Mahkeme nazarında “yasa/hukuk” ifadesinin şekli değil maddi bir anlam taşıdığı dikkate alınarak, “yasama organı” ifadesinden “maddi anlamda yasa” niteliğinde kural koyan kurum(lar)ı anlamak gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu çıkarım, prensip olarak mantıklı bir tutarlılık da taşıyacaktır. Ancak konu bir “organ” olduğunda Mahkeme'nin -yasa konusundaki eğilimine nazaran- daha temkinli bir yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir.

⁸⁴ Örn. Bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, “Üniversitelerde kılık kıyafet yasaklayan bir kural var mı?”, *Zaman*, 27.02.2008

⁸⁵ Bakır Çağlar'a göre “law” kelimesi yasayı ifade ettiği gibi hukuku da ifade etmektedir. Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, İstanbul: BFS Yay., 1989, s.168. Sözleşme'nin resminde “law” kelimesi “kanun” olarak tercüme edilmiştir. Osman Doğru'ya göre buradaki kullanım “hukuk” anlamına etmektedir. Ancak maddi anlamda kanun ile hukuk arasında köklü bir farklılaşma yoktur. Bkz. Osman Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.

⁸⁶ *Leyla Şahin v. Türkiye*, (29.06.2004, 44774/98), par.77. Türkçe tercüme için bkz. <http://tinyurl.com/5too7ml> (18.08.2010), Mustafa Özkaya (çev.)

⁸⁷ Mevzu (vazedilmiş-konulmuş) hukuk ve pozitif hukuk aynı anlama gelmektedir. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s.4-5.

⁸⁸ *Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1)*, (26.04.1979, 6534/78)

⁸⁹ *Leyla Şahin v. Türkiye*, par.88. Mahkemeye göre mevzu hukuk, şekli anlamda Parlamento tarafından kabul edilen kanunlar, yasalardan daha alt düzeydeki kararnamelemleri (18.06.1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika kararı*, par. 93) parlamentodan kendilerine tanınan bağımsız kural koyma yetkilerine dayanarak meslek örgütlerince çıkarılan kuralları (25.03.1985 tarihli *Bartold –Almanya kararı*, par. 46) da içermektedir. Ayrıca mevzu hukuk- yürürlükteki hukuk ayrımına ilişkin olarak bkz. Teziç, *op. cit.*, s.4-5 vd.

B. Yasama Organı

Kamu hukuku öğretisinde “yasama organı”, genellikle jenerik bir terimle “parlamento” olarak adlandırılmaktadır⁹⁰. Bu tespit yasama organı bakımından şekli kriterin geçerliliğini ortaya koymaktadır. Bununla beraber Sözleşme organları, “yasama organı” ifadesinden sadece ulusal parlamentoyu anlamamakta, söz konusu kelimeyi, dava ile bağlantılı sözleşmecî devletin anayasasının kurduğu kurumlar⁹¹ veya anayasal yapısı⁹² ışığında yorumlama tercihinde bulunmaktadır⁹³. Richter’in dikkat çektiği üzere Mahkeme, görülen davada yasama organına yönelik bir seçimin varlığından bahsedebilmek için, “belli bir organının söz konusu devletin yasamasının bir parçasını oluşturup oluşturmadığı⁹⁴” testini yapmaktadır⁹⁵. Bu çerçevede söz konusu organın “özünde/kendiliğinden asli kural koyma iktidarı”⁹⁶ bulunabiliyorsa P1-md.3 uygulanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki Mahkeme söz konusu incelemeyi yaparken, konuyu Sözleşmecî devletin kurduğu anayasal düzendeki kurumlar ışığında ele almakla birlikte⁹⁷, özellikle bu kurumların iç hukuktaki yorumlanma biçimine fazlasıyla önem vermektedir⁹⁸. Bu nedenledir ki Golubok’a göre Mahkeme’nin P1-md.3’te kavramın ulusal yorumu ile kurmuş olduğu sıkı bağ, yasama organı (*legislateur*) teriminin -sözleşme metnindeki diğer birçok kavramdan farklı olarak- otonom bir kavram olarak kabul edilmemesine neden olmaktadır⁹⁹.

Gerçi bu yaklaşımın bir tercih olmaktan çok teknik bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Çünkü hâlihazırda Sözleşme’ye taraf olan ve siyasal sistemine

⁹⁰ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s.382.

⁹¹ *Clerfayt, Legros ve diğerleri v. Belçika*, 17.05.1985, 10650/83, s.222-223.

⁹² *Mathieu-Mohin*, par.53.

⁹³ Golubok, *op.cit.*, s. 368.

⁹⁴ *Booth-Clibborn ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, (05.07.1985, App. 11391/85), s.247.

⁹⁵ Richter, *op.cit.*, s.1401.

⁹⁶ *Booth-Clibborn ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, s.236.

⁹⁷ *Polacco and Garafulo v. İtalya*, (15.09.1997, App. 23450/94)

⁹⁸ Herndl, *op.cit.*, ss.565-569. Richter, *op.cit.*, s.1401.

⁹⁹ Golubok, *op.cit.*, s.369. Mahkeme’nin otonom kavramları yorumlama biçimine ilişkin olarak bkz. George Letsas, “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the European Convention on Human Rights”, **European Journal in International Law**, Vol. 15, No.2, 2004, s.282. Metne şu adresten ulaşılabilir: <http://tinurl.com/5sg5sb7> (18.09.2010)

müdahale edilmesini istemeyen 47 farklı devlet, yani 47 farklı hukuk sistemi bulunmaktadır¹⁰⁰. Hal böyle olunca Parlamento teriminin ötesinde, her ülkenin kendi özgün koşullarına bağlı olarak, hem yatay hem de dikey erkler ayrılığı çerçevesinde farklı yasama organlarından bahsetmek mümkündür. Bu organların niteliği konusu ise diğer birçok kavrama nazaran fazlasıyla ilgili devletin egemenlik alanına ilişkindir.

1. Erklerin Yatay Ayrılığı Bakımından Yasama Organı

Erkler ayrılığının yatay görünümünde niteliksel ve niceliksel bakımdan ikili bir ayrıma gidebiliriz.

a. Niteliksel Ayrım: Meclis (Yasama) ve Devlet Başkanı (Yürütme)

Yukarıda şekli kriterin erkler ayrılığı kuramına dayandığını ifade etmiştik. Erkler ayrılığı ifadesi kural olarak yatay bir bölünmeyi işaret etmektedir. Bu yatay bölünme çerçevesinde yasama organı kavramını da “parlamento” karşılamaktadır. Ancak “parlamento” ifadesi, her zaman tekil bir anlam taşımamaktadır. Birçok ülkede çift-meclis sistemi (bikameralizm) geçerlidir. Hatta bunun dışında; parlamento kavramına oldukça geniş yaklaşan yazarlar, parlamento ifadesinin, yasama yetkisinin Avam ve Lordlar kamarasının işbirliğine dayanarak Kral tarafından kullanıldığı, parlamentoculuğun beşiği İngiltere'deki klasik köklerine atıf yaparak, yasama yetkisini gerçekleştiren **iki meclisi** ve ayrıca bunlara ek olarak **devlet başkanını** da kapsadığını ifade etmektedirler¹⁰¹.

Gerçekten de kural olarak devlet başkanı, bazı ülkelerde yasama faaliyetine, başta onaylama/veto etme üzere bir takım etkilerde bulunmak suretiyle katılım sağlamaktadır. Ancak, Batı demokrasilerinde çoğunluğu oluşturan diğer bazılarında ise yürütmenin bir kanadını/başını¹⁰² oluşturan devlet

¹⁰⁰ 47 üye devletin dışında Belarus aday ülke; ABD, Japonya, Kanada, Meksika, Vatikan Bakanlar Komitesi nezdinde; İsrail, Kanada ve Meksika ise Parlamenterler Meclisi nezdinde gözlemci statüsündedir. Bkz. <http://www.avrupakonsevi.org.tr/>

¹⁰¹ Vincenzo Miceli, **Modern Parlamentolar: Parlamento Hukuk ve Siyaseti Etütlerinden**, Ankara: Ulus Basımevi, 1946, s.15.

¹⁰² Uluşahin, parlamenter sistemde, hükümet ve devlet başkanı arasında, bir canlının iki kanadı gibi doğal bir dengenin bulunduğunu, ancak yarı-başkanlık vb. adlarla anılan parlamenterizmden sapma sistemlerindeki iki başlığının ise mitolojik bir canlıdaki olağan dışı görünümüne benzediğini ifade etmektedir. Yazarın yerinde tespitine göre, “iki başlı” sapma rejimlerine nazaran, klasik parlamenter sistemler “iki kanatlı” olarak ifade edilme-

başkanı, yasanın oluşumuna katılmamakta, yasanın yürürlüğüne yönelik ısdar etme veya geri göndermeyle sınırlı biçimde etki etmektedir¹⁰³. Dolayısıyla konuya salt organik kriterle yaklaşıldığında yürütme alanında bulunduğu açık olan devlet başkanının, prosedürel gerekçelerle yasama bünyesinde düşünülmesi söz konusu olabilmektedir.

İşte “devlet başkanının yasama organına dâhil edilip edilmemesi” tartışması, Sözleşme organlarının kararlarında da karşılık bulmaktadır. Gerçi geçmiş kararlardan birisinde bu tartışma, kestirme bir yaklaşımla sonlandırılmıştır. Örneğin Avusturya devletinin devrik imparatoru Charles’ın oğlu ve torunu olan başvuruçuların, birçok başka gerekçenin yanında “kendilerinin ailevi ve tarihsel nedenlerden dolayı devlet başkanı seçilmelerine engel olunmasının” pasif seçim haklarının ihlali anlamına geldiğini savundukları davada, Avusturya devlet başkanının yasaları imzalaması ve yayımlamasının (ausfertigen) onu yasama fonksiyonuna dâhil ettiğini ileri sürmüşlerdir¹⁰⁴. Ancak Sözleşme organı, “bu maddenin Avusturya Federal Başkanı gibi, devlet başkanının atanması değil, ‘yasama organının’ (legislature) seçimine ilişkin olduğunu¹⁰⁵” kaydetmiş ve Avusturya devlet başkanının faaliyetleri üzerinde herhangi bir inceleme yapmaya gerek duymaksızın, bu başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Bu karara rağmen Devlet başkanının seçimine yönelik başvurular Mahkeme zamanında da devam etmiştir. Mahkeme, bu konudaki yaklaşımını

lidir. Nur Uluşahin, **Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.21.

¹⁰³ Türkiye’de sıklıkla Cumhurbaşkanının bir yasa’yı “onayladığı” veya “veto” ettiği yönünde haberler gözlemlenmektedir. Belirtmek gerekir ki bir metin, yasa olma vasfını TBMM tarafından kabul edilmekle kazanır ve Cumhurbaşkanının (yürütmenin) onayına muhtaç değildir. TBMM’nin kabul ettiği bir yasanın yürürlük kazanması için Cumhurbaşkanınca R.G’de yayımlanması gerekir. Bu konuda bkz. Kapani, *op. cit.*, s.288-289.; Erdoğan Teziç, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, İÜHF Yayınları, 1972, ss.137-144.; Teziç **Anayasa Hukuku**, s.48-50.

Yine yeri gelmişken, gündemdeki bir tartışma ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi’nin bir yasa metnini denetlemesi için o metnin yürürlük kazanmasının gerekli olmadığını kaydedelim. Örn. Sosyal Güvenlik Yasası iptali bunun tipik bir örneğidir. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak**, İstanbul: İmge Kitabevi, 2010, s.279.

¹⁰⁴ Council of Europe, **Yearbook of the European Convention on Human Rights**, 1989, 32. cilt, s.120.

¹⁰⁵ *Ibid.*, s.121.

belli ölçüde farklılaştırmıştır. Örneğin Azerbaycan'ın eski başbakan yardımcısı ve dışişleri bakanı Resul Guliyev'in, vaktiyle hakkında açılan çeşitli ceza davalarından dolayı ABD'ye iltica etmesinden dolayı, Cumhurbaşkanlığı seçimi adaylık başvurusu, Azerbaycan Anayasası hükümleri¹⁰⁶ gereğince reddedilmiş ve konu Mahkeme önüne taşınmıştır. Mahkeme bu davada, geçmiş dönemden farklı olarak, seçimi yapılan makamın nasıl adlandırıldığı ile ilgilenmemiş, bunun yerine söz konusu makamın yasama (legislature) sayılıp sayılmayacağına üzerinde durmayı tercih etmiştir. Bu kararda Mahkeme, Azerbaycan devlet başkanı her ne kadar yürütmenin başı olsa da, bu makama seçilen kişinin, parlamentodan geçen yasaları imzalama, veto etme ve aynı zamanda başkanlık kararnameleri yayımlama gibi yasamayla ilişkili sınırlı yetkilere sahip olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bu yetkiler, "Parlamentonun yasa kabul etmesi" gibi münhasıran parlamentoya ait olan "saf yasama iktidarı" boyutunda değildir. Çünkü devlet başkanının yasama sürecindeki yetkileri, "parlamentoya rağmen" veya "parlamentonun yerine geçerek" gerçekleştirilebilecek nitelikte değildir. Mahkeme'ye göre bu yetkiler "Azerbaycan'ın cumhuriyetçi hükümet yapısının fren ve denge sistemi açısından çok sınırlı yorumlanacak" karakterdedir. Bu nedenle Mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Yani Mahkeme, geçmiş içtihatlardan farklı olarak bir organın şekli anlamda yasama olarak adlandırılmış olması ile ilgilenmemiş, maddi bir araştırmaya girişmiştir.

Dolayısıyla kural olarak ilk bakışta, P1-md.3'ün devlet başkanının seçimlerinde uygulanmayacağına yönelik genel bir çıkarıma ulaşmak mümkün görünse de¹⁰⁷ Howard Davis'in altını çizdiği üzere bu tespit yanıltıcıdır¹⁰⁸. Çünkü yukarıda da değindiğimiz üzere, birçok hukuk sisteminde devlet başkanlarının, (yasa teklif etmek veya veto etmek vb. gibi) yasama erki ile ilişkili çok önemli yetkileri bulunmaktadır¹⁰⁹. Öyle ki Mahkeme de, bu gerçeğin farkında olarak, yukarıda aktardığımız *Guliyev v. Azerbaycan* kararından birkaç

¹⁰⁶ Azerbaycan Anayasası'nın Türkçe tercümesi için bkz. Abdurrahman Eren ve Aleskar Alaskerli, "Azerbaycan Anayasası", **Yeni Anayasalar: Bağımsız Devletler Topluluğu ve Baltık Cumhuriyetleri**, Ankara: TİKA Yayınları, 2005, ss.41-107.

¹⁰⁷ Örn. bu yönde bir çıkarım için bkz. Koçak, "*Seçim sistemleri...*" , s.130 ve oradaki atıflar.

¹⁰⁸ Howard Davis, **Human Rights Law Directions**, Oxford-NY vd.: Oxford University Press, 2007, s.413.

¹⁰⁹ *Ibid.*

ay sonra verdiği *Boskoski v. FYR Makedonya* kararında; P1-md.3'ün yasama organı seçimlerine uygulanma olasılığının dışlamadığını açıkça ifade ederek, eğer devlet başkanlığı makamına yasa teklif etme ve kabul etme yetkisi ya da yasa metnini kontrol etme konusunda geniş bir keyfiyet veya esas yasa düzenleme makamlarını sorgulama yetkisi açıkça verilmiş ise; bu makama yönelik seçimin P1-md.3 anlamında yasama organı seçimi olarak görülebileceğini ifade etmiştir¹¹⁰. Hal böyle olunca devlet başkanlığı seçiminin kategorik olarak P1-md.3 kapsamı dışında olduğunu söylemek, kanımızca bu bilgi ışığında mümkün değildir. Yani özetlersek; Mahkeme, söz konusu seçimin sadece isminin “devlet başkanlığı seçimi” olması ile ilgilenmemekte, fakat aynı zamanda seçilecek olan kişinin maddi anlamda yasama sürecinin bir parçası olup olmadığı üzerinde durmaktadır. Dolayısıyla bu saptamadan hareketle yasama fonksiyonuna dâhil olacak bir devlet başkanının seçimi de pek ala P1-md.3 kapsamındadır denilebilir. Bu güne kadar Mahkeme önüne bu nitelikte bir davanın gelmemiş olması, bu gerçeği değiştirmemektedir.

b. Niceliksel Ayırım: Tek Meclis (Unikameral) ve Çift Meclis (Bikameral)

Yukarıda parlamento kavramına geniş anlamda yaklaşan görüşten bahsetmiştik. Bu görüşün tam zıttı bir noktada bulunan bir başka görüşe göre¹¹¹ parlamento kavramı, devlet başkanını kapsamadığı gibi, seçim oyluyla gelmeyen ikinci meclisi de kapsayacak bir anlam taşıyamaz, çünkü “parlamento” terimi devletin siyasi kudretinin toplandığı ve mutlaka halk tarafından seçilen meclisi ifade etmektedir¹¹².

Anılan görüşe karşı çıkan bir başka görüşe göre ise bikameralist sistemlerde kanunların konulmasında iki meclisin işbirliği esastır. Bu iki meclis arasında siyasi kuvvet ve meşruiyet bakımından bir takım farklılıklar bulunsa dahi, ikinci meclislerin anayasa tarafından kendilerine verilen görevleri ve yerine getirdikleri işlevleri açısından, anılan ayırım hukuki bir karşılık bulmayacaktır. Bu nedenle “parlamento” teriminin, devlet başkanı hariç olmak üzere, ülkedeki yasama organının örgütlenme biçimine bağlı olarak, tek veya iki

¹¹⁰ *Boskoski v. FYR Macedonia*, (02.09.2004, App. 11676/04); Daha sonra aynı yönde *The Georgian Labour Party v. Gürcistan* (II), (22.05.2007 App. 9103/04)

¹¹¹ Bu yaklaşım, İtalya’da yeni Anayasa’nın hazırlanışı sürecinde sosyalistlerce savunulmuştur. Miceli, *op. cit.*, s.15 vd.

¹¹² *Ibid.*

meclisi ifade ettiğini kabul etmek gerekir¹¹³. Öğretide de kabul gören bu görüşe göre; her ne şekilde göreve gelmiş olursa olsun ikinci meclis, bir takım anayasal dayanaklarla, yasama organı olma vasfına sahiptir. Ve ikinci meclis üyeleri seçimle işbaşına gelmesi bile bu meclisin yerine getirdiği fonksiyon hala “yasama” olmaya devam etmektedir. Bu doğru bir tespittir. Ancak bu doğru, atama vb. usullerle oluşturulan ikinci meclislerin oluşumunda anti-demokratik öğelerin bulunmadığı anlamına gelemez. Dolayısıyla bu doğruya rağmen, bikameralizmin elitist yanına yönelen eleştirilere kulak tıkamak mümkün değildir.

Konuya ilişkin olarak tekrar P1-md.3'e dönersek, bu tartışmanın Sözleşme açısından karşılığı serbest seçim hakkının ikinci meclisler açısından da geçerli olup olmayacağıdır.

“Bir meclisin parlamento olabilmesi için ancak halkın oyuna dayanabileceği” yönündeki tez ışığında, serbest seçim hakkının objektif olarak “yasama organına” özgülendiği ve ikinci meclislerin de yasama faaliyeti içinde yer aldığı, dolayısıyla maddenin ikinci meclis seçimleri için de uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak Mahkeme bu noktada ihtiyatlıdır. Bu soruna yönelik olarak, hazırlık çalışmalarına atıfla “bir ülkede iki meclis bulunuyorsa demokratik seçim, bu iki veya daha fazla sayıdaki meclislerden en az birisi için geçerli olmalıdır¹¹⁴” çıkarımına ulaşılmıştır¹¹⁵. Bu çıkarım sayesinde ki mesela en bilinen ikinci meclis örneği olan Britanya'daki Lordlar Kamerası'nın anti-demokratik öğelere dayanan oluşumunun Sözleşme'ye aykırılığı iddia edilememektedir¹¹⁶.

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki bu içtihattan hareketle “bir ülkede yasama faaliyetini yerine getiren en az bir meclisin serbest seçimlerle işbaşına gelmesinin yasamanın oluşumunu demokratik kılacağı” yönünde genel-geçer bir sonuca ulaşılmamalıdır. Çünkü buradaki sorun, “Sözleşme organlarının Sözleşmeciler devletlerin siyasi yapısına müdahale edememesi” düsturu çerçevesinde Mahkeme'nin yetki alanına ve Sözleşme'nin kabul edilişi ve sonrasında süregelen hukuki duruma ilişkindir. Zaten taraf devletlerin siyasi yapısı incelendiğinde, Mahkeme'nin bu yaklaşımının kökü hakkında cevap

¹¹³ *Ibid.*, s.15-16.

¹¹⁴ *Sejdic ve Finci v. Bosna Hersek*, (22.12.2009, App. 27996/06-34836/06), par. 40.

¹¹⁵ Jan de Meyer, *op.cit.*, s.555.

¹¹⁶ Richter, *op.cit.*, s.1401, dipnot 7.

bulunabilmektedir. Bilindiği gibi Avrupa Konseyi'nin 9 kurucu üyesi bulunmaktadır¹¹⁷. Gözlemlerimize göre anılan tarihte bu devletlerin hepsi çift meclisli yapıdadır¹¹⁸. Bunun yanında söz konusu ülkelerde; gerek Sözleşme'nin hazırlandığı tarihte, gerekse günümüzde, ikinci meclis üyelerinin tamamının doğrudan oyla seçilmediği görülmektedir. Hal böyleyken o günden bu güne yapılarında köklü bir değişikliğe gitmeyen bu devletlerin, Protokol'ün hazırlandığı zamanki iradeleri de bu çerçevede okunmalıdır. Nitekim Mahkeme'nin yaptığı da budur.

Yeri gelmişken bir noktaya dikkat çekelim. Son dönemde Avrupa'da meclis sayısına ilişkin tercih oranlarında bir farklılaşma söz konusu olmuştur¹¹⁹. Geçmişte Avrupa ülkelerinin çoğunluğunun çift meclisli olduğu rahatlıkla ifade edilebiliyordu. Ancak bugün 47 Avrupa Konseyi üyesi devletten 30'unun tek meclisli, 17'sinin çift meclisli yapıda olduğu görülmektedir¹²⁰. Dolayısıyla bu tartışma hâlihazırda esasen 17 ülke açısından önem taşımaktadır. Bu ülkelerin bir kısmında devlet başkanının üye ataması ve/veya daimi üye kalması söz konusu iken diğer bazılarında da federe devletlerin veya bölgelerin temsilcileri bulunmaktadır. Bununla beraber ikinci meclis üyelerinin, tamamen veya kısmen doğrudan seçimle iş başına geldiği 8 ülke bulunmaktadır¹²¹. Bu durumda halkın doğrudan oyuna dayanmayanlar açısından P1-md.3 uygulanmasa dahi; söz konusu maddenin, tespit ettiğimiz 8 ülkede yürürlükte olan “doğrudan oylamaya dayanan seçimlerde” uygulanması gerekecektir. Şöyle açıklayalım: Anlaşıldığı kadarıyla Mahkeme iki meclisten birisinin seçimle iş başına gelip gelmemesini kendisinin müdahale edemeyeceği bir tercih sorunu olarak görmektedir.

¹¹⁷ Bu ülkeler Belçika, Birleşik Krallık, Fransa, İrlanda, İtalya, Hollanda ve Norveç'tir.

¹¹⁸ Danimarka 1953 yılında, İsveç 1970 yılında, İzlanda ise 1991 yılında tek meclisli yapıya dönüşmüştür. Avrupa dışındaki diğer ülkeler ve geçişin nedenleri için bkz. Roger D. Congleton, “On the Merits of Bicameral Legislatures: Intragovernmental Bargaining and Policy Stability”, **Democratic Constitutional Design and Public Policy- Analysis and Evidence**, Roger D. Congleton and Birgitta Swedenborg (eds.), Cambridge, Massachusetts, London: The MIT Press, 2006, s. 282 vd.

¹¹⁹ Bu değişikliğin gerçekleşmesinin nedeni, yeni Avrupa Konseyi üyesi olan ve çoğunlukla unikameral yapıdaki Doğu Avrupa ülkeleridir.

¹²⁰ Dünya ülkelerinin meclis yapılarının listesi için bkz. Robert L. Maddex, **Constitutions of the World**, 3rd Edition, Washington: CQ Press, 2008, ss. xii- ixv.

¹²¹ İkinci meclise yönelik doğrudan seçimin geçerli olduğu ülkeler; Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, İrlanda, İtalya, Norveç, Polonya, Romanya, İspanya'dır. George Tsebelis & Jeanette Money, **Bicameralism**, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, s.47. Ayrıca ülkelere göre ikinci meclislerin seçilme biçimlerinin bir listesi için *Ibid.*, ss. 48–52.

Bununla beraber bu noktada akla; *Sözleşme, taraf devletlere ikinci meclislerin demokratik usullerle seçilmemesi keyfiyeti vermektedir, ancak ilgili devlette ikinci meclisin seçim yoluyla belirlenmesi iradesi gösterilmişse, söz konusu keyfiyet bu seçimlerin P1-md.3 kriterlerine uygun olmasını zorunlu kılacak mıdır?* biçiminde bir soru gelebilir.

Bu soruya şöyle bir yanıt üretilebilir: Devlet başkanının seçimle iş başına gelip gelmemesi de hükümet sistemine ilişkin bir tercih sorunudur. Ancak bir ülkede devlet başkanının seçimle iş başına geleceği yönünde bir tercih yapılmışsa ve söz konusu devlet başkanı yasama faaliyetine dâhil sayılabilecekse, yukarıda ifade ettiğimiz üzere Mahkeme'ye göre bu seçim için P1-md.3 uygulanacaktır. O halde bir ülkede yasama faaliyetine dâhil bulunduğu açık olan ikinci Meclis üyelerinin doğrudan seçim yoluyla oluşacağı yönünde bir "tercih" yapılması halinde de, aynı şekilde P1-md.3'ün uygulanması gerekecektir.

Nitekim örneğin *Sejdic ve Finci v. Bosna Hersek* davasında Mahkeme, Bosna Hersek'teki iki meclisten birisi olan Halk Meclisi'nin, yasama faaliyetinde belirleyici olması, yasama metni üzerinde geniş bir yetkisinin bulunması, bir metnin yürürlüğe girmesi için sadece Temsilciler Meclisi'nin değil, fakat aynı zamanda Halk Meclisinin de onayının zorunlu kılınmış olması, ve Halk Meclisi'nin bütçe ve devlet kurumlarının faaliyetlerine dayalı kazançlarına ilişkin karar verme ve de hem bütçenin hem de Bosna Hersek devletinin uluslararası yükümlülüklerini onaylama gibi yetkilere sahip olmasından hareketle, P1-md.3 "sınırları" ve "kapsamı" dahilinde yasama organı olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹²².

2. Erklerin Dikey Ayrılığı Bakımından Yasama Organı

Erkler ayrılığı kavramı kural olarak yatay bir bölünmeyi işaret etmektedir. Ancak bu teorinin ortaya atıldığı dönemden bu yana iktidarın sınırlandırılması için kullanılan fren ve denge mekanizmaları çeşitlenmiştir. Bunların başında ise erkelerin dikey ayrılığı gelmektedir. Söz konusu ayrılık, uzun süre ulusal düzeyde merkez ve çevre arasında gerçekleşmişse de günümüzde, ulus üstü düzeyde de gerçekleşmektedir¹²³.

¹²² *Sejdic ve Finci v. Bosna Hersek*, par. 41.

¹²³ Bu "sandwich etkisi" olarak da ifade edilir.

a. Ulus-üstü Yasama

Ulus ötesi kural koyucu kurumların başında Avrupa Parlamentosu gelmektedir. Avrupa Parlamentosu, köklerini 1950’li yıllarda bulsa da, esaslı yetkilerini Avrupa Tek Senedi (European Single Act) kazanmıştır. Avrupa Tek Senedi 1986 yılında yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, 1987 yılında Komisyon, kendisine yapılan başvuruları¹²⁴ “Avrupa Parlamentosu’nu (AP) tam anlamıyla bir yasama olarak görmediği” ve böyle bir yorumun “Sözleşmeyi hazırlayanların iradesi hilafına hareket etmek” anlamına geleceği gerekçeleriyle kabul edilemez bulmuştur¹²⁵. Ancak Mahkeme, Maastricht Anlaşması’nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde verdiği bir kararda¹²⁶ AP’nin, Sözleşme çerçevesinde bir yasama organı olup olmadığı hususunu açık bırakmış, daha sonra Birleşik Krallığa bağlı ve fakat onun parçası olmayan¹²⁷ Cebelitarık’ta oturan bir kişinin Avrupa Parlamentosu seçimlerine, Birleşik Krallık’ta mukim olmamasından dolayı oy kullanamaması konusunda yapılan başvuruda sorunu dinamik bir yaklaşımla çözmüştür. 1999 yılında verdiği bu kararda Mahkeme “AP’nin, Avrupa topluluğu sınırları dâhilindeki rolünün genel yasama fonksiyonu oluşturduğunu ve Topluluk sisteminde demokratik ve siyasal sorumluluğun başlıca biçimini temsil ettiğini” tespit etmiştir. Bu tespitten hareketle söz konusu organın seçiminin “yasama organı seçimi” olarak kabul edilebileceği Mahkeme tarafından açıkça ifade edilmiş ve bu konu netliğe kavuşturulmuştur¹²⁸. Mahkemenin “Sözleşmenin değişen şartlara uyum sağlayan, yaşayan bir belge olduğuna” atıfla inceleme yaptığı bu davada, Sözleşme metni hazırlanırken devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını

¹²⁴ *Tete v. France* (9.12.1987, App. 11123/84), *Fournier v. France* (10.03.1988, App. 11406/85)

¹²⁵ *Napel, op. cit.*, s.470.

¹²⁶ *Ahmad ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, (02.09.1998, App. 22954/93)

¹²⁷ Birleşik Krallık-Cebelitarık ilişkini için blz. Ercüment Tezcan, **Avrupa Birliği Huku-ku’nda Birey**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s.232 vd. Metin, s. 119.

¹²⁸ *Mathews v. The United Kingdom*, (18.02.1999, App. 24833/94) par.49–52. Golubok, *op. cit.*, s.369. Bu karar birçok ülke anayasası metninin ve yorumunun farklılaşmasına neden olmuştur. Örn. Almanya Anayasa Mahkemesi Avrupa Parlamento’sunu “yasama süreci- ne yardımcı organ” olarak görürken, İHAM’ın Avrupa Parlamentosunu “esas yasama or- ganı” olarak görmesi hususunda ve bunun etkili konusunda bkz. Bröhmer, “*Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Proßes? Zur Mathews-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*”, **ZEUS: Zeitschrift Für Europarechtliche Studien**, 1999, s.210-217.; Metin, *op. cit.*, s.120.; Richter, *op.cit.*, s.1403.

ulus-üstü örgütlerce kullanılabileceğinin öngörülmemiş olmasının, söz konusu devletleri sözleşmede öngörülen yükümlülüklerden kurtarmaması gerektiği çıkarımına ulaşmıştır¹²⁹.

b. Ulus-altı Yasama

Bir ülkede bütün kuralların merkezi yasama organı tarafından konulması mümkün değildir. Zaten bu nedenledir ki bütün devletlerde kural koyma yetkisi, yerel organlarla (çevre) paylaşılmıştır. Ancak bu paylaşımın düzeyi bütün devletlerde eşit dozajda değildir. Merkezin yasama yetkisini paylaşımı, anayasal dayanaklarla ülke içinde özerk niteliğe sahip bir devletle (federalizm) olabileceği gibi, varlık kaynağını yasalarda bulan yerinden yönetim kuruluşları ile vesayet ilişkisi çerçevesinde de gerçekleşebilir.(Üniterizm) Hatta bu paylaşım, “biraz ondan biraz bundan” diyebileceğimiz ara bir modelde de sentezlenebilir.(Regionalizm.)

Paylaşım marjlarında farklılık bulunsa da her demokratik ülkede yerel kural koyma odaklarının bulunduğu, bu odakların ise seçimler vasıtasıyla oluşturulduğu görülmektedir. Bu da ister istemez, kural koyma veya en azından bir takım düzenleme yapma yetkisine sahip olan bu odakların, “yasama organı” olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusunu akla getirmektedir.

Mahkeme bu soruya, devlet biçimlerine ilişkin yukarıda değindiğimiz tasniflere göre değil, aktardığımız üzere her ülkenin anayasal yapısı ışığında cevap aramaktadır. Ancak bizim gözlemlerimize göre bugüne kadar Sözleşme organlarının önüne gelen davalardaki kararlardan hareketle, “federal” ve “bölgesel” devletlerdeki “yerel meclisler”, yasama organı olarak kabul edilirken, üniter devletlerdeki yerinden yönetim organları için bunun söylenemeyeceği yönünde bir genellemeye ulaşılabilir. Ancak altını çizelim ki bu bir genellemedir. Çünkü Mahkeme, söz konusu devletin kendi devlet biçimini nasıl adlandırdığı ile ilgilenmemekte, bunun yerine söz konusu ulus-altı organın, ilgili devletin yasama organının bir parçası teşkil edecek “yeterli yetki ve iktidara sahip olup olmadığı¹³⁰” üzerinde durmaktadır¹³¹. Yani konuya yaklaşılrken salt şekli kriter esas olmamakta, fakat kural olarak maddi kriter esas alınmaktadır.

¹²⁹ *Mathews v. The United Kingdom*, Par. 39. Bu çıkarımın Sözleşme'nin “dinamik/gelişmeci yorumunun” tipik bir örneği olduğunu kaydedelim. Metin, *op. cit.*, s.115.

¹³⁰ *X. v. Avusturya*, (12.07.1976, App. 7008/75), s.121.

¹³¹ Golubok, *op. cit.*, s.368.

Bu çerçevede Sözleşme organları Almanya¹³² ve Avusturya¹³³ gibi federal devletlerde, federe meclislerin (länder) yasama organı niteliği taşıdığı ifade etmektedir. Buna ek olarak 1987 sonrası Belçika örneğinde olduğu üzere dil temelli topluluk organlarının da benzer bir değer taşıdığı kaydedilmiştir¹³⁴. Bu çıkarımın kökeninde ise yukarıda da değindiğimiz üzere söz konusu organların özünde “asli kural koyma iktidarının” bulunması yer almaktadır.

Mahkeme’nin federal devletlere ilişkin bu yaklaşımı, İspanya ve İtalya gibi bölgesel nitelikteki devletler için de geçerlilik taşımaktadır. Mahkeme bu devletlerin bünyesindeki yerel konseylerin, seçim yapılan bölgelerde “yerel siyaset, sağlık, eğitim, bayındırlık, şehir planlama, idari planlama gibi konularda kural koyma yetkisine sahip olmalarının” onları yasama organı haline getirdiğini tespit etmiştir¹³⁵. Kaydetmek gerekir ki üniter devletlerde de benzer yetkilere sahip yerinden yönetim kuruluşları bulunsa da, Golubok’un da dikkat çektiği üzere bu organlar Mahkeme tarafından “devlet kurumları” veya “kamu fonksiyonunu yerine getiren makamlar¹³⁶” biçimde adlandırmakta, “asli kural koyma yetkisi¹³⁷” taşımadıkları gerekçesiyle yasama organı olarak kabul edilmemektedir.¹³⁸

Bilindiği üzere yasama organının en temel özelliği asli ve ilk-elden bir yetki olmasıdır¹³⁹. Dolayısıyla sonuç itibarıyla, yukarıda aktardıklarımız ışığında bu kriterin İHAM içtihatlarında yasama organının tespitinde nirengi noktası olarak kullanıldığını söyleyebiliriz.

VII. Hakkın Güvenceleri¹⁴⁰

Yukarıda P1-md.3’ün (yazım tarzına rağmen) taraf devletlere yükümlülük getirmenin yanında bir takım haklar tanıdığına değinmiştik. İşte bu haklar,

¹³² *Timke v. Almanya*, (11.09.1995, App. 27311/95)

¹³³ *X. v. Avusturya*, s.121.

¹³⁴ *Mathieu-Mohin v. Clerfayt v. Belçika*, par.53.

¹³⁵ *Vinto Sane Santoro v. İtalya*, (01.07.2004, App. 36681/97), par. 52.

¹³⁶ *Mikryukov v. Rusya*, (8.12.2005, App. 7363/04), par.21.

¹³⁷ *Booth-Clibborn ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, s.248.

¹³⁸ Golubok, *op. cit.*, s.368.

¹³⁹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s.201.

¹⁴⁰ Kaydedelim ki aşıda ele alınacak olan güvence, sınırlama ve koşullar arasında aktif ve pasif seçim hakkı bağlamında bir ayrıma gidilmemiştir.

serbest seçim hakkının güvenceleri olarak ifade edilmektedir. Öğretide bu güvenceler, objektif ve sübjektif açıdan tanımlanmaktadır¹⁴¹.

A. Sübjektif (Öznel) Güvenceler

P1-md.3'ün yazılış biçimiyle “*taraf devletlerin (...) seçim yapma*” taahhüdü, prensip itibariyle iki farklı hakkı içermektedir. Bunlar “seçme” ve “seçilme” haklarıdır. Çünkü şayet bir “seçme” ediminden bahsedilecekse, kendiliğinden bir de “seçilenden” bahsedilecektir. Öğretide birinci kategori **aktif seçim hakkı** olarak ifade edilirken, ikinci kategori **pasif seçim hakkı** olarak anılmaktadır. Aktif seçim hakkı öznel açıdan “gerçek kişilere” özgülenmiş olmakla birlikte¹⁴²; pasif seçim hakkı tekil bireylerin yanında, modern demokrasinin gereği olarak seçimlerde aday gösteren siyasi partiler açısından da kolektif bir güvence getirmektedir¹⁴³. Bununla beraber söz konusu güvencenin siyaset dışı gruplar (*non-political groups*) açısından geçerliliği tartışmalıdır. Komisyon döneminde bu sorunun cevabı açık bırakılmışsa da¹⁴⁴ Mahkeme’ye göre pasif seçim hakkı, bu tarz grupların bizzat kendisine değil fakat üyelerine tanınmaktadır¹⁴⁵.

Buna ek olarak pasif seçme hakkının seçildikten sonra seçme hakkının anlık kullanımla tükenen bir hak olmadığını hatırlatmak gerekiyor. Yukarıda da değindiğimiz üzere Mahkeme’ye göre “*bir kişinin seçimlerde hazır bulunma hakkı yeterli değildir, bu kişi bir defa halk tarafından seçildikten sonra yasama organı üyesi olarak kalma hakkına da sahip olmalıdır. Bunun aksi bir yaklaşım, seçimlere katılma hakkını anlamsız hale getirecektir*”¹⁴⁶.

Dolayısıyla bir kişinin seçmenler tarafından seçilmesinden sonra, Sözleşmedeki kriterlere uygun olmayan bir müdahale ile vekillik sıfatının elinden alınması sorun yaratacaktır.

¹⁴¹ Richter, *op. cit.*, 1407 vd.

¹⁴² *Ibid.*, s.1406.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *X. v. İzlanda*, (08.12.1987, App. 8941/80), s.150. Richter, *Ibid.*

¹⁴⁵ Grubun hakları md.11 ışığında ele alınmaktadır. *Scientology Kirche Deutschland e.V v. Almanya* (07.04.1997, App. 34614/97), s.74. Konuyla yakından ilişkili olarak, örgütlenme özgürlüğünün bireysel ve kolektif olmak üzere iki farklı görünümüne dair zihin açıcı bir çalışma için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır: DÜHF Yayınları, 1989, ss. 67-80.

¹⁴⁶ *M. v Birleşik Krallık*, (07.03.1984, App. 10316/83), s.133.

Bu açıdan tipik örnek *Lykourazos v. Yunanistan*¹⁴⁷ vakasıdır¹⁴⁸. Dava konusu olay, 1960 yılından bu yana Atina Barosuna kayıtlı bir avukat olan Yunanistan parlamentosu üyesi bir milletvekili ile ilgilidir. Bu kişi 2000 yılında milletvekili seçilmiştir. Ancak seçimden kısa bir süre sonra, seçim uyuşmazlığına bakan kuruma bir itirazda bulunulmuştur. İtirazın gerekçesi, Yunanistan anayasasına göre avukatlık görevini sürdüren bir kişinin milletvekili olamayacağıdır. Ulusal makamlar, bu itirazı kabul etmiş ve seçilmiş bir vekil olan Lykourazos'un milletvekilliği düşürülmüştür¹⁴⁹.

İHAM, bu davada ise **öngörülebilirlik** meselesi üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre bir kişinin vekil seçildikten sonra eski mesleğini sürdüremeyeceği veya sürdürürse milletvekilliğinin düşeceği, seçimlerin yapıldığı sırada **öngörülebilir** değildir. Bu davada Mahkeme, milletvekili Lykourazos'un, milletvekili seçildikten sonra fakat yasama dönemi başlamadan önce, "belli bir mesleğin icrasından dolayı" milletvekilliğinin sona erdirilmesinin seçmenler tarafından hayal edilemeyeceğini kaydetmiş ve milletvekilliğinin iptal edilmesinin onu Parlamento'da **görmek isteyen seçmenlerin iradesinin yok sayılması ve halkın, temsilcilerini seçiminde doğruluk ve güven ilkesine aykırılık** yarattığı, bunun ise serbest seçim hakkının ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁰.

B. Objektif (Kurumsal) Güvenceler: Seçim İlkeleri

Serbest seçim hakkının bünyesinde yer alan seçim ilkeleri (Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin seçim uyuşmazlıklarını içermediği de dikkate alındığında¹⁵¹) bu hakkın özünde yatan en temel usuli güvencelerdir. Sözleşme'nin madde lafzında, hakkın konusunu oluşturan seçimlerin yapılışına hâkim olan ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler, neredeyse demokratik bir seçim için gerekli olan

¹⁴⁷ *Lykourazos v. Yunanistan*, (15.09.2006, 33554/03)

¹⁴⁸ Bu karar ile Türkiye'de yakın zaman önce tartışmaya açılan YSK kararı ile ilişki kurulabilir. Zira Anayasa ve seçim yasalarını yorumlayarak Dicle'nin seçime katılmasına izin veren YSK kararı maddi açıdan bir yasadır. Kısa değerlendirme için bkz. Tolga Şirin, "Dicle Kararından Hukuk Anlamak", *Bianet*, <http://tinyurl.com/63w8ew2> (24.06.2011)

¹⁴⁹ *Lykourazos v. Yunanistan*, par. 9-10.

¹⁵⁰ *Lykourazos v. Yunanistan*, par. 54- 57.

¹⁵¹ *Pierre-Bloch v. France*, (21.10.1997, App. 24194/94), par. 50; *Sarukhanyan v. Ermenistan*, (27.05.2008, App. 38978/03) par.53.

bütün ilkeleri ifade etmektedir. “Neredeyse” diyoruz çünkü bu ilkeleri, derli toplu sunan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 21'inci maddesinde ifade edilen ilkelere kıyasla, P1-md.3'te bir takım eksiklikler bulunmaktadır. Bu ilkelere eksikliği ilk göze çarpanlar “**doğrudan oy**” ve “**genel oy**” ilkelere aittir. Genel oy ilkesinin sözleşme metninde yer almayışının konjonktürel yanına yukarıda değinmiştik. Bu ilke, içtihatlar¹⁵² vasıtasıyla güvence altına alınmıştır. Doğrudan oy ilkesinin madde metnine dâhil edilmemesinin ise söz konusu ilkenin dayatılmasının taraf devletlerin seçim sistemine müdahale anlamına geleceği düşüncesinden kaynaklandığı ifade edilebilir¹⁵³. Belirtmek gerekir ki gerçekten de çoğunluğu tek dereceli olmakla birlikte¹⁵⁴ bazı batı demokrasilerinde (örneğin ABD'de) iki dereceli seçimler yapılmaktadır¹⁵⁵ ve öğretilerde birçok yazarın dikkat çektiği üzere bu ülkelerdeki seçimlerde ikinci seçmenlerin birinci seçmenler tarafından seçilmelerine ve onların iradelerini yansıtılmalarına yönelik bir müdahale bulunmadıkça bu yöntemin kendisinin kategorik olarak anti-demokratik olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁵⁶.

1. Serbest Oy İlkesi

Serbest oy ilkesi, seçmenlerin üzerinde belli bir aday veya parti lehine baskı yapılmadan¹⁵⁷, ifade özgürlüğünün yeterince temin edildiği¹⁵⁸, aynı zamanda basın, örgütlenme, toplanma özgürlüklerinin güvence altına alındığı¹⁵⁹ bir seçimi ifade etmektedir¹⁶⁰. Böyle bir seçim ise devletin, doğrudan veya dolaylı baskı ve yönlendirmelere karşı bir takım önlemler alması ile gerçekleşir. Yani devletin, bu tarz eylemlere karşı müdahalede bulunmak gibi pozitif bir yükümlüğü bulunmaktadır. Gerçi söz konusu müdahaleyi haklı kılacak dolaylı baskı ve yön-

¹⁵² Bu yöndeki ilk karar için bkz. *X. v. Federal Almanya Cumhuriyeti* (6 Ekim 1967, App. 2728/66)

¹⁵³ Richter, *op.cit.*, s.1379.

¹⁵⁴ Eroğul, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, s.207.

¹⁵⁵ Cem Eroğul, **Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2008, ss.133-138. Kitabın isminde adı geçen dört ülkenin devlet yapısı ve seçim sistemleri hakkında toplu bilgi için bkz. *Ibid.*

¹⁵⁶ Richter, *op.cit.*, s.1379 ve oradaki atıf yapılan yazarlar.

¹⁵⁷ *X. v. Birleşik Krallık*, (7008/75), s.95.

¹⁵⁸ *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, par.54.

¹⁵⁹ *The Greek Case*, s.197.

¹⁶⁰ Richter, *op.cit.*, s.1397.

lendirmelerin şiddetini belirlemek oldukça zordur¹⁶¹. Buna karşın seçimlerin adil ve tarafsızlığını temin edecek tarafız bir kurum bu konuda en temel güvencedir¹⁶². Bu güvencenin ise, söz konusu kurumun yürütmeden bağımsızlaştığı ölçüde gerçekleşebileceği açıktır. Gerçi Mahkeme, seçimlerin serbestliğine etki ettiği ispatlanmadıkça, seçim kurulların oluşumundaki yürütme etkisini kendiliğinden Sözleşme ile çelişir görmemektedir. Ancak Avrupa Konseyi bünyesindeki kurumların ürettiği metinlerde, profesyonelliği ve şeffaflığı güvencelenmiş seçim kurullarındaki üyelerin çoğunluğunun yürütme etkisinde olmaması gerektiği, eğer siyasal bir kaynak tarafından seçilen üyeler bulunuyor ise, bunların konsensüs (nitelikli çoğunluk) ile seçilmesi gerektiği yönündeki kriterleri bilinmektedir¹⁶³. Nitekim bu ilkeler ışığında Mahkeme'nin de bazı ülkelerdeki seçim kurullarına yönelik eleştirisi yönelttiği vakidir¹⁶⁴.

Gerçekten de serbest seçim hakkının bünyesinde yer alan adaylık başvurusunun veya seçim sonuçlarının iptali gibi konulardaki keyfiyete karşı güvenciyi bu tarz kurullar sağlamaktadır. Mahkeme bu gibi hallerde gerek iptal sürecinin gerekse yargısal denetim keyfiyetine karşı korunmuş olduğunu¹⁶⁵ aramakta ve eğer örneğin bir adayın adaylıktan düşürülmesi söz konusu olacaksa, karar alıcı kurumun şu kriterleri karşılaması gerektiğini ifade etmektedir: (a) Tarafsızlık konusunda asgari güvencelere sahip bir organ olmalı, (b) ilgili organ tarafından alınacak tedbirler aşırı geniş olmamalı, sınırları iç hukuk tarafından yeterli netlikte çizilmiş olmalı, (c) adayların elverişsizliğine karar verme süreci, ilgili makamın yetkisinin bir bölümünü kötüye kullanmasını önleyecek ve adil ve objektif karar alınmasını güvenceleyecek biçimde olmalıdır¹⁶⁶.

¹⁶¹ Bu konuda radikal düzeyde temkinli sayılacak bir görüşe göre, örneğin aşırıya kaçan seçim propagandalarına dahi müdahalede bulunulması gerekir. *Ibid.*

¹⁶² Karş. *Bazorkina v. Rusya*, (27.07.2006, App.69481/01), par. 136.

¹⁶³ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) tarafından kabul edilen seçim kuralları için bkz. “*Code of Good Practice in Electoral Matter*” <http://tinyurl.com/67tct4t> (18.10.2010)

¹⁶⁴ Örn. bkz. *The Georgian Labour Party v. Gürcistan*, (08.07.2008, App. 9103/04), par. 110.

¹⁶⁵ *Alibeyli v. Azerbaycan* (03.09.2008, App. 22444/06); *Kerimova v. Azerbaycan* (03.09.2008, App. 20799/06); *Mammadov v. Azerbaycan* (no.3) (03.09.2008, App. 4641/06); Golubok, *op. cit.*, s.382.

¹⁶⁶ *Podzkolzina v. Litvanya*, (09.04.2002, App. 46726/99), par.35.

2. Gizli Oy İlkesi

Gizli oy ilkesi seçme hakkının çok önemli bir unsurunu oluşturmakta, hatta Tunçer Karamustafaoğlu'nun ifade ettiği üzere “nasıl ki özel hayatın gizliliği kişi hürriyetinin devamı sayıyorsa, gizli oy ilkesi de serbest seçim hakkının bir devamı olma niteliği taşımaktadır¹⁶⁷.” Bugün Avrupa Konseyi üyesi ülkeler içinde gizli oydan sapma niteliği taşıyacak açık oy veya sözlü oy (vive voce) vb. usuller uygulanmamaktadır. Bununla beraber seçimlerin gizliliği de yukarıda ifade ettiğimiz üzere seçimlerin serbestliğinin güvencelerine aynen sahip olmalıdır.

3. Eşit Oy İlkesi

Sözleşme'nin 14'üncü maddesi ayrımcılık yasağını ortaya koymaktadır. Ayrımcılık yasağına ilişkin maddenin mutlaka Sözleşme bünyesindeki bir hak ile beraber ileri sürülebildiği dikkate alındığında, ayrımcılık yasağı ile bir bütünlük teşkil eden eşitlik ilkesinin Sözleşme'nin bütününe içkin olduğu söylenebilir.

P1-md.3'te öngörülen eşit oy ilkesi, bütün vatandaşların seçme ve seçilme haklarını kullanırken eşit muamele görme ilkesini ima etmektedir. Ancak Mahkeme bu ifadeden seçimlerin sonucu bakımından bütün oyların eşit ağırlıkta olması gerektiği veya bütün adayların kazanmak için eşit şanslarının bulunması gerektiği sonucu çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla seçim sisteminin kaynaklanan artık oylar eşitsiz bir durum yaratmakla birlikte, bunların Sözleşme'yi ihlal etmediği düşünülmektedir¹⁶⁸. Örneğin bu bağlamda İngiltere'de, rakip partilerin 600'e yakın parlamento üyesine karşın; %19.3 oy alan Liberal partinin sadece 14 milletvekili kazanması, kanaatimizce gerek seçenler, gerekse seçilenler açısından eşitlik ilkesine aykırı olsa da, Mahkeme bu durumu P1-3'e aykırı görmemiştir¹⁶⁹. Yani kanaatimizce Mahkeme, kişilerin siyasal tercihlerine dayalı dolaylı ayrımcılık yaratabilecek bir uygulama konusunda yeterince hassas davranmamıştır.

Yeri gelmişken eşitlik ilkesinin kalbinde yatan cinsiyetçilik konusunda ise ne yazık ki eski içtihatlarda iç açıcı bir durumla karşılaşmamaktadır. Bu dönemde evli kadınların seçimlerde aday olmaları için mutlaka eşlerinin soy ismi

¹⁶⁷ Karamustafaoğlu, *op. cit.*, s.151.

¹⁶⁸ *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, par.54.

¹⁶⁹ *Liberal Party, R. ve. P. v. Birleşik Krallık*, (18.12.1980, App. 8765/79), ss. 222–225.

kullanma zorunlulukları ayrımcılık olarak görülmemiştir¹⁷⁰. Feminist hareketin en dinamik dönemine denk gelen bu sorunlu yaklaşımın, bugün cinsiyetçiliğe karşı çok önemli kararlar¹⁷¹ üreten Mahkeme açısından yadırgatıcı olduğunu söyleyebiliriz.

4. Makul Aralıklarla Seçim İlkesi

Demokratik seçimlerin en temel özelliği, belli periyotlarla yenileniyor olmasıdır¹⁷². Mahkeme'ye göre bu ilkenin temel amacı kamuoyundaki temel değişikliklerin halkın temsilcilerine yansıtılmasıdır. Demokratik sistemlerde, seçimler sonucunda seçilen parlamento çoğunluğunun ve bu çoğunluğun üye olduğu siyasi partinin hayata geçirmek isteyeceği uzun erimli bir yasama projesi bulunur¹⁷³. Mahkeme “makul aralık” kavramını bu durumu gözeterek tanımlamaktadır. Mahkeme'ye göre; seçimler arasında çok kısa bir sürenin bulunması durumunda seçmenlerin isteklerinin yerine getirilmesi ve siyasal projelerinin hayata geçirilmesi mümkün olmayabilir, bununla beraber seçimler arasındaki sürenin çok uzun olması durumunda Parlamento'daki siyasal gruplar, seçmen iradesinden tamamen koparak “fosilleşebilirler”¹⁷⁴. Dolayısıyla belli bir dengenin tutturulması zorunludur.

¹⁷⁰ X. v. Hollanda, (03.05.1983, App. 9250/81); Lucie Hagmann-Hüsler v. İsviçre (15.12.1977, App. 8042/77)

De Meyer, *op.cit.*, s.563. Hagmann-Hüsler davasında İsviçre, o tarihte 1 no'lu Protokole taraf olmadığı için konu serbest seçim hakkı bağlamında tartışılmamıştır. Bkz. Aeyal M. Gross, “Rights and Normalization: A Critical Study of European Human Rights Case Law on the Choice and Change of Names Notes and Comments”, **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 9, 1996, s.273 vd.

¹⁷¹ Bu konuya değinmişken, seçme hakkı ile doğrudan ilgili olmasa da, Mahkeme'nin açıkça Türkiye'deki cinsiyetçiliği ifşa ettiği, cinsiyetçiliğe karşı son dönemde verdiği en önemli kararlardan olan ancak Başbakan tarafından trajik bir şekilde “herkesin başına bir güvenlikçi koyamayız” denilerek eleştirilen *Opuz v. Türkiye* (09.06.2009, App. 33401/029) kararına önemle dikkat çekmek zorundayız. Türkçe metin için bkz. <http://tinivurl.com/6xgofzl> (18.09.2010), Esra Demir (çev.)

¹⁷² Türkçe resmi tercümelelerde İHEB'de “devrevî”, İHAS'ta ise “uygun” seçimlerden bahsedilmektedir. Bu kullanımların her ikisi de demokrasinin zorunlu koşullarından birisi seçimlerin asıl gereği olan makul aralıklı seçimleri ifade etmektedir. Abdullah Sezer, **1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi**, (Yayımlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi SBE, 2006, ss.569-570.

¹⁷³ Richter, *Ibid.*, s.1404.

¹⁷⁴ *Timke v. Almanya* (11.09.1995, App. 27311/95)

Konuyu net bir örnekle ortaya koymak gerekirse Mahkeme, Almanya'nın Niedersachsen eyaletinin anayasasında yapılan değişiklikle 4 yıl için seçilen bir meclisin kendi görev süresini 5 yıla çıkartmasına karşı yapılan başvuruda 5 yıllık sürenin, yukarıdaki tespitler ışığında "makul bir aralık" olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁵. Bu çerçevede Türkiye'de 5 yıllık yasama süresinin 4 yıla indirilmesi örneği açısından her iki sürenin de makul olduğu söylenebilir.

VIII. Hakkın Sınırları: Zımni Sınırlar

İnsan Hakları Avrupa Sisteminde güvence altına alınan haklara ilişkin olarak genel bir sınırlama nedeninden bahsedilemez. Her hak ve özgürlük kural olarak sözleşmenin ilgili maddesinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılır¹⁷⁶. Ancak bu durum, bir görüşün¹⁷⁷ savunusunun aksine, herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olan hakkın ve özgürlüğün sınırsız kalacağı anlamına gelmez. Her hak ve özgürlüğün kendi bünyesinde barındırdığı bir takım nesnel sınırlamalar bulunmaktadır¹⁷⁸. Öyle ki, asla soyut ve içerisiz olmayan hak ve özgürlükler, sahip oldukları nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma sahiptirler¹⁷⁹. Sağlam'ın hakkın özüne ilişkin yazmış olduğu klasik eserindeki şu tespiti, meselenin de özünü ortaya koymaktadır:

"[Temel hak normunun geçerlilik alanının belirlenmesinde] özellikle göz önünde tutulması gereken nokta, temel hak kullanımı olarak görülebilecek eylem biçim ve olanaklarının o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanı içindedir. Yani burada normun koruduğu temel hak kullanımı, yalnızca norm alanının sağladığı spesifik eylem olanaklarıdır. Buna karşılık bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal bir

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Ergun Özbudun, **2001 Anayasa Değişiklikleri ve Siyasal Reform Önerileri**, İstanbul: TESEV Yayınları, 2002, s.3.

¹⁷⁷ Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı**, C.19, 2002, s.350 vd.

¹⁷⁸ Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, ss.246-247.

¹⁷⁹ Fazıl Sağlam, "2001 yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **Anayasa Yargısı**, C.19, 2002, ss.291-292.

bağlantı için de gözüken eylem biçimleri, o temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmazlar¹⁸⁰. ”

Konuya bu çerçevede yaklaşıldığında madde metninde herhangi bir sınırlama nedeninin kaydına rastlanılmasa da, serbest seçim hakkının sınırsız olmadığı rahatlıkla söylenebilir¹⁸¹. Uygulamada Mahkemenin de bu yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir. Konu, Avrupa jürüsprüdansında “zımnî sınırlamalar” çıkarımı ışığında çözülmektedir.

Golubok’un dikkat çektiği üzere “zımnî sınırlama” ifadesi “Sözleşme metninde açıkça belirtilmemekle birlikte, spesifik bir hakkın özünden türetilen sınırlamaları” ifade etmektedir¹⁸². Mahkeme’ye göre; Sözleşme metni, bu tarz sınırlamalara örtülü olarak izin vermektedir¹⁸³. Ancak bu sınırlamaların, hakkın kullanımına esaslı biçimde zarar verecek kapsamda olmaması¹⁸⁴, yani ulaşılmak istenen amaç ile başvuru yollar arasında makul bir orantı ilişkisi kurulması gerekmektedir. Dolayısıyla serbest seçim hakkının yukarıdaki bilgiler ışığında madde metninde yer almayan “zımnî sınırlarının” bulunduğunu söyleyebiliriz. Öyle ki Mahkeme’ye göre oy vermek ve seçimlerde aday olmak şeklindeki haklar her ne kadar önemli olsalar da mutlak haklar değildirler. Birinci Protokolün 3. maddesi, bu hakları açık terimlerle düzenlemeksizin, sadece tanınamakla yetindiğinden, “zımnî sınırlamalara” yer bırakılmıştır¹⁸⁵.

Bununla beraber “zımnî sınırlamalara” dayanan bir güvencenin, ilgili maddede açıkça sınırlama listesine yer verilen maddelere nazaran, taraf

¹⁸⁰ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: AÜSBF Yay., 1982, s.49 vd.; 129 vd.; Sağlam, “2001 yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, s.292.

¹⁸¹ Kemal Gözler, genel sınırlama nedenlerinin İHAS’a yabancı olmadığını ifade etmektedir. Kemal Gözler, **Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası için Bir Savunma**, Bursa: Ekin Yayıncılık, 2001, s.11. Oysa bize göre bu tespit iki gerekçeyle geçersizdir (a) İHAS’ta bütün maddelere şamil bir genel sınırlama maddesi yoktur. Belli haklara özgü sayıca fazla sınırlama nedenlerinden bahsedilmiş olması Sözleşme sisteminde “genel sınırlama” nedenlerinin olduğu anlamına gelemez (b) Mahkeme’ye göre hiçbir sınırlama kaydı olmasa da yukarıda değindiğimiz üzere her hakka içkin “zımnî bir sınır” bulunmaktadır. Dolayısıyla Gözler’in tespitinin aksine, kelimenin Türkiye anayasacılığı anlamında “genel sınırlama rejimi”, İHAS’a yabancıdır.

¹⁸² Golubok, *op. cit.*, s.371.

¹⁸³ *Golder v. Birleşik Krallık*, (21.02.1975, App. 4451/79) s.38.

¹⁸⁴ *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, (28.05.1985, App. 8225/78), par. 57.

¹⁸⁵ *Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika*, par.52.; *Ahmed ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, par. 75.

devletlere daha çok hareket kabiliyeti verdiğini söylemek gerekiyor. Şöyle ki Mahkeme, Sözleşme'nin 8 ve 11'inci maddeleri arasında yer alan maddelerde olduğu gibi söz konusu hakka müdahale için meşru amaçlar listesinin bulunmamasının sözleşmeciler devletlerin, mevcut olayda belli bir sınırlama listesi ile bağlı olmadan -hukukun hâkimiyeti ve Sözleşme'nin genel amaçları ile uyumlu olmak şartıyla- kendi belirleyeceği bir amaca dayanmakta serbest olduğunu ifade etmiştir. Buna ek olarak “zımnî sınırlamalar” kavramı demokratik toplum ile bağlantılı maddelerde geleneksel olarak kullanılan “gereklilik” ve “sosyal ihtiyaç baskısı” testlerinin P1-md.3 için uygulanamamasına neden olmaktadır¹⁸⁶.

Bu tespitler bizi, Mahkeme'nin serbest seçim hakkı konusunda diğer maddelere kıyasla nispeten daha gevşek bir denetim faaliyeti içinde olduğu yönünde bir sonuca ulaştırabilir. Ancak hemen eklemek gerekir ki bu gevşeklik veya taraf devletlerin takdir marjı lehine olan bu durum, Mahkeme'nin denetiminde belirli bir metoda sahip olmadığı anlamına gelmemektedir. Mahkeme'nin P1-md.3 bağlamındaki denetimi doğal olarak öncelikle (a) bir müdahalenin var olup olmadığı, (b) müdahale varsa bunun öngörülebilir olup olmadığı (c) bu müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve bunlardan sonra (d) Müdahalenin keyfî veya orantısız olup olmadığı ve (e) Halkın görüşlerini özgürce ifade etmesine engel olan bir sınırlamanın bulunup bulunmadığı kriterleridir¹⁸⁷.

IX. Hakkın Kullanım Koşulları (Sınırlama Örnekleri)

Görüldüğü üzere serbest seçim hakkının gerek yazım tarzı gerekse sınırlama rejimi, bu hakkı diğer haklara nazaran farklı bir yere taşımaktadır. Buna paralel olarak sınırlama örnekleri açısından da serbest seçim hakkına özgü kategorilerden bahsedilebilir. Mahkeme'nin kendisi açısından böyle bir ayırım olmamakla birlikte, öğretilerdeki çeşitli yazarları izleyerek serbest seçim hakkına yönelik sınırlandırma biçimlerini şöyle sıralayabiliriz: (a) Teknik şartlar ve formaliteler (b) Hakkın kullanımı için sahip olunması gereken koşullar (c) Hakkın kullanımı için sahip olunmaması gereken koşullar (Ancak peşinen belirtelim ki biz burada serbest seçim hakkının İHAM içtihatlarına yansıdığı kadarıyla kulla-

¹⁸⁶ *Ždanoka v. Letonya*, (2006), par.115 (b) ve (c)

¹⁸⁷ *W, X, Y, Z v. Belçika*, s.116.; *Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika*, par. 52.

nım koşulları üzerinde duracağız. Pek tabi ki ulusal hukuklarda bu başlıklar farklılaşabilir.)

A. Teknik Şartlar ve Formaliteler

Her ülkede seçimlere katılım bir takım koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar ülkelerin seçim sistemlerine göre farklılaşmaktadır. Sözleşme, taraf devletlere belli bir seçim sistemini dayatmadığı gibi, seçimlerin prosedürüne de karışmamaktadır. Ancak kimi zaman “biçim-öz diyalektiği” dikkate alındığında, usulün esasa etki edebileceği söylenebilir. Bu çerçevede (bir seçim sistemi dayatmakla birlikte) Sözleşme organları, taraf devletlerdeki seçim prosedürünün, serbest seçim hakkının esasını sınırlayıp sınırlamadığı yönünde denetim yapmaktadır. Ancak şimdiye kadar Mahkeme’nin bu yöne bir ihlal kararının bulunmadığını gözlemliyoruz.

Örneğin bir siyasi partinin Avusturya’da seçimlerin yenilenmesi için parlamento içinden 3 üye veya resmi olarak yetkilendirilmiş 200 kişi tarafından imzalanması koşulunun P1-md.3’ü ihlal ettiği iddiasına karşı mahkeme **imza şartının** (unterschriftenerfordernis) bir siyasi parti tarafından yerine getirilmesini makul bir olasılık görülmüştür¹⁸⁸. Yine Sözleşme organı, bir başka kararda¹⁸⁹ ise seçimlere katılım için belli bir miktarda **depozito** verilmesi ve geçerli oyların % 5’inden az oy olan adaylara bu ücretin iade edilmemesi uygulamasını P1-md.3’ün ihlali olarak görmemiştir. Bu yaklaşım biçimi, yakın tarihte görülen *Sukhovetsky v. Ukrayna*¹⁹⁰ davasında sürdürülmüştür. Söz konusu dava, Ukrayna’da milletvekili seçiminde aday olmak isteyen başvuruçunun, kendisinden istenen, “aylık gelirinin altmış katına” karşılık gelen seçim depozitosunu yatırmadığı için aday olamamasına ilişkindir. Başvuruçu, bu uygulamanın serbest seçim hakkının ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, bu davada öncelikle bunun serbest seçim hakkına bir müdahale olduğunu kaydetmiş ancak bu tarz müdahalelerin, seçime ilişkin harcamalarda devlet bütçesi üzerindeki yükün kaldırılması, ciddiyetsiz başvuruların elenmesi ve seçim kampanyalarına katılımı eşitliğin sağlanması gibi meşru amaçlara hizmet edebileceğini ifade etmiştir. Devamla orantılık incelmesine girişen Mahkeme, bu bedeli benzer durumdaki diğer Avrupa ülkeleri ile kıyaslayarak orantı-

¹⁸⁸ *X. v. Avusturya*, (12.07.1976, 7008/75), par. 121.

¹⁸⁹ *Desmeules v. Fransa*, (03.12.1990, 12897/87), par.166.

¹⁹⁰ *Sukhovetsky v. Ukrayna* (28.03.2004, 13716/02), par. 57-58.

lı olarak görmüş, böyle bir uygulamaya bütün Avrupa ülkelerinde yaygın biçimde rastlanmasa da, seçim yarışına giren bir kişi tarafından üstesinden gelinmeyecek nitelikte olduğu kanısıyla olayda P1-md.3'ün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır¹⁹¹.

Bize göre Sözleşme organları, bu içtihatları ile taraf devletlerin takdir yetkisini insan haklarına tercih etmektedir. Örneğin Türkiye'de bağımsız milletvekilliği adaylığı için öngörülen 7734 TL'li bedel, asgari ücretin neredeyse yıllık toplamıdır¹⁹². Mahkeme'nin yaklaşım biçiminden hareketle, bu uygulamanın serbest seçim hakkına yönelik meşru bir amaç taşıyan, orantılı bir müdahale olduğu düşünülebilir. Oysa kanaatimizce işsiz durumda olan bir yoksul için bu uygulama apriori bir caydırıcılık taşır. Genel olarak demokrasilerin çoğunda, özel olarak Türkiye'de siyasi faaliyetin prensip itibariyle boş vakte, maddi güce ve klientalist ilişkilere dayandığı gerçeği dikkate alındığında, bu bağlamda potansiyel olarak dezavantajlı durumda olan kişilerin, anılan müdahale ile tamamen siyaset dışına itilecektir. Bunun ise dezavantajlı durumdaki kişilerin dışlanmadığı çoğulcu demokrasi açısından kabul edilebilir olduğu söylenemez.

B. Hakkın Kullanımı İçin Sahip Olunması Gereken Koşullar

Mahkeme içtihatlarından hareketle serbest seçim hakkına yönelik dört farklı koşuldaki bahsedebiliriz:

1. Vatandaşlık¹⁹³ Koşulu

Yukarıda insan haklarının evrenselliği karşısında, serbest seçim hakkının öznesi bakımından, paradoksal biçimde genellikle ulusal bir nitelik taşıdığını ifade etmiştik. Gerçi hem Aydınlanma döneminde hem de 20'inci yüzyılın başında yukarıda ifade ettiğimiz iki kutupta da serbest seçim hakkının evrenselliği söz konusu olmuştur ama bu eğilim birkaç on yıl içinde terkedilmiş ve serbest

¹⁹¹ *Sukhovetsky v. Ukrayna*, par. 71-73. Mahkeme'nin Venedik Komisyonu raporuna dayanarak karşılaştırma yaptığı ülke Ermenistan'dır. Ukrayna'dan daha yüksek bir bedeli

¹⁹² 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanununun 21/2'inci maddesine dayanarak bedelin belirlendiği 200 no'lu YSK kararı için bkz. 17 Mart 2011 tarihli Resmi Gazete, 27877

¹⁹³ Vatandaşlık terimi yerine farklı kavramlar da kullanılmaktadır. Söz konusu terminolojik farklılıklar için bkz. Aybay, *op. cit.*, s.180 vd.

seçim hakkının ulusallığı genel bir uygulama haline gelmiştir¹⁹⁴. Bununla beraber küreselleşmenin de etkisiyle bu ulusal alanda da bir takım esnemelere gidildiği görülmektedir. Örneğin bazı Kuzey Avrupa ülkelerinde bu ulusalcı tercih bir ölçüde aşılmış, yerel seçimlerde milliyetten ziyade mukim olma kriterine yer vermeye başlanmıştır¹⁹⁵. Yine görebildiğimiz kadarıyla, ulus-altı düzeydeki bu özgün durumun benzerine ulus-üstü düzeyde Avrupa Parlamentosu nezdinde de karşılaşılmaktadır. Avrupa hukukuna göre Avrupa Parlamentosu seçimlerinde seçme hakkının kullanımı milliyet değil, mukim olma esasına dayanmaktadır¹⁹⁶. Ancak tüm bu gelişmeler, söz konusu istisnalar ve eğilimler, seçme hakkının öznelere ilişkin ana kuralı değiştirmemektedir. Cremona'nın dikkat çektiği üzere ilk defa, albaylar cuntası döneminde görülen “Yunanistan Davasında”, “Yunanistanlı halkın ifade özgürlüğünden” bahsedilmiş, daha sonra Mahkeme döneminde de seçme ve seçilme hakkında “bütün vatandaşların”¹⁹⁷ eşitliğinden bahsedilmiştir¹⁹⁸. Dolayısıyla seçme hakkının sadece vatandaşlarla sınırlandırılmış olması şimdilik Sözleşme ile çelişmemektedir. Ancak bize göre bu durum paradoksal kalmaya devam etmektedir. Çünkü seçme hakkı, hangi milletten olursa olsun belli bir ülkede yaşayan bireylerin kendilerinin yönetilme sürecine katılmasını ifade etmektedir.

Bu noktada, vatandaşlık gibi subjektif niteliklerden ziyade, etnisite veya ırk gibi objektif niteliklerin, bu hakkın kullanımına ilişkin bir kriter haline getirilmesinin, serbest seçim hakkını, ihlal edeceğini kaydetmek gerekiyor.

Aslında böyle bir durum, serbest seçim hakkından önce ilke olarak ayrımcılık yasağı açısından sorun yaratacaktır. Örneğin *Aziz v. Kıbrıs* davasında Kıbrıslı Türk olan başvuruçunun seçmen olma isteği, Kıbrıs Anayasasının 31, 62 ve 63'üncü maddeleri ve seçim yasasının 5'inci maddesine dayanılarak, mensup bulunduğu milliyete dayanılarak reddedilmiştir. Mahkeme, bu davada da önce-

¹⁹⁴ 1871 Paris Komünü'nde Komün yöneticileri arasında Almanlar da vardır. Eroğul, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, s.81.; Ayrıca gerek SSCB'de gerekse ABD'de 1920 ila 1930'lu yıllar arasında yabancılara siyasal hakların tanındığı görülmektedir. Karamustafaoğlu, *op. cit.*, ss. 168-169.

¹⁹⁵ Eroğul, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, s.81.; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s.192.

¹⁹⁶ Ancak bu halde dahi söz konusu hak Birlik üyesi “yurttaşlara” tanınmıştır. Bkz. AB Temel Haklar Şartı md.39-40.

¹⁹⁷ *Mathieu-Mohin ve Clarfayt*, par.54.

¹⁹⁸ Cremona, *op. cit.*, s.316.

likle taraf devletlerin takdir yetkisine vurgu yapmış ancak bu yetkinin dahi ülkedeki belli kişi ve toplulukları kategorik olarak siyasi yaşamdan dışlayamayacağı gerekçesiyle bu müdahalenin ayrımcılık yasağı ile birlikte serbest seçim hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁹⁹.

Ayrımcılık yasağı, benzer biçimde pasif seçme hakkı açısından da geçerlilik taşımaktadır. Şöyle ki genel ayrımcılık yasağına ilişkin İHAS'ın 12 No'lu Protokol'ün ilk defa uygulandığı²⁰⁰ *Sejdic ve Finci v. Bosna Hersek* davasında da konu bu çerçevede ele alınmıştır. Anılan davada Roman ve Yahudi etnik kökenine, ancak Bosna Hersek vatandaşlığına sahip başvuruçular, devlet başkanlığı ve parlamento seçimlerine aday olmak istemişlerdir. Ancak bu talepleri, etnisiteleri Anayasa'nın başlangıç kısmında ifade edilen kurucu halklardan (Bosnalı, Hırvatlar, Sırlar) birisine girmediği için reddedilmiştir. Bu davada Mahkeme benzer durumdaki kişilerin makul ve nesnel bir neden olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmalarının ayrımcılık yaratacağını kaydettikten sonra, ırk veya etnisite temelli bir farklı muamele karşısında, makul ve nesnel olma ölçütünün olabildiğince dar yorumlanması gerektiğini n de altını çizerek, serbest seçim hakkının ayrımcılık yasağı ile beraber ihlal edildiğine karar vermiştir²⁰¹.

2. Yaş Koşulu

Seçimlere aktif veya pasif katılıma ilişkin kişisel koşullara bağlı bir diğer sınırlama ise yaş konusudur. Avrupa ülkelerinin büyük bir kısmında –her ne kadar çocuk özgürlükçülüğü savunucuları bu sınırın daha alt sınırlara çekilmesi gerektiğini ifade etse de²⁰²– çalışma hayatına girme, vergi mükellefi olma ve

¹⁹⁹ *Aziz v. Kıbrıs*, (22.06.2004, App. 69949), par. 38.

²⁰⁰ Lindsey E. Wakely, "From Constituent Peoples to Constituents: Europe Solidifies Fundamental Political Rights for Minority Groups in *Sejdic v. Bosnia*", **North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation**, Vol.36, N.1, 2010, s.233 vd. Türkiye bu protokolü 18.04.2011 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylamamıştır.

Bkz. <http://tinvurl.com/6gmsfuy> (18.09.2010)

²⁰¹ *Sejdic ve Finci v. Bosna Hersek*, par. 42-52. Bu davada başkanlık seçimine ilişkin sorun ise, söz konusu başkanlık seçiminin yasama olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmasına girmekten ziyade, 12 No'lu protokol çerçevesinde ele alınmış ve bu bağlamda hakkın genel ayrımcılık yasağının ihlaline hükmedilmiştir. *Ibid*, par. 52-56.

²⁰² Çocuk özgürlükçülüğü yaklaşımı hakkında bilgi için bkz. Claire Breen, **Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.; John Holt, **Çocukluktan Kaçış**, İstanbul: Beyaz Yayınları, 2000.

cezai sorumluluk kriterleri ışığında²⁰³ aktif seçim hakkının yaşa ilişkin sınırını 18 oluşturmaktadır²⁰⁴. Buna karşılık pasif seçim hakkına ilişkin yaş sınırları değişkenlik göstermektedir.

Seçme hakkının yaşa bağlı olarak sınırlandırılması konusu esasen *W, X, Y, Z v. Belçika* kararında tartışılmıştır. Bu davada yaşları 22 ila 24 arasında değişen başvuruçular, P1-md.3'ün yaşa dayalı olarak, üç farklı noktadan hareketle ihlal edildiği iddiasında bulunmuşlardır. Bu iddialar (a) Belçika temsilciler meclisi (25 yaş şartı) ve Senato adaylığı (40 yaş şartı) için getirilen yaş şartının “halkın görüşlerini serbestçe ifade etmesine” engel olduğu; (b) Brüksel Federal Konseyinde adaylık için 21 yaş şartı öngörülmüşken, diğer bazılarında bu sınırın 40'a kadar çıktığı; (c) Senato adaylığı için 40 yaş şartına rağmen, Belçika Kralı'nın oğlunun 18 yaşına gelince kendiliğinden Senatör olacağı ve bunun seçme hakkı ile bağlantılı bir ayrımcılık olduğu noktasında toplanmaktadır. Komisyon bu davada Bölgesel Konseylerin yasama meclisi sayılmayacağı, çift meclisten birisinde üyelerin siyasi tecrübeye sahip olması amacıyla 40 yaş şartının getirilebileceği, diğer meclisteki 25 yaşın ise halkın görüşlerini ifade etmeleri için keyfi bir müdahale sayılmayacağı tespitinde bulunulmuştur.

Yeri gelmişken Belçika Kralının oğluna özgü 18 yaşında senatör olma halinin ayrımcılık yaratıp yaratmadığı konusunda ise Komisyon “Sözleşme'nin hem cumhuriyet hem de anayasal monarşi yapısındaki üyelere sahip Avrupa Konseyi bağlamında hazırlandığını ve bu nedenle söz konusu monarşilerin anayasal kuralları ve geleneklerine referans yapılması gerektiğini ifade etmiştir. (Bu konuda Komisyon, anılan uygulamanın Belçika anayasal monarşisinin bir parçası olduğunu ifade etmiştir) Öyle ki Komisyon, anılan davada Kral'ın oğlunun diğer yurttaşlara nazaran 18 yaşında Senatör olması gibi antidemokratik bir uygulamayı dahi ayrımcılık olarak görmemiştir.

3. Resmi Dili Kullanma Koşulu

Dil sorunu genellikle resmi dil olarak tanınmayan azınlık dillerinin kullanımına ilişkin olarak gündeme gelmektedir. İspanya'da *Andecha Astur* isimli siyasi partinin parlamento seçimlerine yönelik başvurusu, bu partinin aday lisesi ve beyannamesini İspanyolca olarak değil, *Asturyan* dilinde yapmasından dolayı

²⁰³ Vernon Bogdanor, “Broadening participation in the electoral process”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 9, 1988, s.395. Aktaran: Cremona, op. cit, s.315.

²⁰⁴ *Ibid.*

reddedilmiştir. Başvurucu parti söz konusu dilsel sınırlamanın serbest seçim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon bu davada P1-md.3'ün ve Sözleşmenin herhangi bir başka maddesinin seçimlerde belirli bir dilin kullanımını güvencelemediğini ifade etmiştir²⁰⁵. Bu davada Komisyon, her ne kadar Anayasanın 3'üncü maddesi, İspanya devletine Asturyan dilinin korunması ve geliştirilmesi ödevini yüklese de, sonuç itibarıyla İspanya Anayasasında İspanya'nın resmi dilini İspanyolca (*Castilian*) olarak belirtildiğini dikkate alarak, söz konusu uygulamanın bir ayrımcılık içermediğini ve ayrıca seçim kurulunun başvuru partiyi başvurusunu yenilemesi imkânı vermesinden dolayı da P1-Md.3 ihlalden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir²⁰⁶.

Yine daha yakın bir zamanda Mahkeme, Parlamento'da tek bir çalışma dilinin öngörüldüğü Litvanya'da, yasama çalışmalarının devamlılığının sağlanması için parlamento adaylarının Litvanyaca dilini üst seviyede bilmelerini şart koşan bir düzenlemeyi Sözleşme'ye aykırı görmemiştir. Mahkeme, her devletin kendi kurumsal sistem fonksiyonlarını güvence altına alma eğilimini tartışmasız biçimde meşru gördüğünü işaret ederek, böyle bir kaydın demokratik bir devlette yasama yetkisine ilk-elden sahip olan ulusal parlamentolar için gerekli olabileceğini ifade etmiştir. Çünkü Mahkeme'ye göre her devletin, sahip olduğu tarihsel ve siyasal geçmişe dayanan bazı karakteristik özellikleri bulunmaktadır. Bu nedenledir ki Mahkeme bu özelliklere saygı duyarak, ulusal parlamentoların çalışma dil tercihleri hakkında karar verecek bir pozisyonda olmadığını ifade etmiştir. Bununla beraber anılan davada daha önce Litvanyaca dil sertifikasına sahip olan başvurusunun çalışma ortamına gelinerek bezdirici biçimde Litvanyaca sınavına tabi tutulması ulaşılmak istenen bu meşru amaca yönelik olarak orantılı görülmemiştir²⁰⁷.

Belirtmek gerekir ki bu konuya ilişkin münakaşa her zaman resmi olmayan diller arasında değil, fakat aynı zamanda birden çok resmi dili bulunan ülkelerdeki diller arasında da gerçekleşmektedir. Nitekim P1-md.3'e ilişkin içtihadın büyük ölçüde şekillendiği *Matieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika* davası da bizzat bu konudur. Dilsel topluluklara göre karmaşık bir federal bir örgütlenmeye dayanan Belçika'nın belli bir bölgesindeki parlamento üyelerinin, seç-

²⁰⁵ Aynı yönde bir başka karar için bkz. *Fryske Nasionale Partij and others v. The Netherlands*, (12.12.1985, 11100/84) s.240; Meyer, *op.cit.*, s.563.

²⁰⁶ *Association Andecha Astur v. İspanya*, (07.07.1997, App. 34184/96), ss.176-178.

²⁰⁷ *Podzolinska v. Letonya* (09.04.2002, App. 46726/99), par. 33-45.

menlerin bir kısmının dilinde (Fransızca) değil, bir başka resmi dilde (Flemenkçe) yemin edecek olması ve buna bağlı olarak anılan bölgedeki Fransızca konuşan seçmenlerin Felemenk dil grubuna ait Konsey üyelerine oy verme zorunlulukları sorununun incelendiği bu davada Mahkeme, söz konusu kısıtlamanın P1-md.3'ü ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır²⁰⁸. Yani komplike seçim sisteminden kaynaklanan bu uygulamanın ulaşılmak istenen meşru amaç (yasamaya farkı dil gruplarının oranlı biçimde yansımaları) bakımından orantılı bir araç olduğu düşünülmüştür.

4. Mukim Olma Koşulu

Birçok ülkede seçme hakkının kullanılması, seçimin yapılacağı yerde mukim olma (ikametgâh sahibi olma) koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul özellikle ülkenin vatandaşı olan, ancak farklı bir ülkede yaşayan kişilerin seçimlere katılması (aktif seçim hakkı) bağlamında öne çıkan bir sorun olmuştur. Türkiye’de de bir dönem sıklıkla tartışılan²⁰⁹ bu sorun, Mahkeme’nin konuya esnek yaklaştığı bir alana denk düşmektedir. Yurt dışındaki vatandaşların oy kullanmasına imkân tanınmamasını; (a) Mukim olmayan vatandaşların, ülkenin günlük problemleri ile doğrudan veya sürekli ilişki içinde olmaması ve bu sorunlara ilişkin daha az bilgi sahibi olması, (b) yurtdışındaki vatandaşların ifade özgürlüğünü korumak için seçimle ilgili farklı konularda bilgi sunmanın Parlamento adayları için pratik olmaması ve adayların bu konudaki isteksizliği (kimi durumlarda imkânsızlığı), (c) mukim vatandaşların adayların seçim süreci ve seçim programlarının biçimlenmesindeki nüfuzu, (d) Parlamento seçimlerinde oy verme hakkı ile seçmenlerin, seçtikleri siyasi organların eylemlerinden doğrudan etkilenebilmesi konuları arasındaki ilişki esaslarına dayanarak Sözleşme’ye aykırı görmemiştir²¹⁰.

Ancak anılan esnekliğe rağmen Mahkeme’nin keyfi müdahalelere karşı bir güvence olarak, bu kayıtlamanın açık ve kesin bir biçimde ortaya konulmuş olmasını aradığı görülmektedir. Örneğin ABD’de mülteci olarak yaşayan bir kişinin Ukrayna’da beş yıllık ikamet şartını yerine getirmediği için adaylığının reddedilmesinin (pasif seçim hakkı) tartışıldığı bir davada Mahkeme, bu kişinin

²⁰⁸ *Matieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika*, Par.55-57.

²⁰⁹ Örn. Bkz. Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2006, ss.114-116.

²¹⁰ *X. v. Birleşik Krallık (7730/76)* s. 139), Ayrıca 7700/76, dec. 28.02.1979 Yayınlanmamış bu kararı aktaran Cremona, *op. cit.*, s.316.

özel durumunun Ukrayna hukukunda reddi gerektirecek kesinlikte düzenlenmemiş olmasının P1-md.3'ün ihlali anlamına geldiğini ifade edilmiştir²¹¹. Şöyle ki Mahkeme'ye göre bu konu, seçim yasasında açıkça düzenlenmemiştir. Ayrıca başvuruçunun pasaportunda gösterilen adrese dayalı olarak resmi ikametgâhı bulunmaktadır²¹².

Yine belirtmek gerekir ki, ulaşılmak istenen amaçla makul bir orantısallık içinde olmayan ek koşullar da hakkın ihlaline neden olabilir. Gerçi bu konuda kategorik bir tespit bulunmak pek mümkün görünmemektedir. Örneğin Mahkeme, bir kararında “seçimlerde oy kullanmak için seçimlerden önceki 10 yıl boyunca aynı yerde mukim bulunma” gibi bir kriteri Sözleşme'ye uygun bulabilmiştir. Gerçi anılan örnek çok sıra dışı bir olaya²¹³ özgüdür, dolayısıyla bu örnek bir genellemeye yol açamaz. Çünkü objektif olarak 10 yıllık süre kaydının orantısız olduğu açıktır. Nitekim Cremona'nın dikkat çektiği üzere BM İnsan Hakları Komitesi bir kararında 7 yıllık mukim olma şartını ölçüsüz bulmuştur²¹⁴.

Diğer taraftan konuya ilişkin bir diğer örnek kayıtlama da seçmenlerin görevlerine ilişkin ayrışma bağlamında söz konusu olmuştur. Mahkeme bir kararında, yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınmazken, yurt dışındaki asker ve diplomatlara oy hakkının tanınmasını bir ayrımcılık olarak görmemiştir. Mahkeme'ye göre bu kişiler gönüllü olarak yurt dışında bulunmayıp devlet tarafından görevlendirilmişlerdir ve bu kişilerin çalışma biçimlerinden dolayı ülke siyaseti ile doğrudan ilişkileri bulunmaktadır²¹⁵.

C. Hakkın Kullanımı İçin Sahip Olunmaması Gereken Koşullar

Richter'e göre serbest seçim hakkına yönelik en sorunlu sınırlama alanlarından bir diğeri de belli bir kategoriye dâhil olan insanların kategorik olarak aktif ve pasif serbest seçim hakkından mahrum edilmesi noktasındadır²¹⁶.

²¹¹ *Melnichenko v. Ukrayna*, par. 66.

²¹² *Melnichenko v. Ukrayna*, par. 60-67.

²¹³ Fransa'nın deniz aşırı toprağı olan Yeni Kaledonya'nın kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde bağımsızlığına yönelik gerçekleştirdiği referandumda oy kullanmak için o ülkede son 10 yıldır mukim olmak gerekmektedir. *P.Y. v. France*, (06.06.2005, App.66289/01), par.17. vd.

²¹⁴ CCPR/C/SR 265 (1981) Aktaran Cremona, op. cit., s.317.

²¹⁵ *X. v. Birleşik Krallık*

²¹⁶ Richter, op.cit., s.1411.

Mahkeme bir kararında, her devletin kendine has siyasal ve tarihsel etkenlere göre serbest seçim hakkına yönelik geliştirdiği kriterlerde farklılaşma bulunmakla birlikte, bu kuralların belli insanları veya grupları ülkenin siyasi yaşamına ve özellikle yasama organının seçimine katılmaktan yoksun tutamayacağını açıkça ortaya koymuştur²¹⁷. Ancak bu durum, ana kuraldan hiçbir sapmanın olmayacağı anlamına gelmemektedir²¹⁸. Kimi durumlarda belli kategorilere dâhil olan insanların seçme hakkından mahrum bırakılması Sözleşme sistemine uygun görebilmektedir. Richter'e göre bu son derece normaldir çünkü Sözleşme sistemi, herkesin seçimlere katılmasını gerekli görmeyen bir bakış açısıyla tasarlanmıştır ve buna uygun olarak Mahkeme de prensip itibarıyla “halkın görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi kaydıyla” belli kategorilere dâhil olan bireylerin seçimlere katılmadan men edilmesini kabul edilebilir görmektedir²¹⁹. Bu kategorilerden ilkinin mahkûm kategorisi oluşturmaktadır.

1. Mahkûm Olmama Koşulu

Kökeni Antik Yunan ve Roma uygarlıklarında bulunan “sivil ölüm” kurumuna kadar dayanan ve aydınlanma düşünürlerince de açıkça savunulduğu için, çok yakın bir geçmişe kadar demokratik ülkelerde dahi uzun uzadıya tartışılan “mahkûmların oy hakkından mahrumiyeti” konusu, Avrupa düzeyinde İHAM içtihatları ile birlikte ileri bir düzeye taşınmıştır²²⁰.

Öncelikle belirtelim ki yakın geçmişe kadar Avrupa ülkelerinin büyük bir kısmı bu konuya kategorik yaklaşmıştır. Yani belli bir görüşü savunanlar kategorik olarak bu haktan mahrum bırakılmıştır. Aşağıda tekrar değineceğimiz üzere Sözleşmenin öngördüğü demokratik toplum düzenine karşıt bir ideolojinin mensubu olmaktan dolayı ceza alınmış olması, serbest seçim hakkından mahrumiyete yol açabilmiş ve bu durum Sözleşme organlarıncaya P1-md.3'e uygun görülebilmıştır²²¹.

²¹⁷ *Aziz v. Kıbrıs*, (22.06.2004, App. 69949/01, par. 28.

²¹⁸ Golubok, *op. cit.*, s.372.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Bu konuda doyurucu bir çalışma için bkz. Kazım Karagöz, “Mahkûmların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Yaklaşım”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 165–206.

²²¹ Bkz. aşa. dipnot 229 civarı

Buna karşılık Mahkeme döneminde, konuya yaklaşım açısından görece bir farklılaşmanın izlerine rastlanmaktadır. Mahkeme'ye göre her ne kadar suçla mücadele meşru amacı ışığında serbest seçim hakkına yönelik bir takım kayıtlamalar getirilebilse de, suçluluk iddiasının kendisi bu kayıtlama için yeterli değildir. Örneğin 90'lı yıllarına "temiz eller operasyonunun" damga vurduğu İtalya'ya karşı *Labita* davasında Mahkeme mafya üyesi olduğuna ilişkin hakkında delil bulunan bir kişinin oy verme hakkının geçici bir süre için elinden alınmış olmasının, Sözleşme'nin değerlerine uygun meşru bir amaca yönelik olduğunu ifade etmiş, ancak bu davada Mafya üyesi oldukları iddiası ile yargılanan başvurucuların hak sınırlamasının somut bir delile dayanmaması ve söz konusu kayıtlamanın şüpheli beraat ettikten sonra dahi devam etmesinin orantılı sayılmayacağından dolayı P1-md.3'ün ihlali olarak görülmüştür²²².

Yine Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımını özetleyecek görüşüne göre, P1-md.3'ün bireylerin yasa yapma iktidarının niteliğini etkileme yetkisini düzenlemesi; bazı bireylerin (örneğin kamu hizmetini ciddi bir şekilde kötüye kullanan ya da hukukun egemenliğini veya demokratik kurumları sarsma tehlikesine yol açanların) serbest seçim hakkına ilişkin haklarının sınırlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Bununla beraber haktan mahrumiyet gibi sert bir önlem kolayca alınmaz, yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç ve söz konusu bireyin durumu arasında fark edilebilir ve yeterli bir orantılılık sağlanmalıdır. Yani salt mahkûm edilmiş olmak, oy hakkından mahrumiyeti gerektirmemeli, anılan örneklere benzer bir meşru amaç bulunmalı ve bu amaca yönelik sınırlama da orantılı olmalıdır.

Bu açıdan *Hirst v. Birleşik Krallık*²²³ davası tipik örnektir. Söz konusu dava insan öldürme suçundan dolayı müebbet hapis cezası alan bir kişinin, kendisine mahkûmiyetinden dolayı seçme hakkı tanınmamasına ilişkindir. Mahkeme bu davada daha en başta serbest seçim hakkına yönelik bu müdahalenin meşru bir amaç taşımadığı sonucuna ulaşmıştır. Zira söz konusu düzenleme ile mahkûmiyet almış bütün kişiler, kendiliğinden seçme hakkından mahrum bırakılmaktadır. Oysa mahkûmiyet, Sözleşme'de yer alan haklar içinde sadece

²²² *Labita v. İtalya* (06.04.200, App.26772/95),par.65.

²²³ *Hirst v. Birleşik Krallık (2)*, (06.10.2005, App. 74025/01) Sözleşme organlarının benzer durumdaki bir olaya ilişkin farklı ve eski görüşü için *Patrick Holland v. Ireland* (14.04.1998, App. 24827/94)

kişi özgürlüğü hakkında yararlanmama sonucuna yol açabilir²²⁴. Gerçi Sözleşme organları, yüzkıztarıcı suçlarla devleti açıkça zarara sokan²²⁵ veya askerlikle ilgili bazı suçlardan dolayı mahrum olan²²⁶ mahkumuların taşıdığı çeşitli davalar ile özellikle demokrasinin başlıca unsurlarını ortadan kaldırmaya ve nefrete yönelik ırkçı/faşizan eylemler içinde olan kişilerin serbest seçim haklarını kaybetmelerini mümkün görse de²²⁷ bu hakkın, işlenen suçun türü ve özelliklerine, verilen cezanın süresine, mahkûmun kişisel özelliklerine bakmaksızın genel, otomatik ve gelişigüzel biçimde sınırlandırılması, taraf devletlerin takdir alanı içinde yer almaz²²⁸.

Yine Mahkeme, *Frodl v. Avusturya* davasında da anılan içtihadı daha da geliştirerek seçme hakkına yönelik kayıtlamanın, yargıç tarafından alınması gerektiğini ve özellikle her bir olayda işlenen suçla seçimler ve demokratik kurumlar arasındaki illiyet bağının dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir²²⁹. K. Altıparmak'a göre her ne kadar, Mahkeme seçilme hakkında devletlerin seçme hakkından daha geniş bir kısıtlama imkanına sahip olduğunu kabul etse²³⁰ bile bu kararlarda belirtilen yargıç tarafından belirlenme ve suçla kısıtlılık arasında somut illiyet bağı bulunması kurallarının seçilme hakkı için de aynen uygulanması gerektiğine şüphe bulunmamaktadır²³¹.

2. Kamu Çalışanı Olmama Koşulu

Serbest seçim hakkına yönelik bir diğer kayıtlama ise “kamu çalışanı olma” kategorisinde gerçekleşmektedir. Kamu çalışanı olmak, özellikle pasif seçim hakkına yönelik bir sınırlandırma getirmekte ve bu konu gerek öğretide gerekse

²²⁴ *Hirst v. Birleşik Krallık (2)*,

²²⁵ *M.D.U. v. Italy* (28.01.2003, App. 58540/00)

²²⁶ *H. v. Hollanda*, (04.07.1983, 9914/82)

²²⁷ *Van Wambeke v. Belgium* (16692/90, 12.04.1991), *Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda*, (11.10.1979, App. 8348/78)

²²⁸ *Hirst v. Birleşik Krallık (2)*, par. 72-85.

²²⁹ *Frodl v. Avusturya*, (20201/04, 08.04.2010), par. 34.

²³⁰ *Ždanoka v. Letonya*, par. 115.

²³¹ *Mutatis mutandis Seyidzade v. Azerbaycan*, (37700/05, 3.12.2009) Din adamlarının kategorik olarak seçilme hakkından yoksun bırakıldığı Azerbaycan'da yasaklılık kategorisindeki "din adamı" ve "dinsel etkinlik" kavramları yeterince açık bir şekilde düzenlenmediği için öngörülebilir bir sınırlandırma getirmediği sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Kerem Altıparmak, “YSK Kararını Doğru Anlama ve Yorumlama Kılavuzu”, *Bianet*, 20.04.2011.

pratikte çokça tartışılmaktadır. Sözleşme organlarının bu konuda daraltıcı bir yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir.

Mahkeme sadece seçme hakkı bakımından değil, diğer siyasal içerik taşıyan haklar bakımından da kamu çalışanları aleyhine sınırlayıcı bir yaklaşım içinde olmuştur. Örneğin *Rekvényi v. Macaristan*²³² davasında silahlı kuvvetler mensupları, güvenlik hizmetleri ve polislerin siyasi partilere ve siyasi faaliyetlere katılımının yasaklanmasını sözleşmeye aykırı görmemiştir²³³.

Serbest seçim hakkı bağlamındaki örnek karar *Gitonas ve diğerleri v. Yunanistan* vakasıdır. Bu davada Yunanistan'da parlamento seçimlerine aday olan başvuruçuların, Yunanistan Anayasası'nın 56'ncı maddesi uyarınca, seçimden önceki üç yıl içinde üç aydan daha uzun süreyle kamu görevinde bulunmuş olmaları nedeniyle adaylıkları geçersiz sayılmıştır. Mahkeme, bu davada başvuruçuların 56'ncı maddede yer alan kategoride yer almadığını kaydetmekle beraber, yine ulusal makamların takdir marjına öncelik tanımıştır. Şöyle ki Mahkeme'ye göre seçimlerle ilgili uyumsuzlukları çözmek konusunda tek yetkili olarak gördüğü Yunanistan Yüksek Mahkemesinin yorumuna esas alınmalıdır²³⁴. Bu çerçevede bir kısım Avrupa Konseyi üyesi Devlette de benzer biçimde yer alan söz konusu sınırlama, Mahkeme tarafından, demokratik rejimlerin doğru işleme ve ayakta kalabilmesi için gerekli ve meşru bir amaç taşıdığı yönünde algılanmıştır. Mahkeme'ye göre böyle bir sınırlama: (a) farklı siyasal görüşlere sahip adayların eşit propaganda imkânlarından yararlanmasını (b) aday tercihleri etkilenebilecek seçmenleri, konumları nedeniyle birçok (ve bazen de önemli kararlar veren) ve sıradan vatandaşın gözünde saygınlığa sahip görevlilerin baskısından korumayı sağlamaktadır²³⁵.

Ancak hem öğretide hem de İHAM nezdinde süregelen bu problemliliğe alana²³⁶ şüpheyle yaklaşmakta fayda bulunmaktadır. Bir görüşe göre parlamento adaylığı için görevden çekilmenin zorunlu tutulması, yargı, silahlı kuvvetler ve

²³² *Rekvényi v. Macaristan*, (20.05.1999, App. 25390/94)

²³³ Aksi yönde hak lehine kararlar için bkz. *Vogt v. Almanya*, (26.09.1995, App. 17851/91), *N.F. v. İtalya*, (02.08.2001, App. 37119/97), *Grande Oriente D'Italia di Palazzo Giustiniani v. İtalya*, (02.08.2001, App. 35972/97)

²³⁴ Bu durum da yukarıda ifade ettiğimiz üzere İHAM'ın yasalar konusundaki maddi yaklaşımın bir sonucu sayılabilir.

²³⁵ *Gitonas ve diğerleri v. Yunanistan*, (01.07.1997, App. 18747/91; 19376/92; 19379/92)

²³⁶ Herndl, *op.cit.*, s.571.

diğer güvenlik kuruluşları mensupları ile üst düzey bürokratlar için anlamlıdır. Ancak bunun dışında kalan ve görevinden dolayı seçim sürecini kendi lehine etkileme gücü bulunmayan kamu görevlileri bakımından eşitlik temelinde bir sorun bulunmaktadır²³⁷. Bize göre bu Sözleşme organlarının gözden kaçırdığı haklı bir eleştiridir.

3. Belli Görüşleri Savunmama veya Belirli Partilere Üye Olmama Koşulu

İlk bakışta belli bir görüşü savunuyor olmaktan dolayı hak mahrumiyetine uğramanın Sözleşme sistemi ile bağdaşır bir yanı olmadığı düşünülebilir. Ancak liberal demokrasinin sınırlarına ilişkin paradokslar bu konunun o kadar da tartışmasız olmadığını göstermektedir²³⁸.

Sözleşme organlarının eski içtihatlarını oluşturan bazı davalarda, yukarıda değindiğimiz üzere, geçmişteki faaliyetlerinden dolayı serbest seçim hakları elinden alınan bazı kişilerin başvuruları P1-Md.3'e aykırı görülmemiştir. Örneğin bu dönemde görülen davalarda; İkinci Dünya Savaşı sırasında düşmanla işbirliği yapmaktan dolayı suçlanan veya Waffen-SS üyesi olmaktan mahkûm edilen kişilerin serbest seçim hakkından mahrum bırakılmaları; Sözleşme organlarınca, bu kişilerin haklarını kötüye kullanmalarına binaen demokratik toplumun korunması ve devletin güvenliğinin sağlanması adına ihlal olarak görülmemiştir²³⁹. Daha sonraki yıllarda verilen bir kararda da “nefret söylemi” içeren beyanlarından ve ırkçı, yabancı düşmanı (zenofobik) faaliyetlerinden dolayı yasal haklarından mahrum edilen aşırı sağ bir partinin üyelerinin pasif seçme haklarının ellerinden alınmasına yönelik başvuru 17'inci maddeye dayanılarak kabul edilemez bulunmuştur²⁴⁰. Bu yaklaşımın belli

²³⁷ Yavuz Atar, “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, **Anayasa Yargısı**, C. 23, 2006, ss.26-227.

²³⁸ İfade özgürlüğüne yönelik Atlantik'in iki yakasındaki yaklaşım farklılığına yönelik olarak bkz. Frederick Schauer, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, **European and US Constitutionalism**, Georg Nolte (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2005, ss.49-70.

²³⁹ *Van Wambeke v. Belgium* (16692/90, 12.04.1991); Bkz. O'Boyle, *op. cit.*, s.6.

²⁴⁰ *Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda*, (11.10.1979, App. 8348/78); *Ibid.* ; Bu karar hakkında ayrıntı ve İHAM içtihatlarında nefret söylemi konusunda bkz. Tolga Şirin, “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi”, **Disiplinle Arası Yaklaşımla İnsan Hakları**, Selda Çağlar (der.), İstanbul: Beta Yayınları, 2010, ss.113-187.

sınırlar çerçevesinde kıta Avrupasına özgü mücadeleci nitelikler taşıdığı açıktır. Ancak bu yaklaşım *Ždanoka v. Letonya* kararı bir ölçüde ile farklılaşma eğilimi göstermiştir:

Başvurucunun geçmişte, Litvanya'nın bağımsızlığını kazanmasından sonra (darbe girişimlerinden dolayı) yasa dışı ilan edilmiş Litvanya Komünist Partisi'nin (LKP) üyesi olmasından dolayı, kurduğu yeni partinin adayı olarak seçimlere katılmasına izin verilmemesinin konu edildiği *Ždanoka v. Letonya* davasında Mahkeme, (a) bu partinin üyelerinin adaylığına yönelik sınırlamaların demokratik düzenin korunması için meşru olabileceğini ve fakat bunun "sürekli" kılınmasının orantısızlığa neden olduğu, (b) Bağımsız Litvanya'nın kurulmasından 1 yıl sonra getirilen söz konusu sınırlamanın, bu tarihten önce Parti üyesi olan başvurucu tarafından öngörülemeyeceği, yani bu anlamda geriye yürümenin yapılamayacağı (c) 90 öncesi rejimin anti-demokratik ve totaliter yanı açık olmakla birlikte, mevcut olayda başvurucunun adaylığının neden demokrasi için tehlike olduğu konusunun açıklığa kavuşturulmadığı; bu bağlamda, Rusça konuşan azınlığın haklarını savunan ve resmi politikaya eleştiriler getiren başvurucunun, eski Partisinin eylemlerinden şahsi sorumlğunun olup olmadığının ulusal makamlarca sorgulanmadığı gerekçeleriyle bu müdahalenin P1-md.3 ihlali olduğuna karar vermiştir²⁴¹. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu kararla geçmiş dönemdeki "mücadeleci" yaklaşımdan ziyade daha özgürlükçü görülen bir eğilime yöneldiğinden bahsedilebilirdi. Ancak bu farklılaşmaya büyük daire kararı ile izin verilmemiştir.

Büyük Daire'nin dörde karşı oyla aldığı kararına göre söz konusu müdahale, LKP üyelerini cezalandırmak için değil, yeni kurulan demokratik rejimi şiddet yoluyla yıkma girişimi ile doğrudan bağlantılı bir hareketin öncüsü bireylerin, demokratik yasama sürecine katılım hakkından mahrum bırakılmasını amaçlamaktadır ve demokratik sürecin temin edilmesine yönelik bu amaç, Sözleşme sistemi ile uyumludur. Başvurucunun LKP'nin, Litvanya'nın demokrasiye geçiş sürecindeki anti-demokratik tutumu (darbe girişimleri) karşısında kendisini bu yaklaşımdan ayırt eden herhangi bir beyanda bulunmamış olması da dikkate alındığında, söz konusu sınırlama ilgili ülkenin geçiş sürecine özgün "tarihsel ve siyasal bağlamı" ışığında haklı ve orantılı

²⁴¹ *Ždanoka v. Letonya*, (17.06.2004, App. 58278/00), par. 77-123.

görülmüştür²⁴². Yani bu çerçevede Mahkeme, bir hak öznesinin “belli bir bağlamda bir takım beyanlarda bulunmamış olmasını” hakkın kullanımından mahrumiyete gerekçe olarak kullanmıştır. Bu yöntem, *Herri Batasuna ve Batasuna v. İspanya*²⁴³ kararında da “şiddete karşı beyanda bulunmama” çerçevesinde de sürdürülmüştür. Bize göre bu yaklaşım, “hiç kimsenin savaş ve olağanüstü hallerde dahi düşüncelerini açıklamaya zorlanamayacağı” kuralı ışığında bir paradoks yaratmaktadır.

Son olarak kaydedelim ki Mahkeme’nin yaklaşımında her olayın somut koşullarına göre farklılaşma söz konusu olabilmektedir. Örneğin Türkiye’den bu bağlamda gelen Kavakçı v. Türkiye, Silay v. Türkiye ve Ilıcak v. Türkiye davalarında Mahkeme – bu davaların farklı bağlamından kaynaklanıyor olsa da- yukarıdaki yaklaşımından ayrılmış görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yılında kapatılan Fazilet partisinin milletvekilleri olan başvuruçular, 1982 Anayasası’nın 84’üncü maddesi gereğince beyan ve eylemleriyle partinin kapatılmasına neden oldukları gerekçesiyle, milletvekili sıfatını kaybetmişler ve yine Anayasa’nın 69/9’uncu maddesi gereğince de haklarında “bu kararın resmi gazetede yayımlanmasından itibaren 5 yıl süreyle başka bir partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamayacakları yönünde karar verilmiştir.

İHAM, bu defa da Anayasa’nın 69’uncu maddesinin oldukça geniş olması, kapatılan partinin genel başkanının ve üst düzey yöneticilerinin sınırlamaya tabi olmaması ve 5 yıllık yasağın orantılı olmadığı gerekçesiyle serbest seçim hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir²⁴⁴.

4. Farklı Bir Ülkede Parlamenter Olmama Koşulu

Oldukça sıra dışı olduğu için, literatürde serbest seçim hakkına yönelik kayıtlamalara ilişkin çalışmalarda göz ardı edilen bir örnek Birleşik Krallığın özgün durumuna bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Bu örnek, bir ülkede yaşayan

²⁴² *Ždanoka v. Letonya*, (2006), par. 96-136.

²⁴³ *Herri Batasuna ve Batasuna v. İspanya*, (30.06.2009; App. 25803/04 ; 25817/04). (Karar Fransızcadır.) Bu konuda bkz. Selin Esen-Arnwine, “İspanya’da Siyasal Partilerin Kapatılması: Batasuna Partisi Örneği”, **Siyasal Partiler ve Demokrasi**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005.

²⁴⁴ Kavakçı v. Türkiye (05.04.2007, 71907/01); Silay v. Türkiye, (05.04.2007, 8691/02), Ilıcak v. Türkiye (05.04.2007, 15394/02)

azınlıkların akraba devletlerinin (*kin state*) kurulduğu/bulunduğu haller açısından önem arz etmektedir. *M. v. Birleşik Krallık* davasında İrlanda parlamentosuna üye iken Kuzey İrlanda'dan da aday olan ve seçilen bir kişinin ülkesindeki parlamento üyeliğinin düşmesi üzerine yaptığı başvuru, P1-md.3'ün ihlal olarak görülmemiştir²⁴⁵. Taraf devletlerin, uluslararası nitelikteki yapılar hariç olmak üzere, farklı bir ülke parlamentosu üyesi olanlara yönelik pasif seçme hakkı tanımaması İHAS'a aykırılık taşımamaktadır. Söz konusu olay, pratik yaygınlık taşımamakla birlikte, başta egemenlik kavramı olmak üzere teorik düzeyde sürdürülen tartışmalar açısından kayda değerdir.

X. Hakkın Özüne Dokunan Bir Kayıtlama: Yüksek Seçim Barajı

Serbest seçim hakkının ifade özgürlüğünden ayrılan yanı, bu hakkın bütün vatandaşların iradelerine özgülmesi ve seçme-seçilme haklarını kullanırken eşitliklerinin güvenceye bağlanmış olmasıdır. Ancak vatandaşların seçme ve seçilmesi hususundaki eşitlik, seçim sisteminden kaynaklı olarak bozulabilmektedir. Yani bazı vatandaşların oyları diğerlerine nazaran, yüksek seçim barajından dolayı, boşa gidebilmektedir.

Ancak Mahkeme yukarıda değindiğimiz üzere bu madde bağlamında eşitlik ilkesini dar yorumlamaktadır. İlgili ülkenin siyasal evriminin ışığında değerlendirilmesi gereken seçim sistemlerinin hiçbirinin "artık oyları" tamamen ortadan kaldıramayacağını düşünen Mahkeme'ye göre; seçimlerin sonucu bakımından bütün oyların eşit ağırlıkta olması veya bütün adayların kazanmak için eşit şanslarının bulunması gerekmemektedir²⁴⁶. Bu yaklaşım konuyu ister istemez baraj kayıtlarına getirmektedir.

Türkiye'de anayasa hukuku literatüründe sıklıkla eleştirilen²⁴⁷ baraj kayıtları, öğretilerdeki aksi yöndeki görüşlerin tersine, ilk kez TC bağlamında değil, bundan önce de çeşitli defalar Sözleşme organları önüne taşınmıştır.

²⁴⁵ *M. v. Birleşik Krallık* (07.03.1984, App.10316/83)

²⁴⁶ *Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika*, par.54.

²⁴⁷ Yusuf Şevki Hakyemez, "Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Açısından Seçim Barajı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı", *EÜHFD*, C. XI, S.1-2, 2007; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, ss.195-196.; Sultan Uzeltürk, "Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri", *Anayasa Yargısı*, C.23., 2006, s.258 vd.; Sevtap Yokuş, "Türkiye'de % 10 Seçim Barajına İlişkin Hukuksal ve Siyasal Tartışmalar", *Hukuk ve Adalet: Eleştirel Hukuk Dergisi*, S.11, 2007.

İtalya’da²⁴⁸ Almanca ve Ladin dili konuşan bölgedeki temsilciler meclisinin %25’lik kısmını belirlemek için öngörülen %4’lük seçim barajı; İspanya’da²⁴⁹ Kanarya Adaları otonom topluluğunda seçim bölgesi için opsiyonel olarak öngörülen %30 veya seçim çevresi için %6 ‘lık seçim barajları, Fransa’da²⁵⁰ Avrupa Parlamentosu seçimleri için öngörülen % 5 baraj Sözleşme organları tarafından, ulusal makamların *istikrarlı yönetim savları* ışığında, bu konunun ulusal takdir marjı içinde olduğu tespitine dayanılarak kabul edilemez bulunmuştur. Mahkeme’nin bu yaklaşımının gerekçesi, meclisteki aşırı bölünmeyi engelleme niyeti, yani yönetimde istikrar ilkesi olmuştur. Bu yaklaşım, Türkiye’deki %10’luk barajın orantısız olduğu ve bu çerçevede İHAS’a aykırı olduğu konusunda öğretilerdeki uzlaşma ve İHAM tarafından ihlalin tespit edileceği yönündeki beklentiye²⁵¹ rağmen, Türkiye’den gelen davada²⁵² da sürdürülmüştür.

Ancak bu kararda bizim de katıldığımız azınlık görüşlerine²⁵³ göre, yönetimde istikrar ilkesi Mahkeme çoğunluğu tarafından oldukça statik ve hak temelli olmayan bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Şöyle ki Mahkeme, istikrarın illa ki seçim barajı ile sağlanabileceğine yönelik bir ön kabul ile hareket etmektedir; oysa seçim barajı, siyasi istikrarın mutlak koşulu sayılmadığı gibi, Türkiye gibi açıktan parti ittifakı kurulmasına izin verilmeyen bir sistemde bazı kutuplaşmalara da neden olabilmektedir²⁵⁴.

Diğer taraftan bu ön kabul iki noktadan hareketle hak temelli olmaktan uzaklaşmaktadır. Birincisi baraj, AGİT raporları²⁵⁵ ile de sabit olduğu üzere bölgesel partilerin ve azınlık partilerinin meclise girmesine engel olmakla nispi

²⁴⁸ *Polacco ve Garofalo v. İtalya* (15.09.1997, App.23450/97); *Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei* (15.04.1996, App. 1504/1996)

²⁴⁹ *Federacion Nacionalista Canaria v. İspanya*, (07.06.2001, App. 56618/00)

²⁵⁰ *Etienne Tete/Fransa* (09.12.1987, App. 11123/84)

²⁵¹ Olgun Akbulut, “Seçim Barajı Zarar Veriyor”, **Radikal**, 22.01.2006.

²⁵² *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, (08.07.2008, App.10226/03) Seçim barajlarının yol açtığı siyasal sonuçlar ve örnek vakalara ilişkin olarak bkz. Yavuz Sabuncu, “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”, **Anayasa Yargısı**, S.23, 2006, ss.191-197.

²⁵³ Yargıçlar Françoise Tulkens, Nina Vajić, Renate Jaeger, Ján Šikuta muhalefet şerhi yazmışlardır.

²⁵⁴ *Yumak ve Sadak v. Türkiye, muhalefet şerhi par. 4.*

²⁵⁵ “Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokrasi Kurumları ve İnsan Hakları Şubesi Değerlendirme Raporu (2002) için bkz. <http://tinurl.com/62v4knc> (18.09.2010), *Ibid.*

temsil sisteminin asıl amacından uzaklaşmaya yol açmaktadır. Gerçekten de bölge ve azınlık partileri, ülke bütününde yeterli miktarda oy almamakla birlikte belli yerlerde halkın iradesini fazlasıyla yansıtmaktadırlar. Bu temsilin karşılanmaması ise akla dini veya etnik grupların hiçbir zaman yasama organında (legislateur) temsil edilememesi ve bu bağlamda ayrımcılık sorununu getirmektedir²⁵⁶.

Sözleşme organlarının eski içtihatlarında açık bırakılan bu soru, Mahkeme'nin *Yumak ve Sadak v. Türkiye* kararında hak ve özgürlükler aleyhine olacak biçimde yanıtlanmıştır. Bu kararda Mahkeme önceki kararlarında vurguladığı gibi hakkın özüne yoğunlaşmak yerine, (a) belli bir bölgenin iradesini yansıtacak bir siyasi partinin üyesi olan kişilerin kimi zaman ek teminat yatırmak gibi bir takım yükümlülükler altına girerek, seçim "bağımsız aday olup daha sonra kendi partisine dönmesi taktiğini", (b) Küçük partilerin üyelerinin seçim mevzuatındaki ittifak yasağını dolanarak, daha az güvenceye ve bir takım ek yükümlülüklerle katlanmak pahasına başka bir partinin çatısı altına girmesini, sorun olarak görmemeyi tercih etmiştir²⁵⁷. Başka bir deyişle mahkeme hakkı güvencelemek yerine zorlama yorumlarla müdahaleyi meşru görmeye yoğunlaşmış, "yönetimde istikrar" ilkesini, "temsilde adalet" ilkesine tercih etmiştir. Hele ki seçim barajının bu ilkeye hizmet edip etmediği dahi tartışmalı iken²⁵⁸.

Mahkeme'yi bu kararda hak temelli yaklaşımdan uzaklaştıran ikinci düğüm noktası ise Mahkeme'nin %10 barajını sadece aktif seçim hakkı ışığında ele almasıdır. Oysa *Sadak ve diğerleri v. Türkiye* kararlarında ifade edildiği üzere, serbest seçme hakkı sadece seçilen milletvekilliği adayları için bir geçerli değil fakat aynı zamanda bu kişilerin parlamento üyesi olması için oy veren seçmenlerin de haklarını içermektedir. Bu bağlamda anılan baraj kaydı, bize göre barajın altında kalan partilere oy veren seçmenlerin seçme haklarına ve hâkim iradelerine objektif olarak orantısız bir müdahale anlamına gelmektedir²⁵⁹.

²⁵⁶ *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, par.5.

²⁵⁷ *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, muhalefet şerhi par.4-6.

²⁵⁸ Ricardo Zimbron, "The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights", *Harvard International Journal Online*, S.10, 2007, s.18. <http://tinyurl.com/5uymg2o>, *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, muhalefet şerhi par.2.

²⁵⁹ Bowring, *op.cit.*, ss.95-96.

XI. Değerlendirme

Görüldüğü üzere serbest seçim hakkı sözleşme bünyesindeki diğer haklardan birçok açıdan farklılaşmıştır. Öncelikle bu hak, medeni bir hak değil, fakat siyasal bir haktır. Hakkın bu niteliği serbest seçim hakkının Sözleşme’ye dâhil olup olmaması konusunda tereddütlere yol açmıştır. Anılan tereddüt, Sözleşme’ye dâhil edilen bu hakkın “bireylere tanınan bir hak mı, yoksa devletlere yükümlülük getiren bir müeyyide mi” olup olmadığı noktasında, belli bir süre için Sözleşme organlarıncada sürdürülmüştür. Sözleşme organları zaman içerisinde P1-md.3’ün bireylere hak tanıdığı yönündeki çıkarıma ulaşmış olsa da, bu konuda nispeten temkinli kalmaya devam etmiştir. Bunda tabii ki P1-md.3’ün yazılış biçiminin de rolü büyüktür. Kaydetmek gerekir ki maddenin yazılış biçimi serbest seçim hakkını diğer haklardan ayıran ikinci noktayı oluşturmaktadır.

Hakkı farklılaştıran üçüncü nokta ise hakkın sınırları açısından söz konusu olmaktadır. P1-md.3’te diğer haklara nazaran herhangi bir sınırlama nedeninden bahsedilmemiş olması, serbest seçim hakkını, bu hak ile Sözleşme bünyesinde özellikle kıyaslama yapılabilecek olan siyasal ifade ve örgütlenme gibi özgürlüklere nazaran, son derece korumasız hale gelmiştir. Gerçi hakkın sınırlarındaki söz konusu belirsizlik, Sözleşme organlarının içtihatları yoluyla aşılmaya çalışılsa da, hakkın kullanım alanındaki muğlaklıkları ortadan kaldıramamıştır. Çünkü Sözleşme organları bu maddeye ilişkin öteden beri sahip oldukları tereddütlerden ve tutukluktan kurtulamamıştır. Dikkat edilirse yukarıda aktardığımız kararların büyük bir kısmı kabul edilemez bulunmuş veya taraf devletin takdir marjı çerçevesinde meşru görülmüştür. Bu tutum, Sözleşme organlarının diğer hakların korunması yönündeki dinamik yaklaşımına yabancıdır. Bu yabancılığın sebebi ise Sözleşme organlarının bu maddeye özgü olarak ulusal makamların iradelerine fazlasıyla önem vermesi ve hakkın siyasal niteliği de dikkate alındığında, “taraf devletlerin siyasal yapılarına müdahale etmeme hassasiyeti” ile açıklanabilir. Hal böyleyken bu hakkı diğer haklardan ayırtıran bir diğer önemli nokta ise, P1-md.3’ün uluslararası insan hakları hukukunda süregelen “devletlerin takdir marjı yaklaşımı” ile “hak ve özgürlükler lehine gelişmeci yorum yaklaşımı” arasındaki veya en genel biçimiyle egemenlik ilişkilerine ulusalcı yaklaşım ile enternasyonalist yaklaşım arasındaki en gerilimli alanı oluşturmasıdır.

Mahkeme, serbest seçim hakkına, diğer haklara nazaran devletlerin takdir marjına ve ulusal egemenlik yetkilerine fazlasıyla önem vermektedir. Oysa bize göre bu yanlış bir tutumdur. Her hak, özünde siyasal bir nitelik taşımakta ve buna yönelik her müdahale (partizanca siyaset biçiminde dar anlamda değil, fakat geniş anlamda siyaseti [policy] ifade edecek biçimde) siyasal bir müdahaledir. Dolayısıyla başta ifade ettiğimiz üzere insan haklarının bütünselliği dikkate alındığında böyle bir ayrıma girmek yerinde değildir. Sonuç itibarıyla seçim sistemleri, barajlar, seçim prosedürleri, belli kişilerin kategorik olarak seçme veya seçilme hakkından mahrum bırakılabilmeleri de yukarıda yer yer ileri sunduğumuz eleştirilerde ifade ettiğimiz üzere hak ihlaline neden olabilir. Ülkelerin hukuki anlamda tam bağımsızlığının geçerli olmadığı insan hakları çağında, taraf devletin siyasal yapısına müdahale etmeme düsturu hak ihlalini haklı çıkartmamalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki serbest seçim hakkının tam olarak bir insan hakkı olduğundan bahsetmek için, kanaatimizce bu hakkın kullanım alanının yasama organı seçimi ile sınırlı tutulmaması gerekmektedir. Gerçi çalışmamızda da görüldüğü üzere Mahkeme “yasama organına” maddi kriter ekseninde yaklaşmak suretiyle bu konuda dinamik bir görünüm sunmaktadır. Nihayetinde Mahkeme'nin Sözleşme metnini tamamen aşması mümkün değildir. Buna karşın, “serbest seçim hakkının” seçim siyasetinin yürütülmesine ilişkin (örn. Türkiye’ özelinde, Yasama organının yaptığı seçimler veya HSYK seçimleri gibi) tüm alanlara yayılması için yeni bir ek protokol ihtiyacı olduğu rahatlıkla savunulabilir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Olgun, “Seçim Barajı Zarar Veriyor”, **Radikal**, 22.01.2006.

Algan, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.

Altıparmak, Kerem, “YSK Kararını Doğru Anlama ve Yorumlama Kılavuzu”, **Bianet**, 20.04.2011. <http://tinyurl.com/3ftcmko>

Anayurt, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s.142.

Atar, Yavuz, “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, **Anayasa Yargısı**, C. 23, 2006.

- Atay, Ender Ethem, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, **Polis Dergisi**, C.9, S.36., 2003.
- Aybay, Rona, “*İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık*”, **İnsan Hakları**, Korkut Tankuter (haz.), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000.
- Beetham, David/ Boyle, Kevin , **Introducing Democracy: 80 Questions and Answers**, Cambridge: Polity Press, 1995.
- Bogdanor, Vernon, “*Broadening participation in the electoral process*”, **Human Rights Law Journal**, Vol.9, 1988.
- Boyar, Oya, **Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum**, (Yayımlanmamış doktora tezi), İbrahim Ö. Kaboğlu (dan.), Marmara Üniversitesi SBE, 2008.
- Boyle, Alan, “*Human Rights and the Environment: A Reassessment*”, **Fordham Environmental Law Review**, Vol 18, 2008.
- Breen, Claire, **Age Discrimination and Children’s Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Bowring, Bill, “*Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors*”, **KHRP: Kurdish Human Rights Project Legal Review**, S.11, 2007.
- Bröhmer, Jürgen, “*Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Prozeß? Zur Matthews-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*”, **ZEuS: Zeitschrift Für Europarechtliche Studien**, 1999.
- Congleton, Roger D., “*On the Merits of Bicameral Legislatures: Intragovernmental Bargaining and Policy Stability*”, **Democratic Constitutional Design and Public Policy- Analysis and Evidence**, Roger D. Congleton and Birgitta Swedenborg (eds.), Cambridge, Massachusetts, London: The MIT Press, 2006.
- Cremona, John J., “*The Right to Free Elections in the European Convention on Human Rights*”, **Protection des droits de l’homme: la perspective européenne (Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda) / Protecting Human Rights: The European Perspective (Studies in honouour of**

Gérard J. Wiarda), Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag
KG, 2000.

Çağlar, Bakır, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, İstanbul: BFS Yay.,
1989.

Çotuksöken, Betül, “Demokrasi-İnsan Hakları İkilemi”, **Radikal**, (10.12.2007)

Dahl, Robert A., **Poliarchy: Participation and Opposition**, New Haven, Yale
University Press, 1971.

Davis, Howard, **Human Rights Law Directions**, Oxford-NY vd.: Oxford
University Press, 2007.

De Meyer, Jan, “*Electoral Rights*”, **The European System for the Protection
of Human Rights**, R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzol, Dordrecht,
Boston: M. Nijhoff, 1993.

Doğru, Osman, **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa
Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.

Eren, Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum
Düzeninin Gereklere**, İstanbul: Beta Yayınları, 2004.

Eren, Abdurrahman/ Alaskerli, Aleskar, “Azerbaycan Anayasası”, **Yeni
Anayasalar: Bağımsız Devletler Topluluğu ve Baltık Cumhuriyetleri**,
Ankara: TİKA Yayınları, 2005.

Eroğul, Cem, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, Ankara: İmge Kitabevi,
1990.

Eroğul, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa,
Almanya**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2008.

Esen-Arnwine, Selin, “*İspanya’da Siyasal Partilerin Kapatılması: Batasuna
Partisi Örneği*”, **Siyasal Partiler ve Demokrasi**, Ankara: Türkiye Barolar
Birliği Yayınları, 2005.

Golubok, Sergey, “*Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two
Layers of Protection*”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol.
27/3, 2009.

Gözler, Kemal, “*3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal
Örneği*”, **Anayasa Yargısı**, C.19, 2002.

- Gözler, Kemal, **Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma**, Bursa: Ekin Yayıncılık, 2001.
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa: Ekin Kitabevi, 2010.
- Gözübüyük Şeref, Gölcüklü, A.Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Gross, Aeyal M., “*Rights and Normalization: A Critical Study of European Human Rights Case Law on the Choice and Change of Names Notes and Comments*”, **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 9, 1996.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, “*Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Açısından Seçim Barajı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı*”, **EÜHFD**, C. XI, S.1-2, 2007.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, “*Üniversitelerde kılık kıyafet yasaklayan bir kural var mı?*”, **Zaman**, (27.02.2008)
- Herndl, Kurt, “*The Right to Participate in Elections - A Genuine Human Right? Reflections on Article 3 of Protocol No.1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”. In: Benedek, Wolfgang; Hubert Isak und Renate Kicker (Hrsg.), **Development and Developing International and European Law. Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 60th Birthday**. Frankfurt aM u.a. : Lang , 1999.
- Holt, John, **Çocukluktan Kaçış**, İstanbul: Beyaz Yayınları, 2000.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar*” , **TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, 9–13 Ocak 2001, Ankara.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2009.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı**, İstanbul: İmge Kitabevi, 2007.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak**, İstanbul: İmge Kitabevi, 2010.

- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır: DÜHF Yayınları, 1989.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: İmge Kitabevi, 2002.
- Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.
- Karagöz, Kazım, “*Mahkûmların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Yaklaşım*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007.
- Karamustafaoğlu, Tunçer, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara: AÜHF Yayınları, 1970.
- Koçak, Mustafa, “*Halkoylaması Bir Seçim midir?*”, **Radikal**, (25.03.2010)
- Koçak, Mustafa, “*Seçim Sistemleri ve Demokrasi: Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri*”, **Anayasa Yargısı**, C.23, 2006.
- Langford, Malcolm, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comperative Law**, Cambridge University Press, 2008.
- Lestas, George, “*The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the European Convention on Human Rights*”, **European Journal in International Law**, Vol. 15, No.2, 2004.
- Logemann, Anika, **Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften: Die "demokratische Gesellschaft als Determinante der Grundrechtsschranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention**, Baden: Nomos Verlag, 2004.
- Maddex, Robert L., **Constitutions of the World**, 3rd Edition, Washington: CQ Press, 2008.
- Marks, Susan, “*The European Convention on Human Rights and its Democratic Society*”, **British Yearbook of International Law** London: Oxford University Press, 1995.
- Metin, Yüksel: **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara: Asil Yayıncılık, 2008.
- Meyer, Hans: “*Demokratische Wahl und Wahlsystem*”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Gesamtausgabe im Aufbau. Pflichtfortsetzung: Handbuch des Staatsrechts: Band II:**

- Verfassungsstaat**, Josef Isensee-Paul Kirschhoff (Hg.), Heidelberg: C.F. Müller, 2004.
- Miceli, Vincenzo, **Modern Parlamentolar: Parlamento Hukuk ve Siyaseti Etütlerinden**, Ankara: Ulus Basımevi, 1946.
- Mumcu, Ahmet/Küzeci, Elif: **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Napel, Hans Martienten, “*The European Court of Human Rights and Political Rights: The Need for More Guidance*”, **European Constitutional Law Review**, Vol.5, 2009.
- O’Boyle, Michael, “*Electoral Disputes and the ECHR: An Overview*”, **The cancellation of election results (Science and technique of democracy No. 46)**, Venice Commission, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.
- Özbudun, Ergun, **2001 Anayasa Değişiklikleri ve Siyasal Reform Önerileri**, İstanbul: TESEV Yayınları, 2002.
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Özçelik, A. Selçuk, **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri: Umumi Esaslar**, C.I, 1982.
- Richter, Dagmar, “*Das Recht auf Freie Wahlen*”, **EMRK/GG: Konkordenzkommentar zum Europäischen und Deutschen Grundrechtsschutz**, Rainer Grote & Thilo Marauhn (Hg.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2006.
- Sabuncu, Yavuz, “*Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları*”, **Anayasa Yargısı**, S. 23, 2006
- Sağlam, Fazıl, “*2001 yılı Anayasa Değişikliğinin yaratabileceği Bazı sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları*”, **Anayasa Yargısı**, C.19, 2002.
- Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: AÜSBF Yay., 1982.
- Savcı, Bahri, **İnsan Hakları: Kanunilik Yoluyla Korunması**, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1953.

- Sezer, Abdullah, **1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi**, (Yayımlanmamış doktora tezi), İbrahim Ö. Kaboğlu (dan.), Marmara Üniversitesi SBE, 2006.
- Schmidt, Anfred G. Demokrasi Kuramlarına Giriş, M.Emin Köktaş (çev.), Ankara: Vadi Yay., 2002.
- Schauer, Frederick, “*Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*”, **European and US Constitutionalism**, Georg Nolte (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Şirin, Tolga, “*Dicle Kararından Hukuk Anlamak*”, **Bianet**, <http://tinyurl.com/63w8ew2> (24.06.2011)
- Şirin, Tolga, “*Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*”, **Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları**, Selda Çağlar (der.), İstanbul: Beta Yayınları, 2010, ss.113-187.
- Tahmazoğlu-Üzeltürk, Sultan, “*Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri*”, Anayasa Yargısı, C.23, 2006.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Tezcan, Ercüment, **Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.
- Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Teziç, Erdoğan, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, İÜHF Yayınları, 1972.
- Tsebelis, George/ Money, Jeannette, **Bicameralism**, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Uluşahin, Nur, **Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Uygun, Oktay, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, Ankara: İnkılap Kitabevi, 2003.

Uygun, Oktay, “*İnsan Hakları Kuramı*”, **İnsan Hakları**, Korkut Tankuter (haz.), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2002.

Wakely, Lindsey E., “*From Constituent Peoples to Constituents: Europe Solidifies Fundamental Political Rights for Minority Groups in Sejdic v. Bosnia*”, **North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation**, Vol.36, N.1, 2010, s.233 vd.

Yokuş, Sevtap, “*Türkiye’de % 10 Seçim Barajına İlişkin Hukuksal ve Siyasal Tartışmalar*”, **Hukuk ve Adalet: Eleştirel Hukuk Dergisi**, S.11, 2007.

Zimbron, Ricardo, “*The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights*”, *Harvard International Journal Online*, S.10, 2007.