

felsefeye istinadettiği gibi, sosyolojiden de istifadeye mecburdur. Hukuk ilmi ancak sosyolojik malzemeden istifade etmek şartıyla ilmî mahiyetini muhafaza edebilir. Hukuk ve sosyoloji birbirine bağlıdır. Hukukun iktisat, ahlâk ve felsefe ile alâkası ne kadar kuvvetli ise sosyoloji ile alâkası da o kadar sıktır.

Her gün her sahaca eski devirlerde görülmemiş bir şekilde inkişaf halinde bulunan memleketimizde tahakkuk ettirilmesini temenni ettiğimiz birçok şeyler vardır. Bunlardan biri; bugün memleketimizde *tatbik olunan yüksek hukuk kaidelerinin tarihi, iktisadi, ve sosyolojik esaslarını tetkike gittikçe daha geniş yer ve daha fazla önem verilmesidir. Hukukun tedris ve tahsili gittikçe daha ilmileştirilmelidir.*

Bugün memleketimizde hâkim hukuk çok yüksek bir hukuk sistemidir. Bu yüksek hukuku yaşatmak için memleketimizde hukuk ilminin seviyesi de yüksek olmalı ve yüksek kalmalıdır. Hukukun ilmî seviyesi inkişaf etmezse hukuk kavaidi de tereddiye uğrar.

Bugün memleketimizde hâkim hukuk sistemi yüksek kültür bahçelerinde

yetiştirilmiş bir mahsuldür. Bir bahçedeki çiçekler ne kadar güzel olursa olsun sulanmadığı takdirde solmaya, nihayet kurumaya mahkûm olduğu gibi, bir memlekette hâkim kanunlar da, ne kadar mükemmel olursa olsunlar, ilimle tenvir edilmedikleri takdirde bu kanunlar çorak bir çölde dikilmiş fidan gibi kurumaya, tereddiye mahkûmdur. *Hukuk ilmi inkişaf etmemiş bir muhitte mükemmel kanunlar yaşayamaz. Tarih, iktisat, felsefe ve sosyolojiye istinadetsiz hukuk ilmi de inkişaf edemez. Hukuk ilmiyle beraber hukukun tekâmülü de durur.*

Bereket versin bu tehlike mevcut değildir. Hukukumuzu, kanunlarımızı ilmî bakımdan tetkik sahasında göze çarpar müspet hâdiseler müşahade ediyoruz.

Hukuk Fakültelerimizde hukuk sistemimizi ilmî bakımdan tetkika ve tenvire tahsis edilmiş kürsülerin mevcudiyeti ve memleketimize hukuk ilmini yayma gayesini istihdaf eden hususi cemiyetlerin teşekkülü, hukuka dair yeni yeni ilmî eserlerin zuhuru bu sahada ümit verici müspet hâdiselerdir.

Hukukta “Özgürlükçü” Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları

Mehmet TURHAN*

Murat Belge'nin ülkemizde yargı üstüne şu söylediklerine katılmamak mümkün değil.

“Çeşitli yargı organlarından karar üstüne karar çıkıyor. Şemdinli davasından İhsan Doğramacı davasına, bu ‘polis beraati’ndan ‘vicdani red’de vb. bir takım kararlar veriliyor. Bunların hemen hemen hepsinin ortak bir noktası olduğunu görmek için çok da keskin gözlü olmak gerekmiyor; ayrıca, bir Türkiye vatandaşı olarak, bu duruma öyle uzun boylu şaşmak da gerekmiyor: çünkü yargı mekanizması şu son dönemde, tutarlı ve sistematik bir biçimde, devletten yana (ya da ‘devlet iktidarı’ çevresinde yer edinmiş kişilerden yana) kararlar veriyor: ‘müesses nizam’ın ayrıcalıklarını koruyor.

Türkiye’de her şey, ‘devleti korumak’ üzeredir. Demokrasi olmamasının nedeni de zaten budur. Dünyada yargı, devlete karşı yurttaştan yanadır, güçsüzden yanadır, demokrasi ve insan haklarından yanadır. Türkiye’de yargı devletten yanadır.

12 Eylül zihniyetinin ve dolayısıyla hukukunun iki tane ‘son savunma çizgisi’ olduğu görülüyor: birincisi Genelkurmay, ikincisi Yargıtay. Genelkurmay’ın davranışları bir düzeyde çok

önemli olabilir, ama Yargıtay’ın davranışları, Yargıtay’ın yapmak durumunda olduğu şeyleri yapmaması, bundan çok daha önemlidir. Daha önce de yazdım, bir toplum, adalet duygusunu kaybettiğinde (ve bizimki büyük ölçüde kaybetti), böyle bir toplumun toparlanması çok zordur... İşitiyor musunuz?”

Yargının, özellikle anayasa yargısının “güçsüzden ve haklarından” ve “haklardan” yana bir konuma getirilmesini sağlayacağı düşüncesiyle, bu yazıda Isaiah Berlin’in ve Ronald Dworkin’in görüşlerinin ışığı altında Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Refah Partisi Kararlarını” irdelemek ve eleştirmek ve bu yolla hukukta nasıl özgürlükçü bir yorum yapılabileceğini göstermek istiyoruz.

Isaiah Berlin’in İki Özgürlük Kavramı ve Değerlerin Çoğulculuğu

Yirminci yüzyılın önde gelen siyaset filozoflarından Isaiah Berlin’in iki temel görüşü vardır. Bunlardan ilki negatif özgürlük ve pozitif özgürlük ikincisi de değerlerin çoğulculuğu anlayışlarıdır. Berlin’in bu görüşlerinin anayasa yargısında nasıl kullanılabileceği

(*) Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Murat Belge, “Son Yargıtay Kararı”, *Radikal*, 12.11.2006.

ni göstermek için önce bu görüşleri kısaca açıklamak gerekmektedir.

Berlin negatif özgürlüğü şöyle açıklamaktadır: Berlin normal olarak faaliyetlerimize insanlar ne ölçüde müdahale etmiyorlarsa o ölçüde özgür olduğumuzu söylemektedir. Yazara göre eğer başkaları tarafından yapmak istediğimiz bir şeyi yapmamız engelleniyorsa, bu ölçüde özgür değildir. Eğer başka kişiler tarafından engellendiğimiz alan belli bir ölçüyü aşarsa, zorlama karşısında kaldığımız hatta köle durumuna getirildiğimiz dahi söylenebilir. Berlin'e göre baskı başka türlü bir harekette bulunabileceğimiz bir alan içinde başka insanların bu alana kasıtlı müdahalesi demektir. Belirli bir amaca ulaşma sadece o konudaki yeteneksizlik nedeniyle ortaya çıkıyorsa bu bize siyasal özgürlüğün yokluğunu göstermez. Örneğin, iki metreden daha fazla havaya sıçrayamıyorsam veya kör olduğum için kitap okuyamıyorsam köle haline getirildiğim söylenemeyeceği gibi, bana baskı yapıldığı da söylenebilir.² Negatif özgürlük demek başkalarının bize müdahale etmemeleri veya engel olmaması demektir.

Pozitif özgürlük de Berlin tarafından şöyle açıklanmaktadır: Berlin'e göre özgürlük sözcüğünün pozitif anlamı kişinin kendinin efendisi olma isteginden ortaya çıkmıştır. Eğer ben yaşamımın ve kararlarımın herhangi bir dış güce değil, bana bağlı olmasını diliyorsam; eğer diğer insanların değil kendi irademden kaynaklanan eylemlerin bir aracı olmak; bir nesne değil, bir özne

olmak; dışardan beni etkileyen nedenler tarafından değil, benim olan bilinçli amaçlar ve nedenlerle hareket etmek istiyorsam bu durumda pozitif özgürlük söz konusudur. Hiç kimse değil bir kimse olmak, hakkında karar verilen değil kendi kararlarını kendisi veren, sanki kendime ait amaçları ve politikaları kavrayamayan ve bunları gerçekleştiremeyen bir köle veya bir hayvan veya bir şeymiş gibi dış güçler veya insanlar tarafından etkilenen biri olmak istemediğim zaman pozitif özgürlük söz konusudur. Bu en azından Berlin'e göre rasyonelim dediğimde ve bu benim rasyonelliğimin beni diğer insanlardan farklı kıldığını söylediğimde kast ettiğim şeydir. Her şeyden önce pozitif özgürlük anlayışında ben kendimi düşünen, isteyen ve eylemde bulunan yaptığım tercihler nedeniyle sorumluluk taşıyan ve bunları kendi düşünceme ve amaçlarıma başvurarak açıklayabilen kendimin bilincinde olan bir kişi olmak isterim. Bu söylediğimin doğru olduğuna inandığım ölçüde kendimi özgür ve bunun doğru olmadığını farkına vardığım ölçüde de kendimi köleleşmiş olarak hissedirim.³ Berlin liberal toplumlar da negatif özgürlüğün daha önemli olduğunu ve daha az kötüye kullanıldığını söylemektedir. O halde hukukta yapılacak yorumlarda negatif özgürlüğü esas almak yerinde olacaktır.

Isaiah Berlin'in değerlerin plüralizmi görüşünü de şöyle özetleyebiliriz. Berlin, insanların takip ettiği geçmişte kabul gören ya da bugün kabul gör-

mekte olan üstün değerlerin tamamının birbiriyle uyumlu olmayabileceğini Machiavelli'yi okuyunca anladığını söylemiştir. Bu ise, Berlin için *philosophia perennis*'e dayanan, yaşamın temel sorunlarıyla ilgili gerçek amaçlar ve gerçek yanıtlar arasında hiçbir çelişkinin olmayacağı varsayımını yıkmıştır. Giambattista Vico da, dünyada kendine özgü örüntüsü olan uygarlıkların çokluğunu ortaya koymuştur. Tüm bunlardan sonra, Johann Gottfried Herder'i okuyan ve yazarın farklı yer ve zamanlarda varolan ulusal kültürleri karşılaştırdığını ve her toplumun kendine özgü bir çekim merkezi olduğunu gören Berlin; bu görüşlerin kültürel veya etik görelilik olarak adlandırıldığını belirttikten sonra; buna göreçilik (rölativizm) denemeyeceğini bunun plüralizm (çokçuluk veya çoğulculuk) olduğunu ileri sürmüştür.⁴ Berlin'e göre rölativizm (göreçilik) şu şekilde örneklendirilebilir: "Ben kahve, sen ise şampanya içmeyi tercih ediyorsun. Farklı damak zevklerine sahibiz. Söylenecek fazla bir şey yok" denildiğinde, bu rölativizmdir. Buna karşılık, Berlin'e göre Herder'in ve Vico'nun görüşlerini göreçilik olarak nitelendirmek mümkün değildir. Buna ancak çokçuluk, çoğulculuk veya plüralizm denebilir. Plüralizm kavramı insanların izleyebileceği tümüyle rasyonel pek çok farklı amaçlar olabileceğini; insanların farklı konularda birbirlerini anlayarak birbirlerinden yararlanabileceğini göstermektedir. İnsanı insan yapan özellik toplumlar arasında köprü işlevi gördüğünden, zaman ve yer bakımından bir-

birinden farklı kültürler arasında iletişim kurulması olanaklıdır. Buna karşılık, bizim değerlerimiz bize aittir; onların değerleri ise onlara ait bulunmaktadır. Başka kültürler ait değerleri eleştirmekte ve kınamakta serbest olsak da, onları anlayamadığımızı veya onların bize hiçbir biçimde hitap etmeyen, farklı zevklere sahip ve farklı koşulların ürünü öznel varlıklar olduğunu öne sürmek mümkün değildir.⁵

Berlin bütün iyi şeylerin ve özellikle de insanlık ideallerinin birbiriyle uyumlu olmadığını belirterek şu gözlemde bulunmuştur: "Sıradan deneyimlerimizle algıladığımız bu dünyada, eşit güçteki nihai amaçlar ve eşit güçteki mutlak iddialar arasında seçim yapmak zorunda kalmaktayız ve bunlardan bazılarının gerçekleşmesi kaçınılmaz olarak diğerlerinden vazgeçilmesini gerektirmektedir. Gerçekten de, durum böyle olduğu için insanlar seçme özgürlüğüne bu denli büyük önem atfetmektedir. Eğer insanlar, dünyada gerçekleştirilebilecek mükemmel bir devlette ulaşmak istedikleri amaçların hiçbir zaman birbiriyle çatışma içinde olmayacağı konusunda bir güvenceye sahip olabilselerdi, seçim yapmanın gerekliliği ve ıstırapı ile birlikte seçme özgürlüğünün merkezi önemi de ortadan kalkardı. Bu halde bu nihai duruma bizi yaklaştıran her yöntem ne denli çok özgürlüklerimizden fedakarlık etmemize neden olursa olsun, tümüyle haklı olarak görülebilecektir."⁶

Profesör Berlin'e göre açık olan değerlerin birbiriyle çatışmasının müm-

(2) Henry Hardy, Isaiah Berlin'in "özgürlük" ile ilgili bütün yazılarını şu yapıtta toplamıştır: Isaiah Berlin, *Liberty* der. Henry Hardy (Oxford: Oxford University Press, 2002). Yukarıdaki alıntı bu derleme içinde yer alan Berlin'in ünlü yazısı "Two Concepts of Liberty"den yapılmıştır. Bakınız: "Two Concepts of Liberty", s. 169.

(3) "Two Concepts of Liberty", s. 178.

(4) Isaiah Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pinelico, 2003), s. 9-10. Bundan sonra bu yazıya "The Pursuit of the Ideal" olarak atıf yapılacaktır.

(5) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 11.

(6) Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", s. 213-214.

kün olmasıdır. Dolayısıyla, uygarlıkların birbirleriyle uyumsuz olması ve uygarlıklar arasında çatışmalar ortaya çıkması da aynı ölçüde olasıdır. Kültürler arasında veya aynı kültür içinde birtakım gruplar arasında veya sizle benim aramda benimsediğimiz değerler nedeniyle uyumsuzluklar bulunabilir. Siz her durumda doğruyu söylemeden yana olabilirsiniz; ben ise bunun zaman zaman çok acı verici veya yıkıcı olabileceğine inanabilirim. Bu konudaki görüşlerimizi tartışabilir ve ortak bir noktaya varmaya çalışabiliriz; ama sonunda sizin izlediğiniz yolun benim hayatımı vakfettiğim amaçla uyuşmadığı açıkça ortadadır. Değerler tek bir kişi özelinde de birbiriyle çatışabilir. Böyle bir durum ortaya çıktığında bazı değerlerin doğru, bazılarının ise yanlış olduğunu söylemek mümkün değildir. Adalet bazı insanlar için mutlak bir değerdir. Ancak, adalet değerinin ondan daha alt düzeyde olduğunu kabul edemeyeceğimiz son derece önemli başka bazı değerlerle uygulamada çatışması da mümkündür. Örneğin, katı bir adaletin merhamet veya şefkat ile uyumsuzluk içinde olması çoğu zaman rastlanan bir durumdur.⁷ Bunun gibi, özgürlük ve eşitlik insanlığın yüzyıllardır arzuladığı ve ulaşmaya çalıştığı temel değer ve amaçlardan başlıcalarıdır. Ne var ki, Berlin'in ifadesiyle kurtlara tanınacak özgürlük koyunların ölümü olacaktır.⁸ Aynı şekilde, güçlüye ve yetenekliye tanınacak tam bir özgürlük güçsüz ve yeteneksiz insanlar için felâket doğurabilir. Dolayısıyla, eşitliğin zaman zaman özgürlük-

ğün sınırlandırılmasına neden olması doğaldır. Sosyal refahı sağlamak, açları doyurmak ve evsizlere ev sağlamak için ekonomik bakımdan güçlü sınıfların özgürlüğünün sınırlandırılması gerekecektir. Bütün iyi şeylerin beraberce varolacağı mükemmel bir bütün veya en son çözüm ulaşılamayacak bir şey olduğu gibi, aynı zamanda kavramsal olarak da tutarsızdır. Bu nedenle de, iyi şeyler arasında kaçınılmaz olarak sürekli tercihlerde veya seçimlerde bulunmak durumundayız.⁹ Bu anlatılanlardan çıkarılacak sonuç yapılacak yorumlarda ister istemez bir tercihte bulunulduğu ve bu tercihin liberal değerler yönünde yapılması gerektiğidir.

Ronald Dworkin'in "Hakları Ciddiye Alan" Yorumu

Amerikalı Profesör Ronald Dworkin'e göre hukuk felsefesi özünde siyasal ve özellikle hukuksal tartışmaya normatif bir katkı sağlamaktadır. Etik, siyaset ve hukuk kuramı amaç veya ödev-temelli değil, hak-temelli olmalıdır; yani hakları ödevlerden ve kolektif amaçlardan üstün tutulmalı ve bu yolla herkesin eşit ilgi ve saygı görme hakkına saygı göstermelidir. Bu temel hak değerli veya değersiz yaşam biçimleri hakkında devletin yansız kalmasını gerektirir. Dworkin'e göre bu tür ilkeler halen hukukun bir parçasıdır.

Çağdaş hukukta insan hakları, hayvan hakları, ahlaki haklar, siyasal haklar merkezi bir önem kazanmıştır. Hukuk ve ahlak kuramlarında ilk olarak Dworkin'in ortaya koyduğu *hak-temelli*, *ödev-temelli* ve *amaç-temelli* üçlü

ayrımın hukuk felsefesinde önemli bir yeri vardır. Bu söylenenleri anlayabilmek için hukuktaki işkence yasağını örnek olarak verebiliriz. Hepimiz işkenceye karşıyızdır. Eğer bizim bu işkenceye karşı olmamız işkence kurbanının ıstırabını temel alıyorsa yaklaşımımız *hak-temelli* olacaktır. Eğer biz işkencenin işkence yapma küçülttüğüne inanıyorsak, işkence yasağına yaklaşımımızın *ödev-temelli* olduğu söylenecektir. Eğer biz işkenceyi sadece işkencenin taraflarından başkalarının menfaatlerini de etkilediğinde kabul edilemez bulursak bu yaklaşımımızın ise yararlı bir amaç taşıdığı veya *amaç-temelli* olduğu söylenecektir. Profesör Dworkin'in 'haklar tezi' hakların genel yarar düşüncelerinden önce geldiği anlamına gelmektedir.¹⁰ Profesör Ronald Dworkin'e göre vatandaşların devlete karşı ahlaki hakları olduğu son derece açıktır.¹¹

Ronald Dworkin'e göre hak sözcüğünün değişik bağlamlarda değişik anlamları vardır. Çoğunlukla bir kişinin bir şeye hakkı vardır dediğimizde bu şeyi yapmasına karışmamızın yanlış olacağını veya en azından bu müdahalenin bazı özel nedenlerle haklılaştırılmasını anlamaktayız. Bu sizin paranızı kumar oynayarak harcamaya hakkınız vardır; ama paranızı daha yararlı bir şekilde kullanmanız daha iyi olabilir dediğimizde, hak kavramını bu güçlü anla-

mında kullanmaktayım. Yani her ne kadar sizin kumarda para harcamanızı doğru bulmuyorsam dahi, size bu konuda başkalarının karışmasının yanlış olacağını düşünmekteyim.¹²

O halde bir kimsenin bir şeye hakkı olmasıyla yaptığı işin doğru olma anlamında haklı olması arasında fark vardır. Gerçekleşmesi durumunda yanlış bir şey olacak olmasına rağmen, o kişinin bu yanlış şeyi yapma hakkı vardır. Yine yapılması doğru olacak bir şey olmasına karşın, kişinin onu yapabilme hakkı olmayabilir.¹³

Anayasa tarafından bazı ahlaki haklar hukuksal haklara dönüştürülmüştür.¹⁴ Bütün hukuki haklar hatta anayasal haklar Devlete karşı ahlaki hakları temsil etmez. Dworkin'e göre Anayasada yer alan ifade özgürlüğü gibi temel haklar devlete karşı kullanılacak ahlaki haklar olup hak kavramının güçlü anlaşılmasını temsil ederler.

Devlete karşı olan bireysel haklar, *yarışan haklar* durumunda yani bir başka bireysel hakkı korumak için sınırlandırılabilir. Örneğin ifade özgürlüğü mahremiyet hakkı nedeniyle sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırma yapıldıkça daha önemli olan hak korunmamıştır.¹⁵ Dworkin'e göre devlete karşı bireysel haklar olağanüstü hallerde, tehlike durumlarında da sınırlandırılabilir. Ancak bu tehlikenin gerçek bir tehlike olması ve yine bu tehlikenin

(10) Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2005), s. 273.

(11) Ahlaki hakları olanların her zaman hukuki haklara sahip oldukları söylenemez. Örneğin hissedilen hayvanların ahlaki sükute sahip oldukları ve bu nedenle de ahlaki hakları bulunduğunu söyleyebiliriz de bu hayvanların her zaman hukuk tarafından tanınan hakları olmayabilir.

(12) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 188.

(13) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 188.

(14) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 190.

(15) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 193.

(7) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 11-12.

(8) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 12.

(9) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 12-13.

açık ve mevcut bir tehlike olması gerekir.¹⁶

Dworkin'e göre eğer bir kişinin belirli bir ahlaki hakkı varsa bu hak tersine çıkan yasalara ve mahkeme kararlarına karşı varlığını sürdürür. Hakları ciddiye alan herkes bunun ne anlama geldiğini düşünmelidir. En azından şu iki önemli düşünceyi kabul etmek gerekir. Bunlardan ilki belirsiz bir kavram olmasına rağmen güçlü insanlık onuru düşüncesidir. Bu düşünce Kant'tan kaynaklanmakta ve değişik felsefi okullar tarafından savunulan bu görüşe göre insanı insan topluluğunun tam bir üyesi olarak tanımlayarak çelişen bir biçimde davranma yolları olduğunu varsayan ve bunları adil görmeyen görüştür. İkincisi ise daha tanıdık bir kavram olan siyasal eşitliktir. Bu kavram siyasal topluluğun zayıf üyelerinin daha güçlü üyeleri gibi aynı ilgi ve saygıya sahip olmaları gerektiği düşüncesidir.¹⁷ Eğer bir hak, örneğin ifade özgürlüğü gibi, kişinin onurunu korumak veya eşit ilgi ve saygı görmesi veya benzer sonuçları olan diğer bazı kişisel değerler için gerekliyse kişinin devlete karşı (güçlü anlamında) bir hakka sahip olduğunu söylemenin bir anlamı olacaktır.¹⁸

O halde eğer haklar bir anlam ifade ediyorsa, önemli bir hakkın ihlal edilmesi çok ciddi bir sorundur. Bu o kişinin daha az insan gibi bir muameleye tabi tutulduğu veya diğer insanlardan daha az ilgiye layık olduğu anlamına gelir. Hakların kurumsal düzenlenmesi bunun toplumda büyük bir adaletsizlik

yarattığı inancına dayanır. Bu söylenler karşısında hakların çoğaltılmasının hakların ihlali gibi ciddi bir şey olmadığı sonucuna varmak gerekir.¹⁹

Dworkin'e göre bir hak bir kez kabul edildiğinde devlet bu hakkı orijinal hakkın dayandığı varsayımlarla uyumlu olmak üzere zorlayıcı nedenlerle kısıtlayabilir. Bir hak bir kez kabul edildikten sonra bu hakkı genişletmek için toplumun bazı şeyler ödemek zorunda kalacağı nedeniyle ortadan kaldırılamaz. Bu ek maliyetin özel bir maliyet olması gerekir veya davanın bir başka özelliği orijinal hakkın korunması büyük sosyal maliyet gerektiriyorsa da bu özel maliyet gerekli bulunmayabilir. Bunlar olmadığı takdirde devletin hakkı yaygınlaştırmadaki başarısızlığı orijinal davada hakkın tanınmasının bir düzmece olduğunu bize gösterecektir. Örneğin eğer bir kişinin ifade özgürlüğü varsa bu hakkı destekleyen nedenler kışkırtıcı siyasal konuşmalara yayılabiliyorsa ve böyle bir konuşmanın şiddetle bağlantısı açık değilse, bu sorun üzerine devlet bu hakkı inkar ederek karşılık vermemelidir. Konuşanın motifleri de o kişiyi susturmak için bir gerekçe oluşturamaz. Kuşkusuz eğer ifade özgürlüğü kişiye veya başkalarının mülklerine büyük bir zarara neden olarsa ve bu zarar başka türlü önlenmenin olanağı da yoksa işte o zaman, örneğin tiyatrodaki 'yangın var' diye bir kişinin bağırması durumunda olduğu gibi, kişi susturulabilir.²⁰

(16) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 195.

(17) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 198-199.

(18) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.199.

(19) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 199.

(20) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 203-204.

Hakların kabul edilmesi demek Dworkin'e göre çoğunluğun her istediğini istediği hızda gerçekleştirememesi demektir. Yasaların büyük bir çoğunluğu -sosyal, ekonomik ve dış siyasetle ilgili yasalar- yansız olamaz çünkü bu yasalar çoğunluğun ortak yararları ilgili görüşlerini yansıtır. Haklar kurumu toplumlarda çok önemlidir; çünkü haklar çoğunluğun azınlığa onurunu koruyacağı ve eşit davranılma hakkına saygı göstereceği yolundaki sözüdür. Gruplar arasındaki bölünmeler çok şiddetli olduğunda, eğer hukukun çalışması isteniyorsa, bu jest çok daha samimi olmak zorundadır. Dworkin bu konuda aynen şunu belirtmektedir: "Eğer devlet hakları ciddiye almıyorsa, o zaman hukuku da ciddiye almıyor demektir."²¹

Dworkin'e göre insan hakları kavramını hakların en temelini ve evrenselini tanımlamak üzere kullanıyoruz; bir devlet hakkında insan haklarını ihlal ettiğinden daha ciddi bir yakınma söz konusu olamaz. Uluslararası antlaşmalar temel insan haklarını tanımlamayı ve korumayı amaçlamaktadır. Ama antlaşmalar kaçınılmaz olarak değişik geleneklere ve menfaatlara sahip farklı uluslar arasındaki uzlaşmalar sonucunda ortaya çıkarlar ve bu nedenle de çoğunlukla gerçek insan haklarını tam ve doğru bir biçimde yansıtmakta başarısız olmaları nedeniyle eleştirilir. Bu nedenle uluslararası antlaşmaların bütün insan haklarını belirlediği söylenemez. Bunun yanında bir devletin uluslararası antlaş-

malara göre haklı olması onu ahlaki bakımdan insan haklarından tümüyle kurtaramaz.²²

Dworkin'e göre hükümetler çeşitli nedenlerle yasal haklar koyarlar ve bunları uygularlar. Bazı yasal haklar özel bir gücü ve rolü olan anayasal haklara dönüşebilir. Anayasal haklar hükümetlerin her istediklerini yasa olarak düzenleyebilmelerini engeller. Anayasal hakları biz insanların sahip oldukları ahlaki haklara dayandırarak haklılaştırırız. Ahlaki haklar diğer insanlara karşı değil, devlete karşı kullanılabilen haklardır. Dworkin bunların siyasal haklar olarak adlandırılacağını söylemektedir.²³

Bazı insanların belirli menfaatleri o denli önemlidir ki, bu menfaatleri bazı yararlar için feda etmek ahlaki bakımdan yanlış olacaktır. Siyasal haklar bu belirli ve önemli menfaatleri saptayan ve koruyan haklardır. Siyasal hak siyasal bir işlemi normal olarak haklılaştıracak dengelemede koz olarak kullanılabilen bir haktır. Bizler siyasal haklara sadece yasal hakları haklılaştırmada ve açıklamada başvurmayız; aynı zamanda devletin yasal hak olarak kabul etmedikleri hakları belirlemede ve bu konuda hükümeti eleştirmede de siyasal hakları kullanırız.²⁴

Genel Olarak Siyasi Parti

Kapatma Davaları

Genel ve eşit oy hakkı vatandaşların devlet yönetiminde etki sahibi olmalarını sağlar; fakat bu etkileme gü-nümüzde teker teker herkesin kendi

(21) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 205.

(22) Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* (New Jersey: Princeton University Press, 2006), s.28-29.

(23) Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, s. 31.

(24) Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, s. 31.

gücüyle olamaz. Bireysel iradeleri bir araya getiren, onlara yön veren ve ağırlık kazandıran kuruluşlara gereksinim duyulmuştur. Dağınık siyasal tercihlerin açıklık ve kesinlik kazanması ancak siyasal partilerin çalışmaları sayesinde gerçekleşebilir. Bunlara ek olarak devlet iktidarının sınırlanması ve vatandaşlara özgürlük ve güvenlik sağlanmasında da siyasal partiler çok önemli kuruluşlardır. Bu nedenle Anayasamız parti kurma hakkını önceden izin almaya bağlamamıştır: "Siyasi partiler, önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içinde faaliyetlerini sürdürürler" (madde 68/3). Yine Anayasamıza göre, "Siyasi partiler, demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" (madde 68/2).

Demokrasinin simgesi sayılan, olmazsa olmaz koşulu olarak nitelenen, özgürlük ve hukuksallığın ulusal araçları durumunda bulunan siyasal partilerin, devlet yönetimindeki etkinlikleri ve ulusal iradenin gerçekleşmesindeki rolleri nedeniyle, Anayasa koyucu, onları öteki tüzelkişilerden farklı görerek, kurulmalarından başlayıp, çalışmalarında, uyacakları esaslar ve kapatılmalarında izlenecek yöntem ve kuralları özel olarak belirlemekle kalmamış, Anayasa'nın 69. maddesinin son fıkrasındaki kuralla, siyasal partilerin çalışma, denetleme ve kapatılmalarının Anayasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde çıkarılacak bir yasayla düzenleneceğini öngörmüştür.

22.4.1983 gün ve 2820 sayılı Siyasal Partiler Yasası Anayasa'nın anılan buyurucu kuralı uyarınca çıkarılmış ve siyasal partileri öteki tüzel kişilerden farklı görmediğinden özel düzen-

lemeye gerek duymayan kimi ülkele- rin aksine, siyasal partilerin kuruluşla- rından başlayarak çalışmaları, dene- timleri, kapatılmaları konularında, be- lirli bir sistem içerisinde çok ayrıntılı kurallar getirmiştir. Getirilen sistem- de, Anayasa'da da yer alan yasaklara uymayan Siyasal Partilerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na izlene- ceği ve gerektiğinde kapatılmaları için Anayasa Mahkemesi'nde dava açılacağı öngörülmüştür. Bilinen bu kuralların yinelenmesinden kaçınıl- makla beraber, şunu bir kez daha vur- gulamak gerekmektedir: Kapatma da- valarının Anayasa Mahkemesinde gö- rülmesinin temel nedeni siyasal parti- lere diğer tüzel kişilerden farklı bir gözle bakılıp, onlara güvence sağla- maktır.

1982 Anayasasının 2. maddesi Cumhuriyetin niteliklerini saymakta- dır. Bu maddeye göre, "Türkiye Cum- huriyeti, toplumun huzuru, milli da- yanişma ve adalet anlayışı içinde, in- san haklarına saygılı, Atatürk Milli- yetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtti- len temel ilkelere dayanan, demokra- tik, laik ve sosyal bir hukuk devleti- dir." Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerinden her biri toplumumuz için önemli kabul edilen "değerlerden" oluşmaktadır. Isaiah Berlin'in değerlerin plüralizmi görü- şünde belirtildiği gibi, bu değerlerin hepsinin birden gerçekleşmesi her za- man mümkün olamamakta ve çoğu kez bunlardan birine verilen önem di- ğerine veya diğerlerine zararlar vere- bilmektedir. Özellikle bunlardan "de- mokratik devlet" ve "laik devlet" il- keleri ülkemizde sürekli bir çatışma içindedir.

Siyasi Partilerin Kapatılma Davaları

Bu açıklamalardan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Sosyalist Parti ile ilgili verdiği kararları inceleyebiliriz. Bu iki karar da Türkiye ve Anayasa Mahkemesi açısından son de- rece önemli kararlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Birleşik Komünist Partisi ka- rarında²⁵ siyasal partilerin demokrasile- rin düzgün ve doğru bir biçimde işleye- bilmesi için temel örgütler olduğunu vurgulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal makamların devletin anayasal yapısını yok etmeye çalıştığını söyle- diği siyasal partiler dahil, her türlü derneğin bu Sözleşme'nin korumasın- dan yararlanacağını belirtmiştir. Mah- keme, bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Başlangıcında "Aynı inancı ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve huku- kun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanması- nı sağlama yolunda ilk adımları atma- yı kararlaştırarak" dendiğini ve bu hu- susların öncelikle de ulusal anayasa- larda hükme bağlandığını ve bağlan- ması gerektiğini açıklamıştır.

Siyasal partilerin kapatılabilimleri, o devlette örgütlenme özgürlüğünü ve bunun sonucu olarak da, demokrasiyi doğrudan etkiler. Bu bağlamda Mahke- me, Sözleşme sisteminde demokratik toplumu korumanın gerekleri ile kişisel

haklar arasında bir uyuşmanın veya or- ta yol bulmanın gerekliliğini belirtmiş- tir. Bu uyuşmanın dernek özgürlüğü açısından Sözleşme'nin 11. maddesi- nin sınırlamanın nasıl yapılacağını gös- teren 2. fıkrasına uygun olması gerekir.

Mahkeme, daha önce de çeşitli ka- rarlarında belirttiği gibi, Sözleşme'nin teorik veya aldatıcı değil, pratik ve et- kili bir biçimde hakları garanti altına aldığını yeniden vurgulamıştır. Eğer dernek özgürlüğü sadece dernek kur- mayla sınırlı olsaydı, o zaman bu öz- gürlük teorik ve hayali bir özgürlük olarak kalırdı. Çünkü ulusal makamlar dernek kurulur kurulmaz hemen o der- neği kapatabilirlerdi. Demek ki dernek özgürlüğü sadece kurulmayı değil, fa- aliyeti de kapsar.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu TBKP'ni kapatırken Anayasa Mahke- mesi'nin dayandığı temelleri birbirin- den ayırmıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre partinin adına "ko- münist" sözcüğünün yer almasının ka- patma nedeni olarak sayılması, hiçbir biçimde, 11. maddenin meşru amaçla- rından biri olarak yorumlanamaz. Yani partinin adı nedeniyle kapatılması, 11. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama amaçlarıyla uyumlu değildir. Mahke- me de, aynen Komisyon gibi, TBKP'nin kapatılmasında izlenen "meşru amaçlar"dan en azından biri- nin, "ulusal güvenliğin korunması" ol- duğunu düşünmektedir. O halde, bu amaç veya sınırlama nedeninin "de- mokratik toplum düzeninin gerekle- ri"ne aykırı olmaması gerekir.

Mahkeme, 11. maddenin özgürlük- ler içinde özerk bir rolü olduğunu ve

(25) *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (113/1996/752/951), 30 Jan. 1998 (Reports 1998-1).

belli bir uygulama alanına sahip bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bu davada 11. maddenin 10. maddeyle birlikte ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Düşüncelerin korunması ve ifade edilmesi özgürlüğü, 11. madde-deki dernek kurma ve toplanma özgürlüğünün amaçlarından biridir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre çoğulculuk (plüralizm) olmadan demokrasi olamaz. 10. madde, yani ifade özgürlüğü, ikinci fıkrasındaki sınırlamalar ile sadece olumlu veya zararsız veya umursanmayacak "düşünceler" ve "bilgiler ve haberler"e değil, aynı zamanda rahatsız edici şok etkisi yapan ve taciz edici "düşünceler"e, "bilgilere ve haberlere" de tatbik edilmeli ve bu tür ifadeler bu maddenin korumasından yararlanmalıdır. (Bu konuda Mahkeme'nin bir çok kararı arasından Vogt kararına bakınız). Faaliyetleri düşüncüyü ifade özgürlüğünün kolektif kullanımının bir parçasını oluşturan siyasal partiler de doğal olarak, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin korumasından yararlanacaklardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Devlet plüralizm ilkesinin en son garantörüdür. Hiç kuşkusuz Avrupa kamu düzeninin en önemli ve temel özelliğini demokrasi oluşturur. Sözleşme'deki 8., 9., 10. ve 11. maddelerdeki özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılması "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır. O halde bu maddelerdeki özgürlüklere müdahaleyi haklı kılabilen tek gereklilik tipi, demokratik toplum'dan kaynaklanan gereklilik olabilir. Sözleşme'de düşünülen tek bir siyasal model vardır, o da demokrasidir. Bu nedenle, sınırlamalar demokratik toplum düzeyiyle uyumlu olmalıdır. Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesine göre, ifade özgürlüğü demokratik toplumun esaslarından birini oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu söylenenlerin bir sonucu olarak, 11. maddede belirtilen istisnalar yani 11. maddenin ikinci fıkrası siyasal partiler söz konusu olduğunda dar yorumlanmalıdır. Sadece inandırıcı ve zorunlu nedenler siyasal partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasını haklı kılabilir. 11. maddenin ikinci fıkrasındaki anlamda bir gereklilik olup olmadığının saptanmasında Sözleşme'ye taraf Devletler sınırlı bir değerlendirme veya takdir yetkisine sahiptirler. Devletlerin bu sınırlı değerlendirme yetkisi, hem yasaların, bağımsız mahkemelerce verilen kararlar da dahil olmak üzere, hem de uygulamaların sıkı bir Avrupa denetimiyle birlikte gerçekleştirilmelidir.

Mahkeme ulusal otoritelerce yapılan sınırlamaları incelerken, yapılan bu sınırlamalar meşru amaçlar gütseler dahi, özgürlüğe getirilen sınırlamanın bu amacın zorunlu veya gerekli kılındığından fazla olmamasına bakılması gerektiğini söylemektedir. Yani mutlaka amaç ve sınırlama orantısı olmalıdır. Daha açık bir deyişle sınırlama "ölçülü" olmalıdır.

Mahkeme demokrasinin temel özelliklerinden birinin, şiddete başvurmadan ülkenin sorunlarına diyalog yoluyla çözümler bulma olduğunu belirterek, bazen bu çözümlerin can sıkıcı ve hoş gitmeyen şeyler olabileceğini, ama buna katlanılması gerektiğini ilere sürmüştür. Demokrasinin temeli düşüncüyü ifade özgürlüğüdür ve yine demokrasinin yaşaması ifade özgürlüğünün sağlanmasına bağlıdır.

Hiç kuşkusuz partinin programının, o partinin gizli amaçlarını ve objektiflerini gizlediği savı kolayca bir kenara atılamaz. Ancak Parti'nin gizli amaçlarının olup olmadığını anlayabilmek için de o partinin faaliyetlerine bakmak gerekir. Bu davada TBKP'nin programının uygulamada ne şekle bürüneceği anlaşılamamaktadır; çünkü Parti kurulmaz, faaliyete doğru dürtüst başlayamadan kapatılmıştır. Herhangi bir faaliyet söz konusu olmadığına göre, TBKP'nin Türkiye'nin terörizm sorununa olumsuz bir katkısının olduğu iddia etmek de mümkün değildir.

Sözleşme'nin 17. maddesini bu davada göz önüne alıp uygulama olanağı yoktur, çünkü TBKP'nin programında Sözleşme'de yazılı hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak amacıyla Sözleşme'deki özgürlüklere dayanıldığını gösterir herhangi bir şey bulunmamaktadır.

Mahkeme Sosyalist Partisi kararında da TBKP kararındaki görüşleri aynen tekrarlamıştır.²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sosyalist Partisi kararında da demokrasinin temel özelliklerinden birinin şiddete başvurmadan ülkenin sorunlarına diyalog yoluyla çözümler bulma olduğunu belirtmiştir. Önerilen çözümlerin bazen hoş gitmeyen ve can sıkıcı öneriler olabileceğini de belirten Mahkeme, buna katlanılması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme Sosyalist Partinin Türk ve Kürt kesimlerini kapsayan bir federal devlet kurulması düşüncesini ve Kürt halkının kendi kaderini tayin hakkına sahip olduğu yolundaki görüşleri de "bölünmez bütünlüğe" aykırı görmemiştir.²⁷

Avrupa Konseyi'ne bağlı Hukuk Aracılığıyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) 12-13 Haziran 1998 günü benimsediği "Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Benzeri Önlemler" başlıklı Raporda Avrupa Konseyi'ne üye devletler ile üye olmayan diğer Avrupa ülkeleri, Azerbaycan, Ermenistan, Gürcistan, Kırgızistan ve Uruguay'ın mevzuatları incelenmiştir. Raporun sonuç bölümünde siyasi partilerin kapatılması gibi son derece ciddi önlemlerin alınmasını haklı gösterecek durumların belirlenmesinin güçlüğü hatta imkansızlığı dile getirilmiştir. Bu nedenle Rapora göre kısıtlayıcı önlemlerin uygulanmasında "oranlılık" veya "ölçülülük" ilkesine uyulması gerekmektedir. Yine Venedik Komisyonunun Raporunda demokratik ülkelerin yakın geçmişinde bu tür önlemlere başvuran ülke sayısı son derece azdır. Bu tür önlemlere genellikle olağanüstü durumlarda başvurulduğu da Raporda belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Refah Partisi kararına kadar yukarıdaki görüşlerini sürdürmüş ve Türkiye'de kapatılan partilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesine aykırılık oluşturduğu yolunda kararlar vermiştir.

Refah Partisi Kararı

31 Temmuz 2001 günü AİHM Üçüncü Dairesi dörde karşı üç oyla daha önceki parti kapatma davalarında benimsediği, "ifadelerin şiddet kullanılmasına yol açıp açmayacağı" veya "terör veya şiddete yol açmadığı sürece her türlü düşüncenin ifade edilebile-

(26) *Socialist Party and Others v. Turkey* (20/1997/804/1007), 25 May 1998 (Reports 1998-III).

(27) *Sosyalist Parti kararı*, paragraf 47.

ceği" yaklaşımından farklı bir biçimde, Refah Partisinin önerdiği projenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi ve demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmadığı saptamasını esas alarak karar vermiştir. Mahkeme özetle Refah Partisinin kişilerin dini inançlarına dayanan ayrımcı bir çok hukuklu sistemi kurmayı amaçladığını,²⁸ ülkenin Müslüman çoğunluğuna uygulanmak üzere şeriat rejiminin temel alındığını, ayrıca, Refah Partisinin iktidara zorla gelmeyi reddetmediğini ve bazı durumlarda da şiddet kullanabileceği sonucunun çıkarıldığını belirtmiştir.²⁹ Ancak Mahkeme heyetinde yer alan üç yargıç ise Refah Partisinin programında laiklik ilkesine aykırılık bulunmadığına, partinin yöneticilerinin yaptıkları açıklamalardan dolayı bir cezai kovuşturmayla uğramadıklarına dikkat çekmişler ve karara muhalif kalmışlardır.

AİHM'ne göre, çok hukukluluk demokrasinin temel ilkelerinden olan kamu özgürlüklerinin kullanımında bireyler arasında ayrımcılık yapılmaması ilkesiyle ters düşmektedir. Kamu hukuku ve özel hukukun tüm alanlarında bireyler arasında din ve inanca göre ayırım yapmak Sözleşmeyle haklı kılınmaz (ayrımcılığı yasaklayan Madde

14). Böyle bir ayırım, bir yandan kendi kurallarına göre yönetilmek isteyen bazı dini grupların istekleriyle, diğer yandan da farklı din ve inançlar arasında barış ve hoşgörü gerektiren bütün olarak bir toplumun çıkarları arasında adil bir denge kuramaz.³⁰

Anayasa Mahkemesi gibi, AİHM de dinin koyduğu dogmaların ve ilahi kuralları yansıtan şeriatın sabit ve değişmez kurallar olduğunu ifade etmektedir. Siyasi anlamda çoğulculuk veya kamu özgürlüklerinin sürekli evriminin şeriatı yeri yoktur. Mahkeme, şeriatı dayanan bir düzenin Sözleşmedeki demokrasi anlayışının temel ilkeleleriyle bağdaştırılmasının zor olduğunu belirtmiştir. Avrupa Mahkemesine göre özellikle İslam ceza hukuku ve ceza usul hukukunun, İslam'da kadınların hukuksal statülerinin ve dini kuralların özel ve kamu hayatının tüm alanlarına müdahalesine dayanan şeriat rejiminin demokrasi ve insan haklarına ters düştüğü açıktır. Ayrıca 'adil bir düzen' veya 'adaletli düzen' veya 'Tanrının düzeni' biçimindeki söylemlerin, değişik yorumlara yol açsa da, kendi bağlamlarında okunduğunda konuşmacılar tarafından savunulan siyasi rejimi tanımlamak için kullanılan bu ifadelerin dini

veya ilahi kurallara işaret etmeleri açısından ortak bir paydaları vardır. Söz konusu söylemler konuşmacıların dini kurallara dayanmayan bir sisteme bağlılıkları konusunda şüphe uyandırmaktadır. AİHM'e göre, Sözleşmeye taraf bir Devlette şeriatı kurmayı amaçlayan eylemlerde bulunan siyasi bir partinin, Sözleşmenin temelini oluşturan demokrasi idealine uyan bir örgüt olarak görülmesini güçleştirmektedir.³¹

AİHM, Refah Partisinin siyasi projesinin hayali ve teorik olmadığı, bunun gerçekleşebilir olduğu yargısına da varmıştır. Refah Partisinin bir siyasi parti olarak iktidara gelme ve vaatlerini yerine getirme olasılığı vardır.³²

Ulusal makamların sahip oldukları taktir yetkisini de göz önünde bulunduran Mahkeme, söz konusu müdahalenin amaçlanan meşru amaçla orantılı olduğunu, bir başka deyişle, "zorunlu sosyal bir gereksinimi" karşıladığını ve Refah partisinin kapatılması konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçelerin de 'ilgili ve yeterli' olduğu sonucuna varmıştır.³³

13 Şubat 2003 günü Büyük Daire olarak görev yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de tarihinin en önemli kararlarından birini vermiştir. Büyük Daire, Üçüncü Daire gibi, Refah Partisinin kapatılmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzen-

leyen 11. maddesini ihlal etmediğine oybirliğiyle karar vermiştir.³⁴

Refah Partisi Kararlarının Eleştirisi

Üçüncü Dairenin kararına karşı oy yazan üç yargıca göre, hükümete girmeden önce veya girdikten sonra Refah Partisinin Sözleşme normlarına aykırı olan siyasi hedeflerini gerçekleştirmek, laik toplumu yıkmak veya zayıflatmak, şiddet veya dini nefret içinde bulunmak veya teşvik etmek için herhangi bir adım attığını, veya Türkiye'deki yasal ve demokratik düzene karşı bir tehdit oluşturduğunu gösteren zorlayıcı veya ikna edici bir kanıt bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin kapatma kararının gerekçesini partinin tüzük ve programı değil parti üyelerinin ve liderlerinin eylemleri ve yaptıkları konuşmalar oluşturmaktadır. Karşı oya göre, bir partinin kapatılmasını haklı gösterebilmek için inandırıcı ve zorlayıcı gerekçelerin sunulması gerekir. Oysa bu davada gerekçe olarak gösterilen eylemler ve konuşmalar ne yer ne de zaman bakımından birbiriyle ilişkilidir. Konuşmalar ve eylemler altı yıllık bir süre içinde, ve farklı zamanlarda ve Refah Partisi iktidara gelmeden önce gerçekleşmiş izole olaylar biçimindedir. Karşı oya göre bunlar yeterli kanıt olarak kabul edilemez.³⁵

Bir mahkeme tarafından hükümeti görev yapan en fazla milletvekiline sa-

(28) Hukuki plürahizm ile ilgili bir Türkçe kaynak için bakınız: Murat Yüksel, *Hukuki Plürahizm* (İstanbul: Beta, 2003).

(29) *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court Of Human Rights Third Section, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 31 July 2001. Bundan sonra bu karara "Üçüncü Daire kararı" olarak atıfta bulunulacaktır. Anayasa Mahkemesi de Laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemleri nedeniyle Anayasanın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasal Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (b) bendi ve 103. maddesinin birinci fıkrası gereğince Refah Partisinin kapatılmasına oyçokluğuyla, beyan ve eylemleri ile Parti'nin kapatılmasına neden olan bazı milletvekillerinin milletvekilliklerinin Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince, gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte sona ermesine, oybirliğiyle, beyan ve eylemleri ile Parti'nin kapatılmasına neden olan üyelerine ise 69. maddesinin sekizinci fıkrası gereğince gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süre ile bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacaklarına, oybirliğiyle, ve davalı Parti'nin tüm mallarının 2820 sayılı Yasa'nın 107. maddesi gereğince Hazine'ye geçmesine, oybirliğiyle, 16 Ocak 1998 günü karar vermiştir. Bakınız: E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD, Sayı:34/2.

(30) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 70.

(31) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 72.

(32) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 77.

(33) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 82, 83.

(34) *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Grand Chamber, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003.

(35) *Joint Dissenting Opinion of Judges Fuhrmann, Loucaides and Sir Nicolas Bratza, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Grand Chamber, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003, s.40.

hip partinin kapatılması demokratik siyasal yaşama radikal bir müdahale olarak kabul edilmelidir. Bu müdahale, yani seçimler yoluyla demokrasinin ortadan kaldırılmasını önleyebilmek için gerekli önlemlerin alınması demek olan 'militan demokrasi' anlayışının yeni bir düzeye çekilmesi demektir. Acaba ne zaman koalisyon hükümetinde en büyük ortak olarak görev yapan ve seçimlerde halk tarafından seçilen bir partinin insan hakları ve demokratik değerler adına kapatılması haklı görülebilir? Anayasa Mahkemesine göre Refah Partisinin kapatılmasının nedeni bu partinin dini esaslardan etkilenen bir parti olması ve Türkiye'de laikliği ve demokrasiyi ortadan kaldıracak olan İslami ilkelerin ve yasaların yani şeriatın ülkeye getirilmek istenmesidir.

Bir ilke olarak laiklikle veya Türkiye örneğinde olduğu gibi bir ideoloji olarak laiklikle demokrasi arasındaki ilişki nedir? Siyasal yaşamın ve kurumlarının dini ilkelerden ve değerlerden ayrılması anlamındaki laiklik bir insan hakları ilkesi haline mi dönüşmüştür? Eğer dönüşmüşse din ve din özgürlüğü hakkı ve demokrasi arasındaki ilişki nedir? Haklar mı veya demokrasi mi önce gelmektedir?³⁶

Hakların demokrasiyi ve demokrasinin de hakları gerektirdiği herkesin kabul ettiği bir gerçektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi demokrasi tanımı yapmamakla birlikte TBKP kararında bu konuda şunları belirtmiştir:

Bu ilk önce, sözleşmenin, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin, bir yandan

gerçekten etkili bir siyasal demokratik rejime ve öte yandan ortak bir insan hakları kavramına ve insan haklarına ortak bir saygıya dayandığını bildiren (bakınız, yukarıda değinilen Klass ve Diğerleri kararı, s. 28, paragraf 59), sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağlantı kuran, başlangıcından çıkmaktadır. Aynı başlangıcı takiben, Avrupa Devletlerinin özgürlüklere ve hukukun üstünlüğüne saygı ideali ve siyasal geleneği ortak varlığına (ortak mirasına) sahip olduklarını belirtmektedir. Divan bu ortak varlıkta (ortak mirasta) sözleşmeye ilişkin değerleri görmüş (bakınız, 7 Temmuz 1989 tarihli Soering/ Birleşik Krallık kararı, Seri A no:161, s. 35, paragraf 88) ve bir çok kez bunun demokratik bir toplumun (bakınız, 7 Aralık 1976 tarihli Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/ Danimarka kararı, Seri A no: 23, s. 27, paragraf 53 ve yukarıda değinilen Soering kararı, s. 34, paragraf 87) ideallerini ve değerlerini korumaya ve geliştirmeye yönelik olduğunu hatırlatmıştır.³⁷

Refah Partisi kararında Büyük Daire oybirliğiyle partinin kapatılmasının Sözleşmenin demokrasi ve insan hakları konusundaki temel ilkelerine uygun olduğuna ve ulusal takdir marjı içinde bulunduğu karar vermiştir. Oysa Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında Mahkeme tam bu söylenenlerin tersine karar vermişti. Bu açıdan bakıldığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Anayasa Mahkemesine göre daha tutarsız olduğu açıkla söylelenebilir. Yine bunun yanında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin komünizme Sovyetler Birliği dağıldıktan sonra bakış açısının Anayasa Mahkemesinin bakış açısından değişik olduğu ve komünizmi artık bir tehlike olarak görmediği de söylenebilir. Yine etnik azınlıkların varlığı konusunda devletin tutumunu Mahkeme Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Etnik azınlık konusundaki görüşleri ÖZDEP'in kapatılmasını Sözleşmenin 11. maddesine aykırı bulmasından anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesinden yüzde yüz farklıdır.³⁸ Refah Partisi kararında Büyük Dairenin oybirliğiyle Türk Anayasa Mahkemesinin gerekçelerini aynen benimsemesi 11 Eylül'den sonra Avrupa ve ABD'nde terörizme ve İslam'a karşı duyarlılığın artışıyla kaynaklandığı biçiminde yorumlanabilir.

Gerek Anayasa Mahkemesinin gerek AİHM'nin yaptıkları iki temel liberal değer arasında yapılan ve "rasyonel" olmaya çalışan "radikal" bir seçimdir. Anayasa Mahkemesi bir kararında açıkça demokratik hak ve özgürlüklerin Anayasanın laiklik ilkesi doğrultusunda yorumlanması gerektiğini söylemektedir. O halde Anayasa Mahkemesine göre laiklik diğer ilkelerden daha üstte yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi "türban" kararında aynen şunları belirtmiştir: "Laikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir... Özgürlükler Anayasa ile sınırlı-

dır. Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi;³⁹ demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur."⁴⁰ Anayasa Mahkemesi açıkça iki temel liberal değer arasında Anayasamıza göre laiklik esas alınarak yorum yapılması gerektiğini ve "laik"liğin "özgürlüklere kısırdırılmasına" olanak tanınmayacağını hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu Dworkin'in özgürlükleri temel alan yaklaşımından son derece farklı bir yerde durmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesinin Berlin'in görüşleriyle de uyumlu olduğu söylenebilir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, laikliği kayıran kararların tersi kararlar da bu davalarda verilebilirdi. Özgürlükleri ciddiye alan bu kararlarda aynı ölçüde geçerli olurdu. Aksini düşünmek monist bir düşünceye sahip olmak demektir. Çünkü monizme göre bütün gerçek soruların yalnızca doğru bir yanıtı ve tek bir yanıtı olmalıdır. Diğer bütün verilen yanıtlar hatalıdır. Halen bilinmiyor olsa da, doğru yanıtların keşfedilmesinde, ilke olarak bilenebilir, güvenilir bir yol vardır ve doğru yanıtlar bulunduklarında birbirleriyle uyumlu bir bütün oluştururlar; çünkü bir doğru diğer doğruyla uyum-

(36) Kevin Boyle, "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case," *Essex Human Rights Review*, Vol.1 No. 1, s. 4.

(37) TBKP kararı, paragraf 45.

(38) Bakınız: *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, (23885/94), 8 Dec. 1999.

(39) Vurgulama tarafından yapılmıştır.

(40) E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, AMKD, Sayı 25, s. 143-158. Türkiye gibi liberal değerlerin çok fazla benimsenmediği bir ülkede demokrasinin önündeki en büyük engeller militarizm ve farklı olanı dışlamaktır. Bu iki engel aşılmadan ülkede demokrasinin gerçekleştirileceği söylenemez. Türkiye'de gerek devlette gerek halkta askeri değerler oldukça güçlüdür; toplumumuzda militarizmi sorgulayanlar birer deli muamelesi görmektedir. Yine otoriter eğilimlerin en önemli kaynaklarından biri de farklılığa saygı duymamaktır. O halde böyle bir toplumsal yapıda mahkemelerin yorumlarını liberal değerleri esas alarak yapmaları daha doğru olacaktır.

suz olamaz. Bu evrenin tutarlı ve uyumlu olduğu yolundaki metafizik bir varsayıma dayanmaktadır. Berlin'e göre monist görüş en son aşamasının yirminci yüzyıldaki totaliter rejimlerin oluşturduğu siyasal otoriterliğin temelini oluşturmaktadır. Ülkemizde laikliği tek önemli değer olarak kabul edenlerin otoriter düşüncelere kayması monist bir görüş benimsemelerinden kaynaklanmaktadır denebilir.

Anayasanın ikinci maddesinde yer alan ilkeler arasında Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi "laik"liği en üste koymak değerlerin plüralizmi görüşüne terstir. Anayasanın ikinci maddesindeki ilkeler arasında bir altlık ve üstlük sıralaması yapılamaz. Berlin'e göre, karşılaştırılmaz değerler arasında rasyonel seçim yapabilmek olanaksızdır. Çünkü Berlin'e göre yapılacak tercih ister istemez başka bir değerde veya değerlerde kayıplara neden olacaktır. Ayrıca böyle bir tercihte bulunulurken bize rehber olabilecek, yararcılık gibi monist bir standart da yoktur. Liberal değerler arasında bir seçim yapmak söz konusu olduğunda yapılacak seçimin özgürlükle-

ri esas alan bir seçim olması daha yerinde olacaktır; çünkü liberal bir devlette öncelikle özgürlüklerin başka değerlere kıyılmaması gerekir.⁴¹

Gerek Anayasa Mahkemesinin gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Refah Partisi kararlarında 'militan demokrasi' anlayışından etkilendiği belirtilmiştir. Militan demokrasi anlayışı siyasal bilimde fazla açıklığa kavuşturulmuş bir kavram değildir. Kast edilen demokratik sistemi siyasal aşırılıklardan korumaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesi hakların kötüye kullanılmasını önleme amacıyla kaleme alınmış bir madde olup 'militan demokrasi' görüşünü yansıtmaktadır. AİHS'nin 17. maddesi aynen şu hükmü içermektedir:

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz."⁴²

(41) Ahmet Hamdi Tanpınar *Saatleri Ayarlama Enstitüsü* adlı romanında ülkemizde özgürlük anlayışıyla ilgili şu ilginç gözlemlerde bulunuyor: "Bu kelimeleri bugün sadece siyasi manasında kullanıyoruz Ne yazık! Onu politikaya mahsus bir şey addedenler korkarım ki, hiçbir zaman manasını anlamayacaklardır. Politikadaki hürriyet, bir yığın hürriyetsizliğin anahtarı veya ardına kadar açık duran kapısıdır. Meğer ki dünyanın en kıt nimeti olsun; ve tek insan onunla şöyle iyice karnını doyurmak istedi mi etrafındakiler mutlak surette aç kalırlar. Ben bu kadar kendi zıddı ile beraber gelen ve zıtlarının altında kaybolan nesne görmeydim. Kısa ömrümde yedi sekiz defa memleketimize geldiğini işittim. Evet, bir kere bile kimse bana geldiğini söylemediği halde, yedi sekiz defa geldi; ve o geldi diye biz sevincimizden, davul, zurna, sokaklara fırladık.

Nereden gelir? Nasıl birden bire gider? Veren mi tekrar elimizden alır? Yoksa biz mi birdenbire bıkır, 'Buyurunuz etendim, bendeniz, artık hevesimi aldım. Sizin olsun, belki bir işinize yarar' diye hediye ni ederiz? Yoksa masallarda, duvar diplerinde birden bire parlayan, fakat yanına yaklaşıp avuçlayınca gene birdenbire kömür veya toprak yığını haline giren o büyüklü hazineler mi benzer? Bir türlü anlamadım.

Nihayet şu künâte vardım ki, ona hiç kimsenin ihtiyacı yoktur. Hürriyet aşkı, ... bir nevi snobizmden başka bir şey değildir. Hakikaten muhtaç olsaydık, hakikaten sevseydik, o sık sık gelişlerinden birinde adamakıllı yakalar, bir daha gözümüzün önünden, dizimizin dibinden ayınmazdık. Ne geçer? Daha geldiğini ertesi günü ortada yoktur. Ve işin garibi biz de yokluğuna pek çabuk alışıyoruz. Kıraat kitaplarında birkaç manzume, resmi nutuklarda adının anılması kalı geliyor." Bakınız: Ahmet Hamdi Tanpınar, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*, B. Baskı (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001), s. 24-25.

(42) 1982 Anayasanın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesine benzer bir düzenleme durumuna gelmiştir denebilir.

Anayasa Mahkemesi de Refah Partisi kapatma kararında Sözleşmenin 17. maddesine atıfta bulunmuştur ve bu konuda şunları ileri sürmüştür:

Avrupa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin barışçı amaçlarla dernek kurma özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, genel sağlık ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ancak yasalarla kısıtlamalar getirilebileceği kabul edilmiştir.

Öte yandan, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 30. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, Bildirge veya Sözleşmenin hiçbir hükmünün, burada ileri sürülen hak veya özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan etkinlik veya eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamayacağı öngörülmüştür.

Refah Partisi Genel Başkanı ile Genel Başkan Yardımcıları ve milletvekillerinden kimilerinin, laiklik karşıtı beyan ve davranışlarıyla, demokratik hak ve özgürlükleri, demokrasiyi ortadan kaldıracak olan şeriat düzeninin getirilmesi için araç olarak kullandıkları anlaşılmıştır. Bu tür davranışların, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasıyla, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 30. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 17. maddesi karşısında korunmaları olanaksızdır.

Demokratik yaşamı tehdit eden, ondan yoksun kalmaya yol açacak eylemlere girişen veya bu tür amaçları taşıyan siyasal partilerin kapatılmaları doğal karşılanmalıdır. Tersine düşünce, başka biçim ve adla gerçekleştirilmesi olanaksız sakıncalı amaçların siyasal parti kimliğiyle gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur.⁴³

Anayasa Mahkemesi hukukumuzda var olan ahlaki temel ilkeleri Refah Partisi davasında göz önüne almamıştır. Oysa, Siyasi Partiler Yasasının 98. maddesi ile 2949 sayılı Yasanın 33. maddesine göre parti kapatma davalarında Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının uygulanacağı belirtilmektedir. Bu parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde görülmesi demektir. Yani CMUY'nın uygulanması siyasal partiler için güvence oluşturan bir takım sonuçlar doğurduğundan bu yola gidilmiştir. Örneğin üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumlu olunmaması; kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve bunun sonucunda cezada genişletici yorum ve kıyasa yer verilmemesi; ceza muhakemesinin biçimsel gerçeğe yetinmeyip maddi gerçeği araması; şüpheli durumlarda sanık lehine hareket edilmesi ilkeleri parti kapatma davalarında göz önünde bulundurulması gereken ahlakın ve hukukun temel ilkeleridir. Oysa Anayasa Mahkemesine göre "...siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, bütünüyle ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesine olanak bulunmayan kendine özgü davalar"dır."⁴⁴

(43) E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD, Sayı:34/2, s.1050-151.

(44) E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, AMKD Sayı 37/2, s. 1473. Refah Partisi kararında da benzer bir biçimde karar vermiştir: E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD

Anayasa Mahkemesi Siyasal Partiler Yasasının 103. maddesinde yer alan suç mihrağı olmak için "hüküm giymiş olma" koşulunu siyasi parti kapatılması davasına bakan mahkeme sıfatıyla Anayasanın 69. maddesine aykırı gördüğünden öncelikle bekletici sorun olarak bu konuda Anayasanın 152. maddesi ve 2949 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına karar vermiş ve daha sonra verdiği kararlar (9.1.1998 günlü, E. 1998/2, K. 1998/1 sayılı kararıyla) bu hükmü iptal etmiş ve bu iptal kararını geçmiş kapsayacak biçimde Refah Partisi kapatma davasında uygulamıştır.

Siyasal partiler faaliyetlerini Siyasal Partiler Yasasına göre yürütürler. Siyasal Partiler Yasasının 103. maddesi de bir partinin hangi durumlarda "suç mihrağı" veya "suç odağı" olacağını belirtmişti ve siyasal partilere ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına bazı ödevler yüklemişti. Suç odağı durumuna gelmesinden ötürü bir partinin kapatılması çeşitli koşullara bağlanmıştı. Bu şartlardan suç odağı olmaya esas alınan, üyelerin "hüküm giymiş olma" şartı, Anayasa Mahkemesince

iptal edilince "suç odağı olma" son derece kolaylaşmış oldu. O halde bu yeni durum siyasal partilerin lehine değil aleyhinedir. Daha önceki bu kurala güvenerek hareket eden bir partiyi 1990 yılına kadarki bütün çalışmalarını bu kural yokmuşçasına yargılamak hiç kuşkusuz hukuksal güvenlik ilkesini zedeler. Oysa Anayasa Mahkemesi hak temelli yorum yöntemini benimseydi tam tersi sonuçlara varacaktı.

Haşım Kılıç bu konuda aynen şunları belirtmektedir:

"Siyasî partiler ve siyasî hak sahipleri uymak zorunda olduğu kuralların hangi gün iptal edilerek suçlu konumuna düşeceği tehdit ve güvensizliği altında yaşayıp gelişemez. Bu dava sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. maddesinin ikinci fıkrası için verdiği iptal kararı, ancak Resmi Gazete'de yayımlandığı günden itibaren yürürlüğe girebilir. Bu nedenle davanın, 103. maddede öngörülen şartların yerine getirilmemesi nedeniyle reddedilmesi gerekirken, bu kuralların yok kabul edilerek davalı partinin kapatılması hukuk kurallarına kesin aykırılık oluşturur."⁴⁴

44. *dipnot devamı*: Sayı:34/2, s. 1020-1021. Vurgulama bana aittir. Anayasa Mahkemesi Refah Partisini kapatırken Ceza Muhakemeleri Yasasını uygulamasına rağmen Ceza Hukukunun sanık lehine ilkelerini ve kurallarını uygulamamıştır. Bu konuda karşı oy yazan Anayasa Mahkemesi üyesi Haşım Kılıç'ın aşağıda aynen aktardığımız görüşlerine biz de katılmaktayız.

"Yasakoyucu, ceza hukukunun güvence ilkelerinden siyasi partiler de faydalansın diye HUMK'nun değil CMUK'un uygulannasını öngörmüştür. Oysa davalı siyasî parti, belirtilen ceza hukukunun güvencelerinden yoksun bırakılmıştır. Şöyle ki: Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. maddesinin ikinci fıkrası iptal edilmiş ve iptal kararı (Resmî Gazete'de yayımlanmadan) "GERİYE DOĞRU" yürütülmüştür. Oysa, devlete olan güveni sarsmamak ve kargaşaya neden olmamak için Anayasa'nın 153. maddesiyle "iptal kararlarının geriye yürütmeyeceği" ilkesi kabul edilmiştir.

Görülmekte olan parti kapatma davası "ceza davası" niteliğinde olduğundan, iptal kararlarının "bazı hallerde" geriye yürüyebileceği istisnasını idari davalarda uygulandığı gibi düşünmek de mümkün değildir. Ceza Hukukunun en temel ilkesine göre, failin lehinde olan yeni düzenleme ve durumlar geçmişe yürütülebileceği halde, ALEYHİNDE olan durumlar geçmişe yürütülemez." Haşım Kılıç'ın Karşıoy yazısı: E. 1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD, Sayı 34/2, s. 1077-1078.

(45) Bakınız Haşım Kılıç'ın karşıoy yazısı: E. 1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD Sayı 34/2, s. 1079.

1924 ve 1961 Anayasalarına göre de milletvekilleri mecliste ileri sürdükleri düşünceleri meclis dışında tekrarlamaktan ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlardı. 1982 Anayasası da yasama sorumsuzluğunu hemen hemen 1924 ve 1961 Anayasalarına benzer bir biçimde⁴⁶ korumuştur. Anayasa Mahkemesi Anayasanın 83. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yasama sorumsuzluğunun "... Meclis çalışmalarında ulusal istencin en iyi biçimde yansıtılması bakımından Milletvekillerinin görevlerini hiçbir etki altında kalmadan yapabilmeleri için kişiliklerine bağlı özel bir koruma" getirdiğini belirterek, "Bu korumadan parti tüzelkişiliğinin yararlanması söz konusu olamaz"⁴⁷ demektedir. Anayasa Mahkemesi hem Refah Partisi hem de Fazilet Partisi kapatma davalarında milletvekillerinin Mecliste yaptıkları konuşmaları kapatma lehine delil olarak değerlendirmiştir. Yani yasama sorumsuzluğunu siyasi partiler lehine uygulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre partinin kapatılmasına karar verilmesi durumunda buna neden olanların milletvekilliklerinin sona ermesi Anayasanın 84. maddesinin öngördüğü özel bir yaptırımdır. Oysa Anayasanın 83. maddesindeki yasama sorumsuzluğunun getiriliş amacı farklı olduğundan aralarında bir bağlantı kurmak olası değildir.⁴⁸

Profesör Ronald Dworkin'e göre yargı kararı insanlara eşit davranıyorsa, benzer davaları benzer bir biçimde karara bağlıyorsa hakkaniyete uygundur ve bu nedenle de adaleti gerçekleştiren bir karardır. Dworkin'e göre bir yargı kararı daha önce varolan somut bir hakka etkinlik tanıyorlarsa doğru bir karar olabilir. Dworkin'in *Hak tezine* göre her davada davanın taraflarından birinin varolan hukuksal bir hakkı söz konusudur. Yargıç davada bu hakkı hak sahibine verebiliyorsa yani bu hakkı *etkinleştirebiliyorsa* o zaman verdiği karar da doğru bir karar olacaktır. Hukuksal haklar varlıklarını ahlaksal ve siyasal inançlardan alırlar. Ülkede varolan siyasal ve hukuksal kurumlar bu siyasal haklara hizmet etmek için tasarlanmıştır. Eğer siyasal ve hukuksal düzenin arka planında yer alan bir hakkı önemli olarak kabul ediyorsa, bu hak hukuksal hakka dönüştürülür. Dworkin'in hukuk kuramı hakları tanımlayan ve sınıflandıran önermelerden bir başka deyişle *ilkelerden* oluşur. İlkeler başka ilkelerle çatışabilir ve eğer böyle bir çatışma söz konusuysa hangi hak daha güçlü bir konumdaysa o hakkı içeren ilke davada gözetilmelidir. Hukuk kuramı hukuk sisteminde varolan hukuksal hakları içeren bir dizi ilkeden oluşmaktadır. Zor davalarda yani çözümü açık almayan davalarda eldeki olaya uyan ilkeye başvurulmalı ve uyuş-

(46) 1982 Anayasası bu konuda bir istisna getirmektedir. Buna göre, Başkanlık Divanının teklifi üzerine meclisçe başka bir karar alınmadıkça milletvekilleri Mecliste ileri sürdükleri düşünceleri meclis dışında tekrarlamaktan ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamayacaklardır. Bu açıkça yasama sorumsuzluğuna bir istisnadır ve yasama sorumsuzluğunun amacına uygun değildir. Yapılacak yeni düzenlemede bunun madde metninden çıkarılması gerekir. Çünkü milletvekillerinin meclisteki düşüncelerinden ve sözlerinden ötürü sorumlu olamayacakları kuralının amacı yalnızca temsilcinin baskı altında kalmadan yasama çalışmalarını sürdürebilmesidir; bunun yanında görüşlerini kamu oyuna yansıtabilmesini de sağlamaktır.

(47) E. 1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD Sayı 34/2, s. 1019.

(48) E. 1999/2 (Siyasî Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, AMKD Sayı 37/2, s. 1471-1472.

mazlık keşfedilmiş olan bu hakka göre çözüme kavuşturulmalıdır.⁴⁹

Oysa, Anayasa Mahkemesi davalı partinin örgütlenme hakkından hareket ederek davayı çözümlemeye çalışmamıştır. Yani hak temelli bir yaklaşımda bulunmamıştır. Parti kapatma davalarında ceza hukukunun sanık hakları lehine ilişkin ilkelerini göz ardı etmiştir. Yine milletvekillerinin ifade özgürlüğü bakımından son derece önemli bir ilke olan yasama sorumsuzluğunu da parti kapatma davasında uygulamamıştır.

Büyük Dairenin ve Dairenin verdiği kararlarda Sözleşmenin 17. maddenin uygulanması konusunda sessiz kalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Refah Partisinin programının ve tüzüğünün kapatılması için yeterli olmadığını kabul etmiştir. Ama Anayasa Mahkemesi gibi gerçek amaçlarının gizlenmiş olabileceğini vurgulamış ve yapılan konuşmaların ve eylemlerin varsayılan amacı ortaya çıkardığı ve bunların kapatılma için yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle Kevin Boyle'nin belirttiği gibi hem Dairenin ve hem de Büyük Dairenin bu durum karşısında ya 17. maddeyi uygulayıp Refah Partisinin ve liderlerinin başvurularını kabul edilemez bulmaları gerekmektedir ya da neden 17. maddeyi uygulamadıklarını açıklamaları gerekirdi.⁵⁰

AİHM bir siyasal partinin yasalarda veya devletin anayasal ve hukuksal yapısında iki koşulla değişiklik önerebileceğini ve yapabileceğini belirtmiştir. İlk olarak değişikliği gerçekleştirmek

için kullanılan araçların hukuksal ve demokratik olması gerekir; ikinci olarak da önerilen değişiklik temel demokratik ilkelerle uyumlu olmalıdır. Bunun sonucu olarak Büyük Daireye göre bir siyasi partinin liderleri şiddeti teşvik ediyorsa veya ileri sürdüğü politika demokrasiye saygılı değilse veya demokrasiyi ortadan kaldırmak istiyorsa ve bir demokraside tanınmış olan hak ve özgürlükleri hiçe sayıyorsa bu nedenlerle uygulanan cezalara karşı Sözleşmenin korumasından yararlanamaz.⁵¹ Mahkemeye göre Refah Partisi bu iki koşulu da karşılayamamaktadır.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu iki koşulu Refah Partisinin karşılayamadığı konusundaki mantık yürütmesinin doğruluğu oldukça kuşkuludur; çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Refah Partisini iktidardayken gerçekleştirdiği bir şey için değil, gelecekte eğer Refah Partisi tek başına iktidara gelirse gerçekleşme olasılığının ortaya çıkacağı durum nedeniyle kapatılmasını Sözleşmeye uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından bir partinin kapatılabilmesi için o partinin Anayasanın 69. maddesine göre Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasındaki hükümlere aykırı eylemlerinin onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesince anti-laik faaliyetlerin odağı olduğu noktasındaki delillerin yeterli olduğu son derece kuşkuludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada daha önceki parti kapatma davalarındaki görüşünden vazgeçerek ulusal takdir marjını oldukça geniş bir biçimde tanımıştır. Oysa TBKP kararında Mahkeme şöyle diyordu:

"Sonuç olarak, örgütlenme özgürlüğü yalnızca inandırıcı ve zorlayıcı sebeplerle kısıtlanabileceğinden, 11. maddede öngörülen istisnalar, siyasal partiler söz konusu olduğunda dar bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle taraf devletler, 11. maddenin 2. fıkrasında öngörülen zorunluluğun varlığının tespiti konusunda; hem yasalar, hem de bu yasaların uygulanması için alınan kararlar- buna bağımsız yargı organlarının kararları da dahildir- üzerinde sıkı bir Avrupa denetimine olan, *sınırlı bir takdir marjına sahiptirler*."⁵²

Kevin Boyle Refah Partisi kararını eleştirirken bizim de katıldığımız şu görüşleri ileri sürmüştür:

"Sadece Türkiye'de değil, siyasal partileri denetlemede kullanılan araçlara ve temellere hem ulusal düzeyde hem de Sözleşmeye göre daha fazla dikkat edilmesi gerekmektedir. ABD'nin deneyimi ve mahkeme kararları bu konuda bize yardımcı olacaktır. ABD Anayasasının ilk değişiklik için düşünülen 'açık ve mevcut tehlike' ilkesi gelecekte şeriatın üstünlüğünü kurmada güç kullanma konusundaki istekliliği göstermede kapatma için gerekçe gösterilen konuşmalara uygulanmasında uygun bir test sağlamaktadır. Refah Partisinin iktidara gelmesinden

yıllar önce yapılan konuşmaların söz konusu bu teste göre bu tür bir politikanın uygulanmasında ivedi bir risk ve tehlike taşıdığını kabul edebilmek zordur."⁵³

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Refah Partisinin kapatılması konusundaki hem Üçüncü Daire hem de Büyük Daire kararları Mahkemenin ifade ve örgütlenme özgürlükleri konusundaki yerleşik içtihadından ve Venedik Komisyonu kriterlerinden⁵⁴ belirgin bir ayrılış ifade etmektedir. AİHM Refah Partisi kararına kadar verdiği parti kapatmayla ilgili kararlarda bir siyasi partinin ancak şiddeti tavsiye eder ve/veya şiddet kullanırsa demokrasinin dışına çıkmış olduğunu kabul etmekte ve partinin önerdiği değişiklikler nedenli 'aykırı' veya 'şoke edici' olursa olsun bunları demokratik yöntemlerle gerçekleştirmek istediğinde Sözleşmenin koruması altındadır demektedir. Oysa Refah Partisi kararında bir siyasi partinin Sözleşmenin 11. maddesindeki korumadan yararlanabilmesi için şiddeti teşvik etmeme veya kullanmama yanında yeni bir koşul daha getirmektedir. Bu koşul önerilen değişikliklerin içeriği bakımından da demokratik olmasını gerektirmektedir. Profesör Mustafa Erdoğan bu konuda şunları belirtmektedir:

"Daha açıkçası, Avrupa Mahkemesi daha önce haklı olarak ragbet etmediği -ve yürüttüğü akıl yürütme biçimince bakarsanız, zımnen mahkum etti-

(49) Dworkin'in hak tezinin eleştirisi için bakınız: Stephanie R. Lewis, "Adjudication", *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 61 (June 1983), s. 160-171.

(50) Boyle, a.g.e., s. 10.

(51) Büyük Daire Kararı, paragraf 98.

(52) TBKP kararı, paragraf 46. Vurgulama bana aittir.

(53) Boyle, a.g.e., s. 11.

(54) Bakınız: Venice Commission, *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures Venice*, 10-11 December, 1999, CDL-INF (2000) 1.

gi- 'militan demokrasi' anlayışını benimsemenin eşğine gelmiştir. Oysa bu anlayış Sözleşme'nin birçok yerinde atıfta bulunulan 'demokratik toplum'la bariz bir çelişki içindedir. Çünkü 'militan demokrasi anlayışı' tartışmayı ortadan kaldırmakta ve belli bir anda yürürlükte bulunan 'kurulu düzen'in sorgulanmaksızın devamını garanti altına almaktadır ...⁵⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir partinin kapatılmasını Sözleşmeye uygun bulabilmesi için 11. maddenin ikinci fıkrasındaki koşullara uygun olarak kapatılmış olması gerekir. Bu fıkradan, örgütlenme hakkının kulanılmasının ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin, kamu düzeninin, sağlığın, ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ya da suçun önlenmesi nedenleriyle demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak yasayla sınırlanabileceği; ancak bu sınırlamaların ölçülü olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu koşullar gerçekleşmediğinde söz konusu kısıtlama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sınırlarını aşacak ve Sözleşmenin ihlâli sonucunu doğuracaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Refah Partisi kararına kadar 11. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kısıtlama nedenlerinden ulusal güvenliğin korunması nedenine dayanmak için, örgütlenmenin, ülke topraklarını parçalamaya yöneldiği ve bu amaca

yönelik hareketlerin bölge barışını bozma eğilimi gösterdiği veya komşu devletlerin, düşmanca amaçlarına hizmet edildiği kanıtlanmalı; kamu güvenliğinin korunması nedenini ileri sürebilmek için, parti örgütünün terörü desteklediği veya yönettiği, halk arasında kin ve husumet duygularını körüklediği ispat edilmeli, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebebine dayanabilmek için de terörle partinin bağlantısı belirlenmeliydi.⁵⁶ Ne yazık ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kadar kararlarında istikrarlı olamamış ve içtihadını Refah Partisi kararında değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi ise yine ne yazık ki parti kapatma davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden çok daha fazla tutarlı ve istikrarlı davranmış ve partiler arasında ideolojik nedenlerle bir ayırım yapmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belki de 11 Eylül nedeniyle Refah Partisi kararında 'hak temelli' yaklaşımından ayrılmış, bunun yerine 'amaç-temelli' yaklaşımı benimsemiştir. Refah Partisi kararına kadar Mahkeme Sözleşmenin 11. maddesini kapatma yaptırımına uğrayan siyasi partinin örgütlenme özgürlüğü açısından ele almış, kapatılan partinin şiddeti tavsiye etmediği veya şiddete başvurmamış, yani bir yerde 'açık ve mevcut tehlike' söz konusu olmadığı sürece örgütlenme hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır. Oysa Refah Partisi kararında

partinin önerdiği siyasal projenin de demokrasinin temel ilkeleriyle uyumlu olması gerektiği koşulunun varlığını ekleyerek 'amaç-temelli' bir yaklaşımı yeğlemiştir. Dworkin'in hak tezine göre hakların diğer mülahazalar karşısında önceliği olmalıdır. Yinelemek gerekirse Refah Partisi kararıyla birlikte Avrupa Mahkemesi 'özgürlükleri ciddiye alan' yaklaşımdan uzaklaşmıştır.

Anayasa hukuku telosu olan bir hukuk dalı olduğundan bu alanda yapılacak yorumların devletin iktidarını sınırlandırmaya yönelik veya özgürlükleri ve özellikle negatif özgürlüğü koruyucu yönde olması gerekir. Bu nedenle özgürlükleri içeren temel ilkeleri Anayasa Mahkemesi özellikle dikkate almak durumundadır. Profesör Ronald Dworkin'in anayasa hukuku ile ilgili aşağıda çevirisini sonuç olarak ve temennimiz olarak sunmak istiyorum.

"Anayasa hukuku devlete karşı haklar sorununu ayrı tutmadığı ve bu sorunu gündeminin bir parçası durumuna getirmediği sürece gerçek bir ilerleme sağlayamayacaktır. Bu anayasa hukukunun ahlak kuramıyla, şaşırtıcı bir durum olmasına karşın ve henüz ortaya çıkmamış olan, kaynaşmasını gerektirmektedir. Gayet iyi bir biçimde anlaşılacağı gibi hukukçular ahlak felsefesi ve özellikle haklardan söz eden filozoflara bulaşmaktan korkmaktadırlar; çünkü bu kavramın insanı korkutan izleri aklın kabristanını tehdit etmektedir. Ama şimdi hukukçuların anımsayabileceğinden daha iyi bir felsefe vardır. Harvard Üniversitesinden Profesör Rawls, anayasa hukukçularından kimse bilmezlikten gelemeyeceği, adalet üzerine soyut ve karmaşık bir kitap

yayımlamıştır. Hukukçuların devlete karşı ahlaki haklar kuramının gelişiminde, en azından hukuk sosyolojisinin ve hukuk ekonomisinin gelişimindeki pasifliklerinden daha fazla bir pasif bir rol oynamasına gerek yoktur. Hukukçular hukukun diğer disiplinlerden daha fazla felsefeden bağımsız olmadığını kabul etmek zorundadırlar."⁵⁷

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler:

- Belge, Murat, "Son Yargıtay Kararı", *Radikal*, 12.11.2006.
- Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *Liberty* der. Henry Hardy (Oxford: Oxford University Press, 2002).
- Berlin, Isaiah, "The Pursuit of the Ideal", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003).
- Boyle, Kevin, "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case," *Essex Human Rights Review*, Vol.1 No., s. 1-16
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977)
- Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?* (New Jersey: Princeton University Press, 2006)
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002)
- Lewis, Stephanie R., "Adjudication", *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 61 (June 1983), s. 160-171.
- Özbudun, Ergun, "Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Uluslararası Sempozyum 26-27 Mayıs 2005* (Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2006), s. 83-106.
- Tanpınar, Ahmet Hamdi, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*, 8. Baskı (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001)

(55) Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), s. 162. Ergun Özbudun, Mustafa Erdoğan'ın Refah Partisi kararıyla ilgili yorumunu eleştirmektedir. Özbudun'a göre Avrupa Mahkemesi şiddet kullanımı yanında önerilen projenin de demokratik olması koşulunun yeni olmadığı bunun HEP kararında da vurgulandığını belirtmiştir. Bakınız: Ergun Özbudun, "Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Uluslararası Sempozyum 26-27 Mayıs 2005* (Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2006), s. 99-100, dipnot 18.

(56) Bakınız Haşim Kılıç'ın Karşıoy Yazısı.

(57) Dworkin, a.g.e., s. 149.

- Venice Commission, *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures* Venice, 10-11 December, 1999, CDL-INF (2000)I.
- Wacks, Raymond, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2005).
- Yüksel, Murat, *Hukuki Plüralizm* (İstanbul: Beta, 2003).

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi Kararları:

- E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, AMKD, Sayı 25.
- E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD Sayı 34/2.
- E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, AMKD Sayı 37/2.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

- *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Grand Chamber, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003.
- *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Third Section, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 31 July 2001.
- *Freedom and Democracy Party (ÖZ-DEP) v. Turkey*, (23885/94), 8 Dec. 1999.
- *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (113/1996/752/951), 30 Jan. 1998 (Reports 1998-I).
- *Socialist Party and Others v. Turkey* (20/1997/804/1007), 25 May 1998 (Reports 1998-III).

Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik

Mehmet YÜKSEL*

Günümüzde, bir taraftan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti tartışmaları çerçevesinde daha üst düzeyde hukuki düzenleme ve hukuki koruma talepleri yükselirken; diğer yandan hukukun sosyal hayatta giderek artan ölçülerde etkinlik göstererek bireysel ve toplumsal yaşamı kuşatıyor hale gelmesi eleştirilerek daha az hukuk, daha çok adalet ve ahlâk yönünde görüş ve düşünceler dile getirildiği görülmektedir.

Bu çalışmada; modernleşme sürecinde kapitalizm, modern devlet ve modern bilim anlayışıyla birlikte gelişen modern hukukun, toplumsal yaşamı giderek egemenliği altına alarak nasıl hukuksallaştırıp bürokratikleştirdiği ve bu hukuksallaştırma (juridification) sürecinin ahlâki duygu ve değerlerin gelişimini ne yönde etkilediği tartışılmaya çalışılacaktır. Yine bu çalışmada; modernleşme kavramı, genel olarak ekonomik alanda kapitalizme ve endüstriyel gelişmeye, siyasal bakımdan ulus-devlete ve temsili demokrasiye, sosyal açıdan farklılaşmaya, işbölümüne ve uzmanlaşmaya, kültürel bağlamda bireyciliğe ve sekülerleşmeye dayanan bir değerler sistemine doğru giden süreci ifade etmek üzere kullanılacaktır. Etik kavramı ise, ahlâk kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılacaktır. Bu anlamıyla etik, insanların toplum içindeki davranışlarını ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen kurallar ile bu kuralların gerisindeki değerler

bütününe göndermede bulunur (Yüksel, 2002a: 179-180). Hukuksallaşma kavramı ile, toplumda pozitif hukukun giderek genişleyip yaygınlaşması, yazılı hukukun yükselişi, gittikçe daha fazla sosyal ilişkilerin hukuken düzenlenir ve yargılanır hale gelmesi, hukuki düzenlemelerin daha kapsamlı ve detaylı hale gelmesi ifade edilecektir.

Modernleşmeyle birlikte sosyal yapı, giderek artan bir karmaşıklıkla ve farklılaşma ile karakterize olan bir değişim süreciyle, "geleneksel" olarak da adlandırılan, modern öncesi toplum yapısından ayrılmaya başlamıştır. Çalışmalarıyla klasik sosyolojik teorinin oluşumuna katkıda bulunmuş Marx, Durkheim ve Weber gibi düşünürler, bu değişimle yakından ilgilenmişlerdir. Marx, söz konusu değişimle, toplumsal yapının, feodalizmden kapitalizme; Durkheim, mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya; Weber ise, geleneksel otoriteden rasyonel-yasal temelli bürokratik otoriteye doğru evrimleştiğini ileri sürmüşlerdir (Yüksel, 2002b: 67).

Modern toplumu geleneksel toplumdan ayıran temel özelliklerin, hızlı ve yoğun değişim ve bu değişimin giderek bütün toplumsal ilişkileri ve sistemi kuşatarak kendine özgü kurumsal ve düşünsel yapılar geliştirmesi olduğu söylenebilir. Toplumun gerek coğrafi olarak gerekse nüfus bakımından büyüdüğü, bireyler,

(*) Doç.Dr., Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi.