



KÜRESEL BAKIŞ

ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanan Çeviri Hukuk Dergisidir)



YIL: 2, SAYI: 4, OCAK 2012

www.humanlawjustice.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 2146-1376

SAHİBİ

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Hüseyin YILDIRIM

Yargıtay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR

Dr. Yalçın ŞAHİNKAYA

Hâkim

*

EDİTÖR

Burak Cenk İLHAN

Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Hakan ÖZTÜRK

Hâkim

*

YAYIN KURULU

Hüseyin YILDIRIM

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Yargıtay Üyesi

Dr. Fikret ERKAN

Danıştay Genel Sekreter Yardımcısı

Dr. Hasan Mutlu ALTUN

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Ayşe Neşe GÜL

TAA Eğitim Merkezi Müdürü

Mehmet GEDİK

TAA Genel Sekreter V.

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095, Çankaya-Ankara

Tel: 312. 489 81 80 **Faks:** 312. 489 81 01

E-posta: taa@taa.gov.tr

general_editor@yahoo.com

article.makale@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

www.humanlawjustice.gov.tr

*

BASKI

MATUS Basımevi Reklam ve Yay. Tic. Ltd. Şti.

İvedik Organize Sanayi Bölgesi Matbaacılar Sitesi 558. Sokak No:2 İvedik Organize Sanayi - Ankara

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

- 1) Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
- 2) Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılırlar. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- 3) Çevirilerin öncelikle general_editor@yahoo.com adresine veya article.makale@taa.gov.tr adresine gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
- 4) Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle PDF veya metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11,5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- 5) Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelenmek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
- 6) Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- 7) Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
- 8) Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tezcan
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargın
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırcı
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih CENGİZ
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

Laikliğin Anayasallaştırılması, Alternatif Laiklik ya da Liberal Demokratik Anayasacılık	1-48
<i>Çeviren: Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI</i>	
İngiliz Savcılık Sistemi	49-60
<i>Çevirenler: Süleyman TÜR KARSLAN-Mehmet Ali CANAVCI</i>	
Alman Federal İş Mahkemesi Kararı- İşyerine Ait Bilgisayar Programlarının Kullanımının İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshine Yol Açıp Açmayacağı Sorunu.....	61-70
<i>Çeviren: Dr. A. Eda MANAV</i>	
Avustralya'nın İnsan Hakları Yasama Gündemi.....	71-90
<i>Çeviren: Aydın ELİEYİOĞLU</i>	
Yaşa Dayalı Ayrımcılığa İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı.....	91-106
<i>Çeviren: İsra TORUN UZUN</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Ahmet Tuncay Özkan / Türkiye Kararı	107-120
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Şişman ve Diğerleri / Türkiye Kararı	121-136

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veritabanı :



**LAİKLİĞİN ANAYASALLAŞTIRILMASI, ALTERNATİF
LAİKLİK YA DA LIBERAL DEMOKRATİK ANAYASACILIK
Türk Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve
Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin “Laikliğe İlişkin Kararlarına”
Eleştirel Bir Bakış**

Veit BADER*

*Çeviren: Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI***

ÖZET

Laikliğin anayasal statüsü ile ilgili son tartışmalarda üç durumu ayırdedebiliyoruz. Birincisi, çoğu liberal demokratik anayasada anayasal laikliğin daha sağlam bir teorisini geliştirerek “laiklik”in yokluğunu aşmaya çalışır. İkincisi “alternatif laiklikler” teorileri geliştirmektedir. Üçüncüsü, bu makalede savunulan, laikliği, “kakafonik” bir kavram olarak anayasal ve yasal terminolojiden bırakmamız ve bunu liberal demokratik anayasacılık ile değiştirmemiz gerektiğini tartışmaktadır. Türk ve Hindistan yüksek mahkemelerinin ele aldığı laiklik davalarının karşılaştırmalı bir çalışmasına dayanan, laikliğin oniki farklı anlamına yer verilen bir analitik sınıflandırma geliştiriyorum. Bu sınıflandırma, sözkonusu örneklerin birbirleriyle ve liberal demokratik anayasaların özü ile bağdaşmadığını göstermektedir. Ayrıca, Türk ve Hint uygulaması bağlamında ilgili kararlar eleştirilmektedir. Özellikle “militan demokrasilerde” laiklik ilkesine yönelik ilgi, liberal ve demokratik anayasal esaslara düşman bir hale dönüşmektedir. Çalışma, anayasa yargısı ve yargısal aktivizm üzerine bazı normatif önerilerle sona ermektedir.

Anahtar kelimeler: Anayasal laiklik, liberal-demokratik anayasalar, anayasa yargısı, takdir yetkisinin sınırları, militan demokrasi

* Bu makale ilk defa Utrecht Hukuk Dergisi'nde (Sayı 6, No 3, Kasım 2010) yayınlandı ve yazarın izniyle Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nde yeniden yayınlandı. Amsterdam (Hollanda) Üniversitesi, Sosyal ve Siyasal Felsefe (İnsani Bilimler Fakültesi) ve Sosyoloji (Sosyal Bilimler Fakültesinde) Emeritüs profesör (profesörlerin üniversite ile akademik bağlarının süresiz devam etmesini de sağlayan unvan), email: V.M.Bader@uva.nl. Kritik yorum ve önerileri için Christian Moe, Ahmet Akgündüz, Yolande Jansen, Bas Schotel, Gunes Tezcur, Asli Bali, Werner Menski ve bu makalenin ilk versiyonunu sunduğum Yeni Delhi, Utrecht ve İstanbul'daki konferanslara katılanlara teşekkür ederim.

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

1) Önsöz

Son zamanlarda sosyal bilimlerden olan laiklik üzerine olan hararetli tartışmalar, sosyal bilimlere, politikaya ve gittikçe de artarak politik teoriye ve de ayrıca yasal teoriye, anayasaya ve karşılaştırmalı anayasaya bulaşmıştır. Genel olarak konuşursak “laik” kelimesini veya laikliği kültürel sözlüğümüzden çıkartabilmek için elbette ki çok geç kalmış olabiliriz. Bununla beraber benim savım (görüşüm) şu ki; bu kavram için daha önce de çokça yapılan çekişmeler (tartışmalar)¹ bana pek inandırıcı gelmiyor. Normatif teorinin amacı için ve özellikle anayasa ve hukuk bilimiyle uğraşan insanlar için, bu makalenin odak noktasında (makalede) laikliğin tüm normatif kavramlarının liberal demokrasi² adına kaldırılmasını öneriyorum. Çünkü konuları laiklik ve laiklik alternatifleri ile ele almazsak ahlaki ayrılıkların daha rahat üstesinden gelebileceğimize ve anayasal, yasal, hukuk, kurumsal ve benzeri problemleri daha rahat çözümlenebileceğimize inanıyorum.

Laikliğin anayasadaki durumuna gelecek olursak aynı savı paylaşan üç durumdan bahsedebiliriz (...) en liberal demokrasilerde bile (...) laiklik anayasada ve hukuk biliminde³ tam olarak belirgin ve tanımlı değildir ve anayasal değerlerde tam karşılığı yoktur. Laikliğin hangi anayasal kategoriye dahil olduğu veya altında yatan değer ne olduğu tam olarak belirgin değildir.⁴

Andras Sajo (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’de hâkim ve Budapeşte’deki Orta Avrupa Üniversitesi Profesörü) tarafından canlıca ve sözünü sakınmazca savunulan ilk durum, en liberal demokratik anayasalardaki⁵ laiklik eksikliğini üstesinden gelmeye çalışıyor ve güçlü bir

¹ C. Taylor, “Önsöz, Laiklik nedir?” G.B Levey: Laiklik, Din ve Çoklu-Kültürlü Vatandaşlık, 2009, sf: XI bak: A. An-Na’im, “Devlet İslamcı Olamaz, Laik Olmak Ne Demektir?” Konferans sayfası, 2008, İstanbul Temmuz 6-9, sf. 6-8.

² V. Bader, “Dini Çoğulculuk. Laiklik veya Demokrasiye Öncelik?” 1999 Siyaset Teorisi, sayı 5, sf. 597-633; V. Bader, “Laiklik, Halk Sağduyusu veya Ortalama Kavgacı Demokrasi?”, G.B. Levey & T. Modood (ve diğerleri), Laiklik, Din ve Çoklu-Kültürlü Vatandaşlık, 2009, sf. 110-135.

³ A. Sajo, “Anayasal Laiklik Kavramı İçin Önkoşullar”, 2008 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 6, sf. 617; Bak L. Zucca, “Laik Devlet Krizi – Profesör Sajo’ya Karşılık”, 2009 sayı. 3, sf. 499, 504 sonra gelen kelimeler.

⁴ Bak Sajo 2008, dipnot 3, sf. 621. Bak G. Stopler’in aksi yöndeki görüşü, ‘Batılı Liberal Devletlerdeki Anayasal Laiklik ve Şeriat Mahkemeleri’ Konferans Gazetesi İstanbul, 24-26 Eylül 2009, sf. 4.

⁵ Sadece bir grup azınlıkta kalan anayasalar devletin laik olmasını emreder: Fransa, Polonya, Portekiz, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Meksika, Hindistan ve Afrika’daki birkaç devlet ve Eski Sovyet devletlerinin çoğu (bak. J Temperman, Devlet-Din İlişkileri ve İnsan Hakları Hukuku, yayınlanmamış taslak, Mart 2009, sf. 125 sonradan gelen sayfalar) bu durumlarda Anayasa Mahkemeleri eğer laikliği tamamen yok sayarsa elbette ki zorluklar yaşayacaklardır fakat anayasal

normatif teoriye veya uygulanabilir anayasal laikliğe sahip olmayan çoğu demokrasinin savunmasız anayasalarını güçlü (baskın) dinlerden korunmak için daha dayanıklı bir anayasal laiklik teorisi oluşturarak var olan karmaşayı ortadan kaldırmaya çalışıyor. Anayasa insan aklına (mantığına) ve ulusal egemenliğe dayanır. İlk faktörde insani mantığın görevleri yasalara entegre edilir ve ilahi (tanrıyla ilgili) mantığın kabullenilebilirliği hiçe sayılır. İkinci faktörde ise laiklik dışı tüm yasalar yok sayılır. Bu faktörlerle yönetilen sağlam bir millet kendi devletiyle ilgili hudutları her daim gözetebilir.⁶

İkinci durum ise laikliği tamamen bağlamsallaştırarak⁷ saldırgan, güçlü, hoşgörüsüz, art niyetli, bir tutum yerine pasif, ortalama, yenilikçi, zayıf şeklinde “ılımlı” bir laiklik teorisi ve bunlardan türemiş bir anayasal düzen öneriyor. (Bhargava, Modood, Jacobshon, Shankland-Hurd veya politikada Türk AK Parti)

Üçüncü ve biraz daha radikal olan durumda ise laiklik ve tüm çeşitleri sert bir dille eleştiriliyor veya başka bir deyişle laikliği anayasa terimlerinden çıkarıp yerine liberal-demokratik bir anayasal düzen⁸ yerleştiriliyor.

Benim ana nedenlerim ise: Öncelikle laiklik sadece bariz bir şekilde bulanık⁹, çok yönlü ve tüm diğer temel konularımız gibi kendisi ile çelişen bir konu değil, aynı zamanda bulanık, değişken ve büyük ihtimalle insanı yanlış yöne yönlendirebilecek bir konudur. Eğer biz devlet din ilişkilerini daha az karmaşık bir şekilde tartışabilmek istiyorsak, bunu tüm konuları laiklik lisanında konuşmamalıyız. İkincisi, anayasa ve anayasal hukuk bilimi bu konuları hem haklar ve birinci derece ilkeler cinsinden hem de

değişikliklerin engellenmesine izin verilmemelidir (Türkiye’de olduğu gibi, bak, aşağı) veya bu terimi kullanmadan ne demek istediklerini daha iyi açıklayabilirlerdi ve bunu göstermek istiyorum.

⁶ Sajo dipnot, sf 607, 620 ve 605.

⁷ Sosyal bilimlerde laikliğin kavramsallaştırılması ve laikliğin değişik kavramsal ve normatif kullanışlarının tarihsel ortaya çıkış ve yapısal durumlarını özellikle siyasi projelerde tanımlamak, mukayese etmek ve açıklamak için günden güne gelişen bir araştırma programıdır. (J. Casanova, “Sivil toplum ve Din”, 2001 Sosyal Araştırma, sayı 4, sf. 1041-80)

⁸ Cardozo Hukuk Dergisi’nin son sayılarında yayınladığı yazısının giriş bölümünün sonlarına doğru Michael Rosenfeld, bizim, “dine yapılan anayasal muamelelerin geleneksel kavramaları ve görüşleri” hakkında “yeniden düşünmek ve yeniden üzerinde çalışmak” ve hatta “tamamen bir kenara koyup değiştirmek” zorunda kalacağımızı iddia ediyor. (M. Rosenfeld, “Sempozyum: Dini Diriliş Zamanında Anayasacılık ve Laiklik: Küresel ve Yerel Kökten Dincilik Mücadelesi”, 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6. “Giriş: Küreselleşme ve Dini Diriliş Çağında, Anayasacılık, Laiklik ve Din Barışabilir Mi?” sf. 68) fakat, semptomik olarak hiçbir yazar laikliğin değiştirilmesini hiç düşünmemişlerdir.

⁹ Bak. Sajo dipnot 3, sf. 617 ve 608.

altında yatan değerler (anlamlar) ve ikinci derece ilkeler tarzında bize sunmaktadır.

Üçüncüsü, gerçekten önemli olan konu hükümetlerin modern veya laik olması değil, liberal veya demokratik olup olmamasıdır veya bir diğer deyişle, azınlıkların, liberal azınlıkların, demokratik azınlıkların değerlerini koruyup isteklerini karşılayabilmek için anayasal, kurumsal ve politik kararlar alıp bu kararlara uygun politikalar ve poliçelerle bu kararları desteklemektir. Popüler sistem lisanı teorisine göre, anayasanın gözünde en önemli görüş ayrılığı, laikliğe dindarlık ile değil, liberal ile, liberal olmayan ve demokratik ile demokratik olmayanlar arasındadır. Bu insana laik ve dini rejimler (yönetimler) arası uygunsuzlukları (tatarsızlıkları) ve liberal ve/veya demokratik rejimler arası bağlamsal ve ideolojik farklılıkları araştırma ve saptama fırsatı sunar.

Dördüncüsü, anayasal laiklik kuralları insana inceleme fırsatı tanımaz bunun yerine laikler ve liberal demokratikler arası derin ve ciddi gerilimi görünürde ortadan kaldırır (örneğin Türkiye).

Beşincisi, anayasal laiklik, liberal oluşum ve demokratik oluşum arasındaki yapısal gerilimi gizlemeye meyillidir ve bu ikisi arasındaki hassas yapıyı gündend güne çürütür. Özellikle Hindistan ve Türkiye gibi militan demokrasilerde durum daha dikkat çekicidir.¹⁰

Önsözümü bitirirken ahlaki ve politik felsefenin, politika ve yasa teorisinin ve anayasa kanunlarının benim yaklaşımımın nasıl bir araya getirilebileceğini özetlememin uygun olacağını düşünüyorum.

Öncelikle ben ahlaki değerlerden ayrıştırılmış bir teori savunmaktayım.¹¹ Yozlaşmayı, güvenlik (yaşama hakkı, özgürlük, bütünleşmiş bir toplum, şiddete karşı korunma, minimum dava işletim vergileri, saygısızlığa karşı minimum tolerans) ve geçim sıkıntılarını düzenlemeler getirerek ortadan kaldırmayı hedeflemekteyim. Ahlaki değerlerin ve yasal asgariyetin (minimalizm) muhafaza edilmesi, asgari (minimal) hoşgörüyeye sahip devletler ve tamamen hoşgörüsüz devletlerin birbirinden ayırt edilmesine yarayabilir. Fakat bu tüm devletlerin liberal veya demokratik olduğu veya olması gerektiği anlamına gelmez. Liberal demokratik ahlaki değerler, çok fazla şey talep etmesine rağmen yine de minimalistdir. Gereksinimleri toplumsal ve politik eşit (adaletli) yasal haklar ve kanun önünde eşitlik,

¹⁰ P. Macklem, "Militan demokrasi, yasal çoğulculuk ve hür irade paradoxu", 2006 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 3, sf. 488-516.

¹¹ Bader, 2007, dipnot 3, bölüm 2.

özgür seçme ve seçilme hakları, politikada iletişim özgürlüğü, modern ayrımcılık karşıtlığı (saygıda eşitlik) hakları ve bireysel tolerans (vicdani özgürlük ve inanç özgürlüğü) haklarıdır. Ayrıca bunlar minimalist ahlaki değerleri çiğnememek koşulu ile ne şartlarda olursa olsun savunulmalıdır. Minimalist veya zayıf liberal demokratik ahlaki değerler, çok daha fazla talepkâr olan eşitlikçi demokratik ahlaki değerlerden farklıdır. Çünkü bu eşitlikçi demokratik ahlaki değerler eşit sosyoekonomik ve adil kültürel haklar ve fırsatlar –adaletli gelir dağılımı ilkeleri ile sosyoekonomik ve politik fırsat eşitliği sağlanması- ve kültürel tek ellilik haklarına sahip olmalıdır. Ayrıca bu talepkâr ütöpik düşünce, ahlaki değerlerin çiğnenmemesi koşuluyla savunulmak ve muhafaza edilmek zorundadır. Ayrıca bu iyi bir yaşam yolu – özerk, seçimlerinde özgür ve şeffaf – ve kültürel ve ruhani seçimlerinde özgürlük gerektiren felsefecilerin kapsamlı ahlaki liberalizm dedikleri şeyden ayrı tutulmalıdır.¹²

İkincisi, bu kısa önsözüm bana liberal demokratik laiklik hakkında yasal ve kurumsal olarak ne kastettiğimi özetleme fırsatı sunuyor. Bilindiği üzere liberal demokrasi, liberal- demokratik laiklik gibi tarih sahnesine geç girmiş ve uzlaşmalara sürekli itiraz edilmiş bir teori ve politikadır. Liberal laiklik dendiği zaman ben herhangi bir modern laiklik formunun ana elementlerini içinde barındıran bir laiklik formu algılıyorum: Toplumsal hakların tümü, (devleti ve insanların haklarını koruyan haklar) yasa kuralı, güçlerin ayrımı (dengesi) azınlık haklarının muhafaza edilmesi, yazılı veya sözlü anayasa, anayasa mahkemeleri ve adli görüş. Liberal laiklik yaşam/güvenlik ve kişisel özgürlükler arası gerilime neden olmaktadır. Demokratik laiklik denildiği zaman ise ben özgür ve eşit politik haklar (politik iletişim, oylama ve kendini tanıtmaya özgürlüğü) parlamento ve yönetimler arası demokratik seçimler, sorumluluk sahibi yönetimler, demokratik çoğunluk ve adil bir şekilde sınırlandırılmış anayasa ve eğer varsa anayasal görüş algılıyorum. Liberal demokratik laiklik bu kadar minimalist anlayışla bile çok ciddi gerilimlere¹³ neden olmaktadır. En bilinenleri ise demokratik çoğunluk ile toplum haklarının müdafası ve azınlık haklarının korunması arasında olanı ve demokratik yasallığı azaltan yüksek yetkili anayasa mahkemeleri (liberal ve neo-liberal adli aktivite) ve anayasa mahkemelerine olan demokratik güvenin sarsılması arasında olan ve yasal olarak çoğunluğu temsil edenlerin politik alanları-

¹² Sajo tarafından şevkle savunulmuştur, dipnot 3, sf. 624-27.

¹³ N. Walker, "Anayasacılık ve Demokrasi Çerçevesi: Yinelemeli Bir Gerilim", yakında yayınlancak (2010) Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, sayı 3.

na karşı adli aktiviteler arasında olanıdır. Ben geniş uluslararası insan hakları çoğulculuğuna karşı liberal demokratik anayasacılığın minimalist fikirlerini savunmaktayım.

Üçüncüsü, bu nedenlerden dolayı liberal demokratik anayasa –bu ismi açıkça hak eden tüm liberal demokratik anayasaların ana kuralları ve kurumsal anlaşmaları- ile politik felsefe ve politik ideoloji olarak liberalizmi, diğer perspektifleri (görüşleri) ve şu anda batıda liberal demokrasi olarak bilinen rejimleri bulandırmamak adına birbirinden ayırtırmak önemlidir¹⁴. Benim görüşüme göre aynı asgari düzeyde hoşgörülü rejimler gibi asgari ahlaki değere sahiptir. Hoşgörülü devletler bir batılı icadı değildir ve benim liberal demokratik anayasa hakkındaki yorumum, –eğer hakların ihlali engellenebilirse- klasik ve neoliberalizmde vurgulanan, özgürlük, eşitlik, kardeşlik, dayanışma gibi öğelere daha çok açıktır. Liberal demokratik anayasanın kuralları birbirleriyle çelişki içindedir ve kaçınılmaz olarak bir karara bağlanamaz durumdadır ve çeşitli kurumsal rejimlere (Hindistan gibi batılı olmayanlar) ve bunların alternatiflerine (birleşik demokrasiler gibi) olanak sunar. Bunlar liberal demokratik anayasacılığın baskın (başlıca) kimliklerinin kapitalist ekonomiler, refah rejimleri, temsili demokrasiler, veya kurumsal geleneksel batı tarafından eleştirilmesine neden olur.

Dördüncüsü, liberal anayasa dahil tüm anayasalarda birbirleriyle çelişen haklar ve ilkelerin var olduğu anayasa hukukçuları arasında bilinen bir gerçektir. [örneğin güvenlik/yaşam hakkı ile bireysel özgürlük hakları, bireysel özerklik ile toplu (birleşik) özerklik, ifade özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı] Buna rağmen çoğu ahlaki ve politik filozof (düşünür) bu relativitenin (göreceliğin) üzerinden gelebilmek için yazılı içerikten bağımsız bir ilkeler hiyerarşisi veya tüm bu konuları tek bir ahlaki ve yasal çözüme/karara bağlayabilecek tek, derin ve uzlaştırıcı temel bir kurumsal ilke bulmak gerektiğini düşünmektedirler. Benim de içinde bulunduğum az bir gurup ahlaki çoğulculuk savunucuları ise bu ahlaki tekilcilerin her iki düşüncesinin de sadece uygulamada değil aynı zamanda da teoride bile başarısızlığa mahkûm olduğunu düşünmekteyiz; yazılı içerikten ba-

¹⁴ R. Bhargava, "Neden Laik Demokrasi Değil?", 2009 Etnisite sayı 4, sf. 553-560. Elbette ki sadece laiklik değil aynı zamanda liberalizm de çok geniş, çok anlamlı, muğlak, belirsiz ve kakafoniktir; liberalizm de tartışmalı ve çok çeşitli bir politik felsefedir ve hatta daha çok çeşitli ve tutarsız bir siyasi ideolojidir (sf. 559). Bu, sınırları belirlenmemiş ve yarışan yorum ve uygulamalara açık olsa da, "laiklik" ve "liberalizm" ile karşılaştırıldığında nispeten istikrarlı, açık ve sabit bir anlamı olan liberal-demokratik anayasacılık, haklar ve çekirdek kurumlar konularına odaklanmanın nedenlerinden birisidir.

ğimsız bir ilkeler hiyerarşisi yoktur ve hiçbir zaman da oluşturulamaz ve kurumsal stratejiler çatışmaların daha derin bir düzeyde yinelenmesine neden olur. Yine de biz relativite (görecelik) cehennemine mahkûm değiliz. Çünkü, şu an için bizim iyi fakat tekrardan gözden geçirilip düzeltilbilir içeriksel nedenlerimiz var ve biz daha iyi veya kötü birbiriyle çelişen haklar ve ilkeler dengeleri bulabiliriz.

Beşincisi, birbiriyle çelişen haklar veya birinci seviye yasalar için içerikten bağımsız cevaplar bulabilmenin bir yolu da daha genel ve tam olarak tanımlanmamış ikinci seviye ilkelere başvurmaktır. Eğer laiklik Sajo tarafından tanımlandığı gibi, bir birinci seviye anayasal ilke değil ise, onu biz hakları dengelemek için bir yol gösterici olarak kullanabiliriz. Biz normalde sadece devlet düzenine, ahlaki değerlere veya orantısallığa başvurmuyoruz. Aynı zamanda bir takım ilkelere de başvuruyoruz. Mesele; (en sevdiğim parantez içerisinde) (gömülü sistemler), bütünsellik, (ilişiklilik), tarafsızlık veya eşitlik (kültürel meselelerde çift taraflılık) ve ayrıca, bir takım soyut ilkeleri de yok saymıyoruz. Yine de bunu çok dikkatli bir şekilde yapmalıyız. Çünkü bunlar anayasal haklar ve ilkelere kıyasla daha yüksek seviyeli şekilde sınırlandırılmıştır (adalette yüksek gizlilik ilkesi). Ayrıca bu konuda olabildiğince eli sıkı olmalıyız; sayılarını minimum düzeyde tutmalıyız. Benim görüşüm o ki laiklik, belirsiz bir şekilde, az önce bahsedilen ya da açıklanan diğer ilkelerle çok daha rahat bir şekilde ifade edilebilecek, yüksek miktarda çift anlamlılık, belirsizlik ve uyumsuzluk taşıyan bir şeydir. Yükümüzü hafifletemeyeceği gibi tüm makul dengeleri bozuntuya uğratar ve temelini çürütür. Kısa bir zaman içinde bunun yanlış bir ikinci seviye ilke olduğu ortaya çıkacak ve ben bunu göstermek istiyorum.

Altıncısı, ahlaki değerler ve politik felsefede sıkı bir kurumsalcılık karşıtı biri olarak ben, bizim ahlaki değer farklılıklarımızdaki anlaşmazlıklarımızı minimize etme şansımızın en az derin, genel ve evrensel ahlaki değer ilkeleri (anlaşmalarda, doğada, idrakda/muhakemede, ifade şekillerinde, ihtiyaçlarda, ya da neye sahipsensiz) üzerine olan yasal ve anayasal tartışmaları minimize etme şansımız kadar yüksek olduğunu düşünüyorum. Yani Sajo anayasal doktrinin sadece politik bir anayasal teori olmayıp hukuk bilimi ile ilgili bir konu olduğu hakkında elbette ki haklıdır. Fakat, onun anayasal laikliği açıkça hukuk bilimi ile ilgili bir konu değildir ve o iddia ettiği alçak gönüllü hukuk bilimi ilgisi sözüne bağlı kal-

mamıştır¹⁵. Bunun yerine, kişisel otonominin daha talepkâr bir versiyonunu ve insan mantığının laikliğin epistemolojik (bilgi kuramsal) ön durumu olarak kullanılmasını ortaya atmıştır¹⁶. Aydınlanma üzerine bir takım spekülasyonlar yapmış ve dinin sosyolojik yayılımı ile ilgili olasılık dışı bir yolda Zucca ile fikir birliği yapmıştır¹⁷. Çok ötelere gitmek yerine ben kurumların bilgeliğine ve haklara ve yasanın disiplinine ve hukuk bilimine ve günlük anayasal ve yasal tartışmalara güvenmeyi tercih ediyorum.

Son olarak nasıl devam edeceğim hakkında birkaç kelime... Öncelikle, anayasa mahkemelerinin laiklik ilkeleri hakkında tanınmış ve çokça itiraz görmüş hükümleri üzerinde duracağım. Benim hedefim bir taraftan anayasal temyizler ve laikliğin hukuk bilimsel kullanılışı diğer taraftan ise, liberal demokratik anayasalcılığın temel ilkeleri ve hakları, daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, laiklik ve demokratik anayasa, arasındaki gerilimi göz önüne sermektir. Çünkü laiklik ve liberal anayasa arasındaki gerilim zaten yeteri kadar analiz edilmiş (örneğin; Fransız Yüksek Mahkemelerindeki tanınmış davalar üzerine olan yorumlar, Türk Anayasa Mahkemeleri ve AİHM hükümleri)¹⁸ fakat önceden pek fazla dikkat çekmemiştir.

İkincisi, batılı olmayan iki ülkeye odaklanacağım¹⁹; Türkiye ve Hindistan ki bu ülkeler, laikliğin değişik şekillerini tanımış ve anayasalaştırmışlardır. Fakat aynı zamanda militan demokrasi uygulamalarına sahiptirler. Militan demokrasi sivil ve politik özgürlükleri önceden bir kısmını kısıt-

¹⁵ Sajo 2009, dipnot 3, sf. 518 ve 519.

¹⁶ Sajo 2008, dipnot 3, 2008, sf. 624 sonradan gelen sayfalar. Ayrıca bak. A. Sajo, "Anayasacılık ve Laiklik: Kamusal Sağduyu İhtiyacı", 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2414 sonradan gelen sayfalar.

¹⁷ Sajo 2008, dipnot 3, sf. 612, 618; Zucca, dipnot 3, sf. 496-504. Stopler, dipnot 4, sf. 10, "popüler hükümdarlık" konusu hakkında Sajo ile aynı düşüncede olup, "güçlerin ayrımı" ve "tüm insan hakları" konularını "laikliği haklı çıkarmak" adına temel değerler olarak gösteriyor. Tüm yazarların anayasal ilkeler ve hakları haklı çıkarmak adına laiklik ilkesine başvurmaları ve çemberi laiklik ilkesini diğer anayasal hak ve ilkelerle haklı çıkarmaları hem ironik hem de semptomatiktir.

¹⁸ AİHM'nin Kokkinkakis'den (1993) Refah'a (2003) U-dönüşü hakkında bak. F. Tulkens, "İnsan Hakları ve Kilise Din İlişkileri Üzerine Avrupa Komisyonu: Çoğulculuğa karşı Çoğulculuk" 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2572-2591. Ayrıca bak. I. Leigh, "AİHM ve Dini Tarafsızlık", Bristol'daki bir konferansta sunulmuş fakat yayınlanmamış yazı, 18 Mayıs, 2010.

¹⁹ Karşılaştırmalı anayasacılık genellikle Batılı ülkelerle ilişkilendirilmiştir. (Ayrıca bak. Bader 2007, dipnot 2, bölüm 1, 4 ve 5) Bu harici odaktaki önemli istisnalar; D. Horowitz, "Kuran ve Ortak Hukuk: İslami hukuk reformu ve yasal fırsat şansı", 1994 Amerikan Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi sayı 2, sf. 233-293; G. Jacobsohn, Yasa Tekerleği. Karşılaştırmalı Çerçveden Hindistan Laikliği, 2003; K. Meerschaut, Diversiteit en Recht, 2006, doktora tezi, Vrije Universitesi Brüksel.

layarak bu özgürlükleri koruyan bir anayasal demokrasi çeşididir. Demokratik geleceğine yönelik tehditlerle savaşmak için bir demokratik devletin militan ve baskıcı bir üslup kullanması paradoksal bir yöntemdir²⁰. Almanya, İtalya, Fransa, Polonya, Bulgaristan, İspanya, Macaristan ve Ukrayna gibi birçok Avrupa ülkesinin anayasalarında ırkçılık, faşizm, sağcılık, solculuk ve nasyonel terör şiddeti gibi konulara yönelik güçlü militan demokrasi formlarının var olduğunu biliyoruz. Fakat hiçbirinde laiklik bir tartışma konusu olmamıştır. Türkiye ve Hindistan dini şiddete neden olan ya da olabilecek tehditlere karşı militan demokrasiyi çok önceden benimsemişlerdir ve anayasa mahkemeleri içlerinde çok önemli dersler çıkarabileceğimiz ilginç davalarla doludur.

Benim özenle seçilmiş odak noktam olan iki ülke yalnız başlarına laikliği liberal demokratik anayasacılık ile neden değiştirmemiz gerektiğini makul bir şekilde göz önüne sermeye yetmeye bilir. Türkçe laiklik daha yaygın bilineni Fransızca laïcité çoğulcu, kapsamlı ya da ortalama değildir ve alternatif laiklik savunucuları (Kemalistler) bunun iyi bir ilkenin kötü bir şekilde bozuntuya uğramış hali olduğunu söyleyebilir.

Hindistan'daki durumda ise, bu durum bizim konumuzla daha dikkate alınabilir. Çünkü, Hint Anayasası batılı anayasalara kıyasla daha uygulanabilir hatta tercih edilebilir alternatif laiklik modeli olarak görülür.²¹ 1999'da, anayasal tartışmalarda laikliği neden ikincil seviye ilke olarak kullanmamızın daha iyi olacağını gösterebilmek için Amerikan laikliği (tartışmaya açık olmakla beraber kapsamlı, çoğulcu, pasif ve ortalama laikliğe en iyi aday) hakkında çalışmalar yapmıştım. Amerikan pasif laiklik savunucuları ve aynı zamanda yüce adalet mahkemeleri çok uzun zamandır iki farklı düşünce yapısına sahiplerdir: Bütüncülük (birleşimci-

²⁰ Macklem dipnot 10, p. 488 Lowenstein'den alıntı. Bunun geleneksel tezahürü nefret söylevi yasaları, politik partilerin yasaklanması, kitle gösterilerin sınırlanması ve belirli organizasyonların yasadışı ilan edilmesini içerir. 9/11 den sonra kendini daha fazla göstermeye başlamıştır. Hatta hiçbir militan demokrasi çeşidini barındırmayan ABD de bile. Aynı zamanda yaşamaya yetkisi olan ve politik ve sivil hakları koruması gereken merciler bile bu konuları ciddiye almaya başlamıştır. Aşırıya kaçan siyasi gündem, barışı, güvenliği ve siyasi düzeni tehdit eden konularla savaşmayı kendine görev edinmiştir. Bu girişimler ifade, fikir beyanı, dini inanç ve topluluk özgürlüğü gibi, bireysel insan haklarıyla demokratik korunma bahanesi altında sürekli çatışma halindedirler (sf 489) kümülatif bir etkiye neden olmaya meyillidirler.

²¹ Bak. R. Bhargava, "Politik Laiklik: Hint versiyonundan neler öğrenebilir?" G. B. Levey ve diğerleri. (sonraki sayfalarda) Laiklik, dini inanç ve çok kültürlü vatandaşlık, 2009, sf. 82-109. Bak. "Amerikan Laikliği": Bader 1999, dipnot 2, sf. 603-607; Bak. K. Wald, Amerika'daki Din ve Siyaset, 2003; A. Kuru, "Pasif ve Agresif Laiklik. Dine Karşı Tarihsel Durumlar, İdeolojik Çekişmeler ve Devlet Politikaları" 2007 Dünya Siyaseti 59, sf. 568-94, bölüm sf. 579'dan sonraki sayfalar.

lik), ayrılıkçılık ve laiklik bu konuları karara bağlayabilmek için aydınlatıcı şeyler değildir.

Bölüm ikide, Türkiye ve Hindistan'daki adli hükümleri kısaca tanımladım. Bölüm üçte, anayasal laiklik nedir? Bu kelimedede neler gizli? Laikliğin pandora kutusunu açıyorum ve yüce mahkemelerin kararları (adaletleri) tarafından laikliğin yalanlanması ve normatif kullanımlar, kötüye kullanımlar (suistimaller) ve içsel gerilimler üzerine konuşabilmek için seçilmiş davalardan çıkartılmış, genelleştirilmiş ve bulgusal çalışmalar yapılmış, laiklik kelimesinin çeşitli ve birbiri üzerine binen oniki farklı anlamının analitik sınıflandırılmasını sunuyorum. Okuyucuya laiklik çeşitleri hakkında bir ön izlenim sunabilmek adına laikliğin oniki anlamını içeren bir tablo yerleştiriyorum.

Tablo 12: Birbirinden farklı (aynı olmayan) laiklikler

Laiklik Çeşitleri	Normatif Problemler
Laiklik 1) devlet laikliği veya devletin (organize) dinlerle olan ilişkisel otonomisi	Teokraziye ve dini kanunlara muhalefet; laiklik ≠ normatif laiklik
Laiklik 2) dinin birleşmiş özgürlükleri (kolektif (toplu) tolerans) (Liberal 1) ; ikinci otonomi	Modernleşme ve modern laik devletlerle sık sık tartışma, takışma
Laiklik 3) vicdani özgürlük ve bireysel inanç özgürlüğü (Liberal 2)	Topluluk ve bireysel özgürlükler arası gerilim (liberal anayasalarda olağandır)
Laiklik 4) dini azınlıkların dini çoğunluklardan (ve laiklerden) korunması	Demokrasi ile gerilim halinde olan liberal/limitli devlet (Liberal demokratik anayasa'da tarihi/teorisel uzlaşma)
Laiklik 5) demokrasi veya politik laiklik; çoğunluğun egemenliği + herkese eşit politik statü/haklar	Demokratik laiklik; politik iletişim özgürlüğü genelde laiklik ile gerilim halindedir
Laiklik 6) politik iletişim özgürlüğü; dahili yada harici laiklik (laik nedenler)	Yasal kısıtlamalara (şiddete/nefret söylemlerine karşı) kamusal (ortak) akılın kısıtlanması
Laiklik 7) sosyal veya sosyalist devlet = laik devlet?	Herkese yaşamını devam ettirebilmek için asgari geçim hakkı ≠ hayır kuruluşları; inanç tabanlı kuruluşlar ve karışık refah rejimlerine karşı devlet tekeli
Laiklik 8) katı tarafsızlığa karşı ilişkisel tarafsızlık, ilkesel mesafe	Saldırgan, düşman, güçlü laikliğe karşı dostane, pasif, nazik, zayıf laiklik
Laiklik 9) katı ayrılmaklılık veya ne? (kurumsal düzenlemeler; sınırlı yasal çoğulculuk)	Asgari ayırım eşik değeri; seçilmiş işbirliği çeşitlemeleri; herkes için tek yasa veya sınırlı yasal çoğulculuk
Laiklik 10) en yüce (iyi) yaşam yolu için etik laiklik (kapsamlı ahlaki değer liberalizmi)	Politik liberalizm ve ortalama liberal mükemmeliyetçilik karşıtlığı
Laiklik 11) haklı gösterici veya kurumsal laiklik (humanist veya laik)	Ortak bölge (Ashoka'dan Ghandi'ye) veya üst üste binen mutabakat (dar veya geniş/derin) oy birliği
Laiklik 12) öyküsellik ötesi veya reka-betçi sembolik evren	Dini özgürlüklerle uyumsuzluk ve çoğulcu demokrasiye açıklık

Dördüncü bölümde laiklik nasıl çalışır (işler)? seçilmiş davaların kararları hakkında bağlamsallaştırılmış (genel durum haline gelmiş) kritikleri (yorumları) kısaca sunmaktayım. Son sözlerimde anayasalaştırılmış laiklik veya bağlamsallaştırılmış (genel durum haline gelmiş) liberal demokratik anayasada, ben görece hümanist bir düşünce olan liberal anayasacılığın ve bunun sonuçlarının, anayasa mahkemelerinin ve yasal aktivite üzerindeki limitli, minimalist fakat çok önemli rolü hakkında olan düşünceleri savunacağım.

2) Türk ve Hint Anlayışında Anayasa Mahkemeleri'nin Laiklik Üzerine Kararları

Önceden de belirttiğim gibi, Türkiye ve Hindistan hatırı sayılır benzerlikler göstermektedirler. (i) Ana tartışma konusu olarak, laiklik ilkesinin tahmin edilebilir ihlalini kullanarak militan demokrasinin agresif bir versiyonunu kullanıyorlar. (ii) Dominant dinlerin temelci ve totalist olduğu ve liberal anayasacılığı tehdit ettiği hakkında itiraz edilmiş fakat tanınmış bir görüşe sahip olmak. (iii) Laiklik ilkesinin anayasalaştırılması ve militan bir demokrasi izlemek, liberal demokratik anayasacılığı savunmanın kaçınılmaz, gerekli ve uygun bir yolu olduğunu düşünmek.

12

Buna rağmen bu ülkeler göze çarpan farklılıklara da sahiptirler.

(i) Hindistan bir zamanlar kolonydi ve İngiliz geleneksel yasaları, Hint yasa sistemi üzerinde doğrudan veya dolaylı etkileri olmuştur. Buna rağmen Türkiye hiçbir zaman kolonileştirilmemiştir. Batılı geleneksel yasalarının Osmanlı İmparatorluğu üzerindeki etkisi dolaylı yoldan veya özgür irade ile isteyerek olmuştur (buna rağmen bariz tehdit altında) ve Kemalist modernizasyonunda açıkça ve isteklice batıdan esinlenilmiştir. Özellikle laiklik konusu Fransız fikir ve geleneklerinden alıntıdır.

(ii) Eğer karşılaştıracak olursak Türkiye 1920'lerde tek dinli bir devletti ki günümüzde de öyle²². Buna rağmen Hindistan anayasasının hazırlan-

²² Aşağıdaki niteleyici açıklamalar birtakım yanlış anlaşılımları engelleyebilir: (i) Osmanlı ve Kemalist gelenekler resmi olarak İslami azınlıkları görmezden gelmektedir (özellikle Alevileri) Bak. A. Soner Toleransın Sınırı: Nasıl olur da Müslüman azınlıklar Türkiye'de yabancı muamelesi görebilir? C. Timmermann ve diğerleri (sonraki sayfalarda), Boşluklar arasında; Avrupa ve Ortadoğu Arasındaki Hıristiyan ve Müslüman Azınlıklar, 2009, Peter Lang, sf. 239-270; (ii) Anadolu'daki Müslümanlık harici azınlıkların dışlanması; (iii) Türk milliyetçiliği ve militan laiklikle sonlanma: Güçlü ve devlet merkezci bu model en sonunda İslamcılara, Sünniler'den yana Alevilere, Müslümanlar'dan yana Gayri Müslimlere ve Türklerden yana Kürtler'e çok fazla laik geldi. (bak. Casanova dipnot 7; A. Kuru, Pasif ve Agresif Laiklik. Dine Karşı Tarihsel Durumlar, İdeolojik Çekişmeler ve Devlet Politikaları, 2007 Dünya Politikası 59, sf. 568-94; E. Keyman, "Türkiye'de Laiklik, Demokrasi ve İslam" konferans kâğıdı. "Türkiye'de Dini inanç, Laiklik ve İsl-

diği zamanlarda dünyadaki en din çeşitleriyle yoğun ülkelerinden biriydi ki günümüzde de öyle. 20.yy başlarında Türkiye’de İslam, daha makul şekliyle temelci bir tehdit (eski rejimle birleşik devrim (değişim) karşısı bir güç oluşturmak) üzerine kurulmuştu. (Fakat bu görüş tarihsel olarak savunulamayabilir.) Halbuki Hint anayasa yazarları tarafından Hinduizm kararsız bir şekilde uyum ve hoşgörü kaynağı ve aynı zamanda aşırı milliyetçi bir yapıda olduğu sezilmiştir. Aynı zamanda o zamandan bu yana göze çarpan değişimler vardır. En azından bugünlerde Kemalizm, inanç özgürlüğüne ve mutlak devletçilik karşısı demokrasiye günden güne artan bir tehdit oluşturmaktadır. Bunun üç sebebi vardır. Otoriter askeri elit zümre, demokratik olarak seçilmiş yönetimlere askeri darbeler düzenledi ve elit Kemalist zümre de onların laik demokrasi versiyonunu demokratik partilerini kapatarak bunu destekledi. Kemalist politik ve anayasal düzen hem liberal anayasada hem de demokratik anayasada asgari bir anlayışa ulaşamadı. Diğer taraftan Türk Siyasal İslam’ı özellikle de AKP, inanç özgürlüğünde liberal bir anlayışı ve elitcilik karşısı bir demokrasi görüşünü savunuyor.²³ Hindistan’da ise tamamen zıt bir oluşum gözlemekteyiz. Özellikle 1970’lerden beri Kongre Partisi ve anayasa yapımındaki tartışmalarda İslam ve Hinduizm bariz bir şekilde radikalleştirildi.

(iii) Laikliğin anayasal statüsü ise oldukça farklıdır: Türkiye Cumhuriyeti Devleti laik olduğunu ve aynı zamanda ulusal, demokratik ve sosyal olduğunu 1937den itibaren resmi bir şekilde duyurmuştur. (1961 madde 2: 1982 madde 2) aynı zamanda bu maddelerin değiştirilemeyeceğini duyurmuştur.²⁴ Laik veya laiklik kelimeleri Hint Anayasasında eksikti ve ancak iki başarısız denemeden sonra girebildi. (Başlangıç’ta sosyalistlerle birlikte 1976 deki 42 nci değişiklikle).

(iv) Bariz bir şekilde iki farklı laiklik çeşidini sadece politik ve devletle ilgili söylevlerde değil aynı zamanda anayasalarda ve yüce mahkemelerin

lam” konferans kâğıdı, “Dini İnanç, Laiklik ve Demokrasi”, 2008, İstanbul Temmuz 7-9; A. Bali, “Ulusal Yapılanma Üzerine Kültürel Devrim: Türk devlet formasyonu ve bunun ebedi patalojisi”, konferans kâğıdı, İstanbul, Eylül 2009.

²³ G. Tezcur İran ve Türkiye’deki Müslüman Reformcular; Teksas Üniversitesi Baskısı 2010, bölüm 4: “Müslüman Reformculuğu: Laiklik ve Liberal Demokrasi arasındaki taahhüt” ve Bali de doğrudan gösterdi. (i) liberal demokratik anayasacılığın savunulmasına post- İslamcı savunma, özellikle liberal anayasacılık gelişmemiş, sallantılı ve tutarsızdır, ayrıca (ii) AK Parti her açıdan Kemalizm tarafından üretilmiştir. (Hatta belki de yan ürünüdür.) (Bali, dip not 22, sf. 31).

²⁴ Osmanlı ve Türk Anayasalarının dini, demokratik ve laiklik üzerine kısa tarihi bak. Soner, dipnot 22; E. Zürcher ve diğerleri, Zoeken naar de breuklijn, 2004; WRR (Yönetimsel Politiklar üzerine Bilimsel kurul), Dynamiek in islamitisch activisme (İslami aktivitenin dinamikleri), 2006; E. Shakman Hurd, Uluslararası İlişkilerde Laiklik Politikaları, 2008.

hukuk bilimlerinde de görebiliyoruz: Kemalist Türkler aynı Fransızlar gibi, devlet ve devlet kurumlarından dinin mutlak bir şekilde ayrılması konusunda saldırgancasına laiklerdir. (Kanuna uygun yasal çoğulculuk, eğitim, başörtüsü, devlet kurumlarındaki çalışma saatleri vb.) Fakat dinin devlet üzerindeki (özellikle İslam'ın) göreceli (relatif) otonomisine saygı göstermektedirler. Yani iki otonominin bariz miyopik bir çeşidini savunmaktadırlar. Buna karşın laikliğin Hindistan'daki çeşidi katılımcı, nazik ve saygılıdır.

Laikliğin uygulanması ve yorumlanmasında ana konu olan fakat dini öğretileri ve talimatları yok sayan anayasa mahkemesi davalarını seçtim. Türkiye'de dini inanış özgürlüğünün laiksel kısıtlanması ne kadar yaygınsa Hindistan'da da o kadar eksiktir. Daha önce belirttiğim gibi laiklik ilkesine başvurulduğunda Türkiye ve Hindistan, diğer ülkelere kıyasla en agresifleri arasında militan demokrasiye sahip ülkelerde çok büyük sonuçlar çıkaran laiklik ve demokratik anayasa arasındaki gerilime odaklanacağım. Kurulduğu yıl olan 1962 tarihinden bu yana Türk Anayasa Mahkemesi (TAM) 5'i laiklik ilkesini²⁵ ihlal ettiği gerekçesiyle toplam 24 partiyi kapatmıştır. Buna karşın İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'daki militan demokrasi anlayışına sahip ülkelerde sadece 3 parti kapatılmıştır. Ciddi özgürlük kısıtlamasına veya partilerin feshedilmesine dair iki önemli davayı seçiyorum. 21 Mayıs 1997'de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı laiklik ilkesine karşı hakaretin odağı olmak nedeniyle Refah Partisi'ni suçladı. 16 Ocak 1998'de ise Türk Anayasa Mahkemesi partinin feshedilmesine, gelirlerinin hazineye devrine, Erbakan, Kazan ve Tekdal'ın vekilliğinin iptaline ve 5 yıl siyasi yasak getirilmesine karar verdi. 31 Haziran 2001'de ise AİHM hükmünde 3'e karşı 4 oyla madde 11'in (birleşim ve birlik özgürlüğü) ihlaliyle ilgili bir durum olmadığına karar kıldı. 13 Şubat 2003'de ise aynı mahkemenin yüce divanı bu kararı onadı. 14 Mayıs 2008'de ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı iktidardaki AKP'nin (20 Haziran'daki genel seçimlerde % 46.6 oy alan ve 550 milletvekilinin 341'ini toplayan) kapatılması için dava açtı. İddianamede AKP'yi laiklik karşıtı olmakla suçladı ve Başbakan Erdoğan ve Cumhurbaşkanı Gül'ün de bulunduğu 71 milletvekili için 5 yıllık siyasi yasak istedi. TAM ise iddianameyi hiç vakit kaybetmeden kabul etti. AKP iddianameye Nisan'da karşılık verdi ve TAM'da ise toplam 11 oyun 6'sı parti kapatılması yönünde kullanıldı.(Kapatılmak için gerekli çoğunluk

²⁵ Y. Hakyemez, "Anayasa Mahkemeleri ve Türkiye'deki Siyasi Partilerin Kapatılması" Today's Zaman, 15 Eylül 2008; Bali, dipnot 22.

olan 3/5'e ulaşmak için 1 oy eksik kalındı.) Fakat Mahkeme partinin laiklik karşıtı hareketlerine karşı çok ciddi bir ihtarname verdi ve partinin gelirlerini durdurmaya yönelik bir tehditte bulundu.

Hint yönetimi iki tartışmalı alana/sütuna sahiptir.²⁶ Birincisi Hint merkezi hükümetinin seçilmiş vekilleri eyalet yönetimlerini feshedebilmeye yönelik anayasal hakkı (anayasa; madde 356) İngiliz koloni döneminden kalma bir güç (Hint hükümeti düzenlemesi, 1935 93 üncü ve 45 inci bölümler) 1991'e kadar Loc Sebha'ya dayanarak 82 kere uygulanmış olup 13 kez 51. Bölüm üzerine kullanılmıştır. 23 durumda başbakanların tavsiye (isteği) üzerine veya istifalarından sonra meclis dağılmış ve 18'inde dağılan meclis tekrardan toparlanmıştır (Bommaı sf,11)

Ayodhya'daki Babri ibadethanesinin yıkımı üzerine Aralık 1992'de çıkan şiddet dalgası üzerine Hint merkezi yönetimi 3 eyaletin seçilmiş hükümetlerini feshetti: Madhya Pradesh, Rajasthan, Himachal Pradesh. Bu hükümetlerin feshi ardından durum Hint Yüce Mahkemesi'ne yansıdı ve 11 Mart 1994'de adli alanda emsal teşkil edecek bir kararla Mahkeme, merkezin hükmünü bozdu. İkincisi, Seçimlerin yapılmasıyla ilgili yasal kurallar: Hindistan Seçim Yasası, yolsuzluklarla (uygulamaları) ilgili hükümler içermektedir; bu hükümlerin izleri (kaynağı) 1883 tarihli bir İngiliz Yasasına kadar gitmektedir, bu yasa (İngiliz) daha sonra 1919 tarihli Hindistan Hükümeti Yasası'na model olmuştur. İnsanları Temsil Etme Yasası (RPA, 1951), bölüm 123 (3 ve 3A) önceki yasalara bir yönüyle dayanmaktadır; seçim yolsuzluğu Hindistan'da dini konuşmaların suistimaliyle olabilir.²⁷ 11 Aralık 1995'de üç hâkimli Hint Yüce Mahkemelerindeki panelde bu bölüm anayasal bulundu ve Bombay Yüksek Mahkemesi kararı (1988) bozuldu. Yani aşırı Hindu milliyetçisi Shiv Sena partisi lideri Dr. Ramash Prabho'nun Maharashtra eyaleti yasama birliği başkanlığına getirilmesi hükümsüz sayıldı. (Yozlaşmış yöntemlerden dini söylevler suçundan suçlu bulundu.)

3) Anayasal Laiklik Nedir? Bu Kelimede Neler Gizli?

Laikliğin Hint Anayasasındaki statüsü 42. değişiklikten sonra çokça tartışma görmüştür. Benim seçtiğim davalardaki hükümler anayasaldır. Panikar'a göre "Hint Anayasasının laiklik karakteri hakkında şimdiye kadarki en iyi yorumlamadır"²⁸. Birçok hâkim laik devletin kolay tanım-

²⁶ Jacobsohn, dipnot 19, sf. XV.

²⁷ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 172.

²⁸ Panikar 1997, sf. 49 Jacobsohn tarafından alıntılanmış, dipnot 19.

lanamadığı konusunda hemfikirdir. (Stelvard 1969, Sawant sf 147'den alıntı) Anayasanın Başlangıcına göre ise sosyalist ve laik ifadeleri tek başlarına isabetli bir tanım yapabilmek için yetersizlerdir (Reddy sf 304). Sonuç olarak laiklik belirsiz bir konudur. Anayasada tanımlanmamıştır ve bu nedenle madde 356 (Başkanın Kanunu [president's rule])²⁹ uyarınca işlem yapılabilmeyle elverişli zemin oluşturamaz. Bu belirsizlik, tamamen zıt bir niyetle savunulmuştur: Laiklik kelimesi tahminen özellikle tanımlanmamıştır. Çünkü, bu terim keskin bir tanım yapabilmekten uzak çok elastik bir kelimedir ve tanımsız bırakılması en iyidir. Bu düzeltme ile üstü kapalı olan üstü açık hale getirilmiştir. (Ahmadi sf 29) Hint anayasasının laiklik kelimesini hiçbir yerde kullanmadığı bir gerçektir fakat bazı önemli yerlerde laiklikten esinlendiği aşikardır. (Reddy sf 305) Laiklik (...) yararlı bir sözcük veya tehlikeli bir konu, ölümcül anayasal zayıflık veya anayasanın ilgili maddelerinin anlaşılması için gerekli bir anahtar. (Reddy sf 308) temel yapının parçası (...) ve aynı zamanda ruhun veya anayasanın temel inancı? (Sawant)

Yani bu kelimedede neler gizli? Normatif teoriler, insanlık veya sosyal bilimler üzerine uzatılmış tartışmalar sonunda laikliğin bir takım ana konular içerdiğini bilebiliriz: Kurumlar, sosyal işlemler, politika, ilkeler ve anlatım ötesi konular üzerine olan, laik, laiklik, laikleşme³⁰. Çok uzatmamak adına kültürel ve sosyal normatif anayasal laikliğin önkoşulları olan kültürel laiklik ve sosyal laiklik üzerine olan tartışmaları birbirine bağlamalıyım³¹. Özellikle bu konuda uzman olmayan hâkimler ve anayasal avukatlar için anayasal laikliği çokça birbirine karıştırılan sosyoljik demeçlerden ayırmanın doğru olacağını düşünüyorum. Bu nedenle sadece öncekine odaklanacağım. Laiklik çoğu zaman bu konularla farkları ayırt edilemeyecek şekilde eş anlamlıymış gibi kullanılmaktadır: (i) toplum-politika-devlet ve (organize, baskın) inançlar arasındaki ilişki göz önüne alınırsa liberal demokratik anayasalcılığın bir takım temel şart, hak ve kurumları için (liberal demokratik anayasalcılığın içeriği veya esası). (ii) üstü kapalı ikinci seviye ilkeler olarak veya inanç/ruhani/felsefi olarak. (iii) iyi bir yaşamın özel bir yolu olarak. (iv) liberal demokratik anayasanın özel bir kurumu, önkoşulu olarak. (v) özel bir dünya görüşü veya sembolik evren olarak. Laiklik anayasanın önemli ve temel özelliğinin

²⁹ Jethmalani, Hâkim Reddy tarafından alıntılanmış sf. 302; Ayrıca bak. Dipnot 19, sf. 126 ve sonraki sayfalar; T. N. Madan, "Yerinde Laiklik", R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, Oxford Üniversitesi Baskısı, 1998, sf. 297-320.

³⁰ Bader 2009, dipnot 2

³¹ Bader 2007, dipnot 2, bölüm 1 ve sf. 100 ve sonraki sayfalar.

kurumsal ilkesi olarak ya da sosyo ekonomik ve politik adalet, kardeşlik, birlik, ulusal bütünlük (Ramashwami sf 189)³² olarak veya sosyalizm, ve demokrasi (sf 199) olarak iyimser liberal demokratik anayasa savunucuları için ağza dolanan bir kelime olmuştur. Daha fazla tanıma gerek duymaksızın tüm bunlar bir ülkenin laik dokusu olarak adlandırılır (Bommaï, Sawant sf 135) laikliğin bu farklı anlamlarını anlayabilmek veya bu farklı boyutlarını anlayabilmek (AK Haziran, 18f) ve bunların ilişkilerini ve aralarındaki gerilimi kavrayabilmek için biz, bu karmaşayı çözümlmeliyiz ve laikliği az çok karşılayan zayıf veya yan anlamlarından ziyade düzgün anayasal veya yasal bir dil kullanmalıyız³³. Laikliğin oniki farklı anlamının çözümlenmesinin ardından, liberal demokratik anayasa içeriğinden başlayarak haklar ve kurumlardan ilkelere geçiyorum.

Benim analitik sınıflandırmam, ki bunlar aynı zamanda diğer ülkelerdeki dava hükümlerinden ve anayasalardan elde edilmiştir, iki farklı amaca hizmet ediyor. Bir taraftan yasal, hukuk bilimsel ve anayasal kaynaklarda kullanılan bulanık, üst üste binen ve genelde karmaşık terimler tarafından bulanmış algımızın açılmasına yardımcı olur. Bu manada normatif muhakemelerimiz ve yargılarımızda ortak bir karar alamadığımız zaman ne ifade etmeye çalıştığımızı anlayabilmemiz adına bize yardımcı olur. Bu farklılıkların temelinde ben özellikle Hint ve Türk yüksek mahkemelerinin ve AİHM'nin tartışmaları ve hükümlerini temel alarak benim liberal demokratik anayasa hakkındaki asgari görüşümü dayanak noktası olarak kullanıp anayasal laiklik çeşitlemeleri hakkında genel bir normatif eleştiri sunuyorum. Bu analitik farklılıkların avantajı ise, birbirinden farklı normatif anlaşmazlıkları hepsini karmakarışık etmek yerine tek tek ele alabilmemize izin vermesidir.

Laik 1: Devlet laikliği veya (organize/yaygın) inançlara karşı devlet otonomisi

Herhangi bir iyileştirilebilir ve liberal demokratik devlet bir anlamda laik veya dinsiz olmalıdır. Buradaki devlet laikliği laikliğin en temel ve en az itiraz edilebilir çeşididir³⁴. Türkiye'nin Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Refah Partisi'ni ve Erbakanı Türkiye'deki laikliğin ihlaliyle suçladı ve cumhuriyetin yasal statüsünü şeriat ile değiştirilmek niyetinde olduğu için laik politik rejimin teokratik rejimle değiştirilmek niyetinde olduğunu

³² Bak. Jacobsohn, dipnot 19, sf. 144.

³³ Sajo, dipnot 16, sf. 2406-2409.

³⁴ Bak. Temperman, dipnot 5, sf. 123-145. (Laikliği değiştirilemez addeden anayasalar için)

söyledi. Bu suçlamalar Refah Partisi tarafından ve daha ikna edici şekilde AKP'nin Nisan ve Haziran 2008'de iddianamelere verdiği cevapla şiddetle reddedildi.

Yargıç Sawant Hint Anayasasının teokratik devlet kurulmasını engellediğini söylüyor (Bommaı sf 146) ve yargıç Reddy ise buna laikliğin tehlikeli ve gizli bir yapıya sahip olduğunu söyleyip kurumsallaşmasının Hint anayasal içeriği için zorunlu olduğunu söyleyerek karşılık veriyor (sf 308) Bu konuyla ilgili dört açıklayıcı söz:

Birincisi, tarihsel ve ampirik bir perspektifte, uzatmalı devlet kilise savaşları sadece Batıyla ilgili bir kötü durum olmuştur (Robertson) Modernleşmenin erken safhalarındaki Batılı devletler laik devletler değillerdi (cuius regio/domino, eius religio³⁵) ve şu anda (günümüzde) dahi hiçbir ülke (Hindistan'a model olmuş ABD bile) tam anlamıyla katı laik devletler değillerdir. Laik devlet ütopyadan başka bir şey değildir.³⁶

İkincisi, kendilerini çok yüksek seviyede laik olarak gören devletler bile (örn Nazi Almanya'sı, Sovyetler Birliği, Saddam yönetimindeki Irak, Pol Pot yönetimindeki Kamboçya) asgari ahlaki değer gerekliliğini en az laik olmayan devletler kadar ihlal etmişlerdir. Devletin laikliği hiçbirşey değilse bile normatif olarak sözüne güvenilir laiklikle aynı şey değildir.³⁷

Üçüncüsü, minimalist liberal demokratik anayasacılık perspektifinden bakacak olursak, laikliğin veya (organize, yaygın) dinlere karşı devlet otonomisinin gereksinimlerinin ne olduğu pek de açık değildir. Benim görüşüme göre bunun için minimum kurumsal, organizasyonsal ve rol ayırt edişi eşik değeri gerekmektedir. Peki bu kurumsallaşmama ve kurumların dağılmasına mı ihtiyaç duyar? Veya liberal demokratik anayasaya sahip ülkelerdeki (İngiltere, Norveç, Danimarka gibi) zayıf kurumlarla uyumlu mudur? (Finlandiya gibi) devletin dinden katı bir şekilde tamamen ayrılmasına gerek duyar mı? (Böyle bir şey hiçbir liberal demokratik devlette uygulanamaz.) ve hatta daha çok şeye gereksinim duyan politikanın dinden ayrılması mı gerekmektedir? Her görülen için ayrı ayrı devlet yasası mı olması gerekiyor veya özel durumlar için kişisel inanç yasası ile uyumlu mudur? (bakınız Laiklik 8) Laiklik 1 bu konular hakkında karar kılabilme için kesinlikle yeteri kadar bilgi verici değildir

³⁵ B. Kaplan "İnançla Bölünmüş". Belknap, Harvard Üniversitesi Baskısı, Cambridge vb, bölüm 4.

³⁶ J. Fox, Din ve Devlet, 2008; J. Madeley, "Aslan, Cadı ve Dolap", Konferans kâğıdı, İstanbul 24-26 Kasım 2009; Bak. Sajo, dipnot 3.

³⁷ Ayrıca bak. Bhargava 2009, dipnot 21; Sajo, dipnot 3.

öyle olsa dahi kesinlikle liberal demokratik anayasacılıkla karıştırılmamalıdır.

Dördüncüsü, liberal demokratik anayasacılık sadece din ve devlet işlerinin ayrımı için belirli bir eşik değerine ihtiyaç duymaz –meşhur birincil otonomi- aynı zamanda ikincil bir otonomiye ihtiyaç duyar, devlet ile (organize, yaygın) dinlerin göreceli otonomisi. Kendi iradeleriyle laikliği benimsemiş ülkeler (örn Türkiye, Fransa) bu ikincil otonomiye yaygın bir şekilde ihlal etmektedirler. (Devlet idaresi ve dinlerin kontrolü, Türk Anayasası madde 24 ve 136 ve TAM)³⁸. Laiklik 1'in bu versiyonu dini özgürce yaşayabilmek ve birleşmiş dini özgürlükler için engeller teşkil etmektedir ve liberal anayasacılıkla açıkça uyumsuzdur. Türk Anayasasının ve TAM (Türk Anayasa Mahkemesi) hükümlerinin bu liberallik dışı karakteri o kadar iyi ve çok açıkça eleştirilmiştir ki ne tekrardan açıklama ihtiyacı duyuyorum ne de bu makalede değiniyorum³⁹. Hint Anayasası ve çoğu yargıç da laiklik 1'in bu tuzaklarıyla karşı karşıyadır.

Laiklik 2: Eşit toplumsal özgürlükler ve kolektif hoşgörü (tolerans)

Kolektif tolerans ve eşit toplumsal özgürlükler kesinlikle batılı liberal veya modern bir buluş değildir. Osmanlı millet sisteminde⁴⁰ modern Avrupa'nın ilk zamanlarındaki laiberallik öncesi uygulamalarında⁴¹, Ashoka ve Akbar'ın pre modern (modern zaman öncesi) Hindistan'da⁴² tüm bu hak ve özgürlükler garanti altındadır. Bunlar en az kişisel özgürlükler kadar önemlidir⁴³. Buna rağmen liberal anayasacılık dini inançlar için eşit yasal özgürlükler ve ayrımcılık karşıtlığını (Osmanlıda son zamanlarda bile tam anlamıyla karşılanamamıştır) temel ilkeler olarak gereksinim duyar. Devlet tüm dinlere ve dini mezheplere karşı eşit muamelede ahenk içinde olmalıdır (Reddy, Bommai sf 146). Hint yüce mahkemele-
rindeki birçok hâkim ve savcı kesin bir şekilde herkesi için eşit yasal muameleyi laikliğin bir parçası olarak görmektedir ve laikliğin bireyler üzerindeki kısıtlamalarını kişisel çerçevede eleştirmektedirler ve ayrıca

³⁸ Bak. Tempermann, dipnot 5, sf. 139-43 devletin iradesindeki dini inanç örnekleri için bakınız.

³⁹ Ayrıca bak. Türkiye'nin iltihaka doğru ilerlemesi hakkındaki olağan rapor (Avrupa Komisyonu), 2004, sf. 54, 166, 175; Haziran 2008, sf. 14 ve devam eden sayfalar.

⁴⁰ Bader 2007, dipnot 3, sf 195-198. K. Barney, Fikir ayrılığı imparatorluğu, 2008.

⁴¹ Bak. Kaplan, dipnot 35, Bölüm II.

⁴² A. Sen, Yargı Fikri, 2009, sf 37-39, 75-77.

⁴³ V. Bader, "Dinler, Tolerans ve Liberal Demokrasi. Doktrinsel, kurumsal ve tutumsal öğreti üzerine bir teori" (yakında yayınlanacak) M. Mookherjee ve diğerleri. Dini Çoğulculuk Zamanında Tolerans ve Kabulleniş, Springer, 2010.

sadece laikliğin hoşgörülü anlayışı lehine yasalar önünde resmi eşitliğin ötesine geçmektedirler. Tam tersine Türk Anayasası ve TAM sert bir şekilde toplumsal özgürlükleri kısıtlamaktadır ve ayrıca azınlık inançlarının eşit muamele görmesini sağlamamaktadır. Özellikle Müslüman azınlıkların (bakınız dipnot 22). Uzun lafın kisası Türk laikliği eşit toplumsal özgürlüklerin liberal gereksinimleriyle birleşerek eşitlik ve özgürlük haklarını ihlal eder.

Laiklik 3: Vicdan özgürlüğü ve bireysel (dini) inanç özgürlüğü

Vicdan özgürlüğünün ve bireysel inanç özgürlüğünün devlete tüm çoğunluklara –dini çoğunluklara karşı olduğu kadar laiklere karşı da- ve tüm azınlıklara (ve bunların tüm organizasyonlarına) karşı korunması liberal anayasalcılığın özel bir modern gereksinimidir. Buna rağmen bireysel ve toplumsal dini özgürlükler genelde birbirleriyle sürtüşme halindedir ve bu durum liberal anayasalcılığın doğal karakteristiğidir (Levey, Rosenblum). Üç karakteristik ve tanınmış yolla bu ilkeler arası çatışmalar yok sayılmış ya da örtbas edilmiştir.

Birincisi inanç özgürlüğünün öncelikle bireysel vicdanla alakalı bir durum olduğunu ilan edip sonradan Türk yasasının kişisel çerçevede dini (inançları) kısıtlaması. (TAM, AİHM destekli 2003 sf 127; Refah ve AKP belirgin şekilde bu eşit bireysel özgürlükleri tasdik etmiş/ediyor ve bu kısıtlamaları eleştiriyor) Geleneksel militan Fransız laikliğinde, toplumsal inanç özgürlükleri de dıştan gelen bireysel inanç özgürlükleri -yalnız başmayken veya topluluk içindeyken dinini, inancını, ibadetini, öğretisini belli etme özgürlüğü (AİHM madde 9)- ya yok sayıyor ya da şiddetle kısıtlanıyor. Militan laiklik destekçileri genelde bireyleri herhangi bir dinden korumaya daha çok hevesliler = bireysel inanç özgürlüğünün korunmasından ziyade batıl inanç.

İkincisi, dini toplulukların içişlerine devletin yasaya aykırı ve genişçe müdahalesi hala dini inanç ve öğretiler için ana konudur. (Fransız ve Türk mahkemelerince ve son zamanlarda AİHM tarafından rutin bir şekilde yasal olduğu ilan edilmektedir.)

Üçüncüsü, doktrin ve uygulamada şartsız veya kati ayrılıkçı birçok Amerikan mahkemesi dini grup (çoğunluk veya azınlık) ve organizasyonlar içindeki azınlıklar, kadınlar ve ayrılıkçıların temel haklarını dahi korumaktadır. Hint Anayasası ve Yüce Mahkemesi bu hedefte daha açık sözlüdür. Fakat Hindular ve Müslümanların eşit bireysel ve dini haklarını

koruma altına almakta zorlanmaktadır⁴⁴. Hukuk bilim tarihindeki bireysel ve toplumsal özgürlüklerin karşı karşıya geldiği katı ve görece yumuşak davaları karşılaştırdığımızda mantıklı, adil, içerik olarak hassas bir denge⁴⁵ bulmanın ne kadar zor olduğu açıkça gözlemlenebilmektedir. Fakat tanımlanamaz bir ilke olan laikliğe başvurmak da kesinlikle yararlı olmaz.

Laiklik 4: Dini azınlıkların sınırlanmamış demokratik çoğulculuktan korunması

Liberal anayasacılık, diğer şeylerle beraber, bireysel ve toplumsal sivil hakların ve azınlık haklarının korunmasına gereksinim duyar. Bu nedenle bu genellikle sınırlanmamış demokratik çoğulculukla uyumlu değildir. (liberal demokratik anayasacılık bir anayasal demokrasi çeşididir, çoğunluk hükümdarlığı değil) bu benim görüşümle iki durumda önemlidir: birincisi; militan laik çoğunlukların durumunda –hatta Türkiye’deki gibi çoğunluk olmadığı halde yönetimdeki militan laik elitler durumunda- dini azınlıkların ve çoğunlukların eşit dini özgürlük haklarının kısıtlanması söz konusudur. İkincisi; potansiyel veya gerçek bütüncülüğün ülkelerde, liberal olmayan dini inanç özgürlüğüne engel olması söz konusudur. Yani başka dini inançların veya inanmama özgürlüğünün olduğu kadar diğer dini azınlıkların da özgürlüğünün kısıtlanması söz konusudur. Kemalist elit zümreye göre ikinci durum Refah koalisyon hükümetinde (AİHM 2001 sf 9, 60) ve özellikle yeni büyük nitelikli çoğunluğa sahip AKP hükümetinde Sünni Müslüman inancının empoze edildiği ve diğer dini inançların kısıtlandığı iddia edilerek gözlemlenmektedir. Tabii ki AKP bu iddiayı anında ve şiddetle reddetmektedir. Hindistan için bu durum daha makul olabilir; Eğer Bahariya Janata Partisi çoğunluğun oyunu alabilirse radikal Hindutua politikası izleyeceği aşikardır fakat neyse ki bu pek olası değildir. Her iki ülkede de laiklik ilkesi uygun ve gerekli bir karşılık olarak görünmektedir⁴⁶. Benim bu durum için esas endişem ise laiklik bu

⁴⁴ Çıkış haklarının (Gruptan ayrılma hakları ya da; bazı kişi veya grupların dini ve ahlaki bütünlüğünü korumak amacıyla kendilerine tanınan muafiyetler, vicdani red gibi) korunumu (din değiştirmeye karşı verilen cezai doktrinlere ve uygulamalara karşı) ve ayrıca fiili çıkış opsiyonu da özellikle önemlidir (bak. Bader 2007, dipnot 3, sf. 218-222).

⁴⁵ Bader 2007, dipnot 3, bölümler 4 ve 5.

⁴⁶ Bhargava, dipnot 21; W. Menski, "Hint Laikçi Çoğulculuğu ve Bunun Avrupa'daki İlişkisi", R. Grillo ve diğerlerinde., Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 31-48; A. Alam, "Laiklik düşüncesi ve Hint Yüce Mahkemesi" yayınlanmamış konferans kâğıdı, Utrecht, 25 Mayıs 2009: Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin hükümlerindeki laiklik ilkesinin ana elementi ve son zamanlardaki endişe verici değişimler. Ayrıca Reddy "Çoğunluktaki yaygın düşünceye göre; Hindular laik olmalıdırlar ve bu nedenle diğer azınlıkların da laik olmaları için çaba göstermelidirler." hakkında tartışmıştır. (sf 308) Hindular laik olmayı öğrenmek yerine hoşgörülü olmayı ve diğer

durumun esas çaresi olduğu kadar aynı zamanda problemin ana kaynağı olduğudur (Türkiye için birinci durumda olduğu gibi) bunun yerine neye ihtiyacımız olduğunu tam olarak karşılayabilen çok daha iyi kavramlarımız mevcuttur; azınlık haklarının korunması liberal anayasacılığın bir parçasıdır⁴⁷. Liberal demokratik anayasacılık diğer liberal olmayan demokrasilerden çok daha farklıdır. Önsözde belirttiğim gibi, bu en meşhurları içsel gerilimler, çoğunluğun kararları ve anayasal limitlemeler arasındaki gerilimler olan tarihsel ve teorikteki uzlaşmadır. Liberal anayasacılıkta Ramashwami'nin yanlış yola sürükleyici demokrasi ve sosyalizm başlığında anlattığı gibi değil –demokrasi, vicdan ve inanç özgürlüğü, hoşgörü ve karşılıklı saygı demektir.

Demokratik anayasacılığa geçmeden evvel dini inanç açısından liberal anayasacılığın temel elementlerini özetliyorum. Liberal anayasacılık öncelikle kurumsal ve kuruluşsal minimal eşik değere sahip teokratik veya dini olmayan bir devlet ve devlet ve (organize/baskın) dinler arasında rol ayrımı gerektirir. İkincisi, devlete karşı (organize/baskın) dinlerin otonomisinin minimal eşik değerinde olmasını yani, eşit toplumsal dini özgürlükler ve kolektif hoşgörü (tolerans) gerektirir. Üçüncüsü, dini özgürlükte olduğu kadar vicdani özgürlükte ve bireysel dini özgürlüklerinde de [özelde ve halk arasında, bireysel veya toplu inanç ve dini uygulama (yöntemler) özgürlüğü] serbestliğe gereksinim duyar. Dördüncüsü, sınırsız demokratik çoğunluklardan dini azınlıkların korunmasına gereksinim duyar. Liberal anayasanın bu dört önemli direği uygun anayasal terimlerle açıklandı ve laiklik 1 - 4 olarak numaralanarak liberal anayasacılık ve laiklik arasındaki potansiyel ve gerçek gerilim ve uyumsuzlukları ortadan kaldırdı.

azınlıkların temel haklarına saygılı olmayı öğrenmelidirler ve bunu aynı zamanda tüm diğer azınlıkların da öğrenmesi gerekmektedir.

⁴⁷ Jacobsohn (dipnot 19, sf. 143) Sushash Kashyap'dan alıntı: "Eğer demokrasi sizi bir yöne laiklik ise diğer yöne sevk ediyorsa demokrasi önceliğe sahip olmalıdır." Bu ifade hatalıdır çünkü demokrasi "çoğunluk hükmünün kutsallığı" ile veya demokratik çoğunluğun anayasal prensiplere itaat etmediği durumlarla özdeşleştirilmektedir. (s.138) Buna rağmen eğer biz Kashyap'ın ifadesini 'eğer liberal anayasacılık sizi bir yöne ve laiklik diğer yöne sevk ediyorsa liberal anayasacılık önceliğe sahip olmalıdır' olarak değiştirirsek, liberalizm ve demokrasinin laiklikle içi içe geçme durumu Jacobsohn, Reddy ve Gjendragadhkar tarafından çekiciliğin yitirilmesine neden olur.

Laiklik 5: Popüler egemenlik ve politik ayrımcılığa karşı korunma: Laik demokrasi veya politik laiklik

Modern demokrasi, eski ve klasik liberal demokrasiden farklı olarak “Vox populi Vox dei” demektir. Yani, özellikle din temelli ayrımcılıklara karşı tüm vatandaşlara “eşit politik statü” ve “eşit politik haklar” demektir. Bu çoğu zaman politik laiklik veya demokratik laiklik olarak adlandırılır.⁴⁸ Devlet laikliği söz konusu olduğunda, din temelli ayrımcılığı olmaya herhangi bir demokrasi çeşidine laik demokrasi diyebiliriz. O zaman modern demokrasi tanımsal olarak laiktir. Genelde modern demokrasilerin laik olmak zorunda olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹ Öyleyse laiklik popüler hükümdarlık demektir.⁵⁰ Veya demokratik kararlar alınması gerektiğinde dinden veya laik tüm “mutlak (tek) doğru” savunucularının fikirleri sadece birer öneri olarak değerlendirilmelidir.⁵¹ Türk ve Hint anayasal tartışmalarında ve hukuk biliminde laiklik, gerekli politik eşitlik ve demokrasinin önkoşulu olarak tanımlanmış veya görülmüştür. Yine de bu anlamsal olarak açıklayıcı değildir. Elbette ki laiklik ve eşitlikçilik kavramsal olarak birbirinden farklı iki kavram olarak görmek mümkündür. (bazı hâkim ve savcıların yaptığı gibi) fakat Reddy ve Gajendragadhkar ikisi arasındaki bağlantıyı vurgulamışlardır.⁵² Hâkimler Sawant ve Verma röportajlarında laiklik anlayışlarının eşitlikçi politik arzularından ayrı bir yerde olduğunu belirtmişlerdir.⁵³ Laiklik ve demokrasinin tanımlanması veya derin içsel uyumlarının beyan edilmesi⁵⁴ ciddi gerilimin görülmesini ve incelenmesini imkânsız kılar. Benim görüşüme göre, laiklik en azından saygı çerçevesinde demokratik anayasacılığın aleyhindedir ve ne ironiktir ki bu demokrasideki tüm bu ciddi kısıtlamalar demokrasiyi savunmak gerekçesiyle yasalaştırılmıştır.

⁴⁸ Bu tartışma için önce Bader 2007, dipnot 2, sf. 104-109'a; sonra da Avrupa Komisyonu Haziran 2008, sf. 16 ve sonraki sayfalara bakınız.

⁴⁹ Taylor, dipnot 1, sf. XI.

⁵⁰ Sajo, dipnot 3; Stopler, dipnot 4.

⁵¹ Bader, 2007, dipnot 2, bölüm 3, sf. 112.

⁵² Jacobsohn, dipnot 19, sf. 149.

⁵³ Aynı eserde, dipnot 72.

⁵⁴ TAM dobra dobra beyan eder ki “Laiklik demokrasinin ayrılmaz bir parçasıdır.” (Avrupa Komisyonu 2001 sf. 24) veya “çoğulcular için bir önkoşul, liberal demokrasi” (sf. 59) ve Sajo not 3, tamamen hemfikirlerdir. Demokrasi ve laiklik arasındaki doğuştan gelen gerilimler (C. Moe, Refah Partisi ile Türkiye arasındaki dava, 2003 Uluslararası Kar Amacı Gütmeyen Hukuk Dergisi, sayı 1, ve Bali, dipnot 22, buradaki yüksek sesli eleştiri hariç) TAM ve AİHM'nin yargılarını eleştiren eleştirmenler tarafından dahi tamamen görmezden gelinmiştir.

Birincisi, Türkiye'nin modernizasyonu için militan, elitist, devrimsel ve tepeden inme bir strateji olarak laiklik demokratik anayasanın asgari kurumsal gereksinimleriyle uyumsuzdur eşit ve özgür politik süreç ve çok partili seçim. Bu laiklik çeşidinin demokratik anayasanın ilk ana elementi ile uygunsuzluğu o kadar ikna edici şekilde eleştirildi ki (Refah Partisi ve AKP tarafından da eleştirildi) bunları tekrarlamam gerekmediğini düşünüyorum.

İkincisi, Türkiye'deki politik birliklerin özgürlükleri, politik parti ve seçilmiş milletvekilleri meclislerin üzerindeki geniş kısıtlamalar ve önceki Kemalist rejimlerden kalan devlet yönetimleri az çok Hindistan'daki militan demokrasiyi tanımlıyor. Bu laiklik çeşitlemesi demokratik anayasacılığın ikinci ana elementiyle uyumsuzdur.

Üçüncüsü, her iki ülkedeki konuşma (ifade) özgürlüğü üzerindeki laikçi kısıtlamalar. Bu laiklik çeşitlemesi (Laiklik 6) demokratik anayasacılığın üçüncü ana elementiyle uyumsuzdur.

Dördüncüsü, modern demokrasinin pluralist (çoğulcu), kurumsal olmayan karakterinin laikçi kısıtlamaları, laiklik çeşitlerinden 10-12 demokratik anayasacılığın dördüncü ana elementiyle uyumsuzdur.

TAM, AİHM ve Hint Yüce Mahkemesi politik iletişim ve birleşim özgürlüğünü (AİHM madde 10 ve 11) çoğulcu, açık, dinamik ve yaşam dolu demokrasinin köşe taşı olarak övmektedirler. Diğer tüm haklarda bu özgürlükler katı değildir, fakat istisnalar çok katı şekilde incelenmelidir ve sadece ikna edici ve zorlayıcı nedenler kısıtlamaları geçebilir. (AİHM 2003 sf 57, 61, 99, 100; sıkıca sınırlanmış, yakından irdelenmiş, zorlayıcı neden, orantısallık: bak, Sawant, Bommai sf 106) Devlet düzenine karşı ciddi tehditler ve şiddet için kışkırtmak ve şiddet kullanmak kısıtlamalar için yasal nedenler olarak anayasa avukatları tarafından genellikle kabul edilmektedir. Devlet güvenliğinin muhafazası, ulusal güvenlik, insan hak ve özgürlükleri, suçun önlenmesi bu yasal nedenlerdendir. (AİHM 2001 sf 40) ilk bakışta dahi (Prima facie) bunun laiklikle ilgisinin ne olduğunu anlamak imkânsızdır. Fakat hem TAM⁵⁵ hem Hint Yüce Mahkemesi laik-

⁵⁵ AİHM, kendi beyanı olan "devlete bırakılan takdir hakkı çok dar olmalıdır." sözüne zıt düşmektedir. Özellikle "siyasi partilerin kapatılması düşünülüyorsa ki fikirlerin ve partilerin çoğulluğu demokrasinin doğal parçalarındandır." (2003, sf. 81, Fuhrmann, Loucaides ve Bratza'nın birbirlerinden ayrılan fikirlerinde çok bariz bir şekilde gözlemlenmektedir, sf. 25 ve devam eden sayfalarda) bu durum Türkiye'ye çok geniş ve tamamen kanuna aykırı bir takdir hakkı bırakmaktadır. (Bakınız: Bölüm 5)

lik ilkesinin ihlalini dindar politik partilerin kapatılmasını ve anayasal çözülmeyi yasallaştırmak için en önemli neden olarak sunmaktadır.

Eğer anayasanın devletin düşünce ve uygulamada laik olmasına ihtiyacı varsa, aynı şekilde politik partilerin de bu şekilde olmasına ihtiyacı vardır. Anayasa din ve devlet işlerinin birbirine karışmasına müsaade etmez, tanımaz. Her ikisi birbirinden ayrı tutulmalıdır. Bu anayasal bir emirdir. Hiç kimse bu anayasa bu ülkede varlığını sürdürürken aksini iddia edemez ve politikanın din ile tanışması demek, yasak bir elementi politik bünyeye enjekte etmek demek ve anayasal sistemin dengesinin bozulmasına izin vermek demektir. Eğer politik bir parti belli bir dinin başa geçmesi için çalışıyorsa o din uygulamada resmi din olmaya başlar. (Bomma, Hâkim Reddy sf 310 ve son söz 10)⁵⁶

Militan demokrasi ve laiklik bir araya gelince militan ve demokratik olmayan bir karışım ortaya çıkarılır ve bu karışım tüm dini politik partilere engel olur ve seçilmiş milletvekillerinin, yasal toplulukları ve seçilmiş hükümetlerin dağıtılmasına ve kapatılmasına izin verir.

Laiklik 6: Konuşma (ifade) özgürlüğü veya tekilci (özelci) laiklik?

Politik iletişim özgürlüğünün kritik bir elementi olan konuşma (ifade) özgürlüğü, devletçi, çoğunlukçu (majoritaryan) veya elitist kısıtlamalara karşı korunumu uluslararası anlaşmalar ve liberal demokratik anlaşmalarla [Türkiye ve Hindistan'da da madde 19 (2) veya 153-A Hint yasası] garanti altına alınmıştır. Neredeyse dünyadaki tüm anayasa savunucuları tarafından kabullenilen ilişkili, ciddi şekilde tanımlanmış yasal kısıtlamalar ise şiddete teşvik (açık ve görülebilir tehlike) ve ciddi, ayrımcılık yapıcı nefret söylemleri ile sınırlıdır. İlk bakışta (prima facie) dini ve laik söylemler arasındaki ayırım pek anlaşılır değildir. Çünkü laik söylev de en

⁵⁶ Benim kapsamlı reddediş yazıma bakınız; V. Bader "Laiklik ve Militan Demokrasi: Türk ve Hint anayasal tartışmalarındaki laiklik tuzakları" Konferans sayfası "Din, Laiklik ve Demokrasi" Delhi, Ocak 4-7, 2009; 63 (konferans internet sayfasında), sf. 34-36; Bader 2007'ye dayandırılmış, dipnot 3, sf. 145-148, 319. Temperman, dipnot 5, sf. 332 ve devam eden sayfalar, Irk Ayrımcılığının Yok Edilmesi Komitesinin kararını kabullenir gibi görünüyor (A/52/18 (1997) paragraf 285); İnsan Hakları Komitesi (A/53/40 baskı. I (1998) paragraf 365); ve AIHM (2003, paragraf 100): "insan haklarını korumayan ve insan haklarına aykırı davranışta bulunan siyasi partilerin kesinlikle kapatılması", buna rağmen o, "stabil olmayan devletler, özellikle de dini anlaşmazlıkların gözde büyüdüğü ve her zaman göz önünde olduğu çatışmadaki ve çatışma sonrasındaki toplumlara" çok geniş ve tam olarak tanımlanamamış muafiyetler veriyor. Hindistan'daki bu tarz karışık normatif ve sosyolojik tartışmalara verdiğim cevaba bakınız: 2009c: 36, "laik" Kongre Partisi'nin kısıktığı Hindistan'daki "toplumsal şiddet olayları" na bakınız: P. v.d. Veer, 'Hindistan ve Avrupa'da Dini inanç, Laiklik ve Tolerans', 1997 Batı Antropolojisti (insanbilimcisi), no. 3-4, sf. 381-393; Jacobssohn, dipnot 19, sf. 156.

az dini söylev kadar nefret ve art niyet içeren, uyum bozan ve düşmanlık hissiyatı uyandırıcı şekilde yapılabilir. (Praphoo, Verma) Tüm dini söylevlerin düşmanlığa ve şiddete sevk ettiğini, eşit vatandaşlık haklarına aykırı olduğunu, adaletsizlik taşıdığını⁵⁷, rasyonel olmayan kör ve engelleyici tutkular uyandırdığını (Prabhoo 150), rasyonel düşünce ve hareket güçlerinden insanları mahrum ettiğini farz ederek dini hurafelerin ve dini yozlaşmış uygulamaların açıkça ayıklanması ve yasaklanması Hint Anayasası ve hukuk bilimine özgüdür. Buna karşılık, o zaman "sebepler" doğası gereği "seküler" kabul edilir; bu da "herkese açık olmayan laiklik (dışarıda bırakan)" dir. Bu çeşit (laiklik), pek çok liberal düşünür tarafından savunulduğu gibi, Hâkim Sajó ve Verma tarafından da savunulmuştur⁵⁸. Benim görüşüme göre tekilci laikliğin tüm çeşitleri iletişim özgürlüklerinin anayasal ve yasal kanunlarıyla uyumsuzdur. Kapsamlı (çoğulcu) laikliği alternatif olarak savunmadan önce ve bunu yaparak laikliğin anlamını çoğaltmadan önce iletişim özgürlüklerinin detaylarını ve yasal sınırlamalar için sıkıca sınırlanmış nedenlerini iyice belirtmeliyiz.

Laiklik 7: Asgari (minimal) derecede sosyal veya talepkâr bir sosyalist devlet kaçınılmaz bir şekilde (kesinlikle) laik bir devlet midir?

26

Laiklik üzerine olan söylevler, yasalar önündeki resmi eşitsizliğin, daha talepkâr olarak eşit politik fırsatların (özellikle kast, sınıf sistemi olan toplumlarda); daha çok isimsel olarak genel eşitliğin, kararlaştırılmazlığını (belirsizliğini) yeniden ortaya çıkarır. Hint iyileştirilebilir (hoşgörülü) laikliği ise eşitlik üzerine bir kumaşın tam ortasından geçen altın bir iplik gibidir. [(1994,6 SCC 360 Ayodhoa davası) sf 402 Prabhoo'dan

⁵⁷ Hâkim Gill, Jacobsohn'da alıntı, dipnot 19, sf. 175.

⁵⁸ Hâkim Verma bariz bir şekilde Rawls'ı ima ediyor ki Rawls, en sonunda eninde sonunda laikçi fikir ve halkçı fikir arasında kalmış fakat hala halkçı fikrin kısıtlanmasını savunmaktadır. Kapsamlı bir eleştirimde ben, liberal politik felsefeciler tarafından "halkçı düşüncenin kısıtlanması (...) eninde sonunda çok fazla amacına ulaşamayacağı" göstermeye çalıştım. Mantıklı kavramsal, ahlaki, teorik ve deneysel fikir ayrılıkları hala son hızıyla devam etmektedir. Ve en nihayetinde dışlanma kriteri liberal demokrasinin tutumlarını, erdemlerini ve iyi uygulamalarını kısaltır. (Bader 2009, dipnot 3, sf. 134) Buna göre "kendine hâkim olma ve seçim müsabakalarından erdemli ve edepli olma" (Verma'nın Prabhoo'daki sonucuna göre) sadece laik insanların özellikleri midir? Kendine hâkim olma ve özdenetim erdemlerinin benim görüşümle laiklikle hiçbir alakası yoktur. Fakat asgari ahlaki değerle alakalıdır ki bu da açıkça Ashoka'nın Rock Edict Number 12'de gayet açıkça görünmektedir: Dharma'nın konuşma hakkındaki kökleri kendini zapt etmede yatar (...) her bir durumda ılımlı olmalıdır; diğerlerini incitebilecek durumlarda "tüm yollarla ve tüm durumlarda bu hal devam ettirilmelidir."; "Bu nedenle konuşma hakkında kendini zapt etme şayandır." (Jacobsohn tarafından alıntı, dipnot 19, sf. 14; ayrıca bak. Sen, dipnot 42, sf. 75-77 ve V. Bader, "Hariç tutulmuş? Dahil edilmiş? Temelci? Liberal Demokratik Devletlerde Dini İnançlar" Birinci Derek Zutshi Anma Sempozyumu: Liberal Devletlerde Dini İnanç. Bristol Üniversitesi, 18-19 Mayıs 2010) Ayrıca bunun felsefi yapıyla ve John Rawls'ın yazılarıyla bir alakası yoktur.

alıntı.] Laik ve demokratik bir devlet açıkça ideal eşitlikçi sosyal düzene doğru adım adım ilerlemeye gereksinim duyar (Bommaı sf 176, Ramashwami).

En asgari anlayış doğrultusunda tam eşitlik kast ve cinsiyet eşitsizliğine karşı aktif bir savaşa ihtiyaç duyar ki bu Hinduzim tarafından yasalaştırılmıştır. Birçok hâkim tarafından bu reformun acil olarak yapılması gerektiği savunulmaktadır ve bu “devlete dinsel bir düzlemden direk bir müdahale olmadan düşünülemez”⁵⁹ Bunun yanı sıra bu durum “sosyal adaletsizliklerin iyileştirilmesi laik öğretime⁶⁰ gereksinim duyar” veya diğerleri ile birlikte Ghandi’nin de şiddetle tartıştığı gibi Hinduist gelenek aynı zamanda dini tabanlı hiyerarşinin statükosunun dini yasamalarının eleştirilmesi için içsel bir kaynak sağlar şeklinde tanımlanabilir. Bundan da daha fazla talepkâr bir yorumlama ise; tüm vatandaşların temel asgari geçim hakları hiçbir affedici ayırım yapılmaksızın⁶¹ kötü amaçlı kullanıma karşı (yardım karşılığı beklentiye karşı)⁶² korunmalıdır. (Sadece hayır kuruluşlarıyla değil.) Ramashwami’nin talepkâr yorumlamasına göre ise: “anayasa laikliği, eşitlikçi bir sosyal düzen kurabilmek adına lokomotif olarak seçilmiştir” ve insanların refah içinde yaşayabilmesi ve ahlaki olarak iyi bir halde olabilmesi için gerekli sosyo ekonomik gereksinimlerini sağlayabilmek için seçmiştir ve maddesel (dünyevi mal varlığı) refah ve politik adalet kavramlarının sağlanabilmesi için seçmiştir. (Bommaı sf 186) Yine de bu bile önemli ve gerekli hammadde ve ödüllerin (dünyevi mal varlığının) tamamen eşitlikçi bir şekilde dağılımını temin edemez. (Genellikle sosyalizme atıfta bulunarak 42 nci düzeltimde kullanılmıştır.)

En sonunda tamamen laik veya sosyal olarak sadece bir toplum⁶³ için nelerin gerekli olduğu ve refah devleti ideali ile neyin kast edildiği tam

⁵⁹ Jacobshon, dipnot 19, sf. 8 mutlakiyetçi müdahale etmeme politikasına karşı

⁶⁰ Aynı eserde, sf. 8.

⁶¹ Hint Anayasası “sosyoekonomik problemler hakkındaki meselelerde kişinin dini hiçbir önem teşkil etmez. Bu laikliğin ana karakteristiğidir.” [Reddy, Bommai sf. 305, ayrıca bak. Son sözler (no. 10)]. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki Laikçi ve Sosyal niteleyiciler ise eşit derecede birbirine zıttır.

⁶² Laiklik burada (i) hayır kuruluşlarına bağımlılık yerine tüm bireylere eşit refah haklarının önkoşulu ve (ii) bunu devletin garanti etmesine yönelik yükümlülük (bak. Simmel geleneği: S. Fleischacker, Dağılımsal Yargı Üzerine Kısa Tarih, 2004) olarak görülebilir. Buna rağmen laikçi olmayan bir sav Ashoka’da mevcuttur: “düşük sınıflar için bir çeşit sosyal refah sistemi sağlanmalıdır.” [Jacobsohn’da, dipnot 19, sf. 8]. (iii) Ayrıca laiklik hizmet sunumunda devlet tekeline ihtiyaç duyar şeklinde de görülebilir (inanç temelli hizmet sunumuna veya cemiyetçi ve hükümetçi hizmetin geniş kurumsal çeşitliliğine karşı). Özellikle sonradan gelen yorum çok tartışmaya açıktır.

⁶³ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 13.

olarak anlaşılmamıştır (Reddy ve Gajendraghadkar, Bommai sf 305). Bu nedenle bizler Jacobshon'un "Hindistan'ın ince ayara (kalibrasyona) ihtiyacı var."⁶⁴ şeklindeki üzücü sonucu ile idare etmek zorundayız ve eleştirilenlerin bu değiştirilemez ilkenin tam olarak ne olduğunu açıklayın tarzındaki eleştirilere karşılık bulmalıyız. Hint iyileştirilebilir laikliği doğası gereği anlaşılabilir.

Laiklik 8: Katı ayırım? Güçlü veya ortalama, pozitif, cömert, iyileştirilebilir laiklik?

Yukarıda da gördüğümüz gibi (laiklik 1), devlet laikliği teokrasiyi ve özel, çevreleyici dini yasalarını yasaklıyor, fakat laiklik ilkesi kurumsal olarak boş görünüyor ya da "katık ayırım" ve devlet ve (organize, yaygın) dinler arası seçici işbirliğinin çeşitli formları ile birlikte kullanılabilir görünüyor. Hint hâkimleri tarafından tüm ilginin laiklik ilkesi üzerine verilmesine rağmen, anayasal kurumsallaşmama ve bir çeşit seçici işbirliğinin veya pozitif laiklik ile tamamen negatif laiklikteki ilkesel mesafenin veya yasa önünde resmi eşitlik ve ayırıcı duvar nasıl çözümlenebilir? Laik devlet ideali; tüm dinlere eşit şekilde davranan, Hint çevresine (ortamına) daha çok uyan şekilde hepsini sahiplenen (...) tamamen laik bir devlet,⁶⁵ bir çeşit kombinasyonu için açık bir tercih varken birinin bu konular üzerine ciddi bir tartışma konusu bulamaması biraz kafa karıştırıcıdır. Ne Amerikan idealine/mitine ne de Türk ve Fransız laiklik modeline - tüm durumlarda da mit ve gerçeklik arası boşluk çok büyüktür- hâkimlerin çoğu tarafından onaylanmıştır.⁶⁶ Cömert, pasif veya iyileştirilebilir laikliğin anayasal anlamda nelere gereksinim duyduğunu anlayabilmemiz için, eğer var ise organize (yaygın) dinlerdeki imtiyazlı yasal statü hakkında konuşmalıyız; Sivil evlilik ve boşanma yasası arasındaki ilişki, dini organizasyonların otonomisi ile ilgili kurallar ve düzenlemeler, din tabanlı eğitim ve sosyal servis kurumlarının finanse edilmesi gibi.⁶⁷ Tüm bu hususlarda tarih (geçmiş) önemlidir, sayılar önemlidir, çoğunluk azınlık ilişkileri ve iç içe girmiş eşitsizlikler önemlidir. En azından katı ayırıcı laiklik üzerine olan eleştiriler için tüm bunlar önemlidir. Laiklik ilkesi kendi içinde birbiriyle mücadele eden ve uygulanamaz laiklik anla-

⁶⁴ Aynı eserde, sf. 157.

⁶⁵ Radhkarishnan'a karşı "açık ayırım", Swant/Stelvad tarafından alıntı, sf. 81; Ayrıca bak. Reddy, Bommai sf. 305; "Dinden tamamen kopuş yok"

⁶⁶ Bak T. N. Madan, "Hint Laikliği: Bir Dini ve Laik İdeal", Konferans sayfası; İstanbul, 6-9 Temmuz 2008, sf. 3.

⁶⁷ Bader, 2007, dipnot 2, bölüm 1.

yışlarına ayrılmaktadır. Tüm bu hususlar göze alınırsa laiklik kendi içinde bilgilendirici olamaz.

Katı ayırıcı laiklik tek düze bir sivil kod emreder ve TAM'ın Refah Partisi davasındaki hükmü kanıt gösterilirse, genel anlamda yasal sistemde çoğulculuk ve özel anlamda dini kişisel yasa hükmeder. Liberal demokratik anayasanın neye gereksinimi vardır? 2003'de AİHM'nin yüce mahkemesi sadece yasal çoğulculukla da birbirine bağlı olan yasal sistemlerin çoğulculuğu ve kavramını özellikle kişisel yasada ne kadar köklü bir şekilde inşa edilmiş olduğunu (hâkim Kovler'in şiddetle katıldığı fikirlerinde belirttiğim gibi) daha detaylı bir şekilde inceleme fırsatını kaçırmadı aynı zamanda Avrupa Toplantı (anlaşma) sistemine kişisel kanunlarda (dini) yasal çoğulculuğun herhangi bir formunun liberalizm ve demokrasiyle uyumsuz olduğunu⁶⁸ savunan yüksek derecede çekişmeli ve itiraz edilen Fransız/Türk anlayışını tanıttı. Mahkeme aynı zamanda anayasal demokrasilerde yasal çoğulculuğun genel limitlerini açıkça sınırlama fırsatını da kaçırdı. Macklem'in 2001 ve 2003 AİHM hükümleri hakkında söylediği üç ana hat koşuluna katılıyorum. Birincisi aktif savunma ve çoğul yasal düzenin bireylere bağlı oldukları ayırıcı ve gömülü toplumların normlarını veya aynı konudaki devlet yasasını seçme özgürlüğünü tanımalıdır. (Giriş/çıkış özgürlüğü ve yasa seçimi) İkincisi, yasa yapma otoritesinin kapsamı (...) alan ve etki olarak sınırlanmalıdır. (kişisel veya bireysel yasa) Üçüncüsü, çoğul yasal düzen devletin rolüne bireylerin hak ve özgürlüklerinin garantörü olarak saygı duymalı ve gerekirse alıkoymalıdır.⁶⁹ Veya daha dar bir çerçeveden bakarsak, devlet asgari (minimal) ahlaki değer tarafından talep edilen temel menfaatleri ve ana hakları garantiye (herhangi bir ihlalde ise adli müdahaleyi) alır⁷⁰.

Hint Anayasası madde 44: devlet vatandaşlarına sabit (üniform) bir sivil kod sağlamak için çabalamalıdır. Bu maddede de laiklik ifadesi olarak görülmektedir. (Hâkim Sahai, Mudgal 1995) buna rağmen laikçilerin Hindistan'ın (İsrail gibi) sivil kodun farkına varmaktan aciz olduğu gerçeğine acıyarak bakmaktadırlar. Çünkü liberal demokratik anayasacılık

⁶⁸ Temperman tarafından eleştirilmeden uygun bulunmuştur, dipnot 5, sf. 354 ve sonraki sayfalar; Bak. C. Moe eleştirisi "Strasbourg'un İslam Tefsiri: Refah hükmü hakkındaki eleştiri" Avrupa'da İslam. Görünen Yasal Mevzular, 2007 ve daha genel olarak R. Hirschl, ve diğerleri tarafından, yeni ayırım duvarı: çeşitliliğe izin, mücadeleye engel, 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2535-2560.

⁶⁹ Macklem, dipnot 10, sf 510.

⁷⁰ V. Bader, "Yasal Çoğulculuk ve Ayırt Edilmiş Ahlaki Değer: Ontario'da Şeriat?", R. Grillo ve diğerleri, Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 60, 68.

var olan dini evlilik ve boşanma kanunların ve mahkemelere alternatif bir sivil koda gereksinim duyar. Ayrıca bu izin verilebilir özel kişisel yasa için üç ana hat durumunu açıklamalıdır. Bu konu önemli içsel reformlarla Hindu, Hıristiyan ve Parsi'ler için kısmen de olsa başarılı fakat Müslüman Kişisel Yasası için başarısızdır⁷¹.

Laiklik 9: Katı tarafsızlık veya ilkesel mesafe ?

Yukarıda da bahsedilen ikinci seviye ilkeler, yasal ve anayasal paradig-malar ile birlikte birbiriyle çelişen yasal ilkeler ve hakların yorumlanması ve dengelenmesi için yardımcı olabilecek kaçınılmaz fakat buna rağmen soyut ve saptanamaz kurallardır. Bir insan bunları anayasal iman veya inanç (Sawant, Bommai sf 151) olarak ya da anayasal felsefe (Ahmadai, Bommai sf 29) olarak adlandırılabilir. Benim düşüncem onları tamamen yok saymak ya da küçümsemek değil. Benim düşünceme göre laiklik ne tam bir çeşit bir ruhtur ne de tam bir çeşit bir ikincil seviye ilke veya yasal paradigmadır. Başka bir yerde bu konuyu detaylıca analiz ettim⁷² ve katı tarafsız laikliği (TAM tarafından sık sık başvurulmuş) neden üç ilgili ikinci seviye ilke ile değiştirilmesi gerektiğini söyledim: (i) gömülü tarafsızlığa karşı hiçbir yerden bakış açısı (ii) ilişkili tarafsızlığa karşı katı veya farklılığa karşı kör bakış tarafsızlığı (iii) kültürle ilişkili konularda eşitlikçi adalete karşı tarafsız adalet. Hint hâkimlerinin bu konuları birbirinden tam olarak ayırmamasına veya tam anlamıyla tartışmalarına rağmen, bunları genel laiklikle tanımlamışlardır veya öbeklemişlerdir. Benim iddiam ise onların (hâkimlerin) bu yeniden ilkeselleştirme fikrime yakınlık duymalarıdır. Çünkü onlar birbirlerinin ilkesel uzaklıkçı laikliğin (Bhargava) veya pozitif veya cömert tarafsızlığın (Reddy, Bommai sf 304) ne demek olduğunu ve neye gereksinim duyduğunu açıklamalarını istiyorlar. Yer sıkıntısı yüzünden bu iddiaları ayrıntılı bir şekilde açıklamıyorum.

Laiklik 10: Etik laiklik

Modern, çoğulcu demokrasi katı bir şekilde anti-mükemmeliyetçi olmaz, fakat olabildiğince anti-mükemmeliyetçi olmalıdır⁷³. Açıkça ya da kapalı şekilde belirli bir iyi yaşam yoluna imtiyaz göstermemelidir; örn;

⁷¹ G. Mahajan, "Grup içi eşitlik kültürel çeşitlilikle beraber var olabilir mi?" A. Eisenberg ve diğerleri. Azınlık İçindeki Azınlıklar, 2005, sf. 104-112; detaylar için bak. Shah Bano, 1985: T. Mahmood, "Shah Bano Yargısı", 1985 İslami ve Karşılaştırmalı Yasa Dergisi, sayı 5, sf. 110-120; Bak. Jacobsohn, dipnot 19, bölüm 4.

⁷² Bader, 1999, dipnot 2, sf. 603-612; Bader, 2007, dipnot 2, bölüm 2.

⁷³ Bader, 2007, dipnot 2, sf. 74-79.

kapsamlı liberal etikler veya laik hümanist etikler. TAM laikliği anayasa-
da sivil bir toplumun yaşam yolu olarak konumlanmıştır. (Refah Partisi
kararı sf 26) ki bu sadece felsefede politik laikçiler tarafından reddedil-
mekle kalmamış (Örnek Anne Philips, Tariq Modood ve Rajeev
Bhargava) aynı zamanda AK Parti'nin davaya karşı savunmasında poli-
tik ve yasal kavram olarak laiklikle yaşam şekli olarak laikliği birbirinden
açıkça ayırarak münasip bir şekilde eleştirmiştir: Çoğulcu bir toplum
özgürce seçilmiş geniş farklılıktaki yaşam şekilleriyle tanımlanmıştır;
yaşam yolumuzun özgürce seçilmesi bizim en temel hakkımızdır; devletin
rolü ise bu farklı yaşam şekillerinin –farklı din ve mezhepler dahil-
birbirleriyle barış içinde varlıklarını sürdürmesini garanti altına almaktır;
tek bir yaşam yolu üstünlüğünün engellenmesidir; devlet tarafından laik-
liğin yaşam şekli olarak empoze edilmesi totaliter bir toplum ve otoriter
bir devletle sonuçlanır⁷⁴.

Laiklik 11: Kurumsal veya haklı çıkartıcı laiklik?

Burada kurumsal veya haklı çıkarıcı laiklikle esasen kast edilen, liberal
demokratik anayasayı, kurumları veya politikayı/siyasi düşünceleri haklı
göstermek için yapılan dışsal laikçi müdahalelerin sonradan laiklik olarak
adlandırılıp laiklik ihtiyaç duyulduğu söylenen müdahaleler olup olmadı-
ğını belirtmek içindir. Bu bağımsız politik etik tarz,⁷⁵ felsefede,
Bayle'den Spinoza'ya, Avdi'den Habermas'a kadar çoğu düşünür tara-
findan savunulmuştur ve TAM tarafından açıkça savunulmaktadır. Bu,
Taylor'un haklı çıkarmanın ortak strateji alanı olarak adlandırıldığı
(Pufendorf'dan Mahatma Gandhi veya Hans Küng'e) var olan tüm dinler
üzerine eğilmeye muhalefet oluşturmaktadır⁷⁶. Üçüncü alternatif,
Rawlsian stratejisi, kurumsallık karşıtı derin ve geniş üst üste binen
“concensus” (uzlaşma) -insanların dini ya da laikçi ne nedenle olursa
olsun anayasal gereksinimlere katılma fırsatı sağlar, herkesin katılımına

⁷⁴ Haziran 2008, sf. 7-10.

⁷⁵ C. Taylor, “Laiklik Modları”, R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, 1998; Bader, 2008, dipnot 2 sf. 104 ve devam eden sayfalar.

⁷⁶ R. Bhargava, “Giriş”, R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, 1998, sf. 8. Hint Yüce Mahkemesi hâkimlerinin bu iki strateji arasındaki farklılıkları ayırt edememeleri çok şaşırtıcıdır. bağımsızlık öncesindeki ritüelleşmiş izahatlarında (Ahmadi, Bommai 12) ve Anayasa Oluşumunda her zaman için ilk önce Ghandi'ye başvururlardı. Pandit Neru veya Ambedkar'la aynı laik yolda olduğunu söylerler: “Mhatma Ghandi bağımsızlık savaşını laiklik ve şiddet karşıtlığı silahlarıyla savaştı” (Stelvad, Bommai'de alıntılanmış 80f; Gandici laiklik kavramı' (sf30); Reddy sf 308). Eğer biri müşterek saygı ve hoşgörü kurumlarına ve Ghandi'nin çeşitlilikte tekillik ilkesine bakacak olursa, bunun dini inanca dayandığını daha akla yatkın görecektir: “Tüm dini inançların ruhu birdir, fakat çoklu formlarda örtülmüştür.” (Rhamashwami tarafından alıntılanmış sf. 179, bak. 181; Ayrıca bak. Madan, dipnot 66, sf. 7-12 ve sonraki sayfalar)

izin verir⁷⁷- ki bana göre birçok nedenden dolayı tercih edilebilirdir⁷⁸. Fakat hiçbir hâkimin fikirlerinde yer etmemektedir. Liberal demokratik anayasacılık tüm bu çelişen teorik kurumlardan fazla derin, metafiziksel, felsefi veya teolojik bir kuruma (Ben buna LD kuralı diyorum.) gereksinim duymaz⁷⁹. Modern çoğulcu liberal demokrasi, toplumun politik biçiminin aydınlanmış bir vizyon (görüş) veya bir esas felsefi kurum olarak görülmesini engellemeye yardımcı bir açık projedir. Bu durumda laiklik dar görüşlüdür (laikçi veya hümanist aydınlanma tekilciliği) ve potansiyel olarak veya gerçekten de liberal demokratik anayasacılığa terstir.

Laiklik 12: Genelleştirilmiş meta-öyküsel (öyküsellik ötesi) sembolik evren

TAM açıkça belirtiyor: Laiklik fikri, aslında, toplumların felsefi ve organizasyonel evrimlerinin son fazıdır. Bu fikir teoride de paylaşılır. Bu ne din ve devlet işlerinin ayrılması olarak ne de Türkiye'deki yaşamın felsefi özü olarak anlaşılmalıdır⁸⁰. Bu genel olarak evrensel bir şekilde bilim akılcılığın ve aynı zamanda demokrasi ve özgürlüğün genel kavramlarının olası normatif kurumlarının, bağımsızlık ve ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin köşetaşı olarak anlaşılmalıdır. (TAM 26) Tüm bu görüşlerde din ve orta çağlardan kalma dogmatizm, bilimsel verilerle yer değiştirmiştir. Değerler mantık çerçevesinde oluşturulmuştur ve bilim dogmatik değerlerin önüne geçmiştir (AİHM 2003 sf 40) AİHM 2001 sf 71 TAM'ın; şeriatın mitsel kavramı dogmatik değerlere bağlı olduğu ve mantığın üstünlüğünün, özgürlük kavramının, bağımsızlığın ve bilimin ışığında gelişen insanlık idealinin karşısında olduğu için demokrasinin antitezidir görüşünü onaylamaktadır. Benzer bir şekilde, Ramashwami laiklik hakkında akılcı yeteneklerin uygulanmasından doğan inançları temsil eder, insan gelişimi için mecburi bir gereksinimdir, insan yaşamındaki önemli koşulları geliştirir ve aynı zamanda insan ruhunu cahillik, batıl inanç, akıl dışılık, adaletsizlik, aldatma, iki yüzlülük ve ezici davranış (...) gibi kötü özelliklerden arındırır. İnsanlık tarihinin tüm rotası insanlığın yükselen özgürleşmesini laiklik sayesinde ifşa eder tarzında düşünceler ortaya atmıştır (Bmmi sf 179).

⁷⁷ Taylor, dipnot 75, sf. 52.

⁷⁸ Bader, 2007, dipnot 2, sf. 107 ve sonraki sayfalar.

⁷⁹ Aynı eserde sf. 113-115

⁸⁰ AİHM tarafından alıntılanmış 2003, sf 40; veya Ahmet Akgündüz tarafından doğru tercümesi: "Türkiye'nin Kurtuluş Felsefesi".

Laiklik burada çok çeşitli, farklı fakat birbirine bağlı modernleşme teorilerinden/ideolojilerinden gayet iyi bilinebilecek, ayrılıkçı, liner ve gelişimci ilerleme, mantık, akıl sahibi, bilim, insanlık, eşitlik ve demokrasi hikayelerine bir basamak teşkil etmektedir ki bu aynı zamanda liberal demokratik anayasalcılığın sosyal ve politik ve aynı zamanda epistemolojik normatif önkoşullarını kapsar⁸¹. Bu eskimiş öyküsellik ötesi kurumsal fikir, yukarıda tanımlanmış modern demokrasinin açık karakteriyle uyumsuzdur. AK Parti tarafından da gayet ikna edici şekilde eleştirilmiştir: Anayasal veya yasal politik laiklik bir felsefi inanç değildir; pozitivist laikçi ideoloji çağ dışıdır; bir ideoloji olarak sadece Comte'nin bilimsel dini değil genel anlamda bilimsellik (scientism) Tek tanrılı dinleri "tekbilim"le (yalnızca bilime inanmak) ile değiştiriyor (...) ki bu toptancı/bütüncül ideolojiler için kendi anti demokratik fikirlerini yasalastırabilmek için uygun bir ortam yaratmaktadır⁸².

Kısacası laikliği öyküsellik ötesi bir şekilde anayasalaştırmak akılcılık veya bilimselliği ilan ederek laikliği genel bir kurum ve/veya evrensel olarak kabul edilen bir ideal, bir dünya görüşü olarak kabul etmek; etik laikliği resmi bir şekilde söylemek liberal demokrasinin tek kabul edilebilir ve mümkün kurumu olarak düşünmek; dini dogmatik ve insanlığa, medeniyete, liberalizme, demokrasiye uygunsuz olarak inşa etmek; dini partilerin ve temsilcilerin tüm ayırıcı resmi demeçlerini sunarak dinin gerçek öz anlamı hakkında spekülasyon yaratmak; hem Türk hem Hint Anayasa Mahkemeleri'ni cezp etmektedir.

4) Bu Örnek Davalarda Laikliğin İşleyişi Nasıl Oldu?

Türk davaları hakkında benim kısa kavramsal hesaplamalarımda, ben Refah davası hükmüne odaklandım. Çünkü, bu davada AHİM'nin hükümlerini de hesaba katabilmekteyiz ve TAM'ın geçici olmayan savları AK Parti davası için de aynı olmasına rağmen hüküm farklı çıkmıştır. Anayasal ve politik krizin önlenmesi adına geleceğe yönelik nedenlerden dolayıdır. Refah Partisi savunmasında partilerinin laiklik ilkesini iyi bir şekilde takip ettiğini söyledi. Bu laiklik ilkesinin tamamen stratejik nedenlerden dolayı kabul edildiğinin -çünkü bu ilke Türk Anayasası'nın bir parçasıdır ve bu ilkenin kabul edilmemesi partinin otomatik olarak kapatılması anlamına gelmektedir- veya laikliği alternatif normatif laiklik

⁸¹ Ayrıca Sajo tarafından da savunulmuştur, dipnot 3.

⁸² Haziran 2008, sf. 11-14.

şekilde kabul edildiğini göstermektedir. Parti mensupları sonradan bunu açık bir şekilde dile getirmişlerdir. Daha sonraki yorumlarında bu ilkenin devletin (organize/yaygın) dinlerden göreceli (relatif) otonomisine ihtiyaç duyduğu kadar (organize/yaygın) dinlerin devletten göreceli (relatif) otonomisine ihtiyaç duyduğunu söylemiş ve herkes için her inanç için tam özgürlük gerektiğini belirtmiş. Onlar laiklik ilkesinin her türlü inanca saygıyı ima ettiğini ileri sürmüş ve Refah'ın politik hareketlerinde bu saygıyı gösterdiğini söylemişlerdir (Avrupa komisyonu, 2001 sf 15). Partililer yasal hedeflerinin laiklik ilkesinin korunmasından geçtiğini söylemişlerdir (sf 41). Onlar ilkenin bazı yorumlamaları vicdan ve ifade özgürlüğüne saygı adına eleştirdiklerini fakat bunu yaparken ilkeyi yok saymak ya da Türk Anayasal düzenine aykırı davranmak gibi bir amaçları olmadığını söylemişlerdir (sf 54: bk Avrupa komisyonu 2003 sf 16, sf 19). Dini özgürlükler hakkındaki bu yorumlamalar ilk bakışta Avrupa Anlaşma Sistemi ile daha çok uyumlu gibi görünmektedir. Hükümetin Refah'ın laiklik ilkesini farklı bir şekilde yorumlamak gibi bir niyeti olmadığına inanmaması pek de şaşırtıcı değildir. Maruzatlarında partinin bütün işlerini bu ilke ile yapmak niyetinde olduğunu savunmuşlardır. Anayasa değişikliği üzerine yapılan son zamandaki tartışmaların Refah'ın lehine olduğu bunun üzerine kanıt olarak sunulabilir. Çünkü Refah gayet açıkça laiklik ilkesinin anayasadan silinmesini teklif etmiştir. TAM gayet beklebilir şekilde açıkça bu yorumu takip etmiştir. Bunu yaparken ise Refah'ın hedefinin teokrasi ve şeriat olduğu ve bunu da açıkça yapamayacaklarını bildikleri için gerçek niyetlerini saklamaları gerektiği ve laiklik ilkesini tamamen bir araç olarak kullandıkları ve bu metodun “takiye” yani hedefine ulaşana kadar gerçek niyetini açıklamamak olduğunu söylemiştir (Avrupa komisyonu 2001 sf 59). Yine de AİHM'nin bu yorumlamayı alternatif bir yorumlamanın (laikliğe farklı bir anlam yüklemek) var olabilme ihtimalini tamamen hiçe sayarak doğrudan kabul etmesi de akılda kalıcıdır (2001, Basın sayısı; Avrupa komisyonu 2001 sf 59, 60, 77; 2003 sf 105).

Hem TAM hem de AİHM Refah'ın kapatılmasının neden gerekli, yasal ve makul olduğunu ve yasalar tarafından emredildiğin açıklayabilmek için tarihi ve yeni bağlamlara başvurmuştur. Türk hükümeti laiklik ilkesinin diğer demokrasilere nazaran Türkiye için özellikle çok önemli olduğunu iddia etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti devrimci bir süreç sonunda teokratik devletin laik devlete dönüşmesi şeklinde kurulmuştur ve İslami eğilim hala bir tehdit unsurudur (...) Hükümet Türk vatandaşlarının %95'inin Müslüman olduğuna değinmiştir ve bu yüzden dini fikirlerin

politikacılar tarafından kötüye kullanımının Türk demokrasisine bir tehdit ve olası bir tehlike olduğunu söylemişlerdir ve komşulardaki Teokratik rejimin (İran- Suudi Arabistan) ve onların ahlaki değerlerinin benimsenmesini ve radikal düşünceler için maddi kaynak sağlanmasının ve kutsal savaş (cihat) üzerine söylevlerin yapılmasını buna örnek olarak sunmuştur. Batılı modellerden sonra Türkiye'nin liberal demokrasiye sahip tek Müslüman devlet olduğu söylenmektedir. TAM bu kanıtları sonuna kadar takip etmiştir ve 2001 ve 2003'de AİHM de bu hükmü onaylamıştır. Özellikle de konuşma ve birleşim özgürlüğünün kısıtlanması –(laiklik) ilkeye karşı olan herhangi bir tavır- birinin dinini açıkça gösterme özgürlüğü olarak kabul edilemeyeceği ve madde 9 tarafından korunmadığı belirtilmiştir (AİHM 2001 sf 42). –gereklilik ve orantısallığa gelince ise Mahkeme Türkiye'de teokratik rejimin kurulmasının (...) tamamen imkânsız olmadığına hükmetmiştir (sf 65). Hükümetin iddialarını aynen aktarmak gerekirse; Müslüman çoğunluk; görece yakın Osmanlı teokrasi-tarihi; Refah partisi mutlak güç sahibi değildi ve bu nedenle politik planlarını uygulayabilme şansı olmadı/olamadı (AİHM, 2001 sf 77; 2003 sf 107); anketler bir sonraki seçimlerde %67 oy oranı öngörüyordu.

Açıkçası mahkemelerin tarihsel içerikleri dikkate alması doğrudur (AİHM, 2003 sf 105) çünkü önsözümde de belirttiğim gibi bu şekilde olmadan birbiriyle çelişen anayasal ilkeler ve hakların dengelenmesi mümkün değildir. Ayrıca mahkemelerinin liberal demokratik anayasaya karşı olan tehditleri ciddiye alması sadece politik olarak değil aynı zamanda hukuki olarak da doğrudur. Buna rağmen mahkemeler aşağıdaki konularda bariz bir şekilde yanlıdırlar.

Öncelikle tarihi göz önüne alma şekilleri: teokratik Osmanlıcılığa karşı liberal ve demokratik Kemalist laikliğin fikir çatışmasını aynen tekrarlamışlardır. (AİHM, 2003 sf 125, 126) her ikisi de tarihsel açıdan savunulamaz yapılardır. Türkiye'deki politik İslamcılık yavaş fakat bariz gelişimini göz önüne almadan veya yok sayarak tarihi günümüze yansıtmışlardır. Özellikle Refah ve AK Parti'nin tarihini herhangi bir tarihsel bağlam-salıktan uzak bir şekilde ele almışlardır. Mahkemeler için zaman içinde ilerlemenin (gelişim) (AİHM, 2003 sf 109) anlamı şudur; yönetimdeki (koalisyondaki) partinin herhangi bir mensubunun eskiden yaptığı konuşmalar yakın zamanda yapılan farklı açıklamalar veya davranışlardan daha önemlidir. İkincisi, mahkemelerin görevi teokratik rejimin ilan edilmesinin tamamen akla uygun olmadığını yargılamak değildir fakat, gerçek veya hakiki bir tehdit olup olmadığı hakkında tüm zorlayıcı ve

ikna edici delilleri toplamaktır. Aynen Refah mensuplarının Büyük Daire'ye Birleşik Devletler Federal Mahkemesi'nin açık ve yakın tehlike testini göstererek başvurusu gibi (AİHM, 2003 sf 14, 76) ki bu hâkimler tarafından fikir ayrılığı olmasına rağmen kabul edilmiştir (AİHM, 2001, sf 30). İleri sürülen iddialar herhangi bir sıkı teknik inceleme testi ile uyumlu değildi ve herhangi bir zorlayıcı ve ikna edici kanıt sağlayamadı⁸³. Üçüncüsü, bu iddiaların ışığı altında, alınan tedbirler (parti kapatılması, gelirin hazineye sevki, 5 yıl siyaset yasağı) tamamen orantısız görünüyor. Dördüncüsü, politik iletişim özgürlüğünün kısıtlanması adına olan yasal hedefler gibi (AİHM madde 9,11), birbiriyle çelişen ilkelerin dengelenmesi adına yapılan halk güvenliğinin korunması, ulusal güvenlik, insan hak ve özgürlükleri, suçla karşı korunma gibi konular üzerine olan yaptırımlar (AİHM, 2001 sf 40) tamamen tek taraflı ve mantıksızdır. Çünkü şiddete yol açma tehlikesi olduğu üzerine sunulan kanıtlar tamamen yetersizdir ve bu yüzden Refah'ın kapatılmasının ana nedeni sözüm ona laiklik ilkesi ihlalidir [AİHM, 2001, oy çokluğu (fikir ayrılığı)] ve liberal demokratik anayasacılığın hakları ve kurumları değildir. Laiklik göz önüne alınmış bağlamsal analizden insanı caydırır veya engeller. Türk davalarındaki birbiriyle çelişen hakların dengelenmesi yanlış nedenlerle bağlamsal olarak yanlış hükümler verilmesine yol açmıştır.

Müslümanları “yılanlar” diye çağırmak ve insanları boş laflarla uygunsuz bir yöne yönlendirmek⁸⁴ örneğin; eğer tüm camilerin altını kazarsak hepsinin altında Hindu tapınakları bulursunuz, eğer meşitleri yıkarırsanız altlarında Hindu tapınakları bulursunuz (Shiv Sena Partisi lideri Tackeray) gibi söylemler Kasım 1992'de Ayodha'daki Babri meşidinin yıkılmasına neden olmuştur. Bu davranış sadece bir ayrımcı (nefret) söy-

⁸³ Avrupa Komisyonu 2001, karşıt görüşler, sf 32. Ayrıca Kovler'in aynı düşüncedeki fikrine bakın, 2003; Bak. Moe 2003, dipnot 54 ve Moe 2007, dipnot 68; Macklem dipnot 10, sf. 494 ve sonraki sayfalar. Bazı bakış açılarından mahkeme hükümleri özellikle alarm vericidir: Öncelikle, resmi kaynaklardaki (programlar, nizamlar, seçim programları vb.) ve birçok gayri resmi konuşmadaki ve birçok -genellikle tamamen alakasız- davranışlardaki mantıklı ve makul ilişki bariz bir şekilde eksiktir. Yüce Divan resmi kaynakları göz önüne dahi almamaktadır ve bunları tartışmak bir yana, “Refah Partisi demokratik ilkelere karşı bir program önerdi.” hipotezi üzerine ilerlemeye devam etti. (Avrupa Komisyonu sf. 108, 111). İkincisi, başörtüleri, çalışma saatleri, kapalı bayanların resepsiyonlara katılımı ve buna benzer tüm o kapsamlı referanslarla Refah Partisi'nin liberal demokratik anayasacılığa tehdit olduğuna hükmetmek tamamen alakasızdır. Bunun tam aksine tüm bu Kemalist laikçi kısıtlamalar temel liberal hakların kısıtlanmasına gayet sık bir örnek teşkil edebilir. Üçüncüsü, fikir havuzunun kullanımı elbette ki “kesin hükmü” (res judiciana) anayasallaştıran bir yasal metin içinde bariz bir şekilde garip duruyor. (Kovler'in üçüncü noktası sf. 108)

⁸⁴ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 164.

levi değil aynı zamanda şiddeti kışkırtan bir davranıştır ve özgür konuşma ve diğer anayasal korunmaların aşılması için yasal bir nedendir. Hint Yüce Mahkemesi'nin bu hükmü bağlamsal anlamda doğrudur – zorlayıcı ve ikna edici deliller sunmuştur - fakat buna yanlıştır nedenler yüklenmiştir, çünkü eğer aynı şekilde laikler bir toplumsal şiddet eylemine neden olsalardı sonuç aynı olmazdı⁸⁵.

Sonuç olarak, Türk ve Hint Yüksek Mahkemeleri hükümleri sadece kararsız değil aynı zamanda liberal demokratik anayasacılıkla uyumsuzdur. Türk seçkinlerinin laiklik anlayışında “Avrupa ve Türk hukuk otoritelerine ait laikçi kategorizasyonlarda ve sınıflandırmalarda” sadece iki çeşit alternatif vardır: İyilikçi laik demokrasi (Kemalist formunda) veya art niyetli İslami teokrazi (Kemalizmi hiçe sayarak). Hâkimler yeniden formüle edilmiş veya tamamen farklı bir laiklik çeşidinin var olabilme ihtimalini Parti'nin gerçek amacının İslami yasaları⁸⁶ kabul etmek olduğu bahanesiyle tamamen hiçe saymışlardır. Laikliğin farklı bir çeşidinin veya alternatif normatif laikliğin çizgilerini –Hurd'un yaptığı gibi- çizmeden evvel Refah'ın ve AK Parti'nin yaptığı gibi Laikliği desteklerken Kemalizm'e bir saniyeliğine karşı çıkmamız iki nedenden dolayı iyi olabilir. Birincisi, dini partiler laikliği kabullenmeye zorlanmadan önce liberal demokratik anayasacılığın asgari gereksinimlerini nasıl kabul ettiklerini görmelidir. Bu stabil bir doktrinsel, tutumsal ve kurumsal öğrenim sözü vermez, çünkü bu tarz kurumsal güç asimetrisi kurumsal direnç oluşumuna meyillidir. İkincisi, alternatif veya tamamen farklı bir laiklik ilkesi formu tamamen aynı tarzda belirsizlik, karmaşıklık, uyumsuzluk ve gerilim yaratmaya mahkûmdur. Yani AK Parti'nin ve Refah'ın “dini ayırım ve uyuşumun alternatif modellerinin tarihsel ve kültürel yasallaştırılması için” veya “teolojik politikanın⁸⁷ spektrumunda laiklik düzeninin farklı bir yere oturtulması için” yaptıkları çabaları takdir etmeden evvel bazı şeyleri açıklığa kavuşturmak iyi olacak: laiklik lisanı anayasal ve hukuk bilimsel konulardan uzaklaştırılmalıdır. Refah'ın anayasadaki laiklik referansının silinmesi üzerine yaptığı önerinin ne mahkemelerde ne de

⁸⁵ Militan laikler tarafından sarf edilen, Hz Muhammed bir sapık ve sübyancıdır (Hırsı Ali), Müslümanlar keçi-becerenlerin beşinci koludur (Van Gogh), Kuran faşist bir kitaptır (Wilders) tarzında beyanlar elbette ki açıkça ayrımcılık yapıcıdır. Fakat yakın zamanlardaki Hollanda bağlamında değerlendirildiğinde içerik halk düzenine karşı açık ve yakın bir tehlike teşkil etmez bununla birlikte Wilders Amsterdam Bölgesel Mahkemesi tarafından resmi olarak suçlanmıştır. (Ekim 2010'da hüküm beklenmektedir.)

⁸⁶ Shakman Hurd dipnot 24, sf. 70 ve devam eden sayfalar.

⁸⁷ Aynı eserde, sf. 71.

Hurd gibi radikal eleştirmenlerde hak ettiği kadar ilgi ve tartışma yaratmaması çok ironiktir. Bu sözlerin belirtici gücü ne destekleyici ne de karşı çıkan ortaya atılmasına izin vermemiştir.⁸⁸

Laikliğin anayasallaştırılması aynı zamanda stratejik dezavantajlara yol açar. İnsanı normatif olarak bağıntılı konulardan saptırıp, laikçi ve din-darların minimal liberal anayasalcılığı onaylayıp onaylamadıklarının anlaşılmasını güçleştirir. Dinler ve laikler arasındaki genelleştirilmiş ayırım insanı yanlış dostlar (liberal demokratik anayasacılar yerine laikçiler) ve yanlış düşmanlar (liberal demokratik anayasacılık karşıtlarının yerine dinlerin tümü [aynı zamanda illiberal (liberal olmayan) Kemalist laikçiler]) edinmeye sevk eder. Dini politik partileri laikliği (alternatif versiyonlarını) savunmaya zorlar⁸⁹ (politik rakiplerini sözde laikçi olmakla suçlarlar)⁹⁰ ve rakiplerine de “bunu tamamen bahane olarak kullanıyorlar” deme fırsatı sunarlar. Halbuki her ikisi de detaylı ilkelere ve haklara sahip liberal demokratik anayasalcılığa katılmalıydılar. AİHM tüm hususlarda daha az agresif olan bir laikçilik çeşidini ve/veya laikliğin alternatif bir yorumlanmasını (Hurd tarafından savunulan haliyle)⁹¹ kabul etme fırsatını kaçırmıştır, veya benim sözlerimle, Müslüman çoğunluklu ülkelerde reforme edilmiş politik İslam’ı bir destekçi olarak kabullenip, laikçi otoritelerin tüm çeşitlerine karşı koyarak herhangi bir laiklik çeşidini kabullenmeye zorlamadan anayasal devletler yaratma fırsatını kaçırmıştır⁹². AİHM, İslam’ın özünün liberal demokratik anayasayla uyumsuz olduğu yöndeki miti desteklemek yerine, daha önceden oluşmaya başla-

⁸⁸ Neden Hâkim Kovler “siyasi ideolojik söylevler’den” alıntılanan, “İslami Temelcilik”, “totaliter hareketler”, “demokratik rejime karşı tehdit” gibi mahkemelerce kaçınılması gereken kavramlara “laiklik”i eklememiştir?

⁸⁹ Bak. Bader 2007, dipnot 3, sf. 101 ve devam eden sayfalar, koloni dönemi ve sonrasındaki içerikte ve sağlam şekilde kurulmuş Batılı liberal demokrasilerin içeriklerinde stratejik nedenlerden dolayı laiklikten kaçınılmıştır. (Ayrıca bak. not 10, sf. 315 ve devam eden sayfalar)

⁹⁰ Baharatiya Janata Partisi için bak. Sawant, Bommai sf. 140.

⁹¹ Erdoğan’a göre; AK Parti İslam ve demokrasinin bir arada nasıl yaşayabileceği üzerine bir model oluşturuyor (AK haziran sf. 27f Huntington’a karşı). Yine de AK Parti’nin dini tabanlı bir parti olduğunu ve İslamizmle ilgili herhangi bir topluluğa mensup olduğunu yalanlıyor (AK Nisan sf. 48) ve laikliği kabulleniyor: Türkiye, demokrasiyi laiklik temelleri üzerinde uygulamaya koyabilen ve gelişmiş demokratik normları benimseyebilen çoğunluğu Müslüman bir ülke olarak en iyi örnektir (sf. 49).

⁹² Gallup’a göre, 35 farklı ülkedeki 50000 Müslüman’ı içeren kamuoyu araştırmasından çıkan sonuca göre insanların ezici çoğunluğu laik olmayan bir devlet yasasında hemfikirdirler. Bak. J. Esposito, Kim İslam’ın Lehinde Konuşuyor?, 2008.

mış anayasal ve doktrinsel öğrenim işleminin stabil hale getirilmesine ve açıklığa kavuşturulmasına katkıda bulunabilirdi⁹³.

5) Sonsözler: Laikliğin Anayasallaştırılması veya Liberal Demokratik Anayasalcılığın Kabullenilmesi

Genellikle, AİHM'nin "Hükümler bağlamsal olmalıdır." görüşüne ve ulusal anayasa mahkemelerinin kanuni ve gerekli hoşnutluk miktarı olması gerektiği düşüncesine katılmaktayım. Avrupa Komisyonu'nun görevi spesifik, ulusal olarak baskın ilkeleri, tek bir anayasal modeli – ekonominin yönetim modeli, refah devletlerinin anayasal çeşitliliğini, anayasal demokrasi modelini veya bu durumda, devlet/politika ve dini ilişkilerin anayasal modelini- empoze etmek değildir. AİHM anayasal özniteliklere elbette ki odaklanmalıdır. Aynı şekilde farklı bir söylevde yüce mahkemeler için de geçerlidir⁹⁴. Elbette ki mahkemenin amacı işin ehli ulusal otoritelerin yerine geçmek değil, takdir yetkisinin doğru, dikkatlice ve iyi bir inançla kullanılıp kullanılmadığını, müdahalenin adil, orantısız ve haklı yasal hedef gözeterek yapıp yapılmadığını, ulusal otoriteler tarafından ileri sürülen nedenlerin ilişkili ve yeterli olup olmadığını, gözden geçirmektir. Daha önce de alıntı yaptığım gibi, konuşma ve birleşim özgürlüklerine olan müdahaleler durumunda devlete kalan hoşnutluk miktarı dar olmalıdır, özellikle de, fikirlerin ve partilerin çoğulculuğu demokrasinin doğasında var olduğu için partilerin kapatılması durumunda (AİHM, 2003 sf 81). Ne yazık ki Mahkeme, Refah davasında sunulan fiili kanıtları irdeleme fırsatını kullanmamıştır. Daha da önemlisi ve ileriye uzanan gerçekte, AİHM 2001 ve 2003 TAM'a, politik iletişim özgürlüğünün en önemli iki öz niteliğinin kısıtlanması konusunda kendi genel fikrine tamamen zıt ve benim görüşümle çok geniş ve tamamen kanun dışı hoşnutluk miktarı yaratma fırsatı sundu. Üniter cumhuriyeti federalize etmek için anayasa karşıtı denemeler olarak adlandırmıştır⁹⁵.

⁹³ Kritik için bak. Bader, dipnot 43.

⁹⁴ Bak. Avrupa Komisyonu 2003 sf. 98: Kendileri de zaten demokratik değişime açık olan spesifik yorumlamalar ve spesifik kurumsal düzenlemelere suç yüklemek adına; ve bununla aynı anlam taşıyan Ress/Rozakis'in fikirleri 2003: Hiçbir kapsamlı demokrasi kuralları listesi ve en temel hak ve özgürlükler ve haklar ve özgürlüklerin değişimi için yapılan kampanyalar, yani hepsi spesifik hak ve özgürlüklere dayanmaktadır.

⁹⁵ Lautsi'nin İtalya'ya karşı İtalyan devlet okullarındaki çarpmıha gerili İsa heykellerinin sergisine karşı olan davasının hükmünde, Mahkeme İtalya'ya katı tarafsızlık ve katı ayırım doktrinini empoze etti ve İtalya'ya ne bir takdir payı ne de başka bir şey bırakmadı. (Bak. Leigh, dipnot 18, sf. 15-19)

Bunu yaparak Mahkeme'nin kendisi, ulusal tartışmalara, politik insiyatifler ve hareketlere, ve açıkça anayasal öz niteliklerle veya liberal demokratik anayasalcılığın ana prensipleriyle tamamen uyumlu ekonomik, toplumsal, politik ve yasal yapıya derin yapısal değişiklikler getirmeyi amaç edinmiş partilere ciddi kısıtlamalar getirmiş ve bu amaçlara ulaşılması için gücünü kullanmaktan açıkça kaçınmıştır. Dolaylı yoldan TAM'a arka çıkararak, AİHM, azınlık haklarının kurumsallaştırılması ve Müslüman azınlıklarla ulusal ve etnik azınlıkların haklarının savunulmasının anayasallaştırılmasını devlet ve (organize/yaygın) dinler arasındaki anayasallaştırılmış ilişkinin değiştirilmesini veya anlaşmazlığı olan laiklik ilkesinin anayasada değiştirilmesini (yukarıya bakınız; Refah'ın değişiklik önergesi) üniter cumhuriyeti federalize etmek için anayasa karşıtı denemeler olarak adlandırmıştır⁹⁶. Tüm bu reformların anayasaya karşı olduğunu ilan ederek Mahkeme, kendi hareketlerini anayasa karşıtı olmasına neden olmuştur.

TAM aynı zamanda, genellikle kök salmış ayrıcalıklı güçlerin yararına çalışan baskın yorumların ve kurumsal uyarlamaların devam etmesine izin vermiştir. Anayasal mahkemeler ve hâkimler –sözde hiçbir yere bağlı olmaması gereken anayasal öz niteliklerin savunucuları- taraflı ve ön yargılıdır. Refah mensupları Refah'ın kapatılmasının ana nedeninin halk düzeninin veya liberalizmin veya demokrasinin korunması değil de büyük Türk şirketlerinin çıkarlarını -devlet bürokrasisini ve askeriyei kullanarak devletten yardım alması- korumak için olduğunu iddia etmişlerdir ve buna(hâkimleri de içeren) Kemalist elitlerin çıkarlarını da eklemiştir ve açıkçası laikçi politik partiler başarılı politik rakiplerinin ortadan kalkmasından çokça menfaat görmüşlerdir. Hint eyaletleriyle ilgili Başkan Kuralı her zaman rakip politik partileri zayıflatmak veya cezalandırmak için kullanılabilir bir tehdit olarak varlığını sürdürüyor ve bu tehdit eğer laiklik ihlali durumu bahane edilirse –aynı hâkimin Bommai'de deendiği gibi; bunlar açık açık partizan hareketlerdir⁹⁷- çok daha ciddi bir tehlike olarak addedilebilir. Bu nedenle, anayasal mahkemeler –

⁹⁶ TAM'ın baş örtüsü davasındaki (Haziran 2008) tercihi ise daha alarm vericidir. Oysaki anayasa, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini açıkça şekil denetimi ile sınırlamıştır. Mahkeme en nihayetinde esasa ilişkin sebepler üzerine önceden tasdik edilmiş değişiklikleri geri alır ve laikliğin anayasal hükümlerini ihlal eder. Gerekçesinde ise Mahkeme sadece esasa ilişkin anayasal değişiklikleri gözden geçirme yetkisini genişletmekle kalmayıp, aynı zamanda hükümetin anayasal değişiklikler yapabilme gücüne de yeni sınırlar getirmiştir. (Bali, dipnot 22, sf. 4) ve böylece anayasal reform için demokratik kanalları etkili bir şekilde kapatmıştır. Örn. Yeni sivil anayasa taslağı için sonbahar 2007'de Ergün Özbudun başkanlığında toplanan komite (sf. 26 ve devam eden sayfalar).

⁹⁷ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 145 ve devam eden sayfalar.

tarafsızlık ve nütürallik örtüsü altında- laikliği ideolojik ve politik savaşlarda bir silah olarak kullanmaya meyillidirler ve bunu yaparken de otoriteyi ve meşruluğu sadece mahkemeler açısından değil yasal sistemin tamamını tehlikeye atarlar.

Yazımı sonlandırırken anayasaların görevleri ve limitli fakat önemli hukuksal görüş ve aktivitenin görevleri hakkında konuşayım.

Anayasaların çok zor bir genellik ve kesinlik dengesi oluşumuna gereksinimi vardır. Bunların tanımları yasalarda ve statülerde tanımlandığından çok daha geneldir. Bunu yaparken tamamen belirsiz halk düzeni, ahlaki değer veya orantısallık gibi genel sıfatlardan kaçınamazlar fakat bunlar mahkeme içtihatlarında tamamen belirsizlik boşluklarını doldurabilmek adına tanımlanmışlardır ve bariz bir şekilde daha detaylı şekilde açıklanmış ilkelerin yerini alamazlar. Anayasa mahkemeleri aynı zamanda ikinci seviye ilkelere de başvurmak durumunda kalabilirler ve hatta anayasal ilkelerin ve hakların yorumlanmasında içeriği dengeleyebilmek adına yasal paradigmalara da başvurmaları gerekebilir. Buna rağmen, göstermeye çalıştığım gibi laiklik, gömülü tarafsızlık, ilişkisel nütürallik ve kültürel meselelerde tarafsızlık gibi sağlam konular dururken değerli bir yol gösterici olmaktan tamamen uzaktır ki bunlar bile liberal demokratik anayasacılığın hak ve ilkeleriyle kıyaslandığında belirsiz kalmaya mahkumdur. Bana göre bunlar da –tüm diğer ikinci seviye ilkeler gibi- mahkemeler ve hâkimler için kabul edilebilir hoşnutluk miktarını aştıkları için anayasalaştırılmamalıdır⁹⁸. Liberal demokratik devletlerin kurumlarının yapması gereken -ki çoğu gerçekten de yapıyor- şudur; minimal ahlaki değer gereksinimlerinin karşılanmasını ve liberal demokratik anayasacılığın özünü garanti altına almaktır. Liberal demokratik anayasacılığın özü küçük minimalist fakat gerçekten de çok güçlüdür.

Tüm aktüel anayasalar bariz bir şekilde daha kalındır. Liberal demokratik anayasacılığın özü tarihten ve karşılaştırılmalı tecrübelerden özetlenmiştir ve çok çeşitli kurumsal çeşitlere olanak sağlar. Aynı temel ilkeler, haklar ve minimalist kurumsal gereksinimler –çünkü bunlar özetlenmiş ve geneldir- bağlamsal tanımlama ve ayarlanmaya gereksinim duyar. Devletler ve anayasalar –gerekli ve yasal olarak tarihsel ve kurumsal içerik bağımlılığı ve kültürel gelenekler yüzünden- yasaları kurumsallaş-

⁹⁸ Bak. Şahin ve Türkiye arasındaki dava hakkında AİHM'nin hükmüne ilişkin kritik takdir: T. Loenen, "Dini çoğulculuk ve AİHM" L. Boerefijn ve diğerleri. Egemenlik Anlayışı ve İnsan Haklarının Değişimi, 2008, sf. 381-395.

tırma şekillerinde, (örn; genel yasa veya kodlanmış yasa, yönetsel ve anayasal mahkemelerin varlığı ve yokluğu) demokraside (örn; çoğulcu veya parçalı temsilcili sistem; dışarıdan temsilcili demokrasiler veya doğrudan demokrasi; başkanlık sistemi veya parlamento usulü), sosyal ya da refah devleti gereksiniminde, (üç veya fazla çeşitli refah kapitalizmi) veya özgürlük ve demokrasiyle uyumlu ekonomik düzen gereksinimlerinde (kapitalist veya sosyalist ekonomiler) farklılık göstermektedir⁹⁹. Bu kurumsal çeşitlemelerin tümü liberal demokratik anayasalcılığın küçük fakat güçlü özünü zıt düşmemek kaydıyla ahlaki yönden uygulanabilir¹⁰⁰. Çünkü bunlar bariz bir şekilde daha kalınlardır ve anayasal değişiklikleri tamamen imkânsız şekilde kısıtlamak yerine (çünkü bunun için demokratik süper çoğunluğa ve uzun ve karmaşık prosedürlere gereksinim vardır.) liberal demokratik anayasalcılığın özünü bağımlı şekilde değişime izin vermelidirler. Eğer –Türk Anayasası’nın ve TAM’ın ve aynı zamanda Hint Yüce Mahkemesi hâkimlerinin de yaptıkları gibibuna izin vermezlerse, demokratik ve yasal kurumsal ve politik dönüşümü men etmiş olurlar ve bunu yaparken de anayasayı ve mahkemeleri yasadışı hale getirmiş olurlar.

42 İddiamdan yapılabilecek bir başka çıkarım ise anayasa mahkemeleri ve hâkimlerin tanımlanmak zorunda olduğudur. Onlar liberal demokratik anayasanın minimal özünü ilgili konuları hukuksal aktiviteler içinde belirlemelidirler. Fakat liberal demokratik anayasanın özünü uyumlu tüm liberal demokratik politikaların kurumsal yapılarının yasal çeşitlemelerinin tüm konuları ve değişimleri üzerinde hukuksal çalışmalar yapıp bunu kendilerini dizginlemek için kullanmalıdırlar. Bunu anlamaya çalışan politika ve politik belgeleri de içeren, tüm bu alternatifler, geniş ve özgür reddi (inkarcı) halka açık tartışmalarda ve demokratik kararlaştır-

⁹⁹ Bak. V. Bader ve diğerleri, “Çoğulculuğu Ciddiye Alma. Siyasal felsefe hakkında kurumsal dönüş üzerine tartışma”, 2003 Felsefe ve Sosyal Eleştiri, no 4, sf. 375-406. Hiçbir kurumsal düzenleme tek başına tüm bağlamlarda ve durumlarda en iyi olamaz. İdeal bir teori yerine mukayeseli bir düşünüş üzerine çalışmalıyız. (ayrıca bak. Sen, dipnot 42, sf. 106-111)

¹⁰⁰ Burada Gary Jacobsohn’la çok ciddi bir şekilde ayrı düşünüyoruz, dipnot 19, iki yönden: (i) anayasal devletler, elbette ki, formların çeşitliliğini farz edebilir. (sf. 11) ve koşullar tarafından sınırlandırılmış alternatif model çeşitlemeleri üzerine özgürlük derecelendirmesine sahiptirler (örn. Dini toprak parçası karakteristikleri ve baskın dini inançlar) ve gerekli sınırlamalara, anayasal rejimler ailesini ihlal eden rejimleri dışarı koyarak (sf. 11). Bu yüzden, biz liberal demokratik anayasalcılığı uygun bir bağlamda tanımlamalıyız. Fakat rejimleri laik anayasal gelişim modeli olarak tartışmamalıyız. (sf. 10). Bunun yerine laikliği uygun bir bağlamda tanımlamaktan ve laikliği anayasalaştırmaktan şiddetle kaçınmalıyız. (ii) Biz, kabul edilebilir anayasal değişikliklerin mesafesini sınırlayan anayasal öznitelikleri laiklik açısından değil, asgari ahlaki değer ve asgari liberal demokratik anayasacılık açısından ifade etmeliyiz.

malarda ve mahkemelerde tutucuların, liberallerin, neo-liberallerin, ve aynı zamanda radikal demokratların, ve sosyalistlerin de katılımı sağlanarak tartışılmalı ve kararlaştırılmalıdır¹⁰¹. Militan demokrasi, demokrasinin kurumsallaştırılması için oluşturulan çeşitlemelerden bir tanesidir. Genel anlamda, liberal demokratik anayasacılığın özünü karşılaştırıldığında özel bağlamları nedeniyle mazur görülebilecek bir takım ciddi güçlükler içerir. Fakat eğer, laikliğin anayasallaştırılmasıyla birleştirilirse bu anayasanın özünü paramparça etmeye yetecek tehlikeli bir karışım ortaya çıkartır.

¹⁰¹ 1950'lerin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin tutucu yargı müdahalesi (ki bunlar Sozialstaat'ın daha alt versiyonunu dahi anayasaya aykırı bulmuşlardır.) üzerine olan eleştiriler için benim hocam Wolfgang Abendroth'a bakınız; Avrupa Adalet Divanı'nın neo-liberal yargı hareketi: Bak. F. Scharpf, "çok seviyeli Avrupa Politikalarının Meşruluğu", 2009 Avrupa Siyasi Bilimler Dergisi, no. 1/2, sf. 173-204; Roberto Unger'in "güçlendirilmiş demokrasi'sindeki solcu yargısal aktivizmi: bak. V. Bader, 'Güçlendirilmiş Demokrasi Anayasası: Rüya mı Kabus mu?', R. De Lange ve diğerleri, Çoğulcu Meşruiyetler. Avrupa'da Eleştirel Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1991, sf. 118/6-134/22.

DAVALAR

• Türkiye

Mahkeme Kararları: Refah Partisinin Kapatılmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararında Bazı Bölümler; 5tc-decision.doc

-Refah Partisi Davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vermiş Olduğu Karar, (*The Welfare Party Erbakan, Kazan and Tekdal v Turkey* (Press Release 31.7.2001; Judgment 31.7.2001), www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2001/495.html

-Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye isimli davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu Karar (*The Welfare Party) and others v Turkey* (Press Release 13.2.2003; Judgment 13.2.2003), www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2003/87.html

-AK Parti'nin İddialara Verdiği Cevap 30 Nisan (2008)

-AK Parti'nin İddialara Verdiği Cevap 16 Haziran (2008) (Çeviri: Cüneyt Yüksel)

44

• Hindistan

-Hindistan Yüksek Mahkemesi

-*S.R. Bommai vs Union of India* 11/03/1994; www.indiankanoon.com/doc/596735/

-*Smt. Sarla Mudgal, President, Kalyani & ors. Vs Union of India & ors.* 10/05/1995

-*Dr. Ramesh Yeshwant Prabhoo vs Shri Prabhakar Kashinath Kunte & Ors.* 11/12/1995

KAYNAKÇA

- Alam, “Laiklik düşüncesi ve Hint Yüce Mahkemesi” yayınlanmamış konferans kâğıdı, Utrecht, 25 Mayıs 2009.
- An-Na’im, Devlet İslamcı Olamaz, Laik Olmak Ne Demektir? Konferans Sayfası, 2008, İstanbul Temmuz 6-9.
- V. Bader, “Yetkili Demokrasi Anayasası: Rüya mı Kabus mu?”, R. De Lange ve diğerleri, Çoğulcu Meşrutiyetler. Avrupa’da Kritik Yasal Çalışmalar, 1991, sf. 118/6-134/22.
- V. Bader, “Dini Çoğulculuk. Laiklik veya Demokrasiye Öncelik?” 1999 *Siyaset Teorisi*, sayı 5, sf. 597-633.
- V. Bader, Laiklik ya da Demokrasi? *Dini Bölünmüşlüğü Ortak Yönetme*, 2007.
- V. Bader, “Laiklik, Halk Sağduyusu veya Ortalama Kavgacı Demokrasi?”, G.B. Levey & T. Modood (ve diğerleri), Laiklik, Din ve Çoklu-Kültürlü Vatandaşlık, İçinde Cambridge UP, 2009, sf. 110-135.
- V. Bader, “Yasal Çoğulculuk ve Ayırt Edilmiş Ahlaki Değer: Ontario’da Şeriat?”, R. Grillo ve Diğerleri, Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 49-72.
- V. Bader, “Hariç tutulmuş? Dahil edilmiş? Temelci? Liberal Demokratik Devletlerde Dini İnançlar” Birinci Derek Zutshi Anma Sempozyumu: Liberal Devletlerde Dini İnanç. Bristol Üniversitesi, 18-19 Mayıs 2010.
- V. Bader, “Dinler, Tolerans ve Liberal Demokrasi. Doktrinsel, kurumsal ve tutumsal öğretisi üzerine bir teori” (yakında yayınlanacak) M. Mookherjee ve diğerleri. Dini Çoğulculuk Zamanında Tolerans ve Kabuleniş, Springer, 2010.
- V. Bader “Laiklik ve Militan Demokrasi: Türk ve Hint anayasal tartışmalarındaki laiklik tuzakları” Konferans sayfası “Din, Laiklik ve Demokrasi” Delhi, Ocak 4-7,2009.
- V. Bader ve diğerleri, “Çoğulculuğu Ciddiye Alma. Politik felsefe hakkında kurumsal dönüş üzerine tartışma”, 2003 Felsefe ve Sosyal Eleştiri, no 4, sf. 375-406.
- Bali, “Ulusal Yapılanma üzerine Kültürel Devrim: Türk devlet formasyonu ve bunun ebedi patalojisi”, konferans kâğıdı, İstanbul, Eylül 2009.

- R. Bhargava, (ed.) Laiklik ve Eleştirileri, 2009.
- R. Bhargava, “Politik Laiklik: Hint versiyonundan neler öğrenilebilir?” G. B. Levey ve diğerleri. (sonraki sayfalarda) Laiklik, dini inanç ve çok kültürlü vatandaşlık, , Cambridge UP, 2009, sf. 82-109.
- R. Bhargava, “Neden Laik Demokrasi Değil?”, 2009 Etnik Köken dergisi sayı 4, sf. 553-560.
- J. Carens, İki Adalet Anlayışı, 1997 *Siyaset Teorisi* no. 6, pp. 814-820.
- J. Carens, *Kültür, Vatandaşlık ve Toplum*, 2000.
- J. Casanova, “Sivil Toplum ve Din”, 2001 Sosyal Araştırma, sayı 4, sf. 1041-80.
- M. Dressler, “Türkiye’de Laiklik Tartışmaları”, Konferans kâğıdı, Din, Sekularizm ve Demokrasi, Temmuz 7-9, 2008 İstanbul.
- S. Fleischacker, Dağılımsal Yargı Üzerine Kısa Tarih, 2004.
- J. Fox, *Din ve Devlet*, 2008.
- R. Hirschl, ve diğerleri, “Yeni Ayrım Duvarı: Çeşitliliğe İzin, Mücadeleye Engel”, 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2535-2560.
- G. Jacobsohn, Yasa Tekerleği. Karşılaştırmalı Çerçeveden Hindistan Laikliği, 2003.
- B. Kaplan, İnanç Tarafından Bölünmüş, 2007.
- E. Keyman, “Türkiye’de Laiklik, Demokrasi ve İslam” konferans Kâğıdı. “Türkiye’de Din, Laiklik ve İslam” konferans kâğıdı, İstanbul 2008 Temmuz 6-9.
- Kuru, “Pasif ve Agresif Laiklik. Dine Karşı Tarihsel Durumlar, İdeolojik Çekişmeler ve Devlet Politikaları” 2007 Dünya Siyaseti 59, sf. 568-94,
- T. Loenen, “Dini çoğulculuk ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” (eds) I. Boerefın ve diğerleri. Egemenlik Anlayışı ve İnsan Haklarının Değişimi, 2008, sf. 381-395.

- P. Macklem, “Militer demokrasi, yasal çoğulculuk ve hür-irade paradoksu”, 2006 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 3, sf. 488-516.
- P. Macklem, “Militer demokrasi, yasal çoğulculuk ve hür irade paradoksu”, 2006 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 3, sayfa 488-516.
- P. Macklem, “Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları”, 2009 *ICON* no. 3&4, Sf. 531-552
- T. N. Madan, “Yerinde Laiklik”, (eds) R. Bhargava, 1998, Laiklik ve Eleştirileri, Oxford Üniversitesi Gazetesi, 1998, sf. 297-320.
- T. N. Madan, “Hint Laikliği: Bir Dini ve Laik İdeal”, Konferans sayfası; İstanbul, 6-9 Temmuz 2008.
- J. Madeley, “Aslan, Cadı ve Dolap”, Konferans kâğıdı, İstanbul 24-26 Eylül 2009.
- G. Mahajan, “Grup içi eşitlik kültürel çeşitlilikle beraber var olabilir mi?” (eds) A. Eisenberg ve diğerleri. Azınlık İçindeki Azınlıklar, 2005, Cambridge UP, Sf. 90-112.
- T. Mahmood, “Shah Bano Yargısı”, 1985 İslami ve Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi, sayı 5, sf. 110-120.
- W. Menski, “Hint Laikçi Çoğulculuğu ve Bunun Avrupa’daki İlişkisi”, (eds) R. Grillo ve diğerlerinde., Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 31-48.
- C. Moe, Refah Partisi ile Türkiye Arasındaki Dava, 2003 Uluslararası Kar Amacı Gütmeyen Hukuk Dergisi, sayı 1.
- C. Moe, “Strasbourg’un İslam Tefsiri: Refah hükmü hakkındaki eleştiri” Avrupa’da İslam. Görünen Yasal Mevzular, 2007.
- N. Rosenblum, İnanç Talepleri ve Vatandaşlık Yükümlülükleri, 2000.
- N. Rosenblum, Vatandaşlığın Yükümlülükleri ve İnancın Gereklere, 2000.
- M. Rosenfeld, “Sempozyum: Dini Diriliş Zamanında Anayasacılık ve Laiklik: Küresel ve Yerel Kökten Dincilik Mücadelesi”, 2009 Cardozo Hukuk İncelemeleri, sayı 6. “Giriş: Küreselleşme ve Dini Diriliş Çağında, Anayasacılık, Laiklik ve Din Barışabilir Mi?” sf. 2333- 68.

- Sajo, “Anayasal Laiklik Kavramı İçin Önkoşullar”, Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, 2008, Sayı 6, sf. 605-629.
- Sajó, Anayasalcılık ve Laiklik, Kamusal Akıla Olan İhtiyaç, 2009 *Cardozo Hukuk Dergisi* no. 6, Sf.. 2401-2429.
- F. Scharpf, “Çok Seviyeli Avrupa Politikalarının Meşruluğu”, 2009 Avrupa Siyaset Bilimi İncelemeleri, no. 1/2, sf. 173-204.
- Sen, Yargı Fikri, 2009.
- E. Shakman Hurd, Uluslararası İlişkilerde Laiklik Politikaları, 2008.
- Soner, Toleransın Sınırı: Nasıl olur da Müslüman azınlıklar Türkiye’de yabancı muamelesi görebilir? C. Timmermann ve diğerleri (sonraki sayfalarda), Boşluklar arasında; Avrupa ve Ortadoğu Arasındaki Hıristiyan ve Müslüman Azınlıklar, 2008.
- G. Stopler, ‘Batılı Liberal Devletlerdeki Anayasal Laiklik ve Şeriat Mahkemeleri’ Konferans Gazetesi İstanbul, 24-26 Eylül 2009.
- C. Taylor, “Laiklik Modları”, R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, 1998.
- C. Taylor, “Önsöz. Laiklik nedir?” G.B Levy/Modood (eds) 2009. sf. xi-xxii
- G. M. Tezcur, chapter 4: “Müslüman Reformculuğu: Laiklik ve Liberal Demokrasi ile İlişkiler”, 2009.
- J. Temperman, Devlet-Din İlişkileri ve İnsan Hakları Hukuku, yayınlanmamış Taslak, Mart 2009.
- F. Tulkens, “İnsan Hakları ve Kilise Din İlişkileri Üzerine Avrupa Komisyonu: Çoğulculuğa Karşı Çoğulculuk” 2009. *Cardozo Hukuk İnceleme*, sayı 6, sf 2572-2591.
- K. Wald, Amerika’daki Dini inanç ve Politika, 2003.
- N. Walker, “Anayasalcılık ve Demokrasi Çerçevesi: Yinelemeli Bir Gerilim”, yakında yayınlanacak (2010)
- L. Zucca, “Laik Devlet Krizi – Profesör Sajo’ya Karşılık”, 2009 *ICON* no. 3, sf. Sf. 494-512.

İNGİLİZ SAVCILIK SİSTEMİ*

Profesör Michael ZANDER**

*Çevirenler: Süleyman TÜR KARSLAN*** - Mehmet Ali CANAVCI*****

İngiltere Ceza Yargısı

İngiliz ceza mahkemeleri, magistrates court (sulh ceza mahkemeleri) ve crown mahkemeleri (asıl ceza mahkemeleri) olarak ikiye ayrılır.

Magistrates court'lar daha basit davalara, crown court'lar ise daha nitelikli davalara bakar. Crown court'larda jüri bulunur. Juri, sanığın suçlu olup olmadığına karar verir. Cezayı belirlemek ise hâkimin görevidir.

İngiltere'de Avukatlık (Hukukçuluk) Sistemi

İngiltere'de hukukçular, hukuk lisansını aldıklarında, avukat olmak için iki yoldan birini tercih etmelidirler. Hukuk mezunları, barrister ya da solicitor olmak arasında tercihlerini kullanıp, ilgili sınavlara girerek ve eğitimlerini kullanarak bu ünvanları kullanmaya hak kazanırlar.

İngiltere'de 10.000 civarında barrister vardır. Barristerler, en kısa anlatımıyla, duruşma avukatı olarak tanımlanabilir.

İngiltere'de solicitor sayısı 100.000 civarındadır. Solicitor'lar ise müvekkillerle görüşme, dosya hazırlıklarını tamamlayarak duruşmayı sunacak barrister ile anlaşma gibi işlerle uğraşırlar.

Solicitor'lar bir firmaya olarak çalışabilirken, barristerlerin işvereni olamaz.

* Bu makale, 29 ve 30 Eylül 2008 tarihinde, Roma'da düzenlenen, Savcılık Sistemi ile ilgili Konferans için hazırlanmıştır. Eserin, "Prosecution agencies", "History", "Establishment of the Crown Prosecution Service", "Appointment of the DPP", "The investigation of criminal offences is the responsibility of the police", "Who decides on the charges?", "Prosecutors sitting as judges", "The meaning of the prosecutor's independence", "Is the CPS independent of the police?", "The duty of prosecuting counsel", "Challenging prosecutorial decisions in the courts", "Accountability", "The Inspectorate", "Reform of the role of the Attorney General" başlıklı bölümleri tercüme edilmiştir.

** Londra Ekonomi ve Politik Bilimler Okulu

*** Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkimi

**** Van Özel Yetkili Cumhuriyet Savcısı

İngiltere'de Savcı

İngiltere'de “savcı” şeklinde bir ünvan bulunmamaktadır. Savcılık servisleri ya da diğer kurumlar, savcılık görevi için, solicitor ya da barrister tutarlar. Yani savcılar, ya solicitor ya da barristerdir.

Savcılık Makamları

İngiltere'de savcılık tek bir çatı altında toplanmış değildir. Çeşitli kurumlar, kendi alanlarıyla ilgili olarak kuralların uygulanmasını sağlamak üzere savcılık işlemleri yapmaya yetkilidirler. Örneğin, Ulaşım Polisi (bedelsiz ulaşım eylemi için), Sosyal Güvenlik Teşkilatı (sosyal güvenlik dolandırıcılığı için) tutacakları barristerlerle kendi iddia makamlarını oluşturabilirler. Yine, Nitelikli Dolandırıcılık ve Vergi-Gümrük Savcılık Ofisleri gibi, müstakil savcılık birimleri de mevcuttur.

Bu makalede, özellikle, polis tarafından tahkik edilen suçlarla ilgili savcılık işlemleri üzerinde durulacaktır.

Tarihi Gelişim

Yakın zamanlara kadar, İngiltere'de, polis ile (solicitor ya da barrister olan) savcı arasındaki ilişki, müşteri (müvekkil) ile avukat arasındaki ilişkiye benziyordu. Polis, soruşturma üzerinde tek yetkili birim olarak, delilleri topluyor ve kiraladığı avukatlar marifetiyle savcılık işlemlerini yaptırıyordu.

Yine, 1880'lere kadar dayanan Director of Public Prosecutions ofisi (Kamu Başsavcılığı) de mevcuttu. 1986'ya kadar, DPP'nin görevi ülke içinde, polise tavsiyelerde bulunmak, az sayıdaki nitelikli soruşturmaları yürütmek, bazı Yasalar uyarınca verilen yetkiye dayalı olarak bazı soruşturmaların başlamasına onay vermek şeklinde belirlenmişti.

Crown Prosecution Service'nin (CPS/Kraliyet Savcılık Teşkilatı) Kuruluşu

1985 yılında, sistemde yapılan değişiklikle CPS, ulusal savcılık teşkilatı olarak kurulmuş ve DPP, CPS'nin başı olmuştur. Polisin olayları hem soruşturması hem de savcılığını yapması yanlış görüldüğü için bu durum değişimin sebebi olmuştur.

Buna karşılık, CPS, oldukça sınırlı yetkilerle kurulmuştur. Polis, soruşturma yapmanın yanısıra, suçlamayı şekillendirmeye devam etmiş, CPS'nin görevi, polisin topladığı belge ve delilleri gözden geçirmek ve

incelemekten ibaret olarak kalmıştır. Bu durum, yetkililer tarafından çok eleştirilmiştir. DPP Başkanı, Sir Ken Macdonald, bir konuşmasında,

“Neden reforma ihtiyaç olduğunu açıklamama izin verin. Polis tarafından saygı duyulmayan bir devlet savcılık teşkilatına sahip olmak, halk tarafından güvenilmeyen bir ceza adalet sistemine sahip olmaktır. Halk ile teması olmayan bir savcılık teşkilatı, halk güvenini kaybetmiş demektir. Şunu söylemeliyim ki, biz, halk nezdinde, polis ile Bar arasında kalmış, Magistrates Courtlarda çalışan ya da dosya havale eden bir kurum olarak gözüküyoruz.

Bu şekilde bir kamu savcılığı otoritesi;

- Sistem dengesinde bozulmaya, bireysel hakların riske atılmasına –hem sanıklar hem de mağdurlar için-, ve malesef, delil toplama, dosya hazırlama ve mağdur ile tanık korumadan ödün verilmesine,

- Savcılık statüsünden ciddi ödün verilmesine ve her şeyin de ötesinde,

- Halka hizmet etmeye çalışan zayıf bir teşkilata sebep olur.

O halde ne yapmalıyız? Bizim temel hedefimiz, savcılık kurumumuzu, 1986 yılında kurulduğunda ve sonrasında nasıl olması istenmiş ise ona yaklaştırmak. –Etkili ve önemli bir kurum, ceza adaletinin kalbi, diğer yargı sistemlerinde olduğu gibi tüm yetki ve sorumluluklarıyla birlikte.- Başka bir deyişle, savcılık teşkilatının, ceza soruşturmasının başından sonuna kadar yetkilendirilmiş olması. Dosyalar hakkında karar verme ve şekillendirme yönünden daha çok yetki, toplum ile daha fazla temas, mağdurlar ve tanıklar tarafından daha fazla saygı duyulur olma, mahkeme için daha fazla rol, sürece ilişkin daha fazla bağımsızlık (gerekli). Bunlar, kanımca, halk amaçları için ideal bir savcılık otoritesinin özellikleridir. Bu aynı zamanda, geleceğimizin inşasıdır.” diyerek, CPS'nin daha etkin olması gerektiğini belirtmiştir.

DPP Atamaları

DPP, genellikle, ceza davaları yönünden uzmanlaşmış, savcılık yapmış olması gerekmeyen, özel çalışan kıdemli bir barristerdir. 1985 Kanunu, DPP'nin Attorney General (Parlementoda CPS'den sorumlu Bakan) tarafından atanmasını öngörmektedir.

Suç soruşturmalarını yürütmek polisin sorumluluğundadır

Bazı yargı sistemlerinin aksine, İngiltere'de suç soruşturması konusunda yetki polistedir. CPS'nin delillerin toplanması ve tahkikatın hazırlanması

sırasındaki yetkileri oldukça sınırlıdır. Bazı yargı sistemlerinde polis tarafından takip edilen suç soruşturmalarına polise emirler verme yetkisi bulunan savcı tarafından nezaret edilir.

Ceza Adaleti Runciman Kraliyet Komisyonu (1993), CPS'ye bu tip yetkiler verilip verilmemesini değerlendirdi ancak netice olarak mevcut durumda değişiklik talep edilmedi.

“Biz, CPS'nin, soruşturma yapan polisler üzerinde nezaret/idare yetkisinin olmasını uygun görmüyoruz. Suçu soruşturmak polisin sorumluluğundadır. Üyeleri hukuksal yeteneklerine göre mesleğe kabul edilen ve terfi eden başka bir servisin (savcılık), suçu tahkik/soruşturma yapma için eğitilmişlerden (polis), soruşturma yahut polisi denetleme yönünden daha ehliyetli olduklarına inanmak için geçerli bir sebep yoktur. Daha da ötesi, görevi hazırlanan soruşturmayı savcılık yönünden değerlendirmesi beklenen CPS'nin doğrudan soruşturmayı yürütmesi ciddi bir görev karmaşasına sebep olacak ve amaca hizmet etmeyecektir. Bu şekilde bir hareket, polisin bu alandaki doğal olarak kendilerine ait olan mesuliyetini ortadan kaldıracaktır. CPS toplanacak delillerin mahkeme aşamasında gerekli olup olmayacağına dair tavsiyede bulunabilmelidir yoksa delillerin toplanmasını yönetmek şeklinde bir yetki verilmemelidir.”

52

Kraliyet Komisyonunun düşüncesi, polis daha fazla delil toplanmasına yönelik ricayı yerine getirmese, bu sorunun çözümü için yapılması gereken, iki organizasyon arasında yerel ya da özel durumlarla ulusal seviyede müzakeredir.

Serious Fraud Office (SFO/Nitelikli Dolandırıcılık Bürosu) ile ilgili son zamanlarda Amerika'daki iki savcılık bürosuyla karşılaştırılarak ortaya atılan bir eleştiri, SFO'nun oldukça düşük başarılı bir organizasyon olduğudur. Bunun sebebi olarak ortaya konan gerçeklerden biri, Amerika'daki ofislerin soruşturmalarla ilgili geniş yetkileridir. Bu ofislerin, doğrudan soruşturma yapma yetkisi olduğu gibi, başka kurumlar tarafından soruşturma yapılsa bile soruşturmayı kontrol yetkileri vardır.

Savcılık sistemi önemli bir değişiklik sürecindedir fakat polis tarafından yürütülen soruşturmalarla ilgili olarak savcılara doğrudan soruşturma yapma yetkisi verilmesi uzak bir ihtimal olarak gözükmektedir.

Suçlamaya Kim Karar Verecek?

CPS'nin kurulduğu 1986 yılında, şüpheli hakkındaki ilk suçlamaya karar verme yetkisi polise aitti. Şüpheli suçlandıktan sonra, dosya CPS'ye gönderiliyordu. CPS, polis tarafından getirilen dosya değişikliğe ihtiyaç duysa bile, dosyanın ileriye götürülmesine (kovuşturma) karar verebilecekti. Kraliyet Komisyonu, mevcut durumun anlaşmadaki gibi devam etmesi yönünde görüş belirtmiştir. Ne var ki, bu anlaşma değiştirilmiştir. Şu anda, soruşturma ile ilgili ilk suçlama temel olarak CPS tarafından yapılmaktadır. Polis, sadece iki durumla sınırlı olmak üzere ilk suçlamayı yapma yetkisini muhafaza etmiştir. Birincisi, CPS tarafından bazı basit dosyalarla ilgili polise yetki verildiği haller. Diğeri, şüphelinin kefaletle serbest bırakılmasının uygun olmadığı buna karşılık CPS tarafından henüz suçlama yapıp yapılmayacağına dair karar verilmemiş olması. Bu durumda, polise, suçlamayı yapmak ya da CPS'nin kararını beklemekten hangisinin etkili olacağını değerlendirme imkanı verilmiştir.

Suçlama yetkisinin CPS'ye verilmesi, polis tarafından hoş karşılanmamıştır. Polisin önemli yetkilerini kaybetmesi, bu tip davranış bir ölçüde anlaşılabilir kılmaktadır. Yine, bir ölçüde, bunun sebepleri arasında, CPS'ye suçlamayı yapma yetkisinin verilmesinin, kefaletle bırakılacak olsun olmasın polis merkezinde şüphelinin bekleme süresini artırması gösterilebilir. Şimdiye kadar, yine bunun sonucu olarak, savunma avukatları CPS'nin karar vermesi için polis merkezinde daha fazla beklemektedirler, tabi bu onlar için istenmeyen bir durumdur.

Savcıların Hâkim Olmaları

CPS hukukçuları, ceza davalarında hâkimlik yapamazlar. Sadece savcılık yapmak üzere kendilerine maaş ödenen kimselerin hâkimlik yapmaları insanlar tarafından doğru görülmemiştir. Özel ya da hazine adına çalışan ve sadece savcılık işi yapan barristerler için de durum aynıdır.

Bu kural değişecek gibi gözükmektedir. The Times gazetesi, son zamanlarda, Attorney General ve DPP'nin değişikliğinin lehinde olduklarını yazmıştır. DPP, muhtemel değişikliğin CPS'in prestijini artıracığı ve daha kaliteli kişilerin CPS'ye başvurmasını sağlayacağını düşünmektedir. Habere göre, Attorney General, kürsüde, etnik azınlıkların ve kadınların daha fazla temsil edilmesini istemektedir.

Üstesinden gelinmesi gereken bir diğer problem, bazı kişilerce, savcı olarak istihdam edilmiş kişilerin, çalıştıkları bölgelerde yahut tüm yerlerde, hâkim olarak çalışmalarının kabul edilebilir görülmemesidir. Problem, part time hâkim olarak (Recorder) çalışmakla ilgilidir. Sistem, bu sorunun çözümüyle alakalı olarak yakınlarda ciddi sıkıntılar çekmektedir. Bu sorunun nasıl aşılacağı ise belirsizdir.

Savcıların Bağımsızlığı

Savcıların bağımsızlığı, sistem açısından temel bir öneme sahiptir. İngiliz sisteminde, savcılar, kendi sorumluluklarıyla ilgili dosyalarda, karara varırken, usulsüz dış etkilerden bağımsız olmalıdırlar. Bu bağımsızlık, dava açılıp açılmayacağıyla, hangi seviyede suçlama yapılacağı, dosyanın nasıl hazırlanacağı ve sunulacağı ile ilgilidir. (Özel çalışan barristerler savcı olarak dosyayı sunuyorsa, karar ile ilgili sorumluluk paylaşmıştır.)

Bağımsızlık konsepti, temel olarak, münferit dosyalarla ilgilidir. Fakat bu bireysel dosyalarda bile CPS, Attorney General'in, dosyanın kapatılmasına ilişkin yetkisiyle karşılaşabilir. Uygulamada bu yetki hemen hemen hiç kullanılmamıştır. Bağımsızlık, genel politika konularıyla ilgili değildir. Bu, savcılığın, dış etki ve kontrollerden uzak olduğu anlamına gelmez. Savcılığın bütçesi, bütçesi vergi mükelleflerinden karşılanan diğer organlar gibi, hükümetin kararıyla oluşmaktadır. Bu durum, savcılığın bağımsız mali soruşturmacılar yönünden ayrıntılı incelemeye tabi olmasına sebep olur. Bu incelemeler, Ulusal Denetim Ofisi ve Parlamento Seçim Komitesi tarafından yapılmaktadır.

CPS, görevini daha iyi yapabilmek amacıyla, toplumun farklı kesimleriyle temas halindedir. Toplumla yerel ve ulusal seviyede kurulan bu şekilde bir ilişkinin, bağımsızlıkla tamamen bağdaştığı kabul edilmektedir.

CPS Polisten Bağımsız mıdır?

Bir davanın soruşturması polis teşkilatının yönetiminde olduğu için, CPS, soruşturmanın kararlarının dayandığı belge-bilgi ve deliller bakımından kaçınılmaz olarak polis teşkilatına bağımlıdır. CPS delil toplanması için daha fazla çalışmanın yapılmasını isteyebilir ancak, görüldüğü üzere, kolluk teşkilatına daha fazla çalışmayı üstlenmesi için talimat veremez. Bu servisin kuruluşu sırasında, bağımsızlığı göstermek için, CPS'nin

fiziksel olarak polis teşkilatından ayrı olması hususunun önemli olduğu düşünülmüştür. Tüm ülke çapında soruşturma servisleri farklı binalarda idiler. Son zamanlarda, suçlamalar üzerine polis teşkilatına hızlı tavsiye (hukuki görüş) sunabilmeleri için CPS savcılarını karakollara yerleştirmek suretiyle bu iki teşkilatın fiziksel olarak daha fazla bütünleşmesine yönelik bir eğilim vardır. Şu husus zorunlu olarak endişeye sebep olmaktadır ki, polis teşkilatıyla bu daha yoğun bütünleşme, savcıların polisiye öncelikleri yargısal değerlerden daha üstün tutarak "polisleşmesine" yol açabilir. Elbette savcılık teşkilatı, alacağı kararlar konusunda kolluk teşkilatından bağımsız olmalıdır. Eğer, sıklıkla olduğu gibi, polis örgütü, savcılığın bir kararından tatmin değilse -örneğin takibatı düşürmesinden- bu iki kurum arasında mutad (normal) yöntemlerle sorunları dile getirmek suretiyle problemi ortaya koymaktan başka yapabilecekleri hiç bir şey bulunmamaktadır.

İddia Makamının Görevi

İddia makamı kendilerini mahkûmiyet kararı için mücadele veren değil adaletin temsilcisi olarak kabul etmelidirler şeklinde bir yargıç tarafından 1865 yılında ifade edilen bu anlatım nice kez tekrarlanmıştır. CPS kurulduğu zaman, Farquharson mahkeme hâkimi tarafından yetkilendirilen bir baro komitesi, iddia makamının bir soruşturma yürütürken üstleneceği görevlere ilişkin ana esasları ortaya koydu. 1986 tarihli bu esasların giriş bölümünde;

"Şüphesiz, iddia makamının sorumlulukları, ceza davasındaki savunma avukatının ya da hukuk davasına katılan avukatın sorumluluklarından farklıdır. Onun mahkemeye ve kamuya karşı görevleri daha kapsamlıdır. Bunun yanında, onun hukuka uygun biçimde iddia makamı olarak juriye dava açma ve bu makamı temsil etme görevi nazara alındığında, savunma avukatına mukabil daha fazla bağımsızlığa sahiptir. Şu husus her uygulayıcı tarafından bilinmektedir ki, hakkaniyete uygun bir biçimde davasını yürütmek zorundadır. İddia makamının, hukuka aykırı yöntemlerle bir mahkûmiyet kararı için mücadele vermesi, maddi delillerin olanak verdiği hukuki sınırları aşarak, yargılamaya baskı kurması, jüriyi, (iddianameye dayalı suçu artık desteklemeyen) kendi mütalaasına esas delile göre mahkûmiyet kararı vermeye davet etmesi meşru değildir." ifadesi yer almaktadır.

Son yıllardaki tek yasal değişiklik iddia makamı adına kimin davayı temsil edebileceği konusundadır. 1990'lı yılların ortasından itibaren,

gerekli niteliklere sahip olan ve CPS tarafından istihdam edilen avukatların savcılık görevini yürütmeleri öngörülmektedir. Bu gelişmeye yalnızca Baro tarafından değil pek çok yargıç tarafından da şiddetle karşı çıkmıştır. Muhaliflerin temel itiraz nedeni, CPS tarafından istihdam edilen avukatların serbest çalışan barristerler kadar bağımsız olmadıkları düşüncesidir.

Mahkemenin Savcılık Kararlarını Değerlendirmesi

Mahkemeler bazen savcılığın takipsizlik kararını yeniden gözden geçirebilir. Yine, mahkeme savcılık kovuşturmanın açılmasına ilişkin kararına karşı da inceleme yetkisini kullanabilir.

Mahkemelerin bu yetkisine karşılık, suç mağdurlarının, yargılama giderlerinin fahiş olması nedeniyle, CPS kararına karşı yasal yollara başvurmalarına zor gözükmemektedir.

CPS'nin Mesuliyeti

Parlemantoya karşı CPS'den sorumlu kişi Attorney General'dir. Bu sorumluluk yalnızca CPS nin genel işleyişi ile ilgilidir. CPS tarafından bireyler hakkında verilen hukuki kararları kapsamamaktadır. Parlamento üyeleri savcılık teşkilatının bireysel hukuki uyuşmazlıklara yönelik kararları hakkında her hangi bir şikayet aldığı zaman, kural olarak bu şikayet konusunu Attorney General yerine DPP'ye sevk etmektedir. Daha sonra DPP bu konuyu soruşturarak akıbetini müştekiye bildirecektir.

Attorney General'e cevaplaması için bir parlamento üyesi tarafından meclis sorusu sorulabilir. (bu şekilde her yıl 400-500 civarında soru sorulmaktadır.) Milletvekilleri bir soruşturma konusu üzerinde bir tartışma başlatabilirler. CPS meclis komisyonlarının denetimine de açıktır. Bu komisyonlar bazen Attorney General'i veya DPP'yi soruları cevaplamak üzere komisyona çağırabilirler.

Ulusal teftiş ofisi, CPS hakkında rapor yayınlamaktadır. Bu teşkilatın rapor konusu verimlilik ve maliyet etkinliğidir.

Ancak, en önemli etkin soruşturma kaynağı kuşkusuz teftiş kuruludur.

Teftiş

Savcılık Teftiş Kurulu faaliyete 1995 yılında başladı. Hedefi, CPS içinde, iç kalite birliğini sağlamaktır. O tarihlerde, bu Kurulun yöneticisi ve tüm çalışanları CPS üyeleriydi ve DPP'ye karşı sorumluydu (ona rapor veriyordu). Bu yüzden, bağımsız değildi.

Savcılık Teftiş Kurulu, resmi olarak, 2000 yılında, Savcılık Teftiş Kanunu ile bağımsız bir yapı olarak kurulmuştur. Kurulun görevleri arasına vergi ve gümrük savcılığını teftiş de girmektedir. Fakat, nitelikli dolandırıcılık savcılığı ofisine ait işler görev kapsamı dışındadır.

Başmüfettiş (Teftiş Kurulu Başkanı), Attorney General tarafından atanır ve ona karşı sorumludur. Müfettiş, her yıl rapor hazırlar ve yayımlar.

Kurul, yerinde (fiili) teftiş yaptığı gibi, belirli konular üzerinde değerlendirmeler içeren raporlar da yayımlar. Bu raporlara, yerinde teftişlerden daha çok önem verilmektedir.

Yine, etraflı performans değerlendirmeleri de yapılmaktadır. 2008 yılı Mart ayında, CPS'in katıldığı toplum örgütlerinin ve ceza adalet sisteminin ayağını oluşturan organların görüşlerini ve buralardan elde edilen delilleri içeren bir rapor yayınlanmıştır. Bu rapor, hangi gücün, 13 farklı derece içerisinde ne şekilde tanımlandığını göstermektedir: Mükemmel, İyi, Orta, Zayıf. Güçler, bu değerlendirmenin dayanağı olan kriterleri bilmektedirler.

Bazı raporlar, başka kurumlardan katılımcılarla birlikte hazırlanmaktadır. Örneğin, İçişleri Teftiş Kurulu ile birlikte. Burada 5 adet ceza yargısıyla ilgili olan müfettiş bulunmaktadır: Kolluk, CPS, Mahkeme Yönetimi, Cezaevi ve Şartla Tahliye Komisyonu. 2005 yılında, hükümet, bu 5 kişiden oluşan yapıyı tek bir organa dönüştürmek ve resmiyet kazandırmak istemiş ancak kabul görmemiştir. Buna karşılık Polis ve Yargı Kanunu (2006) ile bu 5 müfettişin sorumlulukları ve birbirleriyle koordineli bir şekilde çalışmaları ve ortak teftiş programı hazırlamaları konusunda düzenleme yapılmıştır.

Konusal ya da fiili teftişin konuları arasında; yasal suçlamalar, mağdur ve tanıklarla ilgili konular, akıl hastası olan sanıklar, özellikle Ceza Mahkemesindeki savunmalar, dolandırıcılık suçlarıyla ilgili savcılık, CPS içindeki işbölümü ve şikayetler sayılabilir.

Teftiş Kurulunun inceleyemeyeceği konular var mıdır? Yargısal (Hâkimin karar vereceği konular) konuların hiçbiri teftiş edilemez. Hâkimler, bu konuda yani kendi alanlarına giren konuların sorgulanmasına karşı son derecede hassas ve dirençlidir. Bu sebeple, örneğin, müfettişlerin hazırladığı, mahkemece duruşma listesinin hazırlanması (sıralanması) ile ilgili problemleri içeren çalışmanın yayımlanması engellenmiştir.

Attorney General

AG, Parlamento'da CPS'den sorumlu bakandır. Parlamento'daki CPS ile ilgili sorular AG tarafından cevaplanır. O, CPS'nin eylem ve kararlarından sorumlu Parlamentodaki kişidir.

AG, bu pozisyonuna, Başbakan tarafından, kendisinin yardımcısı olarak ve Solicitor-General sıfatıyla atanır. AG aynı zamanda Parlamento'da da bulunabilir. Geleneksel olarak, AG genellikle Avam Kamarasında bulunur. Ancak son üç AG, Lordlar Kamarasında bulunmuşlardır.

(AG'nin faaliyetleri çerçevesinde) hukukçu görevliler istihdam edilmiş ve sayıları son zamanlarda 80'e kadar ulaşmıştır.

AG'nin Sorumlulukları

- Hükümetin, baş hukuk danışmanıdır. AG, hükümetin üyesi değildir fakat hukuk danışmanı olarak atanmıştır. Onun hukuki tavsiyelerini diğer Bakanlar talep etmektedir. AG'nin yazılı tavsiyeleri, genellikle sivil görevliler veya özel çalışan ya da üniversitelerde çalışan uzmanlar tarafından hazırlanmaktadır.

58 - Savcılık Teşkilatının Denetimini yapmaktadır. Bu denetim CPS ile sınırlı değildir. Nitelikli Dolandırıcılık Bürosu ve Vergi ve Gümrük Bürosunu da denetler.

- Ceza dosyalarıyla ilgili yasal yetkilerini kullanmak. Örneğin, soruşturma açılmasına rıza gösterme, dosyaların takipsizlikle sonuçlanmasını isteme, aşırı hoşgörölü cezaları temyiz mahkemesine götürmek şeklinde yetkileri vardır.

- Hukuk davalarında kamu yararını gözetmek. Örneğin, mahkemelere hakaret eden medya aleyhine soruşturma başlatmak, hakkını kötüye kullanan davacılar için kısıtlamalar getirmek gibi yetkileri vardır.

- Parlamento adına sorumlulukları. Örneğin parlamenterlerin disiplin sorumlulukları ve parlamenter dokunulmazlığı ile ilgili konularda vazifesi vardır.

AG'nin bu kadar farklı görevlerinin ve sorumluluklarının olması potansiyel endişelere yol açmaktadır. Aynı zamanda hükümete bağlı bir Bakan gibi çalışan kişinin aynı anda bağımsız bir şekilde yasal tavsiyelerde bulunabileceği endişe konusudur. AG, hükümeti ya da hükümet üyelerini etkileyen soruşturmalarda, savcılık kurumunun denetimini elinde bulunduran kişi olarak, soruşturmanın yürütülmesinde

kamu yararının olup olmadığını değerlendirirken rahat karar verebilecek midir? (AG, karara varmadan önce diğer Bakanların, olayda kamu yararının olup olmadığına ilişkin görüşlerini alabilir. Ancak son karar AG'ye aittir ve diğer Bakanlar bu konuda baskı yapamazlar. Bu uygulama, 29 Ocak 1951 yılında, o tarihlerde AG olan Sir Hartley Shawcross'un, Avam Kamarasında yaptığı bir konuşma ile başlamıştır.

Bu meselelerle ilgili potansiyel tartışmalar üç konu üzerinde yoğunlaşmıştır:

- AG Lord Goldsmith'in Irak 2003 savaşının hukuki olmasıyla ilgili tavsiyeleri. Bu konuyla ilgili inanç, AG tarafından inkar edilse de, AG'nin görüşünü politik baskı altında değiştirdiği yönündedir.

- Cash for Honours (Makam Parası) davasında, polis, bazı kişileri, Lordlar Kamarasında yer bulabilmek aksadıyla, 2005 yılında İşçi Partisine kredi sağlamakla ilgili soruşturmaya başlamıştır. Kıdemli politikacılar, başbakan Tony Blair de dahil olmak üzere, polis tarafından sorgulanmıştır. Soruşturma kapsamında, başbakanın ekibinin savcılık tarafından takibe alınması ihtimali doğmuştur. AG, Lord Goldsmith, ülke savcılık teşkilatından sorumlu kişi olarak, ilgili kişiler hakkında dava açılıp açılmayacağına ilişkin karara katılmaktan çekinme eğiliminde olmamıştır. Karar, O'nun AG'lik görevinden ayrılmasından sonra verilmiştir. Yeni AG, Baroness Scotland, sürecin içinde yer almayacağını açıklamıştır. DPP kendiliğinden yaptığı bir ön açıklamada, Blair ekibiyle ilişkisinden dolayı, kararın verilmesine ilişkin dahlinin olmayacağını açıklamıştır. Karar son olarak, özel çalışan bir barristerin görüşü doğrultusunda, dava açılmaması yönünde, CPS tarafından verilmiştir.

- Temmuz 2004 ile Aralık 2006 ayları arası, Serious Fraud Office (SFO/Nitelikli Dolandırıcılık Bürosu), BAE sistem tarafından Suudi Arabistan'a savaş uçağı satılması konusuyula ilgili çok yüksek meblağlı bir anlaşmadaki yolsuzluk iddialarıyla ilgili olarak soruşturma başlatmıştır. Bu anlaşma, son yolların en yüksek ihracatıydı. Ekim 2005 ayında, BAE sistem, soruşturmanın bitirilmesiyle ilgili olarak AG'yi ikna etmeye çalışmıştır. Haziran 2007 ayında, Prens Bandar, hükümeti adına, İngiltere Başbakanına, soruşturmanın bitirilmemesi halinde, sözleşmeyi feshedeceklerini ve güvenlik ve istihbarat konusundaki işbirliğini sona erdireceklerini açıklamıştır. Bakanlar, AG'ye ve SFO Başkanına, soruşturmanın devamı halinde, bu tehdidin süreceğini belirtmişlerdir. Kasım ayında, Suudi Arabistan, diplomatik ilişkileri sona

erdirebilecekleri tehdidinde bulundu. 14 Aralık'ta, SFO Başkanı ve AG birlikte, SFO'nun soruşturmaya, milli çıkarlara atıfta bulunarak, son verdiklerini açıklamıştır.

Şubat 2008 ayında, yolsuzluk karşıtı baskı grubu (Kenar Ev Araştırmaları) ve Silah Ticareti Karşıtı Kampanyaları, soruşturmanın sona erdirilmesiyle ilgili yasal süreç başlatmışlardır. Nisan 2010'da, mahkeme, soruşturmanın sona erdirilmesini hukuka aykırı bulmuştur.:

“Mahkemeler, karar verirken, prensiplere uygun hareket ederek, hukukun üstünlüğünü muhafaza eder. Üçüncü bir tarafın dış tehdidine, velev ki bu yabancı bir devlet olsun, teslim olan bir savcılık bağımsız olarak adlandırılmaz (nitelenemez). Tehditlerle yolundan saptırılan bir adalet sisteminde, adalet yönetiminden endişe ederiz. Başkan ve hükümet, hukuk devletin bağımsız bir şekilde karar verilmesini gerektirdiği prensibini tanıma etme konusunda başarısız oldular. Karar verme ile ilgili dürüstlüğü ve bağımsızlığı korumak için, özel tehditlerle oluşan baskı gayretlerine karşı, dirençli olmak gerekir.”

Hükümet kararı temyize götürdü. 29 Temmuz 2008'de, Lordlar Kamarası (House of Lord) oybirliğiyle SFO Başkanının soruşturmayı sona erdirmekle hukuka aykırı hareket etmediğine hükmetmiştir. Karar gerekçesi olarak, Başkanın, soruşturmanın devamı halinde, İngiliz sokaklarındaki İngiliz vatandaşlarının yaşamlarının ciddi tehdit altında kalacağına ilişkin endişeleri (tavsiyeleri) hesaba katmış olarak değerlendirme yaptığının kabulü gerektiği belirtildi.

ALMAN FEDERAL İŞ MAHKEMESİ KARARI
İŞYERİNE AİT BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KULLANI-
MININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE FESHİNE YOL
AÇIP AÇMAYACAĞI SORUNU

24.3.2011, 2 AZR 282/10

(BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 24.3.2011, 2 AZR 282/10)

*Çeviren: Dr. A. Eda MANAV**

Haklı Nedenle Fesih-Menfaatlerin Dengelenmesi - İhtar

Konu

Davalının Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin 5 Ocak 2010 tarihli-3 Sa 253/09 sayılı kararını temyiz talebi

Olay:

1.Taraflar arasındaki uyuşmazlık, iş ilişkisinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktasındadır.

2. Davacı, bir satış ve servis Hizmetleri işletmesi olarak faaliyet gösteren davalının yanında 2 Kasım 1999 tarihinden başlayarak "IT/TK Depart-

61

* Hâkim Adayı-Ankara

Bu karar www.bundesarbeitsgericht.de adresinden alınmıştır. Karar konusu uyuşmazlık iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilip feshedilmediği hususundadır. Davalının, davacının firmaya ait dizüstü bilgisayarına ve özel harddiskine ilişkin yaptığı incelemede harddiskte davalının belgelerinin kayıtlı olduğu tespit edilmiştir. Davacının dizüstü bilgisayarında çok sayıda şirket bilgisinin yanı sıra davalının şifreleri ve sunucusuna ait erişim bilgileri, müşterilere yapılan teklifler, çalışanlara ait değerlendirmeler, başvuru belgeleri ve masraf dökümleri, videolardan, resimlerden oluşan özel belgeler ile mp3 dosyalarının da mevcut olduğu görülmüştür. Davalı bu durumu işçinin koruma ve gözetme yükümlülüğünü ağır ihlali olarak değerlendirmiş ve davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş, ancak feshin tahvili halini göz önüne alarak 31 Aralık 2008 tarihine kadar işçiyi önel tanımıştır. Davacı bu feshi karşı dava açmış ve feshin haklı nedene dayanmadığını Alman Medeni Kanunu § 626 Abs. 2 gereğince gerekli önellere de uyulmadığını ve işyeri kurulunun usulüne uygun olarak dinlenmediğini, süreli fesih bildirimini de sosyal bakımdan haklı olmadığını ileri sürmüştür. İş mahkemesi davayı kısmen kabul etmiştir. Eyalet İş Mahkemesi, fesih için haklı bir neden olmaması ve 31 Aralık 2008 tarihine kadar önel verilmek suretiyle yapılan süreli fesih hakkında karar verilmesine gerek bulunmadığı gerekçesi ile davalının istinaf talebini geri çevirmiştir. Davalı, temyiz başvurusuyla davalının reddini talep etmiştir. Federal İş Mahkemesi temyiz talebinin hukuki dayanaktan yoksun olduğuna, Eyalet İş Mahkemesinin davalının 2 Eylül 2008 tarihli haklı nedenle feshinin taraflar arasındaki iş ilişkisini sona erdirmediğine ilişkin kararının isabetli olduğuna karar vermiştir.

man Müdürü” olarak donanım ve yazılım alanında yetkili olarak çalışmıştı. İş sözleşmesinin 8. maddesinin 9. fıkrasında, bir “gizlilik zorunluluğu beyanı ve taahhütname” ile “Bilgisayar Programlarının Uygulanmasına İlişkin Kuralların” sözleşmenin unsurları olduğu düzenlenmiştir. Davacı, 27 Ekim 1999 tarihli “Gizlilik Beyanı ve Taahhütname”de iş ilişkisi kapsamına giren bütün konularla ilgili olarak sır saklamayı kabul etmiştir. 27 Ekim 1999 tarihli “Bilgisayar Programlarının Uygulanması ve Belgelerin İşlenmesine İlişkin Düzenlemeler”in 6. maddesi gereğince şirket çalışanlarının, kişisel yazılımlarını evden getirip işletmenin bilgisayarlarında kullanmaları yasaklanmıştır. Aynı şekilde şirketin programlarının eve götürülüp özel bilgisayarda kullanılmasına da izin verilmemektedir. IT-Departmanının müdürü olarak davacı, bilgisayar güvenliğine ilişkin geçerli düzenlemelere uymanın gerekliliği ile ilgili olarak, düzenlemelere aykırı davranılması durumunda iş hukuku ile ilgili doğacak sonuçlar konusunda çalışanlara defalarca bilgilendirmede bulunmuştur.

3. Davalı 2008 yılında, davacının Mayıs 2007’den beri şirket ağına bağlanmadığını tespit etmiştir. Firmaya ait dizüstü bilgisayarlara kayıtlı verilerin şebekenin merkezi sunucusuna kaydedilmesi ve yedeklenmesi gerekmektedir. Davalının bu verilere doğrudan erişimi, ancak dijital ortamda yüklenen iş sonuçları için mümkündür. Davalının personel müdürü, 25 Ağustos 2008 günü davacıyla bu konuyu görüşmüştür. Davacı, verileri özel bir harddiske güvenli olarak kaydedip yüklediğini doğrulamıştır. Davalı bunun üzerine davacıyı iş görmeden muaf tutmuştur.

4. Davalı, 27. Ağustos 2008 günü davacının firmaya ait dizüstü bilgisayarını ve özel harddiskini incelemiştir. Harddiskte davalının belgelerinin kayıtlı olduğu tespit edilmiştir. Davacının dizüstü bilgisayarında çok sayıda şirket bilgisinin yanı sıra davalının şifreleri ve sunucusuna ait erişim bilgileri, müşterilere yapılan teklifler, çalışanlara ait değerlendirmeler, başvuru belgeleri ve masraf dökümleri, videolardan, resimlerden oluşan özel belgeler ile mp3 dosyalarının da mevcut olduğu görülmüştür. Bütün veriler, şifrelenmemiş olarak yüklenmiştir.

5. Davalı, bu durumu koruma ve gözetme yükümlülüklerinin davacı tarafından ağır bir şekilde ihlali olarak görmektedir (*Alman Medeni Kanunu-(BGB) § 241 Abs.2*). Davalı, işyeri kurulunu dinledikten sonra, 2 Eylül 2008 tarihli yazılı fesih bildirimini ile davacının iş ilişkisini haklı nedenle feshetmiş, ancak feshin tahvili halini göz önüne alarak 31 Aralık 2008 tarihine kadar işçiye önel tanımıştır.

6. Davacı, buna karşı zamanında dava açmış ve haklı nedenle fesih için herhangi bir neden bulunmadığını, Alman Medeni Kanunu § 626 Abs. 2 gereğince gerekli önellere de uyulmadığını ve işyeri kurulunun usulüne uygun olarak dinlenmediğini, süreli fesih bildirimini de sosyal bakımdan haklı olmadığını ileri sürmüştür.

7. Davacı, iş ilişkisinin davalı tarafından 2 Eylül 2008 tarihli fesih bildiriyle ne derhal ne de süreli fesih bildirim süresinin sonu olan 31 Aralık 2008 tarihinde sona ermediğinin tespit edilmesini talep etmiştir.

8. Davalı, davanın reddini talep etmiştir. Davacının iş ilişkisi içerisindeki feshe neden olan davranışı ile, bildirim süresinin sonuna kadar iş ilişkisinin devamını kendisi için katlanılamaz hale getirdiğini, Alman Medeni Kanunu § 626 Abs.2 de düzenlenen süreye uyulduğunu, işyeri kurulunun usulüne uygun olarak dinlendiğini savunmuştur.

9. İş mahkemesi, sadece haklı nedenle feshin geçerliliği hakkında karar vererek, davayı kısmen kabul etmiştir. Eyalet İş Mahkemesi, davalının istinaf talebini geri çevirmiştir. Davalı, temyiz başvurusuyla davanın reddini talep etmiştir.

Karar Gereçekleri

10. Temyiz hukuki dayanaktan yoksundur. Eyalet İş Mahkemesi, isabetli olarak davalının 2 Eylül 2008 tarihli haklı nedenle feshinin taraflar arasındaki iş ilişkisini sona erdirmediğine karar vermiştir. Alman Medeni Kanunu § 626 Abs.1 e göre haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle Alman Medeni Kanunu § 626 Abs.2 gereğince süreye uyulup uyulmaması veya İşyeri Kurulu Yasası (BetrVG) § 102 Abs. 1 uyarınca feshin geçersiz olup olmaması söz konusu değildir. 31 Aralık 2008 tarihine kadar önel verilmek suretiyle yapılan süreli fesih hakkında karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

11. I. Somut olayın bütün koşulları ve sözleşmenin her iki tarafının menfaatlerinin değerlendirilmesi göz önünde bulundurularak fesih kararı verenden, bildirim süresi dolana kadar iş ilişkisinin devamının beklenmesinin mümkün olmaması durumunda, Alman Medeni Kanunu § 626 Abs.1 uyarınca iş ilişkisi bildirim süresine uyulmaksızın derhal haklı sebeple feshedilebilir.

12. 1. Hem sözleşmeye dayalı asli bir ödeme yükümlülüğünün ihlalinde hem tali bir yükümlülüğün ihlalinde fesih işlemi için önemli bir neden bulunabilir. (*Federal İş Mahkemesi (BAG) 12. Mayıs 2010 - 2 AZR*

845/08 - Rn. 19, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 31; 2. Mart 2006 - 2 AZR 53/05 - Rn. 21, AP BGB § 626 Hastalık (Krankheit) Nr. 14 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 16). İşçinin, işverenin hukuka uygun talimatlarına sürekli bir biçimde aykırı davranması, haklı nedenle feshi gerektiren bir sözleşme ihlali olarak görülebilir. (Federal İş Mahkemesi (BAG) 12. Mayıs 2010 - 2 AZR 845/08 - Rn. 20, aaO; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 459 mwN). Alman Medeni Kanunu § 241 Abs. 2 uyarınca işverenin menfaatlerinin gözetilmesi yükümlülüğünün önemli derecede ihlali, Alman Medeni Kanunu § 626 Abs. 1 kapsamında aynı şekilde sözleşmenin feshi için haklı bir sebep oluşturabilir. Söz konusu görevin somut içeriği, mevcut iş ilişkisi ve bu ilişkinin karakteristik özelliklerine dayanmaktadır. (Federal İş Mahkemesi (BAG) 12. Mayıs 2010 - 2 AZR 845/08 - aaO; 26. Mart 2009 - 2 AZR 953/07 - Rn. 24, AP BGB § 626 Nr. 220). Bu noktada özel bir anlaşma gerekmemektedir (Federal İş Mahkemesi (BAG) 12. Mayıs 2010 - 2 AZR 845/08 - aaO).

13. 2. İşçinin, ciddi bir iş görme yükümlülüğünü önemli derecede ihlalinin varlığına karşın bildirim süresi bitimine kadar işine devam etmesinin işverenden beklenebilir beklenemeyeceği incelenirken, bir genel değerlendirme yapılarak, işverenin iş ilişkisinin derhal sona erdirilmesindeki menfaati, işçinin işe devam etmesindeki menfaati ile karşılaştırılmalıdır. Orantılılık ilkesi dikkate alınarak somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır (Federal İş Mahkemesi (BAG) 10. Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 34, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32).

14. a) İş ilişkisini sürdürmek için fesih dışında başka bir çözüm bulunmaması durumunda haklı nedenle fesih söz konusu olur. Nitekim bu durumda işverenden sözleşmenin feshi dışında daha hafif bir tedbir alması beklenemez. (Federal İş Mahkemesi (BAG) 10. Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; 19. Nisan 2007 - 2 AZR 180/06 - Rn. 45, AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 İşçinin yetersizliği sebebiyle fesih (Verhaltensbedingte Kündigung) Nr. 7). Özellikle ihtar ve süreli fesih bildirimini haklı nedenle fesih yerine alınabilecek daha hafif tedbirler olarak görülebilir. Bunlar, haklı nedenle fesihle izlenen amaca –gelecekte ortaya çıkacak zararlardan doğan riskten kaçınma amacına- ulaşmak için elverişli olmaları durumunda alternatif tedbirlerdir. (Federal İş Mahkemesi (BAG) 10 Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - aaO; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 251 mwN). Sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlalinin işçinin yönlendirilebilir davranışına dayanması durumunda, işçinin gelecekteki davranışı, fesih yoluna başvuru-

rulması tehdidinden olumlu etkilenebilir. (*Federal İş Mahkemesi (BAG) 10. Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 36, aaO; Schlachter NZA 2005, 433, 436*). Bu yüzden sözleşmenin ihlali nedeniyle süreli fesih veya haklı nedenle fesih, usulüne uygun bir ihtar şart koşar. Söz konusu ihtar aynı zamanda olumsuz öngörüü somutlaştırmaya yarar. (*Federal İş Mahkemesi (BAG) 10. Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - aaO; 23. Haziran 2009 - 2 AZR 283/08 - Rn. 14 mwN, AP KSchG 1969 § 1 İhtar (Abmahnung) Nr. 5 = EzA KSchG § 1 İşçinin yetersizliği sebebiyle fesih (Verhaltensbedingte Kündigung) Nr. 75; Staudinger/Preis <2002> § 626 BGB Rn. 109*).

15. b) Orantılılık ilkesine göre, bir sözleşme ihlalini gelecekte ortadan kaldıracak daha hafif araçlar varsa, bu araçlara başvurmadan yapılan fesih hukuka uygun değildir. (*Federal İş Mahkemesi (BAG) 10. Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 37, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32*). Bu ilke, Alman Medeni Kanunu § 323 Abs. 2 ile bağlantılı Alman Medeni Kanunu § 314 Abs. 2 kapsamındaki düzenleme ile yasal olarak kabul edilmiştir. İhtar yapıldıktan sonra bile işçiden gelecekte bir davranış değişikliği beklenemezse ya da işveren tarafından açıkça –işçi için de görülebilir-katlanılması mümkün olmayacak ağır bir yükümlülük ihlali söz konusu ise ancak o zaman orantılılık ilkesi çerçevesinde işverenin fesihten önce ihtarda bulunmasına gerek yoktur. (*Federal İş Mahkemesi (BAG) 10. Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 56, aaO; vgl. auch BAG 23. Haziran 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 33, AP Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG) 1969 § 1 işçinin yetersizliği sebebiyle fesih (Verhaltensbedingte Kündigung) Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 işçinin yetersizliği sebebiyle fesih (Verhaltensbedingte Kündigung) Nr. 17*).

16. 3. Haklı sebeple ilgili koşulların incelenmesi, uyuşmazlık konusu olayı maddi açıdan inceleyen mahkemelerin işidir. Ancak burada söz konusu olan maddi vakıaların tespiti değil, olaya hukuk kuralının tatbiki-dir. İstinaf mahkemesinin değerlendirmeleri, temyiz merciinde, istinaf mahkemesinin uygulanacak hukuki kavramın genel anlamında yanlış yorumlama yapıp yapmadığı, olaya, tabi olduğu hukuk normlarının mantık kuralları veya genel olarak kabul edilen tecrübe/örf adet kuralları çerçevesinde uygulanıp uygulanmadığı ve dikkate alınması gereken hususların çelişkisiz bir biçimde makul olarak göz önünde bulundurulup bulunmadığı doğrultusunda incelenir. (*Federal İş Mahkemesi (BAG)*

10. Haziran 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 17, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; 27. Kasım 2008 - 2 AZR 193/07 - Rn. 22, AP BGB § 626 Nr. 219).

17. II. Eyalet İş Mahkemesinin kararı belirtilen esaslar bakımından incelendiğinde, temyiz mercii tarafından isabetli bulunmuştur.

18. 1. Eyalet iş mahkemesi, davalının, “Bilgisayar programlarının uygulanmasına ve verilerin işlenmesine ilişkin kuralları” çığneyerek özel verileri firmanın dizüstü bilgisayarına yüklemekle iş görme yükümlülüğünü ihlal etmesi hususunda davacıyı fesihden önce ihtar etmek zorunda olduğunu kabul etmiştir. Eyalet İş Mahkemesinin bu kabulü, temyiz incelemesi açısından isabetlidir. Davacının hatalı davranışı, iş ilişkisinin işverence bildirimde bulunulmaksızın derhal sona erdirilmesini haklı gösterebilecek ağırlıkta değildir.

19. a) Özel verilerin firmanın dizüstü bilgisayarına yüklenmesinde, işveren tarafından bu davranışa katlanmanın açıkça mümkün olmadığı bir yükümlülük ihlali bulunmamaktadır. “Bilgisayar Programlarının Uygulanmasına ve Verilerin İşlenmesine İlişkin Kuralların” 6. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi uyarınca davalının bilgisayarlarında özel yazılımın kullanılması yasak olmakla birlikte, Eyalet İş Mahkemesi, davacının aksi ispat edilemeyen beyanlarına göre özel verileri internetten indirmedeğini, aksine kendisine ait veri taşıyıcılarından aktardığını göz önünde bulundurmakla isabetli bir değerlendirme yapmıştır. Davalı, bu konuda ne ceza hukuku ile ilgili önemli veya kuşku delilin söz konusu olduğunu ileri sürebilmiş ne de beyanları ile dizüstü bilgisayarın veya ağın (şebekenin) işlevlerinde somut zararların meydana geldiğinin anlaşıldığını iddia etmiştir. Davalı, davacının dizüstü bilgisayarına yüklenen özel yazılımı çalışma süresi içinde kendi özel amaçları için kullandığını açıkça ortaya koyamamıştır.

20. Eyalet İş Mahkemesinin, davacının IT Şubesinin müdürü ve amiri olarak konumunun başka bir değerlendirmeyi yapmayı haklı göstermeyeceğine ilişkin değerlendirmesi de temyiz incelemesi açısından isabetlidir. Davacının çalışanlara yaptığı uyarılar, davacının IT Sistemlerinin güvenliği ve işlevi için bir kural ihlalinin yol açacağı tehlikelerin bilincinde olduğunu göstermekle birlikte, davacının kurallara uymaması, davalı açısından bir kere dahi olsa, katlanılamayacak bir davranışın mevcut olduğunu ortaya koymaz.

21. 2. Davacının, dizüstü bilgisayarındaki işletme verilerini basit bir şifreyle sağlaması ihtar gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Davacının bu nok-

tada, iş görme yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmamasını açıklığa kavuşturmanın gereği yoktur. Davalı, güvenliği sağlamak için kesin bir talimat olduğunu iddia etmemiştir. Eyalet İş Mahkemesinin, bir ihtarda bulunulması halinde gelecekte davacının sözleşmeye uygun davranacağı varsayımı, bu koşullarda temyiz incelemesi açısından isabetli bulunmuştur. Davalı tarafından, güvenlik önlemlerini almanın özellikle davacının görevi olduğunu iddia etmesi de söz konusu durumu değiştirmemektedir. Davalının, davacıyı iş görme borcunu kötü ifasına ilişkin bir davranışta bulunması durumunda da bu davranış konusunda ihtar etmesi gerekir.

22. 3. Eyalet İş Mahkemesi, şirketle ilgili verilerin özel bir harddiske yüklenmesinin ve yetkisiz kişilerce erişimine karşı güvenlikten yoksun bırakılmasının iş ilişkisinin haklı nedenle feshine haklılık kazandırabilecek ağırlıkta olmadığını isabetli olarak kabul etmiştir.

23. a) Ancak şirketle ilgili verilerin özel bir harddiske izinsiz olarak yüklenmesi ile Alman Medeni Kanunu § 241 Abs. 2 kapsamındaki özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olabilir. Federal Veri Koruma Kanunu (BDSG) § 3 Abs. 1 kapsamındaki kişisel veriler söz konusu ise, ayrıca Federal Veri Koruma Kanunu § 5 Abs.1 in bir ihlali de söz konusu olur. Davalı, ayrıca davacının verileri ağ sunucusuna yüklememek suretiyle de sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği hususuna dayanmaktadır.

24. aa) Telif haklarının ihlalinin davacının davranışıyla bir bağlantısı söz konusu değildir. Davalı, davacı tarafından özel harddiskine kopyalanmış verilerde telif hakları bakımından korunan eserlerin söz konusu olduğunu ortaya koymamıştır. Bu nedenle güvenlik amacıyla alınmış izinsiz bir çoğaltma olup olmadığı incelemenin kapsamında değildir. (vgl. *dazu* § 15 Abs. 1 Nr. 1, §§ 16, 69c, 69d *UrhG*). Gerçi Telif Hakları Kanunu (*UrhG*) § 69 a maddesine göre bilgisayar programları telif hakları bakımından korunmuştur. Fakat veriler veya dosyalara yüklenen veri birikimleri bu bağlamda sadece alındığında bilgisayar programları sayılmazlar, çünkü bunlar bilgisayara hiçbir komut veya yönlendirme talimatları vermeyi içermez. (vgl. *Fromm/Nordemann/Czychowski Urheberrecht 10. Aufl. § 69a UrhG Rn. 12; Dreier/Schulze/Dreier UrhG 3. Aufl. § 69a Rn. 12; Wandtke/Bullinger/Grützmacher UrhR 3. Aufl. § 69a UrhG Rn. 17*). Bir bilgisayar programı, makine ortamındaki bir taşıyıcıya alındıktan sonra bir makinenin bilgi işleme yetenekleriyle belli bir işlevi veya görevi veya belli bir sonucu göstermeye, yapmaya veya elde etmeye neden olan bir yeterlikteki komutların bir sonucudur. (vgl. *Federal Yüksek Mahkeme (BGH) 9. Mayıs 1985 - I ZR 52/83 - zu II 2 a aa der Gründe, BGHZ 94,*

276). Salt veriler veya veri toplamalar, düzenli olarak telif hakları bakımından da korunmaya alınmış yazılı eserler değildir. (*Fromm/Nordemann/Nordemann Urheberrecht 10. Aufl. § 2 UrhG Rn. 76*). Telif Hakları Kanunu § 2 Abs 1/1 kapsamındaki yazılı eser olarak koruma, Telif Hakları Kanunu § 2 Abs. 2 uyarınca, eserin, düşünsel temele dayanan kişisel bir yaratının sonucu olmasını gerektirmektedir. Verilerin toplamı, içerik olarak bir işleme ve bilgilerin seçimine dayansa bile, bu yaratıcılığa dayalı faaliyetin, bizzat verilerde sanatsal yaratıcılığı bulmaması mümkündür. (*Nordemann aaO*).

25. bb) İşletme ile ilgili olarak “Bilgisayar Programlarının Uygulanması ve Belgelerin İşlenmesine İlişkin Kurallar”ın 6. maddesinin 2. fıkrasına aykırı bir durum da davalının görüşünün aksine mevcut değildir. Bu maddeye göre, işletme programlarının alınıp eve götürülmesi ve özel bilgisayara yüklenerek bunlardan yararlanılması yasaktır. Kurallar, bilgisayar programları ile belgeler arasında fark yaratmaktadır. Davalı, ne davacı tarafından kopyalanan belgelerde bilgisayar programları olduğunu ortaya koymuştur ne de davacının özel bilgisayarında diğer “Şirket Programları”ndan yararlandığını göstermiştir.

68
26. b) Davacının gerektiğinde Federal Veri Koruma Kanunu § 5 ile bağlantılı Alman Medeni Kanunu § 241 Abs.2 yi gerçekten ihlal edip etmediği çözümsüz kalabilir. Eyalet İş Mahkemesinin, davacının işletme ile ilgili verileri özel bir harddiske kopyalamak suretiyle olası yükümlülük ihlallerini fesih için yeterli bir sebep olarak görmemesi, temyiz incelemesi bakımından isabetlidir. Davalının 14 Aralık 2009 tarihli yazılı talebindeki hakiki beyanının gerçek olarak kabul edilmesi durumunda da bu husus geçerlidir.

27. aa) Davacının şirketle ilgili belge ve bilgileri özel harddiskine kaydetmesi durumu, onun kuşkulu verileri davalıdan gizlemek veya davalıyı bu verilerden mahrum etmek istediği şüphesinin haklılığını ortaya koymaz. Davalı bizzat, belge ve bilgilerin ağırlıklı olarak firmaya ait dizüstü bilgisayara da kaydedilmiş olduğunu 14 Aralık 2009 tarihli yazılı talebinde ifade etmiştir. Davalı yurtdışındaki iki yerle ilgili bilgi ve belgelerin sadece davacının özel harddiskine kayıtlı olduğunu ileri sürmüş ve verilerin gizlenmesi veya başkalarının bu verilerden yoksun bırakılmasına ilişkin suçlamasını da davacının söz konusu çalışma sonuçlarını davalının ağ sunucusuna yüklememiş olmasına dayandırmıştır. Davalının bu iddiası, ileri sürdüğü olgularla ispatlanamamıştır. Davalının, davacının Mayıs 2007 tarihinden beri işletme ağına (şebekesine) giriş yapmadığı

iddiası ve 14 Aralık 2007 tarihli yazılı beyanındaki diğer iddiası birlikte değerlendirildiğinde davalı haklı bulunmamaktadır. Eyalet İş Mahkemesi bu nedenle haklı olarak tarafları tekrar çağırarak suretiyle yeniden duruşma yapılması için hiçbir sebep görmemiştir.

28.(1) Davalı, çalışma sonuçlarının firma ağında saklanması ile ilgili olarak talimat verip vermediğini ve hangi somut talimatları verdiğini beyan etmemiştir. Gerçi kendisine ait ağ sunucusundaki verilerdeki değişikliklerin kaydedilmesinin verilerin korunması için zorunlu olduğunu, verilerin kaybolmamasının veya yetkisi olmayan kimselerin ellerine geçmemesinin ancak böyle sağlandığını beyan etmiştir. Ancak gerekli kesin talimatların verildiğini iddia etmemiştir. Davalı, davacının bizzat bir dizüstü bilgisayarının kullanımına ilişkin kuralları formüle etmesine atıfta bulunsa da, vermiş olduğu beyanlara bakılırsa bu kurallar artık uygulanmayan bir düzenleme taslağı olarak kalmıştır.

29.(2) Davalı, kesin talimat olmaksızın, davacının çalışma sonuçlarına davalıya ait dijital bir erişimde bulunma olanağını sağlamakla yükümlü olduğunu ileri sürmüş olsa da, davacının yüklenmemiş verilerle ilgili olarak ne ölçüde bilinçli olması gerektiğini ortaya koymamıştır. Davalı ayrıca verdiği bilgilere göre davacının savsaklamaları nedeniyle işletme faaliyetlerine zarar geldiğini de ispatlayamamıştır.

30.bb) Davacının özel harddiskinde yüklü verilerin güvenliğindeki olası yetersizlik, yapılan bir feshi haklı kılmaz. Federal Veri Koruma Kanunu § 5 ile bağlantılı Alman Medeni Kanunu § 241 Abs. 2 kapsamındaki özen yükümlülüğüne aykırı davranışın önceden bir ihtarın yapılmasını gerektirmeyecek bir ağırlığı olmaz. Davacı, özel harddiskine kopyalamak suretiyle verilerin güvenliğini tehlikeye sokmakla birlikte, davacının yüklenen verileri dikkatsizce kullanıp kullanmadığı belirlenmemiştir. Davalı, üçüncü şahısların söz konusu verilere gerçekte erişim sağlayabilme imkânlarının olduğu konusunda bir iddiada bulunmamıştır.

31.4. Münferit suçlamalar bir ihtar gerektirmeyecek kadar önemsiz değilse de, bu suçlamaların bütünü haklı nedenle fesih için yeterli değildir.

32. III. Davalı, davayı kaybeden taraf olarak Hukuk Usulü Kanunu (ZPO) § 97 Abs.1 gereğince temyiz masraflarını üstlenmek zorundadır.

AVUSTRALYA'NIN İNSAN HAKLARI YASAMA GÜNDEMİ*

David KINLEY** - Christine ERNST***

Çeviren: Aydın ELİEYİOĞLU****

Önsöz

Avustralya, kanunları arasında ulusal insan hakları bildirgesi bulunmayan tek batılı devlettir. Federal hükümet, 2010 yılında konuyla ilgili olarak yapılan ulusal bir araştırmanın ardından sunulan insan hakları bildirgesini geri çevirdi. Ancak daha sonra bir insan hakları bildirgesi olmadığı halde insan hakları alanında önemli bir etki yaratacak potansiyele sahip bir yasa tasarısını sundu. Yasa, 2011 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Yasası, geçenlerde Avustralya Parlamentosu'ndan geçti. Yeni yasa, Parlamento'ya sunulan bildirelerle karşılaştırmak için Avustralya'nın uluslararası insan hakları yükümlülüklerini izleyecek meclis insan hakları inceleme komitesi tesis etmektedir. Kanun, ayrıca, yasamanın bütün yeni unsurlarının insan hakları ile bağdaşır bağdaşmadığını beyan eden bir belgeyle bir eşleştirme öngörmektedir. Bu makale, ilk adımın olası etkilerini değerlendirmekte, yasanın gelecekte insan haklarının korunması hususunda sunacağı avantajlarını, olumsuz etkilerini, olasılıklarını ve sürprizlerini göz önünde tutmakta ve Avustralya'nın insan hakları konusunda yumuşak bir tavır kazanıp kazanamayacağını sorgulamaktadır.

1982' de insan hakları bildirgesinin Kanada'da kabul edilmesinden itibaren bir çok ülke onu takip etti. 1988'de Brezilya, 1990'da Yeni Zelanda, 1991'de Honkong, 1996'da Güney Afrika ve 1998'de Birleşik Krallık bildiriye kabul etti. Yalnızca Avustralya bu akıma direndi. Avustralya, şu an insan hakları bildirgesi bulunmayan tek batılı demokrasi ülkesidir¹.

* Bu eser, European Human Rights Law Review'da İngilizce olarak yayınlanmış olup, söz konusu yayından alınarak çeviri yapılmıştır.

** David Kinley, Sidney Üniversitesi Öğretim Üyesi, İnsan Hakları Hukuku Profesörü

*** Christine Ernst, Avustralya Yüksek Mahkemesi Yargıç Yardımcısı

**** Aydın ELİEYİOĞLU, Türkiye Adalet Akademisi Hâkimi

¹ Emily Howie, Rachel Ball, Philip Lynch ve Ben Schokman, "Bütün Avustralyalılar için bir İnsan Hakları Yasası", İnsan Hakları Hukuku Araştırma Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Danışma Kurulu'na Öneriler, Mayıs 2009; Ayrıca bkz. Avustralya'nın iç hukukta uluslararası insan hakları yükümlülüklerine yer vererek bunları yasalaştırmasını öneren Birleşmiş Milletler

Avustralya'nın kanun koyucuları hem yasal hem de anayasal hak bildirelerini sürekli olarak reddettiler². Son dönemde, 2009' da, Avustralya hükümeti, tarihinde insan hakları konusunda en geniş istişare kurulunu yetkilendirdi ve o zaman istişare kurulunun insan hakları konusundaki önerisini tümüyle reddetti³. Araştırmacılara göre İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin bahşedildiği Avrupa'da insan hakları sıkı bir şekilde ele alınırken Avustralya'nın pozisyonu ise sürpriz, hatta şaşkırtıcıdır. Avustralya, insan hakları konusunda küresel akımdan niçin böylesine bağımsız kalmıştır? Avustralya'da insan haklarının korunmasında daha sistemli bir yaklaşımı görmek isteyenler açısından son yasal gelişme ihtiyatlı iyimserlik için zemin oluşturmaktadır. Avustralya Parlamentosu 25 Kasım 2011' de İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Tasarısını kabul etti. Tasarı, 7 Aralık 2011'de Kraliyetçe kabul edilmesinden sonraki ay 2011 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Yasası (İHPİ) adıyla yürürlüğe konuldu⁴. İHPİ Yasası, bir insan hakları bildirgesi değildir. Ancak yasalaştığında, Avustralya'nın yasal çerçevesi düşünülünce Federal kanunların insan haklarıyla bütünleşmiş açık ve ayrıntılı bir kısmını oluşturacaktır. Bu makale, İHPİ Yasası'nın Avustralya'nın insan haklarının korunması ve teşvik edilmesi mekanizmasını ne ölçüde geliştirebileceğini analiz etmektedir. Biz, Avustralya'da insan haklarının korunması tarihindeki tartışmalara kısaca girerek konuya başlayacağız.

“Üzülme, Problem Yok”

Avustralya, çoğu Avrupalı devletlerle aynı yedi uluslararası insan hakları sözleşmesinin tarafıdır⁵. Ancak diğer Avrupalı devletlerin aksine, insan hakları yükümlülüklerini ulusal hukukunda açıkça düzenlememiştir. Bunun çeşitli nedenleri olabilir. Bunlardan ilki, Avustralya'nın bölgesel bir insan hakları sözleşmesinin tarafı olmamasıdır. Avrupa İnsan Hakları

sözleşme organlarının çeşitli sonuç gözlemlerinden bahseden kaynağın 174-176. dipnotları, Ulusal İnsan Hakları Danışma Kurulu raporu ile birlikte Ulusal İnsan Hakları Müzakeresine sunulan tüm öneriler için bkz. <http://www.humanrightsconsultation.gov.au> (Erişim, 19 Aralık 2011).

² İnsan Hakları Bildirgesi 1973 ve 1985 yıllarında Parlamento'ya sunuldu, ancak her iki Parlamento Binası'ndan da geçirilemedi.

³ Robert McClelland, “Avustralya İnsan Hakları Çerçevesinin Açılışı” (Avustralya Ulusal Basın Kulübünde yaptığı Konuşma), Canberra, Avustralya, 21 Nisan 2010.

⁴ İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Yasası 2011 md.1.

⁵ Çoğu Avrupa devletlerinde olduğu gibi Avustralya, “Tüm Göçmen İşçilerin Haklarının Korunması Sözleşmesi” nin ya da “Zorla Kaybedilen Tüm İnsanların Korunması Sözleşmesi” nin tarafı değildir.

Sözleşmesi taraf devletlerin "herkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bağlayıcı yetkisiyle desteklenmiş yargı sınırlarında⁶ güvence altına almasının zorunlu olduğunu" belirten birçok hak ve özgürlükler içermektedir⁷. Bu yükümlülükleri ulusal hukuka dahil etmedeki zorunluluk Blair hükümetinin 1997'deki İnsan Hakları Yasası'nın kabulü kararının altındaki temel gerekçedir⁸. Buna karşın, Asya-Pasifik'te bölgesel düzeyde hükümetlerarası insan hakları mekanizması bulunmamaktadır⁹. Avustralya'nın insan hakları sözleşmesi yükümlülükleri yalnızca yaptırım mekanizmalarının nispeten zayıf olduğu uluslararası zeminde mevcuttur. Neticede, Avustralya uluslararası yükümlüklerini ulusal hukukuna dahil etmede başarısız olması durumlarında çok az yaptırımla karşı karşıya kalmaktadır¹⁰.

Avustralya'nın insan hakları konusunda özel düzenlemeye karşı ilgisiz tutumunda bir çok faktör vardır. Avustralya, tarihi boyunca yasama ve Anayasa yapmaktan ziyade temel hak ve özgürlüklere kaynak olarak geleneksel hukuku uyguladı. Dahası, Avustralya siyasi kültürü merkezi hükümete karşı değildir ve bu yüzden devlet müdahalesine karşı bireysel özgürlükleri korumakta diğer ülkelere göre (özellikle ABD) daha az endişelidir¹¹. Sonuç olarak, Avustralya, insan hakları sicili yönünden kusursuz olmaktan ziyade halihazırda insan haklarının yeterince korunduğunu iddia eden çoğu insan hakları karşıtlarını teşvik etmesiyle küresel standartlarda nispeten iyi¹² bir konumda bulunmaktadır¹³.

⁶ AİHS md.1.

⁷ AİHS md. 52-53.

⁸ Bkz. "Rights Brought Home: The Human Rights Bill", İçişleri Bakanlığınca Parlamente'ye sunulan Resmi Rapor, Ekim 1997, Bölüm 1, "The Case for Change".

⁹ Bkz. Dışişleri, Savunma ve Ticaret Ortak Daimi Komitesi, Asya-Pasifik'te İnsan Hakları Soruşturması: Bölgesel İnsan Hakları Mekanizmaları ve Asya-Pasifik, sy. 55-92.

¹⁰ Uluslararası insan hakları hukukunu uygulama mekanizmaları AİHS'i uygulamaktan çok daha sınırlıdır.

¹¹ ABD' de, ulusal kimliğin temel prensibi, Bağımsızlık savaşının ilham ettiği ihtilalci bir ruhla doğduğunun ve 18. yy gibi erken bir dönemde İnsan Hakları Bildirge'lerinin kabulünün izhar ettiği bireysel hak ve özgürlüklerin korunacağına vaadidir.

¹² Bunun dikkat çeken bir istisnası, Avustralya'nın yerli halkının insan hakları konusundaki karanlık tarihidir. Çok yakın dönemlerde, 2007' de, Avustralya Hükümeti, Aborjin halkının yaşadığı Kuzey topraklarının belli kısımlarında ırk ayrımcılığı ile mücadele yasaları uyarınca gerçekleştirilen operasyonları askıya alan Kuzey Bölgesi (Acil Durum) Yasasını kabul etti ("Nihai Gözlemler" de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesince kınanmıştır, 7 Mayıs 2009); Ağır eleştiri alan diğer bir politika ise sığınmacıların zorla gözetimine alınmasıdır (bkz. Yüksek Mahkeme'nin sığınmacıların sınırsız gözetimine alınmalarının Avustralya yasalarına uygun olduğuna karar verdiği Al-Kateb v Godwin davası).

¹³ Birleşik Krallık'ta İnsan Hakları Yasası'nın ciddi ivme kazanmasından önce benzer bir görüş hâkimdi. Birleşik Krallık "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" ni onayladığında Sözleşme'nin garanti altına aldığı haklar ve özgürlükler İngiliz yasalarında zaten tam olarak korunmaktaydı.

Son üzerinde durulan nokta önemlidir. İnsan Hakları bildirgesinin bulunmaması insan haklarının tümüyle korunmadığı anlamına gelmemektedir. Avustralya, insan hakları ifadesini açıkça kullanmasa da insan haklarını koruyan ve destekleyen birçok hukuki ve siyasi mekanizmaya sahiptir. Bunlar ayrımcılık hukuku, geleneksel hukuk, anayasa hukuku, idare hukuku, kanuni yorum ilkeleri ve ulusal insan hakları müessesesidir (Avustralya İnsan Hakları Komisyonu)¹⁴. Dahası, bir Avustralya hükümeti (Victoria) ve bir Avustralya Bölgesi (Avustralya Başkent Bölgesi) kendi insan hakları bildirelerine sahiptir¹⁵. Buna göre, insan haklarına özgün federal yasalar Avustralya'nın yasal görünümünü kökten değiştiremeyecektir. Yapacağı şey, yine de, uyum sağlamak ve Avustralya'nın tüm yetki sınırlarında insan haklarını koruyacak ve destekleyecek olmasıdır.

Diğer bir ismiyle İnsan Hakları Bildirgesi?

İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Yasa Tasarısının ana prensipleri Nisan 2010 'da duyuruldu ve "Avustralya'nın İnsan Hakları Çerçevesinin" özüne şekil verdi.¹⁶ Tasarı, insan haklarının daha iyi nasıl korunabileceği ve desteklenebileceğine ilişkin bir dizi tavsiye içeren Ulusal İnsan Hakları Komisyonu'nun tespitlerine karşılık Avustralya hükümetinin bir girişimidir¹⁷. Tasarı, önemli bir başlangıç olmasına rağmen insan hakları savunucularının çoğunluğunca rağbet görmemiş ve uzun süredir beklenen insan hakları beyannamesinin çerçevesinden yoksun olduğu konusunda bir hayal kırıklığıyla karşılanmıştır. Ama bir insan hakları bildirgesi insan

Bu yüzden, Sözleşmenin İngiliz yasalarına yazılmasından veyahut da Birleşik Krallık'ta Sözleşme'ye uyulmasından emin olmak için herhangi bir yasa çıkarılmasının gerekliliği üzerinde durulmamıştır.

¹⁴ İnsan haklarının korunması hususunda Avustralya'nın hukuki çerçevesine kısa bir bakış için bkz. Avustralya'nın İnsan Hakları Konseyine sunduğu yakın dönem raporu md. 15-20: "İnsan Hakları Konseyi kararının ek 15. maddesi uyarınca sunulan ulusal rapor", İnsan Hakları Konseyi, 10. Bölüm, 5 Kasım 2010.

¹⁵ Bkz.2004 İnsan Hakları Yasası (Avustralya Başkent Bölgesi) ve 2006 İnsan Hakları ve Sorumlulukları Yasası (Victoria). Unutulmamalıdır ki, Victoria'da yalnızca 4 yıldır yürürlükte bulunan İnsan Hakları Yasası ile ilgili bir memnuniyetsizlik sürüp gitmektedir, Baillieu Hükümeti Sözleşmeyi gözden geçirmeyi düşündüğünü bildirmiş ve parlamento komitesinden Sözleşme'yi gözden geçirmesini istemiştir. Soruşturmanın detayları için bkz. <http://www.parliament.vic.gov.au/sarc/Erişim>, 19 Aralık 2011).

¹⁶ Bkz. Başsavcılık Makamı, Ulusal İnsan Hakları Hareket Planı Taban Çalışması, Haziran 2011, http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Humanrightsandanti-discrimination_AustraliasHumanRightsFramework_ConsultationDraft_BaselineStudy (Erişim, 19 Aralık 2011).

¹⁷ Ulusal İnsan Hakları Danışma Komitesi Raporu, Eylül 2009.

hakları konularının tümünü kapsamaması gerektiği şeklinde düşünülmemelidir. Biz aşağıda İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Yasasının temel noktalarının Avustralya'nın siyasi ve hukuki görünümünde nasıl önemli bir etki yaratabileceğini değerlendireceğiz.

2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Yasa Tasarısı 23 Kasım 2010'da Temsilciler Meclisinden geçti. Ocak 2011'de Senato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi bir anket yayınladı. Ankette, Tasarı'nın çoğunluk tarafından prensip olarak desteklendiği belirtildi¹⁸ ve Komite, Senato'nun nispeten önemsiz bir kaç öneriye bağlı olarak Tasarıyı geçirdiğini ileri sürdü¹⁹.

Tasarı, 25 Kasım 2011'de değişikliğe uğramaksızın Senato'dan geçti²⁰. Tasarı, 7 Aralık 2011'de kraliyet onayı aldı ve onay bahşedildikten 28 gün sonra yürürlüğe girdi²¹. Yasa, yalnızca 10 bölümden oluşan kısa ve makul bir şekilde hazırlanmıştır. Ancak bu sadelikte, Avustralya'da insan haklarının korunması konusunda oldukça güçlü bir potansiyel mevcuttur. Yasa iki ana önemli mekanizma içermektedir. Bunlar, insan haklarına adanmış Parlamento inceleme komitesi ve önerilen tüm yasaların insan hakları ile uyumlu olup olmadığının belirtilmesi gereksinimidir. Bu mekanizmaların her ikisi de Ulusal İnsan Hakları Danışma Komitesinin 2009 raporunda önerilmişti²².

Kanımızca, insan hakları konusunda yapılan özel bir düzenleme insan hakları bildirgesi olsun ya da olmasın, 3 temel amaç içermektedir. Bunlar, yeni hukuk yaratmada insan haklarını yeterince göz önünde bulundurmayı sağlamak, insan haklarını idari karar mercilerinin değişmez bir parçası yapmak, en geniş ölçüde, hukukun insan hakları ile uyumlu bir şekilde yorumlanmasını temin etmektir. Bu üç amacı desteklemek insan hakları kültürünü işlemek için temel bir taahhüttür. Bu kültür, karar vericilerin, yasa yapımcıların, ve geniş halk kesiminin günlük düşüncelerinde insan haklarının gömülü olduğu bir kültürdür. Görüldüğü gibi, İHPİ Ya-

¹⁸ Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

¹⁹ Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

²⁰ Aynı anda Senato 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi (Nihai Hükümler) Tasarısını kabul etti. Bu Tasarı oldukça usule ilişkin olan ve bu makalede değinilmeyen 3 hükmü haizdir.

²¹ 2011 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Yasası, md. 2.

²² Ulusal İnsan Hakları Danışma Komitesi, 2009 Ulusal İnsan Hakları Danışma Raporu, Öneriler 6 ve 7.

sası, insan hakları bildirgesinden yoksun olsa bile, insan hakları kültürünü beslemede yapıcı ve etkin bir rol oynayabilecektir.

Korunan insan hakları

Bu etkin rol, yasanın korumayı düzenlediği oldukça geniş olan haklarla kısmen gerçekleştirilecektir. Genellikle, hak bildireleri korunan hakların sınırlı bir kısmını kapsamaktadır. Şu anda, Avustralya'nın federal sistemindeki Bölge ve Devlet düzeyinde var olan iki hak bildirgesinde durum böyledir. (Avustralya Başkent Bölgesi 2004 İnsan Hakları Yasası ve 2006 Victoria İnsan Hakları ve Sorumlulukları Yasası). Her ikisi de, çoğunluğu siyasi ve medeni haklar olan belirli bir takım haklara atıf yapmaktadır²³. Bu, İnsan hakları ile bağdaşan bir tasarımı Bakanlar onayladığında ve Parlamento Komitesi bu onayları incelediğinde bir anlam ifade etmektedir. Onlar değerlendirmelerini uluslararası insan hakları hukukunun tümünü temsil etmeyen sınırlı bir takım haklara atıf yaparak yapmaktadırlar.

İHPİ Yasası, yine de, daha geniş kapsamlıdır. Yasanın 3. bölümü "insan haklarını" yedi temel uluslararası insan hakları sözleşmesini yani Avustralya tarafından onaylanan her bir ana insan hakları enstrumanında tanıyan ve deklare edilen hak ve özgürlükleri kapsadığı şeklinde tanımlamaktadır²⁴. Bu tanım abartılmamalıdır. Pratikte, kanun yapıcılar belirtilen yedi anlaşmada mevcut 100' den fazla hak ve özgürlüklere atıf yaparak insan hakları konusunda değerlendirmelerini yapacaklardır. Ancak henüz, insan haklarının oldukça geniş olan kapsamının fark edilmediği görülmektedir. Aslında, İHPİ Tasarısı için Senato'ya sunulan birçok görüşte uluslararası enstrumanların²⁵, uluslararası teamül hukukunun²⁶ ve ulusla-

²³ 2004 İnsan Hakları Yasası (Avustralya Başkent Bölgesi) md. 5, İnsan Hakları ve Sorumlulukları Sözleşmesi (Victoria) md. 3.

²⁴ Bu sözleşmeler: "İrk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerini Sonlandırma Sözleşmesi"; "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi"; "Sivil ve Politik Haklar Sözleşmesi"; "Kadına Karşı Ayrımcılığın Tüm Biçimlerinin Sonlandırılması Sözleşmesi"; "İşkence ve diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme"; "Çocuk Hakları Sözleşmesi"; "Engelli Kişi Hakları Sözleşmesi" dir; Bölüm 3 "insan hakları" tanımının yalnızca Avustralya için yükümlülükler getiren hak ve özgürlükleri kapsadığını belirtmektedir (Yani, bu yükümlülükler Avustralya'nın daha önce çekincesini belirtmiş olduğu yükümlülükler değildir).

²⁵ Senato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

²⁶ Senato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

rarası insan hakları biliminin daha geniş kapsamda göz önünde bulundurulması insan hakları tanımının daha geniş ölçüde yapılması savunulmuştur²⁷.

Bu tanım İHPİ Yasasının kamu yetkililerinin eylemleriyle sınırlandırılmadığını düşündüğümüzde daha çok önem kazanmaktadır. İHPİ Yasası'nın, belirli bir sınıf aktörün eylemlerine atıf yapılmadan fakat genel olarak etkilerinin değerlendirilerek insan hakları ile yasal uyumluluğu gerektirdiği görülmektedir. Böylece, şartlarını belirleyen ya da hatta sadece izin veren mevzuat, belirli bazı aktörler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinin insan hakları ile uyumsuzluğunu mantıklı bir şekilde ifade edebilecektir. Birleşik Krallık'ta şu an olduğu gibi "kamu otoritesi" ni neyin tayin ettiği konusunda mevcut bir tartışma gereksiz olacaktır²⁸.

Parlamento İncelemesi

İHPİ Yasası'nın 4. bölümü bir İnsan Hakları Parlamentosu Ortak Komitesi tesis etmektedir. Komite, temsilciler meclisinden beş üye ve Senato'dan seçilen beş üyeden oluşacaktır²⁹. Onun fonksiyonu, yasaların ve yasa enstrümanlarının insan hakları ile uyumluluğunu gözden geçirmek ve tespitlerini Parlamento'ya rapor etmek olacaktır³⁰. Komite, mevcut yasaların yanı sıra taslak yasaları da gözden geçirme yetkisine sahip olacaktır³¹. O ayrıca, Başsavcı tarafından kendisine tevdi edilen herhangi bir konuda araştırma yapabilecek ve rapor sunabilecektir³².

Parlamento inceleme komiteleri eğer küçümsenmezse bireysel hak ve özgürlükleri koruma ve desteklemekte önemli bir rol oynayabilir. Parla-

²⁷ Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

²⁸ Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası'nın 6. bölümünde kamu otoritelerinin bir Sözleşme'de yer alan haklarla uyumsuz bir tarzda hareket etmesinin hukuk dışı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu bölümde kamu otoriteleri " belirli herhangi bir kimsenin kamu kurumu niteliğindeki işlevleri" şeklinde tanımlanır. Aksi halde, Yasa uyarınca özel varlıkların "kamu otoritesi" olarak nitelendirilmesi durumunda bir tartışma ortamı oluşacaktır. Birleşik Krallık İnsan Hakları Komitesi 2006 Raporunda "kamu otoritesi"nin, herhangi bir kamu otoritesi ile bir sözleşme uyarınca kamu mal, servis veya olanakları sağlayan herhangi bir kişi ya da organ" olduğunu ifade etmiştir. Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, İnsan Hakları Yasası, İçişleri Bakanlığı İncelemesi, 2005 Oturumu, 32. Baskı, 7 Kasım 2006, sayfa 4; Konu ile ilgili olarak en son yapılan izahat için bkz. Alexander Williams, " A Fresh Perspective on Hybrid Public Authorities under the Human Rights Act: Private Contractors, Rights-Stripping and 'Chameleonic' Horizontal Effect", Kamu Hukuku 139, 2011.

²⁹ İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Yasası 2011 md.5.

³⁰ İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Yasası 2011 md.7.

³¹ İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Yasası 2011 md.7.

³² İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Yasası 2011 md.7

mento inceleme komiteleri, Parlamentonun mevzuatla ilgili zaman ve uzmanlık gerektiren belli problemlerini tespit edebilme yetkisine sahiptir³³. Genellikle, inceleme komiteleri Bakanlarla ilgili sorular sorar, kamu soruşturmaları yürütür ve belirli bir kanunda veya teklif edilen kanunlarda raporlar hazırlar. Parlamento inceleme komiteleri geleneksel olarak Kabine'de veya gölge Kabine'de bulunmayan hükümet, muhalefet ve azınlık partilerin milletvekillerinden oluşur. Bu nedenle, çeşitli partilerden seçilen milletvekilleri, en azından teoride, en az baskı altında kalmaktadırlar. İnceleme komiteleri mevzuattaki eksikliklere dikkat çekmede önemli bir rol oynayabilir. Avustralya Senatosu Tasarıları İnceleme Komitesi eski Başkanı Senator Judith Troeth'in ileri sürdüğü gibi “çoğu masum görünümlü kanun --kamuoyunun desteğini hiç alamayacak olan-- temel insan haklarına yönelik en tehlikeli tehditleri içerebilmektedir”³⁴.

Komitenin avantajlarından bir tanesi seçilen temsilcilere insan haklarını desteklemeleri ve korumaları için sorumlulukları eşit şekilde dağıtmasıdır. Bu, insan hakları bildirelerine karşı olanların (insan hakları konusunda asıl sorumluluğun demokratik olarak seçilmiş milletvekillerinde olduğunu ileri sürenlerin) temel kaygısını gösterir³⁵. Parlamentonun üstünlüğünü tehdit edeceği kaygısı geçen yıllarda İnsan Hakları Yasasının yargıçların elinde bulunan gücü aşırı derecede artıracığı eleştirilerine hedef olan Birleşik Krallık'ta önemli bir ivme kazanmıştır³⁶. Bir insan hakları bildirgesinin demokratikliği ile ilgili kaygılarının çok fazla abar-

³³ Carolyn Evans ve Simon Evans, “İnceleme Komiteleri ve İnsan Hakları Parlamenter Kavramları”, 2006, Kamu Hukuku 785, 786.

³⁴ Melissa McKerihan'dan Alıntı, “Bilinmeyen Bekçi Köpeği”, Avustralyalı Avukat, Temmuz 1995.

³⁵ Bkz. Tom Campbell, “İnsan Hakları Stratejileri: Bir Avustralya Alternatifi”, Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy ve Adrienne Stone, İnsan Hakları Bildirgesi Olmaksızın Hakları Korumak: Avustralya'da Kurumsal Performans ve Reform, 2006, Campbell ve Nicolas Barry Ulusal Danışma Komitesine önerilerinde, parlamenterlerin sadece insan hakları konusundaki sınırlamalara karşı politika hedefi belirlemede değil aynı zamanda belirli bir insan hakkı içeriğini belirlemek hususunda mahkemelerden daha iyi bir pozisyonda olduklarını öne sürmüşlerdir. Bkz. [http://www.humanrightsconsultation.gov.au/www/nhrcc/submissions.nsf/list/CCAC8E9058FF5815CA25760700160_C10/\\$file/Tom_campbell_AGWW-7RSSG7.doc](http://www.humanrightsconsultation.gov.au/www/nhrcc/submissions.nsf/list/CCAC8E9058FF5815CA25760700160_C10/$file/Tom_campbell_AGWW-7RSSG7.doc) (Erişim, 19 Aralık 2011).

³⁶ Bkz. Michael Pinto-Duschinsky, “Hakları Eve Geri Getirmek: Birleşik Krallık'ta Parlamenter demokrasi ile insan haklarına uyum”, Politika Değişimi, Londra, 7 Şubat 2011; Pinto-Duschinsky İnsan Hakları Yasası'nın Avukatlar için iş sağlarken ve politik güçler adına yargılama yaparken İngiliz Politika sistemiyle sağlanan geleneksel güvenceleri sarstığını iddia etmiştir; İnsan hakları bildirgesiyle ilgili hoşnutsuzluk Avustralya'nın Victoria eyaletinde daha fazla dile getirilmektedir, Victoria hükümeti parlamento komitesine devletin insan hakları sözleşmesinin kar-fayda analizini yapması için emir vermiştir, bkz. Dipnot 16.

tılmasına karşı³⁷ Parlatentonun insan haklarını korumada her alanda önemli bir rol oynaması gerektiği görüşünde ciddi bir haklılık vardır. Hâkimler insan haklarının tek koruyucusu olamazlar --ve olmamalıdır. -- İnsan hakları seçmenlerin geniş desteği olmaksızın yeterince korunamaz ve teşvik edilemez³⁸. ABD'nin en seçkin hâkimlerinden birisinin yetmişbeş yıl öncesinde söylediği gibi:

“Ben Anayasalar, Kanunlar ve Mahkemeler üzerinde çok fazla bulunan umutlarımızı kesip kesmediğimizi çok sık düşünürüm. Bunlar yanlış umutlardır... Özgürlük insanların kalbindedir; orada öldüğünde, hiç bir anayasa, hiç bir kanun, hiç bir mahkeme onu kurtaramaz; hiç bir anayasa, hiç bir kanun, hiç bir mahkeme ona çok fazla yardım dahi edemez. Orada dururken hiç bir anayasa, hiç bir kanun, hiç bir mahkemenin onu kurtarmasına ihtiyaç duymaz.”³⁹

Parlamento incelemesi, kanunların insan hakları ile uyumluluğu konusundaki kaygılarının kaynağında ele alınmasını sağlayacak bir yoldur. Bir kanunun eksikliklerini ortaya çıkaran ve yasa değişikliği talebinde bulunan bir hak bildirgesinin aksine, parlamento incelemesi problemleri önceden tespit etmeyi amaçlamaktadır⁴⁰. Başsavcı Robert McClelland'ın ikinci okuma konuşmasında açıkladığı gibi, İHPİ Yasası "politika ve mevzuat gelişiminde insan hakları sorunları üzerinde erken ve sürekli düşünmeyi teşvik etmeyi " hedeflemektedir⁴¹. Ayrıca, parlamento incelemesi, mahkemelerin ele alma konusunda isteksiz olacakları politik sorunların göz önünde tutulmasına olanak sağlamaktadır. İnsan hakları hukuku alanında, temel sorun daima insan haklarının ihlal edilip edilmediği değil bu ihlalin haklı olup olmadığıdır⁴². Bu temel bir noktadır. Demokratik bir yetki ile donatılmış ve çok sayıda politika hedeflerini dengelemeye alışık olan parlamento komiteleri, sadece muhtemel ihlalleri tespit etmek

³⁷ Mahkemelerin insan hakları ile uyumluluğu için kanunları değerlendirme yetkisi Parlamento tarafından bahsedilmiştir. Lord Neuberger'in ileri sürdüğü gibi " Parlamento, ona verdiği şeyi geri alabilir: Abbotsbury'nin Lord Neuberger'i " Who Are the Masters Now?" Weedon Lecture' in İkinci Lord Alexander'ı, 6 Nisan 2011, paragraf 59.

³⁸ Tom Campbell, "İnsan Hakları Uyarınca Herhangi Bir Kimse Kazanır mı?", 2006, Queensland Üniversitesi Hukuk Dergisi; Ayrıca Bkz. Tom Campbell ve Nicholas Barry, "Avustralya'nın Demokratik Bir İnsan Hakları Bildirgesi", 2009 Ulusal İnsan Hakları Müzakeresi Önerileri, <http://www.humanrightsconsultation.gov.au> (Erişim, 19 Aralık 2011).

³⁹ Billings Learned Hand, "Özgürlük Ruhunu", "Amerika'lı Olma Günüm" merasiminde yapılan konuşma, New York, 21 Mayıs 1944.

⁴⁰ Bkz. Janet Hiebert, "Parlamento ve İnsan Hakları Yasası: İnsan Hakları Ortak Komitesi İnsan Hakları Kültürünün Kolaylaştırılmasına Yardımcı Olabilir mi?", Uluslar arası Anayasa Hukuku Dergisi, 2006.

⁴¹ Federal Temsilciler Meclisi, Parlamento Görüşmeleri, 30 Eylül 2010, (Robert McClelland).

⁴² İşkence yasağı istisna olmak üzere çok az insan hakkı sınırsızdır.

için değil aynı zamanda bu ihlallerin haklı olup olmadığını değerlendirme konusunda eşsiz bir konumdadırlar⁴³.

Avustralya, Komite kurulduğunda, kanunların insan haklarıyla uyumluluğunu titizlikle incelemeye adanmış parlamento komitesine sahip olan Birleşik Krallık ve Kanada'ya (Victoria ve Avustralya Başkent Bölgesinin yanısıra) eşlik edecektir⁴⁴. Şimdiye kadar, Avustralya Parlamentosu ne uzmanlaşmış insan hakları komitesine sahipti ne de açıkça yasaların insan haklarına uyumluluğunu inceleme yetkisine sahipti⁴⁵. O, insan hakkı odaklı incelemeye sahip oldukça Senato Tasarıları İnceleme Komitesi ve Senato Düzenlemeler ve Yönetmelikler Komitesine Tasarıları, Yasaları veya Kanun Hükmünde Kararnameleri belirleme hususunda bahsettiği güçler "kişisel hak ve özgürlükleri aşırı derecede ihlal edecektir"⁴⁶. Potansiyel olarak önemli olmasına rağmen, insan hakları ile ilgisi bulunmayan bu yetkiler özellikle sivil özgürlükler konusunda endişe vericidir⁴⁷. Komite, Parlamento'nun insan hakları konusundaki konumunu netleştirecek ve uluslararası kabul görmüş standartlara başvuruda bulunabilmesine imkan sağlayacaktır.

⁴³ İnceleme komitelerinin fonksiyonlarını icra etmekten çekinmemeleri oldukça önemlidir. Komiteler şaşırtıcı bir şekilde bu umudu daima karşılamazlar. Senato Tasarıları İnceleme Komitesi, iki yasanın (2007 Kuzey Bölgesi Acil Durum Tasarısı ve 2005 Terörle Mücadele Tasarısı) insan haklarının olası sonuçlarına dramatik bir şekilde sahip olduğunu göz önünde tutarak insan hakları ve özgürlüklerine tecavüz edecek hükümleri belirlemiş, daha sonra tecavüzün haklı olup olmadığını değerlendirmeyi reddetmiştir. Bu, Komite'nin yasaların "kişisel hak ve özgürlüklere aşırı derecede tecavüz edip etmediği" hususunda yetkisi olmasına rağmen yapılmıştır; Bkz. Senato Tasarıları İnceleme Daimi Komitesi, 2007 Komite Raporu No.9, 13 Ağustos 2007; Senato Tasarıları İnceleme Daimi Komitesi, 2005 Komite Raporu No.13, 9 Kasım 2005.

⁴⁴ Birleşik Krallık, İnsan Hakları Ortak Komitesi'ne sahiptir, bkz. <http://www.parliament.uk/jchr> (Erişim 19 Aralık 2011); Kanada, Senato İnsan Hakları Daimi Komitesine sahiptir, bkz. <http://www.parl.gc.ca> (Erişim 19 Aralık 2011] > İngilizce > Parlamento Gündemi > Senato Komiteleri > ; Victoria'da Tasarı'ların insan hakları ile uyumlu olup olmadığına ilişkin Yasaları İnceleme ve Düzenlemeler Komitesi Raporu: 2006 İnsan Hakları ve Sorumlulukları Yasası (Victoria); Avustralya Başkent Bölgesi İnsan Hakları Yasası'nın 38. maddesi uyarınca Yasama Meclisi daimi komitesi Tasarılarla gündeme getirilen insan hakları ile ilgili meseleleri Yasama Meclisi'ne rapor etmelidir.

⁴⁵ Bkz. Simon Evans, "Yasama ve Politika Süreçlerinde İnsan Hakları Analizlerini Geliştirme", 2005, Melbourne Üniversitesi Yasa İncelemesi 665.

⁴⁶ Senato Daimi Emirleri 23 ve 24.

⁴⁷ Carolyn Evans ve Simon Evans, "İnceleme Komiteleri ve İnsan Hakları Parlamento Kavramları", 2006, Kamu Hukuku 785.

David Kinley, bu makalenin yazarı, 1990' larda insan hakları inceleme komitesini tesis edecek ilk kapsamlı öneriyi hazırladı⁴⁸. Öneri, İnsan Hakları Ortak Komitesi'ni kuran Blair hükümeti tarafından ele alındı⁴⁹. On yıldan fazla süredir faaliyette bulunan Komite'nin deneyimi, uzmanlaşmış insan hakları komitesinin oldukça büyük bir potansiyel olduğunu göstermektedir. Geçtiğimiz yıl Birleşik Krallık, Ortak Komite'nin sürekli kaygısını belirttiği bir çok mevzuat hükmünü yürürlükten kaldırdı. 2006 Kimlik Kartları Yasası (Ulusal Kimlik Kayıt ağına bağlı Ulusal Kimlik Kartları için tartışmalı bir düzenlemeyi uygulamaya geçiren)⁵⁰ ve 2005 Ağır Organize Suçlar ve Polis Yasasının 132. maddesinden 138. maddesine kadarki (Parlamento civarında Polisten özel izin alınmayan gösterileri yasaklayan) kısmı yürürlükten kaldırılan hükümler arasındadır.⁵¹ Komite özellikle terörizmle mücadele kanununu incelemede aktif rol oynadı. Komite'nin 2001 Terörle Mücadele, Suç ve İnceleme Tasarısındaki değişikliklere neden olma konusundaki hüneri onun etkisinin göstergesidir. Hatta, 11 Eylül saldırısının hemen öncesinde, Komite, insan hakları konusunda yasalara uygun şekilde güvenlik namına getirilebilecek kısıtlamalar için bir sınır bulunduğunu kabul etti. Komite "açıkça böyle durumlarda... insan haklarının korunmasının devlet taleplerinden (ve kamuoyundan) dolayı azami bir baskı altında kalacağını" ileri sürdü⁵². Komite, tasarının Parlamente'ye sunulmasından sonraki iki gün içerisinde İçişleri Bakanını sorguladı ve tasarıya ilişkin değişiklik öneren geniş bir rapor yayınladı⁵³. Komite, raporunda "Tasarı'da özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin kendilerinden önce bulunması gereken yerde hiç bulunmadı-

⁴⁸ David Kinley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi:Ortaklık Olmaksızın Uyumluluk, Dartmouth Yayıncılık, 1993; David Kinley, "İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Komitesi: İhmal Edilen Bir Görev?"; Philip Alston, İnsan Hakları Bildirgeleriyle İnsan Haklarını Teşvik Etme: Karşılaştırmalı Bakış Açıları, Oxford Üniversitesi Basımı, 1999; Michael Ryle, "Yasama Öncesi İnceleme: İnsan Haklarının Korunmasına Yönelik Önleyici Bir Yaklaşım", 1994, Kamu Hukuku 192.

⁴⁹ Bkz Londra Üniversitesi Akademisi Anayasa Birimi, İnsan Hakları Mevzuatı, 1996, ve Birleşik Krallık Parlamentosu'nda "İnsan Hakları Ortak Komitesi Oluşturma", İnsan Hakları Ortak Komitesi, 2001-2005 Parlamentosu'nda Komite Çalışması, 19. Oturum Raporu, 2004-05, 26 Mayıs 2005, paragraf 13-15.

⁵⁰ Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Mevzuat İncelemesi: Kimlik Belgeleri Tasarısı, 12 Ekim 2010, Oturumun İkinci Raporu 2010-2011, 12 Ekim 2010.

⁵¹ Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Mevzuat İncelemesi: Polis Reformu ve Sosyal Sorumluluk Tasarısı, Oturumun Onbirinci Raporu, 2010-2012, 3 Mayıs 3 2011.

⁵² Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Tasarısı, İkinci Raporu, 14 Kasım 2001,

⁵³ Bkz. Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Tasarısı, İkinci Raporu, 14 Kasım 2001.

ği" sonucuna vardı⁵⁴. Komite, Parlamentodan "gelecekte olabilecekleri göz önünde bulundurmasını, bireysel hakları ve özgürlükleri tehdit eden hükümetlere yetki verilmesine direnmesini" istedi⁵⁵. Tasarı, geçirilmeden önce değişikliğe uğradı⁵⁶. Komite bugün, terörle mücadele politikasının insan haklarına etkilerini izlemede önemli bir rol oynamaya devam etmektedir. Mart 2010' da, 11 Eylül'den sekiz yıl sonra, Hükümetin, Birleşik Krallığın geniş kapsamlı önlemleri gerekçe göstererek olağanüstü hal durumunda kaldığı iddiasını sorguladığı kapsamlı bir rapor hazırladı. Komite, "insan hakları hususlarının ulusal güvenlik ve kamu güvenliği alanındaki konularda her zamankinden daha fazla üstesinden gelinebileceğini" belirtti⁵⁷. Birtakım politika önlemlerinin kapsamlı ve acilen gözden geçirilmesini önerdi⁵⁸.

Elbette, parlamento inceleme komitelerinin yetkileri sınırsız değildir. Temel sınırlamalardan bir tanesi modern Westminster sisteminin benimsediği parti disiplindir. Carolyn Evans ve Simon Evans tarafından 55 Avustralya milletvekiliyle görüşüldüğü bir deney çalışmasında çoğu milletvekili parti disiplininin inceleme komitesinin etkinliğini kısıtladığını belirtmiştir. Milletvekilleri, politik bağlılıklardan dolayı kendilerini kısıtlanmış hissetmişler ve insan hakları ile ilgisi bulunmayan siyasi nedenlere karşı ortak bir yol bulma ihtiyacı duymuşlardır⁵⁹. Çalışmada tespit edilen problemlerden bir tanesi yürütmenin baskınlığıdır. Avustralya' da, başka yerlerde de olduğu gibi, son yarım yüzyılda yürütmenin gücünde önemli bir artış kaydedilmiştir. Parlamento inceleme komitesi Kabine tarafından ve devlet dairelerince ciddi kararlar verildiğinde hareket etmekte güçlük çekebilir. Görüşmecilerden birisinin ileri sürdüğü gibi, "inceleme komitesi" böyle durumlarda raporlara yeterince ilgi göstermez,

⁵⁴ Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Tasarısı, İkinci Raporu, 14 Kasım 2001,

⁵⁵ Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Tasarısı, İkinci Raporu, 14 Kasım 2001.

⁵⁶ Bkz. Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Tasarısı: Ek Rapor, Beşinci Rapor (yapılan değişiklikleri detaylandıran), 3 Aralık 2001.

⁵⁷ Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Terörle Mücadele Politikası ve İnsan Hakları, (Yedinci Raporu): İnsan Haklarını Geri Getirme, 2009-2010 Oturumunun Altıncı Raporunda, 9 Mart 2010.

⁵⁸ Birleşik Krallık Parlamentosu İnsan Hakları Ortak Komitesi, Terörle Mücadele Politikası ve İnsan Hakları, (Yedinci Raporu): İnsan Haklarını Geri Getirme, 2009-2010 Oturumunun Altıncı Raporunda, 9 Mart 2010.

⁵⁹ Carolyn Evans ve Simon Evans, "Ön Safflardan Mesajlar: Parlamenterlerin İnsan Haklarının Korunmasına Bakış Açısı", Tom Campbell, K.D. Ewing ve Adam Tomkins, İnsan Haklarının Yasal Korunması: Şüpheli Denemeler, Oxford Üniversitesi Basımı, 2010, s.329-340.

onları dikkatle okumaz ve onlarla çok yeterince meşgul olmaz⁶⁰. Parlamento inceleme komitesinin etkinliğindeki diğer bir kısıtlama sınırlı zaman ve sınırlı kaynaktır. Komiteler, çoğu kez nitelikli ve geniş mevzuat önerilerini incelemek için sınırlı bir zamana sahiptir. Bu görevin zorluğu çoğu milletvekilinin taslak yasaları anlamaya yardımcı olacak insan hakları uzmanlıklarının veya hukuk eğitimlerinin bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi'nin tecrübelerinden, bu sınırlamalardan bazılarının etkisiz hale getirilip, böyle yaparak da, parlamento inceleme komitesinin potansiyelinin maksimuma çıkarılabileceği çeşitli faktörlerin bulunduğunu çıkarabiliriz. İlkin, bir insan hakları komitesi iki taraflı hareket etmelidir.⁶¹ Gerçekten iki taraflı olan Komiteler -- sürekli bir tarafta bulunmaktan ziyade-- kanun yapıcılarının ilgisini çekerek mantıklı, muteber, yapıcı katkılarda bulunmaktadırlar⁶². İHPİ Yasası'nın iki taraflılığı desteklediği yönlerden bir tanesi İnsan Hakları Ortak Komitesi üyelerinin her iki Parlamento binasından çekilmeleridir. Bu, İnsan Hakları Ortak Komitesi'nin, hükümet partileri tarafından hâkimiyet altına alınmaması ve azınlık partilerin üyelerinin de (Avustralya'nın seçim sisteminde Senato'da çok güçlü olan) her halükarda komitenin üyesi olabilmesi anlamına gelmektedir. İki taraflılık ayrıca bakanlar, parti denetçileri ve muhalefet sözcüleri gibi oldukça partizan figürler tarafından da desteklenmektedir⁶³. İHPİ Yasası'na göre, parti denetçileri ve muhalefet sözcüleri böyle değilken, Bakanlar açıkça komite üyeliğinin dışında tutulmaktadır⁶⁴. Bununla birlikte, Avustralya'da parlamento uygulamasında, Komite Başkanları ve Başkan Yardımcıları hükümet ve muhalefet üyeliğinden çekilmektedir. Bu önlemler, birlikte ele alındığında, komite üyeleri arasında oluşabilecek partizanlık olasılığı azalacaktır.

İkinci olarak, Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi Hukuk Danışmanı Murray Hunt tarafından yapılan bir tespite göre, İnsan Hakları Ortak Komitesi'ne etkin bir izleme gerçekleştirilebilmesi için geniş yetki-

⁶⁰ Carolyn Evans ve Simon Evans, "Ön Saflardan Mesajlar: Parlamenterlerin İnsan Haklarının Korunmasına Bakış Açısı", Tom Campbell, K.D. Ewing ve Adam Tomkins, İnsan Haklarının Yasal Korunması: Şüpheli Denemeler, Oxford Üniversitesi Basımı, 2010, s.329-337.

⁶¹ David Feldman, "Parlamento İnsan Hakları ve Mevzuat İncelemesi", 2002, Kamu Hukuku 323.

⁶² Janet Hiebert, "Parlamento ve İnsan Hakları Yasası: İnsan Hakları Ortak Komitesi İnsan Hakları Kültürünün Kolaylaştırılmasına Yardımcı Olabilir mi?", 2006, Uluslar arası Anayasa Hukuku Dergisi 1.

⁶³ David Feldman, "Parlamento İnsan Hakları ve Mevzuat İncelemesi", 2002, Kamu Hukuku 323.

⁶⁴ İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Yasası md.5.

ler verilmelidir⁶⁵. Birleşik Krallık Komitesi, Birleşik Krallık'ta insan hakları ile ilgili tüm meseleleri (şahsi davalar hariç) ele alma konusunda genel bir yetkiye sahiptir. Böylece, örneğin, insan hakları meselelerinde esasa yönelik soruşturmalar başlatabilmekte, mevzuat öncesi ve sonrası inceleme yapabilmektedir⁶⁶. Avustralya İnsan Hakları Ortak Komitesi'nin yetkisi daha daralacaktır. O, sadece önceden belirlenmiş meselelerde soruşturma yapabilecektir. Senato Hukuk ve Anayasal İşler Mevzuat Komitesi bu yetki sınırlamalarını kabul ederek "ilgili Bakan'ın dikkatini tasarı, yasa, yasama enstrümanları veya diğer insan hakları meseleleri ile ilgili endişe yada herhangi bir meseleye çekebilmesi" için İnsan Hakları Ortak Komitesi'ne izin verecek şekilde genişletilmesini önermiştir⁶⁷. Bu durumda, Başsavcı, incelemeye konu meseleler üzerinde kendisine münhasır yetkisinden yoksun kalacaktır. Senato Komitesi ayrıca İnsan Hakları Ortak Komitesi'ne, Parlamento'ya rapor sunabileceği ve serbestçe iletişime geçebileceği, Bakanlardan, devlet kurumları ve diğer kişi ve kuruluşlardan bilgi edinebileceği daha açık yetkiler verilmesini önermiştir⁶⁸.

Üçüncüsü, İnsan Hakları Ortak Komitesi yetenekli uzmanlar tarafından yönlendirilmelidir. Örneğin, Birleşik Krallık Ortak Komitesi, bir tanesi Cambridge Üniversitesi'nden Profesör David Feldman ve şu anda, eskiden Londra Matrix Chambers'dan Murray Hunt olmak üzere iki çok yetenekli Hukuk Danışmanı'nın yardımından faydalanmıştır. Her ikisi de insan hakları hukukunda oldukça saygın ve uzmandır. Hukuk Danışmanları, parlamenterlerin insan hakları meseleleriyle ilişki kuracağı çerçeveyi belirleyebilir ve parlamenterlere insan haklarında uzmanlıklarını geliştirmeleri için yardımcı olabilir⁶⁹. Mevzuatı, insan hakları merceğinden

⁶⁵ Murray Hunt, "Hakları Korumada Bir Parlamento Modeli Olarak Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası: "Avustralya için Dersler" (Avustralya İnsan Hakları Komisyonunda Yapılan Konuşma, Sidney, 17 Şubat 2009, http://www.hreoc.gov.au/letstalkaboutrights/events/Hunt_2009.html, Erişim, 19 Aralık 2011.

⁶⁶ Bkz. Komitenin vasıflı göçmen programı değişikliklerini değerlendirmesi: Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi, "Oldukça Vasıflı Göçmenler: Göç Kurallarında Değişiklikler", 2006-2007 Oturumunun Yirminci Raporu, 9 Ağustos 2007.

⁶⁷ Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

⁶⁸ Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

⁶⁹ Murray Hunt, "Hakların Korunmasında "Parlamento Modeli" Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası: Avustralya için Dersler (Avustralya İnsan Hakları Komisyonunda Yapılan Konuşma,

görebileceği uzmanlıkla donanmış Komite üyeleri, Hükümet ve kamuoyu (şunu belirtmek gerekir ki, bazen insan hakları uygulamalarını olumsuz etkileyen yasaları destekleyen) tarafından desteklenmiş bir mevzuatı eleştirme konusunda daha az isteksiz olabilmelidirler⁷⁰. Hukuk Danışmanı, aynı zamanda, iş yükünün üstesinden gelebilmesi için bütün Tasarıları tarayarak tüm heyet tarafından detaylı incelenmesi gerekenleri belirlemesi hususunda Birleşik Krallık Ortak Komitesi'ne yardımcı olmuştur.⁷¹

Dördüncüsü, uyumluluk belgeleri Parlamento'ya İnsan Hakları Ortak Komitesi'nden en iyi şekilde yararlanabilmesini sağlayacak tarzda sunulmalıdır. Bu sebeple, Senato Komitesi, uyumluluk belgelerinin parlamento görüşmelerinin ilk aşamasında sunulmasını önermiştir⁷². Böylece İnsan Hakları Ortak Komitesi'ne, hükümetin herhangi bir uyumsuzluğun haklı olduğunu veya insan hakları ile uyumlu olduğunu iddia ettiği bir Tasarıyı incelemek için yeterli zaman sağlanacaktır. Aynı zamanda parlamentoyu, hükümetin gerekçesini anlamaya çalışarak gereksiz zaman israfından alıkoyacaktır⁷³. Senato Komitesi, aynı zamanda, uyumluluk beyanlarının, herhangi bir uyumsuzluğun niteliğini ve kapsamını net bir şekilde açıklayacak ve nedenlerini bulabilecek şekilde İHPİ Tasarısının değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁴. Nihayetinde, İHPİ Tasarısında değişiklik yapıldı, mevzuatta böyle bir tanım olmasa bile uygulamada böyle bir prosedürün benimsenip benimsenmeyeceğini göreceğiz. İlginçtir ki, Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi benzer bir şekilde,

Sidney, 17 Şubat 2009, http://www.hreoc.gov.au/letstalkaboutrights/events/Hunt_2009.html, Erişim, 19 Aralık 2011.

⁷⁰ Buna çarpıcı bir örnek, "Pasifik Çözümü"ne devam eden popüler destektir, Howard Hükümeti tarafından kabul edilen Avustralya'ya tekneyle ulaşan sığınmacıların deniz aşırı süreçlerini ve böyle kişilere sürekli koruma vizalarının reddini içeren bir politika; Her iki politika (şimdi yürürlükte bulunmayan) Avustralya'yı geri göndermeme yükümlülüklerini çiğneme riskine atmaktadır, (Mülteci Sözleşmesi, md. 33, Sivil ve Politik Haklarda Uluslararası Sözleşme, md.7) Avustralya içerisine izinsiz girişte mültecilere ceza verilmemesi yükümlülüğünün yanısıra (Mülteci Sözleşmesi, md.31); Bkz. Phillip Coorey ve Yuko Narushima, "Anketler en çok 'Pasifik Çözümü'nün tercih edildiğini göstermektedir, Sidney Sabah Haberi, 7 Haziran 2010, <http://www.smh.com.au/national/most-prefer-pacific-solution-poll-finds-20100606-xn85.html> (Erişim, 19 Aralık 2011).

⁷¹ Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi, Komitenin Gelecek Çalışma Usulleri, 2005-06 Oturumunun Yirmi üçüncü Raporu, 24 Temmuz 2006.

⁷² Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

⁷³ Anthony Lester ve Paola Uccellari, "İnsan Hakları Parlamento İncelemesi", Herne Hill'in Lord Lester'i, Lord Pannick ve Javan Herberg, İnsan Hakları Hukuku ve Usulü, s.803-807.

⁷⁴ Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Canberra, Ocak 2011.

uyumluluk belgelerinde, basit uyumluluk iddialarından ziyade mantıklı açıklamalar getirecek daha detaylı uyumluluk beyanlarının sunulması çağrısı yapmıştır⁷⁵.

Sonuçta --ve temelde-- İnsan Hakları Ortak Komitesi ciddiye alınmalıdır. Belli ki, inceleme komitesinin önerileri daima dikkate alınmayacaktır; onları reddetme Parlamento'nun sahip olduğu bir ayrıcalıktır⁷⁶. Yine de, İnsan Hakları Ortak Komitesi üyelerinin görevlerini canla başla yapmaları ve komitenin önerilerinin gerçekten göz önünde bulundurulması oldukça önemlidir. Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi üyesi Lord Lester'in belirttiği gibi, "etkin denetim ile ilgili konuların öne sürülmesi ve ele alınmasını sağlamak için hem hükümetin işbirliği hem de yeterli enerji ve uzmanlığı ile tek tek milletvekillerinin bilinçli katılımları gerekmektedir⁷⁷.

Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi'ne hukuk danışmanlığını yapan David Feldman dört yıllık izlenimi sonucunda, İnsan Hakları Ortak Komitesi'nin etkisinin tam olarak belirlenebilmesinin zor olacağını ileri sürmüştür. Birleşik Krallık Ortak Komitesi'nin başarısının çoğu, Parlamento ve Yürütme ile resmi olmayan ikili ilişkilerden kaynaklanmaktadır⁷⁸. Birleşik Krallık'ta yasa hazırlayanlar, yeni bir kanun yaparken göz önünde bulundurma gereği bulunan insan hakları meselelerinin daha çok farkında olmuşlardır⁷⁹. Bu, kayda değer bir öneme sahiptir. Bu durumda, milletvekilleri ve hükümet yetkilileri gerçek bir kültür değişimi yaratacak, insan haklarına tam anlamıyla aşına olacak ve insan hakları konuları kanun yapmanın vazgeçilmez bir parçası haline gelecektir⁸⁰.

⁷⁵ Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi, 2007' de Komite Çalışması ve Birleşik Krallık'ta İnsan Haklarının Durumu, 2007-2008 Oturumunun Altıncı Raporu, 1 Şubat 2008.

⁷⁶ Örneğin, peşpeşe gelen hükümetler Senato Yasal ve Anayasal İşler Komitesinin Avustralya'nın sığınmacıları zorunlu olarak gözaltına alma politikasını kaldırılması yönündeki önerisini reddetmiştir; bkz. Senato Yasal ve Anayasal İşler Komitesi, 1958 Göç Operasyonu ve Yönetimi Yasası, 2 Mart 2006.

⁷⁷ Anthony Lester ve Paola Uccelli, "İnsan Hakları Parlamento İncelemesi", Herne Hill'in Lord Lester'i, Lord Pannick ve Javan Herberg, İnsan Hakları Hukuku ve Usulü, s.803-804.

⁷⁸ David Feldman, "İnsan Haklarının Korunmasında Parلمانonun Rolü: Birleşik Krallık'tan Bir Bakış" (Uluslararası "Yasa Koyucular ve İnsan Haklarının Korunması" konferansında yapılan konuşma, Karşılaştırmalı Anayasal Çalışmalar Merkezi, Melbourne Hukuk Okulu, 20 Temmuz 2006); Ayrıca bkz. David Feldman, "Parlamento Mevzuat ve İnsan Hakları İncelemesi", 2002, Kamu Hukuku 323.

⁷⁹ David Feldman, "Parlamento Mevzuat ve İnsan Hakları İncelemesi", 2002, Kamu Hukuku 323.

⁸⁰ Bkz. David Kinley, "Parlamento'da İnsan Hakları İncelemesi: Westminster İleriye Doğru", 1999, Kamu Hukuku İncelemesi 252; Kinley, inceleme mekanizmalarının başta gelen amacının "hem

Uyumluluk belgeleri

İHPİ Yasasında belirtilen bir diğer temel mekanizma uyumluluk belgesidir. Yasa'nın 8 ve 9. bölümlerinde, uyumluluk belgesinin her bir tasarı ve diğer yasama enstrümanlarına göre hazırlanması gerektiği kuralı getirilmiştir. Bu belgede, tasarı veya enstrümanın insan hakları ile uyumlu olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yer alacaktır⁸¹. Belge, tasarının sunulmuş olduğu hükümet binasına sunulmalıdır⁸². Benzer hükümler Birleşik Krallık' ta⁸³, Yeni Zellanda' da⁸⁴, Victoria' da⁸⁵ ve Avustralya Başkent Bölgesinde de uygulanmaktadır⁸⁶.

Başsavcı Robert McClelland İkinci Oturum Konuşmasında, uyumluluk belgesinin insan hakları meselelerinde parlamentoyu ikaz edeceğini ve parlamento görüşmelerinde bilgilendirmede bulunacağını" belirtmiştir⁸⁷. Uyumluluk belgesi insan haklarını mevzuat hazırlanırken üzerinde durulması gereken ana mesele haline getirecektir. Bunla birlikte, kanun koyucuların yasa önerilerini insan hakları standartları ile uyumlu hale getirebilmeleri için güçlü siyasi bir teşvik sağlayacaktır.

Bir bütün olarak ele alındığında, uyumluluk belgesinin etkisinin oldukça geniş kapsamlı olacağı olasıdır. Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası uyarınca protokol hazırlarken Lord Lester "Whitehall veya Westminster'de'nın pratik etkisinin ne derece önemli olduğunu anlayan az sayıda kimsenin protokolün önerilen mevzuatın hazırlanması ve yorumlanmasından sonra yapılması gerektiğinin farkına vardığını" ileri sürdü⁸⁸. Birleşik Krallık'ta, insan hakları ile uyumluluk değerlendirmesi hükümet birimlerinde bir mevzuat tasarlanırken uygulamanın bir parçası olmuştur⁸⁹. Bakanlık yetkilileri farkındadır ki, Parlamento, İnsan Hakları

yasa yapıcıların hem de karar vericilerin yaptıkları işlerde ve bu doğrultudaki hareketlerinde insan haklarının anlamları üzerinde otomatik olarak düşünsünler diye çalışmalarına bir özdenetim yaklaşımı aşılacak" olduğunu yazmıştır.

⁸¹ 2011 İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Yasası md. 8, 9.

⁸² 2011 İnsan Hakları (Parlamento İncelemesi) Yasası md. 8.

⁸³ 1998 İnsan Hakları Yasası (Birleşik Krallık) md.19.

⁸⁴ 1990 İnsan Hakları Bildirgesi (Yeni Zellanda) md.7.

⁸⁵ İnsan Hakları ve Sorumlulukları Yasası (Victoria) md.28.

⁸⁶ 2004 İnsan Hakları Yasası (Avustralya Başkent Bölgesi) md.37.

⁸⁷ Federal Temsilciler Meclisi, Parlamento Görüşmeleri, 30 Eylül 2010, (Robert McClelland).

⁸⁸ Anthony Lester ve Paola Uccellari, "İnsan Hakları Parlamento İncelemesi", Herne Hill'in Lord Lester' de, Lord Pannick ve Javan Herberg, İnsan Hakları Hukuku ve Usul, LexisNexis, 2009, s.803-804.

⁸⁹ Bkz. Bakanlar Kurulu Ofisi, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları, Aralık 2008, <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/guide-making-legislation> (Erişim, 19 Aralık 2011).

Ortak Komitesi aracılığıyla, bir Bakanı uygunluk belgesinden dolayı hesaba çekebilmektedir⁹⁰. Bu durum, taslakların hazırlanması aşamasında mantıklı ve üzerinde iyi düşünülmüş bir uyumluluk vermek için bir dürtü olmaktadır.

Uyumluluk belgesini oldukça değerli kılan bir faktör daha vardır. İHPİ Yasası uyarınca, uyumluluk belgesi genellikle İnsan Hakları Ortak Komitesi'nin ilgili raporlarıyla birlikte mevzuat önerilerine ekli bir layiha içerisinde Parlamento'ya sunulacaktır⁹¹. Mahkemeler mevzuatın yorumlanmasının akabinde bir hükmün anlamının açık olmadığı durumlarda bu dökümanları kullanabilecektir⁹². Uyumluluk belgelerinin büyük çoğunluğu mevzuatın insan hakları ile uyumluluğunu belirtecektir. Uyumluluk belgesi, doğrudan olmasa bile, mevzuatın temel insan hakları sözleşmelerinde açıkça ifade edilmiş olan insan hakları ve özgürlüklerle uyumluluğunun değerlendirilmesi hususunda mahkemelere bir davet niteliğindedir. Benzer bir şekilde, özel hükümlerin anlamlarıyla ilgili İnsan Hakları Ortak Komitesince hazırlanan belgeler --ve insan hakları ile uyumluluğun nasıl yorumlanabileceği konusu-- adli bir konu olarak düşünülebilir⁹³.

88

Şu bir gerçektir ki, ilk bakışta, İHPİ Yasasında açıklama konusunda nispeten zayıf bir mekanizma olduğu görülmektedir. Mahkemeler, uyumluluk belgesiyle ne kesinlikle bağlı olacak ne de bir kanunun nasıl yorumlanması gerektiği konusunda İnsan Hakları Ortak Komitesinin değerlendirmesini benimsemek durumunda kalacaktır. Daha da önemlisi, İHPİ Yasası, mahkemelere insan hakları ile bağdaşmayan bir kanunu uygulamaları için herhangi bir yetki vermemiştir (örneğin, Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası'nın 4. maddesi hükmündeki gibi). Bununla birlikte, Avustralya mahkemelerini, özellikle de uluslararası hukuka atıfta bulunma konusundaki isteksizliklerini bilenler için, bu mahkemelerin sırf insan hakları standartlarından yararlanmasını kayda değer bir önem arz etmektedir.

⁹⁰ Anthony Lester ve Paola Uccelli, "İnsan Hakları Parlamento İncelemesi", Herne Hill'in Lord Lester'i, Lord Pannick ve Javan Herberg, İnsan Hakları Hukuku ve Usulü, s.803-809.

⁹¹ Açıklayıcı Memorandum, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı.

⁹² Avustralya'nın Yorum Yasası'nın 15. bölümünde, açıklayıcı memorandum ve parlamento raporları vasıtasıyla ilgili hükmün yürürlüğe girmesinden önce onların Parlametoda işlenmesi koşuluyla Mahkemelerce ilgili dökümanlara atıf yapılabileceği belirtilmektedir.

⁹³ Örneğin, Lordlar Kamarasının çeşitli üyeleri bir kararını kısmen İnsan Hakları Ortak Komitesinin raporuna dayandırmıştır.

Sonuç

İnsan hakları bildirelerini yasalastırmayarak, Avustralya diğere batılı demokrasileri takip etmekten kaçınmıştır. Çoğu insan hakları savunucularına göre bu bir hayal kırıklığıdır. Ama bu bir umutsuzluk nedeni değildir. İnsan hakları bildirgesi bir son değildir. Avustralya'da insan hakları savunucularının başlıca hedefi, başka yerlerde de olduğu gibi, hükümet ve toplumun tüm katmanlarında insan haklarına saygı kültürünü güçlendirmek olmalıdır. Bunun, Avustralyalıların tam olarak istediği şey olduğu anlaşılmaktadır. Ulusal İnsan Hakları Danışma Komitesinin Başkanı Frank Brennan, Komite Raporunun önsözünde "Komitenin çalışmasında en açık bulgunun Avustralyalıların insan hakları kültürünü daha çok istemesi ve ihtiyaç duyması" olduğunu belirtmiştir⁹⁴.

İHPİ Yasası şüphesiz Avustralya'nın politik karar alma süreçlerinde insan hakları kültürünü beslemede önemli bir rol oynayacaktır. Buna rağmen Yasa, parlamentodan sessizce geçmiştir. Önerilen iki mekanizma, İnsan Hakları Ortak Komitesi ve uyumluluk belgesi, hükümet yetkilileri ve parlamenterlerin düşüncesinde insan hakları konusundaki kaygıları doğru bir şekilde yerleştirmek için tasarlanmıştır. İnsan hakları ile uyumluluğu için Parlamento İncelemesi mevzuatı kurumsallaştırıldığında, bu başlangıç insan hakları meseleleri üzerinde titizlikle düşünmesi, toplumun görüşünü alması ve bunu ifade etmesi hususunda kanun koyucuyu teşvik edecektir. O, yasa hazırlayanların önerilerinin, insan hakları standartlarıyla uyumluluğunu yansıtacak ve bir ihlalin niçin bazı durumlarda meşru kabul edilmesi gerektiği hususundaki tartışmalarda ikna edici olacaktır. Murray Hunt bunu "gerekçe kültürü" olarak tanımlamıştır⁹⁵.

İHPİ Yasası tüm insan hakları sorunlarına bir çare sunmamaktadır. Birleşik Krallığın insan haklarını koruma modelinin kısmen benimsendiği Avustralya'da ne kadar başarılı olunacağı ile ilgili kesin bir tahmin yapmak zordur. Elbette, iç hukukta bir takım yasal haklarla korunmaz ise Parlamento incelemesi ve uyumluluk belgelerinin ne kadar etkili olacağını zamanla göreceğiz⁹⁶. Buna karşın, İHPİ Yasa'sı Avustralya'da yeterli

⁹⁴ Frank Brennan, Ulusal İnsan Hakları Danışma Komitesi "Önsöz", Ulusal İnsan Hakları Danışma Raporu, Eylül 2009.

⁹⁵ Murray Hunt, "Hakları Korumada Bir Parlamento Modeli Olarak Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası: "Avustralya için Dersler" (Avustralya İnsan Hakları Komisyonunda Yapılan Konuşma, Sidney, 17 Şubat 2009, http://www.hreoc.gov.au/letstalkaboutrights/events/Hunt_2009.html, (Erişim, 19 Aralık 2011).

⁹⁶ Janet Hiebert bu hususta "insan haklarının mahkemelerde uygulanabilir olduğunda bunun kanun koyucuların mevzuatı insan hakları ile uyumlu hale getirmeleri için büyük bir teşvik

siyasi irade sağlanması koşuluyla insan hakları gündemini canlı tutabilecek potansiyele sahiptir. Tasarı metni hiçbir şekilde kesinlik kazanamadı. Tasarı, yasamanın yüksek profilli talepleri ile Parlatentonun dikkatini çekerek sürekli olarak gündemden düşürölmek için bir yılı aşkın bir süredir Senato tarafından görüşölmeyi bekledi. Dahası, Muhalif Senatörler Tasarı ile ilgili ciddi kuşkular öne sürdü⁹⁷, ve Muhalefet, değışiklik önerileri hazırladı, ki eğer geçirilmiş olsaydı gücünün çoğunu kaybedecekti⁹⁸. Buna karşın, yavaş bir başlangıca rağmen, insan hakları savunucuları Yasanın uygulamada yaratacağı etkiyi tahminde daha iyimser olabilirler. Tasarı, iddialı bir ulusal insan hakları istişaresinin ardından gündeme geldi ve insan haklarının gelişmesi yönünde vaatlerde bulunan yeni bir ulusal insan hakları çerçevesi belirlenmiştir. Parlamento incelemesi için sunulan kamu önerileri Tasarı'nın arkasındaki desteği baskın bir şekilde ifade etmiştir. Tasarı, herhangi bir değışikliğe uğramaksızın her iki Parlamento Binası'ndan da geçti. Böylece, Yasa'nın ne gibi bir etki yaratacağını anlamak biraz zaman alsa bile, en azından, insan hakları alanına özgün bir yasama faaliyeti Avustralya'nın yumuşama eğiliminde olduğunu gösterecektir.

olacağını" savunmuştur: Janet Hiebert, "Hâkimler Gibi Yönetim?", Tom Campbell, K.D. Ewing ve Adam Tomkins, İnsan Haklarının Yasal Korunması: Şüpheli Denemeler (Oxford Üniversitesi Basımı, 2010).

⁹⁷ Bkz. "Muhalif Senatörler Karşı Raporu", Sanato Yasal ve Anayasal İşler Yasama Komitesi, 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Hükümler) ve 2010 İnsan Hakları Parlamento İncelemesi Tasarısı (Nihai Hükümler), Kanberra, Ocak 2011.

⁹⁸ Komitedeki Muhalefetin tümü adına Senatör George Brandis tarafından önerilen değışiklikler, Sayfa 7139, 2010-2011.

YAŞA DAYALI AYRIMCILIĞA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARI*

Çeviren: İsra TORUN UZUN**

Anahtar Kelimeler

1.Sosyal Politika- İstihdam ve çalışma alanlarında eşit davranma-2000/78 sayılı direktif-Yaşa dayalı ayrımcılık yasağı

(Konsey'in 2000/78 sayılı direktifi)

2.Birlik Hukuku- İlkeler- Eşit davranma- Yaş dayalı ayrımcılık- Yasak-Ulusal mahkemelerin yükümlülükleri

ÖZET

1.Avrupa Birliği Hukuku ve özellikle Çalışma ve Meslek Alanlarında Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Genel Çerçeve Yaratan 2000/78 sayılı Direktifte somutlaştığı şekli ile yaşa dayalı ayrımcılık yasağı prensibi ile işçinin 25 yaş öncesinde çalıştığı dönemin sözleşmenin feshi halinde yapılacak ihbar süresinin belirlenmesinde hesaba alınmayacağı yönündeki ulusal düzenleme arasında çatışma bulunduğu şeklinde yorum yapılmalıdır.

2.Taraflar arasında bir uyumsuzlığa bakan ulusal mahkeme, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 267. Maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan yoruma ilişkin ön karar talep etme konusunda sahip olduğu yetkiden bağımsız olarak, gerekirse aykırı gördüğü ulusal düzenlemeyi uygulamayarak, Çalışma ve Meslek Alanlarında Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Genel Çerçeve yaratan 2000/78 sayılı direktifte somutlaştığı şekli ile yaşa dayalı ayrımcılık yasağı ilkesinin uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Gerçekten, bu başvurunun ihtiyari niteliği, iç hukukta hâkimin anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü ulusal düzenlemeyi uygulamaması için gereken koşullardan bağımsızdır.

* C-555/07 sayılı, 19 Ocak 2010 tarihli karar.

** Hâkim Adayı

Taraflar

C-555/07 sayılı davada,

13 Aralık 2007 tarihinde Divan'a ulaşan Dusseldorf (Almanya) Landesarbeitsgericht¹'in 21 Kasım 2007 tarihli kararıyla, AT Antlaşmasının 234. maddesi uyarınca Adalet Divanı'ndan ön karar isteğine ilişkin olarak,

Seda Küçükdeveci, Swedex GmbH& Co.KG'ye karşı,

Divan (Büyük Daire)

Başkan V. Skouris ve daire başkanları J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta, P. Lindh (raportör) ve C. Toader; hâkimler C. W. A. Timmermans, A. Rosas, P. Kūris, T. von Danwitz, A. Arabadjiev ve J.-J. Kasel,

Hukuk Sözcüsü: M. Y. Bot,

Başkatip: K. Malacek, katılımında,

Yazılı usul ve 15 Şubat 2011 tarihindeki duruşmayı göz önünde bulundurarak,

-Swedex GmbH & Co. KG adına M. Nebeling, Rechtsanwalt,

-Alman Hükümeti adına temsilciler M. Lumma ve J. Möller,

-Çek Hükümeti adına temsilci M. Smolek,

-Danimarka Hükümeti adına temsilci J. Bering Liisberg,

-İrlanda adına temsilci D. O'Hagan ve yardımcıları N. Travers, BL ve A. Collins, SC,

-Hollanda Hükümeti adına temsilciler C. Wissels ve M. de Mol,

-Birleşik Krallık Hükümeti adına temsilci I. Rao ve yardımcısı Avukat J. Stratford,

-Avrupa Toplulukları Komisyonu adına temsilciler V. Kreuzsitz ve J. Enegren,

Tarafından sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra,

¹ Alman hukuku iş yargısının 2. Derece mahkemesi.

Hukuk Sözcüsünün görüşlerinin 7 Temmuz 2009 tarihli oturumda dinlenilmesinden sonra aşğıdaki kararı vermektedir:

KARAR

1.Ön karar başvurusu, yaşaya dayalı ayrımcılık yasağı ilkesi ile Çalışma ve Meslek Alanlarında Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Genel Çerçeve Yaratan 2000/78/CE sayılı 27 Kasım 2000 tarihli Konsey direktifinin yorumlanmasına ilişkindir (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi L dizisi 303, s.16).

2.Bu başvuru Bayan Küçükdeveci'nin eski işvereni Swedex GmbH&Co.KG (Bundan böyle "Swedex")'e açtığı davada iş sözleşmesinin feshinde ihbar süresinin hesaplanmasına ilişkin uyuşmazlık çerçevesinde yapılmıştır.

HUKUKİ ÇERÇEVE

Birlik düzenlemesi:

3.2000/78 sayılı direktif AT Antlaşması'nın 13. maddesi temel alınarak kabul edilmiştir. Bu direktifin birinci, dördüncü ve yirmi beşinci paragrafı şu şekilde kaleme alınmıştır:

(1) Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. Maddesine uygun olarak, Avrupa Birliği özgürlük, demokrasi, insan temel hak ve özgürlüklerine saygı ve hukukun üstünlüğü gibi üye devletler için ortak olan ilkeler üzerine kuruludur ve İnsan Temel Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi(4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmıştır) tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan ve Birlik hukukunun genel ilkelerinin parçasını oluşturan temel haklara saygılıdır.

[...]

(4) Kişilerin kanun önünde eşitliği ve ayrımcılığa karşı korunma hakkı tüm üye Devletler tarafından imzalanan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin BM sözleşmeleri; İnsan Temel Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından tanınan evrensel bir haktır. 111 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi çalışma ve meslek alanlarında her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır.

[...]

(25) Yaşa dayalı ayrımcılık yasağı çalışma hayatına ilişkin kılavuz ilkelere ortaya konan amaçlara ulaşmak ve iş hayatında çeşitliliği teşvik etmek için temel unsur teşkil eder. Bununla birlikte, yaşa dayalı olarak farklı muamele yapılması bazı koşullarda haklı olabilir ve üye devletlerin içinde bulunduğu duruma göre değişen özel düzenlemeler gerektirir. Bu durumda, özellikle, istihdam politikası, işgücü pazarı ve mesleki eğitim gibi hukuka uygun amaçlara dayalı olarak haklılaştırılabilen farklı muamele ile yasaklanması gereken ayrımcılıkları ayırmak önem arz eder.”

4.Birinci maddesi uyarınca, 2000/78 sayılı direktif, çalışma ve meslek hayatında üye devletlerde eşit davranma ilkesini hayata geçirmeyi gözeterek, dine ve ya inanca, özür lülüğe, yaşa ve ya cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa karşı mücadele etmek için genel çerçeve çizme amacı güder.

5.Bu direktifin 2. maddesi ise şu şekildedir:

“1. Bu direktif ışığında, eşit davranma ilkesinden, birinci maddede değinilen nedenlere dayalı olarak doğrudan ya da dolaylı her hangi bir ayrımcılığın yapılmaması anlaşılır.

2. Birinci paragraf ışığında,

a) doğrudan ayrımcılık, bir kişinin, birinci maddede bahsedilen nedenlerden herhangi birisine dayanılarak, benzer bir durumda başkasına yapılan, yapılmış olan ve ya yapılacak muameleden daha az elverişli bir muameleye maruz kaldığı zaman ortaya çıkacaktır.

[...]

6.Söz konusu direktifin 3. maddesinin 1. Paragrafı şu şekildedir:

“1. Topluluğa devredilen yetkilerin sınırları dâhilinde, bu Direktif, kamu kurumları da dâhil olmak üzere hem kamu hem de özel sektör açısından tüm kişilere, aşağıdaki hususları ilgilendiren hallerde uygulanacaktır:

[...]

c) İşten çıkarmaları ve ücretlendirmeyi de içeren iş ve çalışma koşulları;

[...]

7.Aynı direktifin 6. Maddesinin birinci paragrafı şu şekildedir:

“2. maddenin 2. paragrafı ile bağlı olmaksızın, üye devletler, ulusal hukuklarında, objektif ve makul olmak koşulu ile özellikle istihdam politi-

kası, iş gücü pazarı ve mesleki eğitim bakımından hukuka uygun amaçlarla ve bu amaçları gerçekleştirecek araçların uygun ve gerekli olması koşuluyla, farklı muamele yapılmasının ayrımcılık oluşturmayacağına dair düzenleme öngörebileceklerdir.

Bu muamele farklılıkları özellikle ş unları içerir:

- a) Gençlerin, yaş lı iş ç ilerinin ve bakım yükümlülükleri olanların mesleğe girişlerini kolaylaştırmak ve korunmalarını sağlamak amacıyla, iş e ve mesleki eğ itime kabulleri ile ücret ve fesih konularını da iç eren ç alış ma koşullarına ilişkin olarak özel şartların belirlenmesi;
- b) İş e giriş ya da iş ilişkisine bağ lı olan bazı hakların elde edilmesi ile ilgili olarak asgari yaş , mesleki tecrübe ya da kıdem süresi şartları konulması;
- c) İş e alımda, söz konusu iş in gerektirdiğ i eğ itim gereğ i ya da emeklilikten önce makul süre ç alış ma gereğ ine dayalı tavan yaş sınırının belirlenmesi.”

8.2000/78 sayılı direktifin 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca direktifin üye devletlerin iç hukukuna aktarılması en geç 2 Aralık 2003 tarihine kadar yapılmalıdır. Bununla birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre:

“Üye devletler gerekli olduğu takdirde, özel şartları dikkate almak üzere, bu Direktifin yaş ve özür lülük ayrımcılığ i ile ilgili hükümlerini uygulamak için 2 Aralık 2003’ den itibaren ilave bir 3 yıllık süre, yani toplamda 6 yıllık bir süre alabileceklerdir. Bu halde, bunu derhal Komisyona bildirmeleri gerekmektedir [...]”

9.Almanya Federal Cumhuriyeti bu yetkiyi kullanmıştır ve söz konusu direktifin yaş ve özür lülük ayrımcılığ i ile ilgili hükümlerinin iç hukuka geçirilmesi bu Üye Devlette en geç 2 Aralık 2006 tarihinde olmalıdır.

Ulusal Düzenleme:

Eş it Davranma Hakkında Genel Kanun:

10.2000/78 sayılı direktifi iç hukuka geçiren 14 Ağustos 2006 tarihli Genel Eş it Davranma Kanunu’nun (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 1, 2 ve 10 uncu maddeleri ş u şekildedir:

“Madde 1-Kanunun Amacı

İşbu kanunun amacı ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, öz ürlülük, yaş veya cinsel kimliğ e dayalı ayrımcılığı önlemek veya ortadan kaldırmaktır.

Madde 2-Uygulama Alanı

[...]

4) Fesih durumunda feshe karşı genel ve özel korunmaya ilişkin hükümler münhasıran uygulanır.

[...]

Madde 10- Yaş a dayalı farklı muameleye ilişkin izin

Bu Kanunun 8. madde hükmüne rağmen yaş bakımından farklı muamele, objektif, makul ve meşru bir amaca yönelik olması halinde mümkündür. Bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar uygun ve gerekli olmalıdır. Bu tip farklı muameleler özellikle şunları içerir:

1) Gençlerin, yaşlı işçilerin ve bakım yükümlülükleri olanların mesleğe girişlerini kolaylaştırmak ve korunmalarını sağlamak amacıyla, iş e ve mesleki eğitime kabulleri ile ücret ve fesih konularını da içeren çalışma koşullarına ilişkin olarak özel şartların belirlenmesi;

[...]”

Feshi ihbar süresi hakkında düzenleme

11.Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch, bundan böyle BGB) 622. maddesi ş u şekildedir:

“1) İşçinin iş ilişkisini sona erdirmek için ayın 15'i veya sonu itibariyle 4 haftalık ihbar süresi verilmelidir.

2) İşveren tarafından fesih durumunda, ihbar süreleri ş u şekildedir:

Kurumda ya da şirkette,

-2 yıl çalışmış olanlar için ay sonundan itibaren sonuç doğurmak üzere 1 ay;

-5 yıl çalışmış olanlar için ay sonundan itibaren sonuç doğurmak üzere 2 ay;

-8 yıl çalışmış olanlar için ay sonundan itibaren sonuç doğurmak üzere 3 ay;

- 10 yıl çalışmış olanlar için ay sonundan itibaren sonuç doğurmak üzere 4 ay;
 - 12 yıl çalışmış olanlar için ay sonundan itibaren sonuç doğurmak üzere 5 ay;
 - 15 yıl çalışmış olanlar için ay sonundan itibaren sonuç doğurmak üzere 6 ay;
 - 20 yıl çalışmış olanlar için ay sonundan itibaren sonuç doğurmak üzere 7 ay;
- İşçinin 25 yaşından önce çalıştığı süreler feshi ihbar süresinin hesaplanmasında çalışma süresinden sayılmaz.”

ESASA İLİŞKİN UYUŞMAZLIK VE ÖN KARAR BAŞVURUSUNDAKİ SORULAR

12. Bayan Küçükdeveci 12 Şubat 1978 tarihinde doğmuştur. Swedex nezdinde 4 Haziran 1996 tarihinden itibaren yani 18 yaşından beri çalışmaktadır.

13. Swedex bu işçiyi kanuni feshi ihbar süreleri dikkate alındığında 31 Ocak 2007’de sonuç doğuracak şekilde 19 Aralık 2006 tarihli mektubu ile işten çıkarmıştır. İşveren feshi ihbar süresini işçinin 3 yıllık kıdemi varmış gibi hesaplamıştır oysa, işçi işverenle 10 yıldan beri çalışmaktadır.

14. Bayan Küçükdeveci iş sözleşmesinin feshini Mönchengladbach Arbeitsgericht² önüne taşımıştır. Bu mahkemede, BGB’nin 622. maddesi, 2. paragrafı, ilk fıkrası 4. bendi uygulanarak feshi ihbar süresinin 31 Aralık 2006 tarihinden başlayarak 4 ay yani 30 Nisan 2007 tarihine kadar olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu ihbar süresi 10 yıllık kıdeme denk gelmektedir. Söz konusu uyuşmazlık, bir tarafta Bayan Küçükdeveci diğer tarafta Swedex olarak iki özel hukuk kişisini ilgilendirmektedir.

15. Bayan Küçükdeveci’ye göre işçinin 25 yaşından önce çalıştığı sürelerin feshi ihbar süresinin hesaplanmasında çalışma süresinden sayılmayacağına ilişkin BGB’nin 622. maddesinin 2. Paragrafının 2. fıkrası yaşaya dayalı bir ayrımcılıktır, Birlik Hukukuna aykırıdır ve uygulaması bertaraf edilmelidir.

16. Davaya istinaf mahkemesi olarak bakan Düsseldorf Landesarbeitsgericht³, 2000/78 sayılı direktifin iç hukuka geçirilmesi

² Alman Hukuku İş yargısının ilk derece mahkemesi

³ Alman Hukuku İş yargısının ikinci derece mahkemesi

için gereken sürenin feshin yapıldığı gün dolmuş olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme aynı zamanda BGB'nin 622. maddesinin doğrudan yaşa dayalı farklı muamele getirdiğini belirtmiş ve her ne kadar söz konusu hükmün anayasaya aykırılığı konusunda kanaat getirmediğini belirtse de bu düzenlemenin Birlik Hukukuna uygunluğunun tartışmalı olacağını beyan etmiştir. Bu itibarla, Mahkeme, olası bir yaşa ilişkin doğrudan ayrımcılık hususunun varlığının 22 Kasım 2005 tarihli Mangold davasında(C-144/04, Kararlar Dergisi, s. I-9981) önerildiği gibi birincil hukuk bakımından mı yoksa 2000/78 sayılı direktif bakımından mı değerlendirilmesi gerektiğini sormaktadır. Olaydaki ulusal düzenlemenin açık ve söz konusu direktife gerektiğinde uygun yorumlanmasının mümkün olmadığını altı çizilerek, Mahkeme, özel hukuk kişileri arasındaki bir uyumsuzlukta bu hükmü uygulamamak için, kişilerin hukuka güveninin korunması amacıyla Divan'a ön karar başvurusunda bulunarak, söz konusu düzenlemenin Birlik Hukuku ile aykırılık oluşturduğu yolunda görüş alması gerekip gerekmediğini sormaktadır.

17.Bu koşullarda, Düsseldorf Landesarbeitsgericht, yargılamayı durdurarak şu sorunlar hakkında ön karar vermesi için Divan'a başvurmuştur:

98
“1) a) İşverenin uyması gereken feshi ihbar sürelerinin çalışma süresi ile orantılı olarak artacağını öngören, ancak, işçinin 25 yaşından önceki çalışma sürelerini ise ihbar süresinin hesaplanmasında dikkate almayan ulusal düzenleme Birlik hukukunda öngörülen yaşa ilişkin ayrımcılık yasağına, özellikle birincil hukuka veya 2000/78 sayılı direktife aykırılık teşkil eder mi [...]?”

b) Genç işçilerin işten çıkarılması halinde işverenin feshi ihbar sürelerine uymamasını haklı kılan bir gerekçe bulunabilir mi? Örneğin işverenin esnek istihdam yönetimine ilişkin menfaati hali-ki uzun feshi ihbar süreleri buna halel getirir- ve yaşları gereğince ve/veya sosyal, ailevi ve özel yükümlülüklerinin daha az olduğu göz önüne alındığında, çalışma hayatında kendilerinden daha büyük bir esneklik ve hareketlilik beklenen genç işçilere, çalışma statüsü veya düzenlemeleri bakımından kendilerinden daha yaşlı işçilere tanınan hakların (daha uzun feshi ihbar süreleri) tanınmaması durumu gibi.

2) a) başlığı altında sorulan sorunun olumlu yanıtlanıp da b) başlığı altında sorulan ilk sorunun olumsuz cevaplanması durumunda, Üye devletin yargı makamı, özel hukuk kişileri arasında bir uyumsuzluk önüne geldiğinde, Birlik Hukukuna aykırı bir düzenlemeyi uygulamaması

mümkün müdür yoksa kişilerin yürürlükteki ulusal kanunların uygulanacağına ilişkin güveni dikkate alınarak, uygulanmama hali ancak uyumsuzluk konusu düzenleme veya benzer içerikteki başka bir düzenleme hakkında Adalet Divanı karar verdikten sonra mı söz konusu olacaktır?”

ÖN KARAR İSTEMİNE KONU SORULAR HAKKINDA

Birinci Soru Hakkında

18.İlk sorusuyla, gönderen mahkeme, 25 yaşından önceki çalışma sürelerinin feshi ihbar süresinin hesaplanmasında dikkate alınmamasını öngören uyumsuzluk konusu ulusal düzenlemenin; Birlik Hukuku, özellikle, birincil hukuk veya 2000/78 sayılı direktif tarafından yasaklanan yaşa dayalı bir ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını sormaktadır. Özellikle, bu şekilde farklı muamele yapılmasının, bir taraftan işverenlere çalışanlarını yönetmede esneklik kazandırmanın sağlanması-ki bu, uzun ihbar süreleri ile mümkün olmamaktadır- diğer taraftan gençlerden daha yaşlı çalışanlara nazaran daha yüksek derecede kişisel ve mesleki hareketliliğin beklenmesinin makul olması nedenlerine dayanarak haklı görülüp görülemediğini sormaktadır.

19.Söz konusu soruya yanıt verebilmek için, gönderen mahkemenin de belirttiği üzere, öncelikle bu sorunun Birliğin birincil hukuku kapsamında mı yoksa 2000/78 sayılı direktif kapsamında mı olduğu belirlenmelidir.

20.Bu bakımdan ilk olarak Avrupa Birliği Konseyi'nin, AT Antlaşması'nın 13. maddesine dayanarak kabul ettiği 2000/78 sayılı direktifin, temelini birçok uluslar arası düzenlemede ve anayasal teamülde bulan çalışma ve meslek hayatında eşit davranma ilkesini düzenlemediği sadece bu alanlarda, yaş dâhil çeşitli nedenlere dayalı ayrımcılığa karşı mücadele için genel bir çerçeve çizmeyi amaçladığı belirtilmelidir (bkz. yukarıda belirtilen Mangold kararı, paragraf 74).

21.Divan, bu bağlamda yaşa ilişkin ayrımcılık yasağını birlik hukukun genel ilkelerinden saymıştır (bu yönde bkz. Mangold kararı, paragraf 75). 2000/78 sayılı direktif bu ilkeyi somutlaştırmaktadır (bkz. kıyasen, 8 Nisan 1976 Defrenne kararı, Kararlar Dergisi s. 455, paragraf 54).

22.Aynı zamanda belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. Maddesinin birinci paragrafında Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu öngörülmüştür. Bu şartın

21. maddesinin birinci paragrafına göre “özellikle [...], yaş a dayalı tüm ayrımcılık yasaklanmıştır.” denmektedir.

23. Yaş a dayalı ayrımcılık yasağ ının uyuş mazlık konusu olaydaki gibi bir olayda uygulanabilmesi için bunun Birlik Hukukunun uygulama alanında kalması gerekmektedir.

24. 23 Eylül 2008 tarihli Bartsch kararına (C-427/06, Kararlar Dergisi, s. I-7245) konu olaydan farklı olarak, bu uyuş mazlıkta yaş a dayalı ayrımcılık oluş turduğu iddia edilen ulusal düzenlemede ö ngörö len muamele, üye Devletin 2000/78 sayılı direktifi iç hukuka geç irmesi için ö ngörö len son tarih olan 2 Aralık 2006’dan sonra gerç ekleş miştir.

25. Bu tarihte, direktif tarafından da düzenlenen bir husus olan fesih koş ullarına ilişkin kurallar ö ngö ren uyuş mazlık konusu ulusal düzenleme, söz konusu direktif aracılığ ıyla Birlik Hukukunun kapsamına sokulmuştur.

26. Gerç ekten de 25 yaş ö ncesindeki ç alış manın ihbar süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağ ına ilişkin BGB’nin 622. maddesi 2. paragrafı 2. fıkrası gibi bir ulusal düzenleme iş ç ilerinin fesih koş ullarını etkilemektedir. Bundan böyle, bu türdeki düzenlemenin fesih koş ullarına ilişkin kurallar getirdiğ i kabul edilmelidir.

27. Bu görüşlerden yola ç ıkıldığında, uyuş mazlık konusu gibi bir ulusal düzenlemenin Birlik Hukukuna aykırı olup olmadığı 2000/78 sayılı direktif ile somutlaş an yaş a dayalı her türlü ayrımcılığ ı yasaklayan Birlik Hukukunun genel prensibi bağ lamında araştırılmalıdır.

28. İkinci olarak söz konusu düzenlemenin yaş a ilişkin ayrımcılık teş kil edip etmediğ i sorununa ilişkin, burada 2000/78 sayılı direktifin 2. maddesinin birinci paragrafına değ inmek gerekir ki, buna göre direktif ış ığında, eş it davranma ilkesinden, madde 1 de sayılan nedenlere dayanarak doğ rudan veya dolaylı ayrımcılığ ın yapılmaması anlaş ılır. 2. maddenin 2. paragrafı a) bendi ise, 1. paragrafın uygulanabilmesi için doğ rudan ayrımcılığ ın direktifin 1. maddesindeki nedenlere dayanarak bir kimsenin benzer durumda olan baş ka bir kimseden daha kötü muameleye tabi tutulması ile oluş acağ ını belirtmektedir. (bkz. 16 Ekim 2007 tarihli Palacios de la Villa kararı, C-411/05, Kararlar Dergisi s. I-8531, paragraf 50 ve 5 Mart 2009 tarihli Age Concern England, kararı, C-388/07, Kararlar Dergisinde yayınlanmamış , paragraf 33).

29.Olayımızda BGB'nin 622. maddesinin 2. paragrafının 2. fıkrası 25 yaşından önce işe girmiş çalışanlara daha elverişsiz bir muamele öngörmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme işte aynı kıdeme sahip kişiler arasında, işe girdikleri yaşa dayalı olarak farklı muamele öngörmektedir.

30.Şöyle ki, 20 yıllık kıdeme sahip iki işçiden, 18 yaşında çalışmaya başlamış olan 5 aylık fesih ihbar süresinden yararlanırken 25 yaşında işe girmiş olan 7 aylık süreden yararlanacaktır. Bundan başka, Hukuk Sözcüsü'nün görüşünün 36. paragrafında belirtildiği üzere uyumsuzluk konusu ulusal düzenleme genel olarak gençleri daha yaşlı işçilere nazaran kötü duruma somaktadır öyle ki bu düzenleme ile davacının durumunun da örneklediği üzere birçok yıllık kıdemlerine rağmen gençler, aynı kıdeme sahip kendilerinden daha yaşlı işçilerin yararlandığı çalışma süresi ile orantılı olarak artan feshi ihbar sürelerinden mahrum bırakılabilmektedirler.

31.Bu durumdan ulusal düzenlemenin yaşa dayalı farklı muamele öngördüğü sonucu çıkmaktadır.

32.Üçüncü olarak bu farklı muamelenin 2000/78 sayılı direktifte somatlaştığı şekilde yasaklanan yaşa dayalı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekmektedir.

33.Bu hususta, 2000/78 sayılı direktifin 6. maddesinin 1. paragrafı, objektif ve makul olmak koşulu ile istihdam politikası, iş gücü pazarı ve mesleki eğitim gibi hukuka uygun amaçlarla ve bu amaçları gerçekleştirecek araçların uygun ve gerekli olması koşuluyla, ulusal hukukta öngörülen yaşa dayalı farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmektedir.

34.Gönderen mahkeme tarafından sunulan bilgilerden ve duruşma sırasında Alman hükümeti tarafından yapılan açıklamalardan BGB'nin 622. maddesinin 1926 tarihli kanuna dayandığı anlaşılmaktadır. Kanunda öngörülen 25 yaş sınırı, ilk olarak, 40 yaşını geçmiş işçiler için feshi ihbar süresinin tek tip biçimde 3 ay uzamasını isteyen zamanın hükümeti tarafından sürülen görüş, ikinci olarak tüm çalışanlar için bu sürenin kademeli bir biçimde artması taraftarı olanlar ile üçüncü olarak da çalışılan süreyi hesaba katmaksızın ihbar süresinin kademeli biçimde artması taraftarı olanların görüşlerinin bağdaştırılması sonucu ortaya çıkmıştır ve bu düzenleme işvereni, uzun ihbar süresi yükünden kısmi olarak, 25 yaşından küçük işçiler için kurtarma amacı taşımaktadır.

35.Gönderen mahkemeye göre BGB'nin 622. maddesinin 2. paragrafının ikinci fıkrası genç işçilerin işlerini kaybettiğinde genelde daha kolay ve daha çabuk iş buldukları ve dolayısıyla onlardan daha büyük bir esneklik beklenebileceği yönündeki kanun koyucunun takdirine dayanır. Sonuç olarak, genç işçiler için daha kısa ihbar süresinin öngörülmesi personel yönetiminde esnekliği arttırarak gençlerin işe alımlarını da kolaylaştıracaktır.

36.Alman hükümeti ve gönderen mahkeme tarafından bahsedilen bu tür amaçlar 2000/78 sayılı direktifin 6. maddesinin ilk paragrafında belirtilen istihdam ve işgücü pazarı politikasından çıkmaktadır.

37.Ayrıca, söz konusu maddede belirtildiği üzere, bu meşru amaçları gerçekleştirmek için ortaya konan araçların uygun ve gerekli olup olmadığı doğrulanmalıdır.

38.Bu bakımdan hatırlatalım ki, Üye Devletler, sosyal politika ve istihdam politikası alanlarındaki amaçlarını gerçekleştirmek konusunda alınacak tedbirlerin seçimi hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. (bkz. yukarıda belirtilen Mangold kararı, paragraf 63, ve Palacios de la Villa kararı, paragraf 68).

39.Gönderen mahkeme, uyuşmazlık konusu ulusal düzenlemenin amacının, kendilerinden daha yüksek derecede kişisel veya mesleki hareketlilik beklenmesi makul olan genç işçilerin işine son verme konusunda işverenin yükünü hafifleterek, personel yönetiminde işverene daha geniş bir esneklik sağlamak olduğunu belirtmektedir.

40.Bununla birlikte, söz konusu düzenleme bu amacın gerçekleşmesine uygun değildir çünkü bu düzenleme işten çıkarılma sırasında yaşı kaç olursa olsun 25 yaşından önce işe giren tüm işçilere uygulanmaktadır.

41.Uyuşmazlık konusu ulusal düzenlemenin kabulü sırasında, kanun koyucu tarafından güdülen ve Alman hükümeti tarafından vurgulanan amaç, işçilerin işte geçirdiği süreyle orantılı olarak korunmasının arttırılması olsa da, öyle görülüyor ki, bu düzenleme gereğince feshi ihbar süresinin işçinin kıdemine göre uzaması, 25 yaşından önce işe başlayan tüm işçiler için, işten çıkarıldıkları sırada bu şirkette uzun yıllık bir kıdeme sahip olsalar bile gecikmiş olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin, iddia edilen amacı gerçekleştirmeye uygun olduğu söylenemez.

42.Ayrıca, uyuşmazlık konusu ulusal düzenlemenin, gönderen mahkemenin de belirttiği üzere, genç işçileri eşit olmayan biçimde etkilediği husu-

su eklenmelidir. Bu anlamda, mesleki eğitim almadan ya da kısa bir mesleki eğitimden sonra hayata erken atılan gençler bu düzenlemeden etkilenirken, uzun bir eğitimden sonra daha geç çalışmaya başlayanlar bunun dışında kalmaktadır.

43.Tüm bu açıklamalardan, ilk soruya, 25 yaş öncesindeki çalışma sürelerinin feshi ihbar süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaması yönündeki ulusal düzenlemenin, Birlik Hukukuna ve özellikle 2000/78 sayılı direktifte somutlaş an yaş a dayalı ayrımcılık yasağına aykırı olduğu yönünde cevap verilmesi uygundur.

İkinci Soru Hakkında

44.Gönderen mahkeme, ikinci sorusuyla, önüne özel hukuk kişileri arasında bir uyuşmazlık geldiğinde, Birlik Hukukuna aykırı olduğunu düşündüğü bir ulusal düzenlemeyi uygulamamasının mı gerektiğini yoksa kişilerin hukuka güvenini korumak adına Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267. maddesine dayanarak ön karar isteminde bulunarak, düzenlemenin Birlik Hukukuna aykırılığı konusunda Divana başvurusu mu gerektiğini sormaktadır.

45.İlk etapta, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek ulusal mahkemele rin görevi olduğundan, uyuşmazlık konusu düzenlemenin birlik hukukuna aykırı olduğu durumlarda, Divan, ulusal mahkemelerin, Birlik Hukuku kurallarının kişiler için sağladığı hukuki korumayı sağlamakla ve bunların uygulanmasını garanti etmekle yükümlü olduklarına hükmetmiştir (bu manada bkz. 5 Ekim 2004 tarihli, Pfeiffer ve diğ. kararı, C-397/01-C-403/01 arası, Kararlar Dergisi, s. I-8835, paragraf 111, aynı şekilde 15 Nisan 2008 tarihli, Impact kararı, C-268/06, Kararlar Dergisi, s. I-2483, paragraf 42).

46.Bu hususta, özel hukuk kişileri arasında bir uyuşmazlık olduğunda, Divan, istikrarlı biçimde, direktifin kendiliğinden kişiler için yükümlülük doğurmayacağına ve bu nedenle kişiler tarafından birbirlerinin aleyhine kullanılmayacağına hükmetmiştir (özellikle bkz. 26 Şubat 1986 tarihli, Marshall kararı, 152/84, Kararlar Dergisi, s. 723, paragraf 48; 14 Temmuz 1994 tarihli, Faccini Dori kararı, C-91/92, Kararlar Dergisi, s. I-3325, paragraf 20, benzer şekilde yukarıda belirtilen Pfeiffer ve diğ. kararı, paragraf 108).

47.Bununla birlikte, kendi yetkileri dâhilinde adli makamlar da dahil olmak üzere, tüm üye devletlerin makamları, üye devletlerin direktiften kaynaklanan, direktif tarafından öngörülen sonuca ulaşmak ve bunu

yapmak için tüm genel ve özel tedbirleri alma ödevini sağlamakla yükümlüdürler (bu manada özellikle bkz., 10 Nisan 1984 tarihli von Colson ve Kamann kararı, 14/83, Kararlar Dergisi, s. 1891, paragraf 26; 13 Kasım 1990 tarihli Marleasing kararı, C-106/89, Kararlar Dergisi, s. I-4135, paragraf 8; yukarıda belirtilen Faccini Dori kararı, paragraf 26; 18 Aralık 1997 tarihli Inter-Environnement Wallonie kararı, C-129/96, Kararlar Dergisi, s. I-7411, paragraf 40; yukarıda belirtilen Pfeiffer ve diğ. kararı, paragraf 110, ve 23 Nisan 2009 tarihli Angelidaki ve diğ. kararı, C-378/07-C-380/07 arası, Kararlar Dergisi'nde yayınlanmamış, paragraf 106).

48.Bundan şu sonuç çıkar ki, ulusal mahkeme, ulusal hukuku uygularken, mümkün olduğunca direktifin lafzına ve amacına uygun olarak ve aynı zamanda direktif ile getirilen sonuca ulaşmak için yorumda bulunmalı ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 288. maddesinin 3. fıkrasına uygun davranmalıdır (bu yönde bkz., yukarıda belirtilen von Colson ve Kamann kararı, paragraf 26; Marleasing kararı, paragraf 8; Faccini Dori kararı, paragraf 26, ayrıca Pfeiffer ve diğ. kararı, paragraf 113). Ulusal hukukun Avrupa Birliği Hukukuna uygun bir şekilde yorumlanması gerekliliği Anlaşmanın getirdiği sistemden kaynaklanmaktadır. Böylece, ulusal mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta kendi yetki alanı çerçevesinde birlik hukukunun etkinliğini sağlamaktadır.

49.Bununla birlikte, gönderen mahkemeye göre açık ve kesin oluşu nedeniyle BGB nin 622. maddesinin 2. paragrafının 2. fıkrası, 2000/78 sayılı direktife uygun yorumlanmaya elverişli değildir.

50.Bu bakımdan tekrar etmek gerekir ki, yukarıda 20. paragrafta da belirtildiği üzere, 2000/78 sayılı direktif istihdam ve çalışma konularında eşit davranma ilkesine yalnızca yer vermekte fakat ilkeyi düzenlememektedir. Diğer taraftan genel eşit davranma ilkesinin özel bir uygulaması olan yaşaya dayalı ayrımcılık yasağı ilkesi Birlik Hukukunun genel bir prensibidir (bu yönde bkz., yukarıda belirtilen Mangold kararı, paragraf 74-76).

51.Bu koşullar altında, 2000/78 sayılı direktif ile somutlaşan yaşaya dayalı ayrımcılık yasağı ilkesi ile ilgili uyuşmazlık ile karşılaşan ulusal mahkeme, kendi yetki alanı çerçevesinde, kişiler için Birlik Hukukunun getirdiği hukuki güvenceyi sağlamak ve bunun uygulamasını garanti etmek için, bu ilkeye aykırı tüm ulusal düzenlemeyi gerektiğinde uygulamamakla yükümlüdür (bu yönde bkz., yukarıda belirtilen Mangold kararı, paragraf 77).

52.İkinci olarak, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlığa bakan ulusal mahkemenin, Birlik hukukuna aykırı olduğunu düşündüğü ulusal düzenlemeyi uygulamasız bırakmadan önce ön sorun olarak Birlik hukukunun yorumu için Mahkemeye başvurma yükümlülüğü hakkında belirtmek gerekir ki, gönderen mahkeme bu soruyu, bir düzenlemenin anayasaya aykırı olduğuna Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) tarafından hükmedilmedikçe mahkemenin bu kuralı uygulamakla yükümlü olduğuna ilişkin ulusal hukuktaki düzenlemeden yola çıkarak gerekçelendirmektedir.

53.Bu bakımdan 2000/78 sayılı direktifte somutlaştığı şekilde yaşa dayalı ayrımcılık yasağı ilkesinin tam olarak uygulanmasının sağlanabilmesi için, Birlik hukukunun uygulama alanına giren bir ulusal düzenleme ile karşı karşıya kalan ve ulusal düzenlemenin bu ilke ile bağdaşmadığını ve bu ilkeye uygun bir yorumun yapılmasının olanaksız olduğunu düşünen ulusal mahkeme, Divan'a önceden başvurma konusunda zorunluluk ya da engel söz konusu olmaksızın, bu düzenlemeyi uygulamasız bırakabilir.

54.Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anylaşma'nın 267. maddesi uyarınca ulusal mahkemeye tanınmış olan, ulusal düzenlemeyi uygulamasız bırakmadan önce Divan'ın yorumuna başvurma yetkisi, Birlik Hukukuna aykırı bir şekilde, sırf ulusal hukukta mahkemenin anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü bir hükmün, Anayasa mahkemesi tarafından anayasaya aykırı olduğuna hükmedilmedikçe uygulanması zorunluluğundan yola çıkılarak, bir zorunluluğa dönüştürülemez. Gerçekten, yaşa dayalı ayrımcılık yasağı açısından da söz konusu olan Birlik Hukukunun üstünlüğü ilkesi karşısında, Birlik Hukukunun uygulama alanına giren ona aykırı bir ulusal düzenleme uygulanmamalıdır.

55.Bu anlatılanlardan, özel hukuk kişileri arasında bir uyuşmazlığa bakan ulusal mahkeme, 2000/78 sayılı direktifte somutlaştığı şekilde yaşa dayalı ayrımcılık ilkesine aykırı olduğunu düşündüğü ulusal bir düzenlemeyi uygulamasız bırakmadan önce, bu ilkenin yorumu hakkında ön karar talebi ile Divan'a başvurmak zorunda olmadığı, ancak buna yetkili olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu başvurunun ihtiyari niteliği, iç hukukta mahkemenin anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü ulusal düzenlemeyi uygulamasız bırakması için gereken koşullardan bağımsızdır.

56.Bütün bu değinilenler ışığında, özel hukuk kişileri arasında bir uyuşmazlığa bakan ulusal mahkemenin, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen durumlarda sahip olduğu yetkiden bağımsız olarak, gerekirse aykırı gördüğü ulusal

düzenlemeyi uygulamasız bırakarak, 2000/78 sayılı direktifte somutlaştığı şekilde yaşaya dayalı ayrımcılık yasağı ilkesinin uygulanmasını sağlamakla yükümlü olduğunu söylemek uygun düşer.

YARGILAMA GİDERLERİ HAKKINDA

57.Esas uyuşmazlık tarafları açısından ulusal mahkeme önündeki bir aşama özelliği gösteren bu prosedürün giderleri hakkında karar verme yetkisi ulusal mahkemeye aittir. Divana görüş sunarken yapılan giderler, söz konusu tarafların yaptıklarının haricinde, geri ödeme konusu olamaz.

HÜKÜM

Bu gerekçelerle, Divan (Büyük Daire) şunlara hükmetmiştir:

1) Uyuşmazlık konusu olan 25 yaş öncesindeki çalışma sürelerinin feshi ihbar süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağına ilişkin ulusal düzenleme, Birlik Hukukuna ve özellikle Çalışma ve Meslek Yaşamında Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Genel Çerçeve Yaratan 27 Kasım 2000 tarihli 2000/78 sayılı Direktif'te somutlaştığı üzere yaşaya dayalı ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin ilkeye aykırı görülmüştür.

2) Özel hukuk kişileri arasında bir uyuşmazlığa bakan ulusal mahkemenin, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen durumlarda sahip olduğu Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ilkeyi yorumlaması için ön karar istemiyle başvurma yetkisinden bağımsız olarak, gerekirse aykırı gördüğü ulusal düzenlemeyi uygulamasız bırakarak, 2000/78 sayılı direktifte somutlaştığı şekilde yaşaya dayalı ayrımcılık yasağı ilkesinin uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’İN
AHMET TUNCAY ÖZKAN / TÜRKİYE KARARI***
(Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar)

(Başvuru no: 15869/09, Karar Tarihi: 13 Aralık 2011)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire),

Françoise Tulkens *Başkan*,

Danute Jociene,

Dragoljub Popovic,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, *Yargıçlar*

ile *Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith’in katılımı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Heyeti olarak 13 Aralık 2011 tarihinde toplanmış, 24 Şubat 2009 tarihinde yapılmış olan sözü edilen başvuruyu göz önüne alarak, yapılan görüşmeler sonucunda aşağıdaki karara varmıştır:

107

OLAY ve OLGULAR

Başvuran, Ahmet Tuncay Özkan 1966 doğumlu olup İstanbul’da ikamet etmektedir. Başvuran, Ankara Barosu avukatlarından A. Çörtoğlu tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde temsil edilmektedir. Olayların olduğu dönemde, başvuran “ Yeni Parti ” isimli siyasi partinin Başkanı ve Kanaltürk adlı televizyon kanalının sahibi olan bir gazeteci idi.

A. Davanın Koşulları

Başvuran tarafından dile getirildiği gibi davanın olayları aşağıdaki gibi özetlenebilir.

* Bu karar Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı’nca tercüme edilmiş olup, www.inhak.adalet.gov.tr/guncelkarar/ozkantr.pdf uzantılı web adresinden, kararın pdf haline ulaşılabilir.

1.Ergenekon Davası

2007 yılında, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, “Ergenekon” isimli bir suç örgütüne mensup olduğu varsayılan, cebren ve şiddet yoluyla, seçilen hükümeti devirmeye yönelik faaliyetlere girişmekle şüphelenilen kişiler aleyhinde cezai bir soruşturma başlatmıştır. Savcılığa göre sanıklar, kamuoyunda tanınan kişilere yönelik saldırılar, yüksek mahkeme veya dini mekânlar gibi önemli yerlerde bomba saldırıları gibi kışkırtma eylemleri planlamış ve gerçekleştirmişlerdir. Onlar, hatta askeri bir devlet darbesine yol açacak bir biçimde bir güvensizlik ortamı yaratmayı ve böylelikle kamuoyunda bir korku ve panik havası oluşturmayı amaçlamışlardır.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, birçok iddianame ile aralarında general, ordu subayları, istihbarat servisleri üyeleri, iş adamları, politikacılar ve gazeteciler bulunan birçok kişi aleyhinde İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde ceza davaları açmıştır. Savcılık onları Ceza Kanunu'nun 312.maddesi gereğince özellikle ömür boyu hapis cezası gerektiren bir suç olan, demokratik anayasal düzeni yıkma amaçlı bir devlet darbesi planlamış olmakla itham etmiştir.

108

İddianamelerden şu ortaya çıkmaktadır: Ergenekon yasadışı örgütünün varlığıyla ilgili ilk iz, 2007 yılının Haziran ayında İstanbul'un bir mahallesi olan Ümraniye'de gerçekleştirilen bir arama esnasında silahların gizli bir yerde (26 adet el bombası) bulunması olmuştur. Aynı soruşturma çerçevesinde, gerçekleştirilen birçok arama esnasında, örgütün hiyerarşik yapısını ve cebren Hükümeti devirme ile ilgili planlarını gün ışığına çıkaran delil unsurlarına el konulmuştur.

Savcılık, bu dava kapsamında sunulan iddianamelerde, Ergenekon örgütünün hiyerarşik yapısına göre, askerlerin örgütün baş aktörleri olarak görüldüğünü ve sivillerin de lojistik ve mali araçları sağlamak ve propaganda yapmakla görevlendirildiğini açıklamıştır.

Öte yandan, Savcılığa göre, şikâyet edilen bu şebeke, bazıları ortaya çıkarılabilemiş olan faaliyetleri ve somut eylem planlarını yürütmek için kurulmuştur. Kafes, İrtica ile mücadele, Sarıkız eylem planlarının üçü askeri darbeden önceki süreci ilgilendiriyordu ve ana hedef olarak da bu müdahaleyi haklı göstermek için ortamın hazırlanması söz konusuydu. Yakamoz (suda ışığın yansıması) eylem planı, böylelikle askeri darbenin uygulanması konusuyla ilgiliydi. Son olarak, Eldiven eylem planı, askeri darbeden sonraki süreç boyunca hükümet otoritesinin ve siyasi kurumların yeniden yapılandırılması konusunu içeriyordu.

Kafes eylem planı, ilk önce telefonla tehdit etme, duvarlara sloganlar yazılması, çoğunlukla dini azınlıklara mensup kişilerin yaşadığı mahallelerde patlayıcıların konması, kamuoyunda tanınan azınlıkların haklarının savunucularına karşı saldırıların düzenlenmesi ve son olarak, bu azınlıklara mensup iş adamları ve sanatçıların kaçırılması gibi dini azınlıklara mensup vatandaşlar aleyhinde örgüt üyelerince şiddet eylemlerinin yapılmasını öngörüyordu. Kafes planının ikinci dönemi, iktidar partisi AKP'nin bu şiddet eylemlerini azmettirmekle suçlanması amacıyla medya kuruluşlarını yanıltmayı hedefliyordu.

İrtica ile mücadele isimli eylem planı, özellikle iktidar partisi AKP'nin imajını lekelemek ve kamuoyunun bu partiye olan desteğini kaybettirmek amacıyla iktidar partisiyle ilgili medya organları aracılığıyla yanlış haberlerin yayınlanmasını öngörüyordu.

Deniz Kuvvetleri Eski Komutanı, amiral Ö.Ö. tarafından gazetede anlatıldığı üzere, Sarıkız eylem planı basını yanıltmayı, hükümet aleyhinde genel bir hoşnutsuzluğun olduğuna inandırmak amacıyla öğrencilerin, sendika üyelerinin ve derneklerin hükümete karşı protesto gösterileri düzenlemeleri için onları yönlendirmeyi ve ulusal seviyede afiş kampanyaları düzenlemeyi öngörüyordu. Bu eylem planı, generaller, M.Ş.E., A.Y., Ö.Ö. ve İ.F. tarafından hazırlanmıştır.

Ayıışığı eylem planı, özellikle her türlü antidemokratik eyleme karşı düşman olmakla tanınan ordu generali, Genel Kurmay Başkanı H.Ö.'yü etkisiz hale getirmeyi veya onu yerinden etmeyi hedefliyordu. Plan aynı zamanda iktidar partisi AKP'nin bir grup milletvekiline partiyi terk ettirme amacı taşıyordu. Bu planın diğer hedefi, hükümet aleyhinde askeri darbe için Cumhurbaşkanı'nın desteğini sağlamak veya onun tarafından gelecek her türlü muhalefeti etkisiz kılmaktı. Yakamoz isimli eylem planı, özellikle askeri darbenin uygulanması ve hükümetin devrilmesinden sonra yeni yönetimlerin yerleştirilmesi konusunda ilgiliydi.

Eldiven eylem planı, hükümete karşı yapılacak askeri darbenin ardından alınacak özel tedbirlerle ilgiliydi. Bu eylem planının konuları arasında, medyanın ve siyasi oluşumların yeniden yapılandırılması, silahlı kuvvetlerin yeniden organize edilmesi, yeni bir Cumhurbaşkanı'nın seçilmesi, Cumhurbaşkanlığı'na bağlı kurumların yeniden düzenlenmesi ve dış politikanın yeniden yönlendirilmesi yer alıyordu.

Savcılığa göre ordu generali M.Ş.E.'ye ait olan CD'lerin üzerinde yazılı olan, Ayışığı, Yakamoz ve Eldiven isimli eylem planları M.Ş.E. ve üst düzey askerlerden oluşan ekibi tarafından hazırlanmıştı.

Savcılığın talebi üzerine, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi – nezdinde davaların sürekli devam ettiği- sanıkların çoğunluğunun tutuklanması ve tutukluluk halinin devam etmesi yönünde karar vermiştir.

2.Başvuranın Yakalanması ve Aleyhine Açılan Ceza Davası

23 Eylül 2008 tarihinde, İstanbul polisi başvurayı yakalayıp gözaltına almıştır. Polisler, başvuran hakkında Ergenekon adı ile bilinen terör örgütü üyesi olması ve bu örgüt adına faaliyetler yürütmesi yönünde şüphelendiklerine dair başvurana bilgi vermişlerdir.

İlgilinin sorgusu, 25 Eylül 2008 tarihinde saat 22.30'da İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nde başlamış, ertesi gün saat 18.00'e kadar aralıksız sürmüştür. Sonunda başvuran bitkin düşmüş, aç ve susuz kalmıştır. Sorgu esnasında polisler, başvurayı özellikle Ergenekon'un yapısı ve onun üyeleri arasındaki ilişkiler hakkında sorguya çekmişlerdir. Başvurana siyasal ve örgütsel faaliyetleri hakkında ve onun medya, ordu, polis ve adalet ile ilgili bildiklerine dair sorular sormuşlardır. Soruşturmanın bir kısmı aynı zamanda başvuranın örgütün varsayılan diğer üyeleri ile birlikte yaptığı telefon konuşmaları ile ilgiliydi.

27 Eylül 2008 tarihinde, İstanbul Cumhuriyet Savcısı başvurayı dinledikten sonra Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde nöbetçi hâkime sevk etmiştir; başvuran, polisin gerçekleştirdiği sorguda kendisine yapılan suçlamaların aynısıyla itham edilmiştir. Nöbetçi hâkim, başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

Savcılık, başvurayı İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne 8 Mart 2009 tarihinde sunulan iddianame ile Ergenekon adıyla bilinen suç örgütünün aktif üyesi olmakla itham etmiştir. Savcılığa göre; başvuran Ergenekon örgütünün bazı askerlerinin doğrudan otoritesi altındaydı. Savcılık, başvuranın örgüte üyeliği çerçevesinde, başvuranın Milli Güvenlik Kurulu'ndan ve Milli İstihbarat Teşkilatı'ndan (MIT) çıkan ve hepsi “ gizli ” olarak sınıflandırılan birçok tutanak ve belgeleri yasa dışı olarak elde ettiği, Ergenekon örgütünden gelen bilgileri yayımlamak amacıyla Kanaltürk isimli bir televizyon kanalı kurduğu, patlayıcı (el bombası ve el bombası kapsülleri) ve mermiyi evinde yasadışı olarak bulundurduğunu ileri sürmüştür. Bu iddiaları desteklemek için, Savcılık Ağır Ceza Mahkemesi'ne

ilgilinin ve suç ortaklarının evlerinde gerçekleştirilen aramalar esnasında el konulan malzeme ve belgeleri ve telefon dinleme raporlarını delil unsurları olarak sunmuştur. Nihayetinde Savcılık, Ceza Kanunu'nun 311 § 1, 312 § 1, 314 § 1, 327 § 1, 334 § 1. maddeleri ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar hakkında Kanunun 13 § 1. maddesi gereğince başvuranın mahkûm edilmesini talep etmiştir.

6 Kasım 2008 ve 1 Aralık 2009 tarihleri arasında, başvuran tutukluluk durumuna itiraz etmiş ve tahliye edilmesini talep etmiştir. Başvuran, özellikle Savcılık tarafından ileri sürülen delil unsurlarının başvuranın terör örgütü üyesi olduğunu gösteren suçlamaları hiçbir şekilde desteklemediğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi aşağıdaki gerekçelere dayanarak ilgilinin başvurusunu reddetmiştir: Başvurana atfedilen suçlamaların mahiyeti, kuvvetli suç şüphesi, kaçma riski, delil durumu, delillerin yok edilmesi riski, tutukluluğa alternatif olacak önlemlerin, başvuranın ceza yargılamasına katılmasını sağlamak açısından yeterli olmadığı görüşü.

Hali hazırda, dava halen İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdest olup, başvuran Silivri Tutukevi'nde bulunmaktadır.

B. İlgili İç Hukuk

1. Ceza Kanunu'nun Hükümleri

Ceza Kanunu'nun 311 § 1. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılırlar.”

Ceza Kanunu'nun 312 § 1. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ni ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.”

Yasadışı bir örgüte mensup olma suçunu öngören, Ceza Kanunu'nun 314. maddenin 1. ve 2. fıkraları aşağıdaki gibidir:

“ 1. Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silâhlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2.Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

Ceza Kanunu'nun 327 § 1. maddesi şöyledir:

“Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.”

Ceza Kanunu'nun 334 § 1. maddesi şöyledir:

“Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

2.Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun Hükümleri

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 91 § 2. maddesi şunu içermektedir:

“Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır.”

112

Tutukluluk, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 100. ve devamındaki maddelerinde ele alınmaktadır. 100. maddeye göre bir kişinin suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olaylar olduğunda ve geçici tutukluluğun bu hükümde sıralanan gerekçelerden biri ile haklı gösterilmesi durumunda ancak bu kişi geçici olarak tutuklanabilmektedir. Geçici tutukluluk hali, firar durumunda ya da firar riski olduğunda veya şüpheli kişi delilleri gizleme veya değiştirme veya tanıkları etkileme riski taşıdığına haklı olarak kabul edilmektedir. Şüphelinin özellikle Devlet'in güvenliğine ve anayasal düzene karşı bazı suçları işlemiş olduğuna dair kuvvetli şüphelerin var olması aynı zamanda geçici tutukluluğu haklı gösterebilmektedir.

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesi, geçici tutukluluğa Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine tek hâkim tarafından soruşturma aşamasında ve savcının talebi üzerine ya da resen yetkili mahkeme tarafından karar aşamasında hükmedildiğini öngörmektedir. Geçici tutuklanma ve tutukluluk halinin devamıyla ilgili hükümler bir itirazın konusu olabilmektedir. Bunlara ilişkin kararlar, hak ve hukuka uygun olarak gerekçelendirilmelidir.

Kanununun 104. maddesine göre, sanık veya suçlanan kişi davanın her anında serbest bırakılmayı talep edebilmektedir. Tutukluluğun devamı ya

da serbest bırakılma kararı bir hâkim veya bir mahkeme tarafından alınmaktadır. Serbest bırakılma talebinin reddedilmesi yönündeki karar, aynı zamanda itiraza da uygundur.

ŞİKÂyetLER

Başvuran, Sözleşme'nin 3. maddesini ileri sürerek, Emniyet Müdürlüğü'ndeki soruşturma süresinin ve bu soruşturmanın yapıldığı koşulların bu bakımdan insanlık dışı ve alçaltıcı bir muamele olduğunu iddia etmektedir.

Başvuran, Sözleşme'nin 5 § 1. maddesini ileri sürerek, özgürlüğünden mahrum bırakılmasının ne ulusal mevzuata ne de Sözleşme'ye uygun olmadığından dolayı şikâyetçi olmaktadır. Çünkü başvuran, suç işlemiş olacağına dair “inandırıcı nedenler” olmadan yakalandığını ve tutuklandığını ileri sürmektedir.

Öte yandan, başvuran Sözleşme'nin 5 § 2. maddesi bakımından, yakalanmasının nedenleri ve suçlamalar konusunda yakalandıktan hemen sonra haberdar edilmediğini ileri sürmektedir.

Başvuran, Sözleşme'nin 5 § 3. maddesi bakımından şu anda üç yıldan fazla olan tutukluluk süresinin aşırı olduğunu ileri sürmektedir.

113

Başvuran, Sözleşme'nin 5 § 4. ve 13. maddelerini ileri sürerek, tutukluluk halinin devamına itiraz etmek için etkili bir iç hukuk yolunun olmasından şikâyet etmektedir. Yargı organlarının silahların eşitliği ilkesine uymadan ve duruşma yapmaksızın tahliye taleplerini reddettiğini ileri sürmektedir.

Başvuran, Sözleşme'nin 6 § 1. maddesini öne sürerek, öncelikle kendisi hakkında başlatılan ceza yargılamasının aşırı uzun olduğunu ileri sürmektedir.

Başvuran, 13. maddeden ayrı ya da bu maddeyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 6 § 1. maddesini öne sürerek, nihayetinde dosyadan sorumlu hâkimlerin Savcılık ve adli polisle sıkı bağlarının olması, onların Adalet bakanı tarafından yönetilen bir kurum olan Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yetkisine tabi olması gerekçeleriyle - bağımsız ve tarafsız bir mahkeme nezdinde adil bir yargılamadan yararlanmadığını ve bu duruma iç hukukta itiraz edebileceği etkili bir başvuru yolunun bulunmadığından şikâyet etmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

1. Başvuran, tutukluluk süresinin Sözleşme'nin 5 § 3. maddesi gereğince makul olmadığını ileri sürmektedir. Diğer yandan, başvuran Sözleşme'nin 5 § 4. ve 13. maddelerini ileri sürerek tutukluluk halinin devamına itiraz etmek için iç hukukta etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığından şikâyet etmektedir. Yargı organlarının başvuranın serbest bırakılması yönündeki talepleri hakkında karar verirken, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine saygı göstermediklerini ifade etmektedir.

Dosyanın mevcut durumu dikkate alındığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu şikâyetlerin kabul edilebilirliği konusunda karar verme aşamasında olmadığını saptamış olup ve İçtüzüğü'nün 54 § 2 b) maddesi gereğince bu şikâyetleri davalı devlete bildirmenin gerekli olduğu kanaatine varmıştır.

2. Sözleşme'nin 5 § 1. maddesini öne sürerek, başvuran aynı zamanda bir suç işlemiş olmaktan dolayı hakkında şüphe duyulması için inandırıcı nedenler olmadan yakalanmış ve tutuklanmış olmasından şikâyet etmektedir.

114

AİHM, başvuranın kendisinin yakalanması ve tutuklanmasının yalnızca Sözleşme'nin 5 § 1. maddesinin hükümlerine değil aynı zamanda, 5 § 1 maddesi bakımından iç hukuk yollarına da aykırı olduğunu ileri sürdüğünü dikkate almaktadır; bu yollar, bir suç işlemiş olmaktan dolayı ilgili hakkında şüphelenilmesini gerektiren inandırıcı nedenlerin olması halinde ilgilinin serbest bırakılma konusunda Sözleşme'nin kurallarına benzer kurallara dayanmaktadır. AİHM o halde, şikâyeti öncelikle Sözleşme'nin 5 § 1 c) maddesi açısından " inandırıcı nedenler" başlığı altında inceleyecektir.

AİHM, 5 § 1. c) maddesinin sadece kişinin bir suç işlediğine dair şüphelenilmesi için inandırıcı nedenler olduğu takdirde yetkili yargı organlarının kişiyi mahkemeye çıkarması amacıyla bir ceza davası çerçevesinde onun tutuklanmasına izin verdiğini hatırlatmaktadır. Tutuklanmanın dayandırılması gereken şüphelerin " inandırıcı niteliği" 5 § 1. c) maddesi tarafından sağlanan korunmanın temel bir unsurunu oluşturmaktadır. İnandırıcı şüphelerin varlığı, söz konusu kişinin suçu işlemiş olacağına dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun bilgileri ve olayları öngörmektedir. İnandırıcı olarak kabul edilebilecek durum, bununla birlikte koşulların tamamına bağlıdır (*Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, *O'hara v. Birleşik Krallık, Korkmaz ve diğerleri v.*

Türkiye, Süleyman Erdem v. Türkiye, 19 Eylül 2006, ve *Çelik ve Yıldız v. Türkiye*, 10 Kasım 2005).

Öte yandan, 5 § 1 maddesinin c) fıkrası, kişinin yakalanması esnasında onu suçla itham etmek için polisin yeterli delilleri toplamış olmasını gerektirmez. 5 § 1. maddesinin c) fıkrası bakımından, bir tutukluluk süresince soruşturmanın konusu, tutuklamayla ilgili somut şüpheleri doğrularak veya ortadan kaldırarak ceza soruşturmasını tamamlamaktır. Böylelikle şüphelere mahal veren olaylar, soruşturmanın daha sonraki aşamasında araya giren, bir mahkûmiyete karar vermek veya hatta bir suçlamayı haklı çıkarmak için gerekli olan olgularla aynı düzeyde olması gerekmektedir (*Murray v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, ve anılan *Korkmaz ve diğerleri* kararı).

5 § 1. maddesi, Sözleşmeye taraf devletlerin organize suçlarla yeterli önlemler alınarak mücadele etmede güvenlik güçleri için büyük zorluklara sebep olabilecek bir biçimde şüphesiz uygulanmamalıdır (bkz, *mutatis mutandis*, *Klas ve diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978). AİHM'in görevi 5 § 1 c) maddesinin c fıkrasında, belirtilen yasal amacı izleme dâhil belirtilen şartların davada yerine getirilip getirilmediğini belirlemekten ibarettir. Bu bağlamda, AİHM kendilerine sunulan delilleri incelemek için en iyi şekilde kurulan ulusal mahkemelerin değerlendirmesi yerine kendi değerlendirmesini yapma göreviyle normal koşullarda yükümlü değildir (Anılan *Murray* kararı).

Somut olayda, AİHM, başvuranın Ergenekon isimindeki bir suç örgütünün hükümeti şiddet yoluyla devirmek amacıyla faaliyetlere teşebbüs eden aktif üyelerinden biri olduğuna dair hakkında şüphe edilmesi sebebiyle onun özgürlüğünden mahrum bırakıldığını tespit etmektedir. AİHM, İdare'nin ulusal güvenlikten sorumlu bazı servislerinden gelen ve gizli olarak sınıflandırılan birçok belgeyi özellikle yasadışı olarak edinmiş, Ergenekon örgütü tarafından planlanan yayınları yapmak amacıyla bir televizyon kanalı kurmuş ve yönetmiş ve evinde örgüt adına patlayıcılar buldurmuş olması yönünde başvuran hakkında şüphelenildiğini gözlemlemektedir. AİHM, başvuranın Ceza Kanunu tarafından şiddetle cezalandırılan üzerine atılı suçu işlemiş olacağına dair şüpheler hakkında başvuranın örgüt askerlerinin talimatı üzerine hareket ettiğini gösteren telefon dinlemelerine dair raporlar, başvuranın yakalanmasından önce Savcılık tarafından çeşitli aramaların yapıldığı sırada el konulan belgeler ve malzeme gibi delil unsurlarını dikkate almaktadır.

Dolayısıyla, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bakımından başvuranın bir suç işlemiş olabileceğine dair “ hakkında şüphelenilmesi için inandırıcı nedenlere ” dayanarak yakalanıp tutuklanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır (Anılan *Murray* kararı, anılan *Korkmaz ve diğerleri* kararı, anılan *Süleyman Erdem* kararı).

Başvuranın tutuklanmasının iç hukuktaki kurallara uygunluğu konusuna gelince (*Bozano v. Fransa*, 18 Aralık 1986, *Wassink v. Hollanda*, 27 Eylül 1990, *Baranowski v. Polonya*, *Moren v. Almanya*, 13 Aralık 2007, *Öcalan v. Türkiye*), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yukarıda belirtilen bu tespitlere atıfta bulunur. AİHM, kurumların – 6136 sayılı Kanun tarafından ve Ceza Kanunu tarafından öngörülen suçları işlemiş olduğuna dair Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 91 § 2. ve 100. maddeleri gereğince başvurudan şüphelenmek için neden ve emarelerin varlığını öne sürerek başvuruları yakalamış olduğunda, ulusal hukuk makamlarının somut delil unsurlarına dayandıklarının gözlemlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; davada başvuranın tutuklanmasının yasaya aykırı olarak nitelendirilmesi konusunda ulusal makamlar tarafından öne sürülen yasal hükümlerin davada uygulanması ve yorumlanmasının keyfi olduğu veya makul olmadığı sonucu ortaya çıkmamaktadır.

116

Böylelikle, başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksun olup Sözleşme'nin 35 §§ 3 a) ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmelidir.

3. Başvuran, öte yandan yakalanmasının ve kendisi hakkında yapılan suçlamaların nedenlerine dair bilgilendirilmediğini iddia etmektedir. Bu bakımdan, Sözleşme'nin 5 § 2. maddesini ileri sürmektedir.

AİHM, 5. maddenin ikinci fıkrasının temel bir güvence sunduğunu hatırlatmaktadır: Yakalanan her kişi, yakalanma nedenini bilmelidir: 5. maddenin sunduğu koruma sistemine dâhil olarak, 4. fıkra gereğince bir mahkeme nezdinde kişinin tutukluluğunun yasaya uygunluğunu tartışabilmesi amacıyla onun özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla ilgili olgusal ve hukuki nedenlerin anlaşılır ve basit bir anlatımla kendisine bildirilmesini gerektirmektedir (Anılan *Fox, Campbell ve Hartley* kararı ve *H. B v. İsveçre*, 5 Nisan 2001).

AİHM, öte yandan 5 § 2. maddesine göre nedenlerin tutuklu kişiye ne yazılı olarak ne de özel herhangi başka bir şekil altında bildirilmesinin gerekmediğini hatırlatmaktadır. Bilgilerin kapsamı konusunda, sanığın tutuklanması esnasında onun aleyhine yapılan suçlamaların tamamını

belirtmek, 5 § 2 maddesi bakımından gerekmemektedir (*Soysal v. Türkiye*, n° 50091/99, 3 Mayıs 2007).

Somut olayda, AİHM, başvuranın yakalanması esnasında İstanbul polis memurlarının, Ergenekon isimli bir terör örgütüne üye olduğu ve bu örgüt adına faaliyetleri yürüttüğüne dair hakkında şüphelenildiği yönünde başvurunu bilgilendirmiş olduklarını tespit etmektedir. Onun yakalanmasının ardından hemen polis merkezinde ilgilinin soruşturması, Ergenekon örgütünün yapısı, üyeleri arasındaki ilişkiler ve başvuranın, örgütün var sayılan diğer üyeleri ile olan telefon konuşmaları hakkında yapılmıştır. Dosyadan aynı zamanda şu sonuç çıkarılmıştır: Başvuran, tutukluluğun yasaya uygunluğu konusunda itiraz etmek için İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunulan itirazlarda bu bilgilere başvurmuştur.

AİHM, başvuranın yakalanması sırasında, en azından tutukluluğun başından itibaren başvuranın bir mahkeme nezdinde tutukluluğun yasaya uygunluğunu tartışılabilmesi amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmasındaki hukuki ve olgusal nedenlere dair gereğince bilgilendirilmiş olduğunu tespit etmiştir (Anılan *Fox, Campbell ve Hartley* kararı ve anılan *H.B.* kararı).

Başvurunun bu kısmının aynı zamanda açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve Sözleşme'nin 35 §§ 3 a) ve 4. fıkraları gereğince reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

4. Başvuran, ayrıca Emniyet Müdürlüğü'nde geçen soruşturma süresinin ve bu soruşturmanın gerçekleştirildiği koşulların Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından insanlık dışı ve alçaltıcı bir muamele olarak incelendiğini iddia etmektedir.

AİHM, bir muamelenin 3. maddenin kapsamına girebilmesi açısından değerlendirmesi, başvuruyla ilgili verilerin tamamına, özellikle muamele süresine ve muamelenin fiziksel veya ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumuna bağlı olan asgari düzeyde bir önem taşınması gerektiğini hatırlatmaktadır. (bkz. örneğin *İrlanda v. Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978). Üstelik AİHM, 3. maddeye aykırı olan muamelelerin düzenlenmesinde kendi nezdinde delil unsurlarının değerini değerlendirmek amacıyla “her türlü makul şüphenin ötesinde” delil unsurunu kullanmaktadır. Böyle bir kanıt, çürütülemeyen, yeterince önemli, kesin ve uygun olan karine veya emarelerin hepsinin bir sonucu olmaktadır (*ibidem*).

Özellikle, bir muamelenin önceden tasarlanarak uzun bir süre boyunca uygulanması veya vücutta hasarlara ya da fiziksel veya ruhsal derin acılara sebep olması halinde 3. madde bakımından insanlık dışı olarak görülmektedir (bkz. Kulda v. Polonya, n° 30210/96). Ayrıca bir muamelenin 3. madde anlamında “aşağılayıcı” olup olmadığını araştırırken, AİHM amacın ilgiliyi küçük düşürmek ve gururunu kırmak olup olmadığını, bu konuda düşünülen önlemin 3. maddeye uygun olmayan bir biçimde ilgilinin kişiliğine zarar verip vermediğini inceleyecektir (*Albert ve Le Compte v. Belçika*, 10 Şubat 1983). Bir soruşturma kapsamında, bir kişinin yakalanmasının veya tutuklanmasının 3. madde gereğince aşağılayıcı olarak kabul edilmesi için, bu hususlarla birlikte küçük düşürme veya aşağılama durumları özel bir düzeyde bulunarak, her yakalama ve tutuklama hususuna göre her türlü durumda farklılık göstermelidirler (Anılan *Öcalan* kararı, *mutatis mutandis*, *Raninen v. Finlandiya*, 16 Aralık 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII).

Somut olayda, AİHM, ilgilinin herhangi bir delil sunmadığı gibi soruşturma süresinin ve bu soruşturmanın koşullarının 3. maddenin kapsamına girecek ağırlıktaki asgari eşik sınırına ulaştığı sonucuna varmasına imkân sağlayacak herhangi bir emare öne sürmediğini göz önünde bulundurmaktadır (bkz. aynı bağlamda *Erda ve diğerleri v. Türkiye*, no° 499/02, 1 Haziran 2006).

Dolayısıyla bu şikâyetin aynı zamanda açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve Sözleşme'nin 35 §§ 3 a) ve 4. fıkraları gereğince reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

5. Sözleşme'nin 6 § 1. maddesini ileri sürerek, başvuran yargılama süresinin uzunluğundan şikâyetçi olmaktadır.

AİHM, dikkate alınacak sürenin başvuranın yakalanma tarihi olan 23 Eylül 2008'de başlamış olduğunu dikkate almaktadır. Dava, halen özel Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde devam etmektedir. Bugün itibarıyla, dava üç yıldan biraz daha fazla sürmüştür.

AİHM, bir dava süresinin makul niteliğinin dava koşullarına göre ve aşağıdaki kriterler bakımından değerlendirilmesi gerektiğini dile getiren yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır: davanın karmaşıklığı, başvuranın ve yetkili makamların davranışı ve ilgili için davadaki özel durum (bkz. *Sürmeli v. Almanya*, n° 75529/01, *McFarlane v. İrlanda*, n° 31333/06, 10 Eylül 2010).

AİHM, bir taraftan iddianame içeriğinde yer alan başvuran aleyhine olan delillerin sayısının, diğer taraftan aynı davadan yargılanan sanıkların sayısının fazlalığı nedeniyle, davanın karmaşık bir yapıya sahip olduğunu tespit etmiştir.

AİHM, makamların tutumu konusunda, Başsavcılığın başvuranın yakalanmasının ardından altı aydan daha az bir süre içinde iddianamesini sunmuş olduğunu tespit etmiştir. AİHM, öte yandan başvuranın İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önündeki davasının görülmesi sırasında çalışılmadan geçen önemli süreçler olduğunu gözlemlemediğini ve Türk adli makamlarının süratinde herhangi bir kuşku unsuru bulunmadığını tespit etmiştir.

Sonuç olarak, AİHM dava koşullarının tamamını ve özellikle davanın karmaşıklığını göz önünde bulundurarak, genel olarak ele alınan dava süresinin somut başvuruda 6 § 1. maddesi bakımından makul süreyi aşmadığını tespit etmiştir.

Böylece bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 §§ 3 a) ve 4. fıkraları gereğince açıkça dayanaktan yoksun olarak reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

6. Sözleşme'nin 13. maddesinden ayrı ya da onunla birlikte 6 § 1 maddesini ileri süren başvuran, nihayetinde kendisinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme nezdinde adil bir yargılamadan faydalanmamaktan ve bu duruma itiraz edebileceği iç hukukta etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığından ötürü şikâyet etmektedir.

Bununla birlikte, AİHM başvuran aleyhinde sürdürülen ceza davasının bu hususta ilk derece mahkemesi, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde halen derdest olduğunu değerlendirmektedir. AİHM, o halde başvuran aleyhinde açılan davayla ilgili genel bir inceleme yapacak aşamada değildir. AİHM, ayrıca ne başvuran aleyhinde yapılan suçlamalar konusunda Ağır Ceza Mahkemesi'nin karar vereceği duruma dair ne de muhtemel bir temyiz sonucuna dair görüş sunamayacağını tespit etmiştir.

Ulusal mahkemeler nezdinde davanın mevcut aşamasında, başvuranın Sözleşme'nin 6. maddesinin hükümlerinin herhangi bir ihlali konusunda şikâyet edemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, başvuran kendisi hakkında yürütülen ceza davası konusunda iddia ettiği ihlallerden dolayı mağdur olduğunu düşünmesi halinde, onun yeniden AİHM'e başvurmasına izin verilmektedir. O halde, başvurunun bu kısmının incelen-

mesi için prematüredir (bkz. *Baltacı v. Türkiye*, n° 495/02, 14 Haziran 2005).

6 § 1 maddesiyle ilgili tespitlerini göz önüne alan AİHM, Sözleşme'nin 13. maddesi kapsamında davayı incelemenin yararsız olduğu yargısına varmaktadır; çünkü bu hükmün gerekleri, 6 § 1 maddesinin gereklerinden daha az katıdır ve 6. maddenin gereklerince kapsamaktadır (bkz. örneğin, *Hentrich v. Fransa*, 22 Eylül 1994).

Böylelikle, Sözleşme'nin 35 §§ 3 a) ve 4. fıkralarına dayanarak başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olarak aynı zamanda reddedilmesi gerektiği uygun düşmektedir.

BU GEREKÇELERLE, AİHM, OY BİRLİĞİYLE,

Tutukluluk süresi ve bu süreye itiraz etmek için etkili bir iç hukuk yolunun olmadığı iddiası ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 5. maddenin 3. ve 4. fıkralarına ilişkin başvuranın şikâyetlerinin incelenmesini *ertelemiş*;

Diğer şikâyetler konusunda başvurunun kabul edilemez olduğuna *karar vermiştir*.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’İNİN ŞİŞMAN ve DİĞERLERİ / TÜRKİYE KARARI* **

(Başvuru no: 1305/05, Karar Tarihi: 27 Eylül 2011)

Şişman ve diğerleri / Türkiye davası,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire), daire aşağıdaki isimlerden oluşmaktadır:

Françoise Tulkens, *Başkan*

Danute Jociene,

Dragoljub Popovic,

Giorgio Malinverni,

Andras Sajo,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi, *Yargıçlar,*

Ve Françoise Elens-Passos, *Başkan Yardımcıları,*

6 Eylül 2011 tarihinde işleme konulan söz konusu başvuru üzerinde görüşüldükten sonra Daire Kurulu aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1.Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (1305/05 no’lu) davanın nedeni, Türk vatandaşları olan Akın Şişman, Sedat Altun, Mehmet Necmettin Araz ve Hasan Turanlı’nın (“başvuranlar”) 28 Ekim 2004 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması’na ilişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvurdur.

2.Başvuranlar, Ankara Barosu avukatlarından S.C. Erkat tarafından temsil edilmektedirler. Türk Hükümeti (“hükümet”) kendi görevlisi tarafından temsil edilmektedir.

* Bu karar Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı’na tercüme edilmiştir.

** Bu karar AİHS’nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tâbi olabilir.

3. Başvuranlar, Sözleşme'nin 6, 10, 11 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

4.19 Mayıs 2009 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) başvuruyu Hükümet'e göndermeye karar vermiştir. Sözleşme'nin 29 § 3. maddesi uyarınca, AİHM davanın kabul edilebilirliği ve esasının aynı anda inceleneceği yönünde karar vermiştir.

5. Hem başvuranlar hem de Hükümet, davanın esası hakkında yazılı görüşlerini sunmuşlardır (Yönetmeliğin 59 § 1. maddesi).

OLAY ve OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuranlar, sırasıyla 1976, 1975, 1962 ve 1956 doğumlu olup Kocaeli'nde ikamet etmektedirler.

7. Olayların geçtiği dönemde, Maliye Bakanlığı'nın Alemdar (Kocaeli) ve Tepecik (Kocaeli) Vergi Dairesi Müdürlükleri'nde ("Müdürlükler") memur olan başvuranlar, KESK'e ("*Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu*") bağlı Büro Emekçileri sendikasının yerel biriminin yönetim kurulu üyeleriydiler.

8.10 Mayıs 2004 tarihinde, başvuranlar; sendikaya tahsis edilen afiş panosunun dışında, kendi bürolarının duvarlarına 1 Mayıs gösterisine çağırان afişleri yapıştırmaları nedeniyle haklarında disiplin soruşturmaları açıldığına dair haberdar edilmişlerdir.

9.28 Mayıs 2004 tarihinde, idare, sendika afişlerinin sadece sendikayla ilgili bilgilendirme panosuna asılmasını öngören içtüzüğün ihlal edildiğini ileri sürmeksizin, sendika ile ilgili afişlerin yapıştırılması yasak olan duvara afiş yapıştırılması ve bu afişlerin görüntü kirliliği oluşturması gerekçesiyle başvuranlar hakkında "kınama" cezası uygulamıştır. Ayrıca bu nedenle söz konusu afişlerin duvarlardan kaldırılmasına karar vermişlerdir.

10. Ardından, başvuranlar disiplin cezası olarak aylıktan kesme cezası da almışlardır. Bu yüzden Hasan Turanlı 285 TL (yaklaşık 143 Euro), Akın Şişman 220,05 TL (yaklaşık 110 Euro), Sedat Altun 220,05 TL (yaklaşık 110 Euro) ve Necmettin Araz 238,40 TL (yaklaşık 119 Euro) talep etmişlerdir.

11.10 Haziran 2004 tarihinde, başvuranlar, çeşitli kuruluşlardan (bankalar, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) gelen ve büroların

duvarlarına yapıştırılan diğer afişleri tespit ettikten sonra, idarenin vermiş olduğu cezalara itiraz etmişlerdir. Başvuranların bu itirazlarında, sendika afişlerinden başka afişleri bürolarının duvarlarına yapıştırmış olmaları durumunda herhangi bir disiplin cezasına çarptırılmayacaklarını iddia etmişlerdir. Öte yandan, başvuranlar üstlerinin uyguladığı bu yaptırımların, yıllık olarak performanslarının değerlendirilmesi sırasında doğal olarak verilen ilerleme puanlarının durdurulması sonucunu doğurduğu, bu nedenle kariyerleri üzerinde olumsuz etki yaptığı gerekçesiyle sendikaya karşı yıldırma girişimi olarak gördüklerini ileri sürmüşlerdir.

12.İdare, 2 Temmuz 2004 tarihli kararıyla, 657 sayılı Devlet Memurları hakkında Kanununun 125. maddesinin A bendine dayanarak ve bununla birlikte, vermiş oldukları kınama cezalarını hafifleterek uyarı cezasına dönüştürerek önceki verilen cezaları onamıştır.

II.İLGİLİ İÇ HUKUK

1. Anayasa

13.Anayasa'nın 129. maddesi şöyledir:

“ (...)”

Uyarı ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. “

2. 657 Sayılı Devlet Memurları hakkında Kanun

14. Kanununun 125. maddesi aşağıda yer almaktadır:

“ A – Uyarı: Memura görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir. “

3. 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Hakkında Kanun

15.Kanununun 23. maddesi şöyledir:

“ (...)”

Kamu işvereni, yönetim ve hizmetin işleyişini engellemeyecek biçimde sendika temsilcilerine çalışma saatleri içinde ve dışında görevlerini yapabilmeleri için imkânlar ölçüsünde kolaylıklar sağlar. “

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I.SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİYLE BİRLİKTE 10. VE 11. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

16.Başvuranlar, maruz kaldıkları disiplin cezalarının dernek kurma hak ve özgürlüklerine zarar vermesinden dolayı şikâyetçi olmuştur. Sözleşme'nin 10, 11 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. AİHM, şikâyetlerin dile getirilmesi bakımından, sadece Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında talebi incelemeye karar vermiştir. AİHS'nin 11. maddesine göre;

“1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”

17.Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

18.Hükümet, kamu görevlilerinin idareye karşı yapmış oldukları itirazların Sözleşme ve Protokollerin koruma alanı dışında olduğunu iddia etmiştir.

19.Başvuranlar bu itirazı reddetmişlerdir.

20.AİHM, *Karaçay v. Türkiye* kararında bu türden bir itirazı reddettiğini hatırlatmıştır (n° 6615/03, § § 22-23, 27 Mart 2007). Diğer yandan, AİHM, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3. maddesi uyarınca dayanaktan açıkça yoksun olmadığını ve başkaca herhangi bir kabul edilemezlik unsuru bulunmadığını tespit etmektedir. Bu nedenle, şikâyetin kabul edilebilir nitelikte olduğu belirtilmektedir.

B. Esas Hakkında

1. Müdahalenin varlığı hakkında

21.Başvuranlar, 1 Mayıs gösterisine çağıran afişleri bürolarının duvarlarına yapıştırmış olmaktan dolayı kendilerine verilen uyarma cezalarının dernek kurma özgürlüğü haklarına müdahale oluşturduğunu ileri sürmektedirler.

22.Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmaktadır. Ayrıca, başvuranların hala söz konusu sendikanın üyesi olduğunu hatırlatarak, itiraz edilen uyarma cezalarının başvuranların eylem özgürlüklerine ve bu konuda seçim yapma özgürlüklerine sınırlama getirmediğini düşünmektedir.

23.Başvuranlar gibi AİHM de ihtilafli önlemin, başvuranların dernek kurma özgürlüklerine müdahale oluşturduğu kanaatindedir.

2. Müdahalenin haklı gösterilmesi hakkında

24.Benzer bir müdahale, AİHS'nin 11. maddesinin 2. fıkrası bakımından izlenen meşru bir amacı gerçekleştirmek için kanun tarafından öngörülmedikçe ve bu amaç "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça AİHS 11.madde uyarınca ihlal teşkil edecektir.

a) Yasayla öngörülme hususu

25.AİHM, somut olayda başvuranlara verilen uyarma cezalarının 657 sayılı Devlet Memurları hakkında Kanununun 125. maddesinin A bendinde öngörüldüğüne dair itiraz edilmediğini not etmektedir. Mahkemeye göre, cevap verilmesi gereken soru bu bakımdan müdahalenin meşru bir amacı izleyip izlemediği ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususudur.

b) Meşru amaç

26.Hükümet, müdahalenin düzeni koruma amacı taşıdığını ileri sürmektedir.

27.Başvuranlar, bürolarının duvarlarına yapıştırılan diğer afişlere (bankaların veya Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin afişleri) rağmen idarenin sadece sendika afişlerini kaldırdığını belirterek bu argümana itiraz etmektedirler.

28.AİHM, mevcut davada söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 11 § 2. maddesi gereğince meşru bir amacı izlediği konusunda şüphe duymaktadır. Bununla birlikte, AİHM böyle bir müdahalenin gerekliliği

hususunda vardığı sonuç bakımından bu sorunu incelemenin yararsız olduğu kanısındadır (aşağıdaki 30-34. paragraflar).

c) Demokratik bir toplumda gereklilik

29.Hükümet, idari hizmetler bünyesinde, afiş panosunun başvuranların üyesi olduğu sendikanın hizmetine sunulduğunu hatırlatmaktadır. Bununla birlikte, başvuranlar bürolarının duvarlarını afiş alanı olarak kullanmışlardır. Bu yüzden, Hükümet başvuranlardan hiçbirinin sendikal faaliyetleri sebebiyle disiplin cezasına maruz bırakılmadığını, buna karşın, devlet memurlarının ödev ve sorumluluklarına aykırı davrandıklarını öne sürmektedir.

30.Başvuranlar, bu iddiaya itiraz etmişlerdir. Afişleri sendika faaliyetleriyle ilgili bilgi verme aracı olarak gören başvuranlar, sendika afişlerinden başka afişleri bürolarının duvarlarına yapıştırmaları halinde bu türden disiplin cezalarına çarptırılmayacaklarını iddia etmişlerdir. Ayrıca, başvuranlar almış oldukları cezalara atıfta bulunarak, bu cezaların verilmesindeki amacın sadece idare bünyesinde sendikanın etkisini azaltmak değil, aynı zamanda hukuki kontrole tabi olmayan cezalar vererek, sendika üyelerine karşı uygulanan yıldırma politikası olduğunu iddia etmişlerdir.

31.Somut olayda, AİHM başvuranlara 1 Mayıs uluslararası işçi bayramını kutlamak için, üyesi oldukları sendika tarafından hazırlanan afişleri bürolarının duvarlarına yapıştırmaktan ötürü disiplin cezası olarak uyarma cezası verildiğini saptamıştır.

32.AİHM, Alemdar ve Tepecik Vergi Müdürlükleri'nin başvuranlara sendikayla ilgili kullanılabilir bir bilgilendirme panosu ayırdığı varsayılsa bile, başvuranların iş yerinin tamamında görüntü kirliliği yaratarak afiş asmaya yönelik hareketlerde bulunmamışlardır. İhtilafa konu afiş asma mevzusu, emekçilerin dayanışmasını sağlama ve tam anlamıyla bağımsız olarak sendikal haklarını uygulama aracı olarak düşünülen bu bayramın düzenlenmesi konusunda sendika üyelerine bilgi verilmesi için büroların duvarlarının geçici olarak kullanılmasıyla sınırlı kalmıştır.

33.Diğer yandan, yapılması düşünülen gösterinin barışçıl niteliğini göz önünde bulunduran AİHM, dava konusu afişlerin içeriğinde ya da afiş resimlerinde yasaya aykırı veya toplumu sarsabilecek herhangi bir unsurun yer almadığını tespit etmiştir. Ayrıca her durumda, Hükümet bu durumun aksini gösteren herhangi bir delil sunmamıştır.

34. Yukarıda belirtilenler doğrultusunda AİHM, demokratik bir toplumda dernek kurma özgürlüğünün gittikçe önem kazanan yeri bakımından, kişiye verilen seçme ve eylem yapma imkânlarının ortadan kaldırılması veya hiçbir yarar sağlamayacak derecede azaltılması halinde bu kişinin dernek kurma özgürlüğüne haiz olamayacağını hatırlatmaktadır (bkz. *mutatis mutandis*, *Chassagnou ve diğerleri v. Fransa* [BD], numaralar: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, § 114, AİHM 1999-III). Oysaki AİHM, somut olayda, şikâyet edilen yaptırım ne kadar küçük olursa olsun sendika üyelerinin faaliyetlerini özgürce uygulamaları konusunda caydırıcı nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır (bkz. *mutatis mutandis*, *anılan Karaçay v. Türkiye kararı*, § 37).

35. Bu yüzden, AİHM başvurulara verilen uyarma cezalarının “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı kanaatine varmıştır.

36. Dolayısıyla Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.

37. Başvuranlar, AİHS'nin 11. maddesiyle birlikte 14. maddesiyle ilgili şikâyetlerini yeterince desteklemeden ileri sürmüşlerdir. Bundan dolayı, AİHM, AİHS'nin 11. maddesinin ihlal edildiği yönündeki tespiti bakımından (yukarıdaki 36. fıkra), AİHS'nin 11. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair sorunun ayrı olarak incelenmesine yer olmadığını belirtmektedir.

İLSÖZLEŞME'NİN 6. ve 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

38. Başvuranlar, aldıkları uyarı cezalarına itiraz etmek için etkili iç hukuk yollarının bulunmamasından dolayı şikâyetçi olmuşlardır. Onlar, Sözleşme'nin 6. maddesini ileri sürmektedirler. AİHM, bu şikâyeti AİHS'nin 13. maddesi kapsamında incelemeye karar vermiştir. Bu maddeye göre;

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ve diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

39. Hükümet, bu iddiaya itiraz etmektedir. Bu konuda, memurların yönetimin keyfi fiillerine karşı korunduğunu iddia etmektedir. Çünkü Hükümete göre, uyarma ya da kınama cezaları yönünden hakkında

soruşturma yapılan görevliler bu konuda verilen kararlara karşı hiyerarşik üstleri veya disiplin kurulu önünde itiraz edebilmektedir.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

40. AİHM, söz konusu bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3. maddesi uyarınca dayanaktan açıkça yoksun olmadığını kaydetmektedir. Ayrıca, başka açılardan bakıldığında da herhangi bir kabul edilemezlik unsuru bulunmadığını tespit etmektedir. Bu nedenle, başvurunun kabul edilebilir nitelikte olduğu belirtilmektedir.

B. Esas Hakkında

41. AİHM, daha önce *Karaçay v. Türkiye* kararında (anılan, § 14-17) bu şikâyeti inceleme fırsatı bulduğunu ve Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği kanaatine vardığını hatırlatmaktadır. AİHM, somut olayda bu içtihadından sapmak için herhangi bir sebep görmemektedir. Bu nedenle, bu şikâyet hususunda Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir.

III.SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASINA DAİR

42. Sözleşme'nin 41. maddesine göre,

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

43. Disiplin cezası olarak aylıktan kesme cezasına maruz kaldıklarını ileri sürerek, maddi tazminat olarak, Hasan Turanlı 285 TL (yaklaşık 143 Euro), Akın Şişman 220,05 TL (yaklaşık 110 Euro), Sedat Altun 220,05 TL (yaklaşık 110 Euro) ve Necmettin Araz 238,40 TL (yaklaşık yaklaşık 119 Euro) talep etmektedir. Öte yandan, her başvuran manevi tazminat olarak 1 000 Euro talep etmektedir.

44. Hükümet, bu iddialara itiraz etmektedir.

45. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği yönündeki tespiti doğrultusunda (üstteki 36. paragraf), AİHM, başvuranların her biri tarafından ileri sürülen maddi tazminatın kendilerine tam olarak ödenmesinin uygun olacağına karar vermiştir.

46. AİHM, aynı zamanda hakkaniyet gereği, her başvurana manevi tazminat olarak 1 000 Euro ödenmesini uygun görmektedir.

B. Yargılama masraf ve harcamaları

47. Başvuranlar, avukatlık ücretleri ile masraf ve harcamalar için 2 000 Euro talep etmişlerdir. Bu taleplerine ilişkin kanıt olarak yalnızca, toplam tutarı 474 TL olan çeviri faturalarını sunmuşlardır.

48. Başvuranlar iddialarını hiçbir surette haklı gösteremediği için, Hükümet Mahkeme'den başvuranlara herhangi bir para ödemesinin yapılmamasına karar verilmesini talep etmektedir.

49. AIHM yerleşik içtihadı uyarınca, başvuranın yapmış olduğu masraf ve giderlerin, bu miktarların gerçek, zorunlu ve makul oranda olması halinde geri ödenebileceğine hükmetmiştir. Somut olayda, AIHM elinde bulunan belgeleri ve ifade edilen kriterleri göz önünde bulundurarak, başvuranlara ortaklaşa olarak 210 Euro ödenmesinin uygun olduğuna karar vermiştir.

50. AIHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİ İLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine,
3. AIHS'nin 11. maddesiyle birlikte 14. maddesi bağlamındaki şikâyetin incelenmesine yer olmadığına;
4. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
- 5.a) Mahkeme, Sözleşme'nin 44 § 2. maddesi hükümleri gereğince; davalı devletin kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere, her türlü vergi masraflarıyla birlikte,
 - i) Maddi tazminat olarak Hasan Turanlı'ya 143 Euro (yüz kırk üç), Akın Şişman'a 110 Euro (yüz on euro), Sedat Altun'a 110 Euro (yüz on euro), Necmettin Araz'a 119 Euro (yüz on dokuz euro),
 - ii) Manevi tazminat olarak her başvurana 1 000 Euro (bin euro),
 - iii) Mahkeme masraf ve harcamaları için başvuranlara ortaklaşa olarak 210 Euro (iki yüz on euro) ödemekle yükümlü olduğuna;
- b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için

geçerli faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına *karar vermiştir*.

6. Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerini reddetmiştir.

Sözleşme'nin 77§§ 2. ve 3. maddeleri uyarınca; karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş ve 27 Eylül 2011 tarihinde yazılı olarak iletilmiştir.

Françoise Elens-Passos
Daire Başkan Yardımcısı

Françoise Tulkens
Daire Başkanı

YARGIÇ SAJO'NUN MUTABİK OY GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

1. Sendika üyesi olan başvuranlara uyarma ve aylıktan kesme cezalarının verilmesi nedeniyle başvuranların Sözleşme'nin 11. maddesi ile güvence altına alınan dernek kurma özgürlüğü haklarının ihlal edildiğine karar veren Mahkeme ile aynı kanıdayım. Her türlü yanlış anlaşılardan kaçınmak amacıyla bu görüşü haklı çıkaracak nedenleri belirtmekte yarar görüyorum.

2. Başvuranlar, 1 Mayıs gösterisine çağıran afişleri, sendikaya tahsis edilen panonun dışına bürolarının duvarlarına yapıştırmışlardır. Bu girişimler, sadece dernek kurma özgürlüğü çerçevesinde uygulanan ifade özgürlüğüyle ilişkili değil, aynı zamanda bir araya gelmeye teşvik etme anlamında toplanma özgürlüğüyle de ilişkilidir. Doğrusunu söylemek gerekirse, başvuranlar, sadece bir sendika faaliyetine katılıyorlardı. Afişleri kaldırma emri, dernek kurma özgürlüğünü ciddi boyutta doğrudan sınırlamamıştır. Çünkü başvuranlar, olayların geçtiği zamanda ya da daha sonrasında sendikalaşmak için özgürdüler. Ancak verilen cezaların başvuranların sendikaları adına hareket etmesi konusunda cesaretini kırarak, onların ve sendikalaşan diğer kişilerin¹ gelecekteki sendikal faaliyetleri üzerinde kendiliğinden caydırıcı bir etki yarattığı inkâr edilmemektedir.

¹ AİHM tarafından "mağdur" (başvuranın ileri sürülen önlemden doğrudan etkilenmesi gerekmektedir) kavramına dair yapılan sınırlayıcı yorum göz önüne alındığında, Mahkeme'nin şikâyet edilen cezanın bir başkası üzerindeki sonuçlarını - tam anlamıyla - değerlendirme biçiminin dikkate değer olduğunu düşünüyorum: "önlem ne kadar küçük olursa olsun, sendika üyelerini faaliyetlerini özgürce yapmaları konusunda caydıracak niteliktedir".

3.Buna karşın, karar; birçok hakkı karmaşık biçimde kapsamaktadır. Özellikle dernek kurma özgürlüğü çerçevesinde toplanma özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ifade edilen temel haklardır. Ayrıca Sözleşme'nin 11. maddesiyle özgürlükleri güvence altına alınan memurlar tarafından uygulanan hakların sınırlandırılması söz konusu olabilmekte; ancak memurların ifade özgürlüğü ile ilgili haklarına sadece AİHS'nin 10. maddesinde yer alan gerekçelerle sınırlamalar getirilebilmektedir.

“ AİHS'nin 11. maddesi, in fine, “silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncı” dernek kurma ve toplanma özgürlüklerinin uygulanmasına devletlerin meşru kısıtlamalar getirmesine imkân vermektedir. Aynı zamanda bu madde, Sözleşme'deki teminatlar ile ilgili kuralın memurlar için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır” (*Glaser v. Almanya*, 28 Ağustos 1986, § 49, A serisi n° 104, ve *Kosiek v. Almanya*, 28 Ağustos 1986, § 35, A serisi n° 105).

Dolayısıyla,

“ Memur statüsünde olan lisede görev yapan bir öğretmen, AİHS'nin 10. maddesinin sağladığı koruma teminatından yoksun değildir (*Vogt v. Almanya*, 26 Eylül 1995, § 43, A serisi n° 323).

4.Hükümet, başvuranların sendika için tahsis edilen afiş panonun dışına, kullanılması yasak olan duvarlara sendikal bilgi veren afişleri yapıştırmaları gerekçesiyle, disiplin cezasının onlar için uygulanabilir olduğunu ileri sürmüştür. Karşılaştırılabilir diğer kararlarda olduğu gibi, Mahkeme, demokratik bir toplumda zorunluluk ve söz konusu sınırlandırma kriterlerini esas alan bir metodolojiyi uygulamış ve bu metodolojinin kriterlerle orantılılığını inceleyerek karar vermiştir. Mahkeme, üçüncü kişiler için cezaların muhtemel sonuçlarından başka daha genel veya teorik yorum yapmaktan kaçınarak ve ilgili koşulları göz önünde bulundurarak bütün unsurları ele almıştır. Karardaki hiçbir bölümde, devletin hizmetleri bünyesinde ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların genel anlamda uygunluğu değerlendirilmemiştir.

5.Mahkeme müdahaleyi haklı göstermek için gerekli diğer unsurlara fazla önem vermezse de söz konusu sınırlamanın yasal dayanağı ve sınırlama ile izlenen meşru amaçla ilgili sorunlar konusunda bende şüpheler oluşmuştur.

Devlet, iş yerlerinin ne şekilde kullanılacağını düzenleme hakkına sahiptir. Benzer düzenleme, kamu düzenini korumadan başka diğer

sebepleri içerebilir: çünkü çalışma yerlerinin yöneticisi ve sahibi olan Devlet, Sözleşme gereğince mülkiyet hakkını elinde bulundurmaktadır. Devlet aynı zamanda işveren sıfatıyla da memurların, çalışanlarının davranışlarını düzenleme hakkına da sahiptir. Ayrıca, ne ifade özgürlüğü ne de dernek kurma özgürlüğü memurların ödevlerine uymamalarına izin vermektedir. Örneğin, bir memurun kamuoyunda tanınan üstlerini eleştiren makaleler yazması veya sendika aidatını ödemesinden dolayı resmi telefon çağrılarına cevap vermek zorunda olmadığını ileri sürmek mantıklı görünmemektedir. Afiş yapıştırmayla ilgili süre, yer ve şekil koşullarına getirilen makul ve tarafsız sınırlamalar, ifade veya dernek kurma özgürlüğünde kabul edilebilir *a priori* sınırlamaları teşkil etmektedir.

6.Oysaki somut olayda, sınırlandırma hiç şüphesiz yasayla öngörülmemiştir. Sadece ayrılan panoya afişleri yapıştırmakla ilgili olan sendikal faaliyetlere getirilen sınırlama belirtilen hangi yasal dayanağa dayandırılmıştır? 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Hakkında Kanun'a göre "işveren faaliyetlerinde gerekli olan imkânların sendika üyelerinin hizmetine sunulması" halinde, böyle bir sınırlamaya açıkça izin verildiği *a contrario* sonucuna varılmamaktadır. Hükümet, afiş yapıştırma usullerini belirleyen (karar, genelge, vb.) iç ya da genel uygulamaya dair herhangi bir metin sunmamıştır.

7.İdari hizmetler bünyesinde yasayla açıkça öngörülen bir kurala benzer yerel bir uygulamanın olduğu varsayılırsa, sendikal faaliyetler için tahsis edilen pano yoluyla bilginin yayılmasına devlet tarafından getirilen sınırlamanın davaya özgü koşullarda olduğu *gibi*² genel anlamda da gerekli olup olmadığını araştırmak gerekmektedir.

Dava dosyasında belirtildiği üzere, *iddia edilen uygulama* tarafsız değildir: diğer afişler söz konusu duvarlarda kalırken, sadece sendika afişleri duvarlardan kaldırılmıştır. Bu durumda, sendikal hakları korumak için Devlet tarafından alınan pozitif önlemler kapsamında, sendikayla ilgili mesajlar sanki bilerek bir köşeye itilmiş ve karantina altına alınmıştır.

Böyle bir sınırlamayı getiren her Hükümet, bu önlemin açıkça hukuka dayandığını ve aynı zamanda Sözleşme ile açıkça öngörülen bir amacı gerçekten izlediğini ispat etmelidir. Hükümet, bunun yanı sıra söz konusu sınırlamanın "herhangi bir yarar sağlamama noktasında" der-

² Bu durumda, Hükümet hala idare bünyesinde duvarların kullanılması konusunda düzenlemeler içeren herhangi bir yasa sunmamıştır.

nek kurma hakkını kısıtladığını göstermelidir (Chassagnou ve diğerleri v. Fransa [BD], numaralar: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, § 114, AİHM 1999-III).

8.AİHM'e göre, söz konusu hakların etkin kullanılmasına ilişkin bu unsurlar, sadece caydırıcı bir etki oluşturan disiplin cezası bakımından davada ele alınmaktadır. Genel anlamda, bu önlemin en küçük bir sınırlama (bkz tahsis edilen panonun özel amaçla kullanılması) getirip getirmediğini belirlemek üzere önlemin sonuçlarını değerlendirme hususunda, sınırlamanın oluşan caydırıcı etki bakımından aşırı olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada, önlemlerle ilgili sonuçların ikinci sırada öneme sahip olduğu kanısındayım. Burada önemli olan husus, Hükümet'in *uygulanan cezaların niteliğinden bağımsız olarak* sınırlayıcı önlemin gerekliliğini ortaya koyamamasıdır. Öte yandan, kamu görevi kapsamında, memurların hiyerarşik bağları ve kendilerine verilen sadakat ödevi göz önünde bulundurularak, resmi cezalardan kaynaklanmayan temel bir yasaklama, Sözleşme'de yer alan hakların uygulanmasında sınırlamalar getirmeye uygundur.

9.Cezanın ağırlığı, temel haklara getirilecek bir sınırlandırmanın orantılılığını tespiti için imkân verecek unsurlardan biri olsa da; bu konuda çok ileri gidilirse kararın gerekçesini değerden düşürür ve hatta özellikle müdahalenin aşırı niteliği konusunda uygun açıklamanın olmadığı durumda, söz konusu yargısal kararın kaprisle verildiği izlenimi riski oluşturur. Mahkeme'nin içtihadı, hangi tür cezaların aşırı bir müdahaleyi gerektirdiğini bilme noktasında şaşılacak derecede farklılık göstermektedir. Burada bir kınama cezası veya 1 Euro olan para cezasının aşırı olan cezaları teşkil ettiği; fakat buna karşın Mahkeme'nin aşırılığı kabul etmesine rağmen hakaretten ötürü verilen uzun süreli hapis cezasının orantısız olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

10.Aynı zamanda diğer bir hukuk metodolojisi sorunu ortaya çıkmaktadır: Söz konusu müdahalenin önemi, genel anlamda verilen sınırlamanın ilgili hakka ve özellikle bu hakkın konusu ve amacına uygun olup olması konusundaki daha soyut bir tartışmanın ötesine geçmektedir. Oysaki davadaki her duruma özgü olay ve olgular arasında bir denge kurmayı esas alan orantılılık ilkesinin incelenmesinde, her hakka özgü olan amaçlar, görevler ve değerlerin daha geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmesi göz önüne alınmamaktadır. Bu inceleme, farklı insan haklarının dayandığı temel ilkeleri gölgeleme riski taşımaktadır. Dolayısıyla, bu inceleme hakların korunmasının veya sınırlandırılmasının haklı gösterilmesine

imkân vermeyecektir. Tanımlanan ilkelere bağlı kalmaksızın sadece olay ve olgulara dayanan bir karar, gelecekteki karşılaştırılabilir davalar için bu içtihadı uygun bir şekilde yönlendirmeyecek, ancak³ olay ve olgulara dair bakış açısındaki farklılıkları yönlendirebilecektir.

11. AİHM, “tasarlanan gösterinin barışçıl niteliğini göz önünde bulundurarak, (...) ihtilaf konusu afişlerin ne içeriğinde ne de resimlerinde yasak ya da toplumu sarsacak bir unsur bulunmadığını” tespit etmiştir. AİHM, bu bağlamda haklara getirilen sınırlamanın orantılılığının haklı gösterilmediği sonucuna varmıştır.

12. Somut olayda yer alan unsurların uygunluğunu kabul etmem çok zordur. Bu sorunlarla ilgili olarak, karşılaştırılabilir durumlarda menfaatlerin bulunduğu düşünülerek, gösterinin niteliği ve afişlere verilen tepkilerle ilgili görüşlerin orantısız bir tespite dayandırılmasının çok üzücü olduğu kanaatindeyim. Kamu üzerinde etkili olan önlemin sonuçlarının ve gelecekteki toplanma konusundaki varsayımların uygun olduğu yargısına varmak, bazı durumlarda 10. ve 11. maddelerden ileri gelen hakların uygulanması konusundaki müdahalelere karşın sunulan korumanın yetersiz olacağı anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, bana göre bu tür farazi görüşlerin sınırlayıcı bir önlemin orantılılığının değerlendirilmesinde yeri yoktur. Önceki kararlarda, somut olaydaki söz konusu farazi görüşlere benzer olanlar hiçbir surette kabul edilmemiştir.

13. Öncelikle, tasarlanan gösterinin daha sonra (*a posteriori*) barışçıl⁴ nitelik kazanması önemli değildir. Mahkeme'nin muhakemesini oluşturan unsurlar biraz daha önemlidir: içtihadımızı göz önünde bulundurarak, meslektaşlarımızın toplanma özgürlüğü hakkının gösteri sırasında meydana gelen veya ileride meydana gelebilecek olaylarla bağlantılı olduğunu kabul ettiği konusunda ikna oldum (bkz *Ezelin v. Fransa*, 26 Nisan 1991, A serisi n° 202). Sonraki gelişmeler ışığında, bir müdahalenin gerekliliğine karar vermek daha az mantıklı gelmektedir. Önemli olan, 1 Mayıs bayramını kutlamaya davet eden afişin asıldığı gün, tasarlanan toplanmanın yasa dışı olmamasıdır. Hatta gösterinin şiddete dönüşme riski olması halinde de, barışçıl niteliği olan gösteri kapsamında toplanma özgürlüğü uygulanmaktadır.

³ Bkz Aharon Barak, “Proportionality and Principled Balancing”, *Law and Ethics Human rights*, vol. 4, sayfa 12 (2020).

⁴ Gerçekte, Türkiye'deki 1 Mayıs gösterileri geçmişte maalesef bazen şiddet gösterisine dönüşmüştür. Ancak bu durum AİHM'i Sözleşme kapsamında onlar için koruma sağlamaya itmemiştir (*Turhan v. Türkiye*, n° 48176/99, 19 Mayıs 2005).

14.İkinci olarak, afişteki mesajın yayılması ve bunun muhtemel sonuçları göz önünde bulundurularak, afişin “toplumu sarsacağı” düşünülmesi şaşırtıcıdır. İçtihadımızda, rahatsız edici ve sarsıcı sözler kesin olarak korunmaktadır. Oysaki ifade özgürlüğünün korunması hususunda toplumun sarsılacağı ileri süren görüşler, özellikle sorunludur. Memurların ifade özgürlüğünü uygularken onlara verilen aylıktan kesme cezası, elbette kamu hizmetlerinin tarafsızlığından ileri gelmektedir. Binalarının kamuya açık yerlerinde bazı fikirlerin ve siyasi akımların desteklendiğine dair izlenim yaratabilecek mesajlara ilişkin afişleri asmayı yasaklayan bir devlet eleştirilmemektedir. Fakat bu tür meşru kaygılar, toplumda sebep olacak sarsıntıyla ilişkili değildir ve somut olayda Hükümet ne söz konusu mesajların kamuya açık yerlerde asılan afişlerde yer aldığını ne de toplumun gözünde devletin tarafsızlığına zarar verdiğini ortaya koymamıştır.

15.AİHM'in yukarıda ifade edilen sorunlardan bazılarını aydınlatmak için bu fırsata sahip olmadığından ve kararın yüzeysel olarak sunulmasının ileride AİHS'nin 10. ve 11. maddelerinde belirtilen haklara dair yanlış ve sınırlayıcı bir yorum yapılmasına yol açacağından dolayı da üzgün olduğumu belirtmek isterim.

