

## DEMOKRATİK - LIBERAL SİSTEMİN ORTAK STANDARTLARI ÜZERİNE ANALİTİK BİR DENEME (Yeni Yüzyılın Paylaşımı İçin Modern Savaşlar)

Yrd.Doç.Dr.İrfan PAÇACI\*

### GİRİŞ

Avrupa kıtasında yeni bir çağın başlangıcında demokrasi, barış ve birlik konularında meydana gelen gelişmeler, evrensel nitelikte değerler ve etkiler yaratmaktadır. Bu değişim, iki binli yılların eşliğinde tüm ulusları, başta kültür olmak üzere siyasal, hukuksal, sosyal ve iktisadi açılardan, askeri ve diplomasi yönleri de dahil olmak üzere kökten bir biçimde etkilemektedir.

Söz konusu süreç; nereden, nasıl ve niçin soruları dikkate alınarak ve amaçlananın ne olduğu sorusuna cevap vermek üzere bu yazının konusu edilmiştir.

### I. AVRUPA - LIBERAL SİSTEMİNİN İDEOLOJİK ALT YAPISI : "AVRUPA DEMOKRASİSİ"

Avrupa'da siyasi ve sosyal karakterli gelişmeler hukuki formüllere dönüşerek politik sistem üzerinde dönüşümler sağlarken; hukuku, siyaseti yeniden üretmekte böylece anayasal rejimi de yeniden şekillendirmekte / tanımlamaktadır. Bir başka ifadeyle kuralları ve kurumları 'variationa' (değişime) tabi tutarak aslında kendini model olarak yaklaşan yüzyıla taşımaktadır. Niçin? Çünkü, bugünün savaşı yeni yüzyılın paylaşımı / egemeni olmanın çabasıdır. Bunu "yeni yüzyılın paylaşımı için modern savaşlar" olarak tanımlamak gerekir.

Anılan gelişmenin ortaya çıkardığı olguları kritik ettiğimizde elde edilen noktalar şu şekilde saptanabilir. Avrupa Liberal-Demokratik modelinde iç değişkenlere bir dış değişken olarak "Avrupa (Birlik) Hukuku" değişkeninin eklenmesi zorunlu olmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak hukuk

disiplinleri arasında Avrupa Birliği Sisteminden en fazla etkileneeni Anayasa Hukuku olmaktadır. Anılan gelişme süreci, bugün, özellikle Anayasal değişme ve Siyasal gelişme teorileri ile Kamu yönetiminin anayasal-siyasal yapısının yeniden ele alınmasını gerekli kılmıştır <sup>(1)</sup>. Kamu Yönetimi Bilimi özerkleşerek Anayasal değişimin ve çok değişkene bağlı bir sosyo-politik etkileşimin ortaya koyduğu realitenin gereği, "Kamu Yönetiminin Anayasası" olarak yeni bir disiplin <sup>(2)</sup> oluşturmaktadır. Böylece bir değişimin ve çok değişkene bağlı bir sosyo-politik etkileşimin ortaya koyduğu realitenin yandan teorik yenileşmesini söz konusu gelişmeler sürecine katılarak gerçekleştirme olanağına kavuşurken diğer taraftan da klasik idare hukuku'nun (muhafazakar,

<sup>(1)</sup>Bkz. İrfan PAÇACI: Teori ve Pratikte Supranational Avrupa Topluluk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1991, s. 36 vd. Bakır ÇAĞLAR: "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", Anayasa Yargısı 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 5, Ankara, 1986, s. 164. <<Bugün hafta, XIX. Yüzyıl büyük hukukçuları düşüncelerini tekrarlayan anayasacılar yerine, değişen Zaman Ve Mekan'ın sorunlarını, tehlikesi pahasına, okumaya çalışan "Çıplak ayaklı" anayasacılar ihtiyacı var. >>Bkz. Bakır ÇAĞLAR: "Farklı Bir Mekan'da Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 31, Ankara, 1995, s. 317.

<sup>(2)</sup>Çalışmanın özgün niteliklerinden biri, yeni yaklaşım yanında yeni kavramlar oluşturmuş olması olup, söz konusu orjinal kavramlardan biri olarak bu terminolojik yaklaşım; Kamu Yönetimi özerkleşerek uygulamanın yazdığı bir alan olmaktan kurtulup, teorisini ve anayasal temellendirmesini diğer bir ifadeyle Anayasasını da yapan bir bilim olmakta sosyo-politik nitelikte olguların etkisiyle ortaya çıkan hukuk ve yönetim etkileşimi bileşkesinde Anayasa ve Kamusal Toplumun yeni okunma biçimlerinde bir "Kamu Yönetiminin Anayasası"ndan söz etmek, ya da Kamu Yönetimi Bilimi'nin "Anayasa" sını kurmak tezi ileri sürülmektedir. Böylece "Anayasal Kamu Yönetimi" kavramı değişen hukuk-demokrasi anlayışı yanında bir alt-bilim dalı olma iddiasıyla kurulmakta olan temel yaklaşımın ana eksenini oluşturmaktadır. Nitekim Woodrow Wilson 1887'de ünlü makalesi "The Study of Administration" da, "constitution-writing" çağından "to run a constitution" sorunun önem kazandığı bir döneme geçildiğini vurgularken aslında bir yüzyıl sonranın sorusunu sormaktadır. Bu gün, yazılı-Anayasa ile Devlet İdare cihazını da içine alan yazısız-Anayasa arasındaki münasebetler önem kazanırken, Anayasa da uygulamada etkili bir "İdari" cihazlanmalı Devletin inşası gündeme gelmiş ve klasikleşen Anayasa Hukuku Vaka'larının (Yasama-Yürütme, Hükümet-İdare) sebebinin oluşturulması.

kapalı ve donuk) yapısal hegemonyasından <sup>(3)</sup> kurtulmaktadır. Ayrıca, salt yapısal ve kuralsal durumu anlatan ve yönetimin resmi sözcülüğünü yapan bir yedek bilim dalı olmaktan <sup>(4)</sup> kurtulacak, radikal çözümleri de önerebilen Anayasal-politik alanını da sahiplenerek ve teorik modellerini kurarak uygulamayla bağlantısını inceleme ve realize etme durumunda olacaktır.

**SAPTAMA I :** Avrupa uygarlığında, Avrupa Hukuku değişkeni Avrupa Birliği Sistemi yolu ile Avrupa Liberal-Demokratik Modelinin organik ve yapısal ögesi durumunu almıştır. Bu durum Avrupa ortak kültürünün temel stratejisidir.

<sup>(3)</sup> Kamu Yönetimi, bilindiği üzere Kıta-Avrupası'nda özellikle Fransa da Kamu Hukuku içinde ve İdare Hukuku yörüngesinde ele alınmış, bu sürecin etkisinde gelişen Türk yönetsel tarihinde ki gelişimi de aynı çizgide olmuştur. ABD 'de Örgüt Yönetimi yanında kamu kesimine ilişkin yönetsel inceleme Amme İdaresi adı ile farklılaşarak Devlet yönetimini esas alırken, özellikle 1982 'den sonra YÖK sistemi ile Türkiye üniversitelerine de kaynaklık ettiği görülmektedir. Kamusal otorite, devlet yönetiminin oluşum süreci ile yargı sistemlerinin farklılığı dolayısıyla idareye uygulanacak hukuk bakımından da Kara-Avrupası ile Anglo-Amerikan ülkeleri arasında farklı bir anlayış ve yaklaşım vardır. Bu gün bu iki farklılığın arasında yaşam-değişim sancısı Türk Kamu Yönetimi Bilimi'nin örgütsel bunalımı yanında bir diğer gerçek olarak sürmektedir. Bu açıdan Kamu Yönetimi, alanını arayan, dolayısıyla Hukuk ve özellikle İdare Hukukunun etki ve hegemonyası altında kalmış bir bilim dalıdır. Aslında, anılan disiplin evrensel ölçekte de Dwight Waldo'nun deyimi ile bir "kimlik bunalımı" yaşamaktadır. Bkz. Acar ÖRNEK: Kamu Yönetimi, Metinler Matbaacılık, İstanbul, 1988, s. 22, 26, 28. Cemal MIHÇIOĞLU: Türkiye'de Çağdaş Kamu Yönetimi Öğretiminin Başlangıç Yılları, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları: 568, Ankara, 1988, s. 57 vd. Yahya Kemal KAYA: "Türkiye'de Kamu Yönetimi Öğretimi", Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu Bildirileri, C. II, TODAİE Yayını No: 262, Ankara, 1995, s. 254 vd. Turgay ERGUN: "Kamu.. Yönetimi Disiplininin Gelişmesine Kısa Bir Bakış: Yeni Arayışlar Ve Gerçekler", Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu Bildirileri, C. I, TODAİE Yayını No: 261, Ankara, 1995, s. 1, 10 vd. Bilal ERYILMAZ: Kamu Yönetimi, Erkam Matbaacılık, İstanbul, 1997, s. 11-22.

<sup>(4)</sup> Türk Kamu Yönetimi klasikleri özellikle Cumhuriyet sonrası yazınında, Devletin bir anlamda resmi politikalarının okutulduğu, karşı düşüncelerin ya da analizlerin oluşturulmadığı eserler olarak dikkat çekerken; disiplin de, devamlı bir şekilde formel yapı-ışleyiş bilgilerinin statik, devletçi gelenek içinde resmifileştirilmesi anlayışı içinde gelişmiştir.

## II. AVRUPA LİBERAL - DEMOKRATİK SİSTEMİNİN ORTAK STANDARTLARI CİHAZLANMASI: "YARGIÇLAR SAVAŞI" ("STRASBOURG HUKUKU - LUXEMBOURG HUKUKU" GÖLGESİNDE BİR "SECOND HAND HUKUK")

İşte bu olgu iktisadi politığın devlet siyasası olarak askeri-diplomatik içerikli bir stratejik yön de taşıyarak "Jeo-Hukuk" a dönüşmesi bağlamında "Ortak Standartlar Cihazlanması" <sup>(5)</sup> somutlaştırılmıştır. Bu kurgusal kurumsallaştırma, konjonktürel olanaklarında hemen her önemli dünya olayında karşı (siyasaya göre) eksen açısından geçerliliği olan bir "çifte standart" kurumu olarak ortaya koymuştur <sup>(6)</sup>. Bir diğer anlatımla Demokratik-Liberal dünyanın "temel değer" leri "Ortak Standartlar Cihazlanması" oluştururken, kendi dışındaki dünya için iktisadi ve siyasi etki yaratma yörüngesi ile kayıtlı tutulmuş, bu yörünge dışına çıkıldığında/çatışma halinde (siyasi, iktisadi, sosyal, askeri vb. her durumsalda geçerli) ise, "Çifte Standart" kavramını ikame ederek kurumsallaştırdığı ve "Ortak Standartlar Cihazlanmasının - Çifte Standartlar Cihazlanmasına" dönüşürdüğü/geçildiği görülmektedir. Bir farkla standartlardaki cihazlanmalardan biri yazılı diğer ise yazısız'dır.

**SAPTAMA II:** Avrupa ve ABD 'ni de katarak Batı uygarlığı olarak ifade edersek, bu sistemin ortaya koyduğu "Çift yüzlü

<sup>(5)</sup> Avrupa Demokratik-Liberal Sisteminin oluşturduğu mekanizmaların ilke ve değer topluluğu olarak somutlaşan ve hukuk platformunda "Ortak Standartlar" şeklinde terimleştirilmiş olan bu değer ve ilkeleri, nihai süreçte uluslararası perspektifte politika ve hukuk alanlarında bir "kurumsal" mekanizasyona dönüştürülerek jeo-stratejik nitelik kazanmakta ve "Ortak standartlar cihazlanması" ortaya çıkmaktadır.

<sup>(6)</sup> Söz konusu "çifte standart" kurumu iç ve dış çevresi ile farklı işleyen ters dişliler giydirilmiş bir makina gibidir. İç çevresi sistemin mekansal boyutu ile bir "Avrupa" kültürü ve fiziki sınırlarını belirtmekte, dış çevresi ise bu belirleyici kriter ile somutlaştırılmakta, "standart", bu kriter önünde ölçü norm oluşturarak. "çift" etki - değer ve norm niteliği almaktadır. Bir başka ifadeyle ters dişli ile işleyen makina içe bakan yönü ile ileri, dışa bakan yönü ile geri ancak tek merkez açısından istenilen yöne gitmektedir. Dünya konjoktüründe bu iki zıt yönlü işleyiş, yakın zamanda; Kıbrıs, Bosna-Hersek, Ermenistan-Karabağ vb. olaylarda somut bir şekilde gerçekleşmiştir.

standardizasyon", Maurice Duverger'in ifadesiyle;"Batı'nın İki Yüzü"<sup>(7)</sup> olmaktadır.

Anglo-Saksonların "Devlet" kelimesi karşılığı olarak eşanlamlı kullandıkları siyasal sistem siyasal bilimci David Easton'da olduğu gibi, sistem teorisi<sup>(8)</sup> çerçevesi içerisinde analitik bir kategori olarak tanımlanabilir. Nitekim Anayasa hukuku ve Siyasal bilimler kuşağı içinde baktığımızda Kamu yönetiminde yönetsel işlevin alt yapısını oluşturan Devlet (ajanları vasıtasıyla) kamu hizmetini siyasal kadro ile belirlerken kamusal fayda amacı ile sınırlı, adeta bağımlıdır. Çünkü uygulamada kamu yönetimi ile siyasetin ortak alanlarından ve temel konularından birini Kamusal Politikalar kategorisi oluşturmaktadır. Doğaldır ki teorik olarakta bu konu Kamu Yönetimi Bilimi ile Siyaset Biliminin birlikte çalıştığı bir husustur. Öyleyse toplumsal yaşamın temelinde yer alan çeşitli boyutlardan özellikle siyasi ve hukuki olgular, siyasal ve hukuksal düzeni ve bu düzenin kaynağı olarak karşımıza Anayasa'yı getirmektedir. Gerek Siyaset bilimi ve Kamu yönetimi bilimi gerekse de Anayasa bilimi "Devlet-Toplum" kilit ikilisi üzerinden farklı konular kazanmaktadırlar.

Toplumsal yaşamın uluslararası ilişkiler yönü de düşünülürse bu çerçevede belirtilen ikiliden biri olan "Devlet" in iki boyutu ile işlevsel bir belirleyicilik ve öncelik kazandığı görülmektedir. Nitekim, "Uluslararası toplumda, Devletler, birbirleriyle ilişkide bulunurken, iki hukuk sistemiyle karşılaşmaktadırlar:Uluslararası hukuk ve kendi iç hukukları"<sup>(9)</sup>. Öyleyse, Devlet'in değinilen

<sup>(7)</sup>Duverger; "Batı sistemi bugün, tıpkı 22 yüzyıl önce, resmi Roma paralarını süsleyen çift yüzlü tanrı Janus gibi, birbirine zıt, ama yine de birbirini tamamlayan iki ayrı yüze sahiptir. Ve Batı sisteminin özünü belirleyen şey de bu <<ikilik>> ten başkası değildir." demektedir. Bkz. Maurice DUVERGER: Batı'nın İki Yüzü, (Çev. Cem Eroğul-Fazıl Sağlam), Doğan Yayınları, Ankara, 1977, s. 5.

<sup>(8)</sup>Easton; sistem kavramını, sosyal yaşamın diğer yönlerinden soyutlayarak 'siyasal yaşamı' daha somut saptayabilmek için kullanmıştır. Nitekim, sistem, karşılıklı olarak birbirleriyle iç bağlantıları olan birden çok unsurun aynı amaca dönük olarak bir bütün oluşturmaları olup, siyasal sistem analizinde, etkileşim süreci alt-sistemler arasında da söz konusu olup ayrıca sistemin kendisi de sistemlerden meydana gelirken bir üst- sistemi oluşturan bir öge konumundadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin TEKELİ: David Easton'un Siyaset Teorisine Katkısı Üzerine Bir İnceleme, Günyay Matbaası, İstanbul, 1979, s. 120, 148 vd. Ayrıca alt ve üst sistem kavramlarına ilişkin olarak bkz. Hasan KÖNİ: Genel Sistem Kuramı ve Uluslararası Siyasal Örgütlerde Karar Verme, AİTİA Yayın No: 187, Ankara, 1982, s. 23.

<sup>(9)</sup>Seha L. MERAY: Uluslararası Hukuk ve Örgütler, A. Ü. Basımevi, Ankara, 1977, s. 51. Uluslararası politika da

iki boyutundan ilki Devletin "iç çevresi" olup sosyal boyutu, ikincisi ise Devletin "dış çevresi" olup uluslararası alan içerisindeki yörüngesi olarak ortaya çıkmaktadır. Max Weberci (bürokratik) yaklaşım da Devleti bir cihaz olarak ele alıp incelerken<sup>(10)</sup> onun bu cihazlanmasını anlamaktadır. Bu yapılaşmada cihazlanan devletin sosyalle olan bağlarını düzenlemede temel bir araç olarak "Parti cihazı"<sup>(11)</sup> ortaya çıkmaktadır.

hususunda bkz. Mehmet GÖNLÜBOL: Uluslararası Politika, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 193 vd.

<sup>(10)</sup>Alman sosyolog Max Weber'in ideal tip bürokratik modelinde, örgütsel işlevlerin yerine getirilmesinde her şey kurallara dayalı olarak örgütlü bürolar ve oluşturdukları hiyerarşik yapı içinde gerçekleşir. Bürokrasinin çoğunlukla devletin yönetim biçimi olması, devlet ve bürokrasi sözcüklerinin yakınlaşmasına yol açmıştır. Nitekim "Bürokrasi, bir ülkede kendi gücüne hiç bir sınır tanımayan siyasal erkin, yasal olmayan isteklerini sınırlayan, yönlendiren tüzel bir güçtür." Bkz. İbrahim Ethem BAŞARAN: Yönetim, Gül Yayınları, Ankara, 1989, s. 65. "Çağdaş devletlerde kamu yönetiminin kendisi ve onu oluşturan hemen her örgüt kendi içinde değişik derecelerde bürokratik modele göre örgütlenir ve işler. Dolayısıyla bürokrasi bir örgütlenme biçimi ya da bu biçimde örgütlenmiş idarenin kendisidir." Bkz. Acar ÖRNEK: Kamu Yönetimi, Metinler Matbaacılık, İstanbul, 1988, s. 50, 52.

<sup>(11)</sup>Demokratik bir sistemde, siyasal süreç, toplumun yönetimiyle ilgili farklı görüşlerin siyasal partiler biçiminde örgütlenerek iktidara aday olma yarışmasına dayanır. Siyasal partiler 19. yüzyılda ilk ABD, sonra İngiltere'de ortaya çıkmış ancak modern anlamda ve hukukun düzenleme alanında yer almaları ve bu çerçevede, siyasal partilerin çağdaş demokrasilerin vazgeçilmez unsurları olarak değeriendirilmeleri yeni bir gelişmedir. Liberal demokrasinin sağlamış olduğu ortamdan yararlanarak, iktidara gelen İtalya'da Faşist ve Almanya'da Nazi partileri örneğinden sonra, siyasal partilerin anayasalarda yer almaları ve faaliyetlerinin kurallara bağlanması; hem demokratik düzenin kendisini koruması ve siyasetin hukukileşmesi olgusu olarak, hem de klasik demokrasinin temel ilkelerinden olan "çoğunluğun sınırlanması" ve "azınlığın korunması"nın pozitif hukukta güvenceye kavuşturulması olarak gerçekleştirilmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında siyasal yaşamın temel kurumları olarak siyasal partilerin, anayasal kuruluşlar kimliği kazanması ve partiler rejiminin anayasallaştırılması süreci, ilk kez 1949 tarihli İtalyan Anayasası (Madde 49) ve Batı Alman Anayasası (Madde 21) ile başlamıştır. Bu gelişmeyi diğerleri izlemiştir ; 1958 Fransız Anayasası Madde 4, 1976 Portekiz Anayasası Madde 47, 1961 Türk Anayasası Madde 56, 1982 Türk Anayasası Madde 68, Fransız Kamu Hukukçusu George Vedel "Demokrasi siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz, ancak siyasi partiler yüzünden de son bulabilir." derken, Schatschneider'de "Modern demokrasiyi siyasal partiler yaratmıştır. Modern demokrasiler siyasal partisiz düşünülemez."

Devlet-Toplum d talizminin ilişkilerinde "hukuk" düzenleme görevi yapmaktadır ve bu işlem kamu hukuku terminolojisindeki "Hukuk Devleti" ilkesinin alt yapısını oluşturmaktadır. "Parti" ise, söz konusu ikilide sosyal seslendirme aracı olarak yer alırken bu kilit ikilinin işlevsel bölümünün dinamik unsuru olarak prosesi hazırlayan katalizör konumunda rol oynamaktadır. Böylece "Hukuk Devleti", "demokratik" niteliği elde ederek "Demokratik Hukuk Devleti" ne dönüşmüştür. Bu şekillenme, temelde, sosyalin politikaya ulaşmasıdır ki, bu gerçekleştiği an, teorik olarak demokratikleşmenin de gerçekleşeceği varsayılmaktadır.

**SAPTAMA III:** Söz konusu edilen varsayımdır; "Demokratik Hukuk Devleti" nin kurulması. Demokratizmi en üst aşamada üretmesi düşünülen bu oluşum, s relenme aşamasında sosyalin siyasala katılma göstergelerini de ortaya koymaktadır. Bu temel göstergelerin başında sosyalin iki ilkesi gelmektedir; oğulculuk (Plüralizm) ve Katılımcılık. Form ler yazılımı ile; Sosyal=oğulculuk + Katılımcılık, açık yazılımı ise; Düşüncelerin Açıklanması ki bunun da iki temel elemanı düşüncelerin örgütlenmesi ve siyasal katılım (kamuoyu) olup, diğer faktör de Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Taraf Olma Hakkı'dır.

Sosyalin politikaya ulaşması politikanın demokratik çevresi olup bu durum "Demokratik Sistem" i ortaya çıkarır <sup>(12)</sup>. Düşüncelerin açıklanması, "Düşünce  zg rl ğ " şeklinde demokrasinin zorunlu koşulları gereği, "res iudicato" (en temel-kesin hüküm) ve "sine qua non" (olmazsa olmaz) kurucu öğesini oluşturur. Nitekim, Düşünce  zg rl ğ , kendiliğinden (perse) değer taşıyan, salt bir düşünceyi ya da açıklamayı korumayı amaçlayan bir özgürlük olmayıp, toplumun yönetiminde en uygun c z mlerin bulunabilmesi için her düşüncenin seslendirilerek

vurgulanmıştır. Bkz. Erdoğan TEZİ: Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1991, s. 313, 314. Server TANILLI: Devlet ve Demokrasi, Onur Basımevi, İstanbul, 1985, s. 225 vd. Doğu PERİNÇEK: Anayasa ve Partiler Rejimi, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1985, s. 23, 29, 72, 87 vd.

<sup>(12)</sup>Demokratik sürecin  l tleri konusunda bkz. Robert A. DAHL: Demokrasi ve Eleştirileri, (ev. Levent Köker), Türk Siyasi İlimler Derneği-Türk Demokrasi Vakfı, Yetkin Basımevi, Ankara, 1993, s. 136 vd. Alain Touraine'ye göre demokrasi, ". . . ancak toplumsal sorunlar, serbest seçimle gelmiş hükümetlerin gönüllü müdahalesiyle değişebilecek toplumsal bağların anlatımı olarak tanındığında var olur. "Bkz. Alain TOURAINE: Demokrasi Nedir?, (ev. Olcay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1997, s. 157.

kamuoyuna yansımasını ve halkın katılımını sağlayarak demokrasiyi gerçekleştirmeyi esas alan bir  zg rl ktir. Bu temel amacın demokrasi açısından önemi sebebiyle Liberal-demokratik sistemlerde ana özgürlük olarak kabul edilmiştir <sup>(13)</sup>. Böylece Düşünce  zg rl ği, düşüncelerin örgütlenmesi yolu ile pratikte somutluk kazanırken siyasal katılma ve  zg r kamuoyu oluşumu sağlanacak ve böylece 'Kamu hizmetlerinin yürütülmesine taraf olma hakkı' na da kanal açılmış olacaktır. Tüm bu zincirleme oluşum sosyalin politikaya katılması araçlarını kurarken politikanın demokratik çevresini oluşturacaktır.

Sosyalin-politiğe katılma yolu ise, "Demokratik dönemselsel h r seçimler"  ğesine bağlı olup bu özellik, yukarıdaki göstergelere üçüncü unsur olarak eklenebilir. Diğer bir ifadeyle buna çoğulculuk unsuru da denebilir.

**SAPTAMA IV:** Kamu hukukunun ayırdedici kilit ikilisi "Devlet-Toplum" olurken, düzenleyici kurum "Hukuk", düzenleme alanı ise başta sosyo-politik olmak üzere iktisadi, yönetsel, düşünsel, kültürel vb. toplum ile ilgili tüm alanlardır. Buradaki ereve kavram "Hukuk Devleti", kilit ikilinin pratikleşmesi için sisteme sokulan araç ise "Parti" olmaktadır. Parti'nin; kurumsallaştırıcı, düzeltici, işlevleştirici ve meşrulaştırıcı roller yanında asıl önemli fonksiyonu sistemin "bütünleştirici" akt rt  olabilir.

Ancak ilave etmek gerekir ki "parti", siyasal işlevli bir kuruluş olarak bölünmenin ve parçalanmanın temel aracı'dır. Bütünleştirici rolü bir fonksiyon olmaktan çok, suni ve çoğu kere de (resmi ideoloji gereği) dayatılmış bir görev olmaktadır. Sistemin temel değerlerinden birisi olan "eşitlik" ilkesine de zıt ve aykırı bir oluşumdur.

**SAPTAMA V:** Devlet-toplum bütünleşmesi adı altında ortaya konulan resmi ideoloji / devlet görüşü Demokratik-liberal anlayışla bağdaşmamak-tadır. Sistemin  z  "Devletin ideolojik yansızlığı" esası üzerine kurulmuştur. Böylece, toplumu meydana getiren bireyler dokunulmaz bir alan meydana getirmek amaçlanmıştır. "Demokratik Toplum" un oluşumunda ideolojik yansızlık ve hukuk devleti

<sup>(13)</sup>Bkz. İrfan PAÇACI: Pozitif Hukukta Teori ve Pratikte Düşünce  zg rl ği, İstanbul Üniversitesi S. B. E. , (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1986, s. 293, 298, 184 vd. Ayrıca bkz. Bülent TAN R: TCK. 142. Madde Düşünce  zg rl ği ve Uygulama, Forum Yayınları, İstanbul, 1979, s. 82, 83 vd. Erdoğan TEZİ: "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve örgütlenme  zg rl ği", Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 15, Ankara, 1990, s. 33 vd.

gerekli, ancak , demokratik toplum olgusu ile varolabilen bir durumdur. Diğer bir ifadeyle, Devletin ideolojik yansızlığı ile hukuk devleti ilkesi demokratik toplumdan sonra gelen olgulardır.

Tipik örnek teşkil etmesi nedeniyle Türk Anayasal-Siyasal düzeni açısından konuyu irdelediğimizde ;1961 Anayasasının "Temel Haklar ve Ödevler" i düzenleyen bölümünde 11. madde <<Kanun . . . gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz. >> düzenlemesine yer vermiş ancak 20. 09. 1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanun değişikliğinden sonra sınırlama sebepleri maddeye ilave edilmiş ve <<Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. >> ibaresine yer vermiştir. F. Alman Anayasasından (madde 19/2) alınan "öz" kriteri, yasa koyucuyu da bağlayan bir hakkın ya da özgürlüğün dokunulmaz/çekirdek alanını ifade etmektedir. 1982 Anayasasının "Temel Haklar ve Ödevler" i düzenleyen bölümünde 13. madde <<Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. >> hükmüne yer verilmiştir. Böylece, Anayasada önceki düzenleme olan, Öz kriteri terkedilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden (madde 8, 9, 10, 11) alınan "**Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama**" ilkesi getirilmiştir. Bu ilkenin, öz kriterine göre daha sağlam ve özgürlükleri güvenceye alan bir ölçüt olup olmadığı, gerek öğretide <sup>(14)</sup> gerekse Anayasa yargısında yoğun olarak tartışılmıştır.

## A. TÜRK ANAYASA DÜZENİ AÇISINDAN : "SECOND HAND HUKUK"

### 1. Jürisprüdansiyel Tahlil

Konunun yargı kararları üzerinden saptanabilmesi için, önce Türk Anayasasındaki bu kurala kaynaklık eden Avrupa Konvansiyonu ve yargısında ki karar dökümlerinin incelenerek, temel düşünce trendinin bulunması gerekmektedir. Ancak,

<sup>(14)</sup> "Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri" konusunda detaylı bilgi için bkz. Mehmet TURHAN: "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", Anayasa Yargısı 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 21, Ankara, 1991, s. 407 vd. Ergun ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 81 vd. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 234 vd. Necmi YÜZBAŞIOĞLU: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İ. Ü. Yayın No. 3762, İstanbul, 1993, s. 308 vd. Bakır ÇAĞLAR: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 15, Ankara, 1990, s. 93 vd.

bundan önce teorik yapının analitik değerlendirmesi kritik önem taşımaktadır.

1982 Anayasasında kullanılan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriterinin bu Anayasa ile benimsenmiş olan demokratik toplum düzeni anlayışı mı, yoksa çağdaş Liberal demokrasilerin ortaya koyduğu evrensel demokrasi nitelikleri mi sorusu temel bir sorundur. Bu sorunun devamında hemen akla gelen ikinci bir husus;Anayasa da ki demokratik toplum düzeni yaklaşımı ile Liberal anayasaların ortaya koyduğu değerler arasında bir çelişkinin olup olmadığıdır. Cevabı aynı olan bu sorulara yine Anayasa ya başvurarak açıklık getirmek gerekirse;Anayasa'nın sadece ilk birkaç sayfasına (Başlangıç ve Genel Esaslar kısmı) göz attığımızda dahi bu konu ile ilgili verileri bulmak mümkündür.

Başlangıç kısmı paragraf 3: <<Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, **egemenliğin**. . . Türk Milleti'ne ait olduğu ve . . . kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu **Anayasa'da gösterilen** hürriyetçi **demokrasi** ve bunun icaplarıyla belirlenmiş **hukuk düzeni dışına çıkamayacağı**;>>

paragraf 4: <<Hiçbir düşünce ve mülhazanın. . . karşısında korunma göremeyeceği...>>

paragraf 5: <<Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden. . . yararlanarak . . . maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme . . .>>

paragraf 6: <<Fikir, inanç ve kararlarıyla anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere;>>

Madde 2: <<Türkiye Cumhuriyeti . . . başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, . . .>>

Madde 5: <<Devletin temel amaç ve görevleri, . . . demokrasiyi korumak, . . .>>

Madde 6: <<Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz. >>

Madde 11: <<Anayasa hükümleri . . . organlarını, . . . makamlarını. . . kişileri bağlayan . . . kurallardır. >>

Ayrıca belirtmek gerekir ki;

Madde 176: <<Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir. >>

Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını incelediğimizde konu ile ilgili olarak izlenen gelişme, örnek kararlar üzerinden şu şekildedir.

I. Anayasa Mahkemesi 3218 sayılı "Serbest Bölgeler Kanunu" ile ilgili 1986/23 sayılı kararında;

<<Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur. >><sup>(15)</sup> görüşünü ortaya koymuştur.

SONUÇ :Böylece, Mahkeme, Anayasa da düzenlenmiş olan demokrasiyi "milli demokratik toplum düzeni" tezini benimsemiştir.

YORUM :1982 Anayasası getirdiği "demokrasi" anlayışını Anayasa Mahkemesine de tescil ettirerek, çağdaş Liberal-Demokratik Anayasa çizgisinin dışında yer almıştır.

II. Anayasa Mahkemesi 2559 sayılı "Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun bazı maddelerini değiştiren 3233 sayılı Kanunu" uygunluk denetimine ilişkin 1986/27 sayılı kararında;

<<Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler , ancak;istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlükleri

<sup>(15)</sup>E. 1985/21, K. 1986/23, K. T. 6. 10. 1986, AYMKD. S. 22, s. 224.

Bu konuda Anayasanın getirdiği önemli bir kalıp, Başlangıç kısmında 5. paragrafta yer alan, "Bu anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı; " hükmüdür. Bilindiği üzere, (Anayasa Madde 176 gereği) başlangıç kısmı, Anayasa metninden sayılmakta olup; <<1982 Anayasasının demokrasi kavramını "millileştirmesi" ve "bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni" içine hapsedmesi, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" güvencesini daha da aşındırmaktadır. >>Bülent TANÖR: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 209. Yüksek Mahkemenin anılan kararıyla bu durumun tescilli yapılmış olmaktadır. 1982 Anayasası'nda öngörülen demokratik sistemin ana hatları için bkz. Oktay UYGUN: Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi: 12, Ankara, 1996, s. 30vd.

<sup>(16)</sup> E. 1985/8, K. 1986/27, K. T. 26. 11. 1986, AYMKD. S. 22, s. 364-366.

kısıtlamanın bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır. >><sup>(16)</sup>

SONUÇ : Yüksek Mahkeme bu kararı ile, önceki görüşünden ayrılarak farklı bir yaklaşım tarzı ortaya koymuştur. Bu kararlar başlatıp sürdüreceği yeni çizgisinde;"demokratik toplum düzeni gerekleri" kriterini özgürlüklerin özü ile özdeş sayarak, hem evrensel demokratik ölçüleri, hem de "hakkın özü" kavramını birlikte sentezleyerek yorumlamıştır.

YORUM : Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nda yer almayan "öz" kavramını demokrasinin temel değerleri içinde yorumlayarak kullanmış, ayrıca "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" ni, Anayasa'nın başta "Hukuk Devleti" olmak üzere diğer ilkeleri ve "Kısıtlamanın koşulları" ile birlikte değerlendirmişti

Karar, 1982 Anayasası'nın "Demokrasi" çizgisinin aşılması, çağdaş Liberal-Demokrasi anlayışına geçişin ve böylece de "Avrupa Anayasa Hukuku" na kapı aralamıştır<sup>(17)</sup>.

## 2. Üç Aşamalı Tespit ve Farklı Bir Yorum

Yüksek Mahkeme konu edilen kararında; Aşama I) Demokratik toplum düzenini klasik demokrasi olarak değerlendirmiştir.

Aşama II) Demokratik toplum düzeninin gereklerini de bu klasik demokrasi çerçevesinde belirlemeye yönelmiştir.

Aşama III) "Özgürlükçü olmak", "Hukuk devleti olmak" ve "Kişiyi ön planda tutmak" gibi unsurları demokratik toplum düzenine ilişkin özellikler olarak saptamıştır.

Mahkeme referans olarak aldığı Avrupa Sözleşmesinin kurumlarınca bilinen tanımlayıcı ve yorumlayıcı değerlendirme usulüne uymamıştır. Belirttiği unsurların somut açıklamasını ve değerlendirmesini yapmamıştır. Ayrıca Anayasanın

<sup>(17)</sup> 1982 Anayasası'ndaki Demokratik-Liberal sistem tercihi ve İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu 'ndan ödünç alınma düzenlemeler bu durumu kaçınılmaz kılmıştır. Örneğin, Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler kısmında genel hükümler ile ilgili "Genel Gereğe" sinde; ". . . insan hakları konusunda Türkiye'nin imzalayıp onaylamış bulunduğu ve bu sıfatla milli hukukumuzda dahil sayılan uluslararası andlaşma ve sözleşmeler, . . . göz önünde tutulmuştur. " ifadesine yer verilerek bu hususa ilişkin Anayasal yaklaşım belirlenmiştir. Bkz. Atilla ÖZER: Gerekeçli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası Bilim Yayınları, Ankara, 1984, s. 61.

<sup>(18)</sup>Bkz. 21. 4. 1987 tarih ve 19438 sayılı R. G.

<sup>(19)</sup>Bkz. 19. 1. 1991 tarih ve 20760 sayılı R. G.

2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin kavramları da unsurlara dahil ederek; Anayasanın başlangıç hükümlerini de dolaylı olarak demokratik toplum düzeni unsurları arasında değerlendirmiştir.

Bu noktada önemli bir husus Türkiye'nin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na "Bireysel Başvuru Hakkı" nı çekinceler kapsamında kabul etmesidir. Türk Hükümetince 28. 1. 1987 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne iletilen üç yıl süreli bir Bildirimle, Sözleşme'nin 25. maddesi tanınırken eklenen kayıtlarda Komisyon'un dilekçe alma yetkisi belli "hususlara" bağlı olarak kabul edilmektedir. Bu çekince konularından biri;"Bu beyanla Komisyona tanınan yetki bakımından Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında yer alan "demokratik bir toplum" kavramı, Türk Anayasasında yer alan ilkelere ve özellikle Anayasanın dibacesi ve 13. maddesine uygun olduğu şeklinde anlaşılmalıdır" (18) kaydı taşırken, Türkiye'nin 19. 1. 1991 tarihli ikinci Bildiriminde bu düzenleme;"Bu beyanla Komisyona tanınan yetki bakımından Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri, Dibacesi dahil Türk Anayasasında belirgin şekilde ifade edildiği üzere, Türkiye'deki 'toplum yaşamını tanımlayan yasal ve gerçek vasıfları' (Avrupa İnsan Hakları Divanı, 23 Temmuz 1968 tarihli hüküm, sayfa;34) özellikle vurgulayacak şekilde yorumlanacaktır. " (19) şeklini almıştır.

(20)Bkz. Edip ÇELİK: "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Bireysel Başvuru ve Çekinceler", MHB Bülteni, (Özer Eski yurt'un Anısına Özel Sayı), S. 1-2, Y. 10, 1990, İ. Ü. Basımevi, İstanbul, 1993, s. 58. Edip ÇELİK: "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Bireysel Başvuru Hakkı ve Türkiye", (Bahri Savcı'ya Armağan), Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, Ankara, 1988, s. 22 vd. Edip ÇELİK: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), S. 1-3, Y. 9, 1988, İ. Ü. Basımevi, İstanbul, 1990, s. 55, 56. Sevin TOLUNER: "Türkiye'nin Bireysel Başvuru Hakkını Tanıma Beyanının Milletlerarası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", MHB Bülteni, (İnsan Hakları Özel Sayısı), S. 2, Y. 8, 1988, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 244 vd. Naz ÇAVUŞOĞLU: "Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na Kişisel Başvuru Hakkını Tanıma Bildirimine Koyduğu 'Hususlar' Üzerine Bir Not", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, (A. Ü. SBF İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını), Mayıs-Eylül 1991, C. I, S. 2-3, s. 27vd. Mesut GÜLMEZ: İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 1996, s. 20vd

(21)1982 T. C. Anayasası Geçici Madde 15: "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 4. 3. 1991 tarihli, Güney Kıbrıslı üç kişinin Türkiye'yi şikayeti üzerine, başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin verdiği "Chrysostomos v. Turkey" kararında, Sözleşme'nin insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal nitelikte bir belgesi, olduğunu açık ve kesin bir dille belirtmekte olup, "Anayasal nitelikteki kurallar ise ancak aynı nitelikteki kurullarla değiştirilebilir, sınırlandırılabilir, kaldırılabilir. İşte bu nedendir ki, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Türkiye'nin bireysel başvuruya ilişkin bildiriminde yer alan bütün çekinceleri geçersiz saymıştır. " (20)

süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini . . . kullanan Milli Güvenlik Konseyinin . . . hükümetlerin . . . Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cazai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı . . . hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır. Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararname ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez. "

(22)Bakır ÇAĞLAR: "Kıt'a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi", Anayasa Yargısı 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 27, Ankara, 1993, s. 259, 260. Nitekim, Avrupa Konsey'i, İkinci Dünya Savaşı ertesinde Avrupa Birliği kurulması yolunda temel rol oynayan, Avrupa'yı oluşturan ulusların kültür ve demokrasi konuları başta olmak üzere bir "Avrupa" bilinci yaratma çalışmalarının ortak mekanını oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi Statüsü'nün ilk maddesinde bu amaç ifade edilmiştir. Bkz. Rebecca M. M. WALLACE: International Law, A Student Introduction, Sweet & Maxwell, London, 1986, s. 177, 178.

(23)Bakır ÇAĞLAR: "Kıt'a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi", Anayasa Yargısı 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 27, Ankara, 1993, s. 259, 260. Nitekim, Avrupa Konsey'i, İkinci Dünya Savaşı ertesinde Avrupa Birliği kurulması yolunda temel rol oynayan, Avrupa'yı oluşturan ulusların kültür ve demokrasi konuları başta olmak üzere bir "

(24)E. 1987/16, K. 1988/8, K. T. 19. 4. 1988, AYMKD. S. 24, S. 108. RG. 23. 8. 1988, S. 19908.

(25)E. 1989/6, K. 1989/42, K. T. 7. 11. 1989, AYMKD. S. 25, s. 410. RG. 6. 4. 1980, S. 20484.

(26) E. 1988/14, K. 1988/18, K. T. 14. 6. 1988, AYMKD. S. 24, s. 254. RG. 14. 7. 1988, S. 19872.

(27) E. 1990/7, K. 1990/11, K. T. 21. 6. 1990, AYMKD. 26, s. 243, 244. RG. 4. 2. 1991, S. 20776.

(28) E. 1962/208, K. 1963/1, K. T. 4. 1. 1963, AYMKD. S. 1, s. 74.

(29)E. 1963/25, K. 1963/87, K. T. 8. 4. 1963, AYMKD. S. 1, s. 228.

### 3. Bir Başlangıç Paragrafı, İki Madde ve Kısaltılmamış Bir Dip Not İbaresini : “Bakınız”

Böylece Anayasa Mahkemesi, “çağdaş Liberal Demokrasi anlayışını” da adeta 1961 Anayasası dönemindeki anlayışın gerisine çekmiş, belki de bu duruma, 1982 Anayasasının “kapalı demokrasi anlayışı” ndan (ilk kararındaki ‘Anayasa’da gösterilen demokrasi’ yaklaşımındaki çizgiyi de aşmak için) “1982 Anayasasının evrensel demokrasi anlayışı” na koridor açmak istemiştir. Bir başka anlatımla, hem “Milli demokrasi, Milli demokratik düzen” anlayışı, hem de “Klasik demokrasi, Demokratik toplum düzeni” anlayışına yer veren bu denklemin eşitliği, “Milli demokrasinin benimsediği klasik demokrasi - Milli demokratik düzen anlayışının benimsediği demokratik toplum düzen anlayışı” dır. Aksi, 1982 Anayasasının Anayasal düzeninde mümkün değildir. Bakınız yukarıyada aldığımız ANAYASA BAŞLANGIÇ KISMI paragraf 2 , madde 11 ve madde 176. Destekleyici bir ilave , Geçici Madde 15. <sup>(21)</sup>

**SAPTAMA VI :** Avrupa Konvansiyon Hukuku, ilke ve kurumları ile konulmuş kurallardan çıkmadan daha çok (Avrupa Mahkemesi) yarğçılarınca konulan kuralların ve değişen kurumsal ve politik çerçevede çözüme kavuşturulan Anayasal uzlaşmazlıklara;değer, ilke, kurum, politika ve coğrafya olarak “Avrupa” rengi veren, jüridik - politik - hukuk karakterli jeo - stratejik “sistem üssü” ‘dür. İfade edilmeyen bu, söylenen ise “Bugün Avrupa Mahkemesi, . . . Konvansiyonu ‘yaşayan bir belge’ olarak yeniden yorumlamak durumunda. . . ” <sup>(22)</sup> olduğudur.

Türk Anayasa Mahkemesinin karar dökümlerine baktığımızda;daha sonraki 1987/11, 1988/8, 1988/18, 1989/26, 1989/42, 1990/11, 1990/13 sayılı kararlarında özgürlüklerin sınırlanmasında “ölçülülük” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ilkelerini birlikte kullandığı görülmektedir. Mahkeme, 1982 Anayasasında yer verilmeyen 1961 Anayasasındaki sınırlamanın sınırı olan “öze dokunmama” unsurunu, “kullanılabilirlik testi” olarak 1982 Anayasasının temel kriteri içine taşımış, böylece, “Anayasal değerde ilke” olarak Anayasallık bloku içine almıştır.

Türk Anayasal sürecindeki kilit sorun da pratik bir çözüme kavuşturulmuş; iki Anayasa arasındaki farklılığın oluşturduğu, Anayasal

çizgideki kopukluğu, içtihadı bütünleşmeye götürerek (Anayasa yargısında) gidermeyi ve sürekliliği sağlamaya çalışmıştır. Nitekim tipik karar örnekleri olması açısından Anayasa Mahkemesi;

1988/8 sayılı kararında; <<. . . temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılmaz. . . Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır. >> <sup>(23)</sup>

1989/42 sayılı kararında;  
<<Hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen düzenlemeler, önleyen uygulamalar, tümüyle geçersiz kılan oluşumlar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz. Güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde ve ağırlıkta olamaz. >> <sup>(24)</sup>

1988/18 sayılı kararında;  
<<Düzenleme, . . . hakların özüne dokunmadığı gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı değildir. >> <sup>(25)</sup>

1990/11 sayılı kararında;  
<<. . . uygulama ile . . . hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceği için dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu da düşünülemez. >>, <<Bu bakımdan, . . . hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceğinden. . . Anayasa’nın 13. maddesinin ikinci fıkrasına uygun biçimde sınırladığı kabul edilmelidir. >> <sup>(26)</sup>  
şeklinde somutlaşan değerlendirmeler yapmıştır.

1961 Anayasası döneminde “Öz kriteri”, Anayasa Mahkemesi kararlarında;

Anayasa Mahkemesince, hakkın özü ile ilgili ilk ve ayrıntılı değerlendirme, 6761 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürütüşleri Hakkındaki Kanunun denetimini yaparken verdiği 1963/1 sayılı kararında yer almıştır.

“Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmayı önleyici ve etkisini ortadan kaldırıncı nitelikteki hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur. ” <sup>(27)</sup>



Anayasa Mahkemesi, 38 sayılı Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkındaki Kanunun Anayasa'ya uygunluğu denetimini yaparken verdiği 1963/87 sayılı kararında;

"Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki, o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir." (28)

Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası vermiş olduğu 1976/51 karar sayılı kararında önceki çizgisini oluşturduğu 1964/8, 1963/83, 84 ve 87 karar sayılı kararlarındaki "öze dokunmazlık" ilkesine dayalı içtihadına süreklilik ve istikrar kazandırdığı görülmüştür.

Hakkın ve özgürlüğün özüne dokunma yasağı yaklaşımını Bonn Temel Yasası (Md. 19/2) 'ndan alarak 53. maddesinde formüle eden, 1978 tarihli İspanya Anayasası, bu düzenlemeye uygulamada, Anayasa Mahkemesinin 8/4/1981 tarihli (Türk Anayasa Mahkemesince oluşturulan içtihat'a benzer) bir kararı ile işlerlik kazandırmıştır.

Yüksek Mahkeme; "öz içeriği" ni tespitite birbirini tamamlayıcı iki metod kullanmıştır.

Metodlardan ilki; "her temel hakkın yasamayla maddileştirilmeden önce kavramsal olarak varolduğu ve opinion juris'in, normatif hal öncesinde ifadesini bulan bu hak ve hürriyetin muhtevasını tayin ettiği";

İkincisi; "bir hak ve hürriyetin kullanılmasını zorlaştıran ya da zorunlu korumasını yok eden kayıtları öz tahriri", saymasıdır (29).

Öze dokunma yasağı tekniği Avrupa Birliği Mahkemesince de kullanılmıştır (30).

(29)Bkz. Bakır ÇAĞLAR: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 15, Ankara, 1990, s. 93.

(30)Adalet Divanı, temel hakların sınırlanmasında geçerli olacak kriter hususunda, sınırlamanın ulusal hukukta geçerli olan "özün ihlal edilmemesi" ilkesini benimsemiştir. Nitekim, Topluluk Hukukunda İnsan hakları konusuna ilişkin tipik karar örneği olması açısından Mahkemenin 14. 5. 1974 tarih ve 4/73 sayılı "Nold" kararında Mahkeme, "... hakların belirli ve meşru biçimde Topluluk Hukuku içerisinde sınırlansa bile, özünün saklı tutulması gerektiği. ..." ayrıca, 28. 10. 1975 tarih ve 36/75 sayılı "Rutili c. Ministère de l'Intérieur" kararında Mahkeme, "... hak ve hürriyetlere getirilen kayıtların uygunluğunu denetlerken de, "öz" ün korunması, demokratik bir toplumda zorunluluk ve ölçünlülük prensiplerini kullanmaktadır. Ayrıca Divan'ın 15. 6. 1976 tarih ve 26/75 sayılı kararı ile 22. 6. 1976 tarih ve 119/75 sayılı kararında da temel hakların özüne dokunulamayacağı vurgulanmıştır. Bkz. Hüseyn

Öyleyse, öz kriteri, Bonn Temel Yasası, 1961 Türk Anayasası ve İspanya Anayasası 'nda ulusal hukuklar içinde düzenlenirken Avrupa Birliği yargı yeri vasıtasıyla da uluslararası hukuk ekseninde yer almıştır.

**SAPTAMA VII:** Demokratik Liberal Sistem içinde temel insan hakları ve altyapısını oluşturan değerler konusunda bir uzlaşma (consensus) gerekli ve zorunlu olurken, oluşan, "Anayasa" çizgisi; Çağdaş Demokratik Liberal Sistemlerin Ortak Standartları kavramını ve uluslararası planda da Sözleşmeler yolu ile oluşturulan "Cihazlar" da koruma ve ortak uzlaşma değerlerini yaygınlaştırarak, somutlaşmaktadır. Bu karşılıklı etkileşimin kurucu işlevi, İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna "bireysel başvuru hakkı" mekanizması ile, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne , Milli Anayasal sistemler üzerinde tesis edilmiştir. Bu perspektif içinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve oluşturduğu değerler ve bu çerçevede "demokratik toplum düzeni" kıstası kritik bir önem ve anlam kazanmıştır. Çünkü, Avrupa kültürü, Mahkeme - Sözleşme dialektiğinde Demokrasi ve İnsan hakları ön görülütü, Avrupa Liberal Anayasa Hukuku içerikli bir "rejim" modeli ortaya koymaktadır.

## B. AVRUPA KONVANSİYON DÜZENİ AÇISINDAN : "STRASBOURG YARGIÇLARI HUKUKU"

### 1. Avrupa Kamu Düzeninin Kuruluşu

Belirtilen yöntemin özünde yer alan Sözleşme Kurumları, üye ülkelerin hukuklarına da yollama yaparak "Avrupa standardı" nı "demokratik düzen";unsurlarını da, yargısal içtihat yolu ile oluşturduğu "Demokrasi anlayışı" biçiminde kurumsallaştırmıştır. Başka bir ifadeyle, bu kurumsallaşma "Avrupa Demokrasisi Toplum

PAZARCI: "Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeninde İnsan Haklarının Korunması ve Türkiye", (Bahri Savcı'ya Armağan'dan Ayır Baskı), Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları: 7, Ankara, 1988, s. 393, 395vd. Ayşe Füsün ARSAVA: Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, A. Ü. SBF Yayınları: 545, Ankara, 1985, s. 308. P. S. R. F. MATHIJSEN: A Guide To European Community Law, Sweet And Maxwell, London, 1985, s. 263. Richard PLENDER: A Practical Introduction To European Community Law, Sweet And Maxwell, London, 1980, s. 16-31. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 613.

Düzeni Anlayışı ve Gereklere” olarak Formüle edilip, Avrupa ve Demokrasi ortak (mekan-değer) paydasında bütünleştirilmiştir. Bu olgunun günümüzde bir başka aktörü, kurucu antlaşmalarında<sup>(31)</sup> nihai amacı siyasi birlik olarak saptanan ve adım adım bu amacı gerçekleştiren ve ismi, 7. 2. 1992 tarihinde Maastricht’te imzalanarak 1. 11. 1993’de yürürlüğe giren geniş kapsamlı değişiklikler ile Avrupa Topluluğu üzerine kurulan “Avrupa Birliği Andlaşması” (Maastrich Andlaşması)<sup>(32)</sup> ile değiştirilen “**Avrupa Birliği**” dir. Bu oluşum sürecinin temel noktalarında yer alan kararlara baktığımızda, anılan demokrasi anlayışı ve demokratik düzenin unsurlarını, kısaca Avrupa uygarlığının “*Demokratik Toplum Düzeni ve Gereklere*” saptayabiliriz.

Avrupa Mahkemesi;

Handyside Davası’nda, Londra’da yayınevi sahibi olan İngiliz vatandaşı Richard Handyside, iki Danimarkalı yazdığı ve ilk baskısı da orada yapılmış ayrıca bir çok ülkede çevirisi yayınlanan, bir bölümünde seksüel sorunların işlendiği, 1970 Eylülünde yayım hakkını satın aldığı <<Öğrenciler için küçük kırmızı kitap>> isimli eseri Birleşik Krallık’ta yayınlamıştır. Kitabın dağıtım öncesinde basında geniş bir tanıtımı yapılmış, hatta kitaba ilişkin olarak gazete ve dergilerde eleştirel yazılar çıkmıştır. Ancak, İngiliz makamları, müstehcen yayınlarla ilgili 1959 ve 1964 tarihli yasalar

<sup>(31)</sup> 18. 4. 1951 tarihinde imzalanan “Paris Antlaşması”, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu’nu, 25. 4. 1957 tarihinde imzalanan “Roma Antlaşması” da Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu’nu kurmuş olup, 8. 4. 1965 tarihinde imzalanan Fusion (birleşme) Andlaşmasıyla bu üç kuruluş, 1. 7. 1967 tarihinden itibaren tek Konsey ve Komisyon oluşturarak, “Avrupa Topluluğu” adını almıştır. Bkz. İrfan PAÇACI: “Avrupa Topluluğu’nun Doğuşu ve Tarihsel Gelişimi”, Türk İdare Dergisi, (İçişleri Bakanlığı), Y. 60, S. 381, Ankara, Aralık 1988, s. 265 vd. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 6 vd

<sup>(32)</sup> Adını imzaladığı Hollanda’nın Maastricht kasabasından alan Antlaşma, Avrupa bütünleşme sürecinin prensipleri ve kurumsal yapısı hakkında bir dizi karar içermekte olup, Avrupa Birliği düşüncesini resmi bir yapıya kavuşturmuştur. Antlaşma’da; Ekonomik ve parasal birlik, Avrupa vatandaşlığı, Ortak güvenlik ve dış politika konularında yenilikler getirilmiş, Avrupa Birliği’nin, Avrupa Topluluğuna dayandığı ve hükümetler arası işbirliği mekanizmaları ile tamamlandığı belirtilmiştir. Bkz. Emile NOEL: Working Together-The Institutions Of The European Community, Office For Official Publications of The European Communities, Luxembourg, 1994, s. 6. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 3.

uyarınca 30. 3. 1971 tarihinde tedbir almış, kitabın basımcı ve yayıncıdaki nüshalarına el konmuş ve kitap takibat konusu yapılmıştır. Mahkeme, el konan kitapların imhası ile para cezasına hükmetmiştir. Handyside’in bir üst derece mahkemesine başvurusu da sonuçsuz kalmıştır. Hanyside, 13. 4. 1972 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak, İngiliz makamlarının ifade hürriyetini,<sup>(33)</sup> mülkiyetten yararlanma hakkını,<sup>(34)</sup> ihlal ettiğini ayrıca Büyük Britanya’nın kendisine görüşlerinden dolayı ayırım gözetmeksizin hak ve hürriyetlerden yararlandırma sağlamadığını<sup>(35)</sup> iddia etmiştir.

İnsan Hakları Mahkemesi 7. 12. 1976 tarihli Handyside Dava’sı kararında, iddia konusu Konvansiyon ve I Numaralı Protokol’ün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme kararında;dava konusu edilen kayıtlama amacının meşru olup olmadığı konusunu araştırarak ahlaki değerlerin korunmasını meşru amaç olarak benimsemiştir. Mahkeme’ye göre, “ifade hürriyeti demokratik bir toplumun kurucu unsurlarından biridir ve bu hürriyet, tahrik ya da rahatsız eden düşünceler için de geçerlidir. Bu alanda getirilen kayıtlamalar meşru amaçla orantılı olmalıdır ve bu konuda ileri sürülen gerekçelerin yeterli olup olmadığına karar verme yetkisi de Mahkemenindir.”<sup>(36)</sup>

Avrupa Mahkemesi bu kararında, “ifade hürriyetinin sadece genel kabul gören, etkisiz ya da zararsız sayılan haber ya da düşünceler için değil ama Devleti ya da toplumun belli bir kesitini sarsan ya da rahatsız eden haber ya da düşünceler için de geçerli olduğunu söylemiştir.”<sup>(37)</sup>

<sup>(33)</sup> Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Madde 10.

<sup>(34)</sup> Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek I nolu Protokol Madde 1.

<sup>(35)</sup> Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Madde 14. Bkz. Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları (Temel Metinler ve Açıklamalar): Dış Politika Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 7. Handyside Davası ile ilgili olarak bkz. Feyyaz GÖLCÜKLÜ: “Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü”, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE-İnsan Hakları Araştırma Merkezi), Y. 2, 1990, s. 45 vd. , 67 vd.

<sup>(36)</sup> Bkz. naklen Bakır ÇAĞLAR: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 15, Ankara, 1990, s. 86, 87. Avrupa Sözleşmesi’nde yer alan insan haklarından yararlanma konusuna ilişkin temel veriler ile karar dökümleri için bkz. Hüseyin PAZARCI: Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, A. Ü. SBF Yayınları 571, Ankara, 1989, s. 188vd.

<sup>(37)</sup> Bkz. Bakır ÇAĞLAR: “Demokrasi Anlayışı Yenilenirken: Anayasal Demokrasi”, Anayasa Yargısı

Divan söz konusu kararında, “demokratik toplumun en önemli unsurlarını”; “hoşgörü”, “çoğulculuk” ve “açık düşünce” olarak belirtmiştir.

Mahkeme, 10. 10. 1977 tarihli “Rassemblement jurassien et Unite jurasienne c. Suisse” Davasında; silahsız ve saldırısız toplanma hürriyetinin, demokratik toplumun kurucu haklarından olduğu vurgulanarak, bu hak, üçüncü kişilerin müdahalesine karşı da korunmuştur. Ayrıca, Komisyon tarafından ülkenin siyasi ve sosyal yaşamının kurucu unsuru olarak da bu hakkın altı çizilmiştir<sup>(38)</sup>.

Divan, daha sonra verdiği, 6. 9. 1978 tarihli Klass and Others v. Germany ve 26. 4. 1976 tarihli Sunday Times kararlarında, düşünce özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki temel niteliği tekrar vurgulanmış, 8. 7. 1986 tarihli Lingens kararında, “sadece belirli düşüncelerin ve bilgilerin değil, toplumu sarsabilecek görüşlerin dahi açıklanabilmesi ve demokrasinin vazgeçilmez unsurları olan, hoşgörü, çoğulculuk ve açık düşünce unsurlarını” tekrarlayarak, Handyside kararındaki içtihadını sürdürmüştür. Lingens kararında;Demokrasinin işleyişinin serbest fikri tartışma ve yarattığı çok sesli ortam ile gerçekleştiği ve öne sürülen düşüncelerin sivil toplum gelişiminin temeli olduğu ve gerçeklik değerlendirmesi dışında kalacağı belirtilmiştir. Denetim dışı kalan felsefi, ideolojik ve dinsel içerikli her türlü bireysel düşünce ve toplu anlayışlar karşısında devlet ve organlarının tam bir tarafsızlık içinde olma yükümlülüğü vurgulanmıştır<sup>(39)</sup>.

10, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 28, Ankara, 1993, s. 266. Nitekim, Divan kararında; “. . . düşünceleri açıklama özgürlüğü. . . ayrıca Devlet’e ve toplumun belirli bir bölümüne karşı gelen, onları şoke eden ve rahatsız eden düşüncelerin açıklanması açısından da geçerlidir. . . Nitekim, demokratik toplumun en önemli unsurlarını oluşturan, çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık düşüncesi, bunu gerektirir. ” diyerek, hem düşünce özgürlüğüne açıklık getirmiş, hem de onun demokratik toplumun kurucu unsuru olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 236. Necmi YÜZBAŞIOĞLU: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İ. Ü. Yayın No: 3762, İstanbul, 1993, s. 303. Ayrıca bkz. Osman DOĞRU: İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 67.

<sup>(38)</sup>Bakır ÇAĞLAR: “Kit’a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi”, Anayasa Yargısı 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 27, Ankara, 1993, s. 258.

<sup>(39)</sup>Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu: Özgürlükler Hukuku, AFA Yayınları, İstanbul, 1996, s. 177, 178. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 237.

Divan 13. 8. 1981 tarihli Young, James ve Webster kararı<sup>(40)</sup> nda, “demokrasi, çoğunluğun görüşünün sürekli olarak üstün olmasından ibaret değildir;tersine, azınlığa da hak tanınması ve üstün durumda olan tarafın bu durumunu istismar etmemesi yönünde bir dengeyi gerektirir”<sup>(41)</sup> diyerek “Plüralizm” ilkesini *kurumsal işlevi* yanında *ideolojik anlamda* da benimsemiştir. Ancak altını çizmek gerekir;bu çoğulculuk, Sözleşme<sup>(42)</sup> ve Kurumlarının belirlediği sınırlar içinde kalan bir çoğulculuk ve demokrasi anlayışıdır. Mahkeme 22.

<sup>(40)</sup>Üç İngiliz demiryolu işçisi, Ian Mc Lean Young, Noel Henry James ve Roger Webster’in belirli sebeplerle sendikaya üye olmayı reddetmeleri sonucunda, hizmet akitlerinin 1974 yılında kabul edilen Sendikalar ve İş münasebetleri Kanunu’na göre feshedilmesi ile bu uygulamanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 9, 10, 11 ve 13. maddelerini ihlal ettiği gerekçesi ile Komisyona başvurmuş ve dava Avrupa Mahkemesi’nde 13. 8. 1981 tarihinde karara bağlanmıştır. Bkz. Bakır ÇAĞLAR: Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 145, 146.

<sup>(41)</sup>Bkz. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 238, 239.

<sup>(42)</sup>Sözleşme Madde 17’ ”Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlette , topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burarda öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir faaliyete girişme, ya da eylemde bulunma hakkını sağladığı şeklinde yorumlanamaz. ”. Not etmek gerekir ki iki Dünya Savaşı arasında Avrupa’da yaşanan Faşist diktatörlük rejimleri (Almanya’da Nazizm, İtalya’da Faşizm) ve özellikle Almanya’da ki Weimar Anayasasının ortaya koyduğu tecrübe, Anayasacılık açısından “Laboratuar dönem” olarak savaş sonrası Anayasaların yapımında dikkate alınarak; siyasi partilerin anayasal rejimi yanında Anayasa Mahkemeleri ile anayasal yargı gibi düzeltici mekanizmalarla donatılan

“Koruyucu/Mücadeleci/Militan Demokrasi” anlayışı getirilmiştir. Nitekim Komisyon’un Demokrasilerin kendini koruma zorunluluğu olduğu düşüncesi, 20. 7. 1957 tarihinde verdiği “Alman Komünist Partisi c. /Almanya” kararında somutlaşarak, 17. 8. 1956’da Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından Anayasa dışı olduğu gerekçesi ile kapatılan Alman Komünist Partisi’nin başvurusunu, ideolojisi nedeniyle Sözleşmenin 17. maddesi kapsamına girdiğine hükmederek reddetmiş, 21. 1. 1976 yılında da İtalya’da 1952 tarihli, “her ne yolla olursa olsun , faşist parti kurulması ve faaliyete geçirilmesini yasaklayan” Kanun uyarınca bu yönde örgütlenmeye giden bir kişinin yargılanarak mahkum edilmesini müteakip Komisyona müraعاتı neticesinde, 1952 tarihli Kanun ve İtalyan makamlarının uygulamasının Sözleşmeye uygun olduğuna karar vererek başvuruyu kabul etmemiştir. Böylece, anılan kararlarda da Sözleşme’nin ideolojik çoğulculuk ve demokratik düzen anlayışının sınırları çizilmiştir.

10. 1981 tarihli Dudgeon kararında, Kuzey İrlanda'da eşcinsel (homoseksüel) ilişkilerin yasaklanması ve cezai yaptırıma bağlanmasına dair bir düzenleme; "özel yaşamın en gizli yönüne" ilişkin sayılıp, çok ağır ve katı bulunarak, üye devletlerin çoğunluğunda anılan ilişkilerin ceza yasalarından çıkartılmış olduğu gerekçesiyle Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur. Mahkeme 17. 10. 1986 tarihli Rees kararında; hukukun yaşama ve düşünme biçimlerinin değişimini izleyecek günün şartlarına uyumlu değerlendirmelerle sosyal gelişmeleri ve bilimsel gerçeklerin ışığında yasal düzenlemeler gereksinimi Sözleşme'yi de bu şekilde yorumlayacak yorum tekniklerini diğer bir ifadeyle bir yenilenen, anayasa anlayışını ve toplum-düzen anlayışı içerikli yaşam biçimi olarak demokrasi anlayışını ortaya koymaktadır. Nitekim, 13. 6. 1979 tarihli Marckx v. Belgium kararında, gayrimeşru çocuklara ilişkin Belçika iç hukuk düzenlemesini Sözleşme (Md. 8) ye aykırı bulurken "aile yaşamına saygı" ilkesinin, bekar anne ile çocuğu arasındaki ailevi ilişkilere uygulanacak hukuki rejimin düzenlenmesinde Devlete yüklediği sorumluluğu ortaya koymuştur. Bu yükümlülük, Devlet söz konusu ilişkilerde bu tür kişilerin "normal" bir aile yaşayışı devan ettirebilmesini sağlayacak şekilde davranması olarak belirtilmiştir. Ayrıca Mahkemenin 27. 10. 1975 tarihli Syndicat national de la police belge vak'ası, 6. 2. 1976 tarihli Syndicat suedois des conducteurs de locomotive vak'ası, 9. 10. 1979 tarihli Airey v. Ireland kararı'nda, 26. 3. 1985 tarihli X ve Y v. Netherlands kararı'nda, 21. 6. 1988 tarihli Platform kararı'nda, ayrıca 13. 12. 1990 tarihli X ve Y v. United Kingdom kararı'nda; "Devlete kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde özel yaşama ve aile yaşamına saygıyı sağlayacak olumlu tarzda olumlu davranışta bulunma yükümlülüğü" getirmiştir. Avrupa Mahkemesi, 7. 12. 1976 tarihli Handyside, 26. 4. 1979 tarihli Sunday Times, 25. 3. 1985 tarihli Barthold ve 8. 7. 1986 tarihli Lingens kararlarında; "çoğulculuk" ilkesini ortaya koyarak, Avrupa Konvansiyonunun standart kavramı olan "demokratik toplum" olgusunun kurucu unsuru sayarken, önemli bir dava olan, 7. 7. 1989 tarihli Soering Kararı<sup>(43)</sup> 'nda bu demokratik toplumun

<sup>(43)</sup>Bir Alman diplomatın oğlu olan Jeans Soering, Virginia Üniversitesi'nde öğrenciyken kız arkadaşı Elizabeth'in ailesi Mart 1985'de bıçak darbeleri ile öldürülür ve Nisan 1986'da Soering ve Elizabeth Londra'da çek sahtekarlığı suçundan gözetime altına alınmışlardır ve Virginia'dan gelen bir polis yetkilisince sorgulanır. 31. 7. 1986'da ABD yönetimi, Birleşik Krallık yönetimine başvurarak, iki devlet arasında imzalanmış olan Suçluların İadesi Andlaşması'na istinaden iadesi istenir. Soering'in iadesi halinde ölüm cezasına

ideallerini ve değerlerini koruyup geliştirmeyi Konvansiyonun Felsefesi olarak değerlendirmiştir.

## 2. "Çekincesiz Hukuk" un Hayat Samandıraları

Belirtmek gerekir ki, gerek "öze dokunmama", gerekse "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" güvenceleri, özgürlüklerin sınırlanmasındaki sınırı maksimum düzeyde çizen, nihai noktayı gösteren Anayasal garanti normlarıdır. Pratikte hedef, düzenlemeyi, özgürlükleri sınırlama sebebindeki amacı sağlayabilecek en minimum düzeyde tutarak gerçekleştirmektir. İşte sınırlamadaki bu hedefe ulaşabilmek için sınırlamanın ne ölçüde yapılacağını saptarken kullanılacak kural, "sınırlamanın ölçülülüğü" ilkesi olup, aynı zamanda özgürlükler açısından ek bir güvenceyi oluşturmaktadır. İdare Hukukunda özellikle kolluk yetkileri alanında yaygın olarak kullanılan "ölçülülük ilkesi", Anayasa yargısının kurulmasından sonra ve geniş olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi uygulamalarıyla Anayasa hukukunda özgürlüklerin sınırlanmasında başvurulan Anayasal bir ilke olmuştur. Nitekim Alman Anayasa Hukukunda ki kullanım (amaç-araç) ilişkisi, sınırlamanın amacı - amacı gerçekleştirmek için seçilen araç ilişkisine dayanmakta olup, özgürlüğe getirilecek bir sınırlamanın amaç-araç ilişkisi sonuçta yasada

çarpıtılması söz konusudur, 11. 3. 1987 tarihinde F. Almanya hükümeti, Birleşik Krallık yönetimine başvurarak Suçluların İadesine İlişkin Andlaşma'nın hükümleri uyarınca, Soering'in Almanya'ya iadesini istemiştir. 8. 6. 1987 tarihinde Birleşik Krallık Elizabeth'i ABD'ne iade etmeye karar vermiş, 16. 6. 1987'de yapılan duruşma neticesi Mahkeme Soering'in iade edilebileceğine karar vermiştir. Soering'in karara karşı üst yargı yerlerine başvurusu 11. 12. 1987'de, İçişleri Bakanlığı'na başvurusu da reddedilerek, 3. 8. 1988 tarihinde ABD yetkililerine teslimine ilişkin belge imzalanmış, ancak iade gerçekleşmemiştir. Çünkü, Soering 8. 7. 1988 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruda bulunmuştur. Komisyon 11. 8. 1988'de Birleşik Krallık Hükümetinden başvuru sonuçlanana dek iadenin yapılmamasını istemiştir. Komisyonun 25. 1. 1989 tarihinde olayı İnsan Hakları Mahkemesi'ne getirmesini müteakip, dava, Birleşik Krallık yönetimince 30. 1. 1989, F. Almanya yönetimince, 3. 2. 1989'da Mahkemeye intikal ettirilmiştir. Mahkeme, 7. 7. 1989 tarihinde verdiği kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde. 3: "insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da caza" yasağı normu)'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ: "Bir İnsan Hakkı İhlali: Ölüm Bekleyişi Olgusu", MHB Bülteni, S. 1-2, Y. 10, 1990, İ. Ü. Basımevi, İstanbul, 1993, s. 97 vd.

somutlaşmış amaca göre belirlenecektir. Alman Anayasa Mahkemesi uygulamasına göre, sınırlamanın "Ölçülülük ilkesi" açısından geçerliliği, üç kademeli alt-kavram süzgecinden geçirilerek söz konusu olabilmektedir :

- 1)Başvurulan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye "elverişli" olmalıdır,
- 2)Bu araç, sınırlama amacı açısından "gerekli" (zorunlu) olmalıdır,
- 3)Bu araç ve amaç, ölçüsüz bir "oran" içinde bulunmamalıdır.<sup>(44)</sup>

Konvansiyon, demokratik toplum olgusunu kurarken güvence altına aldığı hakları;hakkın özü'nü dokunulmaz kılarak ve kayıtlamalar sistemi ile yeniden hiyerarşik bir düzenlemeye tabi tutmakta, her somut olayda demokratik toplum düzeninin ne olduğunu ve sınırlarını denetlemekte ve her defasında yenilenen, yeniden kurulan ve yazılan canlı bir hukuk olmaktadır. Nitekim, Avrupa Mahkemesi, "yaşayan bir Hukuk" olarak Sözleşmenin bugünün şartlarına göre, yorumlanması gerektiğini<sup>(45)</sup> vurgulamış, ayrıca, Sözleşme'nin insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi<sup>(46)</sup> olduğuna hükmetmiştir. Avrupa yargılama cihazlarının yetki alanına, Anayasalarla öngörülen organların yapı ve işleyişi ile ilgili kural ve uygulamaların da sokulduğunu, böylece, yaşayan hukuk İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, "Sözleşme" den "Anayasa" ya geçmekte, adını Avrupa Komisyonu'nun ünlü "Chrysostomos et al. v. Turkey" Vak'asında koyduğu gibi "İnsan hakları alanında Avrupa Kamu düzeninin anayasal cihazı" olarak belirlemektedir. Strasbourg cihazlarına göre, "Avrupa Kamu Düzeni" ni meydana getiren Konvansiyon normları, 27. 2. 1980 tarihli Deweer kararı ile, bu özellikleri sonucu, iç hukuk da doğrudan etkili olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme, bu konuda açılacak gedikleri de, 29. 4. 1988 tarihli Belilos İsviçreye karşı davasında vermiş olduğu karar ile ilk defa,

<sup>(44)</sup>Bkz. Fazıl SAĞLAM: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, A. Ü. SBF Yayınları: 506, Ankara, 1982, s. 114.

<sup>(45)</sup>Bkz. 23. 3. 1995 tarihli "Loizidou Türkiye'ye karşı" Davası.

<sup>(46)</sup>Bkz. Chrysostomos, Papachrysostomou, Loizidou v. Turkey (15299/89, 15300/89, 15318/89) olayına ilişkin, 4. 3. 1991 tarihli Komisyon'un başvuru kabul kararı.

<sup>(47)</sup>Bkz. Bakır ÇAĞLAR: "Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 21, Ankara, 1991, s. 50. Ayrıca bkz. Necmi YÜZBAŞIOĞLU: Türk Anayasa Yargısında Anayasalılık Bloku, İ. Ü. Yayın No: 3762, İstanbul, 1993, s. 301.

bağıtlı bir Devletin "çekince" biçiminde ifade edilen deklarasyonunu geçersiz sayarak kapatmıştır. Karara göre, Konvansiyon sistemini etkileyen genel nitelikte, ya da denetim organlarının yetkilerini kayıtlayan çekinceler geçersizdir<sup>(47)</sup>.

**SAPTAMA VIII** : "Hukuk - Politik" a kısacasında, "hakkın özü" ile "demokratiklik" kriterleri, oluşan "çekincesiz hukuk" un demokratik toplum düzeni içinde kayıtlama duvarı olurken, **Demokratik-Liberal Hukuk Düzeni'nin de hayat şamandıralarını oluşturmaktadır.**

### 3. Yaşayan Hukuk ve Oluşan İki Kurum : "Demokratik Toplum Anayasası" ve "Demokratik Toplum Anayasa Mahkemesi"

Avrupa Demokratik-Liberal Sisteminin, "Demokratik toplum" Anayasası ya da Demokrasinin Avrupa orijinli belgelerle yaygın ve geliştirilmiş ilkeleri nelerdir sorusu Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1983 tarihli ve 800 sayılı kararında, "Demokrasinin hukuki normları"<sup>(48)</sup> olarak belirlenmiştir. Ayrıca Avrupa Mahkemesi de etkin bir Demokraside bulunması gereken özellikleri<sup>(49)</sup> açıklamıştır. Bu saptamaları, Konvansiyonun içtihatları ile diğer dökümanları ve Liberal-demokratik Anayasal ilkeleri birlikte düşündüğümüzde ortaya yaygın ve genel kabul gören bir döküm çıkmaktadır:<sup>(50)</sup>

<sup>(48)</sup>Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution (800) 1983 on the Principles of Democracy.

<sup>(49)</sup>"Kamu yararı ve bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurup muhafaza etmeye muktedir olmalıdır. Hukuk sistemi, insan haklarına saygı konusunda, mümkün olduğu ölçüde Avrupa Konseyi üyeleri devletlerin çoğunluğunun anlayışına uygun olmalı ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmalıdır. Medeni ve siyasi hakları teminat altına alarak, vatandaşlarının ekonomik, sosyal ve kültürel

alanlardaki temel haklardan tam anlamıyla yararlanabilmelerini sağlamalıdır. Kriz durumlarıyla veya fevkalade halle karşılaştığında, özel tedbirler almadan önce, yürürlükteki hukukun bulunduğu bütün imkanları tüketmelidir. Aşırı tedbirler alınması söz konusu olduğu takdirde, bunlar ancak asgari düzeyde ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Temel insan haklarının özü hiçbir şekilde zedelenmemelidir. . . ." Bu özellikler için bkz. Şeref ÜNAL: "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması", Anayasa Yargısı 11, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 30, Ankara, 1995, s. 48.

<sup>(50)</sup>Bu konunun hammadde dökümünün derlendiği kaynaklar için bkz. Cem EROĞUL: Anatüzeeye Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 74. Bahri ÖZTÜRK: "Bir Çam Mahkemesi Olarak Strasbourg"

## Demokratik Liberal Sistemin Temel Hukuk ve Demokrasi İlkeleri:

- Devletin ideolojik yansızlığı,
- Hukuk devleti ilkesi :
- Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması:
  - Anayasa'da yer verilmesi,
  - Anayasa'nın katı/sert (rigide) olması,
  - Sınırlama ve düzenlemelerin yasa ile yapılması,
  - Kayıtlı getiren yasanın genel, soyut ve objektif olması,
  - Düzenleme veya kısıtlamaların "hakkın özü" ne dokunmaması,
  - Anayasa'da öngörülmiş yargı güvencesinde olması,
- Yasal yönetim (Kanunilik) ilkesi :
- Kanunların genel, soyut, objektif ve kişisel olmayan (gayri şahsi olma) hükümler içermesi,
- Temel hak ve özgürlüklere, insan haysiyetine saygı gösterilmesi,
- Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması,

'Yüce Divan' ", Anayasa Yargısı 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 31, Ankara, 1995, s. 68 vd. Ahmet MUMCU: İnsan Hakları&Kamu Özgürlükleri, Savaş Yayınları, Ankara, 1994, s. 142vd. Mustafa ERDOĞAN: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996, s. 67vd, 202vd. İsmet GİRİTLİ - Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku I, Der Yayınları, İstanbul, 1993, s. 38vd. Şeref GÖZÜBÜYÜK: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1995, s. 18 vd. Server TANILLI: Devlet ve Demokrasi, Onur Basımevi, İstanbul, 1985, s. 38 vd. Mümtaz SOYSAL: Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 243 vd. DEMOKRASİ NEDİR: Türk Demokrasi Vakfı, Ankara, 1992, s. 13. David HELD: Models of Democracy, Polity Press, Cambridge, 1987, s. 186, 251, 276 vd. Anıl ÇEÇEN: "Demokrasi ve İnsan Hakları", İnsan Hakları Yılıığı, (TODAIİ-İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi), C. 5-6, 1983-1984, s. 68vd. THE RISE OF THE AND POLITCS IN WESTERN EUROPE: (An Introduction to Political Science), Material compiled by Aykut Kansu for ADM 106-Spring Term 1992, s. 35 vd. , 220 vd. Celal ERKUT: Hukuka Uygunluk Bloku, KavramYayımları, İstanbul, 1996, s. 64vd. Phillippe C. SCHMITTER -Terry Lyn KARL: "Demokrasi Nedir. . . Ne Değildir", (Çev. Levent Gönenç); SOSYAL & SİYASAL TEORİ Seçme Yazılar: (Derleyen ve Yayına Hazırlayan; Atilla Yayla), Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993, s. 3-14. , Peter L. Berger" Günümüz Dünyasında Demokrasi", (Çev. Cevdet Aykan), a. g. e. , s. 31-37.

- Kanunlar çerçevesinde idare (Kanunun olduğu yerde ve ölçüde idare vardır) ilkesinin benimsenmesi,
- Yönetimin yargısal denetimi ilkesi:
  - İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması,
  - Hakimlik ve savcılık teminatı,
  - Mahkemelerin bağımsızlığı,
  - Hakimlik ve savcılık mesleği,
  - Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması ilkesi,
  - Kuvvetler ayrımı ilkesi,
  - Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi (Kanunların Anayasaya uygunluğunun hukuki denetimi genel yargı düzeni dışında kurulan ve yüksek mahkeme statüsüne haiz özel yargı yerleri "Anayasa Mahkemeleri" tarafından yapılması) ilkesi,
  - Suçların ve cezaların yasallığı (Kanunsuz suç ve ceza olmaz / suçların ve cezaların ancak yasayla belirleneceği) ilkesi,
  - Devletin mali sorumluluğu (idarenin haksız işlem ve eylemlerinden dolayı ortaya çıkan zararın tazmini) ilkesi,
  - Demokratik rejim ilkesi,
  - Kimseye işkence ve insanlık dışı işlem yapılmaması ilkesi,
  - Kimse, karşılığı ödenmeden, zorla çalıştırılmama (Angarya yasağı) ilkesi,
  - Kimse, suçun işlenmesinden sonra kurulan bir mahkemede yargılanmamalı (Doğal yargıç ilkesi / Olağanüstü mahkeme yasağı) ilkesi,
  - Kimse, işlendiği sırada bir yasanın suç saymadığı bir eylemden dolayı cezalandırılmamalı ilkesi,
  - Kimse, işlendiği sırada bir suç için yasanın öngördüğü cezadan fazlasına çarptırılmamalı ilkesi,
  - Kimse, kesin hüküm giyinceye dek suçlu sayılmamalı ilkesi,
  - Kimse, kendini ya da yakınlarını suçlama zorunda bırakılmamalı ilkesi,
  - Suç ve cezanın sorumluluğu, yalnızca suçu işleyene ait sayılmalı (toptan cezalandırma yasağı) ilkesi,
  - Zoralm, ancak belli bir suçla bağlı olarak uygulanabilmeli, genel zoralm cezası verilmemeli ilkesi,
  - Yakalanan ya da tutuklanan kimseye, ne ile suçlandığı açıkça anlatılmalı, kendisini savunma olanağı sağlanmalı, yakınlarına derhal bilgi verilmeli, gözaltındaki kişi en kısa zamanda yargıç karşısına çıkarılmalı ilkesi,
  - Davalar, daha hüküm verilmeden önce ceza oluşturacak biçimde, aşırı uzamamalı ilkesi

-Davasız yargılama olmaz  
ilkesi,  
-Vasıtasızlık ilkesi,  
-Sözlülük ilkesi/Yazılılık  
ilkesi,  
-Defillerin serbest  
değerlendirilmesi ilkesi,  
-Halk egemenliği ilkesi,  
-Toplumsal, ekonomik ve siyasal  
(düşünce ve örgütlenme hak ve özgürlüğü)  
çoğulculuk (plüralizm) ilkesi,  
-Anayasanın bağlayıcılığı ve  
üstünlüğü ilkesi,  
-Halkın temsili ilkesi  
-Çoğunluğun yönetme hakkı,  
-Özgür ve adil seçim (genel oy  
/ eşit oy) ilkesi,  
-Temel insan haklarının  
güvence altında olması ilkesi,  
-Yaşam hakkının teminat  
altına alınmış olması ilkesi,  
-Herkesin kimliğini serbestçe  
belirleyebilmesi ilkesi,  
-Yasa önünde eşitlik ilkesi,  
-Muhalefet etme özgürlüğü (azınlığın  
çoğunluğu denetleme ve iktidar olma kanallarının  
açık tutulması) ilkesi,  
-Davaların hukuki usullere  
göre yürütülmesi ilkesi,  
-Hükümetin Anayasa ile  
sınırlanması ilkesi,  
-Hükümetin yönetilenlerin  
rızasına dayanması ilkesi,  
-İnsan haysiyetinin korunması  
(dokunulmazlığı) ilkesi,  
-Kamu hizmetlerinin  
yürütülmesine taraf olma hakkı,  
-İşkence yasağı ilkesi,  
-Dürüst işlem ilkesi,  
-Bağımsız ve tarafsız hakim  
(Tabii hakim) ilkesi,  
-Saniğin hakim önünde  
meramını anlatabilmesi ilkesi,  
-Şüpheden sanık yararlanır  
ilkesi,  
-Halka açıklık ilkesi,  
-Özel hayatın gizliliği ilkesi,  
-Maddi gerçeğin araştırılması  
ilkesi,  
-Fırsat eşitliği ilkesi,  
-Azınlık hakları,  
-Akılcılık, hoşgörü, pragmatizm,  
işbirliği, açıklık ve samimiyet ile uzlaşma  
değerlerinin benimsenmesi vd.

Böylece, demokrasinin hukuki temelini  
oluşturan ve ancak demokratik rejim içinde yerleşip,

gelişebilen "Hukuk Devleti" ve "Demokratik  
Normlar", "insan hakları ve temel özgürlükler"  
kavşağında birleşerek tekilleşmektedir. Nitekim  
başka bir anlatımla, "İnsan hakları, demokratik  
rejimin normatif altyapısını oluşturduğuna  
göre; temel hak ve özgürlükler, çağdaş insan hakları  
anlayışını yansıtmalıdır" <sup>(51)</sup> diyebiliriz. Nitekim  
Anayasa Mahkemeleri ile gerçekleştirilen Anayasa  
adaleti'nde görevli yüksek yargıçlar bağımsızlık,  
yansızlık gibi üstün etik nitelikler yanında söz  
konusu kavşakta insanlığın daha iyiye gidişi için bu  
ilkelere yol ve yön verecek konumda  
bulunmaktadırlar.

YORUM: Anayasa Mahkemeleri, hukukun  
ve demokrasinin kavşağında sistem içinde **insan  
hakları adresinin sorulduğu** müracaat makamıdır.  
Anayasa Mahkemeleri yargıçları da, kavşakta duran  
yön (yol) memurlarıdır (?). Sürekli yenilenen Yol  
haritası (Anayasa) ile çalışırlar; işleri genellikle  
okumak bazen de yazmaktır . .

<sup>(51)</sup>TÜRKİYE'NİN DEMOKRATİKLEŞME SORUNU:  
İbrahim KABOĞLU; "Demokratik Bir Anayasanın  
Zorunlu Unsurları ve Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi",  
(Sempozyum I - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi),  
İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayın No: 709, 5 Ekim 1995,  
İstanbul, s. 39. Ayrıca bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU:  
Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s. 35.  
David HELD: Models of Democracy, Polity Press,  
Cambridge, 1987, s. 249 vd. THE RISE OF THE AND  
POLITICS IN WESTERN EUROPE: (An Introduction to  
Political Science), Material compiled by Aykut Kansu for  
ADM 106-Spring Term 1992, s. 35 vd. Hukukun Genel  
ilkeleri için bkz. Celal ERKUT: Hukuka Uygunluk  
Blokü, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s.17, 39vd.

<sup>(52)</sup>Bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU: Özgürlükler Hukuku,  
AFA Yayınları, İstanbul, 1996, s. 116. Yılmaz  
ALİFENDİOĞLU: "Avrupa İnsan Hakları Anayasasına  
Doğru", A. Ü. SBF Dergisi, C. XLVI, Ocak-Haziran  
1991, No: 1-2, s. 43. Yılmaz ALİFENDİOĞLU:  
Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin  
Yayınları, Ankara, 1996, s. 65.

<sup>(53)</sup>Federal Almanya, Yugoslavya, Avusturya, İtalya,  
İsviçre, Portekiz ve İspanya'dan oluşan 7 kurucu  
mahkemeye, 1987 yılında Lizbon'da yapılan toplantıda  
alınan kararlar, Fransa Anayasa Konseyi ile Türk Anayasa  
Mahkemesi de katılmıştır. Daha sonra, 1990 yılında  
Ankara'da yapılan VIII. Konferansta alınan karar ile,  
Belçika Hakem Mahkemesi ve Polonya Anayasa  
Mahkemesi kurucu üyeler arasına katılarak üye sayısı  
11'e, 1993 yılında Paris'de yapılan IX. Konferansın  
hazırlık toplantısında ise Macaristan Anayasa Mahkemesi  
kurucu üyelere katılmış ancak bu devletin dağılması ile  
üyeliği son bulmuştur. 1996 yılında Budapeşte'de  
toplanan X. Konferansın hazırlık toplantısında Kıbrıs,  
Hırvatistan, Romanya, Slovenya Anayasa Mahkemeleri  
kurucu üyeliğine kabul edilerek kurucu üye sayısı 15  
olmuştur. Bu konuda bkz. Yılmaz ALİFENDİOĞLU:  
Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin  
Yayınları, Ankara, 1996, s. 69.

Yaşanan tecrübe günümüzde "Demokratik Toplum Düzeni" formülünün çevresinde ;Avrupa mekanında ve Avrupa kültürü kurucu iktidarı elinde ancak Demokratik-Liberal Sistem içinde gelişen, böylece, "Avrupa" ekseninin kaldırdığı bir oluşum sürecinde, içtihatla üretilen yeni bir hukuk düzeni ve bu düzenin oluşturduğu "Demokratik Toplum Anayasası" ile "Demokratik Toplum Anayasa Mahkemesi" nin kurulmakta olduğu gözlemlenmektedir.

Avrupa Sözleşmesi, ek protokoller ve tamamlayıcı sözleşmeler temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan bir Avrupa İnsan Hakları Anayasası'na dönüştürken <sup>(52)</sup> Avrupa Anayasa Mahkemeleri 1972 yılında Yugoslavya'nın Dubrovnik Kentinde ilkinin gerçekleştirdikleri "Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı"<sup>(53)</sup> nı her üç yılda bir periyodik hale getirerek Söz konusu anayasa'nın düşünsel yapısını oluşturmaktadır. Ayrıca, <<İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku'nun denetim cihazları, Komisyon ve Mahkemeyi birleştiren ve Strasbourg da görülen davalarda siyasi çözüm formülünü ya da Delegele Komitesi yetkilerini kısıtlayan Onbirinci Protokol, yeni bir "Avrupa Anayasa Mahkemesi" nin hukuki yapısını da kurdu. >> <sup>(54)</sup> Ancak, << 'Yaşayan Hukuk' İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi artık, karşılıklı ilkesine dayanan, insan hakları ile ilgili bir milletlerarası sözleşme değil, bir Anayasa. >> <sup>(55)</sup> olup <<Mahkeme bunu 23 Mart 1995 tarihli "Loizidou Türkiye'ye karşı" Vaka'sında açıkça not etmiştir. Mahkemeye göre, yaşayan bir cihaz olan Sözleşme'nin bugünün şartlarına göre yorumlanması gerekir. Ve bu çerçevede, Komisyon ve Mahkemenin rolünü zayıflatan, Avrupa kamu düzeninin anayasal cihazı olan Sözleşmenin etkinliğini eksiltten *ratione loci* ve *ratione materiae* beyanlar kabul edilemez. (Bkz. Sözleşme Md. 25, 46). >> <sup>(56)</sup>

<sup>(54)</sup>Bakır ÇAĞLAR: "Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara, 1995, s. 315.

<sup>(55)</sup> A. g. e. , s. 314.

<sup>(56)</sup> A. g. e. , s. 314, 315. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nu yetki bakımından; "genel anlamda yetkili" olduğu alanlar sınırlı olup, belirlenen alanın sınırları içerisinde Devletlerin iç hukuklarındaki davranışlarını Sözleşmeden kaynaklanan "*Rationae loci*" (Sözleşme'nin yer bakımından uygulanması), "*Rationae Temporis*" (Sözleşme'nin zaman bakımından uygulanması), "*Rationae Materiae*" (Sözleşme'nin madde bakımından uygulanması) ve "*Rationae Personae*" (Sözleşme'nin kişi bakımından uygulanması) yetkileri olarak kullanılmaktadır. Avrupa Komisyonu'nun

Dolayısıyla, ". . . İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sadece. . . insan haklarını. . . korumakla kayıtlı bir Hukuk Sistemi değil. >> <sup>(57)</sup> ulusal anayasaların ve öngördüğü organların yapısal - işlevsel ilke ve pratiklerini denetleyen <sup>(58)</sup> böylece, daha kapsamlı, ancak temelde Demokratik Toplum'u gözeten yaklaşımı ile "Demokratik Toplum(un) Anayasası", yargı yeri de "Demokratik Toplum(un) Anayasa Mahkemesi" olmaktadır.

SONUÇ:İnsan hakları Avrupa Mahkemesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı yargılamasının özelliği uzlaşmazlığın milli bir yasayla meşrulaştırılamaması olup yasaların üstünde yer alan bu yargı yerleri bu işlevleri ile; milletlerarası Anayasa Yargısı'nın Anayasa Yargılaması yapan cihazları, oluşturdukları hukuk da "Milletlerarası Anayasa Hukuku" dur.

### C. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU AÇISINDAN:"LUXEMBOURG YARGIÇLARI HUKUKU"

#### 1. Avrupa Birliği Hukuku'nun Supranational Karakteri : "Karar Tipolojisi"

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 5. 2. 1963 tarihli "Van Gend en Loos" kararında;"Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilirliği ilkesi" ni oluşturmuş, 15. 7. 1964 tarihli "Costa c. Enel" kararıyla da, "Topluluk Hukuk düzeninin üstünlüğü ve önceliği ilkesi" ni koyarak, önceki görüşünü genişleterek tamamlamıştır. Nitekim Divan daha sonra, 16. 6. 1966 tarihli Lutticke kararında Avrupa Topluluk

yetki alanları konusunda bkz. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 69vd. Feyyaz GÖLCÜKLÜ-Şeref GÖZÜBÜYÜK: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 4 vd. Hüseyin PAZARCI: Uluslararası Hukuk Açısından Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Yaptığı Anlaşmalar, A. Ü. SBF Yayınları No: 418, Ankara, 1978, s. 33vd.

<sup>(57)</sup>Bakır ÇAĞLAR: "Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 31, Ankara, 1995, s. 315.

<sup>(58)</sup>Avrupa Sözleşmesi'nin cihazları, Seçim teknolojisi (Yunan Parlamenterleri Davası), Parlamento Hukuku, Mahkemeler, Anayasa Mahkemesi (Ruiz Mateos Davası) yargılama usulü ile ilgili kuralların denetimini yaparak, ulusal hukuklarda yer alan organların yapı ve işleyişi ile ilgili ilke ve uygulamaları da Avrupa Hukuku'na uygunluk denetimi kapsamına katarak yetki alanını genişletmiştir. Bkz. a. g. e. , s. 315.



Hukuku'nun doğrudan uygulanabilirliği tezini geliştirerek, 9. 3. 1978 tarihli II. Simmenthal kararında ulusal yargıcin Topluluk hukukunu icra etme yetkisini ulusal yasama organı ve Anayasa Mahkemesine karşı da güçlendirerek, açıklık kazandırmıştır.

Karar Tipolojisi :Adalet Divanı, geniş bir yargı yetkisine sahip olup üye devletler hukukundan farklı bir Topluluk Hukukunun yaratılmasında önemli rol oynarken, verdiği kararlarla da, anlaşmalarda açık bir hüküm bulunmadığı halde Topluluk Hukukunun üye ülkelerin iç hukuklarına üstünlüğü tezini kabul ederek kural haline getirmiştir.

## 2. Üç Aşamalı Jürisprüdans Süreci : "Maksimum Standart Ölçüsü"

Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Birliği hukuk düzenine entegre olma sürecinde izlenen yol jürisprüdans, yöntem ise Birlik hukukunun evrimidir. Ancak Birlik Mahkemesi, insan hakları ile ilgili koruyucu normları oluştururken İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini referans yapmaktadır. Adalet Divanı jürisprüdansı, evrimci süreci içinde temel hak ve özgürlükleri Birlik Hukuku'nun genel ilkeleri arasına katarken bugün bu hakları hukukun genel ilkeleri olarak korumaktadır. Bu çerçevede temel hakların Birlik Hukuku'nda içtihadı üç aşamada gerçekleşmiştir <sup>(59)</sup>. Ancak, Avrupa Topluluğu Adalet Divanının Topluluk Hukukunda insan hakları konusunda oluşturduğu jürisprüdansiyel süreç, ortaya çıkan temel özellikler esas alındığında dört döneme ayrılmaktadır.

**1.Dönem** :Divan, ilk aşamada Topluluk organlarının verdiği kararlarla üye ülke vatandaşlarının hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine dair başvuruları geri çevirerek, "temel hak ve özgürlükler" ölçütüne dayalı yargı denetimini reddetmiştir.

Bu dönemin özelliklerini belirleyen; ilk karar 4. 2. 1959 tarihli "Friedrich Stork ve Cie c/Haute Autorite'de CECA" <sup>(60)</sup> davasıdır. Divan bu davada; "...görevi, Topluluk Hukukunun uygulanmasını, Topluluk Hukukuna uygunluğun sağlanmasını gözetmektir, buna karşın, Topluluk organlarının aldığı kararların, iç hukuk kuralları ile bağdaşıp bağdaşmadığını denetleme yetkisi ve görevi yoktur. " diyerek söz konusu başvuruyu reddetmiştir.

İkinci karar, 15. 7. 1960 tarihli "comptoir de vente de charbonde la Ruhr ve Enterprise Nold c/Haute Autorite'de la CECA" davası olup aynı yönde karar verilmiştir. Divan, karar da;". . . Yüksek karar organı tarafından alınan kararların denetimi ile görevli olan Mahkeme, Anayasal nitelikte olsalar dahi, üye ülkelerin herhangi birinde yürürlükte olan iç hukuk kurallarına uygunluğu sağlamakla görevli değildir;bu nedenle, Mahkeme CECA Yüksek karar organının aldığı bir kararın hukuksallığını denetlerken, Alman Temel Yasası'nın 14. maddesini ne yorumlayabilir, ne de uygulayabilir. " hükmüne vararak başvuruyu reddetmiştir. Üçüncü karar, 1. 4. 1965 tarihli "Sgarlata c/AET Komisyonu" davasında aynı doğrultuda verilmiştir. Divan; ulusal hukuktaki temel haklar normlarına dayanan yaklaşımlarla önüne gelen başvuruları bu gerekçeleri kabul etmeyerek geri çevirmiştir. Nitekim, temel hakların, Topluluk Hukukunda açıkça düzenlenmemesi, ayrıca, Topluluk kurumlarında ekonomik alanla kayıtlı haklar dışında, genel olarak temel hak ve özgürlükler listesinin bulunmaması Divanın bu dönem içinde ki karar ve tavrının hareket noktası olmuştur.

**SONUÇ:** Bu durum; uluslararası (supranational) yetkilerle donatılmış kuruluşların organlarınca oluşturduğu hukuk kuralları (sekunder kaynaklar) ; üye ülke vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmesi neticesinde (Divan kayıtsız kaldığı için) bir boşluk doğmakta, bu durum Topluluk üye ülke kamuoylarının tepkisine neden olurken, Anayasa Mahkemeleri tarafından ulusal hukuk içinde anayasalarla tanınan hakların ihlali halinde Topluluk organlarının kararlarının uygulanmayabileceğine ilişkin kararlar alınmasına yol açmıştır. <sup>(61)</sup>

<sup>(59)</sup>Bu konuda özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin 18. 10. 1967 tarihli karar ile İtalyan Anayasa Mahkemesinin 18. 12. 1973 tarihli kararı bu yönde karar örnekleri olup, Anayasal hak ve özgürlükleri ihlal eden Topluluk kurallarının denetlenebileceğine ilişkin hükümlerdir. Bu konun ayrıntıları için bkz. Bakır ÇAĞLAR: "Anayasa ve Topluluk Hukuku", İ. Ü. H. F. , A. H. A. E. M. , (İkinci Avrupa Hukuku Haftası, 29-31 Mayıs 1978), İstanbul, 1980, s. 24-29. Ayşe Füsün ARSAVA: Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, A. Ü. SBF Yayınları: 545, Ankara, 1985, s. 312vd. , 319 vd. , 355vd. 377vd. Ayrıca iç hukuk düzenleri açısından antlaşma akdetme yetkisi konusunda bkz. Sevin TOLUNER: Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İ. Ü. Yayınları No: 1882, İstanbul, 1973, s. 265vd. , 297vd.

<sup>(62)</sup>Avrupa Komisyonu'nun 1969 yılında, üye ülkelerde başlatmış olduğu, sosyal yardımlar çerçevesinde, bazı

<sup>(59)</sup> İbrahim Ö. KABOĞLU: Özgürlükler Hukuku, AFA Yayınları, İstanbul, 1996, s. 127.

<sup>(60)</sup> CECA: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu.

**II.Dönem** :Divan'ın tutumu 1969 yılından başlayarak değişmiş, temel hakların Toplulukta oluşumu konusunda üç aşamalı içtihat süreci başlatılmıştır. Ancak bir diğer önemli gelişme, bu dönem öncesinde Divan'ın, temel haklara ilişkin olarak da kullanılmaya elverişli Topluluk Hukuku'nun temel özelliklerine dönük yeni nitelendirmeler kazandıran kararlar oluşturması olmuştur. Bunlar;"Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilirliği" ilkesini kurduğu, 5. 2. 1963 tarihli "Van Gend en Loos", "Topluluk Hukukunun üstünlüğü" ilkesini kurduğu, 15. 7. 1964 tarihli "Costa c. ENEL" kararlarıdır. Belirtilmesi gereken bir diğer etmen, Divan'a yapılan başvurulardaki hukuksal yapılanma ile Baş Savcının hukuki yorum ve değerlendirmelerinin oluşturduğu zenginlik ve temellendirmelerdir. Divan'ın bu dönemi başlatan içtihat değişikliği oluşturduğu ilk kararı;12. 11. 1969 tarihli "Stauder v. City of Ulm" <sup>(62)</sup> davasıdır. Kararda Divan, "kuralın Mahkemenin koruyucusu olduğu ve "Topluluk Hukukunun genel ilkeleri" içinde yer alan 'kişinin temel haklarına' aykırı hiçbir yönü bulunmamaktadır. " diyerek, temel hak ve özgürlükler kavramını Topluluk Hukukunun genel ilkeleri içinde değerlendirmiş, böylece "Topluluk Hukukunun genel ilkeleri temel hakları kapsar" prensibini oluşturmuştur. Divan, kararında;temel hak ve özgürlükleri ihlal eden Topluluk organlarının bir kararına karşı, değerlendirmenin, iç hukuk (Anayasa) kurallarına göre değil, Topluluk Hukuku'nun genel ilkelerine göre yapılarak "Topluluk Hukukunun genel ilkelerine aykırılığın"

muhtaç kişilere ucuz fiyatla tereyağı verilmesine ilişkin kararı; Almanya'da, Alman makamlarınca, bu yardımdan yararlanmak isteyen muhtaç kişilerin bu durumlarını gösteren bir belge düzenleterek başvuru yapmalarını öngören bir düzenlemeyle işleme konulmuştur. Bu zorunluluk karşısında, Erick Stauder isimli bir kişi, Alman makamları tarafından istenen bu belgelerin , tereyağ dağıtıcılarına gösterilmesi koşulunun "insan haysiyeti ile bağdaşmayacağı" gerekçesi ile bu uygulama kararına karşı Stuttgart İdare Mahkemesinde dava açmış, Mahkeme de Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na başvurarak, anılan Komisyon kararının yorumunu isteyerek, kararın, Topluluk Hukuku'nun temel ilkelerine uygun olup olmadığını sormuştur. Bkz. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 225. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 606vd.

<sup>(63)</sup>Topluluk Kurucu Antlaşmalarında Divan'a verilmiş olan "hukuka uygunluğu ve saygıyı sağlama" görevi, bu hususta bkz. The Court Of Justice Of The European Community: Office For Official Publications of The European Communities, Luxembourg, 1986, s. 13.

ileri sürülebileceğini, Divan'ın bu aykırılığın gidericisi, dolayısıyla hukuka uygunluğun koruyucusu olduğuna hükmetmiştir.

İkinci karar, ilk dönem tavrı ile ikinci dönem tavrının uzlaştırılarak, yeni bir adım atıldığı sentezleme bir karar olmuştur. Böylece, Mahkeme, içtihat farklılığı olan iki kararın birbiriyle bağlantısını kurarak yeni bir karar oluşturmuş hem de jürisprüdansiyel sürecindeki çelişkiyi gidermiş, dolayısıyla, hukuka saygıyı <sup>(63)</sup> da gerçekleştirmiştir.

17. 12. 1970 tarihli "Internationale Handelsgesellschaft" kararı <sup>(64)</sup> nda Divan, "Temel haklara saygılılık ilkesi"nin, Mahkemenin korumakla yükümlü olduğu, "Hukukun genel ilkeleri" içinde yer aldığı;bu hakların korunmasının, "üye ülkelerin ortak Anayasal geleneklerinden" de yararlanılarak, Topluluğun hedefleri çerçevesinde gerçekleştirilmesine karar vermiştir. <sup>(65)</sup> Mahkeme, Frankfurt İdare Mahkemesi tarafından, ön sorun <sup>(66)</sup> olarak önüne getirilen davada iki hususu açıkça saptamaktadır, ilki;"Topluluk organları tarafından alınan kararların Ulusal hukuk'un kuralları ve hukuksal kavramları karşısında geçerli olup olmadığının denetlenmesi, Topluluk Hukuku'nun bütünlüğü ve etkililiği ilkesine aykırı düşer;bu tür ulusalüstü kararlar, ancak Topluluk Hukuku açısından değerlendirilebilir;bu nedenle, Sözleşmelerden doğan ulusalüstü hukuk karşısında niteliği ne olursa olsun, ulusal hukuk kuralları ileri sürülemez;bu nedenle, bir üye ülkenin Anayasasında yer alan temel haklara aykırı düştüğü gerekçesi,

<sup>(64)</sup>Bir Alman ihracat firması olan Handelsgesellschaft, Topluluk Konseyi'nin bir kararı gereği, Topluluk üyesi ülkelere birine mensup bir ihracatçı, ihracat yapacağına dair bir teminat yatırmak koşuluyla ilgili makamlardan ihracat belgesi alarak ihracat yapabilmektedir. Belirlenen süre içinde malını göndermemesi durumunda yatırmış olduğu teminat geri iade edilmeyecektir. Handelsgesellschaft şirketi, belirlenen sürede ihracatını yapamayıp oldukça yüklü bir tutar olan teminat parasına İdarece el konulur. Şirket Frankfurt İdare Mahkemesine başvurur, Mahkeme de konuyu Divan'ın önüne ön sorun olarak; Topluluk kararının Alman Anayasası'nda yer alan "ölçüfütülük ilkesini" açıkça ihlal eden bir düzenleme olup olmadığı, sorusunu açarak getirir.

<sup>(65)</sup>Bkz. Bakır ÇAĞLAR: "Anayasa ve Topluluk Hukuku", İ. Ü. H. F. , A. H. A. E. M. , (İkinci Avrupa Hukuku Haftası, 29-31 Mayıs 1978), 1980, s. 20-22. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 607vd.

<sup>(66)</sup>AET Antlaşması Md. 177 uyarınca

<sup>(67)</sup>Bkz. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 227.

<sup>(68)</sup>A. g. e. , s. 229.

Topluluğun herhangi bir kararının geçersiz olması ve o ülkede etkisiz sayılması sonucunu doğuramaz. "İkincisi;"Buna karşın her halükarda, Topluluk Hukuku'nda yer alan, benzer güvencelere aykırı davranılıp davranılmadığı mutlaka denetlenmelidir;nitekim temel haklara saygı ilkesi, Mahkeme'nin korumakla yükümlü olduğu 'Hukukun genel ilkeleri' nin içinde yer almaktadır;bu hakların korunması 'üye ülkelerin ortak Anayasal geleneklerinden yararlanılarak' Topluluğun hedefleri çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. "(67)

Üçüncü kararın orjinal yanı;önceki kararda ortaya konulan "ortak Anayasal gelenekler" faktörü dışında yeni bir kaynağın Topluluk Hukuku'na getirilmesidir. 14. 5. 1974 tarihli "Entreprise Nold c / Commission des, Communautés, européennes" kararında Divan; önceki kararlarında oluşturduğu içtihat aşamalarını saptar ve tekrar bu ilkeleri vurgular sonrada yeni bir hüküm verir;"Ayrıca, Topluluğa üye ülkelerin katıldığı ya da taraf olduğu, insan haklarının korunmasına yönelik Uluslararası Antlaşmalar da aynı biçimde Topluluk Hukuku'nun belirlenmesi çerçevesinde, kaynak oluşturabilir. "(68)

Mahkeme, Nold davasında ilk kez ve açık bir biçimde İnsan haklarının korunmasına yönelik uluslararası bir belge olan "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme" sini referans yapmıştır. Böylece, Topluluk Hukuku'nda ki ekonomik hak bağlantılı bazı düzenlemeler hariç, genel anlamda insan haklarına ilişkin eksiklik bir anlamda Topluluk Hukuku'nun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine katılımı ile giderilmiştir. Divan;"bu tür hakların belirli ve meşru biçimde Topluluk Hukuku içerisinde sınırlansa bile, özünün saklı tutulması gerektiğini hükme bağlamaktadır. "(69) Bir başka

(69) Mehmet Semih GEMALMAZ: "Ulusalüstü Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi (Muammer Aksoy'a Armağan), C. XLVI, Ocak-Haziran 1991, No: 1-2, s. 211. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 612, 613.

(70) Bakır ÇAĞLAR: Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 48.

(71) İbrahim Ö. KABOĞLU: Özgürlükler Hukuku, AFA Yayınları, İstanbul, 1996, 127. Hüseyin PAZARCI: "Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeninde İnsan Haklarının Korunması ve Türkiye", (Bahri Savcı'ya Armağan'dan Ayrı Baskı), Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları: 7, Ankara, 1988, s. 393-396.

(72) Rutili Roland, Fransa da çalışan İtalyan uyruklu aktif bir sendika militanıdır. Rutilin Valilik tarafından bazı illere girmesinin yasaklanması ile Fransız İçişleri Bakanlığı Rutilin sahip olduğu 'Topluluk vatandaş oturma belgesi'nde, Fransa'nın belli bölgelerinde serbest dolaşım ve oturma yasağı getirmiştir. Rutili İdarenin bu

açından, hakkın sınırlandırılmasında "Avrupa Sözleşmesi" ölçü norm olarak belirlenmektedir.

Topluluk Mahkemesi bu kararı ile, "hak ve hürriyetleri koruma hukuklarının çatışması problemine, milletlerarası hukuk ve doktrinde kabul gören bir çözüm getirmiştir;. hak ve hürriyetler konusunda üye Devletler anayasal geleneklerine, ya da İnsan haklarının korunması ile ilgili milletlerarası belgelere yollama yaparken 'en düşük ortak payda' yerine 'en yüksek ortak payda' ya da maksimum standarta yönelmekte, kısaca korumada "maksimum standart" teorisini benimsemektedir. "(70)

Böylece, maksimum standart deyiimi, en üst ulusal güvencenin Topluluk düzeyinde uygulanmasını ifade ederken, Karar;hem uluslararası antlaşmaların özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin temel haklar güvencesine ilişkin rolünü belirtmesi hem de, genel ilkeler aracılığıyla 'Avrupa minimum standartı' olarak, Topluluk Hukuk düzeni ile bütünleşmesi ile önem taşımaktadır. "(71)

**III.Dönem** :Bu dönem karar trendi, önceki dönemin kurucu kararları olan Stauder, Handelsgesellschaft ve Nold kararlarındaki içtihadını sürdürürken, Topluluk Hukuku'nun insan haklarına ilişkin eksikliğini giderme ve pozitif hukukun koruyuculuğu misyonunu iki kanaldan (Ulusal anayasal gelenekler ve Avrupa Sözleşmesi'nden derlediği ilkelerle) genişleterek yerine getirme şeklinde oluşmuştur.

Divanın bu döneme ilişkin kaydettiği gelişmeyi ortaya çıkaran ilk kararı, 28. 10. 1975 tarihli "Rutili c/Ministère de l'Intérieur" (72) kararıdır. Mahkeme bu davada önüne getirilen sorunu çözerken yorumu istenen Roma Andlaşması Madde 48. 'deki "kamu düzeni gerekçesi ile meşru sınırlamalar" kavramını açıklığa kavuşturmak için tamamen Avrupa Sözleşmesi'nin kriterlerini kullanmıştır.

Mahkeme, kararında;"Kamu düzeni koşulu, sendikal hakların kullanılmasını önleme gerekçesi ile kullanılamayacaktır;ayrıca kamu düzeni nedenine dayalı sınırlamalar, yasaya aykırı davranma durumları dışında, toplumun temel çıkarlarına aykırı gerçek ve yeterince ağır bir

kayıtlamasına karşı Paris İdare Mahkemesi'ne başvurusunu müteakip Mahkeme de Topluluğun kurucu Roma Antlaşması Madde 48/3 de ki "kamu düzeninin haklı kıldığı kısıtlamalar" hükmünün yorumunu aynı Antlaşmanın 177/a maddesi uyarınca Adalet Divanı'ndan istemiştir.

tehlikenin varlığını da zorunlu kılar;bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8, 9 ve 10. maddeleri, sınırlamada uyulması zorunlu bir 'ölçülülük ilkesi' getirmektedir (bu kriterini değerlendirirken Avrupa Sözleşmesine başvurmakta, 'kamu güvenliği' ölçütünün sınırını; 'hakkın özünün korunması', 'demokratik toplumda zorunluluk', 'orantılılık', 'iyi niyet' ilkeleriyle belirlemektedir) ki, alınan önlemler, Sözleşmeden alınan ve Topluluk Hukuku'na dahil olan bu ilkelere aykırıdır. " (73) diyerek, insan haklarının sınırlandırılmasına ilişkin sınırlama yoksunluğu ve ölçülülük ilkeleriyle değerlendirmektedir. (74) Diğer bir ifadeyle karar iki açılımlı pratik bir değer ortaya koymuştur;<<Avrupa Konvansiyonu'nun tanıdığı haklar ve bu hakların kullanımı, 'kanunun öngördüğü ve demokratik bir toplumda, kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakın korunması için 'zorunlu' önlemler dışında başkaca bir kısıtlamaya tabi tutulamaz'. İç Hukuk-Topluluk Hukuku çatışmasında, Topluluk Hukuku'nun önceliği ilkesini tespit ederek ve Avrupa Sözleşmesi'ni referans norm olarak kullanarak, temel haklar teorisinin sendikal hak versiyonu üzerinden tespiti yapılırken kolluk yetkileri de kayıtlanmıştır. >> (75)

**SONUÇ :**Topluluk yargı yeri, bu kararında, Demokrasinin temel-kurucu ilkelerinden Temsil ilkesine bir başka boyuttan değinmekte ve siyasi etkinliği sınırlı marjinal grupların temsiline farklı bir formül getirerek, temel haklarını güvenceye kavuşturmakta bu yöntemle de Demokrasi'yi bir başka özelliği ile yorumlamaktadır;demokrasi, sadece iktidarı "verme biçimi" değil, ama aynı zamanda "kullanma biçimi" dir. Bu anlamda, temel hakları takviye eden gelişmeler demokrasinin güçlendirilmesi ve Demokratik hukuk devletinin kurulması anlamını taşır. Buna "Hukuk yolu ile demokrasi"denilebilir.

Divan'ın ikinci örnek kararı, 13. 12. 1979 tarihli "Hauer v. Land Rheinland-Pfalz" (76) kararıdır.

(73)Bkz. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993, s. 230. Ayrıca, İnsan hakları konusunda Topluluğun Avrupa Konseyi ve diğer uluslararası organizasyonlarla ilişkilerine dair bkz. The European Community And Human Rights: Office For Official Publications of The European Communities, Luxembourg, 1989, s. 7, 8. New Right's For The Citizens Of Europe: Office For Official Publications of The European Communities, Luxembourg, 1987, s. 7vd.

(74)Divan'ın oluşturduğu bu hukuki tavır, Rutili Davası'nı izleyen bir dizi uzlaşmazlıkta da sürdürülmüş olup, en dikkat çekici olanları; 27. 10. 1976 tarih ve 130/75 sayılı

Karar da;tüzüğün, "mülkiyet hakkını" ve "mesleki faaliyetlerin serbestçe icrası' hakkı" nı ihlal edip etmediği sorunu irdelenerek, Divan'ın, daha önce, "Internationale Handelsgesllchaft" ve "Nold" olaylarında vermiş olduğu kararlara atıf yapmakta ve "Nold" Davası'nda vermiş olduğu karardaki formülasyonu tekrarlanmaktadır. Ancak, Divan kararında, devamla, üye Devletlerin anayasalarını ve üye Devletlerin işbirliği yaptığı veya katıldığı uluslararası belgeleri belirttikten sonra;"Bu düşünce, daha önce, Divan'ın içtihadı hatırlatıldıktan sonra, bir taraftan üye Devletlerin Anayasaları tarafından teminata alınmış haklara, diğer taraftan, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruyan Avrupa Sözleşmesi'ne atıf yapan Avrupa Parlamentosu'nun, Konsey'in ve Komisyon'un 5 Nisan 1977 tarihli ortak bildirisini ile tanınmıştır. " denmektedir.

Kararın özelliği, Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Birinci Protokol'ün 1. maddesinin metnini aktarmış bulunması ve nihayet Divan tarafından, bu maddenin, sanki Topluluk Hukuku'nun bir hükmü söz konusuymuş gibi yaptığı yoruma dayandırılmasıdır. Hauer kararı, Topluluk hukuk düzeni içinde, insan haklarının temel karakteri konusunda oluşturduğu kararlar serisinin son kararı olup, sonra verdiği kararlarda, temel hakkın bu karakteri tahlil edilmemiştir. Ancak, bu hakların tanınması, gerçekliğini ortaya koyma metodu, yetki sınırları ve benzerleri herkes tarafından kabul edilen öğeler olarak telakki edilmişlerdir. Divan bu süreç de özellikle artık, anayasal geleneklere, insan haklarını ve temel özgürlükleri koruyan Avrupa Sözleşmesi'ne ve Topluluk kurumları'nın 1977'deki ortak bildirisine sistematik olarak gönderme

"Paris v. Council", 7. 7. 1976 tarih ve 118/75 sayılı "Watson and Belmann", 14. 7. 1977 tarih ve 1977 sayılı "Sagulo", 8. 4. 1976 tarih ve 43/75 sayılı "Defrenne v. Sabena" Vaka'larıdır. Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ: "Ulusalüstü Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, (Muammer Aksoy'a Armağan), C. XLVI, Ocak-Haziran 1991, No: 1-2, s. 211, 212.

(75)Bakır ÇAĞLAR: Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 162.

(76)Alman üzüm bağı yetiştiricisi Bayan Liselotte Hauer, Almanya'da maliki olduğu arazide üzüm bağı dikimi yapmak için izin talep etmiş, bu izin talebi, Konsey'in bir tüzüğü gereğince, üç yıl için reddedilmiştir. Hauer, Topluluk hükümlerinin bir toprak sahibi olarak, kendi toprağı üzerinde özgürce işini yerine getirmesi hakkına tecavüz ettiği iddiası ile Topluluğun bu kararı aleyhinde yetkili idare Mahkemesinde dava açmıştır. Olay, yetkili Alman İdare Mahkemesi tarafından ön mesele ile Divan'a sunulmuştur. Bkz. The Court Of Justice Of The European Community: Office For Official Publications of The European Communities, Luxembourg, 1986, s. 38, 39.

yapmadığı, fakat, sadece, örneğin, "Tek Avrupa Antlaşması'nın Dibacesi'ni bir daha teyit eden" Divan'ın içtihadına atıfta bulunduğu belirtilebilir. 18. 5. 1989 tarih ve 249/86 sayılı F. Alman Cumhuriyeti ile ilgili kararı. <sup>(77)</sup> Divan, Hauer kararında ilk kez, Avrupa Sözleşmesinde yer alan bir düzenlemeyi (Sözleşmeye ek I Nolu Protokol Md. 1: 'özel mülkiyet hakkı') detaylı olarak tartışmış ve Topluluk standartı olarak kullanmıştır. Mahkeme, söz konusu hakkın Topluluğa üye devletlerin Anayasalarında yer alan ortak bir kavram olduğunu belirterek, önceki Handelsgesellschaft ve Nold Dava'larında ki kararlarıyla oluşturduğu içtihat birikimine gönderme yaparak kurduğu ilkeleri yeniden vurgulamıştır. Mahkeme, bir anlamda bu kararıyla, oluşturduğu insan hakları jürisprüdansını topluca ortaya koymuştur. Divan'ın söz konusu kararında <sup>(78)</sup> değindiği hususlar analitik olarak incelendiğinde, oluşum sürecini de kapsayan bir kural - karar sıralamasının şu noktalarda toplanmış olduğu gözlemlenmektedir;

-Temel hak ve özgürlüklerin hukukun genel ilkelerinin bir parçası olduğu,

-Bu hakların korunması (güvence altına alınması)'nda , Topluluk üye Devletlerinin Anayasal geleneklerinde ortak olan noktalardan/temelden hareket edileceği,

-Topluluğa üye Devletlerin Anayasalarında tanınmış olan temel haklar ve özgürlüklere aykırı önlemler, Topluluk Hukuku açısından da kabul edilmeyeceği,

-Topluluğa üye Devletlerin taraf olduğu, insan haklarının korunmasına dair Uluslararası Anlaşmalar, Topluluk Hukuku'nun (çerçevesi içinde 'Hukukun Genel İlkeleri'nin)

belirlenmesinde başvurulacak / yol gösterici bir kaynak olduğu,

-Anılan yaklaşımın, Avrupa Parlamentosu'nun, Konsey ve Komisyonca oluşturulan 5. 4. 1977 tarihli "Ortak Bildiri" <sup>(79)</sup> sinde de kabul gördüğü.

<sup>(79)</sup>Topluluk Hukuku'nda bütünlük sağlamaya dönük bir girişim olarak ortaya konulan Bildiri 'de yer verilen hususlar kısaca şunlardır;

-Topluluğu'n kurucu Andlaşmaları, hukuka saygı ilkesini esas almaktadır,

-Divan, Andlaşmalar ile ikincil nitelikli Topluluk hukuk kaynakları üzerinde, üye Devlet Anayasalarının dayandığı "Hukukun Genel İlkeleri" ile "Temel hakları ve ilkeleri" tanımaktadır,

-Üye Devletlerce, 4. 11. 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi onaylanarak kabul edilmiştir.

-Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyonu, üye Devlet Anayasaları ve Avrupa Sözleşmesi'nden çıkartılan/türetilen temel hakların korunmasına öncelikle önem vermektedir,

-Parlamento, Konsey ve Komisyon yetkilerini, Topluluk amaçlarını gözeterek şekilde ve bu haklara saygılı olarak yerine getirmeye devam edeceklerdir.

Bkz. The Joint Declaration of 5 April 1977, Official Journal, 1977, No: C 103, s. 1. Ayrıca bkz. Treaties Establishing The European Communities: Abridged Edition/Office For Official Publications of The European Communities, Luxembourg, 1978, s. 563vd.

<sup>(80)</sup> Topluluk Enformasyon Bürosu'nun Bültenlerinde kullanılan yaklaşım bkz. European Community Information Service; Background Note No: 12/1977, 5 April 1977.

<sup>(81)</sup> Metin 28 maddeden oluşmakta olup, Avrupa Parlamentosunun 1984 yılında "Avrupa Birliği Kurulmasına İlişkin Taslak Antlaşma" önerisinin kapsadığı insan hakları listesi üzerinde daha sonra Parlamentonun Kurumsal İşler Komitesi'nin yaptığı çalışma sonunda hazırlanan "Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi" taslağı, Parlamento tarafından 12. 4. 1989 tarihinde kabul edilmiştir. Bu süreç içinde 1977 tarihli "Ortak Bildiri", 1978 tarihli "Demokrasi Bildirisi", Komisyon'un 1979 tarihinde Topluluk düzeninde insan hakları listesi bulunmaması nedeniyle oluşan boşluğun giderilmesi için Avrupa Sözleşmesi'ne Topluluğun katılmasını içeren ve kabul görmeyen önerisi, 1984 tarihinde Parlamentonun Avrupa Birliği taslak antlaşma önerisi ve Topluluk üyesi Devletler Dışişleri Bakanları, Konsey ve Avrupa Siyasal İşbirliği çerçevesinde 21. 7. 1986 tarihli toplantıda kabul edilen "İnsan Hakları Bildirisi", 1. 7. 1987 tarihinde yürürlüğe giren "Tek Avrupa Senedi" ve 33 maddeden oluşan 1989 tarihli "Topluluk Temel Sosyal Haklar Şartı" yer almıştır. Bkz. Brian BERCUSSON: "The European Community's Charter of Fundamental Social Rights of Workers", The Modern Law Review, Vo: 53, No: 5, September 1990, s. 624 vd. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997, s. 603. Mehmet Semih GEMALMAZ: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Basım

<sup>(77)</sup> Bkz. C. N. KAKOURİS: (Çev. Ahmet İşeri), "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi", (Davetli Yüksek Mahkemeler ve Benzeri Kurumların Raporları), VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7-10 Mayıs 1990, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 19, C. 4, s. 41, 42.

<sup>(78)</sup> Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ: "Ulusalüstü Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu Ve İnsan Hakları", A. Ü. SBF Dergisi, (Muammer Aksoy'a Armağan), C. XLVI, Ocak-Haziran 1991, No. 1-s. 212, 213. Ayrıca not edelim ki, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1979 Nisan ayında verdiği bir memorandumla Topluluğun Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na katılmasını önermiş, katılımı, Topluluğun demokrasi ve temel haklara ilişkin idcilerinin pekişeceği ve yazılı bir temel hak katologuna sahip olacağı ifade edilmiş ancak tasvip görmemiştir. Bkz. Ayşe Füsün ARSAVA: Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar. A. Ü. SBF Yayınları: 545, Ankara, 1985, s. 311.

**SONUÇ:** Böylece, temel hak ve özgürlükler Demokrasi'nin gereği, Hukukun üstünlüğü ilkesinin bir sonucu olarak Topluluk Hukuk Düzeni'nin de asli bir unsuru sayılmakta<sup>(80)</sup> Liberal-Demokratik Sistem'in alt yapısını oluşturan "İnsan hak ve özgürlükleri", bu sistemin teknolojisi içinde ki alt modellerinde de "hukuk eliyle" oluşturulmaktadır.

**VI. Dönem:** Avrupa Parlamentosu, Avrupa Sözleşmesi'nin yerine geçerek, Topluluk ülkelerinin "minimum standartı" nı oluşturması amacıyla, 12. 4. 1989 tarihinde "Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi"<sup>(81)</sup> ni kabul etmiştir. Böylece, bu belge,

<sup>(82)</sup>Avrupa Sözleşmesi, insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi olurken bkz. "Chrysostomos, Papachrysostomou, Loizidou v. Turkey" Vaka'sı, söz konusu Bildirge'de insan hakları alanında Topluluk kamu düzeninin ortak kurucu belgesi olmaya başlamıştır.

<sup>(83)</sup>12. 11. 1969 tarih ve 29/69 sayılı "Stauder", 1. 6. 1973 tarih ve 4451/70 sayılı "Golder", 1. 6. 1973 tarih ve 4451/70 sayılı "Golder", 4. 9. 1974 tarih ve 41/74 sayılı "Van Duyn", 12. 12. 1974 tarih ve 34/74 sayılı "Walrave", 12. 12. 1974 tarih ve 34/74 sayılı "Walrave", 28. 10. 1975 tarih ve 36/75 sayılı "Rutili", 18. 3. 1975 tarih ve 44 ve 49/79 sayılı "Acton", 27. 10. 1976 tarih ve 130/75 sayılı "Prais", 9. 3. 1977 tarih ve 54/75 sayılı "De Dapper", 25. 4. 1978 tarih ve 26 sayılı "Tyren", 15. 6. 1978 tarihli "Defrenne II", 12. 11. 1978 tarih ve 93/78 sayılı "Matteus", 13. 6. 1979 tarih ve 31 sayılı "Marckx", 25. 1. 1979 tarih ve 98/178 sayılı "Recke" ve 99/78 "Decker", 26. 4. 1979 tarih ve 30 sayılı "Sunday Times", 5. 3. 1980 tarih ve 98/79 sayılı "Pecastaing", 13. 5. 1980 tarih ve 37 sayılı "Artico", 26. 6. 1980 tarih ve 136/79 sayılı "National Panosonic", 29. 10. 1980 tarih ve 139/79 sayılı "Isoglucose", 5. 3. 1980 tarih ve 98/79 sayılı "Pecastaing", 17. 12. 1981 tarih ve 115/80 sayılı "Demont", 22. 10. 1981 tarih ve 45 sayılı "Dudgeon", 9. 11. 1983 tarih ve 322/81 sayılı "Michelin", 11. 5. 1983 tarih ve 303 ve 312/81 sayılı "Klößekner", 13. 7. 1983 tarih ve 152/82 sayılı "Forcheri", 16. 11. 1983 tarih ve 188/82 sayılı "Thssen", 8. 11. 1983 tarih ve 165/82 sayılı "Royaume-uni", 6. 12. 1984 tarih ve 59/83 sayılı "Biovilac", 8. 11. 1983 tarih ve 165/82 sayılı "Royaume-Uni", 10. 7. 1984 tarih ve 63/83 sayılı "Kirk", 13. 2. 1985 tarih ve 293/83 sayılı "Gravier", 11. 12. 1985 tarih ve 110/84 sayılı "Hillegon", 17. 10. 1986 tarih ve 106 sayılı "Rees", 15. 6. 1986 tarih ve 222/84 sayılı "Johnston", 1. 4. 1987 tarih 257/85 sayılı "Dufay", 15. 10. 1987 tarih ve 222/68 sayılı "Heylens", 18. 5. 1989 tarih ve 249/86 sayılı "F. Alman Cum. karşı Komisyon", 21. 9. 1989 tarih ve 46/87 ve 227/88 sayılı "Hoechst", 17. 10. 1989 tarih ve 85/87 sayılı "Dow Benelux" ve 97, 98, 99/87 sayılı "Dow Chemical Ibérica", 18. 10. 1989 tarih ve 374/87 sayılı "Orkem" ve 27/88 sayılı "Solway", ve sonraki önemli kararlardan, 15.

Topluluk Mahkemesinin doğrudan atıfta bulunabileceği ve üye ülkelerin "kamu düzeni" ni oluşturacak belge niteliğindedir<sup>(82)</sup>. Daha sonra Avrupa Parlamentosu'nun 18. 5. 1989 tarihli "Temel Hak ve Hürriyetler Deklarasyonu" ve bu Deklarasyonu ayrılmaz parçası sayan 12. 12. 1990 tarihinde kabul ettiği "Anayasa Tasarısı" insan hakları üzerinden kurulan yeni düzenin kurucu politik ideolojisinin hukukileştirilmiş belgeleridir. Divan'ın bugüne kadar oluşturduğu temel haklar katoloğu içinde pek çok kararında<sup>(83)</sup> Avrupa Sözleşmesi hükümleri kullanılmakla birlikte, bu belgenin Topluluk Hukuku bakımından kesin ve bağlayıcı bir sonuç olmadığı, Mahkemenin oluşturduğu dinamik hukuk süreci Topluluk Hukuk düzeninin karakteristiğini belirlemekte, adeta, Topluluk Hukuku üzerinden yeni bir Haklar Beyannamesini kararlar ile oluşturmakta ve içtihadı yazılımlı Avrupa Anayasa'sının aktörlerinden biri olmaktadır.

### 3. Yargı-Yeri'nin Misyonu :"Hukuka Saygıyı Sağlamak" -Ve Bir Soru İşareti : "Hangi Hukuka ?"

Divan'ın, AKÇTA md. 31, AETA md. 164 ve EURATOMA md. 136 da düzenlenmiş olan; "Adalet Divanı işbu Andlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlar" hükmüne dayanarak, "hukuka saygı"<sup>(84)</sup> görevini, üye devletlerin ortak hukuk

5. 1986 tarih ve 222/84 sayılı "Johnston", 15. 10. 1987 tarih ve 222/86 sayılı "Heylens" ile Divan'ın daha sonra vermiş olduğu 19. 6. 1990 tarihli kararı sayılabilir. . . Bu konu ve kararlara ilişkin olarak bkz. Richard PLENDER: A Practical Introduction To European Community Law, Sweet And Maxwell, London, 1980. Hüseyin PAZARCI: Uluslararası Hukuk Açısından Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Yaptığı Anlaşmalar, A. Ü. SBF Yayınları No: 418, Ankara, 1978. İzzettin DOĞAN: Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu, İ. Ü. Yayınlarından No: 2473, İstanbul, 1979. Ayşe Füsün ARSAVA: Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, A. Ü. SBF Yayınları: 545, Ankara, 1985. Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ. Ü. Yayın No: 3761, İstanbul, 1993. Feyyaz GÖLCÜKLÜ: "Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü", İnsan Hakları Yılığ, TODAİE-İnsan Hakları Araştırma Merkezi), Y. 2, 1990, s. 42-75. Osman DOĞRU: İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997.

<sup>(84)</sup>AET'ni Kuran Antlaşma Md. 164: "Adalet Divanı işbu Antlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında Hukuka Saygıyı sağlar". Bkz. Treaties Establishing The European Communities: Abridged Edition, (Office For

ilkeleri ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan kurallara da saygıyı sağlamak olarak, benimsemiş olduğu görülmektedir.

Avrupa Toplulukları Hukuk düzeninde bu düzenin teminatını teşkil etmek ve Antlaşmanın yorum ve uygulanmasında hukuka saygınlığı, sağlamak üzere her üç Topluluğa ortak bir Adalet Divanının kurulması öngörülmüştür.<sup>(85)</sup> Nitekim 8. 4. 1965 'de imzalanan "Merger Treaty" ile bu durum gerçekleştirilmiştir. AET Andlaşması Madde 164'de "Adalet Divanı iş bu Andlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında Hukuka saygıyı sağlar" denilerek Topluluk kurucu antlaşmalarının her birinde kullanılan aynı terimlerle kesinleşen Mahkemenin sorumluluğu;<sup>(86)</sup> antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlamak"<sup>(86)</sup> dir. Böylece Topluluk yargı-yeri, AET'nu kuran Antlaşma Madde 164'de ki "Hukuk" u da, Liberal Demokratik Model'in hukuk yapısı olarak yorumlamaktadır.<sup>(87)</sup> Bu durumda, Avrupa Topluluklarında Hukuk Devleti ilkesinin geçerliliğini sağlayan en önemli elemanın yargı güvencesi olduğu söylenebilir<sup>(88)</sup>.

Divan, bu yaklaşımını ilk kez, 12. 11. 1968 tarihli Stauder Davasına ilişkin kararında ortaya koymuştur. Divan'ın bu kararını, 17. 12. 1970 tarihli Internationale Handelsgesellschaft Davası, 14. 5. 1974 tarihli Nold Davası ve 28. 10. 1975 tarihli Rutilli Davası'nda verdiği kararlar izlemiştir.

Nitekim, Adalet Divanı, 12. 11. 1969 tarihli Stauder Kararı ile temel hakları, Topluluk Hukuk düzeninin genel ilkeleri arasına yerleştirirken kendisini de bu haklara saygıyı sağlama konusunda yetkili kılmıştır. Divan, 12. 10. 1969 tarihli Stauder v. City of Ulm kararı ile temel hakların Topluluk Hukuk düzeninde geçerliliği ve ulusal hukuk (Anayasal) da ki güvenceleri arasında ilişkilendirme kurduğu kararı ikinci aşamayı oluştururken, 17. 12. 1970 tarihli Internationale Handelsgesellschaft kararı ile 13. 12. 1979 tarihli

Hauer kararı bu içtihadın detaylandırılarak kurumsallaştırıldığı üçüncü aşamayı ortaya koymuştur. Birlik yargı yeri bu kararlarıyla; "Üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenme yükümlülüğünde olan Divan, bu devletlerin anayasalarının tanınan ve güvence altına alınan temel haklarla bağdaşmayan önlemleri kabul edemez" diyerek en üst milli güvencenin Birlik düzeyinde uygulanmasını, diğer bir ifadeyle, "maksimum standart ölçüsü" nü belirlemiştir.

Divan, insan haklarına uymayı sağlamak yönünde de kararlar üretmiştir. Nitekim, 4. 2. 1959 tarihli Stork kararı ve 15. 7. 1960 tarihli Enterprise Nold kararı ile Topluluk organlarının işlemlerinin ulusal düzenlemelerdeki insan hakları anlayışı açısından incelenemeyeceğine hükmetmiştir. Fakat Divan, daha sonraki kararlarında, insan haklarına saygının üye devletler Anayasalarında yer alan genel hukuk prensiplerinin bir parçası olduğu ve Divanın buna saygıyı sağlamakla görevli bulunduğu yargısına ulaşmıştır.<sup>(89)</sup>

Avrupa Birliği Hukuk düzeni çerçevesinde, Kurucu Antlaşmalar ve eklerinde insan haklarının korunmasına doğrudan yönelik herhangi bir bölüm yer almamakla birlikte, insan haklarının korunmasına ilişkin birincil nitelikli kuralların sayısının çok sınırlı olduğu görülmektedir. Ancak, 17-28 Şubat 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi ve izleyen diğer belgelerde doğrudan insan haklarının korunmasına yönelik ifadeler kullanılmıştır. Topluluk kurucu antlaşmalarının bir tamamlayıcı belgesi olarak gerçekleştirilmiş olan bu sözleşmenin giriş bölümünde; "Üye devletlerin anayasaları ve yasalarında, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmede ve Avrupa Sosyal Yasasında tanınan temel haklara dayanarak ve özellikle özgürlük, eşitlik ve sosyal adaletin birlikte geliştirilmesine kararlı olarak. . ."<sup>(90)</sup> ifadesine yer verilmiştir.

Official Publications Of The European Communities, Luxembourg, 1978, s. 243.

<sup>(85)</sup>İzzettin DOĞAN: "Avrupa Toplulukları Kurumları ve Yetkileri Açısından AET Hukukunun Milli Hukuklara Üstünlüğü", A. H. A. E. M. , Birinci Avrupa Hukuku Haftası, 24-27 Ocak 1978, İstanbul, 1979, s. 23.

<sup>(86)</sup>Bkz. The Court Of Justice Of The European Community: Office For Official Publications of The European

<sup>(87)</sup>Bakır ÇAĞLAR: "Anayasa ve Topluluk Hukuku", İ. Ü. H. F. , A. H. A. E. M. , İkinci Avrupa Hukuku Haftası, 29-31 Mayıs 1978. (1980), s. 15.

<sup>(88)</sup>Ali Ülkü Azrak: Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, İ. Ü. Yayın No: 3072, İstanbul, 1982, s. 73.

<sup>(89)</sup>Bkz. İrfan PAÇACI: Teori ve Pratikte Supranational Avrupa Topluluk Hukuku (Yapısal ve Operasyonel bir Çalışma), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ. Ü. SBE, İstanbul, 1991, s. 191.

<sup>(90)</sup>Bkz. Single European Act: (Bulletin Of The European Communities-Supplement 2/86), Office for Official Publications of The European Communities, Luxembourg, 1986, s. 5.

<sup>(91)</sup>Bkz. İrfan PAÇACI: Teori ve Pratikte Supranational Avrupa Topluluk Hukuku, (Yapısal ve Operasyonel bir çalışma), İ. Ü. SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1991, s. 130. Ayşe Füsün ARSAVA: Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, A. Ü. SBF Yayınları: 545, Ankara, 1985, s. 307.

Divan, Paris ve Roma Antlaşmalarının uygulanması ve yorumlanmasında hukukun koruyuculuğu rolünü oynar. dolayısıyla kararları ile Topluluk Hukukunu yaşatıp, geliştirirken yeniden yazar. Topluluğun Avrupa bütünleşmesi Anayasal ilkesi yargı-yerinin Amaçsal (teolojik) yorumlarının özünde yer alırken, Liberal-Demokratik modelin "Milletlerarası İctihadi Anayasa Hukuku" nun kuruculuk misyonunun "politik" karizmalı dinamik kanadını meydana getirir. "Hukuk" karizmalı dinamik kanadını da Avrupa İnsan Hakları Cihazları pratikleri ile oluşturmaktadır. Her iki kanat "Avrupa Demokratik Liberal Sistemi"nin içinde "Kamu Düzeni" nin "yargıç-muhafız" ları Avrupa mekanında karşıtların bütünleştiği, ideolojilerin bulunduğu üç yüzyıllık "Avrupa Birleşik Devletleri" idealinin XXI. yüzyıla doğru evrenselleştiricileridir.<sup>(91)</sup>

Bugün, Avrupa kıtasında ortaya çıkan bu yapı;düzenleyici cihazları, siyasi ve hukuki çevreleri ile "hukuk"u ve "politik" i yeniden şekillendirirken; "Anayasa" yargıç, "Demokrasi" de hukuk eliyle yazılmakta ve anlam kazanmaktadır.<sup>(92)</sup> Bu sistemin çekirdeğinde yer alan normatif değerler mozayigi;"Maastrich

<sup>(92)</sup>Bu oluşuma ilişkin literatürde farklı isimlendirmeler yapılmakla birlikte, ortak noktanın, anayasa yargıcının varlığının demokratikliğin (demokratik hukuk devletinin) gerçekleşme aracı olarak görülüyor olması, örgütleniş ve işleyiş biçimi ile de "Anayasal Demokrasi" ye olanak vermesidir. Nitekim bu açıdan; Anayasal Demokrasi Demokrasi'nin aracı'dır denilebilir. Anayasa yargıçları da bu oluşumda kurucu ve koruyucu işlevlere sahip daha ileri taşıma misyonu ile yükümlü olarak, aynı amaçlarla kurulan Anayasa Mahkemeleri cihazlanması içinde bu ödevlerle sistemde siperlenmiş savaşçılardır. Macaristan Anayasa Mahkemesi Kuruluş Yasası , Hans Kelsen Modeli Anayasa Yargısı'nın önüne geçerek, Yüksek Mahkemeyi, "Hukuk Devleti"nin sembolü ve güvencesi" olarak tanımlayıp, Devletin iyi işleyişinin teminatı yapmıştır. Bu konuda bkz. İbrahim. Ö. KABOĞLU: "Kelsen Modeli 'Sınırlarında' Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları", Anayasa Yargısı 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 28, Ankara, 1993, s. 395, 396. İbrahim. Ö. KABOĞLU: Anayasa Yargısı, İnce Kitabevi, Ankara, 1994, s. 18 Mustafa ERDOĞAN: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996, s. 75, 76.

<sup>(93)</sup>Bkz. Bakır ÇAĞLAR: "Kıt'a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: 'Hukuk ve Demokrasi'", Anayasa Yargısı 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 27, Ankara, 1993, s. 260.

<sup>(94)</sup>Bu konuda bkz. John NAISBITT-Patricia ABURDENE: Megatrends 2000, (Çev. Erdal Güven), Form Yayınları No: 7, İstanbul, 1990, s. 1. Türksel Kaya BENSĞİR: Bilgi Teknolojileri ve Örgütsel Değişim, TODAİE Yayın No: 274, Ankara, 1996, s. 7.

Avrupası Hukuku'nda Avrupa Parlamentosu'nun kabul ettiği ve ilk maddesi "insan onurunun dokunulmazlığı" nı düzenleyen "Temel Hak ve Hürriyetler Deklerasyonu" ve bu Deklerasyonu ayrılmaz parçası sayan "Anayasa" tasarısı, "Tek Sened" Başlangıcında yollama yapılan "Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı", "European Council" in 29 Haziran 1991 tarihli "İnsan Hakları Deklerasyonu", fert merkezli İnsan hakları yeni ideolojisini Hukuk dilinde ifade eden belirleyici belgelerdir. "<sup>(93)</sup>

### III. MODERN SAVAŞLAR : "YENİ YÜZYILIN PAYLAŞIMI"

Yazıda somutlaştırılmaya çalışıldığı biçimi ile, Avrupa uygarlığı, tarih içinde, Aydınlanma hareketi, rönesans ve reform süreci, sanayi devrimi, 1789 Fransız ihtilali, yönetsel yapıda demokrasiye geçiş, vb. temel dönüşümleri gerçekleştirerek insanlık tarihine el koymuştur. Avrupa uygarlığı bugün de bu sürecin bir ileri aşamasında gelişme kaydederek "Enformatik Devrim" ile "Bilgi toplumu" <sup>(94)</sup> nu oluşturmaktadır. Öte yandan dünyada meydana gelen süper güçler ile ilgili gelişmeler, Sovyetler Birliği'nin yıkılıp yerine Rusya Federasyonu'nun kurulması, Avrupa Birliği'nin aktif hale geçmesi ve diğer uluslararası politikanın dengesini etkileyen gelişmeler ortaya çıkmıştır. Söz konusu gelişmeler ve neticede ABD'nin ortaya koyduğu misyon; "Yeni Dünya Düzeni" ve onun baş aktörü olma iddia ve çabası, özünde "yeni yüzyılın paylaşımı" için yapılan bir savaştır. Bu mücadele, sürekli ve insanlığın tarihiyle iç içe olan bir sürecin bugünkü boyutu olup, belirtilen oluşum ve gelişmelerin iki binli yıllara girerken kesişim noktasını oluşturmaktadır.

Diğer bir ifadeyle, dünyadaki toplumlar "bin yıl değişimi" nin eşiğinde, evrensel bir dönüşümün sancılarını yaşamaktadır. Çünkü, bin yıl değişimleri tarihte önemli olayların ve değişimlerin oluşumuna basamak olmuştur. Dünyanın, gelen bu bin yılda dizaynı, "yeni dünya düzeni" olarak ifadelendirilmiş olup; "istikrarsızlık", bu yeniden yapılanmanın, her alana sirayet eden en yaygın, kullanılabilir yöntemi yapılmıştır.

Anılan mücadelenin stratejik önemi, hazırlanan oluşumların, planlanan değişmelerin yeni yüzyılın eşiğinde patlatılması diğer bir ifadeyle sıcak savaşa dönüştürülmesidir. Paylaşımın örtülü görüntüsünün açık yüzü, demokrasi/demokratikleşme, insan hakları ve özgürlük mücadelesi gibi özellikle uluslararası



boyutlu ve uluslararası ilişkiler ve politika eksenli sahada odaklanmakta olup, söz konusu alanlarda etkinlik ve egemenlik odaklarının (gerek Uluslararası resmi kuruluşlar gerekse "NGO - Non Government Organizations" lar olarak) da sahibi olarak uluslararası dengenin aktörleri;demokrasi, insan hakları, özgürlük ve hukuk görüntüsü ile bu mücadeleyi sürdürmektedirler.

Belirgin ve tekelleşmiş bir şekilde bu eksen "Avrupa Demokratik-Liberal Sistemi" olarak kendini kurumsallaştırmaktadır. Sistem iç çevresinde ortaya koyduğu özellikleri ve işlevi ile oluşturduğu değer ve ilkelerle tutarlı bir model ortaya çıkarmaktadır. Ancak, dış çevrede daha değişik ve içsel yapı ve değerlerinden uzaklaşan hatta çelişkiye düşen bir görünüm sergilemektedir. Başka bir ifadeyle Avrupa Demokratik-Liberal Sistemi iki yörlü ve çift standartlı dolayısıyla arka planında farklı amaç ve jeo-stratejinin yer aldığı bir araç işlevi (ya da görünümü) oluşturmaktadır<sup>(95)</sup>.

Nitekim, bu sistemin, uluslararası yürüncesinde somutlaşan söz konusu çelişki, belirgin bir şekilde arkasında yatan stratejik nedeni gizlemeye dönük kamufleji ortaya koymakta veya örtü daha çok kaldırılmış bir şekilde değerlendirmeye olanak verecek bir durum oluşturmaktadır. Sözü edilen sistemin cihazlanması, ortak ve temel değerler oluşturması ve bu olgunun dışa dönük yüzü ile oynadığı rol dikkate alındığında, ortaya koyduğu gerçek, "çifte standartlar veya çifte standardizasyon" olmakta, böylece, bu mücadelede, örtünün gösterilmeyen yüzü aydınlanmaktadır<sup>(96)</sup>. Sözü edilen savaşın sıcak alanlarında, dünyanın iki kutupluluğu "Batı-Doğu" olarak gerçekleşirken, temel çizgisini iki farklı uygarlık noktasında koymaktadır<sup>(97)</sup>. Bu,

<sup>(95)</sup>Avrupa uygarlığının siyasal organizasyonu olarak ortaya çıkarılan AB iktisadi nitelikte üç (EEC, EURATOM, ECSC) örgütlenmesi yanında askeri nitelikli ortak savunma örgütü olan Batı Avrupa Birliği (BAB) ile "Birleşik Avrupa Devleti" nin alt yapısını oluşturarak Dünya güç dağılımında, ABD, Rusya, Japonya klasik şablonuna katılmış ve böylece yeni yelpazede ki yerini almıştır.

<sup>(96)</sup>Bu husus her ne kadar adı geçen sistemin içinde yer alan ülkelerin üniversitelerinde (Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültelerinde; Paris X, Dijon, Cenevre gibi), "Üçüncü Dünya'da Liberal Demokrasi" konulu dersler, programlarda yer almakla birlikte, bu derslerin içeriğinde kritikler, söz konusu düzlem dışında yapılmaktadır.

<sup>(97)</sup> 5. 3. 1997 tarihinde Brüksel'de yapılan, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin Hıristiyan Demokrat parti liderlerini bir araya getiren Avrupa Hıristiyan Demokrat Partiler Zirvesi'nde, Yeni Avrupa Mimarısının dayandığı temel

biyey toplum değer ve etik olarak her alana etki eden anlayış ayrılığı, suni olarak, gelişmiş ülkeler-gelişmekte olan yada az gelişmiş ülkeler, ayraçları gibi, daha iktisadi ve sosyal nitelikli kriterlerle gösterilmekte, ancak söz konusu farklılık reel etkisini;din, dil, yönetim, politika, iktisat, teknik, askeri vb. her alanda "Hıristiyan-İslam" niteliği olarak sürdürmektedir. Yeni yüzyılın paylaşım savaşı hızlanmış ve bu örtülü savaşın üzerindeki örtü aralanmıştır;Bosna-Hersek Savaşı, Körfez Savaşı, Balkanlar ve Kuzey Kafkasyadaki çatışmalar, Orta-Doğudaki çatışmalar, etnik gruplar arasındaki çatışmalar, Kıbrıs'taki hareketlenme, Ermenistan-Azerbaycan Savaşı ve Kürt'lerin kendi aralarındaki çatışma ve Türkiye'nin güney doğusunda yaşanan savaş . . . Değişim, her şeyde ve her alanda ortaya çıkarken, adeta klasik söylemi ile değişmeyen değişimin kendisi olmakta, ayrıca, Modern çağda savaşlar ileri teknoloji ile mikro ölçekte yapılırken, değişmeyen diğer bir şey, insanlığın öteden beri süregelen "Batı-Doğu / Hıristiyan-İslam" mücadelesi olmaktadır<sup>(98)</sup>.

## SONUÇ YA DA BAŞLANGIÇ

Günümüzde artık, yeryüzü savaşları modern biçimde yapılmakta olup, insanoğlu, kahvesini yudumlarken önündeki ekranda "İnsanlığın tragedyasını" izlemektedir. Dünyanın farklı bölümlerinde barış ve savaşın adeta nöbet değişimleri değişik zamanların görüntüleri olarak ekranı doldurmaktadır. Bir hafta sonu tatilinde, Körfez savaşında Scud füzelerine karşı kurulan,

---

görüş yinelenirken, Türkiye ile ilgili olarak bu düşünce tekrar somutlaştırılmıştır. Hıristiyan demokratların "Avrupa Halk Partisi" (PPE) adı altında bütünleşip düzenledikleri bu Zirve'nin ortak kararı Belçika eski Başbakanı ve PPE Başkanı Wilfried Martens tarafından; "AB'nin bir 'Medeniyet Projesi' olduğu ve Türkiye'nin burada yeri olmadığı" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Radikal Gazetesi, 5. 3. 1997, s. 11.

<sup>(98)</sup>Samuel P. Huntington "Medeniyetler Çatışması" eserinde Bosna'nın medeniyetler arasındaki ilk uluslararası çatışma olduğunu söylemektedir. Huntington, "Medeniyet saflaşması bu güne kadar sınırlı kalmıştır, fakat büyümektedir ve ciddi ölçüde yayılma potansiyeline sahiptir . . . Gelecek yıllarda, mahalli çatışmalar, Bosna ve Kafkasya'da olduğu gibi medeniyetler arasındaki fay kırıkları boyunca, çok büyük bir ihtimalle daha büyük savaşlara dönüşecektir. Şayet olursa bundan sonraki dünya savaşı, medeniyetler arası bir savaş olacaktır." Bkz. Samuel P. Huntington: Medeniyetler Çatışması, Vadi Yayınları, Ankara, 1997, s. 32.

<sup>(99)</sup> "İnsan insanın kurdudur" (Homo homini lupus). İngiliz düşünür Thomas Hobbes (1588-1679). Bkz. Murat SARICA: Siyasi Düşünce Tarihi, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 63

Patriot'lar ve yıkılan şehirler, Bosna'da pazar yerinde alışveriş yaparken bombalanarak parçalanan insanlar ve kamyonun içindeki ceset yığınları modern zamanların görüntüsü olurken, bir başka gün, Kraliyet sarayının merasim salonunda yapılan, insanların barış ve özgürlüğü için kaleme alınmış antlaşmaların (AGİK, Paris Şartı vd. gibi) imza töreni seyredilmektedir.

Yirminci yüzyılın son çeyreği "insan hakları"nın uluslararası planda pozitifleşmesinin tarihi olmuştur. İdeolojik bir silah ve toplumsal bir olgu olarak ortaya konulagelen bu kavram ancak yakın bir zamanda özellikle Sovyetler Birliği'nin dağılması ve Komünizmin evrensel anlamda etkisini kaybetmesiyle birlikte, ortaya çıkan, tek ölçekli dünya düzeninde, ideolojik çatışma alanı olmaktan çıkarak demokrasi, hukuk ve insan onurunun bir ögesi haline gelmiştir.

Böylece;insan hakları, ABD'nin Sovyet Rusya'ya karşı ilan ettiği savaşın temel ideolojik unsuru olmaktan çıkmış, bilim ve teknolojinin ortaya koyduğu şaşırtıcı gelişme; yeni yüzyılı "İnsan Hakları" çağı yapmaya hazırlanırken, uygarlığın öncülerinin oluşturduğu "**çifte standart**" lar, bugün, insanlığın aşılmaz paradigması, uygarlığın da kör noktası olmuştur. Bu durum belkide insanoğlunun tarihten gelen (Thomas Hobbes'un üç yüzyıl önce söylediği) **gerçeği** <sup>(99)</sup> dir. İnsanlığın bu değişmeyen gerçeği, onun tragedya'sı olup aynı zamanda da tarihi, toplumu ve uygarlığı ortaya çıkarmıştır. O nedenle kutsal kitaplar aynı öğütlemelerle başlar;barış, özgürlük, adalet ve aynı sözcüklerle biter. Tıpkı insan hakları bildirgeleri, anayasalar gibi. . .