



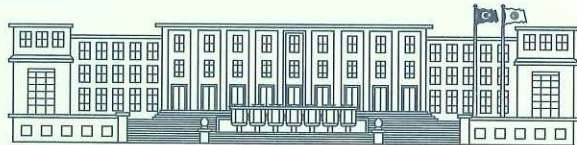
TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ

ARAŞTIRMA MERKEZİ

VENEDİK KOMİSYONU

(Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu)

TÜRKİYE'YE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ SEÇİMLER YARGI VE REFERANDUMA İLİŞKİN KARAR VE UYGULAMA KODLARI



EGEMENLİK KAYITSIZ ŞARTSIZ MİLLETİNDİR

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ
ARAŞTIRMA MERKEZİ

VENEDİK KOMİSYONU
(Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu)

**TÜRKİYE'YE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ,
SEÇİMLER
YARGI
VE
REFERANDUMA İLİŞKİN
KARAR VE UYGULAMA KODLARI**

TBMM Araştırma Merkezi ürünlerinde yer alan bilgiler kaynak gösterilerek kullanılabilir.

Araştırma Merkezi ürünleri kurum görüşünü yansıtmaz.

TBMM Araştırma Merkezi Yönetmeliği, Madde 8/5

Başkanlık Duivanı Karar Tarihi: 02/03/2006

Karar No: 107

R.Gazete: 08/04/2006

Sayı: 26133

SUNUŐ

TBMM Araştırma Merkezi konu uzmanları tarafından hazırlanan bu çalışma, kısaca Venedik Komisyonu olarak bilinen Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun Türkiye'ye ilişkin olarak, talep zerine, Anayasa Mahkemesinin düzenlenme biçimi, siyasi partilerin yasaklanması ve Müslüman olmayan dini cemaatlerin hukuki statüsü konusunda yaptığı mtalaalardan oluşan üç görüş ile yargı bağımsızlığı ve seçim barajına ilişkin kararları ve referandumlar, siyasi partiler ve seçim konularında ortaya koyduğu iyi uygulama kodlarını kapsamaktadır.

Anayasal konuların tartışılmasında en önemli referanslardan birini oluşturan Venedik Komisyonu görüş ve kararlarına, milletvekillerimizin doğru ve hızlı erişimini sağlamayı amaçlayan bu çalışmanın, yasama çalışmaları için önemli bir katkı sağlayacağını umuyoruz.

TBMM Araştırma Merkezi Müdürlüğü

İÇİNDEKİLER

VENEDİK KOMİSYONU	1
ANAYASA MAHKEMESİ İLE İLGİLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ TASLAĞINA DAİR GÖRÜŞ	5
TÜRKİYE’DE SİYASÎ PARTİLERİN YASAKLANMASINA İLİŞKİN ANAYASAL VE YASAL HÜKÜMLERE DAİR GÖRÜŞ.....	15
TÜRKİYE’DE DİNİ CEMAATLERİN HUKUKİ STATÜSÜ İLE İSTANBUL ORTODOKS PATRİKLİĞİNİN “EKÜMENİK” SIFATINI KULLANMA HAKKINA DAİR GÖRÜŞ	47
YARGI KONSEYLERİNE DAİR AVRUPA HAKİMLERİ İSTİŞARE KONSEYİ TARAFINDAN HAZIRLANAN TASLAK GÖRÜŞ ÜZERİNE YORUMLAR	79
YARGI SİSTEMİNİN BAĞIMSIZLIĞI HAKKINDA RAPOR BÖLÜM I: HAKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI.....	85
YARGI BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN AVRUPA STANDARTLARI; SİSTEMATİK BİR GENEL AÇIKLAMA	105
SEÇİM BARAJI VE SEÇİM SİSTEMLERİNİN PARTİLERİN PARLAMENTOYA GİRİŞİNE ENGEL OLAN DİĞER NİTELİKLERİ HAKKINDA KARŞILAŞTIRMALI RAPOR	117
SEÇİM BARAJI VE SEÇİM SİSTEMLERİNİN PARTİLERİN PARLAMENTOYA GİRİŞİNE ENGEL OLAN DİĞER NİTELİKLERİ HAKKINDA RAPOR (II)	130
REFERANDUMLARA DAİR İYİ UYGULAMA KODU.....	146
SİYASÎ PARTİLER ALANINDA İYİ UYGULAMALAR KODU	159
SEÇİM KONULARINDA İYİ UYGULAMA KODU	171

VENEDİK KOMİSYONU

Kuruluşu ve Üyelik Yapısı¹

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu ya da daha çok bilinen adıyla Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi'nin anayasal konularda danışma organıdır. Bir nevi Avrupa Konseyi bünyesinde “bağımsız düşünce kuruluşu” gibi çalışmaktadır.

1990 yılında 18 Avrupa ülkesinin taraf olduğu bir anlaşmayla kurulmuştur. Türkiye, kuruluşundan bu yana (10.05.1990) Komisyonun üyesidir.

2002 yılı Şubat ayında kurucu anlaşmada yapılan bir değişiklikle Komisyonun üyelik yapısı genişletilmiş ve Avrupalı olmayan ülkelerin de üye olabilmesi imkânı sağlanmıştır.² Bu anlaşmadan sonra Avrupa Konseyi'nin 47 üyesinin tümü Venedik Komisyonu'nun da üyesidir.³ Bunlara ek olarak, 2004'te Kırgızistan, 2005'te Şili, 2006'da Güney Kore, 2007'de Fas ve Cezayir, 2008'de de İsrail ve Tunus, 2009'de Peru ve Brezilya, son olarak da 2010 yılının başlarında Meksika, Komisyona üye olarak katılmıştır. Böylece, Komisyonun üye sayısı 57'ye ulaşmıştır.

ABD dâhil sekiz ülke Venedik Komisyonu'nda gözlemci statüsünde bulunmaktadır.⁴ Belarus ise Komisyonun tek ortak üyesidir (*associate member*). Güney Afrika ve Filistin Ulusal Yönetimi, gözlemci olmasalar da, Komisyon içinde gözlemciye benzer statüye sahip bir işbirliği içindedirler. Avrupa Komisyonu ile Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı da, Venedik Komisyonu'nun toplantılarına temsilci göndermektedirler.

¹ Bu çalışmadaki bilgiler genel olarak Venedik Komisyonunun resmi web sayfasından Hüdai Şencan tarafından derlenmiştir. Bkz.

http://www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp (Erişim Tarihi: 21.04.2010).

² Komisyonun değiştirilmiş kurucu anlaşması için Bkz. http://www.venice.coe.int/site/main/Statute_E.asp, (Erişim Tarihi:22.04.2010).

³ Bu ülkeler şunlardır: Almanya, Andorra, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Karadağ, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna, Yunanistan.

⁴ Gözlemci ülkeler şunlardır: ABD, Arjantin, Japonya, Kanada, Kazakistan, Uruguay ve Vatikan.

Komisyonun üyeleri ise özellikle anayasa hukuku ya da uluslararası hukuk alanlarında uzman akademisyenler, anayasa mahkemesi yargıçları ya da çeşitli ülkelerden parlamenterlerdir. Hâlihazırda, Komisyonda Türkiye'yi temsilen Prof. Dr. Ergun Özbudun (1990 yılından beri) bulunmakta, Prof. Dr. Erdal Onar da yedek üye olarak yer almaktadır.⁵

Faaliyet Alanları ve Belli Başlı Çalışmaları

Venedik Komisyonunun temel hedefi, bir yandan Avrupa'nın temel değerleri nezdinde kıtanın "anayasal mirasının" yayılmasına katkıda bulunmak, diğer yandan da ülkelere "anayasal ilkyardım" yapmaktır.

Komisyon dört alanda faaliyet göstermektedir. Bunlar:

- Anayasa hazırlanması sürecine yardım etme,
- Seçimler, referandumlar ve siyasi parti düzenlenmelerine yardımcı olma,
- Anayasa mahkemeleriyle ve ombudsmanlarla işbirliği yapma,
- Çeşitli uluslararası konularda çalışmalar yapma, raporlar hazırlama, seminerler düzenleme.

Venedik Komisyonu, özellikle Berlin Duvarı'nın çöküşü sonrası Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin anayasa hazırlama sürecinde ihtiyaç duydukları yardımı sağlamış ve bu ülkelerin Avrupa standartlarına uygun anayasalar hazırlamalarında öncü rol üstlenmiştir.

Komisyonun Türkiye Hakkındaki Görüşleri⁶

- CDL-AD(2010)005 Türkiye'de Dini Cemaatlerin Hukuki Statüsü İle İstanbul Ortodoks Patrikliğinin "Ekümenik" Sıfatını Kullanma Hakkına İlişkin Görüş, (Venedik, 12-13 Mart 2010)
- CDL-AD(2009)006 Türkiye'de Siyasal Partilerin Kapatılmasıyla İlgili Yasal ve Anayasal Düzenlemelere İlişkin Görüş, (Venedik, 13-14 Mart 2009)
- CDL-AD(2004)024 Anayasa Mahkemesinin Yapısının Değiştirilmesi Hakkında Anayasa Değişikliği Taslağına İlişkin Görüş, (Venedik, 18-19 Haziran 2004)

⁵ Venedik Komisyonu resmi web sayfası, (Erişim Tarihi: 21.04.2010)

http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Members_ef.asp?L=E&All=Yes,

⁶ Venedik Komisyonunun Türkiye hakkındaki tüm görüş, yorum ve raporları için Bkz. http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Search_ef.asp?L=E&Text=Turkey&S=0&C=0&Search=Title+Search, (Erişim Tarihi: 21.04.2010).

ANAYASA MAHKEMESİ İLE İLGİLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ TASLAĞINA DAİR GÖRÜŞ⁷

Péter PACZOLAY⁸

⁷ Bu Görüş’ün çevirisinde;

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/venedikraporu.pdf adresindeki “Anayasa Mahkemesiyle İlgili Anayasa Değişiklikleri Önerisine İlişkin Taslak Görüş (Venedik Komisyonu Raporu)”, Peter Paczolay, Anayasa Yargısı Dergisi Yıl: 2004. No: 21, s.70-79’daki metinden ilgili kısımlar alınmış, Venedik Komisyonu Görüşü’nde ilave edilen, değiştirilen kısımların çevirisi TBMM Araştırma Merkezi Müdürlüğünde Feride Eroğlu tarafından, ‘Anayasa Şikâyeti’ bölümünün çevirisi Beyhan Kaptıkaçtı tarafından yapılmıştır.

⁸ Yedek Üye, (Macaristan) yorumlarına dayanarak Venedik Komisyonu tarafından 59. Oturumunda kabul edilmiştir. (Venedik, 18-19 Haziran 2004) Strazburg, 29 Haziran 2004 CDL-AD(2004)24; Görüş No: 296/2004

Giriş

1. Türkiye Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin, 2 Nisan 2004 tarihli mektubuyla Mahkeme tarafından hazırlanarak Parlamenteoya sunulan anayasa değişikliği taslağında (CDL(2004)033) öngörülen reform konusunda Venedik Komisyonu'nu Mahkemeye yardımcı olmaya davet etmiştir.
2. Aynı mektupta, Sayın Bumin, Komisyonu Anayasa Mahkemesinin 42 yıldönümü vesilesiyle 26-27 Nisan 2004 tarihlerinde Ankara'da yapılan, Mahkeme'nin yeniden yapılandırılması ve bireysel başvuru hakkının ihdasına dair sempozyuma katılmaya davet etmiştir. Komisyon, Sayın Paczolay'dan taslak hakkındaki yorumlarını Sempozyumda sunmasını rica etmiştir. Orada sunulan raporlar ve tartışmalar –Sayın Paczolay'ın yorumlarına yanıtları da içeren ve Sempozyum katılımcılarına dağıtılan haliyle- mevcut görüşün oluşturulmasında göz önüne alınmıştır.
3. Bu görüş Venedik Komisyonunca Venedik'te 59. oturumda 17-18 Haziran 2004'de kabul edilmiştir.

I. GENEL

4. Önerilen (Anayasa) değişiklikleri, iki temel alanda değişiklik yapılması sonucunu doğuracaktır. Birincisi, mahkemenin teşkilatı yeniden yapılandırılacaktır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 104.,146. ve 147. maddeleri değiştirilecektir. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa şikâyeti incelemesi adıyla yeni bir yargılama yetkisi verilecektir. Bu ise, Anayasa'nın 148., 149., 152. ve 153. maddelerinin değiştirilmesini gerektirecektir.
5. Bu rapor, diğer Avrupa Anayasa Mahkemelerinin bu konulardaki tecrübelerini göz önüne alarak önerilen Anayasa değişiklikleri üzerinde görüş bildirmektedir.
6. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası ile kurulmuştur. 1961 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi anlayışı, Kasım 1982'de kabul edilen modernleştirilmiş yeni Anayasa tarafından da korunmuş ve onaylanmıştır. 2001 Anayasa reformu kapsamında gerçekleştirilen köklü değişiklikler, Anayasa Mahkemesiyle ilgili temel düzenlemeleri etkilememiştir.
7. Anayasa Mahkemesi tarafından sunulan taslak önerisi, önerilen değişiklikler için açıklayıcı bir bilgi notu da (gerekçe) içermektedir. Şu an için, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda yapılması gerekli değişikliklerin metni hakkında bilgi sahibi değiliz.
8. Anayasa Mahkemesi teşkilatının yeniden yapılandırılması, Anayasa şikâyetinin ihdas edilmesi ve Mahkemenin ağır iş yükünün bir sonucudur. Bununla birlikte, Anayasa'nın yapısı nedeniyle, görüşün ilk bölümü (yeniden) yapılanmaya ilişkin sorunlarla ilgilenirken, ikinci bölüm Anayasa şikâyetini ele almaktadır. Bu görüş, değişiklik önerisi sunulan maddeler üzerindeki görüşlere

hasredilmiş olup, fikir verme ve unutulmuş ayrıntılara çözüm getirme konusunda çok iddialı değildir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAPISI

9. Mahkemenin yapısına dair 146.maddenin güncel olarak geçerli metni iki önemli açıdan değiştirilecektir:

Birinci olarak, hâkimlerin sayısı bakımından Mahkemenin oluşumu ve Mahkemenin iki daireye bölünmesi,

İkinci olarak, hâkimlerin atanma usulü.

10. Halen, Anayasa Mahkemesi 11 asil ve dört yedek üyeden oluşmaktadır. Mahkeme Başkan ve - yoklukları halinde yerleri yedek üyeler tarafından doldurulan - 10 asil üye ile toplanır (AKYUHK M.41). Değişiklik, hâkimlerin sayısını 17'ye çıkartmaktadır. Yedek üyelikler kaldırılmaktadır. Yedek üyelik durumu Anayasa Mahkemeleri yapısında oldukça seyrek görülen bir durumdur ve bunun en bilinen örneği Avusturya Anayasa Mahkemesi'dir. Mahkemede çalışacak hâkimlerin sayısı bakımından 17 hâkimin -uluslararası karşılaştırmaya göre- çok olduğu söylenebilir, ancak bu husus Mahkeme'nin iki daireden oluşacağı düşünüldükçe değerlendirilmelidir.

11. Hem hâkimlerin sayısının hem de Mahkemenin (yeni) oluşumunun belirlenmesinde temel amaç etkili bir işleyişi sağlamaktır. Mahkemenin yapısının değiştirilmesindeki ana gerekçe de budur. Son yıllarda Parlatentonun yoğun yasama faaliyetlerinden dolayı Mahkemede açılan davaların sayısında ortalamanın beş katından daha fazla bir artış yaşanmıştır. Türkiye Anayasa Mahkemesinin bir özelliği de sık sık siyasi partilerin kapatılması ve mali denetimini ele almak zorunda olmasıdır.

12. Artan iş yüküyle etkin bir şekilde baş edebilmek için, taslak önerisi bazı yargılama yetkilerini Genel Kurula vererek, Mahkeme'yi iki daireye ayırmaktadır. Bu yetkiler Anayasa değişikliklerinin incelenmesi, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar ve Yüce Divan sıfatıyla yapılacak yargılamalardır. Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla Cumhurbaşkanı, Başbakanı, bakanları ve Yüksek Mahkeme üyelerini vd. görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılamaktadır. Diğer dosyalar dairelere eşit olarak dağıtılacaktır. Değişiklik önerisinin gerekçesine göre, bu yaklaşım iş yükünün azaltılmasında faydalı olacaktır. Sekizer üyeden oluşan iki daireye, iki başkan yardımcısı başkanlık edecektir.

13. Ancak Mahkeme'nin iki daireye ayrılmasının bazı tehlikelerini görebiliriz. Muhtemel problemler şunlardır: birbirinden farklı yorumların ve içtihat yollarının ortaya çıkması, dosyaların dağıtılması ve her iki dairenin yetki çatışmalarının çözömlenmesidir. Taslağı hazırlayanlar tarafından, dairelerin içtihatları arasında çıkması muhtemel ihtilafların Genel Kurul tarafından

çözölebileceği öngörölmöştür. Ayrıntılı usul kurallarıyla, dosyaların adil dağıtılmasına dikkat edilmelidir. Genel Kurul’un denetleyici rolü, benzer şekilde, daireler arasında somut olayda hangi heyetin yetkili olduğuyla ilgili ihtilafları da çözebilir.

14. Söz konusu maddenin gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi’nin iki dairesli yapıya dönüşmesini açıklarken Avrupa Anayasa Mahkemelerinin çoğunda da bu durumun hâkim olduğunun belirtilmesi yanıltıcı olabilir. Anayasa Mahkemelerinin daha çok tek kuruldan oluştuğunu belirtebiliriz. Bununla birlikte, Mahkemeyi iki heyete (daireye, senatoya vs) bölen, Almanya, İspanya ve Portekiz gibi açık örnekler de vardır. Bir üçüncü model de, daha küçük heyetlerin kurulması ve dosya yükünün genel kurulla bu heyetler arasında paylaşılmasıdır. Farklı modeller de bir araya getirilebilir.

15. Yargının bağımsızlığı, Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin seçiminin düzenlenmesinde ve seçilebilirlik şartlarının belirlenmesinde temel noktadır.

16. Şu anda hâkimlerin atanmasında “doğrudan atama sistemi” uygulanmaktadır. Cumhurbaşkanı’nın, Anayasa Mahkemesi’nin bütün üyelerini -hâkimler, profesörler ve üst düzey kamu görevlileri gibi belirli bazı meslek gruplarına tanınmış kotalar dâhilinde- atama yetkisi vardır. Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi’nin üyelerini diğer mahkemelerden seçerken, ilgili mahkemelerce aday gösterilen üç kişi arasından bir seçim yapmaktadır. Taslak önerisi bu sistemi, “seçim” ve “doğrudan atama” sistemlerini bir araya getiren melez bir çözüm önererek, değiştirmektedir. Bazı mesleki gruplara ilişkin özel kotalar korunmaktadır. Seçme ve atama yetkileri yargı, yasama ve Devlet Başkanı arasında dağıtılmaktadır. 11 üye Yüksek Mahkemeler tarafından seçilecektir. Avukatlar ve profesörler arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeler için, Yüksek Öğretim Kurumu’nun ve Türkiye Barolar Birliği’nin seçimlere katılımı öngörölmöştür. Türkiye Büyük Millet Meclisi diğer iki üyeyi doğrudan Sayıştay başkanları ve üyeleri arasından seçecektir. Benzer şekilde, Cumhurbaşkanı da iki üyeyi belirli görevlerde en az üç yıl çalışmış üst düzey kamu görevlileri arasından doğrudan atayacaktır.

17. Önerilen sistemin avantajlarından biri yorumların devamlılığını layıkıyla sürdüreceğ şekilde, hâkimlerin kademeli olarak yenilenmesini sağlamasıdır.

18. Yargıdan seçilen Anayasa Mahkemesi üyelerinin oranının çok olması, Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığına katkı sağlayacaktır. Bununla birlikte, bu oran diğer Avrupa Anayasa Mahkemeleri ile kıyaslandığında olağanüstü yüksektir. Bu durum, anayasal ve yasal yorumlama bazı yönlerden farklılık gösterebileceğinden, Mahkeme tarafından kullanılan yorum metotlarını etkileyebilir. Hukuk profesörlerinin temsilinin artırılması tavsiye edilmektedir.

19. Münhasıran Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanma sisteminden, üç ana erke atama veya seçme yetkisi verilmesini sağlayan bu karışık sisteme geçiş

daha fazla demokratik meşruiyete sahip olup önceki sistemin başarılı deneyimlerine dayanmaktadır.

20. Parlamento tarafından seçilecek Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin sayısı nispeten düşük olmakla birlikte Türk hukuk uzmanları “yargının siyasallaşması” ihtimaline dair endişelerini ifade etmişlerdir. Hâkimlerin Parlamentoda seçimi siyasi etkiye yol açmasına rağmen hâkimlerin Parlamento tarafından seçilmesi yasama kararlarını incelerken Mahkeme’ye ilave bir meşruiyet de sağlar.

21. Anayasaya değişikliklerle ilgili olarak geçici bir madde eklenecektir. Değişiklikler yedek üyeliği kaldıracağı gibi Geçici Madde’ye göre yedek üyeler anayasa değişikliklerinin Resmi Gazetede yayınlandığı tarihte daimi üyeler olacaklardır. Üyeler için 12 yıllık görev süresi sınırlaması Mahkeme’nin mevcut üyeleri için yayın tarihinden itibaren uygulanacaktır.

22. Anayasa Mahkemesi, başkanını ve iki başkan vekilini kendi üyeleri arasından gizli oyla üye tamsayısının salt çoğunluğu ile dört yıllık bir dönem için seçecektir. Sürenin bitiminde yeniden seçilebileceklerdir. Bu seçimlerdeki oturumların yeter sayısı en azından 13 olacaktır. Kurulacak iki Daireye başkanlık yapmak üzere iki başkan vekilliği ihdas edilmektedir. Başkan Mahkemeyi temsil edecek, Mahkemenin genel işleyişinden sorumlu tutulacak ve genel kurula başkanlık edecektir.

23. 149. madde, Mahkemenin çalışmasını düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi, genel kurul ve iki daire biçiminde toplanacaktır. Anayasa Mahkemesi Başkanı genel kurula, Başkanvekilleri ise Dairelere başkanlık yapmaktadır. Genel kurulda oturum yeter sayısı başkanla birlikte on ikidir ve kararlarını salt çoğunlukla alacaktır. Her bir dairedeki oturum yeter sayısı başkanvekili ve altı üye ile yedidir. Anayasa değişiklikleri konusundaki iptal kararları ve siyasi partilerin kapatılması kararları istisna olmak üzere her iki dairedeki ve Genel Kuruldaki kararlar salt çoğunlukla alınacaktır. Siyasi parti davalarında kapatılmaya karar verilebilmesi için şu andaki Anayasa metnine göre beşte üç oy çoğunluğu gerekmektedir.

24. Hâkimlerin görev süreleri şu andaki Anayasaya göre sınırlı olmayıp 65 yaşına kadar görevde kalmaktadırlar. Anayasa değişikliği önerisine göre üyelik 12 yıl ile sınırlandırılmaktadır.

25. Asgari yaş koşulu, mesleksi ve hayat deneyimini sağlamak bakımından birçok ülke tarafından kullanılmaktadır. Anayasa değişikliği önerisi asgari yaş koşulunu 40’tan 50’ye çıkarmaktadır. Bu koşul bilebildiğimiz kadarı ile Avrupa’da en yüksek yaş koşuludur ve mübalağalı olduğu düşünülebilir. 147. maddedeki değişiklik emeklilik yaşını 67’ye çıkarmaktadır. Eğer amaç gerçekten Anayasa Mahkemesi üyeliği sırasında kazanılan bilgi ve deneyimden elde edilecek faydayı azamiye çıkarmak ise, emeklilik yaşı örneğin oldukça yaygın olan 70’e çıkarılabilir. Nispeten uzun bir görev dönemine göre (12 yıl)

nispeten düşük bir azami yaş koşulu (teklife göre 67) ve yüksek bir asgari yaş koşulu (50 yaş) nedeniyle muhtemel aday grubu makul olmayan bir biçimde sınırlandırılmış olabilecektir.

III. ANAYASA ŞİKÂYETİ

26. Anayasa mahkemesine bireysel başvuru, anayasal adaletin önemli unsurlarından biridir.

27. Anayasa mahkemelerine bireysel başvurunun iki yolu bulunmaktadır.

Birincisi, *actio popularis*, veya kural olarak yasal bir hükmün bireyler tarafından itiraz edilebilir olduğu durumlardaki bir tür kamu davası/itirazı olarak adlandırılabilir hukuk kurumu. Diğer yol ise anayasa şikâyetidir. Anayasa şikâyeti anayasal hakların ihlaline karşı bireysel bir kanun yoludur. Genellikle bireysel idari ve yargısal işlemlere karşı kullanılır.

28. Almanya'daki *Verfassungsbeschwerde* ve İspanya'daki *recurso de amparo* kurumları, anayasa şikâyeti konusundaki en bilinen örneklerdir. Diğer Avrupa ülkelerinde de anayasa şikâyeti yolunun işletilmesine yönelik usuller hayata geçirilmiştir. (Rusya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Makedonya, Hırvatistan, Portekiz, Macaristan, vb.).

29. Anayasa yargısı alanındaki son dönemdeki eğilimler, haklı olarak kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinden uygulanırlığına doğru izlenen bir yol olarak tanımlanabilir. Bu durum, yasamanın denetlenmesinden yargının denetlenmesine geçiş anlamına gelir.

30. Benzer bir gelişim çizgisi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun mümkün kılınmasının yolunun açılmasında da çizilebilir.

31. Bugüne kadar, Türkiye'deki anayasal denetim sistemi, bireysel şikâyetlerin öne sürülmesine imkân vermemiştir. Değişiklik taslağı, (148. madde, 6. fıkra) bireysel başvuru usulü konusunda yeni bir düzenleme öngörmektedir (anayasa şikâyeti):

“Tüm bireylerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla, hukuk yollarını tüketmiş olmak şartıyla anayasa mahkemesine başvurma hakları bulunmaktadır. Anayasa şikâyetlerinin kabul edilirliliği, ön inceleme komisyonlarının yetkisi ve ilgili dairelerin yargılaması konusundaki ilkeler ve usuller kanunla düzenlenir.”

32. Anayasa şikâyeti ile ilgili olarak Avrupa ülkelerinde iki eğilim bulunmaktadır. Anayasal sistemlerinde bireysel başvuru kurumu bulunmayan ülkelerde (örneğin İtalya) söz konusu kurumun ihdas edilmesi ciddi şekilde düşünülmektedir. Türkiye'deki değişiklik önerisi bu eğilim çizgisinde yapılacaktır. Hukuk sistemlerinde anayasa şikâyeti kurumu bulunan ülkeler,

kurumun uygulanırılık alanını daraltmak, en azından bu konuda meydana gelen “dava selini” azaltmak eğilimindedirler. (bu durum özellikle konuyla ilgili başlatılan reform çalışmaları kapsamında özel bir komisyon kurulan Almanya için geçerlidir).

33. Değişiklik taslağını, diğer Avrupa ülkelerindeki düzenlemelerle karşılaştırarak incelemeliyiz.

34. Anayasa şikâyeti, Avrupa ülkelerindeki Anayasa Mahkemesi yargısında çok değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, kurumun ana özellikleri aşağıdaki şekilde tanımlanabilir:

bir anayasa şikâyeti

- hukuki bir başvuru yoludur
- tali niteliklidir (diğer hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabilir)
- temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi üzerine işletilebilir
- bireysel nitelikli idari kararlara ve yargı kararlarına karşı başvurulabilir.

35. Anayasa şikâyeti kurumunun işlevi kural olarak, idari ve yargısal kararlara hakları ihlal edilen kişilere bir başvuru yolu sunmak suretiyle temel hakların etkin şekilde korunmasıdır. Bu durum, Türkiye’de anayasa şikâyeti kurumunun ihdas edilmesinin de ana gerekçesini oluşturmaktadır. Ancak bu gerekçenin dışında ilke olarak, daha uygulanabilir bir sebep de bulunmaktadır. Değişiklik taslağını hazırlayanlarının beklentisine göre – gerekçede de belirtildiği gibi – “*Anayasa şikâyeti yolunun açılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Türkiye aleyhine açılan davaların sayısında önemli bir azalmaya yol açacaktır*”. Böylece, yeni düzenlemenin amacı, temel hakların ihlali halinde iç hukukta başvurulabilecek bir hukuk yolu öngörmektir.

36. Bu sebeple korunan hakların kapsamı, değişiklik taslağında nadiren tanımlanmıştır. Anayasa şikâyeti genellikle, ulusal anayasalarda tanımlanan hakların korunmasında başvurulacak bir yoldur. Türkiye örneğinde ise bu kurum (Taslağın İngilizce çevirisinde belirtildiğine göre) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nde düzenlenen anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasında kullanılacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda yer alan hak ve özgürlüklerle karşılaştırıldığında bu durum, sınırlı bir koruma alanı söz konusu olması sonucunu doğurmaktadır.

37. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda, 3 farklı hak grubu düzenlenmiştir: kişisel haklar, sosyal ve ekonomik haklar ve siyasi haklar. Değişiklik taslağının gerekçesine göre, anayasa şikâyetinin uygulama alanı “klasik haklarla” sınırlandırılmalıdır. Koruma alanına giren hakların kapsamının belirlenmesindeki yanlışlıkların önüne geçilmesi amacıyla, anayasa şikâyeti ile

bahşedilen korumanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi AİHS’de yer alan hak ve özgürlükleri kapsamı kararlaştırılmıştır.

38. Değişiklik taslağını hazırlayanlar tarafından da açıklandığı gibi temel hakların geniş şekilde düzenlenmesi, anayasa şikâyeti bakımından AİHS’de düzenlenen haklara temel teşkil edecek hakların sınırlandırılmasını gerekli kılmıştır. Konuyu aynı yönden ele alan bu iki hak grubu birlikte dikkate alınmalıdır. Bu çözüm, AİHS’ bir seçim ölçütü olarak kullanır ve sözleşmeyi anayasa düzeyine yükseltmez. Böylece anayasa şikâyeti, AİHS’de düzenlenen hakların değil, anayasal hakların ihlali halinde ve fakat AİHS bakımından işletilen bir yoldur.

39. Anayasa değişikliği taslağında usul, ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir ki bu anlaşılır bir durumdur. Değişiklik taslağı sadece,

- uygulama koşullarına atıfta bulunmaktadır; kamu gücü tarafından gerçekleştirilen ihlali, anayasa şikâyetinin işletilmesinin sebebi olarak belirtmektedir;

- usulün tali niteliğine atıfta bulunmaktadır, öncelikle diğer hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

40. Diğer kabul edilebilirlik koşulları – ön inceleme komisyonlarının kurulması ve yargılamaların kapsamı ve içeriği – konularına temas edilmekte ve bunların ayrı bir kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Ortaya çıkacak diğer sorunlar Anayasa Mahkemesi kanunu ile çözüme bağlanacaktır. Konuyla ilgili detayların bu şekilde Anayasada düzenlenmesinin, Anayasanın kapsamını açacağı açıktır. Bununla birlikte, uygulamaya konulan yeni bir kurumun, kendi bütünlüğü içinde değerlendirilmesi, ayrıntılı kuralların bilinmesini gerektirmektedir.

41. Gerçek anlamda anayasa şikâyeti kurumunu diğer denetim yollarından ayırmak önemlidir. Değişiklik taslağının gerekçesine göre; *“Anayasa şikâyeti, kanunların anayasaya uygunluğunun incelenmesinden veya idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinden veya mahkeme kararlarının temyizinden veya gözden geçirilmesinden farklı bir hak arama yoludur. Söz konusu kurum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvurunun benzeri bir iç hukuk yoludur.”*

42. İlk olarak, bu şekilde bir denetimin amacı nedir? Anayasa şikâyeti, idari bir işlemin denetlenmesi veya bir mahkeme kararının gözden geçirilmesi yolu olmamasına rağmen, sanıyorum ki – AİHM’deki usule benzer bir şekilde – bu kurum, AİHS’de düzenlenen kişisel hakları ihlal eden idari ve yargısal kararlara karşı işletilecektir. Ne var ki bu sorun, açıklığa kavuşturulmak zorundadır.

43. İkinci olarak, anayasa şikâyeti sürecinin işletilmesinin etkileri tanımlanmalıdır. Geline nokta, başarılı bir şikâyetin etkileri konusunda bazı sorular bulunmaktadır: Mahkeme şikâyetin esası hakkında karar verecek midir veya adli yargı mahkemesinin kararını geçersiz kılacak ve davayı yeni bir karar

alınması için söz konusu mahkemeye geri gönderecek midir? Kararın diğer davalara etkisi nedir? (Örneğin, Anayasaya aykırılık teşkil eden bir kanun esas alınarak suçlu bulunarak hapis cezasına çarptırılan bireyler).

44. Anayasa şikâyeti denetimini uygulayan bazı ülkeler adli mahkemelerin müdahalesi sorunuyla karşılaşmışlardır. Adli yargı mahkemelerinin kararlarının denetlenmesi gerilim, hatta bu mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasında anlaşmazlık yaratabilir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesinin bir “üst-Yüksek Mahkeme” olarak öngören çözümlerden kaçınmak gereklidir. Anayasa Mahkemesinin “olağan” yüksek mahkemelerle (Temyiz Mahkemesi/Yargıtay) ilişkisi açıkça ortaya konmalıdır.

45. Son olarak değişiklik taslağındaki yukarıda sözü edilen iki ana noktaya dair olmayan iki düzenleme belirtilmelidir.

46. Anayasanın 152. maddesinin son fıkrası, Anayasa Mahkemesinin davanın esas bakımından reddedilmesi hakkındaki kararının Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren beş yıl geçmeden aynı hüküm sebebiyle anayasaya aykırılık iddiasının öne sürülemeyeceği yönünde değiştirilmelidir. Söz konusu hüküm Tük Anayasasının özel bir maddesidir (“iptal maddesi”). Anayasa Mahkemesinin, anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla önüne gelen bir davayı esastan reddetmesi halinde aynı hüküm hakkında anayasaya aykırılık iddiası belli bir süre dâhilinde ileri sürülemez. Yürürlükteki mevzuata göre bu süre 10 yıldır. Bu süre çok uzun olması sebebiyle eleştirilmiş ve değişiklik taslağı ile beş yıla indirilmiştir.

47. Anayasaya “Yürürlüğün durdurulması” ile ilgili düzenleme öngören yeni bir hüküm eklenmelidir. Böylesi bir hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmekte olan yasal düzenlemenin uygulanmasını geçici olarak erteleyecektir. Söz konusu yasa kurumu, ilgili düzenlemelerin uygulanması halinde ortaya çıkacak ve tazmin edilmesi mümkün olmayan durum ve zararların oluşmasını engelleme amacını taşımaktadır. Bu kurumun uygulamaya sokulması, diğer ülkelerin Anayasa Mahkemelerinde yaşanan tecrübelerle bakılırsa çok faydalı olacaktır.

IV. SONUÇLAR

1. Taslak Öneride çerçevesi çizilen Anayasa değişiklikleri makuldür ve zaten diğer Avrupa ülkelerinde bilinen çözümleri izlemekte olup Avrupa standartlarına uygundur.

2. Önerilen çözümler ve değişiklikler özellikle temel hakların korunmasında Mahkemenin işlevselliğine hizmet etmektedir.

3. Değişiklikler, temel yasayı (Türkiye'de oldukça uzun ve detaylıdır.) taşıyabileceğinden fazla yüklememek için anayasal düzeyde gerekli teminatlara dair sorularla sınırlı tutulmuştur. Yeni ihdas edilen, mahkemenin yapısı ve

yargılama yetkisi ile ilgili tedbirlerin tam bir değerlendirmesi önerilen çözümle yasal düzeyde de tanışıklığı gerektirmektedir.

4. Birbirinden farklı yorumların ve içtihatların önlenmesi için, teşkilat düzeyinde iki daire üzerinde Genel Kurul kontrolüne özel olarak dikkat edilmelidir.

5. Bir anayasa şikâyetinin kabul edilebilirliğine karar verilmesi için üç hâkimli heyetler oluşturulmalıdır.

6. Asgari ve azami yaş koşullarının çok yüksek ve çok düşük olduğu –söylenen sırayla-düşünülebilir.

7. Anayasa şikâyetlerinin kapsamını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen temel hakların korunmasıyla sınırlamak nadir görülmektedir. Koruma altına alınan hakların kapsamını Anayasada düzenlenenlere (siyasi haklar ve klasik özgürlükler) genişletmek, en azından daha sonraki bir aşamada, düşünülmelidir.

**VENEDİK KOMİSYONUNUN
TÜRKİYE’DE SİYASÎ PARTİLERİN
YASAKLANMASINA İLİŞKİN
ANAYASAL VE YASAL HÜKÜMLERE DAİR GÖRÜŞÜ⁹**

Sn. C. CLOSA MONTERO (Üye, İspanya)

Sn. P. VAN DIJK (Üye, Hollanda)

Sn. Ch. GRABENVVARTER (Üye, Avusturya)

Sn. W. HOFFMANN-RIEM (Üye, Almanya)

Sn. F. SEJERSTED (Yedek üye, Norveç)

Sn. K. TUORI (Üye, Finlandiya)

Sn . H.-H. VOGEL’in (Üye, İsveç)¹⁰

⁹ Venedik Komisyonunun 78 inci Genel Kurulunda (Venedik, 13-14 Mart 2009) 13 Mart 2009CDL-AD(2009) 006; Study No. 489 / 2008

¹⁰ Görüşleri temel alınarak kabul edilmiştir Venedik Komisyonu’nun bu raporu TESEV tarafından Türkçe’ye çevrilmiş, 7 Mayıs 2009’da kamuoyuna tanıtılmış ve TBMM Araştırma Merkezi tarafından TESEV internet sitesinden Nisan 2010’da alıntılanarak yayıma hazırlanmıştır

Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) İzleme Komitesi, 15 Eylül 2008 tarihinde Venedik Komisyonundan “Türkiye’deki siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin anayasal ve yasal hükümleri incelemesini” talep etmiştir.

2. Komisyon, bu talep ile kendisine verilen görevin T.C. Anayasasındaki ve mevzuatındaki siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin kuralların Avrupa’nın demokrasi standartlarına, hukuk devleti ilkelerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) öngörülen insan haklarına uygun olup olmadığını incelemek ve değerlendirmek olduğunu kabul etmiştir.

3. AKPM’nin böyle bir talepte bulunmasının genel nedenlerinden biri yıllar boyunca Türkiye’de çok sayıda siyasi partinin yasaklanmış olmasıdır. Bu durum, Avrupa’da geçerli olan, siyasi partileri yalnızca istisnai durumlarda yasaklama ve kapatma yaklaşımına ters düşmektedir. Öte yandan, Türkiye hali hazırda modern Türk toplumunun şu andaki kalkınmışlık seviyesine uymayan bazı geleneksel uygulamaları yeniden değerlendirme fırsatını sunan bir demokratik reform sürecindedir. Parti yasaklama kurallarının da reforma tabi tutulması bu reform sürecinin mantığına uygundur.

4. Talebin özel nedeni ise 14 Mart 2008 tarihinde iktidardaki AK Partiye karşı açılan ve T.C. Anayasa Mahkemesinin 30 Temmuz 2008 tarihli kararı ile sona eren davadır. Sonuçta AK Parti kapatılmamış olsa da bu dava Türkiye’deki parti yasaklama kurallarının devam eden sorunlu yönlerini sergilemektedir. On bir hakimnin onu, AK Partinin siyasi çıkarları için dini duyguları istismar ettiği ve demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı faaliyetlerin odağı haline geldiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, partinin bir yıl süreyle aldığı Hazine yardımının yarısından yoksun bırakılmasına karar vermiştir. Altı üye partinin kapatılması yönünde oy kullanırken, kapatılma kararı için gerekli yedi oya ulaşamamıştır.

5. Anayasa Mahkemesi Başkanı kararı açıklarken, bu davanın, parti kapatma davalarını Mahkemeye götürmeyi zorlaştırmak için kuralları değiştirecek anayasal düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunu gösterdiğini ifade etmiştir. Avrupa Parlamentosu’ndaki AB-Türkiye delegasyonunun üyeleri dahil olmak üzere Avrupalı bazı gözlemciler de aynı hususu dile getirmişlerdir.

6. Bu görüş, AKPM’nin, Anayasa Mahkemesinin kararından açıklanmasından önce 26 Haziran 2008 tarihinde almış olduğu karara uygundur:

14. AK Parti hakkında yürütülmekte olan dava, sonuçları ne olursa olsun, ülkede siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin yasal dayanağa dair tartışmaları yeniden alevlendirmekte ve yukarıda bahsedilen reformlara karşın, Türkiye’deki siyasi partileri kapatma meselesinin sonuçlanmamış olduğunu göstermektedir.

*Meclis, bu hususta daha fazla anayasal ve yasal reformlara ihtiyaç olduğu görüşündedir.*¹¹

7. Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından 5 Kasım 2008 tarihinde sunulan “2008 Türkiye İlerleme Raporunda” şöyle denilmektedir:

Siyasi partiler açısından, AKP ve DTP hakkındaki kapatma davaları (Bkz. Meclisle ilgili kısım) siyasi partilere uygulanan mevcut yasal hükümlerin, siyasi aktörleri devletin dernekleşme ve ifade özgürlüklerine müdahalesinden yeterince korumadığını göstermektedir.(s. 18) Bu davanın ışığında, siyasi partilere ilişkin yasal hükümlerin Avrupa Konseyi Venedik Komisyonunun öngördüğü üzere AIHM içtihadı ve AB Üye Ülkelerindeki en iyi uygulamalarla uyumlu olacak şekilde değiştirilmesine ihtiyaç vardır. (s. 70).

8. Bu görüş, üç unsuru kapsayacaktır:

- Siyasi partilerin yasaklanmasını ve kapatılmasını düzenleyen “Avrupa standartlarının” gözden geçirilmesi;
- T.C. anayasası ve mevzuatında siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılmasına ilişkin mevcut düzenlemelerin genel olarak incelenmesi;
- Avrupa standartlarına uygunluk açısından Türk kurallarının reformuna ihtiyaç olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi.

9. İşbu Görüş, 13 Mart 2009 tarihinde, Komisyonun Venedik’teki 78. genel kurul toplantısı sırasında Sn. Closa Montero (İspanya), van Dijk (Hollanda), Grabenwarter (Avusturya), Hoffman-Riem (Almanya), Sejersted (Norveç), Tuori (Finlandiya) ve Vogel ‘in (İsveç) katkılarıyla Sn. Yüksel Erdoğan’ın (T.C. Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi) huzurunda kabul edilmiştir. Ön müzakereler Komisyonun 2008 Ekim ve Aralık aylarında düzenlenen 76. ve 77. Genel Kurul Toplantılarında yapılmıştır.

2. Siyasi partilerin yasaklanma ve kapatılmaya karşı korunmaları konusundaki Avrupa standartları

2.1. Giriş

10. Türkiye’deki siyasi partilerin kapatılmasına ve yasaklanmasına ilişkin kuralları ve uygulamaları “Avrupa standartlarına” göre değerlendirebilmek için öncelikle bu alanda bu standartların ne ölçüde var olduğu ve nasıl bir içeriğe sahip olduğu incelenmelidir.

11. Temelde (i) parti kapatmalarını düzenleyen “en iyi uygulama” standartları

¹¹ Bkz. AKPM’nin 1622 sayılı kararı (2008) “Türkiye’deki demokratik kurumların işleyişi: son dönemdeki gelişmeler”. Bu kararda, Türkiye’deki genel anayasal reform çerçevesinde parti kapatma kurallarının da incelenmesi önerilmektedir. Bkz. <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERES1622.htm>.

(“model yönetmelik”) ile (ii) Avrupa Konseyi üyesi Devletlerdeki siyasi partilere sağlanması gereken asgari yasal koruma standartlarının birbirinden ayrılması gereklidir.

12. İlki, ortak bir model olup olmadığını tespit etmek için Avrupa Konseyi üyesi devletlerdeki konuyla ilgili kuralların karşılaştırılmasıyla veya ortak bir model olmaması halinde örneğin Türkiye’de bir ulusal reform için ilham kaynağı olabilecek farklı alternatif modellerin tespit edilmesiyle ilgilidir. İkincisi ise, ortak yasal yükümlülüklerden, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) yorumladığı şekliyle AİHM’den ve ortak Avrupa demokratik ve anayasal mirastan ne tür yasal koruma standartları çıkarılabileceği meselesidir. Birincisi ulusal hükümlerin reformuna gerek olup olmadığı ve olacaksa nasıl olacağı sorusuna yanıt verirken, ikincisi uluslararası yasal yükümlülüklerle uymak için bu hükümlerin reformunun zorunlu olup olmadığını tespit etmektedir. Her iki mesele de aşağıdaki şekilde incelenmiştir.

2.2. Avrupa Konseyi üye Ülkelerindeki siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin kurallar – karşılaştırmalı bir gözden geçirme

2.2.1 Parti kapatmayla ilgili ulusal yönetmeliklerin genel olarak karşılaştırmalı şekilde gözden geçirilmesi

13. 1998 yılında Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin isteği ile “Siyasi partilerin yasaklanması ve benzer tedbirler” hakkında kapsamlı ve karşılaştırmalı bir inceleme gerçekleştirmiştir. Bu inceleme çerçevesinde Arnavutluk, Arjantin, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Kanada, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Japonya, Kırgızistan, Letonya, Liechtenstein, Lituanya, Moldova, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovakya, İspanya, Slovenya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Ukrayna ve Uruguay’da yanıt alınmıştır.¹²

14. Venedik Komisyonu, aldığı yanıtlara dayanarak, siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin ulusal kuralları sınıflandıran ve inceleyen bir rapor hazırlamış ve bu rapor 12-13 Haziran 1998 tarihindeki 35. Genel Kurul Toplantısı sırasında kabul edilmiştir¹³

15. Venedik Komisyonu, işbu görüşü hazırlamak maksadıyla yeni karşılaştırmalı materyalleri incelemiştir. Güncellenmiş bu materyaller, son on yıl içinde Avrupa Konseyi üyesi Devletlerinin parti kapatma meselesini düzenleme ve halletme şeklinde önemli değişiklikler olmadığını teyit etmektedir. Bu nedenle, Venedik Komisyonunun 1998 raporunda varılan sonuçlar, halen

¹² Avrupa Konseyi üyesi olmayan ve Venedik Komisyonunda gözlemci statüsünde bulunan bazı Devletler de bu ankete dahil edilmiştir.

¹³ Bkz. [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.asp)

Avrupa’da geçerli olan uygulamalarını özetlemektedir. Bu sonuçlar aşağıdaki gibidir:

Sonuç

Düzenlenen ankete yanıt veren ülkelerdeki parti faaliyetlerine uygulanan yasal hükümlerin çeşitliliği, bir Avrupa standardının tanımlanmasını güçleştirmektedir. Bununla birlikte bir kaç ortak özellik göze çarpmaktadır:

a. Her yerdeki parti faaliyetleri dernekleşme özgürlüğü ilkesi ile güvence altına alınmıştır.

b. İlgili devletlerin çoğunluğunda değilse de pek çoğunda belli tedbirlerin bulunmayışı, demokrasinin sorunsuz işleyici açısından bu tedbirlerin elzem olmadığı sonucuna varmamıza neden olmaktadır:

- siyasi partilerin kaydedilmesi: formalite olarak dahi herhangi bir kayıt şartı bulunmamaktadır, ancak bu durum, seçim mevkiine aday olanların belli resmi şartları yerine getirmek zorunda olmadığı anlamına gelmemektedir;

- Yasaklama ve kapatma dahil olmak üzere, belli kurallara uymayan siyasi partilere uygulanan yaptırımlar. Tabii ki bu durum şahısların siyasi faaliyetler bağlamında işledikleri suçların cezalandırılmasını engellememektedir.

c.Siyasi partilere yaptırım uygulayan devletler bile uyguladıkları yaptırımlar açısından kayda değer bir çeşitlilik arz etmektedir. Farklı devletler aynı durumlar karşısında aynı şekilde veya şiddette yaptırım uygulamamaktadırlar.

d.Bir siyasi partinin yasaklanması veya kapatılması kadar ağır yaptırımların uygulanmasını gerektirecek davranışları tanımlamanın son derece zor, hatta belki de imkansız olması, dernekleşme özgürlüğünü sınırlayan mevzuatın uygulanması sırasında ölçülülük ilkesine başvurma ne kadar gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

Siyasi partilerin faaliyetlerine ilişkin genellikle çok sayıdaki yasal tedbirlerin pratikte uygulanma biçimi, bu ilkenin gözetilmesi hususunda gerçek bir kararlılık olduğunu göstermektedir. Anket formunun kapsadığı yaptırımların yakın geçmişte resmi nedenler haricindeki nedenlerle siyasi partilere gerçekten uygulanmış olduğu pek az sayıda demokratik devlet mevcuttur.

Şekil sınırlamaları, özellikle parti isimlerinin birbirine karışmasını önlemeye yönelik sınırlamalar haricinde, siyasi partilerin faaliyetlerini engellemeye yönelik tedbirlerin (bu tedbirler bazı devletlerde kesinlikle bulunmamakta, bazılarında ise yalnızca savaş durumunda uygulanmaktadır) uygulanmasına yalnızca istisnai durumlarda müsaade edilmelidir. Ulusal mercilerin büyük çoğunluğunun sergilemiş olduğu son derece ılımlı tutum bu durumu doğrulamaktadır.

e. Son olarak, incelenen ulusal mevzuatlarda sık sık ortaya çıkan bir özellik de, bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii veya mahkeme tarafından yargılanma garantisidir. Bu durum, siyasi partilerin kaderi gibi siyasi açıdan son derece önemli bir şeyi, tarafsızlıklarından genellikle şüphe duyulabilen yürütme veya idari mercilerin kontrolünün dışında tutma isteğini açıkça göstermektedir.

16. Venedik Komisyonu, Avrupa'daki uygulamaların ortak özelliklerini tarif eden bu sonuçları tekrarlamakta ve bu sonuçların Avrupa Konseyi üyesi bir Devletin parti yasaklamaya ilişkin ulusal kurallarının Avrupa standartlarına uygunluğunu değerlendirmek açısından uygun bir temel sağladığını teyit etmektedir.

17. Parti kapatmaya ilişkin ulusal kuralları karşılaştırırken dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, yasal (resmi) yönetmelikler açısından ortak bir Avrupa modelinin bulunmaması, daha ziyade farklı anayasal gelenekleri, tarih ve içeriğe ilişkin farklılıkları ve sosyal ve siyasi koşullardaki farklılıkları yansıtan “kayda değer bir çeşitliliğin” var olmasıdır. Bazı devletlerin parti kapatmaya ilişkin hiç bir kuralı bulunmamakta ve bu devletler bu kurallar olmaksızın da gayet iyi bir şekilde işlemektedir. Parti yasaklama kuralları uygulayan devletlerde ise bu kurallar şekil, usul ve içerik açısından son derece farklı şekilde düzenlenmiştir.

18. Öte yandan, siyasi partilerin yasaklanmaması ve kapatılmaması yönünde ortak bir demokratik miras oluşturacak şekilde son derece açık bir ortak Avrupa yaklaşımı mevcuttur. Parti kapatmaya konusunda görünürde son derece geniş kapsamlı kurallara sahip olan devletlerde dahi, bu kuralların uygulanmasına ilişkin “aşırı bir kendini sınırlama” söz konusudur. Bu kuralların gerçekten de uygulanması (hatta sadece bunların uygulanmasının istenilmesi) için aşılması gereken eşik son derece yüksektir. Aksi yönde sadece bir kaç örnek bulunması da yalnızca bu ortak mirasın varlığını teyit etmektedir.

19. Bu uygulama, bir demokrasinin kendisini tehdit eden güçlere karşı nasıl yanıt vermesi gerektiğine dair klasik “liberal ikilem” konusunda net bir ortak Avrupa yaklaşımı bulunduğunu göstermektedir ve buna göre bu tehditlere açıkça tartışarak ve demokratik yollardan yanıt verilmelidir. Hükümetin şeklinde kökten değişiklikler yapılmasını veya çoğunluğun kabul edilemez bulduğu görüşleri savunan partilere izin verilmesine ilişkin ortak bir uygulama mevcuttur. Siyasi görüşler, ilgili siyasi partinin yasaklanması ve kapatılması yoluyla sansürlenmemekte, bununla birlikte parti üyelerinin yasa dışı faaliyetleri karşısında normal ceza hukuku sistemi vasıtasıyla yaptırımlar uygulanmaktadır.

20. Bu uygulama, parti kapatmaya ilişkin resmi kuralları olup olmadığına ve varsa bu resmi kuralları nasıl düzenlemiş olduğuna bağlı olmaksızın temelde tüm Avrupa devletleri için geçerlidir. Hatta, Alman anayasal sistemi gibi “militan demokrasi” ilkesine biçimsel olarak bağlı kalan anayasal sistemler için bile geçerlidir ve zaten yakından incelendiğinde Alman sisteminin “militan” olmaktan ziyade liberal ve hoşgörülü bir sistem olduğu anlaşılmaktadır.

21. Çok sayıda Avrupa devletinin parti yasaklamaya ilişkin bir yönetmeliğinin bulunmaması, Venedik Komisyonunun 1998 raporunda, bu kuralların “demokrasinin sorunsuz işleyişi açısından elzem olmadığı” sonucuna varmasına neden olmuştur. Bu sonuç bugün hala geçerlidir. Aynı zamanda, bazı ülkelerde, parti kapatma hükümlerinin pratikte parti faaliyetlerinin özgürlüğünü sınırlamadığı, aksine, eşiği yükselten ve siyasi partileri, diğer derneklerin maruz kalabileceği türden yasal kapatmaya karşı koruyan özel bir ayrıcalık ve koruma sağladığı da eklenmelidir.

22. Parti kapatmaya ilişkin özel hükümleri olan devletlerde, bu hükümler genellikle tarihi etkenlerin sonucunda ortaya çıkmıştır ancak bu devletler bile bu hükümlere çok ender başvurumaktadırlar. Anayasanın parti kapatmaya ilişkin nispeten geniş kurallar öngördüğü devletlerde dahi bu kurallar işleyen ve “yaşayan” anayasanın bir parçası olarak görülmemekte, daha çok, sadece varlığı ile vazifesini yerine getiren ve çok nadiren başvurulmuş pasif bir emniyet supabı olarak ortaya çıkmaktadırlar.

2.2.2. Siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin olası kriterlerin karşılaştırılmalı şekilde gözden geçirilmesi

23. Parti kapatmaya ilişkin ulusal yönetmeliklerin “kayda değer çeşitliliği”, siyasi partilerin uymak zorunda olduğu ve yasaklama ve kapatma kriterleri olarak başvurulabilecek maddi şartların düzenlenmesine de yansımaktadır. Venedik Komisyonunun 1998 raporuna ve yeni güncellenmiş materyallere göre, siyasi partiler hakkındaki muhtelif ulusal şartlar arasında aşağıdakilere ilişkin yasaklar yer almaktadır:

- Devletin varlığına veya hakimiyetine yönelik tehditler
- Temel demokratik düzene yönelik tehditler
- Devletin toprak bütünlüğüne yönelik tehditler
- Sosyal, etnik veya dini nefreti beslemek
- Etnik ayrımcılığı körüklemek
- Şiddete başvurmak veya şiddete başvurmakla tehdit etmek
- Nazizm veya faşizm
- Suç örgütleri
- Askeri veya paramiliter örgütler
- Gizli veya yıkıcı yöntemler

24. Bu liste tüm yasakları içermese de, konuyla ilgili özel düzenlemeler yapmış devletler arasında dahi içerik açısından farklılıklar olduğunu göstermektedir. Temel kriterler genellikle ülke anayasasında yer alsa da kimi zaman devlet yasaları ile desteklenmekte ve genişletilmektedir. Farklılıkların büyük bir kısmı

ülkelerin geçmişte edinmiş oldukları deneyimlerin farklı olmasıyla açıklanabilmektedir.

25. Avrupa'daki hiç bir anayasal sistemde bu kriterlerin tümünün bulunmadığının üzerinde durulmalıdır. Ulusal hükümlerin çoğu oldukça kısadır ve bu kriterlerin yalnızca bir veya ikisini içermektedir. Bazı devletlerde daha fazla sayıda kriter olsa da hiçbir devlette hepsi birden bulunmamaktadır. Bu kriterlerin pek çoğunun zaten demokratik sistemin bir parçası olarak kabul edilebileceği ileri sürülebilir ancak yine de istenilen sonucu vermek için gereken sayıyı aşması halinde kabul edilmeleri mümkün değildir.

26. Analiz yapabilmek açısından, yasaklama veya kapatmaya ilişkin ulusal kriterlerin *araçlardan mı* (faaliyetler) yoksa *amaçlardan mı* (hedefler) bahsettiğine bakarak bir ayırım yapmak mümkündür. Yalnızca bir kaç devlet partilerin amaçlarını ve görüşlerini bu şekilde yasaklamaktadır. Ulusal kriterler genellikle yasa dışı araçlardan, örneğin şiddetin kullanılmasından bahsetmektedir. Ancak parti yasaklama kuralları bulunan ülkelerdeki en yaygın modele göre yasaklama için hem yasa dışı araçların (faaliyetlerin) hem de gayri meşru amaçların (hedeflerin) var olması gerekmektedir.

27. Modern çağda, siyasi partilerin Avrupa'da gerçekten yasaklandığı çok az sayıdaki dava (Türkiye istisnası haricinde) 1950'lerin sonunda Almanya-ve başka ülkelerdeki ve daha yakın zamanda da İspanya'daki marjinal ve radikal partilerle ilgili davalardır. Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG), bir partinin yasaklanabilmesi için o partinin demokrasi karşıtı görüşlere sahip olmasının ötesinde siyasi eylemlerde kendisini gösteren ve temel demokratik düzenle sabit bir plana göre sürekli ve kararlı bir şekilde savaşılmaya yönelik sabit bir amaç güttüğünün sağlam delillere dayandırılarak ispatlanmasının gerekli olduğuna hükmetmiştir (bkz. BVerfGE 5, 85, 141).

28. Farklı ulusal kriterlerin değerlendirilmesi sırasında karşılaştırmalı anayasa hukukuna özgü pek çok güçlüklerle karşılaşmaktadır. Öncelikle anayasa metinlerini, özel siyasi ve yasal bağlam çerçevesinde ulusal yasal uygulamada nasıl yorumlandığına bakmaksızın karşılaştırmak son derece zordur. İkinci olarak, bu kriterlerin gerçekte mahkeme nezdinde başvurulabilecek "bağlayıcı hukuk" olma ölçüsü de değişkenlik göstermektedir. Bazı ülkelerde, siyasi partilere getirilen yasal şartlar gerçekte uygulanabilmelerine imkan verecek usullerle bağlantılı dahi değildir ve bu nedenle daha çok siyasi beyan vazifesi görmektedir. Başka ülkelerde ise teoride uygulama mümkünse de usulle ilgili engellerin fazlalığı uygulamayı neredeyse imkansız hale getirmektedir.

29. Bu nedenle, herhangi bir anayasal sistemde yer alan maddi kriterlerin sayısı ve içeriği, her zaman için partilerin yasaklanmasına ilişkin yasal ve gerçek eşiği göstermemektedir. Yine de, resmi sınırlamaların sayıca çok ve geniş kapsamlı olmasının, yasaklamanın pratikte başvurulabilecek yasak bir tedbir olduğuna işaret ettiği söylenebilir.

30. İlk bakışta genel bir karşılaştırma yapıldığında, Türkiye’de parti kapatmaya ilişkin kuralların en çarpıcı yönü, yasaklama veya kapatmaya ilişkin çok uzun bir maddi kriterler listesini çok düşük bir usul eşikle birleştirmiş olmalarıdır. Ayrıca, yasaklama veya kapatma hem yasa dışı faaliyetlere hem de bu türden ideolojik görüşlere dayandırılabilir. Ülkenin siyasi ve tarihi bağlamı ile birlikte dikkate alındığında, bu durum muhtemelen bu tedbirin bu kadar yaygın bir şekilde kullanılmasının nedenini teşkil etmektedir.

2.2.3 Siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin usullerin karşılaştırmalı şekilde gözden geçirilmesi

31. Siyasi partilere hangi sınırlamaların uygulandığını değerlendirirken usul hukuku, maddi hukuk kadar önem kazanmaktadır. Maddi kuralların gerçekte nasıl ve ne ölçüde uygulanabileceğini tespit eden usul kurallarıdır.

32. Tüm demokratik devletlerde, potansiyel parti kapatma davalarının tarafsız hukuk mahkemeleri tarafından yargılanması ve karara bağlanması ortak bir ilkedir. Parti kapatma hakkında kuralları olan pek çok ülkede bu görev, Türkiye’de olduğu gibi Anayasa Mahkemesine verilmiştir¹⁴. İspanya ve Danimarka gibi bazı ülkelerde ise bu yetki Yargıtay’a verilmiş ancak bu hususta özel usuller belirlenmiş ve mesela İspanya’da Anayasa Mahkemesine temyiz başvurusunda bulunma imkanı tanınmıştır.

33. Usul açısından bakıldığında en önemli mesele, bir siyasi parti aleyhine yasaklama davası *açma* yetkisinin hangi kuruma verilmiş olduğu meselesidir. Ceza davalarının aksine, bu yetki çok nadir olarak münhasıran savcılık makamlarına verilmektedir. Bunun nedeni, bu tür davaların siyasi niteliği ile sadece yasaklama veya kapatma davası açılmasının bile başlı başına ülkedeki siyasi hayat üzerinde çok olumsuz bir etki yaratabilecek olmasıdır. Bu nedenle, bir siyasi partinin kapatılması sürecinin başlatılması, belli yasal kriterlerin yerine getirilmesinin otomatik yasal sonucu olmamalıdır. Dava açma kararı, daha ziyade, söz konusu partinin demokrasinin işleyişi açısından arz ettiği tehdidin değerlendirilmesine dayanan ve yasal kriterlerin yanı sıra söz konusu bu partinin nihayetinde kapatılmasının doğuracağı siyasi sonuçları dikkate alması gereken ihtiyari bir karar olmalıdır.

34. Bu nedenle, parti yasaklamaya ilişkin kuralları olan devletler, bu tür davaları yetkili mahkemeye taşımak için özel usuller tesis etmişlerdir. Pek çok ülkede, bu karar tamamen siyasi bir karardır. Örneğin Almanya’da, bu yetki Federal Parlamenta, Federal Konseye veya Federal Hükümete verilmiştir ancak Federal Savcının başvuruda bulunma yetkisi yoktur. Başka ülkelerde de bu tür davalar

¹⁴Avusturya’da, eski ulusal-sosyalist partinin (“Wiederbetätigung”) fikirlerini destekleyen eylemleri veya partileri yasaklayan kurallar belli bir tarihi geçmişten kaynaklanmaktadır ve bu nedenle bu analize dahil değildir.

karşısında tamamen “yasal” bir yaklaşım benimsenmesini engelleyen başka siyasi filtreler mevcuttur. İspanya ilk bakışta bu kurala bir istisna teşkil ediyor gibi gözükmemektedir, zira bir siyasi partiyi kapatma davasını başlatma yetkisi yalnızca kendi inisiyatifiyle veya İspanyol Parlamentosu Cortes’in iki meclisinden birinin talebiyle hareket eden devlet savcısı kanalıyla hükümete verilmemiş, aynı zamanda kendi başına hareket eden Maliye Bakanlığına (savcı) da verilmiştir. Bununla birlikte, İspanya’daki uygulamalar, Maliye Bakanlığının bu yetkisini yalnızca hükümet politikasına uygun şekilde kullanmış olduğunu göstermektedir.

35. Venedik Komisyonu, Türkiye istisna olmak üzere, Avrupa’da varsa bile siyasi bir parti hakkında kapatma davası açma yetkisinin herhangi bir siyasi veya demokratik kontrol veya denge olmaksızın cumhuriyet başsavcısına verildiği ülkelerin sayıca çok az olduğunu dikkate almaktadır. Bu nedenle, 2008 yılında Türkiye’de var olan koşullara benzer koşullar altında, demokratik bir şekilde seçilmiş çoğunluk partisinin hakkında kapatma davası açmanın usul açısından mümkün olabileceği hiç bir Avrupa devleti bulunmamaktadır.

2.3. Ulusal siyasi partilerin yasaklama ve kapatmaya karşı korunmasına ilişkin Avrupa yasal standartları

2.3.1 Giriş

36. Başlangıç olarak, siyasi partilere yasal kısıtlamalar uygulanıp uygulanmayacağını ve eğer varsa yasaklama ve kapatmaya ilişkin kuralların nasıl olması gerektiğini tespit etme görevi ulusal (anayasal) yasa koyucuya verilmiştir. Bu hususla ilgili devletlerin üzerinde var olan yasal sınırlar, yasal olarak bağlayıcı uluslararası hukuktan kaynaklanmakta ve devletlere büyük ya da küçük bir takdir hakkı tanınmaktadır.

37. Temel mesele, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin, uluslararası hukuk çerçevesinde, siyasi partilere gayri meşru yasaklama ve kapatmaya karşı *koruma* sağlamakla ne ölçüde yükümlü olduğu meselesidir.

38. Partilerin korunmasına ilişkin ortak Avrupa yasal standardı öncelikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) tarafından ağırlıklı olarak Türkiye’yi ilgilendiren davalarda yorumlandığı şekliyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 11’e dayanmaktadır. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 22, AİHS Madde 11’e tekabül etmektedir.

39. Ayrıca, daha çok “bağlayıcı olmayan hukuk” olarak kabul edilebilecek ancak yine de en azından siyasi açıdan önem taşıyan başka yasalar ve yasal kaynaklar da mevcuttur. Bu kaynaklar şunlardır:

- Avrupa Konseyinin, özellikle Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin (AKPM) ve Bakanlar Komitesinin kararları ve diğer belgeleri;
- Venedik Komisyonunun ilkeleri ve raporları.

40. AİHS Madde 11, tıpkı Sözleşmenin tüm diğer maddi hükümleri gibi asgari seviyede bir yasal standart içermekte ve siyasi partilerin korunması için en düşük ortak paydayı ifade etmektedir ve bu payda da dernekleşme ve toplantı özgürlüğü hakkında çıkarılmalıdır. Bu durum, siyasi parti kurma ve çalıştırma özgürlüğünün nasıl *en iyi* şekilde düzenlenebileceği meselesiyle karıştırılmamalıdır. Bir devletin siyasi partilerine, Madde 11’de yer alan korumadan daha iyi bir koruma sunmasını engelleyecek hiç bir şey yoktur (bkz. Madde 53) ve Avrupa demokrasilerinin büyük çoğunluğu da açıkça bu şekilde davranmaktadır.

41. Diğer ilgili yasal kaynaklar ise (AKPM kararları, Venedik Komisyonunun ilkeleri, vs.) asgari standartlar değildir ancak bu kaynaklar bir ölçüde daha ileriye gitmekte ve nispeten bir “en iyi model” yaklaşımını yansıtmaktadır.

2.3.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

42. Siyasi partilerin varlığı ve faaliyetleri, AİHS’nin dernekleşme ve toplantı özgürlüğü hakkındaki 11. Maddesi ve ifade özgürlüğü ile ilgili 10. Maddesi ile korunmaktadır. Bir siyasi partinin kapatılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesi kapsamında bir sınırlama teşkil etmektedir. Böyle bir sınırlamanın haklı olabilmesi için bu sınırlamanın “maddede öngörülen meşru amaçlardan birini gerçekleştirmek için kanun marifetiyle konmuş” olması ve “demokratik toplum için ihtiyaç duyulması” şarttır. Ayrıca, AİHM, 11. Maddenin lafzından da önemlisi, siyasi partilerin, AİHS ile uyumlu yegane yönetim şekli olan demokrasinin düzgün işlemi için elzem olan bir dernekleşme türü olduğunu ifade etmiştir. AİHM, siyasi partilerin, demokrasinin işleyişi açısından taşıdığı önemden dolayı diğer derneklerin yasaklanmasının aksine, bir siyasi partinin yasaklanması ve kapatılması için özellikle sağlam bir gerekçe olmasını şart koşmaktadır.

43. Mahkemenin partilerin yasaklanmasına ilişkin nispeten geniş bir içtihadı bulunmaktadır ve önemli davaların çoğunluğu Türkiye’yi ilgilendiren davalardır. Bu davalar aşağıda verilmiştir:

- Birleşik Komünist Partisi/Türkiye – 30 Ocak 1998
- Sosyalist Parti/Türkiye – 25 Mayıs 1998
- Özdep /Türkiye – 8 Aralık 1999
- Yazar /Türkiye – 9 Nisan 2002
- Refah /Türkiye – 13 Şubat 2003.

44. Mahkemenin yukarıda bahsedilen kararlarda ifade edilen ilkeleri teyit ettiği ve tekrarladığı başka kararlar da mevcuttur.¹⁵ Mahkeme, temel yaklaşımını ve

¹⁵ 10 Aralık 2002 tarihli DEP/Türkiye davası (25141/94), 12 Kasım 2003 tarihli STP/Türkiye davası (26482/95) ve 31 Mayıs 2005 tarihli EP/Türkiye davası (39434/98).

genel ilkelerini Birleşik Komünist Parti ve Sosyalist Parti hakkındaki ilk iki davada belirlemiştir. Bu yaklaşım ve ilkeler Özdep davasında teyit edilmiş ve Yazar davasında ise siyasi partilerin korunmasını güçlendirerek geliştirmiştir. Mahkeme, 2003 Refah kararında, daha önceki katı yorumuna atıfta bulunmuş ancak delillerin dikkatle incelenmesinden sonra Refah Partisinin yasaklanmasının Türk mahkemelerinin takdirinde olduğunu ve bu nedenle 11. Maddenin ihlalini teşkil etmediğini tespit etmiştir.

45. Venedik Komisyonu, Mahkemenin 11. Madde hakkındaki içtihatlarından aşağıdaki ilkelerin çıkarılabileceği görüşündedir:

- 1-Demokrasi, Sözleşmenin öngördüğü, dolayısıyla Sözleşmeyle uyumlu olduğu yegane siyasi model olarak ortaya çıkmaktadır; Sözleşme Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracıdır;¹⁶ siyasi partiler demokratik devlette ezeli bir rol üstlenmektedir ve demokrasinin düzgün bir şekilde işlemesi için gerekli dernekleşme şeklini temsil etmektedirler;¹⁷
- 2-Siyasi partiler ifade özgürlüğüne ve dernekleşme özgürlüğüne sahiptirler;¹⁸
- 3-Siyasi partiler ifade özgürlüğü ve dernekleşme özgürlüğü arasında sıkı bir bağ olmasını gerektiren çoğulculuğun sağlanmasında önemli bir rol oynamaktadırlar;¹⁹
- 4-İfade özgürlüğü demokraside çoğulculuğun sağlanması açısından hayati bir araç teşkil ettiğinden bu özgürlüğün korunması yalnızca olumlu karşılanan veya zararsız kabul edilen bilgilerin ve fikirlerin korunmasından ibaret değildir, aynı zamanda, 10. Maddenin ikinci fıkrasında öngörülen kısıtlamalara tabi olmak kaydıyla, incitici, şok edici veya rahatsız edici bilgileri ve fikirlerin korunmasını da içermektedir;²⁰
- 5-Bununla birlikte, siyasi partiler yasalarda veya Devletin yasal veya anayasal yapılarında bir değişiklik yapılmasını destekleyebilirler, ancak bunun için

a.kullandıkları araçların yasal ve demokratik olması ve

Diğer ülkelerden dava örnekleri şunlardır: 14 Şubat 2006 tarihli Hristiyan Demokrat Halk Partisi/Moldova davası (28793/02) ve 21 Haziran 2007 tarihli Zhechev/Bulgaristan davası (57045/00). Bu liste burada yazılanlarla sınırlı değildir.

¹⁶ AİHM'nin 23 Mart 1995 tarihli Loizidou/Türkiye kararı (Temel itirazlar), § 75; Birleşik Komünist Partisi kararı § 45.

¹⁷ Birleşik Komünist Partisi kararı, § 25.

¹⁸ Aynı §§ 42-43.

¹⁹ Aynı § 43.

²⁰ AİHM'nin 7 aralık 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı § 49.

b.önerilen değişikliğin kendisinin temel demokratik ilkelerle uyumlu olması şarttır;²¹

- 6-Siyasi Partiler, Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri zayıflatmak ve bu şekilde demokrasiyi yok etmek için Sözleşmenin hükümlerine başvuramazlar;
- 7-Sözleşme ve demokrasi arasındaki sıkı bağ dikkate alındığında, siyasi partiler ülkenin genelini istikrarını sağlamak için özgürlüklerinin bir kısmının sınırlandırılmasını kabul etmek zorunda kalabilirler, bununla birlikte, siyasi partiler söz konusu olduğunda, sırasıyla 10. Maddenin ikinci fıkrasında ve 11. Maddede öngörülen ifade ve dernekleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların, ulusal makamlara çok az bir takdir payı bırakılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sıkı gözetimi altında harfiyen yorumlanması şarttır;²²
- 8-Acil bir sosyal ihtiyaç nedeniyle bir siyasi partinin kapatılma gerekçesi incelenirken özellikle:
 - a.gerekçe olarak gösterilen demokrasiye yönelik tehdidin yeterince yakın olduğuna dair inandırıcı kanıtların var olup olmaması (söz konusu tehdidin varlığının ispatlanmış olması kaydıyla);
 - b.ilgili siyasi partinin liderlerinin ve üyelerinin eylemlerinin ve konuşmalarının bir bütün olarak partiye isnat edilebilir olup olmaması; ve
 - c.bu eylemlerin ve konuşmaların bir bütün olarak parti tarafından oluşturulan ve savunulan ve demokratik toplum kavramı ile uyuşmayan bir toplum modelini açık şekilde tarif edip etmemesi;²³ önem kazanmaktadır.
- 9-Ayrıca, kapatmanın, ulaşılmak istenilen amaçla ölçülü bir tedbir olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Demokrasilerin kendilerini radikal partilere karşı savunma hakkı olsa da²⁴ bir siyasi partinin kapatılması veya liderlerinin siyasi faaliyetten men edilmesi gibi zecri tedbirler yalnızca en ciddi davalarda alınabilir;²⁵
- 10-Bir dinin ahlaki değerleri ile hayat bulan siyasi bir partinin sırf doğası gereği, demokrasinin Sözleşmede öngörülen temel ilkelerine

²¹ AİHM'nin 9 Nisan 2002 tarihli Yazar ve Diğerleri /Türkiye kararı, § 49.

²² Birleşik Krallık Partisi kararı, § 46.

²³ AİHM'nin 25 Mayıs 1998 tarihli Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye kararı (buradan itibaren Sosyalist Parti Kararı), § 51.

²⁴ Bkz. Parlamenterler Meclisinin 1308 (2002) sayılı kararı

²⁵ Birleşik Komünist Partisi kararı s. 46.

zararlı kabul edilmesi mümkün değildir, ancak bu partinin amaçlarına hizmet eden araçların yasal ve demokratik olması ve önerilen değişikliğin bizzat kendisinin demokrasinin temel ilkeleri ile uyumlu olması şarttır.

46. Venedik Komisyonu, özellikle, Mahkemenin siyasi bir partinin demokrasiye zarar vermediği müddetçe ülkenin anayasasında değişiklikler yapılmasını gerektiren düşüncelerini ifade etmesine müsaade edilmesi yönündeki beyanının üzerinde durmaktadır.

“Mahkeme, söz konusu siyasi programın Türk Devletinin mevcut ilkelerine ve yapılarına aykırı olmasının, demokrasi kurallarına da aykırı olması gerektiği anlamına gelmediği görüşündedir. Farklılık arz eden siyasi programların, hatta bir Devletin halihazırdaki teşkilatlanma şeklinde sorgulayan programların önerilmesi ve münazara edilmesi demokrasinin özünde yer almaktadır ancak bunların demokrasinin kendisine zarar vermemesi şarttır.”²⁶

47. Mahkeme, ulusal parti yasaklama davalarında, AİHS çerçevesindeki yorum ve yargısal inceleme kriterleri hakkındaki görüşünü açıkça belirtmiştir.

“Dolayısıyla, 11. Maddede yer alan istisnalar, siyasi partiler söz konusu olduğunda harfiyen yorumlanmalıdır; zira yalnızca ikna edici ve zorlayıcı sebepler partilerin dernekleşme özgürlüklerine getirilen sınırlamaları haklı gösterebilir. Akit Devletler, 11. Maddenin ikinci fıkrasında açıklanan anlamda bir gereklilik olup olmadığını tespit ederken sadece çok sınırlı bir takdir payına sahiptir ve beraberinde hem yasaları hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilen kararlar dahil olmak üzere bu yasaları uygulayan kararları içeren sıkı bir Avrupa denetimi olmalıdır.”²⁷

48. Neticede Mahkeme, Sözleşmenin 11. Maddesini, her türden siyasi partiyi koruyacak ve ulusal yasa koyucunun gerçekten olağandışı koşullar haricinde partileri yasaklama imkanını sınırlayacak şekilde yorumlamıştır.

49. Yine de, Mahkeme tarafından yorumlandığı haliyle 11. Maddenin, siyasi partilerin korunması açısından asgari standardı oluşturduğunun üzerinde durulmalıdır. 53. Maddeye göre, Sözleşmede yer alan hiç bir ifade, herhangi bir Akit Devletin yasalarında güvence altına alınan insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlar veya azaltır şekilde yorumlanamaz. Siyasi partilerin korunması açısından bakıldığında ise neredeyse tüm Avrupa ülkelerinin, partilerine, AİHS'nin sağladığından daha iyi bir koruma sağladığı görülmektedir. Avrupa Komisyonu Parlamenterler Meclisi ve Venedik Komisyonu tarafından düzenlenen bağlayıcı olmayan hukuk standartları da daha iyi bir koruma sağlanmasından yanadır.

²⁶ Sosyalist Parti Kararı § 47.

²⁷ Refah (§100) dahil olmak üzere sonraki tüm kararlarda tekrar edilen Birleşik Komünist Partisi kararı, § 46

50. Bu yaklaşım farklılığı yasal bir ihtilaf arz etmemektedir, yalnızca bu alandaki ortak demokratik Avrupa uygulamasının, AİHS Madde 11’de güvence altına alınan asgari yasal korumanın ötesine gitmesinin bir sonucudur. Bu durum, kararlarında sık sık Venedik Komisyonunun ilkelerinden alıntı yapan Mahkemenin kendisi tarafından da kabul edilmektedir.²⁸

2.3.3 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesi

51. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) pek çok defa, siyasi partilerin yasaklanma veya kapatılmaya karşı korunmasına ilişkin Avrupa standardının ne olması gerektiğini tartışmıştır. AKPM’nin “Avrupa Konseyi üyesi devletlerdeki siyasi partilerin kısıtlanmasına” ilişkin 1308 (2002) sayılı kararının 11. paragrafı şöyledir:

“11. Sonuç olarak ve yukarıdakilerin ışığında, Meclis, üye devletlerin hükümetlerini aşağıdaki ilkelere uymaya davet etmektedir:

- i. siyasi çoğulculuk, her demokratik rejimin temel ilkelerinden biridir;*
- ii. siyasi partilerin sınırlandırılması veya kapatılması, yalnızca ilgili partinin şiddete başvurması veya toplumun huzurunu ve ülkenin demokratik anayasal düzenini tehdit ettiği durumlarda uygulanacak istisnai tedbirler olarak görülmelidir;*
- iii. mümkün olduğunca kapatmadan daha az radikal tedbirlere başvurulmalıdır;*
- iv. bir parti, üyelerinin parti tüzüğüne veya faaliyetlerine aykırı eylemlerinden sorumlu tutulamaz;*
- v. siyasi bir parti yalnızca son çare olarak, ülkenin anayasal düzenine uygun şekilde ve adil bir yargı için gerekli tüm garantileri sunan usuller çerçevesinde yasaklanmalı veya kapatılmalıdır;*
- vi. her üye devletin yasal sisteminde, partileri sınırlayan tedbirlerin siyasi mercilerce keyfi bir şekilde kullanılamamasını sağlayan spesifik hükümler yer almalıdır.”*

52. AKPM, Türkiye’yi izleme işlemini sonlandıran 1380 (2004) sayılı Kararında, siyasi partilerin kapatılma sıklığının ciddi bir endişe kaynağı olduğunu ve Ekim 2001’de yapılan anayasa değişikliklerinin ve siyasi partilerle ilgili mevzuatta yapılacak değişikliklerin “kapatma gibi bu kadar aşırı bir tedbirin kullanılmasını kısıtlayacağını” umduğunu belirtmiştir.

AKPM; 26 Haziran 2009 tarihli 1622(2008) sayılı Kararında, 1308 (2002) ve 1380(2004) sayılı kararlarını hatırlatarak şöyle demiştir:

²⁸ AİHM’nin 14 Şubat 2006 tarihli Hristiyan Demokrat Halk Partisi/Moldova kararı, 11 Aralık 2007 tarihli Herritarren Zerrenda/İspanya kararı, 11 Aralık 2007 tarihli Etxeberria ve diğerleri/İspanya kararı.

“14.AK Parti hakkında yürütülmekte olan dava, sonuçları ne olursa olsun, ülkede siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin yasal dayanağa dair tartışmaları yeniden alevlendirmekte ve yukarıda bahsedilen reformlara karşın, Türkiye’deki siyasi partileri kapatma meselesinin sonuçlanmamış olduğunu göstermektedir. Meclis, bu hususta daha fazla anayasal ve yasal reformlara ihtiyaç olduğu görüşündedir.

15. Avrupa standartları ile tam bir uyumlu hale getirmek üzere, defalarca yapılan değişikliklere karşın halen 1980 askeri darbesinin izlerini taşıyan 1982 Anayasasının tamamına yönelik bir değişiklik yapılmasına ve Siyasi Partiler Yasasının kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmesine ihtiyaç vardır. Türk mercileri, bu reformları yaparken, Venedik Komisyonunun yukarıda bahsedilen ilkeleri doğrultusunda siyasi partilerin kapatılması hususunda şiddete göz yumma veya şiddeti kışkırtma veya demokrasinin temel değerlerine açık tehdit arz etme gibi daha katı kriterler getirmelidirler.”

53. Venedik Komisyonu, özellikle Parlamenterler Meclisinin, Komisyonun 1999 İlkelerini onayladığını ve bu ilkelerden parti yasaklamaya ilişkin ulusal kuralların değerlendirilmesine uygun bir dayanak olarak bahsettiğini kaydetmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Türkiye’deki siyasi partilerin yasaklanması meselesini, AIHM kararlarının icrasını denetleme görevi çerçevesinde ele almıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Birleşik Komünist Partisi davası (Genel Kurulun 30/01/1998 tarihli kararı) ve 1991 ile 1997 yılları arasında siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin Türkiye hakkında açılmış diğer 7 davadaki kararlarının İcrasına ilişkin CM/ResDH(2007)100²⁹ sayılı kararında aşağıdaki hususlar değerlendirilmiştir.

Mahkeme ile birlikte, siyasi partilerin çoğulculuğun muhafaza edilmesi ve demokrasinin düzgün bir şekilde işlemesi için elzem bir rol oynadığı ve ikna edici ve zorlayıcı nedenler olmaksızın partilerin dernekleşme ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasından kaçınılması gerektiği vurgulanmakta, ve siyasi bir partinin bir devletin yasasının veya yasal veya anayasal yapılarının değiştirilmesi için kampanya yürütebileceği ancak (1)bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar her açıdan yasal ve demokratik olması ve (2) savunulan değişikliğin bizzat kendisi demokrasinin temel ilkeleriyle uyumlu olması koşullarına uyulması gerektiği hatırlatılmaktadır.

2001 yılında anayasada yapılan değişiklikler ile 2003 yılında Siyasi Partiler Yasasında yapılan değişikliklerin, devletin dernekleşme özgürlüğüne herhangi bir müdahalesinin ölçülü olması şartını güçlendirmiş olduğu dikkate alınmaktadır.

²⁹ Bakanlar Komitesi tarafından 20 Haziran 2007 tarihinde, Bakan Yardımcılarının 997. toplantısı sırasında kabul edilmiştir.

Türk mercilerinin, Mahkemenin kararlarının, T.C. Anayasasının ve yasalarının yorumunu doğrudan etkilemesini sağlamak için gösterdikleri çabanın devamlılığının ne kadar önemli olduğu bir kez daha hatırlatılmaktadır (örn. bkz. “Komünist” isminin kullanılmasına ilişkin anayasada resmi bir yasak olmasına karşın Komünist Partiye 2003 genel seçimlerine katılma izni verilmesi; ayrıca bkz. Akkuş davasında ResDH(2001)71 sayılı Kararda ve Türkiye’deki güvenlik kuvvetlerinin eylemleriyle ilgili ResDH(2005)43 sayılı Ara Kararda tarif edilen daha genel nitelikteki çabalar) 2004 yılında, Anayasanın 90. Maddesinde yapılan değişikliği ve bu şekilde uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, bu sözleşmelere uymayan ulusal mevzuatın önüne geçmesinin mümkün kılınması memnuniyetle karşılanmaktadır.

Türk mercileri, Mahkemenin içtihatlarının Türk hukukunun uygulanmasını doğrudan etkilemesi için gösterdikleri çabalara devam etmeye teşvik edilmektedir.

2.3.4 Venedik Komisyonunun İlkeleri

55. Venedik Komisyonunun 1998 yılında gerçekleştirdiği Avrupa’daki siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin anket, Venedik Komisyonunun Aralık 1999’da “Siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ve benzeri tedbirlere ilişkin ilkelerini” kabul etmesiyle sonuçlanmıştır³⁰. Yedi paragraftan oluşan bu ilkeler, başka hususların yanı sıra siyasi partilerin önemini ve parti kapatmanın, “son derece kısıtlı miktarda” ve katı bir ölçülülük ilkesine bağlı kalarak uygulanması gereken geniş kapsamlı bir tedbir olduğunu vurgulamaktadır.

56. Venedik Komisyonu, bu görüşünde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin onaylamış olduğu ve on yıldan beridir başka kurumların yanı sıra Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi kurumlar tarafından genel Avrupa standartları olarak anılan bu ilkeleri tekrarlamakta ve teyit etmektedir.

57. Bu değerlendirme açısından özellikle ilkelerin üçüncü paragrafı büyük önem taşımaktadır:

“3.Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması yalnızca, demokratik anayasal düzeni yıkmak için siyasi araç olarak şiddetin kullanılmasını savunan veya şiddet kullanan ve bu şekilde anayasa ile güvence altına alınmış hakları ve özgürlükleri zayıflatan partiler söz konusu olduğunda haklı olabilir. Bir partinin Anayasanın barışçıl bir şekilde değiştirilmesini savunması tek başına yasaklama veya kapatılma için yeterli bir sebep olmamalıdır.”

58. Bu paragrafın özü, Venedik Komisyonunu yalnızca şiddet tehdidini veya şiddet kullanımını siyasi partilerin kapatılmasının yegane meşru kriteri olarak görmesidir. Bir başka deyişle, sadece amaçların (hedeflerin) değil, kullanılan araçların tümünün demokrasiden uzak olması gereklidir ve ikinci olarak bir

³⁰ Bkz. [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.asp)

partinin demokrasiye uymayan görüşlere sahip olması tek başına o partinin kapatılması için yeterli değildir. Kapatma tedbirinin meşru olabilmesi için ilgili partinin bir şiddet eylemi tehdidinde bulunması gereklidir.

59. Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen bu standart, bir şekilde AİHM'nin içtihatlarında formüle ettiği standarttan daha katıdır. Teoride, bazı Avrupa ülkelerindeki parti kapatma hükümlerinin lafzından da katı olabilir. Bununla birlikte, on yıllardır demokratik Avrupa'daki gerçek uygulamalara uymaktadır.

60. Bu nedenle, Venedik Komisyonunun standardının, siyasi partilerin korunmasına ilişkin ortak Avrupa uygulamasını ve modelini doğru şekilde yansıttığı sonucuna varılabilir.

61. İlkelerin 5. ve 6. paragraflarında ölçülülük ve ispat külfeti üzerinde özellikle durulması da dikkati çekmektedir:

“5. Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması, özellikle geniş kapsamlı bir tedbir olarak son derece dikkatli bir şekilde kullanılmalıdır. hükümetler ve diğer devlet organları, yetkili yargı makamından bir partinin yasaklanmasını veya kapatılmasını istemeden önce ilgili ülkedeki durumu dikkate alarak söz konusu partinin gerçekten özgür ve demokratik siyasi düzene veya kişilerin haklarına bir tehlike arz edip etmediğini ve daha az radikal olan başka tedbirlerin söz konusu tehlikeyi engelleyip engelleyemeyeceğini değerlendirmelidirler.

6. Siyasi partilerin yasaklanmasına veya yasa marifetiyle kapatılmasına yönelik yasal tedbirler, anayasaya aykırılığın yargıda tespit edilmesinin bir sonucu olmalı, istisnai nitelikte addedilmeli ve ölçülülük ilkesine tabi olmalıdır. Bu tür tedbirler, partinin bireysel üyelerinin değil, kendisinin anayasaya aykırı araçları kullanarak veya kullanmaya hazırlanarak siyasi amaçlar güttüğüne dair yeterli delillere dayandırılmalıdır.”

2.4. Özet – Avrupa standartları

62. Parti yasaklama ve kapatmaya ilişkin Avrupa anayasal ve demokratik standartları üç maddede özetlenebilir:

- Siyasi partilerin yasaklanmasını ve kapatılmasını resmi şekilde düzenleyen ortak bir Avrupa modeli mevcut değildir. Aksine, ulusal anayasal ve yasal yönetmelikler arasında büyük bir çeşitlilik söz konusudur. Bazı ülkelerde bu konuda hiç kural yokken, bazı ülkelerde oldukça ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.
- Bununla birlikte, bu kuralların pratikte uygulanması hususunda açık bir Avrupa yaklaşımı söz konusudur: bu kurallar uygulanmamaktadır. Parti

kapatmaya ilişkin kapsamlı hükümleri bulunan ülkelerde dahi bu hükümler dar bir biçimde yorumlanmakta ve pratikte uygulanmamaktadır. Bu konuda var olan bir kaç istisna da ana modeli teyit etmektedir.

- AİHS Madde 11'e göre siyasi partilerin yasaklanmaya ve kapatılmaya karşı ne ölçüde korunması gerektiğine dair ortak yasal standartlar mevcuttur. Bununla birlikte bu standartlar yalnızca asgari standartlardır. Her devlet, kendi siyasi partilerine daha geniş bir yasal koruma sunmakta serbesttir ve pek çok Avrupa devleti de bu şekilde davranmaktadır. Aynı zamanda AKPM ve Venedik Komisyonu tarafından geliştirilmiş ve ortak Avrupa demokratik uygulamasını yansıttığı söylenebilecek bağlayıcı olmayan hukuki standartlar mevcuttur.

63. Türkiye'deki parti yasaklama kurallarının ve bunların uygulanma şeklinin incelenmesi sırasında dikkate alınması gereken standartlar bunlardır.

3. Türkiye'deki siyasi partilerin kapatılması konusundaki kurallar ve uygulama

3.1. Giriş

64. Venedik Komisyonu öncelikle, Türkiye'de parti kapatmaya ilişkin anayasal kuralların on yıllardır ortak Avrupa yaklaşımına nazaran temelde farklı bir rol oynamış olduğunu ve son olarak 2009 yılındaki AK Parti davasına ve DTP hakkında devam eden davaya kadar bu rolüne devam ettiğini kaydetmektedir.

65. Türkiye'deki gelenek farkı hem kanunun lafzıyla hem de kanunun uygulanmasıyla ilgilidir. Türkiye'de siyasi partilere getirilen yasal sınırlamalar, Avrupa yaklaşımından daha katıdır. Parti programları ve faaliyetleriyle ilgili daha fazla maddi sınırlama, daha düşük bir genel eşik ve yasaklama veya kapatma davası açmak için daha az usul engeli mevcuttur. Bununla birlikte temel farklılık, Türkiye'de kuralların uygulanma şeklinden, günümüzdeki diğer Avrupa ülkelerinin aksine bu kuralların anayasanın olağan ve işleyen bir parçası olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır.

66. Siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin Türk kurallarının incelenebilmesi için hem yasal kuralların metnine hem de bu kuralların pratikte yorumlanma ve uygulanma şekline bakılması gerekmektedir. Ayrıca, Türkiye'nin siyasi, anayasal ve tarihi koşulları da dikkate alınmalıdır.

3.2. Türkiye'deki siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin anayasal ve yasal çerçeve

67. Türkiye'nin 1961 Anayasasında da parti kapatmayla ilgili hükümler bulunuyordu. Şu andaki 1982 Anayasasında ise parti kapatma hükümleri 1995 ve 2001 yıllarında değiştirilmiş 68. ve 69. Maddelerde bulunmaktadır. 1983 Siyasi Partiler Yasasının "Siyasi partilere ilişkin yasaklar" başlıklı 4. bölümünün altında 78. Maddeden 108. Maddeye kadar son derece ayrıntılı ilave hükümler yer almaktadır. Bu konu ihtilaflı bir meseledir ve kanun kurallarının,

partilere anayasal hükümlerden daha katı sınırlar getirip getirmediği ve eğer getiriyorsa bu durumun bizzat kendisinin anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda ülkede yasal bir tartışma mevcuttur.

Anayasanın 68. ve 69. Maddeleri

68. 68. Maddenin başlığı “Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma” dır. Birinci fıkrasında, vatandaşların siyasi parti kurma hakkı olduğu, ikinci fıkrasında, partilerin “demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu” ve üçüncü fıkrasında da partilerin “önceden izin almadan kurulabileceği ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürebilecekleri” ifade edilmektedir. Dördüncü fıkrasında ise partilerin uymak zorunda oldukları kriterler belirtilmektedir:

Madde 68 (4). Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.

69. 69. Madde, partilerin kapatılmasına ilişkin kriterleri ve usulü düzenlemektedir. Hüküm nispeten uzun ve ayrıntılı bir hükümdür. İlgili kısımları aşağıda verilmiştir:

Madde 69. (1)

Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. [...]

(5)Siyasî partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır.

(6)Bir siyasî partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.

(7)Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.

(8)Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir.

(9)Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz.

(10)Bir siyasî partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar [...]

70. 69. Maddenin on ikinci fıkrası siyasi partilere ilişkin diğer kuralların yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenmesini öngörmektedir. Bu düzenleme 1983 Siyasi Partiler Yasası ile yapılmıştır (aşağıya bkz.)

71. 68 ve 69. Maddeler parti yasaklamaya ilişkin temel anayasal hükümleri teşkil etseler de, bu maddeler, Anayasanın yakından ilgili oldukları diğer kısımları ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu durum özellikle “Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir” ifadesini içeren ve Atatürk milliyetçiliğine bağlılıktan bahseden 2. Madde için geçerlidir. Pratikte önem kazanan bir başka madde ise, “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” ifadesini içeren 3. Maddenin birinci fıkrasıdır. Bu maddeler, Anayasanın değiştirilemez hükümlerini içermektedir (4. Madde bu hükümlerde değişiklik önerilmesini bile yasaklamaktadır) ve Türkiye’deki demokrasiyi belli bir laiklik ve milliyetçilik modeline göre yorumlama geleneğinin temellerini oluşturmaktadır ve Anayasa Mahkemesinin parti kapatma davalarındaki muhakemesi de bu modeli merkez almıştır. Bir başka ilgili hüküm ise Anayasa Mahkemesinin AKP davasındaki kararının temel dayanağı olan 24. Maddenin beşinci fıkrasıdır:

Madde 24(5). Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

72. Oysa, 2004’te getirilen ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine “ulusal yasalar” karşısında üstünlük veren 90. Maddenin beşinci fıkrası son derece olumlu bir hükümdür. Bu hüküm, Türkiye’de son yıllarda yaşanan reform ruhunu yansıtmakta ve Türk uygulamalarının Avrupa standartları ile uyumlu hale getirilmesini sağlama potansiyelini barındırmaktadır. Bununla birlikte, bu maddenin lafzı, bu üstünlüğün Anayasayı da kapsayıp kapsamadığı hususunu ve Türk hukukunda 68. ve 69. Maddelerin ne ölçüde AİHM Madde 11 çerçevesinde daha sınırlı bir şekilde yorumlanabileceği hususunu açık bırakmaktadır.

Parti yasaklama ve kapatma kriterleri

73. 68. ve 69. Maddelerin lafzı, Avrupa anayasalarındaki maddelerden daha uzun ve ayrıntılıdır ve bu durum da bu kuralların tarihi geçmişini ve siyasi koşullarını yansıtmaktadır. Siyasi partilerin maddi kriterleri 68. Maddenin dördüncü fıkrasında belirtilmiştir ve bu maddeye göre, bir siyasi partinin tüzüğü ve programları veya faaliyetleri

- Devletin bağımsızlığına
- Ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne
- İnsan haklarına
- Eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine
- Milletin egemenliğine
- Demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz;
- Sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı veya yerleştirmeyi amaçlayamaz,
- Suç işlenmesini teşvik edemez.

74. Bu fıkra 8 kriter sıralanmaktadır ve bu sayı diğer Avrupa anayasalarındaki kriterlerin sayısından çoktur. Bazı kriterler son derece genel terimlerle düzenlenmiştir. “Demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine” aykırı olan parti programlarının veya faaliyetlerinin yasaklanması buna bir örnektir.

75. Anayasanın 68. Maddesinin 4. fıkrası, 78. Maddesinden 96. Maddesine kadar parti fikir veya faaliyetlerine ilişkin bir dizi ilave “yasak” içeren Siyasi Partiler Yasası ile desteklendiğinde, bu maddi kriterler listesi daha da uzamaktadır. Bu yasaklardan bazıları “Atatürk’ün şahsiyet ve faaliyetlerini veya hatırasını kötülemek veya küçük düşürmek”, “din ve dince kutsal sayılan şeyleri istismar”, “dini gösteri” konusunda getirilen yasaklar, “Diyanet İşleri Başkanlığının yerinin korunması” hükmüne aykırı hareket etme yasağı ve “üniforma giydirmeye” yasağı gibi Anayasadaki listeye ek teşkil eden yasal ilavelerdir.

76. Pek çok Türk hukukçusu, Siyasi Partiler Yasasının, Anayasanın 68. Maddesinin dördüncü fıkrasındaki kriterlerin pek çoğunu Anayasanın lafzının ötesinde yorumladığını ve genişlettiğini ileri sürmüştür. Bu durum özellikle, pek çok davada ağırlıklı olarak Kürt kökenli Türk vatandaşlarını temsil eden partilerin yasaklanması için dayanak olarak gösterilen “Devletin tekliği ilkesinin korunması” başlıklı 80. Madde ve “Azınlık yaratılmasının önlenmesi” başlıklı 81. Madde için geçerlidir. Anayasanın 68. Maddesinin dördüncü fıkrasının, devletin “ülke bütünlüğünü” koruduğu, Yasanın 80. Maddesinin ise bu hükmü, devletin tekliğinin korunmasını içine alacak şekilde genişlettiği, örneğin daha federal bir

hükümet sistemi çağrılarını yasakladığı yönünde eleştiriler mevcuttur. Bu durumun, “ülke” bütünlüğünün olağan anlamının ötesinde olduğu açıktır.

77. Aynı şekilde, Yasanın 81. Maddesinde “azınlıkların yaratılmasının” yasaklanmasının, Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan devletin “bölünmez bütünlüğü” kavramının ötesine gittiği açıktır. Aslında, pek çok devlet, “azınlıkları”, devletin “bütünlüğüne” bu şekilde bir tehdit olarak görmeden barındırmakta ve tanımaktadırlar.

78. Bir bütün olarak ele alındığında, gerçekte 68. Maddenin dördüncü fıkrasına ve ilave yasal kurallara, anayasal modelde değişiklikleri savunan hemen her parti programına karşı, bu değişiklikler ister şiddet tehdidi yoluyla isterse yalnızca barışçıl demokratik araçlarla savunuluyor olsun, başvurulabilir gözükmemektedir.

Parti kapatma kurallarının uygulanmasına ilişkin genel eşik

79. Anayasanın 68. ve 69. Maddelerinde ve destekleyici mevzuatta kapatma usullerinin uygulanmasına ilişkin genel bir yeterlilik kriteri mevcut değildir. Örneğin, hükümlerde, bu usullere yalnızca özellikle ciddi davalarda uygulanması gerektiği belirtilmemektedir ve genel ölçülülük ilkesiyle ilgili gerçek bir düzenleme de mevcut değildir.³¹

80. Bununla birlikte, 2001 anayasa değişikliği sırasında bir yeterlilik getirilmiş ve 69. Maddeye, bir partinin kapatılması için, bu partinin 68. Maddesinin dördüncü fıkrasında belirtildiği gibi bu tür “fiillerin odağı” haline gelmesi şartı konmuştur.

81. Bu yeterlilik şartı ilk olarak 69. Maddenin birinci fıkrasına dahil edilmiştir. 68. Maddenin dördüncü fıkrasının partinin tüzüğü veya programları tarafından ihlal edildiği durumlarda, bu şart 69. Maddenin altıncı fıkrası kapsamında geçerli değil gözükmemektedir. Ancak yalnızca partinin ve parti üyelerinin *fiilleri* 68. Maddenin dördüncü fıkrasına “aykırı” ise geçerlidir, zira 69. Maddenin yedinci fıkrasında “bu fiiller doğrudan doğruya merkez parti organlarıncı zımnen veya açıkça benimsendiği veya bu fiiller kararlılık içinde işlendiği” takdirde bir partinin söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılacağı açıklanmıştır.

82. 2001 yılında bu yeterlilik getirildiğinde, bu yeterliliğin, 68. ve 69. Maddelere başvurma eşiğinin, bu maddelere yalnızca istisnai koşullar altında başvurulabileceği bir düzeye getirilmesine yeteceği umudu bulunuyordu. Bugüne kadar yapılan uygulamalar, en azından AK Parti ve DTP hakkında son dönemde başlatılan hukuki süreçlerin de gösterdiği gibi cumhuriyet başsavcısının açtığı

³¹ Ölçülülük ilkesinin bir yönünün 69. Maddenin yaptırımlarla ilgili sekizinci fıkrasında yer aldığı söylenebilir. Bu fıkra göre Mahkeme, bir partiyi temelli kapatmak yerine dava konusu fiillerin ağırlığına göre devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar “verebilir”. Ancak bu zorunlu bir ilke değildir (bkz. “verebilir” sözcüğü) ve ölçülülüğün yalnızca bir yönüyle; yaptırımlar yönüyle ilgilidir.

davalarda durumun böyle olmadığını göstermektedir. AK Parti davasında on bir hakimden onunun, partinin laiklik ilkesine aykırı hareket ettiğine dair görüş bildirmesi de, bu şartın yerine getirilmesine ilişkin ispat kriterinin pek de katı olmadığına işaret eder görünmektedir.

83. 2001 yılında oylama kurallarının değiştirilmesi ile bir başka eşik daha getirilmiş, bir partinin yasaklanması için gereken yeterli çoğunluk 3/5 olarak tespit edilmiştir (bkz. Anayasanın 149. Maddesi). Bu eşik, 2008 Temmuz ayında AK Parti davasının sonucunu belirlemiş, 11 hakimin 6'sı partinin yasaklanması yönünde oy kullandığında gerekli yeterli çoğunluğa bir oyla ulaşamamıştır.

Partilerin kapatılmasına ilişkin usul

84. Anayasa Mahkemesi nezdinde parti kapatmaya ilişkin usul kuralları Anayasanın 69. Maddesinde ve Siyasi Partiler Yasasının 98. ila 108. Maddeleri arasında yer almaktadır. Dava açma yetkisi cumhuriyet başsavcısına aittir. Adalet Bakanının veya başka bir siyasi partinin cumhuriyet başsavcısından dava açmasını talep edebileceği başka usuller de mevcuttur. Ancak başsavcı, davayı kendi takdirine dayanarak ve herhangi bir siyasi kontrol veya denge olmaksızın resen de açabilmektedir.

85. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu durum, parti kapatma kuralları olan diğer Avrupa ülkelerine aykırıdır, çünkü bu ülkelerde, bu gibi davaların istisnai niteliğinden dolayı dava açma kararı demokratik siyasi kurumlara bırakılmıştır veya en azından bir tür doğrudan doğruya veya dolaylı demokratik denetim unsurlarına tabidir.

86. Venedik Komisyonu, Türk modelinde olduğu gibi bu yetkinin tek bir yetkiliye (cumhuriyet başsavcısına) verilmesinin, sistemi savcının takdirine bıraktığı ve bu durumun da sorunlu olduğu, zira başlı başına dava açılmasının bile siyasi atmosfer üzerinde ciddi bir etki yaratabilecek ve kayda değer miktarda istikrarsızlığa neden olabilecek çarpıcı bir olay olacağı görüşündedir.

87. Yukarıdaki durumun aksine, kapatma kararının Anayasa Mahkemesi tarafından alınması, bu husustaki hakim Avrupa yaklaşımına uygundur. Bununla birlikte, T.C. Anayasa Mahkemesinin oldukça sık bir şekilde siyasi partilerin kapatılması yönünde karar vermiş olması ve AKP davasında, on bir hakimden onunun, özgür ve adil yapılmış seçimlerde oyların %46'sından fazlasını almış iktidar partisini, anayasaya aykırı faaliyetlerin odağı olarak görmesi, Mahkemenin tertibinin, Türk toplumundaki muhtelif eğilimleri yeterince yansıtmadığına dair bir gösterge olarak kabul edilebilir.

88. “Anayasa mahkemelerinin tertibi” çalışmasında,³² Venedik Komisyonu şöyle demektedir:

“Toplum doğası gereği çoğulcu; ister felsefi, etik, sosyal, siyasi, dini isterse yasal olsun muhtelif eğilimlerin ifade edildiği bir alandır. Anayasal adalet, tertibi vasıtasıyla, farklı çıkar gruplarına ilişkin bağımsızlığı güvence altına almalı ve bu çoğulculuğu dikkate alan bir yargının tesisine katkıda bulunmalıdır. Anayasal yargının meşruluğu ve yargı kararlarının toplum tarafından kabulü, mahkemenin tehlikede olan farklı sosyal değerleri, genel olarak ortak değerler bu değerlerden üstün gelse bile ne ölçüde dikkate aldığına dayanmaktadır. Bu amaçla, bu mahkemelerin tertip kurallarında farklı hassasiyetlere saygı gösterilmesini sağlayacak bir denge kurulmalıdır.”

89. T.C. Anayasa Mahkemesinin tertip kurallarının ayrıntılı şekilde incelenmesi bu Görüşün hazırlanma amacının ötesindedir. Bununla birlikte, T.C. Anayasasında, anayasa mahkemesi hakimlerinin aday gösterilmesi veya atanması için Meclise herhangi bir görev verilmemesi son derece ilginçtir. Mahkemenin tüm hakimleri, askeri mahkemeler dahil olmak üzere mahkemeler ve Yüksek Öğrenim Kurulu tarafından aday gösterilen yüksek hakimler veya adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır ve Cumhurbaşkanı yapılan önerilere uymak zorundadır. Bu durum, Avrupa’daki olağan yaklaşıma aykırıdır. Avrupa’da meclise, en azından üyelerin bazılarıyla ilgili önemli bir rol verilmektedir. Bu şekilde anayasa mahkemesinde gereken çoğulculuğun sağlanması daha iyi güvence altına alınmış gözükmektedir.

3.3. Türkiye’deki siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin uygulamalar

90. Kuralların Avrupa standartlarıyla uyumunu incelerken, sadece lafzına bakmak yeterli değildir, aynı zamanda, bu kuralların pratikte nasıl uygulandığına ve ne şekilde yorumlandığına da bakmak gereklidir. Anayasa Mahkemesi, T.C. Anayasasını yorumlayan nihai merci olduğundan, Venedik Komisyonu bu Mahkemenin yorumlarına dayanarak bir inceleme yapmak durumundadır.

91. Türk uygulamalarını incelerken dikkati çeken ilk husus, diğer Avrupa devletlerinin aksine, Türkiye’de siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin kurallara anayasanın ve siyasi sistemin işleyen bir parçası olarak sık sık başvurma ve bu kuralları uygulama geleneğinin olmasıdır.

92. Sık sık verilen rakamlara göre, 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden bu yana Anayasa Mahkemesi toplam 24 siyasi partiyi kapatmıştır ve bu rakama, askeri müdahale dönemlerinde kapatılan partiler dahil değildir. Bu partilerin 6 tanesi 1961 Anayasasından sonra, 18 tanesi ise 1982 anayasasından sonra kapatılmıştır.

93. Yakın zamanda Anayasa Mahkemesi tarafından yasaklanan ve kapatılan

³² Demokrasi bilimi ve tekniği, No: 20, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg 1997.

siyasi partilerden bazıları aşağıda verilmiştir:³³

- Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) – Temmuz 1991’de kapatıldı
- Sosyalist Parti (SP) – Temmuz 1992’de kapatıldı
- Özgürlük ve Demokrasi Partisi (Özdep) – Temmuz 1993’te kapatıldı
- Halkın Emek Partisi (HEP) – Temmuz 1993’te kapatıldı
- Sosyalist Türkiye Partisi (STP) – Kasım 1993’te kapatıldı
- Demokrasi Partisi (DEP) – Haziran 1994’te kapatıldı
- Emek Partisi (EP) – Şubat 1997’de kapatıldı
- Refah Partisi (Refah) – Ocak 1998’de kapatıldı
- Fazilet Partisi (Fazilet) – Haziran 2001’de kapatıldı
- Halkın Demokrasi Partisi (HADEP)– Mart 2003’te kapatıldı

94. AK Parti hakkındaki son davaya ek olarak, cumhuriyet başsavcısının 2007 Kasım ayında açtığı ve halen devam eden Demokratik Toplum Partisi davası da mevcuttur. DTP, Mecliste 21 milletvekili bulunan ve ağırlıklı olarak etnik Kürt kökenli Türk vatandaşları temsil eden en önemli partidir.

95. Kapatma davalarının büyük çoğunluğu, devletin bölünmez ülke ve millet bütünlüğünü koruyan hükümlerin ihlal edildiği iddialarına dayanarak Kürt çıkarlarını temsil edilen partiler aleyhine açılmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere, Türk Siyasi Partiler Yasası, Türk devletinin şu andaki tekilliğini sorgulayan veya azınlıkların çıkarlarını savunan herhangi bir partinin yasaklanması veya kapatılması için dayanak olarak kullanılabilecek hükümler içermektedir. Anayasa Mahkemesinin DTP davasında vereceği karar, muhtemelen anayasada kabul edilen değişikliklerin, bu partilerin kapatılmasıyla ilgili daha liberal bir uygulamaya yol açıp açmayacağını gösterecektir.

96. Anayasa Mahkemesi, beş davada, partileri sözde laiklik karşıtı faaliyetleri nedeniyle kapatmıştır.³⁴ Ayrıca, son AK Parti davası da aynı iddialarla açılmış ancak dava partinin kapatılmasıyla değil, mali yaptırımlar uygulanmasıyla sonuçlanmıştır.

97. Türkiye’deki siyasi parti kapatma geleneği uzun bir süredir Avrupa demokrasi standartlarının ışığında sorun olarak kabul edilmektedir. AKPM, 2004 yılında Türkiye hakkında düzenlediği bir izleme raporunda, Türkiye’deki siyasi partilerin kapatılma sıklığının yalnızca Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 11.

³³ Bu liste bu belgede yazılanlarla sınırlı değildir.

³⁴ Milli Nizam Partisi (20.05.1971), Türkiye Barış Partisi (25.10.1983), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (23.11.1993), Refah Partisi (16.01.1998), ve Fazilet Partisi (22.06.2001).

Maddesinde yer alan dernekleşme ve toplantı özgürlüğünün ihlalini teşkil etmediğini, aynı zamanda daha genel bir kurumsal sorunu yansıttığını belirtmiştir. AKPM, 1380(2004) sayılı kararında, bu konunun ciddi bir endişe kaynağı olduğunu vurgulamış ancak 2001’de yapılan anayasa değişikliklerinin gelecekte uygulamayı sınırlayacağını umduğunu ifade etmiştir.

98. Son dönemde hem AK Parti hakkındaki dava hem de DTP hakkında açılmış ve devam etmekte olan dava, cumhuriyet başsavcısının eylemleri açısından, AKPM’nin umduğunun aksine, uygulamada bir değişiklik olmadığını göstermektedir. Aksine, AK Parti davası gözlemciler tarafından şimdiye kadar gerçekleşmiş en ihtilafli ve siyasi açıdan en müdahaleci dava olarak kabul edilmiştir. AK partinin seçmenlerin büyük çoğunluğunun oyuyla güçlü bir demokratik meşruiyete sahip olması nedeniyle, bu partinin anayasal meşruiyetine itiraz edilmesi yalnızca siyasi açıdan problemlili hale gelmemekte aynı zamanda, Avrupa standartlarının ışığında, yasal açıdan daha fazla problem arz etmektedir. Böyle bir davada alınacak bir kapatma kararı hem demokrasiye yönelik bir tehdit hem de seçmenlerin büyük kısmını haklarından mahrum bırakma girişimi olarak görülebilir.

99. Anayasa Mahkemesinin AKP davasındaki kararı, anayasada yapılmış değişiklikler nedeniyle Mahkemenin ortak Avrupa yaklaşımına yakın olan ancak yine de Avrupa standartlarına erişemeyen bir pozisyon benimseyebileceğini hissettiğini göstermektedir. Bu karar, siyasi partilerin demokratik sistemin işleyişi açısından oynadığı hayati rolü açıkça tanımakta ve bu partilerin çalışması açısından anayasal güvencelere atıfta bulunmaktadır. “Partilerin yalnızca istisnai koşullar altında kapatılabileceği” ve Anayasanın 90. Maddesi uyarınca temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin ulusal mahkemeler nezdinde kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, açıkça hem AİHS hem de “Venedik Kriterlerin” atıfta bulunmakta ve 68. ve 69. Maddelerin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir:

...eylemler ve tüzük ve programlardaki ifadeler, yalnızca Anayasanın 68. Maddesinin dördüncü fıkrasıyla korunan ilkelere temelden aykırı olmaları ve bu ilkeleri ortadan kaldırmayı hedeflemeleri ve bu şekilde demokratik yaşama doğrudan doğruya açık ve yakın bir tehlike teşkil etmeleri halinde siyasi partilerin kapatılmasına neden olacaktır.

100. Venedik Komisyonu, 68. ve 69. Maddelerin bu şekilde yorumlanmasını ve demokratik ve liberal ilkelere verilen yeni önemi memnuniyetle karşılamaktadır. Bu yorum, AİHS’nin ve 1999 Venedik Komisyonunun ilkelerinin ruhuna uygundur ve son dönemdeki reformların Türk uygulamalarını olağan Avrupa yaklaşımına yakınlattığını teyit etmektedir.

101. Bununla birlikte, kararın mantığı ve sonucu, Türkiye’deki reform sonrasında dahi kuralların siyasi partilerin özgürlüğüne aşırı bir müdahale alanı tanıdığını göstermektedir. Kararda, AKP’nin veya temsilcilerinin, Anayasanın

68. Maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine” aykırı kabul edilen bir dizi eylemi sıralanmaktadır. Bununla birlikte, bu eylemlerin niçin sadece Türkiye’de laikliğin işleyişine dair mevcut kuralları değiştirme yönünde bir girişim değil de laik devlet ilkesine yönelik bir tehdit olarak görülmesi gerektiği açık değildir. Bu karar, AKP’nin Türkiye’deki demokratik sistemi yıkmayı hedeflediğini ileri sürmemektedir. Partiye yaptırım uygulanırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uyguladığı veya Venedik Komisyonunun savunduğu standartlardan farklı maddi standartlar ve ispat kriterleri uygulanmış gözükmemektedir.

101. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin uygulaması, siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin Türk anayasal ve yasal kurallarının yalnızca siyasi bir partinin yasaklanmasını çok kolaylaştırmakla kalmadığını, aynı zamanda bu kuralların Avrupa standartlarıyla uyumsuz bir şekilde uygulandığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin 2001’deki anayasa değişiklikleriyle getirilen oylama kurallarından dolayı AKP’nin kapatılmasına karar vermemiş ve yalnızca mali yaptırım uygulamış olması tek başına farklı bir sonuca varmaya yetmemektedir. Tamamen mali bir yaptırımı ölçülü bir tedbir olarak değerlendirilmek daha kolay olsa da bu tedbir, bir siyasi partinin özgürlüğüne sadece istisnai durumlarda haklı görülebilecek ciddi bir müdahale olmaya devam etmektedir.

102. Venedik Komisyonu aynı zamanda, Anayasa Mahkemesinin içtihadı ile birlikte yasal hükümlerin, özellikle siyasi partiler açısından Türkiye’deki dernekleşme özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkisinden endişe duymaktadır. Komisyon, AİHM’nin, Informationsverein Lentia/Avusturya davasında, devletin çoğulculuk ilkesinin nihai kefil olduğu ve özgür seçimlerin, halkın yasama organı seçiminde görüşlerini ifade edebilmesini sağlayan koşullar altında, makul aralıklarda yapılmasını sağlama yükümlülüğü olduğunu beyan ettiğini hatırlatmaktadır. Bir ülkenin nüfusunda bulunabilecek farklı görüşleri temsil eden çeşitli partilerin katılımı olmaksızın halkın iradesini ifade edebilmesi düşünülemez.

4. Siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılması hakkındaki Türkiye kurallarında reform ihtiyacına ilişkin sonuçlar

104. Venedik Komisyonu, her şeyden önce, son yıllarda Türkiye’de yapılmış reformların ne kadar önemli olduğunu beyan etmek istemektedir. Bu reformlar, diğer Avrupa ülkelerinde uygulanan demokrasi standartları ile tam uyumlu hale gelmek için atılan önemli adımları teşkil etmekte ve Türk toplumunun kaydettiği ilerlemeyi yansıtmaktadır. Bu yaklaşımın yeni bir örneği ise 2004 yılında Anayasanın 90. Maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklik ile uluslararası insan hakları sözleşmelerine, ulusal kanunlar karşısında üstünlük tanınmasıdır. Bu durum, Komisyonun, sistemin geri kalan kusurlarına ilişkin eleştirilerin Türk gerçeklerinin bilinmemesinden veya bu gerçeklere kayıtsız kalınmasından

kaynaklanan dışarıdan müdahalelerden ziyade, ülkenin takip etmeyi seçtiği reform yolunda ilerlemesi için bir teşvik olarak görülmesi inancını kuvvetlendirmektedir.

105. Venedik Komisyonu, ortak Avrupa uygulaması ile karşılaştırıldığında, Türkiye'deki durumun üç önemli açıdan farklılık gösterdiği sonucuna varmıştır:

- 68. Maddenin dördüncü fıkrası ve Siyasi Partiler Yasasında, siyasi partilerin anayasallığına ilişkin uzun bir maddi kriter listesi bulunmaktadır ve bu liste AIHM ve Venedik Komisyonu tarafından meşru olarak kabul edilen kriterlerin ötesindedir.
- Parti yasaklama veya kapatma davalarını başlatma süreci, Avrupa ülkelerine nazaran daha keyfi ve daha az demokratik kontrole tabi bir süreçtir.
- Başka hiç bir Avrupa ülkesinde bulunmayan şekilde parti kapatma kurallarını düzenli olarak uygulama geleneği mevcuttur ve bu da bu tedbirin uygulamada olağanüstü bir tedbir olarak görülmediğini ancak anayasanın yapısal ve işleyen bir parçası olduğunu göstermektedir.

106. Sonuç olarak Venedik Komisyonu, Anayasanın 68. ve 69. Maddelerinin hükümlerinin ve Siyasi Partiler Yasasının ilgili hükümlerinin bir bütün olarak AIHM tarafından yorumlandığı şekliyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesine ve Venedik Komisyonunun 1999'da kabul ettiği ve daha sonra Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından onaylanan kriterlere uymayan bir sistem oluşturduğu düşüncesindedir.

107. Parti kapatmaya ilişkin mevcut Türk kurallarının temel sorunu hem parti yasaklama veya kapatma sürecinin başlatılmasına hem de partilerin gerçekten yasaklanmasına veya kapatılmasına ilişkin eşiğin çok düşük olmasıdır. Bu durum soyut olarak başlı başına ortak Avrupa demokrasi standartlarından sapma teşkil etmekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülen pek çok Türk davasının da görüldüğü gibi AIHS'ni ihlal eden eylemlere kolaylıkla yol açabilir.

108. Parti yasaklama veya kapatma hakkındaki Türk kurallarının uygulanmasına ilişkin maddi eşiğin ve usul eşiğinin bu kadar düşük olmasından dolayı, istisnai olması gereken bir tedbir olağan bir tedbir vazifesi görmektedir. Bu durum, demokratik siyaset alanını daraltmakta ve siyasi meseleler üzerindeki anayasal yargının alanını genişletmektedir. Ayrıca, Anayasanın ilk üç maddesinin anayasal korunma altına alınmasıyla, demokratik siyaset alanı, barışçıl ve demokratik bir yöntem izlense dahi, Türk Cumhuriyetinin temelini oluşturan ilkeleri sorgulayan siyasi programların ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde daha da daraltılmaktadır.

109. Venedik Komisyonu, demokratik Avrupa içinde demokratik siyasetin meşru alanındaki bu katı sınırlamaların Türk anayasal sistemine özgü olduğu ve

anayasal demokrasiye ilişkin temel Avrupa gelenekleriyle bağdaşmasının güç olduğu görüşündedir.

110. Venedik Komisyonu, son yıllarda Türkiye’de parti yasaklama kurallarının, kapatma eşiğini yükseltecek şekilde değiştirilmiş olduğunu kabul etmekte ve bu durumu memnuniyete karşılamaktadır. 2001 reformu sırasında 69. madde, bir partinin 68. Maddenin dördüncü fıkrasının kriterlerine aykırı olabilmesi için o partinin bu gibi fiillerin “odağı” olması gerektiğine dair bir şart getirecek şekilde değiştirilmiştir. Aynı zamanda, 149. Maddeye, bir siyasi partinin kapatılması için Anayasa Mahkemesi üyelerinin 3/5 çoğunluğunun kapatma kararı lehine oy kullanması şartı getirilmiştir. AK Parti davasının sonucunu belirleyen bu değişikliğin önemli bir reform olduğu anlaşılmıştır. Bu reformlar övgüye değer reformlar olsa da, Türk kuralları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin standartları ve Venedik Komisyonunun İlkeleri arasındaki boşluğun tamamen kapatılmasına yetmemiştir.

111. Dolayısıyla, Venedik Komisyonu, 200’deki anayasa değişikliğinin doğru yönde atılan önemli bir adım olmasına karşın, Türkiye’deki genel parti koruma seviyesini, AİHS ve Avrupa ortak demokratik standartlarının seviyesine getirmeye yetmediği görüşündedir. Bunun için hem maddi alanda hem de usul alanında daha fazla reform yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

112. Ulusal mercilerden talep gelmediği sürece, bir reformun nasıl yapılması gerektiğine ilişkin somut öneriler getirmek Venedik Komisyonunun vazifesi değildir. Ülke anayasasında ve mevzuatında gerekli değişiklikleri yapması gereken Türk kurumlarıdır. Pek çok model mevcuttur ve ortak Avrupa standartlarının şartları çerçevesinde, ulusal hükümler her bir devletin anayasal geleneğine ve siyasi ve tarihi bağlamına meşru bir şekilde uyarlanabilir. Asıl mesele, reformun ayrıntılarının nasıl düzenlenmesi gerektiği değildir. Asıl mesele, parti kapatma aracının, işleyen anayasanın bir parçası olmaktan çıkarılıp, yalnızca gerçekten istisnai koşullarda başvurulacak gerçekten bir emniyet supabı haline getirilmesinin sağlanmasıdır.

113. Venedik Komisyonu, bunun gerçekleştirilebilmesi için hem maddi alandaki hem de usul alanındaki hükümlerin değiştirilmesinin gerektiği görüşündedir. Maddi kurallar açısından bakıldığında, 68. maddenin dördüncü fıkrasındaki siyasi partilerin yasaklanmasına ve kapatılmasına ilişkin kriterler listesinin ve Siyasi Partiler Yasasındaki pek çok kısıtlamanın incelenmesi, değiştirilmesi ve azaltılması gerekmektedir. Usul açısından bakıldığında ise, Venedik Komisyonu, cumhuriyet başsavcısının parti kapatma davası açma yetkisinin bir tür demokratik kontrole tabi tutulacağı bir sistemin olması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca, katı bir ölçülülük ilkesi ve daha açık tanımlanmış ispat kriterleri şeklinde genel bir eşik getirilmesi de düşünülebilir.

114. Parti kapatmayla ilgili Türk kurallarında yapılacak bir reform için anayasanın değiştirilmesi gerekecektir. Bu değişiklik, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinin değiştirilmesini içerecek ayrı bir süreç çerçevesinde veya daha kapsamlı bir anayasal reform bağlamında gerçekleştirilebilir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1622 (2008) sayılı Kararında, 1982 Anayasasının halen 1980 askeri darbesinin izlerini taşıdığını belirterek ikinci yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini savunmuştur. 68. ve 69. Maddeler ile anayasanın diğer hükümleri (örn. 24. Maddenin beşinci fıkrası) arasındaki bağlantı, daha kapsamlı bir reformun tercih edilebilir görünmesine neden olmaktadır. Venedik Komisyonu, anayasanın geniş kapsamlı reformunun Türkiye’de tartışıldığını ve 2007 yılında Prof. Özbudun başkanlığında bir uzmanlar kurulu tarafından bir anayasa taslağının hazırlanmış olduğunu kaydetmektedir.

Venedik Komisyonu, Türk mercilerinin talebi haline parti yasaklama kurallarının ayrı bir süreç çerçevesinde veya daha geniş kapsamlı bir anayasal reform bağlamında değiştirilmesiyle ilgili olarak yardım etmeye ve tavsiyelerde bulunmaya hazırdır.

**TÜRKİYE’DE DİNİ CEMAATLERİN HUKUKİ
STATÜSÜ İLE
İSTANBUL ORTODOKS PATRİKLİĞİNİN
“EKÜMENİK” SIFATINI KULLANMA HAKKINA
DAİR GÖRÜŞ³⁵**

Pieter van Dijk (Üye, Hollanda)

Christoph Grabenwarter (Üye, Avusturya)

Fredrik Sejersted (Yedek Üye, Norveç)³⁶

³⁵ Venedik Komisyonu’nun bu raporu TBMM Yasama Uzmanları Halit Tunçkaşık, Mehmet Salih Gün ve Nezahat Yuca tarafından 8 Nisan 2010 tarihinde İngilizce nüshasından Türkçeye çevrilmiştir

³⁶ Yorumlarına dayanarak Venedik Komisyonu tarafından 82. Oturumunda kabul edilmiştir. (Venedik, 12-13 Mart 2010) Strazburg, 15 Mart 2010; Görüş No: 535/2009

1. Giriş

1. Venedik Komisyonu'na, 7 Nisan 2009 tarihinde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) İzleme Komitesi başkanı Serhiy Holovaty'nın "Türkiye'de dini cemaatlerin tüzel kişiliğinin olmamasının, bu bağlamda özellikle İstanbul Rum Ortodoks Patrikliği'nin 'ekümenik' sıfatını kullanma hakkı sorunun, Avrupa standartlarıyla uyumunun değerlendirilmesi" yönündeki talebi ulaştı.

2. Van Dijk (Hollanda), Grabenwarter (Avusturya) ve Sejersted (Norveç), bu taleple ilgilenmek üzere raportör olarak atandılar. Grabenwarter ve Sejersted Sekreterlikten Markert ile birlikte, 9-11 Kasım 2009 tarihlerinde Türkiye'yi ziyaret etmiş, resmi makamlar ve dini liderlerle toplantılar yapmışlardır. Ziyaretle ilgili bir rapor CDL (2009) 183 sayılı dokümanda mevcuttur.

3. Mevcut "Görüş" Venedik Komisyonu'nun 82. oturumunda (Venedik, 12-13 Mart 2010) kabul edilmiştir.

4. Talep, kapsam ve nitelik olarak birbirinden farklı, sadece kısmen ve dolaylı bir şekilde ilintili, iki soru gündeme getirmektedir. İlk soru çok geniş ve genel bir nitelikteyken ikincisi, ilgili kurum için büyük önem taşımasına rağmen, daha sınırlı niteliktedir.

5. İlk soru bağlamında mevcut "Görüş" sadece Müslüman olmayan (azınlık, gayrimüslim) dini cemaatlerin hukuki statüsüyle ilgilenmektedir. Bu "Görüş"te dile getirilen değerlendirmelerin çoğu *mutatis mutandis* (gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, bazı açılardan) Türkiye'deki Müslüman cemaatler için de geçerli olabilecektir. Diğer açılardan ise, Diyanet'in varlığı nedeniyle (aşağıya, Paragraf 34'e, bakın), onların durumu farklılık arz edebileceği için bu "Görüş"ün kapsamı dışında bırakılmıştır.

6. Ortodoks Patriğin "ekümenik" statüsüyle ilgili ikinci soruya gelince: bu her şeyden önce din ve kilise içi bir konudur. Fakat Patrikhane'nin bu sıfatı kullanmasına engel olunuyorsa bu insan hakları yansımaları olması muhtemel hukuki bir konu olmaya başlar ve mevcut "Görüş"te bu durum üzerinde de durulmaktadır.

2. Dini Cemaatlere Tüzel Kişilik Verilmesi için Avrupa Standartları

A. Giriş

7. Talep, Venedik Komisyonu'nu Türkiye'deki dini cemaatlerin tüzel kişiliğiyle ilgili kural ve uygulamaların "Avrupa standartları"yla uyumlu olup olmadığını değerlendirmeye davet etmektedir. "Avrupa standartları" hem "yumuşak" hem de "sert" hukuk anlamına gelebilir. Bu bağlamda "sert" hukuk Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kurallarını, "yumuşak" hukuk ise, AGİT-ODIHR (Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi) ve Venedik Komisyonu tarafından din ve inançla ilgili mevzuatın gözden geçirilmesi için ortaklaşa hazırlanan Yönergeleri ifade eder. "Avrupa standartları" kavramı belli bir konuyu düzenleyen ortak modelleri hatta bir "en iyi uygulama" modelini de

kapsayabilir. Bazı ülkelerde istisnaların olması, ki Avrupa'nın hukuki ve anayasal yapısı düşünüldüğünde istisnalar her zaman olacaktır, halinde de böylesi ortak modeller tespit edilebilir.

8. Birleşmiş Milletler'in Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (UMSHS) gibi kimi hukuki araçları Avrupa standartlarını içermemesine rağmen, bunların Avrupa içinde de geçerli olduğu açıktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AİHM'in ciddi içtihat kararlarının sağladığı korumalar göz önüne alındığında Türkiye'deki durumun UMSHS, özellikle 18 ve 22 maddeleri ile ne kadar uyumlu olduğunun halihazırdaki durum için ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

9. Eldeki durumu değerlendirmek için esas alınacak en önemli düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü temel hakkını düzenleyen 9. maddesidir. Fakat bu madde tek düzenleme değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında da vurgulandığı gibi din özgürlüğü sadece bireysel bir hak değil kolektif (toplumsal) boyutu da olan bir haktır. AİHM bir çok kararında, 9. maddenin, dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddeyle birlikte, dini toplulukların etkili ve toplu olarak dini inançlarını yaşamalarına imkan sağlayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği görüşünü dile getirmiştir. Bu görüş 2000 yılında Hasan ve Chaush v. Bulgaristan³⁷ davasında dile getirilmiş sonra da 2001 yılında Besarabya Metropolitan Kilisesi v. Moldova³⁸ davasında geliştirilmiştir. 2001 yılındaki davada Mahkeme:

“118. Ayrıca dini cemaatler geleneksel olarak örgütlü yapılar şeklinde varolduğundan, 9. madde örgütlü hayatı devletin haksız müdahalesine karşı koruyan Sözleşme'nin 11. maddesi ışığında yorumlanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, kişinin dinini toplum içinde ortak (diğerleriyle beraber) açıklama hakkını da içeren inananın din özgürlüğü hakkı, keyfi devlet müdahalesi olmadan inananın serbestçe örgütlenebileceği beklentisini de içerir. Gerçekten de dini cemaatlerin otonom varlığı demokratik bir toplumdaki çoğulculuk için vazgeçilmezdir ve bu nedenle de 9. maddenin sağladığı korumanın merkezindeki bir konudur. (Bkz. yukarıda bahsedilen § 62 Hasan ve Chaush).

Ayrıca, birinin, özellikle bir dini cemaatin, dinini toplu şekilde açıklama hakkını kullanabilme yollarından biri de topluluğun, üyelerinin ve mallarının hukuki korumasının temin edilmesidir. Bu nedenle de 9. madde sadece 11. değil 6. madde ışığında da değerlendirilmelidir.”

³⁷ AİHM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, 26 Ekim 2000 tarihli karar.

³⁸ AİHM, Besarabya Metropolitan Kilisesi v. Moldova, 13 Aralık 2001 tarihli karar.

10. Bu şekildeki içtihat, aralarında Türkiye’deki dini cemaatlerin mülkiyet hakları ile ilgili bazı davaların da olduğu sonraki kararlarda da devam etmiştir.³⁹

11. Halihazırda ilgilenilen konu, AİHS’nin 11. maddesiyle ilişkili şekilde 9. maddesiyle düzenlenen dini cemaatlerin tüzel kişilik hakkıyla ilgilidir. Ekümenik Patriklik sorununa ilişkin olarak, 9. maddeye göre dini bir cemaatin, laik makamların müdahalesi olmaksızın kendi iç dini kavram ve mezheplerini tanımlama hakkı vardır. Dini cemaatlerin 1 nolu Protokol’un 1. maddesiyle ilişkili olarak 9. maddeye göre mal edinme ve 6. maddeyle ilişkili olarak yine 9. maddeye göre dini toplulukların mahkemelerine erişim haklarına bu “Görüş”te kısaca değinilmesine rağmen Parlamenter Asamble’nin bu yönde bir talebi olmadığı için detaylarına girilmeyecektir.

C. Din veya İnanç İle İlgili Mevzuatın Gözden Geçirilmesi için İlkeler

12. 2003 yılında AGİT/ODIRH uzmanları tarafından Venedik Komisyonu ile istişareler sonucunda hazırlanan ve daha sonra Haziran 2004’te Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen bu Yönergeler⁴⁰, AGİT Parlamenterler Meclisi tarafından Temmuz 2004’te memnuniyetle karşılanmıştır.

13. Bu yönergelerin dini cemaatlerin tüzel kişiliğini düzenleyen “temel değerler”le ilgili B Bölümünün 8. maddesi şu şekildedir:

8. Dernek hakkı. AGİT taahhütleri uzun süredir tüzel kişilik kazanmanın ve sürdürmenin önemini tanımaktadır. Devlet, ilke olarak devletin şartlar belirlemesine karşı olduğu için kaydolmamayı tercih eden dini gruplara sınırlamalar ve yaptırımlar getirmemelidir. Ancak, çağdaş hukuk düzeninde çoğu dini cemaat, faaliyetlerini uygun ve verimli bir ortamda sürdürebilmek için tüzel kişilik kazanmayı tercih etmektedir. Tüzel kişiliğin önemi nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir dizi kararında böyle bir statüye erişebilmenin dernek kurma hakkının en önemli yönlerinden biri olduğunu ve bu hakkın dini dernekleri de kapsadığını kayıt altına almıştır. Bu nedenle de tüzel kişilikle ilgili usulüne uygun olmayan sınırlamalar hem dernek kurma hakkı hem de din veya inanç özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.

Bu durum, Yönergelerin ulusal otoritelerin dini cemaatlerin tüzel kişiliğiyle ilgili düzenlemeler yaparken göz önüne alması gereken hususları detaylı şekilde

³⁹ Örneğin: *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Türkiye* kararı, No. 34478/97, 09.01.2007, *Apostolidi vd. v. Türkiye* (Başvuru no. 45628/99, 27 Mart 2007), *Fener Rum Patrikliği v. Türkiye*, (Başvuru no. 14340/05, 8 Temmuz 2008) ve *Yedikule Surp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfı v. Türkiye*, Başvuru no. 36165/02, 16 Aralık 2008, *Samatya Surp Kervok Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yötenim Kurulu v. Türkiye* (Başvuru no. 1480/03, 16 Aralık 2008) and *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı v. Türkiye* no. 2 (Başvuru numaraları. 37639/03, 37655/03, 26736/04 and 42670/04, 3 March 2009).

⁴⁰ OSCE/ODIHR, Din ve inancı ilgilendiren kanunların yasama denetimi kuralları/yönergeleri(CDL-AD (2004)028).

listeleyen F Bölümünde, daha geniş şekilde ele alınmaktadır. Buradaki esas düzenleme: “tüzel kişiliğe erişimi (en azından, tüzel kişilikle ilişkilendirilen temel haklara erişim) düzenleyen kanunlar din veya inanç özgürlüğüne yardımcı olacak şekilde olmalıdır” şeklindedir.

14. Venedik Komisyonu da bu Yönergeler ışığında ulusal düzenlemeleri değerlendiren bazı “Görüşler” yayınladı.⁴¹

D. Avrupa’daki Dini Cemaatlerin Yasal Statüsüne Karşılaştırmalı Bakış

15. Din işleri (yasal olarak) Avrupa’da farklı şekillerde düzenlenmiştir. Çoğu Avrupa ülkesi, din ve devlet işlerinin net çizgilerle birbirinden ayrılmış olması nedeniyle, sekülerdir. Bazı ülkeler ise, geleneksel ve baskın kilisenin az çok devletin bir parçası olarak görüldüğü “devlet kiliselerine” sahiptir. Günümüzde bu ülkeler bile resmi makamlar, dini kurallara göre çalışmadığı veya kiliselerin işlerine karışmadığı için “seküler” görülebilir.⁴²

16. Avrupa’da açıkça en yaygın model, dini cemaatlerin kendilerini tüzel kişilik olarak kaydetme imkanlarının (asla bir görev değil) olmasıdır. Bunlar dolaylı olarak bir dernek veya vakıf kurmak zorunda değil. Kilise veya cemaat bizzat kayıt olabilir – mala sahip olabilir, mahkemeye başvurabilir, insan çalıştırabilir vs.

17. Bu dört ana kategoride düzenlenmiştir:

a.Devlet kilisesi (en baskın kilise) için düzenlemeler – diğerleri başka kurallara tabi

b.En önemli dini cemaat için değişik kamu hukuku statüsü

c.(Tüm) dini cemaatler için özel yasalar

d.Diğer dernek ve vakıfların tabi olduğu yasalar

18. Devlet Kilisesine bu gün çok az ülke sahiptir. Bu kategori, Birleşik Krallık ile Danimarka ve Norveç başta olmak üzere bazı İskandinav ülkeleriyle

⁴¹ Örneğin Bkz., CDL-AD(2007)041, Din Özgürlüğü, Dini Örgütler ve Arnavutlukla Karşılıklı İlişkilere Dair Görüş.; CDL-AD(2009)036 Vicdan Hürriyeti, Dini Örgütler ile Ermenistan Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair kanunlarda Değişiklik ve Ekler yapılmasına Dair Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Direktörü, AGİT/ODIHR Din veya Vicdan Özgürlüğü Danışma Konseyi Ortak Görüşü; CDL-AD(2008)032 Kırgistan Cumhuriyeti’nde Vicdan Özgürlüğü ve Dini Örgütlere Dair Venedik Komisyonu, AGİT/ODIHR Din veya Vicdan Özgürlüğü Danışma Konseyi Ortak Görüşü.

⁴² Türkiye’deki “sekülerizm” kavramının bazı yönleriyle Avrupa’nın diğer ülkelerindeki kullanımdan ayrıldığı vurgulanmalıdır. Çoğu açıdan daha katıdır ve dini faaliyetleri çoğu Avrupa ülkesinde düşünölmeyecek ölçüde kısıtlamaktadır. Bunun bir örneği, 2009 yılındaki Venedik Komisyonu raporuna CDL-AD(2009)006) da konu olan, dini faaliyette bulunan partilerin yasaklanması/kapatılmasıdır . Diğer yandan Sünni İslam, Diyanet İşleri Başkanlığı vasıtasıyla idarenin bir parçası olarak düzenlenmiştir.

sınırlıdır. Bu ülkelerde bile devlet-kilise modeli tartışmalıdır ve reform talepleriyle karşı karşıyadır. Bu kategorideki ülkelerin bazı düzenlemelerinin belirli unsurları sorunlu olsa da bu modelin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve din özgürlüğüyle ilgili diğer standartları ihlal etmediği düşünülmektedir. Protestan devlet kilisesi modeli, Türkiye'nin de Sünni Müslümanlığı Diyanet vasıtasıyla düzenlemiş olmasını çağrıştırmaları nedeniyle (paragraf 34 aşağıya bakınız) Türkiye'deki durum için ayrı bir önem arz etmektedir.

19. En önemli dini cemaatler için “kamu hukuku modeli” en çok Alman yasal geleneğine yakın ülkelerde bulunur. Bu model altında, bazı kriterleri yerine getirmek şartıyla, dini cemaatlere kamu hukuku özel statüsü için başvurma imkanı veriliyor ve bazı kamu işlevlerini yerine getirebilme yetkisi veriliyor. Ancak bu düzenlemenin bulunduğu ülkelerde aranan şartları taşımayan bazı (küçük) dini cemaatler de olacaktır. Bunlara da tüzel kişilik olarak kaydolmaları için başka imkanlar sunulmaktadır.

20. Avrupa'da yaygın başka bir modelde ise, ulusal mevzuat, dini cemaatlere, ihtiyaç ve özelliklerine göre şekillendirilmiş bir tür özel hukuk kişisi statüsü vermektedir. Bu tür yasalar genellikle cemaatlere bir tür özel hukuk kişisi olarak kaydolma imkanı sunmaktadır. Bunun bir örneği Fransız *association cultuelle*dir. Norveç'te, resmen idarenin bir parçası olarak örgütlenen Norveç Kilisesi bir devlet kilisedir. Ancak diğer tüm dini cemaatlerin tüzel kişilikler olarak kaydolmalarına, devlet kilisesiyle aynı hak ve ayrıcalıklara (ve fonlara) sahip olmalarına imkan veren “Dini Cemaatler”le ilgili özel bir yönetmelik bulunmaktadır. Hollanda Medeni Kanunu'na göre kiliseler (*kerkgenootschappen*) ve onların müstakil bölümleri tüzel kişileğe sahiptir ve kendi hazırladıkları yönetmeliklere göre düzenlenirler. Tüzel kişilerle ilgili genel kurallar bunlara uygulanmaz.

21. Son olarak, cemaatlerin hukuki statüsüne ilişkin özel düzenlemelerin bulunmadığı ve cemaatlerin de diğer derneklerin tabi olduğu kayıt işlemlerine tabi olduğu durumlar vardır. Buna bir örnek devlet kilisesi statüsüne sahip olmayan cemaatlerin İngiltere'deki durumudur. Ancak İngiliz hukuku, bu cemaatlerin hayır kuruluşu olarak kaydolmalarına izin vermektedir. Hayır kuruluşu olarak kayıt, tüzel kişiliği getirmese de cemaatlerin pratik ihtiyaçlarına İngiliz hukukunda (common law) cevap verebilmektedir.

22. Sonuç olarak bazı fark ve istisnalara rağmen konuyla ilgili bir Avrupa temeli (ortak düzenleme) mevcuttur ve cemaatler kendilerini temsil edecek dolaylı örgütlenmelere başvurmadan bir şekilde tüzel kişiliğe sahip olabilmektedirler.

E. Avrupa Kurumlarının Türkiye'deki Dini Azınlıkların Durumuna İlişkin Değerlendirmesi

23. Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlerin durumuna ilişkin mevcut durumu değerlendirmede esas alınabilecek, son dönemde yayımlanan ve

Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği Kurumlarının konu üzerindeki uzlaşısını gösteren bazı rapor ve dokümanlar vardır.

24. Bu bağlamda, özellikle Türkiye’deki gayrimüslim azınlıklar ile Batı Trakya’daki Müslüman azınlığın din özgürlüğü ve diğer insan haklarına ilişkin 17 Ocak 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından kabul edilen 1704 sayılı karar özel bir önem taşımaktadır. Söz konusu kararda diğer hususlara ek olarak:

19. Asamble Türk makamlarına aşağıdaki konularda çağrıda bulunmuştur:

19.1. Dini azınlıkların din adamlarının eğitilmesi ve bunlara çalışma izni verilmesiyle ilgili yapıcı çözümler geliştirme;

19.2. İstanbul'daki Ekümenik Ortodoks Patrikhanesi, İstanbul Ermeni Patrikhanesi, İstanbul Ermeni Katolik Başpiskoposluğu , Ekümenik Ortodoks Patrikhanesi yapısı içerisinde Bulgar Ortodoks Topluluğu, Başhahamlık ve İstanbul Papalık Temsilciliğinin tüzel kişiliğinin tanınması. Bu toplulukların tüzel kişiliğinin olmaması, mülkiyet hakkı ve bu mülklerin yönetimi konularında doğrudan etkilere sahiptir.

19.3. Heybeliada Ruhban Okulu’nun (Halki Seminer) yeniden açılması için azınlık temsilcileriyle üzerinde uzlaşmış bir çözümün bulunması. Bu konuda gerçek müzakerelere bir plan temelinde başlayabilmek için yazılı bir önerinin yapılması (örneğin, Galatasaray Üniversitesi İlahiyat Fakültesi’nin bir bölümü olarak okulun yeniden açılması).

19.4. Patrikhane’ye “ekümenik” sıfatını kullanma özgürlüğünün verilmesi;

19.5. İbadet yerleri kaydı ile 1974’ten beri el konulan ve hak sahiplerine iade edilmesi gereken (mümkün olmadığı durumda tazminat) mazbut mallar sorunlarının çözülmesi.

25. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg Türkiye’deki azınlıkların insan haklarını incelemek üzere 2009 yazında Türkiye’yi ziyaret etti. 1 Ekim 2009 tarihli raporunda Komiser gayrimüslim cemaatlerin durumuna geniş yer verdi.⁴³ Komiser raporunu şu sözlerle bitirdi:

178. Komiser, Türk makamlarına, tüm dini azınlıkların temsilcileriyle onların insan haklarını ve günlük hayatlarını etkileyen tüm temel konuları konuşmak için Avrupa Konseyi standartları doğrultusunda danışmalara başlaması ve bunları açık, periyodik ve esaslı şekilde sürdürmesini tavsiye eder.

⁴³ Cf. CommDH(2009)30, Thomas Hammarberg’in 28 Haziran – 3 Temmuz 2009 tarihleri arasında Türkiye’ye yaptığı ziyaret sonrası hazırladığı 1 EKim 2009 tarihli “Azınlıkların İnsan Hakları” başlıklı raporu (Din özgürlüğü ve azınlık haklarına ss. 17-22 (§§ 72-104), Sonuç ve s. 35 (§§ 177-182)’deki önerilerde değiniyor.)

179. Bu önemli konulardan biri, insan haklarının ve özellikle mülkiyet hakkının etkili korunması ve Türkiye'nin haklı olarak gurur duyduğu çoğulcu yapısının korunup geliştirilmesi için gerekli olan dini azınlık kurum ve cemaatlerinin tüzel kişiliğinin tanınmasıdır.

180. Komiser, Türk makamlarına, mevcut dini azınlık kurum ve cemaatlerinin tüzel kişiliğini tanımayı sağlayacak tedbirlerin derhal alınması, Heybeliada Ruhban Okulu'nun yeniden açılmasına izin verilmesi ve Türkiye'deki Ermeni Ortodoks din adamlarına eğitim olanağının sağlanması çağrısında bulunmaktadır.

181. Türk makamlarının tüm dini azınlık gruplarının (Müslüman ve gayrimüslim) üyelerinin din özgürlüğü ile mülkiyet haklarını etkili bir şekilde kullanmayı sağlayacak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla tam ve etkili şekilde uyumlu yasal ve diğer gerekli tedbirleri derhal alması ve uygulaması istenmektedir.

182. Komiser, Türkiye'nin, özellikle 2008 tarihli Vakıflar Kanununu kabul etmek yoluyla azınlık vakıf üyelerinin din, dernek ve mülkiyet haklarını garanti altına almak için sarfettiği çabaları övgüyle karşılar. Fakat bu raporda işaret edilen eksikliklerin Avrupa Konseyi insan hakları standartlarıyla tam uyumlu şekilde acilen ele alınması gerekmektedir. Özellikle, haksız şekilde mallarını kaybeden azınlık üyelerinin uluslararası hukukun yerleşik ilkelerine göre tazmin edilmesi gerekmektedir.

26. Avrupa Konseyi kurumlarının şimdiye kadarki değerlendirmeleri, AB Komisyonu'nun gayrimüslim azınlıklara geniş yer veren son yıllardaki ilerleme raporlarında yapılan değerlendirmelerle uyum içindedir. 2008 yılındaki ilerleme raporunda diğer hususların yanında şu konular dile getirilmiştir:⁴⁴

“Dini grupların örgütlenmiş yapıları olarak gayrimüslim cemaatler, tüzel kişilik olamamaktan kaynaklanan sorunlarla karşılaşmaktadır. Din adamlarının eğitimi konusundaki kısıtlamalar devam etmektedir. Türk mevzuatı, bu cemaatler için özel yüksek din eğitimi imkanı tanımamakta, resmi eğitim sisteminde de bu yönde bir imkan bulunmamaktadır. Heybeliada Rum Ortodoks Ruhban Okulu hala kapalı durumdadır. Türkiye’de çalışmak isteyen yabancı uyruklu din adamlarının çalışma izni almak konusunda zorluklarla karşılaştığı yönünde raporlar mevcuttur. Ekümenik Patrik, “ekümeniklik” dini sıfatını her zaman kullanamamaktadır. Başbakan Erdoğan, Ocak 2008’de “ekümeniklik” sıfatının kullanımının devletin karar verdiği bir konu olmaması gerektiğini açıklamıştır.... Tüm gayrimüslim azınlıkların ve Alevilerin herhangi bir kısıtlama olmaksızın faaliyet göstermelerine imkan tanıyacak şekilde AİHS ile uyumlu bir yasal çerçevenin oluşturulması gerekmektedir. Türkiye’nin dini

⁴⁴ Cf. SEC(2008) 2699 final, s. 19. Ayrıca dini toplulukların mal edinmelerinde karşılaşılan sorunlar için Bkz. s. 24.

özgürlüğe tam saygıyı destekleyen bir ortamın oluşturulması ve farklı dini cemaatlerle diyalogun geliştirilmesi yönünde tutarlı girişimlerin devam ettirilmesi yönünde daha çok çaba sarfetmesi gerekmektedir.”

27. 2009 raporunda diğer hususlar yanında şu görüşlere yer verilmiştir:⁴⁵

“Dini grupların örgütlenmiş yapıları niteliğindeki gayrimüslim cemaatler, tüzel kişiliklerinin olmamasından kaynaklanan sorunlarla halen karşı karşıyadır. Din adamlarının eğitimi konusundaki kısıtlamalar devam etmektedir. Türk mevzuatı, bu cemaatler için özel yüksek din eğitimi imkânı tanımamaktadır ve kamu eğitim sisteminde de bu yönde bir imkân bulunmamaktadır. Rapor döneminde, yeniden açılması geniş kapsamda tartışılmış olmasına rağmen Heybeliada (Halki) Rum Ortodoks Ruhban Okulu hâlâ kapalıdır. Ermeni Patrikhanesi’nin Ermeni dili ve Ermeni din adamlarının eğitimi için üniversitede bölüm açılması önerisinin değerlendirilmesi birkaç yıldır devam etmektedir. Süryaniler, yalnızca, resmi okullar bünyesinde olmayan gayriresmi eğitim sunabilmektedir. Türkiye’de çalışmak isteyen yabancı uyruklu din adamlarının çalışma izni almaları konusunda kaydedilen ilerlemeye rağmen, genel olarak bu süreç yavaş ve zor işlemeye devam etmektedir.

Ekümenik Patrik, “ekümeniklik” unvanını her durumda kullanamamaktadır. Haziran 2007’de Yargıtay, Patrikhane seçimlerine katılan ve seçilen kişilerin Türk vatandaşları olmaları ve seçim sırasında Türkiye’de çalışıyor olmaları gerektiğine hükmetmiştir. Buna karşılık, Türk vatandaşları ve yabancı uyruklu kişilerin, AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun olarak, din özgürlüğü haklarını örgütlü dini cemaatlere katılmak suretiyle kullanabilmeleri hususunda eşit muamele görmeleri gerekmektedir....

İbadet yerleri konusunda, gayrimüslim cemaatler sıklıkla ayrımcılığa ve idari belirsizliğe maruz kaldıklarını bildirmektedir; ibadet yerleri tahsis edilmesi için ilgili makamlara yapılan başvurular reddedilmektedir ve mevcut Protestan kiliseleri ve Yehova şahitlerinin ibadet yerleri dava konusu olmaktadır...

Sonuç olarak, Vakıflar Kanununun uygulanmasında sorun bulunmamaktadır (Bkz. Mülkiyet Hakları). Hükümet, Aleviler ve gayrimüslim cemaatlerle bir diyalog başlatmıştır. Buna karşın, bu grupların belirli sorunları hâlâ çözüm beklemektedir. Dini azınlıklara karşı saldırılar hâlâ devam etmektedir. Din adamlarının eğitimi de dâhil olmak üzere, tüm gayrimüslim cemaatlerin ve Alevilerin aşırı bir kısıtlama olmaksızın faaliyet göstermelerine imkân tanıyacak şekilde AİHS ile uyumlu bir yasal çerçevenin oluşturulması gerekmektedir. Dini özgürlüklerin tümüyle uygulanmasına elverişli bir ortam yaratılması için daha fazla çabaya ihtiyaç bulunmaktadır.”

⁴⁵ Cf. SEC(2009) 1334 final, ss. 20-22.

28. 2009 ilerleme raporunu esas alan Avrupa Parlamentosu, 10 Şubat 2010 tarihinde diğer hususlar yanında aşağıdaki görüşleri dile getiren bir karar almıştır:

“19. Din özgürlüğünün, evrensel temel bir değer olduğunu vurgular ve Türkiye’ye herkesin din özgürlüğünü koruma çağrısında bulunur. Türk hükümetinin Aleviler dahil olmak üzere dini toplulukların temsilcileriyle girdiği diyalogu memnuniyetle karşılar ve yetkilileri düzenli ve yapıcı bir iletişim kurmak için dinler arası diyalogu yoğunlaştırma konusunda teşvik eder; ancak olumlu adımlar ve jestler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarıyla uyumlu şekilde bu dini toplulukların hiçbir hukuksuz sınırlamayla karşılaşmadan çalışmasını sağlayacak esaslı hukuki düzenlemelerle desteklenmelidir; Özellikle tüm dini cemaatlerin tüzel kişiliğe sahip olması gerekliliğinin altını çizer.

20. Vakıflar Kanunu’nun uygulanmasını memnuniyetle karşılar; kanunla düzenlenmeyen (üçüncü kişilerce el konulmuş veya üçüncü kişilere satılmış veya kanundan önce birleştirilmiş vakıfların malları) alanlarda cemaatlerin hala mülk problemleriyle karşılaşmamasını esefle karşılar; Türk hükümetine gecikmeden bu olayla ilgilenmesi çağrısında bulunur.

21. Ekümenik Patrikliğin yasal durumu, din adamlarının eğitimi ve Patriğin seçimi konularında karşılaştığı engellerle ilgili endişesini yineler; Heybeliada Ruhban Okulu’nun derhal yeniden açılması ve Patriğin “ekümenik” sıfatını kullanmasına imkan sağlayacak ve genel olarak Türkiye’deki Hristiyan toplulukların din adamlarının engellerle karşılaşmadan eğitilebileceği şartların oluşturulmasını sağlayacak tedbirlerin alınması yönündeki görüşünü yineler.”

29. Bu belgeler, Avrupa kurumlarının Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlerin içerisinde yaşadığı şartlar konusundaki açık uzlaşısını göstermektedir. Bu nedenle de bu belgeler Türkiye’deki dini toplulukların tüzel kişiliği sorunuyla ilgili kural ve uygulamaların Avrupa standartlarıyla uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesinde Venedik Komisyonunca esas alınacaktır.

3. Türkiye’deki Gayrimüslim Dini Cemaatlerin Yasal Olarak Tanınması – Hukuk ve Uygulama

A. Türkiye’de Dini Cemaatlerin Yasal Durumu

30. 9-11 Kasım 2009 tarihlerinde, Venedik Komisyonunun bir delegasyonu, İstanbul ve Ankara’yı ziyaret ederek; İstanbul Ortodoks Patrikliği ile birlikte Ermeni Patrikliği, Yahudi Cemaati, Katolik Kilisesi, Protestan Kiliseler Birliği, Yehova Şahitleri, Tesev Vakfı, Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Adalet Bakanlığı temsilcileri ve Meclis İnsan Hakları Komisyonu Başkanı ile AKPM’nin Türk Delegasyonunun Başkanı ile görüşmüştür. Ziyarete ilişkin rapor CDL(2009)183 numaralı belgede yer almıştır.

31. Delegasyonun kendileri ile görüştüğü dini cemaatlerin liderleri; son yıllarda durumlarında bir gelişmenin olduğunu, önceki hükümetlere oranla şimdiki hükümetin sorunları ile ilgilenme konusunda yeni bir isteklilik gösterdiğini ifade etmişlerdir. Aynı zamanda, birçoğu, daha fazla reformun gerekli olduğunu belirterek, reformların, sadece kanunları değiştirerek değil, idarenin tüm katmanlarında bu kanunları uygulayacak olanların zihniyetinin de değişmesi yoluyla gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamışlardır.

32. Dini cemaatlere ilişkin Türk hukukunda mevcut olan temel sorun, onların kaydedilip tüzel bir kişilik kazanamamalarıdır. Bu konu ile ilgili olarak mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır ve şimdiye kadar hiçbir dini cemaat, tüzel kişilik kazanamamıştır. Bunun yerine, bu cemaatler dolaylı olarak vakıf ve dernekler aracılığıyla faaliyette bulunmak zorundadır.

33. Delegasyonun gözlemlerine göre, dini cemaatlere tüzel kişilik verilmesi fikri, yetkililer, mahkemeler ve diğer ilgililer tarafından Anayasanın 2, 13, 14 ve 24. maddelerinde belirtildiği üzere laiklik ilkesine aykırı kabul edilmektedir. Bu düşünce, söz konusu maddelerin özel bir yorumuna dayanmaktadır. Dışarıdaki gözlemcilere göre, dini cemaatlere tüzel kişilik verilmesini engelleyen açık bir hüküm, Anayasanın ilgili maddelerinde bulunmamaktadır. Avrupa'daki birçok laik devlet, dini cemaatlere kayıtları için yasal bir çerçeve sunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi, Fransa, laiklik geleneği ile dini cemaatlere *associations cultuelles* olarak kaydolma imkanı tanımaktadır. Türk Anayasasının bu konudaki yorumu ancak, "laikliğin" Türkiye'deki özel anlamı ile anlaşılabilir ki bu anlam da Avrupa ülkelerinden hiç birine benzememekte ve hem anayasada hem de zihinlerde bir değişiklik gerektirmektedir.

34. Her ne kadar tüzel kişilik eksikliği prensipte tüm dini cemaatlere eşit biçimde uygulansa da uygulamada Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında açık bir ayırım bulunmaktadır. Müslüman birlikler, Diyanet tarafından yönetilir. Diyanet, idarenin bir parçası olup doğrudan Başbakan'a bağlıdır. Diyanet, kayıtlı olan 75.000 caminin yönetilmesinden ve birer kamu görevlisi olan imamların istihdam edilmesinden sorumludur.⁴⁶ Müslüman cemaatlerin temsili, Diyanet tarafından gerçekleştirilmektedir.⁴⁷

⁴⁶ Prensip olarak, Diyanet, kendisinden hizmet talep edenlere eşit davranmaktadır. Başta Aleviler olmak üzere bazı gruplar, Diyanetin Sünni inancı temsil ettiğini belirtmişlerdir. Söz konusu bu durum, bu çalışmanın kapsamı dışındadır ve Komisyon tarafından değerlendirilmeyecektir.

⁴⁷ Bu durum, ilke olarak devlet kilisesi sistemine sahip Avrupa ülkeleri ile bir kıyaslama imkanı tanımaktadır. Norveç'te, nüfusun %85'nin üyesi olduğu Norveç Kilisesinin kendisinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ancak Kültür ve Kilise Bakanlığına bağlı olarak idarenin bir parçasıdır. Kiliseye devlet bütçesinden pay verilmekte ve papazlar kamu görevlisi olarak istihdam edilmektedir. Türkiye ile Norveç arasındaki fark,

35. Gayrimüslim cemaatler bakımından Diyanet, temsilci olarak kabul edilemez. Bu cemaatler dolayısıyla yasal olarak mevcut değildirler. Türk hukukunda sağlanan modele göre, cemaat üyeleri, vakıf veya dernek olarak kayıt olabilir ve bu yol ile belli ölçüde dini cemaatleri destekleyebilirler. Vakıflar ve dernekler, dini cemaatler konusunda açık kısıtlamalara sahip olmakla birlikte, gerçekleştirilen reformlarla bu birlikler daha yararlı hale gelmiştir.

B. Vakıf Sistemi

36. Son zamanlara kadar, dini cemaatlere sağlanan tek yasal imkan, üyelerine vakıflar kurdurarak, bu şekilde cemaatlerin okul, kilise, cami ve diğer binalar gibi malvarlıklarının mülkiyetini kazanmalarını ve dini cemaatlerin faaliyetlerinin desteklenmesini sağlamaktı. Vakıf sistemi, eski olup Osmanlı geleneğinde bulunan vakıflara dayanmaktadır ki vakıf kelimesi Türkçede de kullanılmaktadır. Yunan Ortodoksların, Ermenilerin ve Yahudi toplulukların ve diğer bazı cemaatlerin neredeyse tüm vakıfları, Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş yılı olan 1923 öncesine, en azından önemli miktarda vakıfların kaydedildiği 1936 yılı öncesine dayanmaktadır. Bugünkü mevzuatta, vakıflar, Türk Medeni Kanununun Birinci Kitabındaki Üçüncü Bölümün 101 ila 117. maddelerine ve Vakıflar Kanununa dayalı olarak düzenlenmektedir. Söz konusu mevzuat, Türkiye’de bulunan tüm vakıflara uygulanmaktadır. Bu vakıflar büyük bir çeşitlilik göstermektedir ki bazılarının dini aktiviteler ile doğrudan veya dolaylı bağlantısı sadece bir azınlık olmalarından kaynaklanmaktadır. Tüm vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğüne bağlıdır.

37. Dini cemaatler bakımından, vakıf sistemi, onların dolaylı olarak malvarlığına sahip olmalarını ve okul, hastane gibi ilgili faaliyetlerin finansmanını sağlamaktadır. Bununla birlikte, kayıtlı olan bir malvarlığına dışarıdan bir vakıf adına sahip olarak dolaylı mülkiyetine sahip olmak, doğrudan malik olmakla kıyaslandığında, birçok engelin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Dahası, son zamanlara kadar, dini cemaatler açısından vakıf sisteminin; izin, kamulaştırma, bakım ve diğer konularda karşılaştığı bir takım sorunlar bulunmaktaydı. 2008 tarihli reform ile bu sorunların birçoğunun aşılmasına rağmen, vakıflardan önce kamulaştırılan mülkün geri dönüşü ile ilgili sorunlar hala varlığını korumaktadır.⁴⁸

38. Başka bir sorun, Medeni Kanunun 101. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen ve “*Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menfaatlere*

Norveç’te yasal olarak kayıtlı dini cemaatlere eşit finansal destek sağlanırken, Türkiye’de bu eşitlik yoktur.

⁴⁸ Doğru bir analiz için TESEV tarafından hazırlanan ve “Bir Yabancı’laştırma Hikayesi: Türkiye’de Gayrimüslim Cemaatlerin Vakıf ve Taşınmaz Mülkiyeti Sorunu” adlı rapora bakınız.

aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz” hükmünü içeren düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bu hüküm, dini bir amacı olan ya da belli bir dini cemaatin menfaatlerine hizmet eden vakıfların kurulmasının yasaklanması şeklinde yorumlanabilir. Aslında, hem Müslüman hem de gayrimüslim vakıfların birçoğunun amacı belli dini cemaatleri desteklemektir. 1936 öncesine dayanan vakıfların bu hükme göre kapatılması için başvurulmamıştır. Bununla beraber, yoruma ve uygulamaya bağlı olarak, belirli dini cemaatlerin faaliyetlerinin desteklenmesi ve özellikle dini bir binanın ya da kurumun desteklenmesi için kurulacak olan yeni vakıflar için bu hüküm bir engel teşkil edebilir.

39. Uygulamada, vakıflar hem Müslüman hem de gayrimüslim cemaatler tarafından kullanılmaktadır. Türkiye’deki camilerin birçoğu, Diyanet Vakfı olarak adlandırılan ve Medeni Kanuna dayalı olarak 1975’te kurulan, amacı İslam bilgisini arttırmak, cami inşa ettirmek ve yardımlaşmayı arttırmak olan vakfa aittir. Ancak, İslami faaliyetlere dayalı çok sayıda vakıf daha bulunmaktadır.

40. Uzun zamandan beri ülkede mevcut olan gayrimüslim cemaatler, 1936 ve öncesine ait olan bir takım vakıflara sahiptir.⁴⁹ Bu vakıflar, Yunan Ortodoks Kilisesi, Ermeni Kilisesi ve Yahudi Hahamlığı gibi binaların mülkiyetine sahiptir. Değişik Katolik topluluklar da eski vakıflara sahiptir. Türkiye’de son zamanlarda kurulan Protestan kiliseleri, Yehova Şahitleri gibi dini cemaatlerin daha az vakıfları bulunmakta ancak yenilerin kurulmasında daha fazla sorun yaşanmaktadır.

C. Dernek Sistemi

41. Türk hukukunda, dini cemaatlere yönelik özel bir yasal dernek sistemi yoktur. Ancak, ilke olarak, dini bir cemaatin üyeleri mevcut Dernekler Kanununa göre dernek kurabilmekte ve cemaatin faaliyetlerini destekleyebilmektedirler. Bu 2004 tarihli Dernekler Kanununda yapılan reform ile elde edilen bir gelişmedir. Bundan önce, dini faaliyetleri desteklemek amacıyla dernek kurmak mümkün değildi. Şimdi prensipte böyle bir imkanın bulunmasına rağmen, böyle bir amacın ne kadar ifade edilebileceği belirsizdir. Dernekler Kanununda, Medeni Kanunun 101/4. maddesinde bulunan ve vakıflara uygulanan yasakla kıyaslanabilen açık bir yasak bulunmamaktadır. Ancak, derneklerin kurulmasının hukuka uygun olması gerekliliği, normal bir gereksinim iken, Anayasada bulunan laiklik ilkesi ile ilgili olarak Türk sisteminde bu gereksinim sorunlar yaratabilmektedir. 2005 yılında, Yehova

⁴⁹ Yeni Vakıflar Kanunun uygulanması ile ilgili olarak Ağustos 2009’da mevcut vakıfların ve mülkiyetlerinin kaydı için bir son tarih belirlendi. Bu tarihte gayrimüslim cemaatler 1393 taşınmaza sahip 107 vakıf tescil ettirmişlerdir. Yunan Ortodoks Cemaati 744 mülkiyetli 56 vakıf, Ermeni Cemaati 321 mülkiyetli 36 vakıf, Yahudi Cemaati 31 mülkiyetli 10 vakıf ve Süryaniler 241 mülkiyetli 2 vakıf sahibi olarak görülmüşlerdir.

Şahitleri “dini, bilgiye ve yardımseverliğe” dayalı bir dernek kurmaya çalışırken sorunlar yaşadılar. Söz konusu talep, yetkililer tarafından Anayasanın 24. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.⁵⁰ Dava, mahkemeye taşınmış, mahkeme de 2007’de verdiği kararında belirtilen amacın 24. maddenin ihlali niteliğinde olmadığına ve derneğin kurulmasına karar vermiştir.

42. 2004 yılından sonra özellikle Protestan kiliseler başta olmak üzere, bazı dini cemaatler, mevcut dernek kurma sistemini bazı ölçeklerde kullanmaya başlamışlardır.

43. Bazı nedenlerden dolayı, Türkiye’de bulunan İslam dışındaki dinlerin, dini faaliyetleri desteklemek amacıyla kurulan dernekleri, tescil ettirmeleri bir seçenek olarak görülmemektedir. İlk olarak, normal bir dernek, Ortodoks Patrikhanesi, Ermeni Patrikhanesi ya da Baş Hahamlık kurmaya yönelik bir organizasyon olarak değiştirilemeyeceğinden dolayı dini cemaatlerin dernekleri bu şekilde tescil edilemez. Tüzel kişiliğe sahip olmadıklarından dolayı kendi adlarına da dernek kuramazlar. Bu yüzden, inananlarının, dini cemaatlerinin faaliyetlerini desteklemek için kuracakları dernekler en iyisi olacaktır. İkinci olarak, bu derneklerin gerçekleştirebilecekleri tüm fonksiyonlar, mevcut dernekler tarafından gerçekleştirilebilecek gibi görünmektedir. Üçüncüsü, Türk Anayasasının, başlıca ya da tek amacı dini faaliyet olan derneklere ne kadar izin vereceğinin hala tam olarak belirsiz olmasıdır. Bazı kiliselerin ve cemaatlerin, spor kulüpleri veya otomobil dernekleri ile aynı düzenlemelere ve koşullara tabi olmayı gerektirecek şekilde, normal dernek olarak tescil edilmeyi uygun bulmamaları da söz konusu olmaktadır.

44. Dernek kurma seçeneği yeni olup, zamanla daha fazla dini cemaat özel amaçlar için bu seçenekten yararlanabilir.

D. Tüzel Kişiliğin Diğer Yönleri

45. Türk hukukunda gayrimüslim cemaatlere sağlanan vakıf ve dernek kurma imkanı, başta mülkiyet hakları olmak üzere sadece tüzel kişiliğe bağlı olan unsurların *bazılarını* kapsamaktadır.

⁵⁰Türk Anayasasının 24. maddesi din özgürlüğünü düzenlemektedir. İlk üç fıkra, bu özgürlüğün niteliği ile ilgiliyken, son iki fıkra kesin kısıtlamalar öngörmektedir şöyle ki: “(4) *Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.* (5) *Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*”

46. Tüzel kişilik kavramı, Türkiye’de bulunan gayrimüslim dini cemaatler bakımından sorunlu olan bir takım başka unsurlar da ihtiva etmektedir. Venedik Komisyonu, bu görüşün kapsamı dışında da kalan geniş bir sorgulamayı bu konuda yapamamaktadır. Ancak, mahkemelere başvurma, istihdam hakları ve papazların eğitimi konusunda potansiyel problemler bulunmaktadır. Adaletle erişimle ilgili olarak, gayrimüslim cemaatler mahkemeye başvuramamakta, mülkiyet uyuşmazlıkları gibi konular için vakıflar yolu ile ya da kilise liderleri veya üyeleri olarak kişisel yolla başvuru yapma seçeneğine sahip olmaktadır.⁵¹ Özellikle papazların eğitimi konusu olmak üzere dini eğitim sağlama hakkı, kiliselerin tüzel kişiliğe sahip olmamasından olumsuz etkilenmektedir.

4. Türkiye’deki Dini Cemaatlerin Tüzel Kişilik Sorununun Değerlendirilmesi

A. Dini Cemaatlerin Tüzel Kişilik Eksikliği

47. Türkiye’deki dini cemaatlerin tescil edilip tüzel kişilik elde edememelerinin Avrupa standartları ile uyumlu olup olmadığı, mevcut durum ile ilgili olarak önde gelen sorulardan bir tanesidir. Durum açık ve tartışılmazdır. Türkiye’de hiçbir dini cemaat tüzel kişilik elde edememektedir. Müslüman cemaatler, Diyanet tarafından temsil edilmekte ve yönetilmektedir. Gayrimüslim cemaatler için tek seçenek, üyeleri tarafından kurulan vakıflardan ve derneklerden yararlanarak, tüzel kişiliğin tüm yönlerinden olmasa da bazı yönlerinden faydalanmaktır.

48. Müslüman cemaatlerin tüzel kişilikleri bakımından söz konusu olan sorunlar, bu raporun kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, Diyanetin yasal temsili göz önünde bulundurduğu iddia edilebilir. Önde gelen dini cemaatin kamu idaresinin bir parçası olarak organize olduğu ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bulunmadığı sistem, özellikle İngiltere’deki ve bazı İskandinav ülkelerdeki Protestan Kiliseler başta olmak üzere diğer ülkelerde de bulunmaktadır. Müslüman cemaatler bakımından asıl soru, Sünni mezhebine mensup olmayan gruplar bakımından Diyanetin temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı ve dini özgürlüklerinin yeterince güvence altında olup olmadığıdır. Ancak bu soru, bu raporun kapsamı dışındadır.

49. Gayrimüslim dini cemaatler bakımından, Diyanet ile eşitlik bulunmamakta ve Türk hukukunda bu cemaatler yasal olarak kendileri adına var olamamaktadırlar. Bu durum Avrupa standartlarının ihlali olarak

⁵¹ 2007 tarihli bir davada Bulgar Kilisesinin bir papazı ile Patriklik arasında meydana gelen uyuşmazlıkta, Patrikliğin kendisi davanın tarafı olamamış, taraflar özel kişilerden oluşmuştur ki bunlardan biri de Patriğin kendisi olup, kişisel adı olan Dimitri Bartolomeos Arhondon ile taraf olmuştur. Bkz: Dava no. 2005/10694 Yargıtay 4. Ceza dairesinin 2007 tarihli kararı.

değerlendirilmeli midir yoksa inanç özgürlüğünün kısıtlandığına ilişkin somut değerlendirmelere rağmen söz konusu standartlara uygunluğun devam ettiği söylenebilir mi gibi sorular Venedik Komisyonunun değerlendirmesi gereken temel sorulardır.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9 ve 11. Maddelerine Uygunluk

İnanç Özgürlüğü ve Dernek Kurma Özgürlüğü İle Var Olan Çatışma

50. Yukarıda ifade edildiği gibi (paragraf 8) 9. maddedeki inanç özgürlüğü 11. madde de düzenlenen dernek kurma özgürlüğü ile yakından ilişkilidir. Toplumda, diğerleri ile birlikte birinin inancını dile getirmesi; toplanma hakkını, dini görüşlerini ve değerlerini kamuya açıklama hakkını, serbestçe bir araya gelme hakkını ve kamusal otoritelerin keyfi müdahaleleri olmaksızın organizasyonlar oluşturma hakkını da gerektirmektedir.⁵² Dini cemaatlerin yasal statüsü hem 9. madde hem de 11. maddede düzenlenen konuları gündeme getirmektedir. AİHM tarafından belirtildiği gibi: “dini cemaatler geleneksel ve evrensel olarak organize yapılar şeklinde var olmaktadır”, 11. madde “birlik hayatını, devletin adil olmayan müdahalelerine karşı korumaktadır.”⁵³

51. 9 ve 11. maddelere yapılacak olan sistematik bir yaklaşım, bir dini ya da inancı açıklama özgürlüğünün, sadece bireyler tarafından gerçekleştirilemeyeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. AİHM içtihadı, 9. maddede “toplumda diğerleri ile birlikte” kelimeleri ile ifade edildiği gibi, bu özgürlüğün toplumsal bir boyutunun olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.⁵⁴ Sonuç olarak, dini cemaatler ve kiliseler de ayrıca bu hakkın sahibi olarak değerlendirilmelidir. İç hukuka göre tüzel kişiliğe sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın, iddia edilen hak ihlalinin kurbanı olduklarını iddia edebilirler. Düşünce ve vicdan hürriyeti ile bir din seçme hürriyeti tamamen kişisel iken, inanç özgürlüğünün toplumsal bir boyutu bulunmakta ve kiliseler ile diğer dini kuruluşların faaliyetleri bu hakka duyulan saygıya bağlı olmaktadır.

52. Bu yorum, AİHS’de düzenlenen haklardan birinin ihlaline maruz kaldıklarını iddia eden sivil toplum örgütlerine ve birey gruplarına, AİHM’e başvurma hakkı tanıyan 34. madde ile uyumludur. Dini cemaatin yasal statüsünü ilgilendiren konular, hem cemaatin üyelerini hem de bir bütün olarak cemaatin kendisini etkilemektedir.⁵⁵ Dini cemaat üyesi bireylerin inanç özgürlüğü ile cemaatin inanç özgürlüğü, biri diğerinden kaynaklanıyormuşçasına birbirlerine alternatif olamazlar, her iki hakkın kendi içinde farklı bir mantığı bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun belirttiği gibi, “toplumda diğerleri ile birlikte birinin inancını açıklama hürriyeti,

⁵² AİHM, Mirolubovs ve Diğerleri v. Litvanya, 15 Eylül 2009 tarihli karar, par. 80.

⁵³ AİHM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, 26 Ekim 2000 tarihli karar, par. 62.

⁵⁴ AİHM, Mirolubovs ve Diğerleri v. Litvanya, 15 Eylül 2009 tarihli karar, par. 80.

⁵⁵ AİHM, Cha’are Shalom Ve Tsedek v. Fransa, 27 Haziran 2000 tarihli karar, par. 72.

daima, inanç özgürlüğünün gerekli bir unsuru olarak kabul edilmiştir.” Komisyon, 9/1. maddede belirtilen “tek başına ya da toplumda diğerleri ile birlikte” alternatiflerinin, birlikte var olabileceği ya da yetkililere seçme hakkı verdiği şeklinde değil, dinin her iki şekilden biri ile uygulanabileceği şeklinde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶

53. Sonuç olarak, AİHM, 9 ve 10. maddelerde düzenlenen özgürlükleri 11. maddenin unsurları olarak ele almış ve bu maddelerin ihlalini 11. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁷ Böylece, AİHM, Hassan ve Chaush davasında şu hükme varmıştır: “ Dini cemaatin organizasyonunun söz konusu olduğu durumda, AİHS’nin 9. maddesinin, birlik hayatını, devletin haksız müdahalelerine karşı koruyan 11. maddenin ışığında yorumlanması gerekmektedir. Bu perspektiften bakıldığında, inananların inanç özgürlüğüne ilişkin hakları, toplumun, devlet müdahalesi olmadan, barış içinde faaliyette bulunma beklentisini de kapsamaktadır. Gerçekten, demokratik bir toplumda, özerk dini cemaatlerin varlığı çoğulculuk için zorunludur ve 9. maddenin koruması altındadır.”⁵⁸ Diğer bir açıdan bakıldığında, dini cemaatlerin dernek olarak organizasyonel yönleri, 9. maddenin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. AİHM’nin belirttiği gibi; “ Sözleşmenin 9. maddesi ile dini cemaatlerin yapısı korunmamış olsaydı, bireylerin inanç özgürlüğü saldırıya açık hale gelecekti.”⁵⁹

54. AİHM tarafından da desteklenen bu anlama dayalı olarak, dini cemaatlerin tüzel kişiliğe ilişkin problemleri, Sözleşmenin gereklerine dayalı olarak iki şekilde formüle edilebilir: İlk olarak, Türkiye açısından, yasal bir çerçeve oluşturarak tescil ve tüzel kişilik elde etme imkanı tanıyan pozitif bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı sorulmalıdır. İkinci soru, tüzel kişiliğin verilmesinin reddinin Türkiye açısından bir müdahale oluşturup oluşturmadığı ve bu müdahalenin Sözleşmenin 9/2. maddesi tarafından haklı görülüp görülmediğine ilişkindir. Tüzel kişiliklerin sorunlarına yönelik bu iki yönlü yaklaşım, aynı paranın iki yüzü gibi olup, Sözleşmenin gerekleri aynıdır.⁶⁰

55. 11. madde ile ilgili olarak, AİHM’e göre, yerel otoritelerce birey derneklerine yasal statü verilmesinin reddi, davacıların dernek kurma hakkına yapılan bir müdahaledir.⁶¹ “Ortak menfaatler konusunda ortaklaşa hareket

⁵⁶ Komisyon, X. v. İngiltere, D&D 22 (1981), p. 27 –p. 34.

⁵⁷ AİHM, Young, James ve Webster v. İngiltere, 13 Ağustos 1981 tarihli karar, par.57. 11. Madde ile 10. Madde arasındaki bağlantı için bkz: AİHM, Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, 31 Temmuz 2001 tarihli karar.

⁵⁸ AİHM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, 26 Ekim 2000 tarihli karar, par. 62.

⁵⁹ Ibid ve AİHM, Bulgaristan Ortodoks Kilisesi ve Diğerleri v. Bulgaristan, 22 Ocak 2009 tarihli karar, par. 103.

⁶⁰ AİHM, Lopez Ostra v İspanya, 9Aralık 1994 tarihli karar, par. 51.

⁶¹ Gorzelik ve Diğerleri v. Polonya, 17 Şubat 2004 tarihli karar, par 52, Sidiropoulos v. Yunanistan, 10 Temmuz 1998 tarihli karar, 31.par.

etmek üzere yasal bir birlik kurma” imkanı, dernek kurma özgürlüğünün en önemli ögesi olup, AİHM’e göre söz konusu öge olmaksızın bu hak tüm anlamlarından yoksun kalacaktır.⁶² AİHM, bir grup insan tarafından seçilen yapının tanınmasının ya da tescilinin otoritelerce reddinin, hem bireysel hem de kolektif olarak hedeflenen amaçlara ulaşmayı dolayısıyla da dernek kurma özgürlüğünü kısıtladığını ifade etmiştir.⁶³ Onlara sağlanan başka alternatiflerin varlığı, aynı yasal statüyü sağlamıyorsa, onlara karşı bir müdahalenin olmadığı anlamına gelmez.⁶⁴

56. Aynı ilke, dini amaçlı cemaatlere uygulanmaktadır. Bu durum AİHM’in *Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri* kararında, Mahkeme tarafından da teyit edilmiştir: “Bu davada, tanınmayan Kilise’nin faaliyette bulunamadığı, Mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Özellikle, papazlar dini ayın yönetememekte, üyeleri dinlerinin gereklerini yerine getirememekte ve tüzel kişiliğe sahip olunmadığından, Kilise, malvarlığını yasal olarak koruyamamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, davacı Kilisenin hükümet tarafından tanınmasının reddedilmesini, 9 Aralık 1997 tarihli Yüksek Mahkeme kararıyla, davacı Kilisenin ve diğerlerinin madde 9/1’de belirtilen inanç özgürlüğü hakkına müdahale niteliğinde olduğunu düşünmektedir.”

57. Dini bir cemaatin liderlerinin ve üyelerinin, tüzel kişiliğe sahip bir dernek yerine farklı şekillerde dini yaşamlarını organize edebilecekleri gerçeği, yasal durumu değiştirmemektedir. Devlet tarafından alınan önlemlerin bir sonucu olan müdahalenin, telafi edilmesi ile ilgili olarak, ilgili dini cemaatin alternatiflere sahip olması, ölçülülüğün değerlendirilmesi bakımından, ilgili cemaatin iç yapısına yönelik devlet müdahalesi olmadığı sonucunu ortaya çıkaramaz.⁶⁵

58. Venedik Komisyonu, AİHM’in içtihadına dayalı olarak, gayrimüslim cemaatlere tüzel kişilik tanımayan mevcut Türk sisteminin, cemaatlerin AİHS’nin 11. maddesi ile bağlantılı 9. maddesinde düzenlenen haklarına müdahale ettiği görüşündedir.

Müdahalenin Gerekçesi

59. Dini cemaatlere tüzel kişilik verilmesinin reddinin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. AİHM’in yerleşik içtihadına göre, AİHM, Sözleşmeye taraf olan devletlere, müdahalenin gerekliliği konusunda belli bir takdir hakkı tanımaktadır. Ancak bu takdir,

⁶² AİHM, *Moscow Branch of the Salvation Army v Rusya*, 5 Ekim 2006 tarihli karar, par. 71.

⁶³ AİHM, *Özbek ve Diğerleri v. Türkiye*, 6 Ekim 2009 tarihli karar, par. 35.

⁶⁴ *İbid*, par. 38. Ayrıca AİHM, *G.M. v. İtalya*, 5 Temmuz 2007 tarihli karar, par. 23.

⁶⁵ AİHM, *Bulgar Ortodoks Kilisesi Meclisi ve Diğerleri v. Bulgaristan*, 22 Ocak 2009 tarihli karar, par. 113.

düzenlemeler ve kararlar konusunda Avrupanın denetimi ile birlikte söz konusu olmaktadır.

60. AİHM, “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, Sözleşme bakımından, demokratik bir toplumun temeli olduğuna” hükmetmiştir. Bu özgürlük, dini boyutları ile birlikte, inananların kimliğinin ve hayatlarının konseptinin belirlenmesinde esaslı bir unsurdur. Yüzyıllar sonra elde edilen demokratik toplumdaki çoğulculuk, buna bağlıdır.⁶⁶ Ayrıca, AİHM, dini cemaatlerin özerkliğinin bu çoğulculuk bakımından zorunlu olduğunu ve dolayısıyla 9. madde tarafından sağlanan korumanın da temel unsurunu teşkil ettiğini belirtmiştir.⁶⁷ Müdahalenin “baskın bir sosyal ihtiyacı” karşılayıp karşılamadığına ve “hedeflenen amacı meşrulaştırmada orantılı” olup olmadığına karar verirken (9. maddenin gerektirdiği gibi), dini çoğulculuğun sağlanması gerekliliğine ayrı bir ağırlığın verilmesi gerekir.⁶⁸

61. Dahası, AİHM, “11. maddenin sadece sendika kurma hakkına açıkça atıfta bulunmasına rağmen, dernek kurma hakkının bu maddede düzenlenen hakkın bir parçası olduğuna karar vermiştir. Vatandaşların, ortak bir çıkar konusunda birlikte hareket etmelerini sağlayacak yasal bir birlik oluşturabilmeleri, dernek kurma hakkının en önemli unsurlarından biridir. Bu unsur olmaksızın söz konusu hakkın hiçbir anlamı kalmayacaktır. Ulusal mevzuatın bu özgürlüğü ele alışı ve yetkililerce uygulanışı söz konusu ülkedeki demokrasinin durumu hakkında bilgi vermektedir. Elbette ki devletlerin, bir derneğin amacının ve faaliyetlerinin kendi mevzuatlarına uygun oluşu konusunda kendilerini ikna etme hakları bulunmaktadır. Ancak devletlerin bunu yaparken, davranışlarını Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine ve Komisyon kurumlarının denetimine uygun şekilde gerçekleştirmeleri gerekir. Sonuç olarak, 11. maddede belirtilen istisnaların katı yorumlanması gerekmektedir. Sadece inandırıcı ve mücbir sebepler, dernek kurma özgürlüğüne getirilen kısıtlamaları haklı kılabilir.”⁶⁹

62. Dini bir cemaate tüzel kişilik verilmesine ilişkin kısıtlama, 9/2 ve 11/2. maddeler kapsamında oldukça istisnai durumlar bakımından haklı görülebilir. AİHM şu kararı vermiştir: “Sözleşmenin 9 ve 11. maddelerinin içerdiği inanç ve toplanma özgürlüğünün istisnalarına ilişkin liste, geniş kapsamlı olup, bu

⁶⁶ AİHM, Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, par. 31.

⁶⁷ AİHM, Bessarabia Metropolitan Kilisesi v. Moldova, 13 Aralık 2001 tarihli karar, par. 118; Mirolubovs ve Diğerleri v. Litvanya, 15 Eylül 2009 tarihli karar, par. 80.

⁶⁸ Wingrove v. İngiltere, 25 Kasım 1996 tarihli karar, 1996-V Raporları, s. 1956, par. 53.

⁶⁹ AİHM, Sidiropoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, 10 Temmuz 1998 tarihli karar, par. 40.

istisnalar dar yorumlanmalıdır. İnandırıcı ve mücbir sebepler bu kısıtlamaları haklı kılabilir. Devletlerin bu konuda sahip oldukları takdir oldukça sınırlıdır.”⁷⁰

63. Tüzel kişilik verilmesine ilişkin kısıtlamaların, kamu düzenini ve kamu güvenliğini sağlamaya yönelik amaçları elde etmek için kullanıldığı, içtihatlardan çıkarılabilecek bir sonuçtur.⁷¹ Devletler, birlik kurmaya yönelik hareketlerin, görünürde dini amaçlı eylemlerinin kamu güvenliği ya da halk bakımından tehlikeli olup olmadığına karar vermekte yetkilidir.⁷² Söz konusu din; köktendinci bir din ise, Devleti ve halkı tehdit eden amaçları varsa, özellikle demokratik bir devletin ilkelerine saygı duymuyorsa ve mensuplarının haklarını ve özgürlüklerini ihlal ediyorsa devlet, bu duruma müdahale edebilir.

64. Ancak, devlet yetkilileri söz konusu dinin samimiyetine ve uygunluğuna kendileri karar veremeyecekleri gibi, inançlarını ve amaçlarını da yorumlayamazlar.⁷³ İnanç özgürlüğünün kapsamında, devletin, inançların meşruluğunu değerlendirmesi yoktur.⁷⁴ AİHM, “çok istisnai dosyalar için, Sözleşmeyle garanti altına alınan inanç özgürlüğü hakkının, devletin, dini inançların ya da anlamlarının meşruluğuna karar verdiği ayrımcılıkları barındırmadığına” hükmetmiştir.⁷⁵ Devletin, demokratik bir toplumda var olan farklı inançları bağdaştırma görevi bulunsa da, devlet, yetkilerinin kullanımında ve diğer inanç gruplarıyla ilişkilerinde tarafsız olmalıdır.⁷⁶ Burada önemli olan, çoğulculuğun korunması ve demokrasinin uygun şekilde işlemesidir.⁷⁷ Tarafsızlığın ve 14. maddenin bir gereği olarak, Devlet yetkilileri tüm dini cemaatlere eşit davranmak zorundadır.⁷⁸

65. Yukarıdaki ilkelerin ışığında, Venedik Komisyonu, küçük ve barışçıl olan ve kamu düzenine herhangi bir tehdit oluşturmeyen dini cemaatlerin, yasal birlikler olarak tescil edilmesini reddeden hukuki sistemlerin, Sözleşmenin 9/2. ve 11/2. maddeleri ile uyumlu olmadıkları görüşündedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, tüzel kişiliğin verilmesinin reddi ancak istisnai durumlar

⁷⁰ AİHM, Svyato-Mykhaylivska Parafiya v Ukrayna, 14 Haziran 2007 tarihli karar, par. 114.

⁷¹ AİHM, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ve Diğerleri v. Avusturya, 31 Temmuz 2008 tarihli karar, par. 76.

⁷² Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri, par. 113.

⁷³ AİHM, Mannoussakis ve Diğerleri v. Yunanistan, 26 Eylül 1996 tarihli karar, par. 47.

⁷⁴ AİHM, Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri v. Moldova, 13 Aralık 2001 tarihli karar, par. 117.

⁷⁵ AİHM, Hassan ve Chaush v. Bulgaristan, 26 Ekim 2000 tarihli karar, par. 78.

⁷⁶ AİHM, Mirolubovs ve Diğerleri v. Litvanya, 15 Eylül 2009 tarihli karar, par. 80.

⁷⁷ AİHM, Bulgaristan Ortodoks Kilisesi Meclisi ve Diğerleri, v. Bulgaristan, 22 Ocak 2009 tarihli karar, par. 119.

⁷⁸ AİHM, Yüksek Müslüman Cemaati Konsey, v. Bulgaristan, 16 Aralık 2004 tarihli karar, par. 76-85.

bakımından haklı görülebilir. Venedik Komisyonu, bu tür istisnai durumların olmadığı görüşündedir.

C. Adalet Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkı

66. Dini cemaatlerin tüzel kişilik elde edememeleri 9 ve 11. maddeler açısından bir ihlal durumu oluşturmaktadır. Ancak bu eksiklik diğer sorunların da ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar, başta 9. madde olmak üzere diğer maddelerle de ilgili olmaktadır.

67. Venedik Komisyonu, Türkiye'deki dini cemaatlerin, tüzel kişilik elde edememeleri dolayısıyla karşılaştıkları problemler konusunda kapsamlı bir çalışma yapmamıştır. Ancak, 6. maddede düzenlenen adalet erişim hakkı ile 1 numaralı Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına değinmek gerekmektedir.

68. Türkiye'de bulunan dini cemaatler, tüzel kişilikleri bulunmadığından kendi adlarına mahkemeye başvuramamaktadır. Ancak, kendi yararları için kurulan vakıflar aracılığıyla veya üyelerinin şahsi başvuruları ile mahkemeye başvurumaktadırlar. Bu durum, bazı davalarda belirtildiği gibi AİHS'nin gerekliliklerine aykırıdır. AİHM, “dini inancın açıklanması hakkı, özellikle dini cemaatler açısından, cemaatin, üyelerinin ve malvarlıklarının yargısal koruma altında olmasını gerektirmektedir ki bu anlamda 9. maddenin sadece 11. madde ile değil aynı zamanda 6. madde ile de değerlendirilmesi gerekmektedir” görüşüne varmıştır.⁷⁹ Böylece, 6/1. maddenin de ihlali söz konusu olmaktadır ki Venedik Komisyonu, 6/2. madde bakımından bunun nasıl mazur görülebileceğini bilememektedir.

69. Tüzel kişilik eksikliği, dini cemaatler açısından sadece vakıf sistemi yoluyla edindikleri mülkiyet haklarına ilişkin sorunların da yaşanmasına neden olmaktadır. Bu sorunlardan bazıları, 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinde garanti altına alınan hakların kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, diğerleri açıkça bu hükmün kapsamındadır. En sorunlu konu, dini cemaatlerin, tarihsel olarak sahip oldukları malvarlıklarını kaybediyor olmalarıdır. Bu durumun bir nedeni, her ne kadar uygulamada ve geçmişten beri gelen süreçte, malvarlığı cemaatin (kilise, hahamlık vs.) kendisine ait olsa da, vakıf sisteminde mülkiyetin, dini cemaate değil de vakfa ait olmasıdır. Üyelerin ölmesi ya da vakfı ayakta tutmak için gerekli olan koşulların ortadan kalkması ile vakfın son bulmasının sonucu olarak, malvarlıklarının devlete geçmesi sorun oluşturmaktadır. Bu durum, Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesi kapsamında müsadere olarak görülebilirken, AİHM, bunu bir ihlal olarak değerlendirmiştir.

⁷⁹ AİHM, Svyato-Mykhaylivska Parafiya v Ukrayna, 14 Haziran 2007 tarihli karar, par. 117.

70. Vakıf sisteminde gerçekleştirilen reform, bu sorunların hepsine olmasa da bazıları için çözümler getirmektedir. Temel sorun, dini cemaatlerin, tescil, mülkiyet ve malvarlığının yönetilmesi konularında kendileri olarak değil de vakıf sistemi aracılığıyla hareket etmek zorunda olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu durum değiştirilmedikçe, Ek Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının somut ihlalleri beklenmelidir.

71. Bu bağlamda, Venedik Komisyonu, dini cemaatlere, adalete erişim hakkı ile mülkiyet hakkı tanıyacak yasal bir çerçeve sağlamalarını ve bunu mevcut vakıf sistemi yerine gerçekleştirmelerini, Türk yetkililere tavsiye etmektedir.

D. AGİT- Demokratik Kurumlar Ve İnsan Hakları Bürosu Ve Venedik Komisyonu İle Uyumluluk “Mevzuatın Din Ve İnanç Özgürlüğü İle İlgili Olarak Gözden Geçirilmesi İçin Yönergeler”

72. Bu Yönergeler, Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu ve Venedik Komisyonu tarafından hazırlanmış ve Venedik Komisyonu tarafından 2004 yılında kabul edilmiştir. Bunlar AGİT Parlamenterler Meclisi tarafından 2004 yılında kabul edilmiştir. Bölüm B. 8 ve F.1 ve 2’de, dini cemaatler için tüzel kişilik hakkı üzerinde kısıtlamaların "din ya da inanç özgürlüğüne ve dernek kurma hakkına aykırı olduğu" açıkça belirtmiştir. Yukarıda belirtilen nedenlerle, bu tür cemaatleri destekleyen farklı tipte kuruluşlar ve sıradan dernekler bulunsa da Türk sistemi bu konuda yönergenin gereklerini yerine getirmemektedir. Yönergelerin ciddi manada yasal bağlayıcılığı yoktur. Ancak bunlar genel Avrupa standartlarını yansıtır ve Venedik Komisyonu tüm devletlerin uyum için gerekli adımları atmasını tavsiye eder.

E. Diğer Avrupa Devletlerinde Uygulama

73. Nihayet daha gerçekçi bir gözlem olarak, Türk hukuku, üyeleri tarafından kurulan ve onların faaliyet ve ihtiyaçlarını kısmen karşılayan diğer kurumsal düzenleme yollarını dolaylı olarak kullanmak zorunda kalmadan, dini cemaatlerin bir şekilde kayıt olma ve tüzel kişilik kazanmalarına izin veren Avrupa’daki temel modele aykırıdır. Bu, çeşitli biçimlerde oluşturulabilecek bir ana modeldir. Bu modellerden en yaygın olanı dini cemaatlere tüzel kişilik veren ve hak ve yükümlülüklerini düzenleyen özel bir yasa hazırlanmasıdır.

F. Sonuçlar ve Öneriler

74. Venedik Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından oluşturulan içtihat hukukunun ciddi gereklerini göz önüne alarak, dini cemaatlerin tüzel kişilik kazanmasını kabul etmemeyi haklı çıkaracak hiçbir sebep görmemektedir. Bu nedenle Türkiye’nin dini cemaatlerin tüzel kişilik kazanmasını ve sürdürmesini mümkün kılacak bir yasal düzenleme yapmasını tavsiye eder.

75. Bu, farklı Avrupa yaklaşımlarının gösterdiği gibi, çeşitli yollarla yapılabilir. Ulusal kanun koyucu için bunun anlamı, ulusal bağlam ve yasal gelenekler çerçevesi içinde karar vermektir. Bu yollardan biri, birçok Avrupa ülkesindeki model gibi dini cemaatler için tüzel kişilik olarak ayrı bir statü verilmesidir. Diğer bir model, dernekler kanununda özel bölüm ya da kısım oluşturmak şeklinde olabilir. Bu modelde dini cemaatlere kendi yapı ve özelliklerine uygun biçimde kayıt olmaları hakkını verecek biçimde bir dernek kategorisi oluşturulur. Cemaat kendisi bir dernek olarak kayıt olamazsa bu dini cemaatin özerkliğine engel olmak anlamına gelecektir. Sonuç olarak cemaatin iç dini kuralları derneğin yönetim kuralları olamaz. Çünkü dernek, dernekler hukukuna uygun olarak örgütlenecektir. Herhangi bir model, gayrimüslim dini cemaatlerin vakıf biçimini kullanmadan mahkemelere yeterli erişimini sağlamayı ve mülkiyet edinmeyi garanti etmelidir. Ancak o zaman Türk sistemi tamamen Avrupa standartlarına ve özellikle AİHS'in 9 ve 11. maddelerinin gereklerine uygun hale gelecektir.

76. Bu arada, böyle genel bir reform kabul edilinceye kadar, Venedik Komisyonu, Türk makamlarına mevcut yasal sistemi gayrimüslim dini cemaatler üzerindeki kısıtlamaları (vakıflar ve dernekler hakkındaki kanunlar) en aza indirecek biçimde yorumlama ve uygulamalarını talep eder. Bu liberal ve esnek yorumlama ve uygulama talebi her iki durum için ve Anayasanın 24. maddesi, Medeni Kanunun 101. maddesi ve diğer kullanılabilecek hükümler için geçerlidir.

77. Dernekler Yasasına ilişkin olarak, şu anda derneklerin tamamen veya kısmen dini amaçlar için kayıt olmasında sorun olduğu görülmektedir. Türk mevzuatında açıklık eksikliği vardır ve idare dini cemaatlere hoşgörüsüz olmaya eğilimlidir. Bu, dinlerini desteklemek amacıyla kurulan derneklerini kayıt etmek için mahkemeye gitmek zorunda kalan Yehova Şahitleri örneğinde görülmüştür. Venedik Komisyonu, Türk makamlarının mevcut yasaları dini cemaatleri dernek olarak kayıt etmeyi sağlayacak biçimde yorumlamalarını ve uygulamalarını tavsiye eder.

78. Vakıflar Yasasına ilişkin olarak, dini cemaatlerin mülkiyet edinmesiyle ilgili çeşitli sorunların bulunduğu görülmektedir. Temel sorun, kendilerinin mülkiyet sahibi olamaması ve vakıf aracılığıyla mülk edinebilmeleridir. Bu sorun giderilmelidir. Fakat bunun yapılmaması, meseleyi, erişimi kolay olan ve yeni vakıf kurmayı, eski vakıfların yeni mülk edinmesini ve sahip olduğu mülkiyet üzerinde haklarını etkin biçimde kullanmayı kolaylaştıran AİHS ve diğer Avrupa standartları nezdinde önemli bir sorun haline getirmektedir.

79. Bu bağlamda Türk makamları ve Türk mahkemeleri tarafından, Medeni Kanunun 101 (4). maddesinin belli bir dini cemaati veya cemaatin belli bir faaliyetini desteklemek amacıyla yeni bir derneğin kurulmasını yasakladığı şeklinde yorumlanması rahatsız edicidir. Venedik Komisyonu, bir dini cemaatin

belirli bir dini amaçla kurulması veya belirli bir dini faaliyette bulunmasının yasaklanması için meşru bir neden görememektedir. Komisyon bu nedenle Medeni Kanunun 101. madde 4. fıkrasının dini cemaatleri veya dini faaliyetleri desteklemek amacıyla vakıf kurulmasını yasaklayacak şekilde yorumlanmamasını ve uygulanmamasını tavsiye eder. Ayrıca, yetkili makamlar tarafından 1974'ten sonra el koyulan mülklerin sahiplerine geri verilmesine ilişkin bütün olağanüstü durumlar ele alınmalı ve sorun AİHS'in gereklerine uygun olarak çözülmelidir.

5. İstanbul Ortodoks Patrikhanesinin “Ekümenik” Sıfatını Kullanma Hakkı

A. Patrikhanenin “Ekümeniklik” Niteliği

80. Parlamenter Meclisi'nden Venedik Komisyonu'na yapılan çağrının ikinci talebi İstanbul'daki Yunan Ortodoks Patrikhanesi'nin “ekümenik” sıfatını kullanma hakkının Avrupa standartları bakımından değerlendirilmesidir. Çağrının bu bölümü, Türk makamlarının resmi olarak Patriği “ekümenik” olarak tanımaması ve onu sadece Yunan Ortodoks Kilisesinin Türkiye'deki lideri olarak görmesinden hareketle yapılmıştır.

81. Hukuki bir değerlendirmeye girmeden önce, iki temel gerçek vurgulanmalıdır. Birincisi, Patrikhane kendini “ekümenik” olarak görmektedir. Bu unvan Patrik tarafından 6. Yüzyıl Bizans döneminden başlayarak şehrin Osmanlı Yönetimine girmesine kadar devam etmiştir. Patrikhane hiçbir zaman resmi veya fiili olarak bu unvandan vazgeçmemiştir ve unvanı kurumun işlevsel ve yapısal kimliği açısından zaruri görmüştür.

82. İkinci gerçek, İstanbul'daki Ortodoks Patrikhanesi diğer ülkelerdeki Ortodoks kiliseleri tarafından (aynı şekilde diğer dini cemaatlerce de) “ekümenik” olarak tanınmaktadır. Öncelikle bu kurumun Batı Avrupa ve Kuzey ve Güney Amerika'daki Ortodoks cemaatler dahil birçok ülkedeki Ortodoks kiliseleri üzerinde doğrudan idari yetkisi bulunmaktadır. İkincisi, diğer özerk veya müstakil Ortodoks kiliseler tarafından ekümenik ruhani lider olarak tanınmaktadır.⁸⁰ Patrik Ortodoks piskoposlar arasında şeref bakımından birinci sıradadır; Ortodoks başpiskopos konseylerinde bir kişi veya delege tarafından temsil edilir. Ortodoks toplumda ve özellikle öteki Hristiyan mezhepleri ile ilişkilerde baş konuşmacı olarak hizmet verir. Diğer patrikler veya müstakil Ortodoks kiliseleri üzerinde doğrudan yargılama hakkı yoktur ancak olağanüstü durumları görüşmek için olağanüstü ruhani meclisleri toplama imkânına sahiptir. Aynı zamanda son 40 yıldır Pan Ortodoks Meclislerinin etkin katılımlı toplantılarını yönetmektedir. Bu haliyle kendisinin asli işlevlerinden biri Kilisenin bütünlüğünü korumaktır.

⁸⁰ Buna bazı Ortodoks kiliselerinin itiraz edip etmediği, geneli etkileyen ve Komisyonun değerlendireceği bir husus değildir.

83. Patrikhanenin “ekümenik” olup olmadığını değerlendirmek Venedik Komisyonuna bağlı değildir. Bunu belirlemek patrikhanenin ve Ortodoks Kilisesinin işidir. Ancak Venedik Komisyonu, kavramın Ortodoks Kilisesi tarafından algılandığı haliyle Patrikhanenin “ekümenik” kurum olduğunu tespit eder. Bu, bir hükümetin, mahkemenin veya komisyonun nasıl gördüğünden bağımsız olarak Patrikhanenin kendi iç, dini adlandırmasıdır.

B. Türk Hükümetinin Patrikhane'nin Ekümenik Sifatını Tanımaması Hakkında Değerlendirme

84. Patrikhanenin ekümenik niteliği bu nedenle en başta hukuki değil ruhani, dini bir meseledir. Bununla birlikte Türk makamlarının Patrikhanenin ekümenik olmadığı yolundaki ısrarı nedeniyle⁸¹ ve özellikle 2007'den sonra Yargıtay'ın “Patrikhane Türkiye'deki Rum azınlığın kilisesi olarak dini yetki taşıyan bir kurumdur.” ve “Patrikhanenin ekümenik olduğu iddiasının hukuki bir temeli yoktur.” açıklamasıyla belli bir ölçüde hukuki bir konu haline dönüştürülmüştür.⁸²

85. Yetkili makamlar tarafından “ekümenik” unvanının inkârı Ortodoks topluluğun dini özgürlüğüne ve özerkliğine müdahale anlamına gelmektedir. Din özgürlüğü dini cemaatin kendi organizasyonunu, organizasyonun içyapısını, dini liderin belirlenmesini, din adamlarının seçimi ve eğitimini ve dini grubun resmi adlandırmasını içeren belli bazı özerklikler içerir. “Kilise özerkliği” veya “self determinasyon hakkı” olarak da bilinen bu prensip birçok üye devletin anayasalarında güvence altına alınmış (Alman Temel Kanunu madde 140, Weimar Anayasasının 137. maddesi ile ilişkili; Avusturya'nın 1867 Temel Kanununda Vatandaş Hakları kısmında) ve AİHM içtihadı tarafından kabul edilmiştir.

⁸¹ Türk makamlarının Patrikhanenin ekümenik statüsünü tanımaması kendini farklı şekillerde göstermektedir. Bunlardan biri, Türk makamları Patrik'e veya Patrikhane'ye hiçbir zaman “ekümenik” şeklinde atıfta bulunmazlar ve bunu yapanla tartışmaya hazırdırlar. Patrik, her zaman olduğu gibi, seyahat ettiğinde ve resepsiyon verildiğinde Türk büyükelçileri, orada bulunmalarının onun ünvanını kabul ettikleri anlamına gelmeyeceğini vurgulamaları hususunda, daima tembihlidirler.

⁸² Olayın arkaplanında Patrikhane ve Bulgar Ortodoks Kilisesi rahibi arasındaki tartışma vardır. Patrikhane kendi başına tüzel kişilik olmadığı için davaya taraf olarak, Patrik kendisi Dimitri Bartolomeus Arhondon, adıyla dahil olmak üzere, birçok şahıs bulunmuştur. Bkz. Yargıtay 2007 yargılaması, 4. Ceza Dairesi Dava no: 2005/10694, (İngilizce çevirisi mevcuttur.) Dava neticesinde Patrik beraat etmiştir. 21 Mayıs 2008 tarihli 2007 İlerleme Raporunda ((2007/2269(INI), Avrupa Parlamentosu, Konseyin tarafından 24 Temmuz 2007 tarihinde devam eden Ekümenik Patrikhane ile ilgili Yargıtay Davası hakkında ifade ettiği kaygıları paylaşmıştır. Aynı şekilde 10 Şubat 2010 tarihli 2009 İlerleme Raporunda da (P7_TA-PROV(2010)0025, provisional edition), bunu yinelemiştir.

86. Dini bir cemaatin öz yönetim hakkı, onun kendi organizasyon yapısını belirleme hakkını da içerir. Bu belirleme, uluslararası bir kilise veya topluluk içinde hatta Katolik Kilisesi gibi dünya çapında bir organizasyon yapısı içinde ulusal bir kilise veya dini topluluk entegrasyonu olmayı içerdiği gibi aynı zamanda bölgesel veya yerel düzeyde bir şube ve dini cemaat olmayı da içerir. Bu tür örgütsel farklılaşmanın yasal dayanağı bir taraftan topluluğun dini tüzük, fıkıh vb. iç hukuku olacak, diğer taraftan tek devletlerin hatta belli yapıları tarikatları kabul eden uluslararası kamu hukukunu tamamlayan uluslararası anlaşmalar olacaktır.

87. Bir devlet dini bir grubun bu dâhili yönlerine müdahale etmeye karar verirse onun özerkliğine müdahale etmiş olur ve bu nedenle Sözleşmenin 9. maddesindeki hakları ihlal etmiş olur. AİHM birçok davada madde 9'da belirtildiği üzere dini liderin kişiliğinin cemaat üyelerinin sahip olduğu önemi taşıdığı ve cemaatin örgütsel yaşamına katılımın kişinin dinini yaşamasının tezahürü olduğunu bildirmiştir. Bulgar Ortodoks Kilisesinin ve diğerlerinin Kutsal Synod davasında bir kez daha teyit edilmiştir ki, Sözleşmenin 11. maddesi ışığında yorumlanan 9. maddesi uyarınca inananlarının dini özgürlüğü, devletin cemaat organizasyonuna keyfi müdahalesinden uzak biçimde cemaatin çalışmasına izin verilmesi beklentisini de kapsar. Dini cemaatin özerk varlığı demokratik toplumda çoğulculuğun vazgeçilmez bir ögesidir ve Sözleşmenin 9. maddesinin tanıdığı korumanın merkezini teşkil etmektedir. Şayet cemaatin örgütsel yaşamı Sözleşmenin 9. maddesi ile korunmazsa bireysel dini özgürlüklerin bütün yönleri savunmasız hale gelecektir.⁸³

88. Din adamlarının ikamet durumuna ve onların eğitimi için okul açmaya dair koşullarla ilgili kararlar müdahale anlamına gelebilir. Aynı durum yeni bölümlerin açılması gibi belli örgütsel kararların yasaklanması ya da kilisenin veya dini grubun belli bir ismi kullanmasını yasaklamak için de geçerlidir. İsimlerle ilgili birçok sorun, yasal veya fiili bir durum olarak belli dini grupların önemsenmesiyle; onların gelenekleri, kurucuları ve peygamberleriyle ilişkileriyle kabul edilmesiyle ilgilidir. İsim sorunları bazen devlet makamlarının da müdahil olacağı rakip gruplar arasında münakaşa nedeni olabilir. Devlet bu rekabette tarafsızlık ilkesine saygısını korumazsa Sözleşmenin 9. Ve 11. maddelerindeki hakları ihlal etme riski doğacaktır. Bu tür davalarda AİHM, söz konusu cemaatin ve başvuranın, Sözleşmenin 9. maddesiyle ilgili olarak dâhili örgütüne hukuksuz ve adaletsiz müdahale olup olmadığını devlet mevzuatı ve işleyişi yönünden inceler. Ancak Kilise liderlerinin mezhepsel meşruiyetini belirlemek Mahkeme'nin görevi değildir.⁸⁴

⁸³ 22 Ocak 2009 tarihli dava.

⁸⁴ Ibid.104.

89. Her durumda devletin müdahalesi düzeyinde bir eylemle bu düzeyde olmayan ihmal veya eylem arasında bir çizgi çekilmelidir. Buna göre dini kimliği oluşturan bir unsur olarak belli bir ismin kullanılmasını açıkça yasaklamak 9. maddenin ihlali anlamına gelen bir müdahaledir. Resmi işlemlerde veya yazışmalarda farklı ismin kullanılması ise –duruma göre değişmekle beraber- salt siyasi bir sorundur; sözleşmenin esas aldığı bir hukuki durum değildir. Aynı husus, devlet makamları, kilisenin veya dini grubun liderinin özel konumunu yansıtan bir kelimeyi kullanmadığında da geçerlidir. Bununla birlikte yeniden adlandırma politikası öncelikle bir siyaseten doğruluk sorunu olup AİHS çizgisinde olmayan ve özellikle 14. maddeye aykırı olarak dini gruplar arasında ayrımcılık yapılması gibi diğer sorunlarla birleşiyorsa bu “müdahale” düzeyine gelmiş olabilir. Bu bağlamda AİHM’in açıkça şu görüşte olduğu unutulmamalıdır: “Devlet makamlarının, ulusal kamuoyu desteğini, azınlıkların görüşlerini –hiç rağbet görmese bile- mahkum etmek pahasına sağlamaya çalışmadıkları hususunda özenli olduklarını göstermeleri gerekir.”⁸⁵

90. Dolayısıyla Türk hükümetinin Patrikhanenin kendini “ekümenik” olarak adlandırması hakkına müdahale etmesi Ortodoks cemaatinin dini özgürlüğüne müdahale etmesi demektir. Bu hak, eğer yerindelik ve meşruiyet yönünden hukuki referans gerekiyorsa AİHS 9. madde 2. paragrafına dayanarak kabul edilebilir. Bu tür ihlallerin varlığı ve gerçekleşme ölçüsünü değerlendirmek Venedik Komisyonunun işi değildir. Komisyon, Türk makamlarının Patriğin ekümenik unvanını kullanmasını önlemeye çalıştığına dair doğrudan bir delil görmemiş ve böyle bir iddiayı duymamıştır. Patriğin veya takipçilerinin bu unvanı kullanmasının herhangi bir yaptırımının olacağı sanılmamaktadır. Dahası, onun gerek kiliselerin yönetiminden sorumlu olması gerekse başka şekillerde dini liderliği yerine getirmesi gibi ekümenik işlevlerini yerine getirmesini durdurmaya yönelik doğrudan bir girişimin olmadığı görülmektedir. Son zamanlarda, bazı değişim işaretleri de görülmektedir ve yakın zamanda Başbakan Erdoğan’ın “Ekümeniklik, Ortodoks Kilisesinin bir iç meselesidir.” şeklindeki ifadesi kaydedilmiştir.

91. Bununla birlikte, Venedik Komisyonu, devlet makamlarının -doğrudan veya dolaylı olarak- Patrikhanenin “ekümenik” unvanını kullanmasını engellemesinin, 9. maddede yer alan hakların engellenmesi olacağını vurgular. Çünkü bu durumda meşru amaçların gözetilmesi ve ölçülülük prensibinin gereklerinin yerine getirilmesi bakımından haklı bir gerekçe görülmemektedir.

92. Yargıtay’ın 2007’de verdiği bir karara gelince, Komisyonun görüşü şöyledir: Laik bir mahkemenin, dini bir liderin ekümenik olup olmadığı konusunda karar verme ehliyeti ve yetkisi yoktur. Patrikhane, mahkemenin değerlendirme sonucuna göre daha fazla veya daha az ekümenik olmaz. Ancak

⁸⁵ AİHM, Svyato-Mykhaylivska Parafiya v Ukrayna, Dava: 14 June 2007, § 117.

ulusal mahkeme, kendini dini liderin iç mezhepsel liderlik konumu hakkında yetkili görmesiyle 9. maddenin açıkça ihlal edilmesi bakımından sorun yaratır.

93. Bir müdahalenin haklı bulunması olasılığı konusunda Venedik Komisyonu, ancak istisnai durumlarda bir dinin belli bir ismi seçmesi ve kullanmasının reddedilmesinin haklı görülebileceğini bildirir. Patrikhanenin kullanılagelen “ekümeniklik” unvanını kullanmasıyla söz konusu durum için 9. madde 2. paragrafta listelenen kamu güvenliği, kamu düzeni veya diğer kaygılardan herhangi birinin geçerli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

94. Türk makamlarının ve Yargıtay’ın Patrikhanenin ekümeniklik niteliğini reddetmesine temel olarak alınan, 1923’te Türkiye Cumhuriyeti ile İngiliz İmparatorluğu, Fransa, İtalya, Japonya, Yunanistan, Romanya ve Sırp Hırvat ve Sloven devletleri arasında yapılan Lozan Antlaşmasıdır. Tartışma, Patrikhanenin, ekümeniklik statüsünden vazgeçmesi şartıyla İstanbul’da kalmasına izin verildiği konusundadır. 2007 yargılamasında, 2009’da Türk delegasyonu tarafından Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin izleme komitesi başkanına gönderilen mektupta⁸⁶ ve 2009’da Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserine Türkiye’deki azınlık hakları konusunda hazırlanan rapor üzerine Türk makamları tarafından yapılan yorumda bu açıklama yer almıştır.⁸⁷ Bu argümanın desteklenmesi, çeşitli sebeplerle mümkün değildir.

95. Öncelikle, AİHS ile Lozan Antlaşması arasında bir çatışma olduğu varsayılsa dahi ikincisi birincisinden üstün değildir. İstisnalar dışında AİHS’nin 57. maddesine göre ve Anlaşmalar Hukuku hakkındaki Viyana Sözleşmesi’nin 30. maddesinin 3. ve 4. paragrafları ile Japonya haricinde⁸⁸ tüm Lozan Antlaşması tarafları noktasından hareketle, Türkiye AİHS’e hiçbir kısıtlama olmaksızın kesin olarak bağlıdır. Aksine, 31. madde dikkate alındığında, İnsan Hakları Sözleşmesinin evrensel düzeyde (CCPR) Lozan Antlaşmasının tüm taraflarınca ve Avrupa düzeyinde (ECHR) de biri dışında tüm taraflarca onaylandığı

⁸⁶ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi Türk Delegasyonu tarafından 23 Haziran 2009 tarihinde, Türkiye’deki gayrimüslim azınlıkların ve Doğu Yunanistan’daki Müslüman azınlıkların dini özgürlükleri hususunda Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komisyonunun geçici raporuna cevap olarak yazılmış mektup.

⁸⁷ Türkiye Cumhuriyeti’nden yorumlar, Sn. Hammarberg’in Avrupa Konseyine sunduğu 1 Ocak 2009 tarihli raporun eki, cf. CommDH(2009)30, p. 43, Burada Türk makamları, Lozan Antlaşması tutanaklarının “neden ‘ekümenik’in anlaşmaya aykırı olduğunu ve Patrik’in kendisinin Türk vatandaşı olması gerektiğini” geniş bir şekilde açıkladığını savunurlar. Yetkili makamlar daha sonra “ekümenik” ünvanının Patrikhane tarafından, başkalarının dini özgürlüklerine müdahale için bahane olarak kullanılamayacağını belirtirler. Bu elbette doğrudur, fakat mevcut tartışma ile ilgili değildir.

⁸⁸ “Sırp-Hırvat-Sloven Krallığı” üyeliği ardıl devlet kuralları temelinde değerlendirilebilir.

düşünülürse Viyana Sözleşmesinin 31. maddesi anlamında “sonraki antlaşma” ve “sonraki uygulama” olduğu ileri sürülebilir.

96. İkincisi, antlaşmanın kendi hükümleri açısından ki bunlarda Patrikhaneden hiç söz edilmemektedir ve Patrikhanenin ekümeniklik niteliği hakkında herhangi bir husus bulunmamaktadır. Buna karşılık antlaşmanın 38. maddesi, Türkiye’de yaşayan herkes için, gayrimüslimlere açık göndermeyle, kapsamlı dini özgürlükler içermektedir. 39. madde, Türk vatandaşları arasında din ve dil ayrımı niteliğindeki her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır.

97. Üçüncüsü, Lozan Antlaşmasının ön hazırlıklarına bakıldığında veya yorumlamanın tamamlayıcı bir ögesi olarak sonuç kısmına bakılınca, (Antlaşmalar Hukuku hakkında Viyana Kongresinin 32. maddesi) farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Tam tersine, bu aşamaları incelemiş olarak Venedik Komisyonu, tarafların Patrikhanenin “ekümeniklik” konumunu lağvetmeye yol açacak herhangi bir kanıt bulunmadığını beyan eder.⁸⁹ Bununla birlikte Türk Makamları 19 Ocak 1923’te tarafların temsilcilerinin Patrikhanenin İstanbul’da kalıp kalmayacağı konusundaki çekişmeli sorunu tartıştıkları toplantı tutanaklarına göndermede bulunurlar. Bunun büyük bir hassasiyete sahip temel bir konu olduğu, toplantı başkanı Lord Curzon tarafından önerilen bir ara çözümle çözüldüğü tutanaklardan açıkça anlaşılmaktadır. Çözüm şuydu: Daha önce olduğu gibi, Patrikhanenin “salt dini bir kurum” olarak ve “siyasi ve idari bir karakter taşımadan” kalmasına izin verilecekti. Osmanlının Patrikhaneye sağladığı idare ehliyeti ise kaldırıldı. Bununla birlikte Lord Curzon’un yaptığı açıklamadan, onun Patrikhanenin dini ve mezhepsel doğasını değiştirmek gibi bir amacı olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Diğer birçok temsilci de açıkça “ekümenik” konumunun merkezinde bulunan Patrikhanenin diğer ülkelerdeki inananlar için taşıdığı ruhani öneme atıfta bulunmuşlardır.⁹⁰ Lord Curzon’un önerdiği uzlaşma biçimini kabul eden Türk temsilci de buna karşı çıkmamıştır. Bu nedenle tutanaklar, Türk makamlarının iddia ettiklerinin aksine, Patrikhanenin İstanbul’da tüm dünyadaki Ortodoksların ruhani rehberliğini yapan bir kurum olarak kalmasına izin verildiğini doğrulamaktadır.

98. 1923 Lozan Antlaşması, bu nedenle hiçbir şekilde Patrikhanenin “ekümeniklik” unvanını kullanmasını sınırlamaz.

99. Türk makamları, AİHS’in 9. maddesinin kesin bir gereği olarak Patrikhanenin bu unvanı kullanmasını engellemek yükümlülüğündedir.

⁸⁹ Lozan Antlaşmasına hazırlık toplantılarının tutanakları İngilizce basılıdır ve ilgili bölümlerin nüshaları Türk makamları tarafından bize lütfen sağlanmıştır.

⁹⁰ Örneğin Yunan temsilci, Sayın Venizelos, İstanbul’un Ortodoks Kilisesinin başı olmaya devam etmesi gerektiğini, bunun Türkiye için de önemli olduğunu vurgulamıştır.

Bununla birlikte AİHS'den Türk makamlarının Patrikhaneden söz ederken bu unvanı kullanması gerektiği veya bu unvanı resmi olarak tanınması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Resmi makamlar bu unvanı kullanmak istemezlerse, AİHS'e göre bunun başkalarınca kullanımını engellemediği sürece bunda tamamen serbesttirler.

100. Ancak “ekümenik” kelimesi düşünüldüğünde, bu kelime Patrikhanenin unvanının bir parçasını oluşturmaktadır ve bu 6. yüzyıldan beri böyle olmuştur. Bu unvan yaygın biçimde tanınmış ve küresel düzeyde kullanılmıştır. Venedik Komisyonu gerçek veya tüzel kişilerin, Ekümenik Patrikhaneyi bu tarihi ve genel olarak tanınmış unvanıyla anmaması için hiçbir neden görememektedir.

C. Patrikhane İçin Diğer Temel Konular

101. Sembolik nedenlerle ve ilkesel anlamda önemli olsa da Patrikhanenin ekümenik niteliğinin Türk makamlarınca tanınmasındaki eksiklik çok önemli değildir. Patrikhane, bir ölçüde dolaylı olarak ekümeniklikle ilgisi olan daha maddi ve özel başka sorunlarla karşılaşmaktadır. Ekümenik Patrikhanenin temel sorunu, kurumsal olarak bulunduğu yerle uluslararası rolü arasındaki boşluktur. Bir yanda Patrik dış ülkelerdeki yüz milyonlarca Ortodoks müminlerinin ruhani lideridir. Aynı zamanda Türkiye’de yaşayan Yunan Ortodokslarının sayısı gittikçe azalmaktadır ve bugün bazı tahminlere göre 2500 kişi kalmıştır. Türk hukukuna göre Patrik’in ve başpiskoposların Türk vatandaşı olma zorunluluğu- Hükümetin 1971’de Heybeliada Ortodoks Ruhban Okulunu kapatması ve Patrikhaneyi din adamı yetiştirmekten mahrum bırakması olayıyla ilişkili olarak- gibi nedenlerle sorunlar artmaktadır. Bununla ilgili bir sonuç olarak Patrikhanenin uzun vadede bir kurum olarak varlığını sürdürmesi zorlaşabilecektir.

102. Vatandaşlığa ilişkin zorunlulukların ve Heybeliada Ruhban Okulunun kapalı kalmasının inanç özgürlüğü açısından AİHS’in 9. maddesine göre ve Avrupa standartlarına uygun olup olmadığını değerlendirmek Venedik Komisyonunun görüş belirtebileceği alanın dışında kalmaktadır. Ayrıca, “ekümenik” unvanının kullanılması –her ne kadar Patrikhanenin ekümenik niteliği din adamları için sıkı vatandaşlık gereklerine ters düşebileceğinden ve ruhban eğitiminin yeniden açılmasını gündeme getirebileceğinden, iki konunun birbiriyle dolaylı olarak bağlantılı olduğu ileri sürülebilse de- şarta bağlı değildir.

103. Venedik Komisyonu; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, AB Komisyonu ve öteki birçok uluslararası gözlemcinin “ Türk hükümeti, Ruhban eğitiminin yeniden açılması için bir çözüm bulmalı ve vatandaşlık şartlarını Patrikhanenin İstanbul’daki varlığını devam ettirmesine imkân verecek biçimde düzeltilmelidir.” biçimindeki tutumunu destekler.

104. Bu bağlamda, Komisyon, din adamlarının eğitilmesi ve istihdamının dini özgürlüğün temel ögesi olduğunu ve ulusal makamlarca buna yönelik herhangi bir engellenmenin AİHS'in 9. maddesinin ve 1 No'lu protokolün 2. maddesinde korunan eğitim hakkının ihlali anlamına gelebileceğini vurgular.

6. Sonuçlar

105. Venedik Komisyonu devlet ve dini cemaatler arasındaki ilişkilerin birçok ülkede hassas bir konu olduğunun tam olarak farkındadır. Bu, ilgili ülkenin tarihine ve geleneğine göre değişir. Bütün Avrupa devletleri dini özgürlüklere ilişkin AİHS'te yazılı ilkelere tamamen saygılı olsalar da bu konuda tek bir Avrupa modeli bulunmamaktadır.

106. Türkiye'de ise durum özellikle karmaşık görünür. Türk Devletinin siyasi ve anayasal geleneğine güçlü bir şekilde sindirilmiş olan laikliğin bu ülkede özel bir algılanma şekli vardır ve toplumda laikliğin kapsamı ve anlamı konusunda hararetli bir tartışma yaşanmaktadır. Bu, hukuki çerçevenin dışına taşan ve Komisyonun dâhil olmayacağı bir tartışmadır.

107. Komisyon, son yıllarda Türk hukukunda gayrimüslim dini cemaatlerin durumunu, özellikle vakıf sistemi altında mülkiyet edinme hakkı ve dini cemaati desteklemek için dernek kurma olanağı sağlamak suretiyle, iyileştiren önemli bazı reformların gerçekleştirildiğini kabul eder ve memnuniyetle karşılar. Bu reformlar, Türkiye'deki gayrimüslimlerin dini özgürlüklerine tam saygı gösterilmesini garanti etmeye katkı sağlamaları bakımından önemlidir. Bu tür reform süreçleri doğal olarak zaman alır ve sadece yasal düzeltmelerle değil, idare ve mahkemelerin zihniyetinin değişmesiyle tamamlanır.

108. AİHS'in 11. madde ile bağlantılı olan 9. maddesinde korunduğu şekliyle, dini özgürlüklere ilişkin temel haklar, diğerlerinin yanı sıra, dini cemaatlerin tüzel kişilik kazanması imkânını da içerir. Bu hususun ehemmiyeti, yargıya erişim hakkından ve mülkiyet hakkının korunmasından daha az değildir. Venedik Komisyonu AİHS'in 9. maddesinin 2. paragrafının ve 11. paragrafının gereği olan hakların gayrimüslim dini cemaatlere tanınmamasını haklı görmez.

109. Venedik Komisyonu, dolayısıyla Türk makamlarını, reform sürecini sürdürmeleri ve gayrimüslim cemaatlerin tüzel kişilik kazanabilmelerini mümkün kılacak yasal düzenlemeleri yapmaları konusunda teşvik eder. Bunun nasıl yapılacağına dair Avrupa'da birçok örnek bulunmaktadır ve Türk makamları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olduğu sürece, bunlardan kendileri için en uygun olanı seçmekte serbesttirler. Böyle bir yasal düzen gelirken mevcut kurallar, vakıf ve dernekler kanunu dâhil, dini özgürlüklere yönelik kısıtlamaları, dini cemaatlerin kendi tüzel kişilikleri olmadığından hareketle, en aza indirecek şekilde yorumlanmalıdır.

110. Patrikhane'nin "ekümenik" unvanını kullanması hakkı hususunda da, Komisyon bu hakka yönelik bir müdahalenin AİHS 9. maddesi nezdinde

Ortodoks Kilisesinin özerkliğine müdahale olacağını beyan eder. Komisyon, Türk makamlarının Patrikhaneyi bu unvanı kullanmaktan men ettiği yolunda bir belirti bulunmadığını ve Türk makamlarının kendilerinin bu unvanı kullanmak gibi pozitif bir yükümlülük altında olmadıklarını bildirir. Ancak Komisyon, gerçek veya tüzel kişilerin tarihi ve genel kabul görmüş “Ekümenik Patrikhane” adını kullanmamaları için bir sebep görememektedir.

YARGI KONSEYLERİNE DAİR AVRUPA HAKİMLERİ İSTİŞARE KONSEYİ TARAFINDAN HAZIRLANAN TASLAK GÖRÜŞ ÜZERİNE YORUMLAR⁹¹

Sn. Hanna SUCHOCKA⁹²

⁹¹ Venedik Komisyonu'nun bu raporu Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Gen. M üdürlüğü'nden Hâkim Ömer Faruk Altıntaş tarafından çevrilmiştir.

⁹² Üye, (Polonya) görüşleri temel alınarak Venedik Komisyonunun 72 inci Genel Kurulunda kabul edilmiştir. Venedik, 19-20 Ekim 2007. Strasburg, 26 Ekim 2007;CDL-AD(2007) 032; Study No. 403 / 2006

Giris

1. Avrupa Hâkimleri İstişare Konseyinin (AHİK) 2007 yılı Görev Tanımlaması (AHİK(2007) 2, madde 4.i); AHİK'den, yargı konseylerinin yapısına ve rolüne dair bir görüş kabul etmesini ve bu görüşle ilgili olarak Venedik Komisyonu ile istişarede bulunmasını öngörmüştür.
2. Komisyon, yukarıda sözü edilen istişare sadedinde, 70 inci oturumunda (Venedik, 16-17 Mart 2007) AHİK'nin 10 nolu görüşünün tavrına bir katkı olarak hâkim atamalarına dair raporunu kabul etmiştir. Komisyon, raporunu, AHİK bünyesindeki Çalışma Gruplarının Roma (28-29 Mart 2007) ve Graz (25-26 Haziran 2007) toplantılarında takdim etmiştir.
3. AHİK, Graz toplantısında AHİK-GT tarafından kabul edilen 10 nolu taslak Görüşü (AHİK(2007)5PROV2) yorumlaması için Venedik Komisyonuna çağrıda bulunmuştur.
4. İş bu raporda sunulan yorumlar sözü edilen talebe tekabül etmektedir. Mevcut açıklamalar, Venedik Komisyonu tarafından 72 nci Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 19-20 Ekim 2007) kabul edilmiştir.

Genel Düşünceler

5. Komisyon, genel olarak 10 nolu Görüşü memnuniyetle karşılar ve yargı bağımsızlığının teminatına yönelik temel bir unsur olarak yargı konseyleri üzerine yoğunlaşan Görüşün ana temasını tamamıyla onaylar.
6. AHİK'nin görüşüne katkısında Venedik Komisyonu, hâkim atamalarının önemini vurgulamıştır; çünkü bu husus, yeni ve eski demokrasilerde temel problemlerin müsebbibi olarak görülmektedir. Ancak bu keyfiyet, yargı konseylerinin eğitim gibi diğer görevlerinin daha az önemli olduğu anlamına gelmemektedir; aksine, Komisyon, bu gibi diğer hususların taslak Görüşte ele alınış biçimini de tasvip eder.
7. Venedik Komisyonu, özellikle disiplin meseleleri açısından yargı konseylerinin çalışma biçiminin şeffaflığına dair AHİK-GT'nin hassasiyetini (taslak Görüş, paragraf 95) bütünüyle paylaşır.
8. Bununla birlikte Komisyon, taslak Görüşte takdim edilen bazı hususların Hâkim Atamalarına dair Komisyon Raporunda benimsenen yaklaşıma bütünüyle tekabül etmediğini not eder. Komisyon, bu hususların, 21-23 Kasım 2007 tarihlerindeki oturumunda görüşünü kabul edecek olacak AHİK'ye net bir mukayese imkanı sağlamak üzere altını çizerek. Bağımsız bir kurum olarak AHİK'nin, Venedik Komisyonunun tavsiyelerini izlemek zorunda olmadığı pek tabiidir.

Yargı Konseylerinin Oluşumu

9. AHİK görüşü ile Komisyon raporu arasındaki en büyük kesişme Yargı Konseyinin oluşumu ile ilgilidir. Venedik Komisyonu, “Yargı Konseyi üyelerinin önemli bir kısmı veya salt çoğunluğu bizatihi Yargının kendisi tarafından seçilmelidir” (rapor, paragraf 29) derken; AHİK, “her türlü kötüye kullanma ve gayri makul baskılardan korunmak için yargı konseyi üyelerinin % 75’i hâkim olmalıdır” (taslak görüş, paragraf 18) mütalaasında bulunmuştur. Bu farklılık, tam bir tezat teşkil etmemektedir; zira, hâkim üyeler elbette yargı dışında başka organlar tarafından da atanabilirler. Bununla birlikte aşıkâr olan husus şudur ki; Komisyon, yargı konseyi üyeleri toplamının yarısına yakını anlamına gelen, *hâkimlerin “önemli bir kısmı”* ibaresini de kabul edebilir.

10. Mamafih, “yargı konseyinin diğer üyeleri, muhtemel menfaat çatışmaları dikkate alınmak suretiyle uygun hukuk formasyonuna sahip kişiler arasından Parlamento tarafından seçilmelidir” mütalaasında bulunan Komisyon ile bu görüşün tam karşısında, Parlamento tarafından yapılacak seçimleri kabul eden ancak “atamaları siyasi olmayan bir makama havale eden bir sistemi açıkça öven” AHİK-GT arasında açık bir tezattan söz etmek mümkündür. Komisyon, üyelerin seçimine Parlamantonun dahil olmasının yargı konseyinin demokratik meşruiyetini sağlayacağı görüşündedir. Mamafih, Parlamento tarafından yapılacak seçimlerle ilgili olarak, hem AHİK-GT ve hem de Komisyon’un dengeli bir temsili sağlamak için nitelikli çoğunlukta ısrarcı olduğunu belirtmek uygun olacaktır.

11. Yargı konseyi içerisinde devlet başkanının muhtemel rolüne ilişkin mevcut farklılığın yanı sıra; AHİK-GT, yargı konseyi üyeleri arasında her hangi bir bakanın bulunamayacağı hususunda ısrar etmektedir (paragraf 23). Venedik Komisyonuna göre, bazı şartlar altında, örneğin “bakanın mevcudiyeti yargı konseyinin bağımsızlığına hâlel getiriyor gözüküyorsa, Adalet Bakanının yargı konseyi üyeliği kabul edilebilir. Bununla birlikte Adalet Bakanı, disiplin tedbirlerinin uygulanması gibi hususlardaki konsey kararlarının oluşumuna iştirak etmemelidir”. Yargı konseyinin sadece bağımsız değil aynı zamanda bağımsız gözükmesi ile ilgili AHİK-GT’nin daha sıkı pozisyonu son derece geçerli bir duruştur.

Yargı Konseyi Başkanı

12. Venedik Komisyonunun “Devlet Başkanı veya Cumhurbaşkanının şekli görevlere sahip olduğu parlamenter sistemlerde, bu görevi yürütenlerin yargı konseyi başkanı olarak atanmasında bir sakınca yoktur” şeklindeki görüşü (paragraf 35) AHİK tarafından benimsenmiş (taslak Görüş, paragraf 33) olmakla birlikte; diğer sistemlerde yargı konseyi başkanının bizzat yargı konseyi tarafından seçilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

13. En son ihtimalin cari olduğu [parlamentar olmayan] sistemlerde AHİK-GT yargı konseyi başkanının muhakkak hâkim olması gerektiğini savunurken; Komisyon, “Yargı konseyi başkanı, hâkim olmayan konsey üyeleri arasından seçilebilir” görüşünü önermektedir. Yargı konseyi başkanı konsey içerisinde önemli bir yere sahiptir; bu kabil bir düzenleme, hâkim sınıfı hegemonyası (sadece kendisi için en iyiyi talep, kendi meslek çıkarını koruma ve yargı içerisinde yandaş kayırmacılığı) görüntüsünden kaçınmaya yardımcı olacaktır.

Disiplin Usulü

14. Venedik Komisyonu, AHİK-GT’nin “yargı konseyi, bazı görevlerini icra ederken sadece hâkim üyelerden müteşekkil bir konsey şeklinde toplanır” (paragraf 20) şeklindeki önerisi ile mutabık değildir. Söz konusu önerinin arkasında, AHİK’nin sadece hâkim üyelerden müteşekkil yargı konseyi tarafından ele alınmasını istediği disiplin işlemleri meselesinin yattığı düşünülmektedir. Venedik Komisyonu başka bir modeli savunmaktadır. Her türlü “sınıf hegemonyasından” kaçınmak için, “disiplin uygulamalarına karşı bağımsız mahkeme önünde temyiz imkanı sağlanmalıdır” (paragraf 25) ifadesi ile Komisyon, meseleye farklı bir yaklaşım tarzı önermektedir. Buna göre Komisyonun önerisi şu şekildedir: disiplin tedbirlerinin uygulanması kararını, ilk aşamada, Konsey veya karma üyelerden müteşekkil bir komite almalıdır. Bu kabil bir karara karşı mahkeme önünde temyiz imkanı, yargı bağımsızlığı için ek bir güvence olacaktır.

15. Durum bu olmakla birlikte, AHİK-GT taslağı tam tersi bir öneride bulunmaktadır: “İlk aşamada, disiplin mahkemesinin görev ve yetki alanı dışında kalan disiplin uygulamaları, yargı konseyi üyesi hâkimlerin dışında diğer hâkimler tarafından seçilen ve sadece hâkimlerden müteşekkil farklı bir komisyon tarafından yürütülmelidir. Söz konusu komisyon tarafından verilen kararlar, Yargı Konseyi önünde temyizi kabil olmalıdır” (paragraf 64). Komisyon, böylesi bir usulde bağımsız bir mahkeme tarafından yapılacak denetim mekanizmasının mevcut olmadığı düşüncesindedir.

Mahkemelerin Yönetimi

16. Taslak Görüşün 42 nci paragrafında AHİK-GT, diğer tavsiyelerinin yanı sıra, “yargı yönetimi/mahkeme yönetiminin kolaylaştırılması” hususunun yargı konseyinin görevleri arasında olması gerektiğini tavsiye etmiştir. Komisyon, (binalar, idari personel, bilgi-işlem meseleleri gibi) mahkeme sisteminin gününbirlik yönetiminin, yargı konseylerinin iş yükünü arttıracığı ve bu durumun konseyi yargı bağımsızlığının temini gibi en önemli görevini yerine getirmekten alıkoyacağından korkmaktadır. Komisyon raporunda şunu ifade etmiştir: “Hâkim atamalarına yargı konseyinin iştiraki önemli olsa da, mahkemelerin yönetimi ile ilgili Adalet Bakanlığının yönetimine bırakılabilecek olan diğer hususların yargı konseyinin yetki alanına sokulması gerekmemektedir. ‘Yargı bağımsızlığını temin eden bağımsız bir konsey,

hâkimlerin kendi kendilerini yöneteceği anlamına gelmez. İdari yapısı itibarıyla yargı yönetiminin bütünüyle hâkimlerin eline bırakılması gerekli değildir”.

17. Yukarıdaki görüş, Venedik Komisyonunun “mahkemelerin yönetimi ve bütçesel konularda yetki öngören Kuzey Avrupa modeli”ne karşı olduğu anlamına gelmez. Komisyon daha ziyade; yargı konseylerinin, hâkim atamaları, hâkimlerin terfi ve kariyerlerine yönelmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Eğer gerekirse, farklı bir organ mahkemelerin yönetimi görevini üstlenebilir.

18. Sonuç olarak Komisyon, taslak Görüşün “özellikle farklı yargı yönetimi sistemlerinin mevcut olduğu ülkelerle” ilintili olarak algılandığını not eder. Komisyon, ister yeni ve isterse eski demokrasi olsun ve her ne çeşit yargı yönetimi sistemine sahip olursa olsun, yargı konseylerinin bütün ülkeler için eşit derecede önemi haiz olduğu görüşündedir.

Sonuç

19. AHİK-GT ile Venedik Komisyonunun yargı konseylerine yaklaşımları birçok açıdan örtüşmemektedir. Daha ziyade değişik derecelerde söz konusu olan yaklaşım farklılıkları, bir meseleden başka bir meseleye kendisini göstermiştir. Bazı hususlarda örtüşme olmasına rağmen; farklılıklar, yargı konseyinin oluşumu (karma oluşum karşısında sadece hâkimlerden müteşekkil bir yargı konseyi), yargı konseyi üyelerinin atanması (parlamento veya diğer organlar tarafından), yargı konseyi başkanı (başkanın yargıdan veya yargı dışından olması) ve disiplin uygulamaları (yargı konseyi kararlarının temyize tabi tutulması görüşüne karşın sadece yargı konseyi içerisinde itiraz yolunun mümkün olması) hususlarında ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, Venedik KoSmisyonu, Avrupa yargı bağımsızlığının tesisine ileri bir referans olarak 10 nolu görüşün kabulünü dört gözle beklemektedir.

Venedik Komisyonu, ileriki tartışmalar için, AHİK ve onun Çalışma Grubunun her zaman hizmetindedir.

YARGI SİSTEMİNİN BAĞIMSIZLIĞI HAKKINDA RAPOR BÖLÜM I:

HAKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI⁹³

Guido NEPPI MODONA (Yedek Üye, İtalya)

Angelika NUSSBERGER (Yedek Üye, Almanya)

Hjortur TORFASON (Üye, İzlanda)

Valery ZORKIN'in (Üye, Rusya)⁹⁴

⁹³ Venedik Komisyonu'nun bu raporu Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tetkik hâkimleri; Celalettin Dönmez, Hülya Çetin, Alpaslan Mamak, Selim Kurçenli, Bünyamin Alper Eşki ve Canan Kaya tarafından tercüme edilmiştir.

⁹⁴Görüşleri temel alınarak, Venedik Komisyonunun 82 nci Genel Kurulunda kabul edilmiştir (Venedik, 12-13 Mart 2010. Strasburg, 16 Mart 2010; CDL-AD(2010)004; Study No. 494 / 2008

GİRİŞ

1. Parlamenterler Meclisinin Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Başkanı tarafından, 11 Temmuz 2008 tarihli mektup ile Venedik Komisyonundan “yargı sisteminin bağımsızlığı hakkında Avrupa standartları” konusunda bir görüş vermesi talep edilmiştir. Komite, Avrupa'daki belli başlı hukuk sistemlerini dikkate alan karşılaştırmalı bir analiz temelinde, hem yürürlükteki mevzuatın ortaya konulması hem de “yargı sisteminin bağımsızlığı hakkında Avrupa standartları”nın daha da geliştirilmesi için öneriler ile ilgilenmiştir.
2. Komisyon bu raporun hazırlanması görevini Yargı Alt Komitesine vermiş ve bu Alt Komite; 16 Ekim 2008, 11 Aralık 2008, 12 Mart 2009, 10 Aralık 2009 ve 11 Mart 2010 tarihlerinde Venedik'te bu konuda toplantılar yapmıştır.
3. Alt Komite Yargı bağımsızlığı hakkında, birisi iddia makamı ile ilgili ve diğeri Bay Neppi Modona (CDL-JD(2009)002), Bay Nussberger (CDL-JD(2008)006), Bay Zorkin (CDL-JD(2008)008) ve Bay Torfason tarafından sunulan yorumlara dayanarak hazırlanan hakimler hakkındaki bu rapor olmak üzere iki rapor hazırlamaya karar vermiştir.
4. Aralık 2008 tarihinde, Adli İşbirliği Hakkında Avrupa Komitesini (AİHAK) temsilen Bay Desch ve Avrupa Hakimler Danışma Konseyi (AHDK) Başkanı Bayan Laffranque Komisyon çalışmalarına katılmıştır. Bayan Laffranque aynı zamanda yazılı yorumlar (CDL-JD(2008)002) sunmuştur.
5. Mevcut bu Rapor Komisyonun; 17-18 Ekim 2008, 12-13 Aralık 2008, 12-13 Haziran 2009, 9-10 Ekim 2010 ve 11-12 Aralık 2009 tarihlerinde yaptığı Genel Kurul toplantılarında tartışılmış ve Venedik Komisyonu tarafından 82. Genel Kurulunda (Venedik, 12-13 Mart 2010) kabul edilmiştir.

I. BAŞLANGIÇ NOTLARI

6. Yargı bağımsızlığı hem kendi başına mütalaa edildiğinde sahip olduğu anlamla yargının vazgeçilmez kalitesi gibi objektif bir unsur, hem de bağımsız bir hakim tarafından belirlenen haklara ve özgürlüklere sahip olmak için bir bireyin hakkı olarak subjektif bir unsur taşımaktadır. Bağımsız hakimler olmaksızın hakların ve özgürlüklerin doğru ve meşru uygulaması olamaz. Sonuç olarak yargı bağımsızlığı başlı başına bir amaç değildir. Yargı bağımsızlığı, hakimlerin özel bir ayrıcalığı değildir. Ancak hakimlerin, insanların haklarının ve özgürlüklerinin koruyuculuğu görevini yapabilmeleri için duyulan ihtiyaçla gereklendirilir.
7. Sonuç olarak, bir toplumda hakimlerin bağımsızlığı ve yargının itibarı pek çok faktöre bağlıdır. Bağımsızlığı teminat altına alan kurumsal düzenlemelere ek olarak bir davada karar veren hakimın kişisel karakteri ve mesleki kalitesinin büyük önemi vardır. Bir bütün olarak hukuk kültürü de önemlidir.
8. Kurumsal düzenlemeler, çok nitelikli ve kişisel olarak güvenilir hakimlerin

seçimini teminat altına alacak şekilde ve hakimlerin çok fazla dış etkilere bağlı olmaksızın çalışabileceği şartları belirleyecek şekilde oluşturulmalıdır.

9. Yargı bağımsızlığının standartlarını oluşturma problemine, referans noktaları oluşturmayı amaçlayan, detayları farklı çok sayıda belgede değinilmiştir. Uluslararası örgütler, resmi kurumlar veya bağımsız gruplar tarafından yayınlanmış olsun veya olmasın bu belgeler yargı bağımsızlığının unsurlarının ne olması gerektiği; hukuk devletini güvenceye alma konusunda yargı bağımsızlığının önemi ve yürütme, yasama ve diğerlerinden kaynaklanabilen zorlukların türü hakkında kapsamlı bir görüş sunmaktadırlar.

10. Bununla birlikte, pek çok ülkedeki deneyimlerin gösterdiği üzere, en iyi kurumsal düzenlemeler, onların uygulama ve yürütmesinden sorumlu olanların iyi niyeti olmaksızın başarılı olmaz. Mevcut standartların uygulanması bu nedenle hiç değilse ihtiyaç duyulan yeni standartların belirlenmesi kadar önemlidir. Her şeye rağmen bu rapor sadece mevcut standartların genel açıklamasını sunmakla kalmayıp, daha ileri standartların, yargı bağımsızlığına engel olabilecek uygulamaları değiştirmek için gerekli olabileceği alanları belirlemeye gayret etmektedir.

11. Bazı prensiplerin sadece ulusal düzeyde normal yargıya uygulanabileceğine fakat bu raporun kapsamı dışında kalan anayasa mahkemelerine veya uluslararası hakimlere uygulanamayacağına dikkat edilmelidir.

II. Var olan standartlar

12. Avrupa ve uluslararası bağlamda yargının bağımsızlığına ilişkin çok sayıda metin bulunmaktadır. Yargı bağımsızlığı ile ilgili standartları tanımlamak için yeni girişimlerde bulunmak yararlı olmayacaktır ve bu nedenle Venedik Komisyonun kendisi de raporunu var olan bu metinlere dayandırmıştır.

13. Avrupa bağlamında, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi ile teminat altına alınan haklardan ilkidir. (Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız biri mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir). Mahkemenin içtihatları yargı bağımsızlığının önemli ve değişik yönlerine çok sayıda kararda ışık tutmuştur ancak, doğası gereği meseleye sistematik şekilde yaklaşmamıştır.

14. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dışında, Avrupa bağlamında yargının bağımsızlığı ile ilgili en geçerli belge Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlık, Etkinlik ve Rolüne Dair 94(12) sayılı Tavsiye Kararıdır. Bu metin şu anda gözden geçirilmektedir ve Venedik Komisyonu bu raporun gözden geçirilmesinde yararlı olmayı umut etmektedir.

15. Yargı bağımsızlığı ile ilgili daha kapsamlı bir metin hazırlamak konusunda çok sayıda girişimde bulunulmuş olduğundan, bu metin çok fazla detaya girmeyecektir. Muhtemelen, bu bağlamda en ayrıntılı metin, Avrupa Hâkimler Danışma Konseyinin Yargının Bağımsızlığı ve Hâkimlerin Azledilememesine İlişkin 1 Nolu Görüşüdür. Danışma Konseyinin diğer görüşleri de bu bağlamda konu ile bağlantılıdır, örneğin 6 No'lu Makul Sürede Adil Yargılama Görüşü, 10 No'lu Toplum Hizmetine Adanmış Yargı Konseyi hakkındaki Görüşü ve Yargı Kararlarının Kalitesine dair 11 nolu görüşü gibi.

16. Avrupa Konseyi'nin bir diğer belgesi ise, Avrupa Konseyi Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından Strazburg'da Temmuz 1998'de düzenlenen çok taraflı toplantıda kabul edilen Hâkimlerin Statüsüne Dair Avrupa Şartı'dır.

17. Venedik Komisyonu'nun Yargısal Atamalara Dair Raporu(CDL-AD(2007)028) yargı bağımsızlığı özelinde önemli konuları kapsamaktadır. Diğer yönleri Venedik Komisyonu görüşlerinde ele alınmıştır.

18. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesine (herkes tam bir eşitlikle, hak ve yükümlülükleri tespitinde veya kendisine karşı ileri sürülen ithamlarla ilgili davasının, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.) dayanan yargı bağımsızlığı hakkında çok sayıda Birleşmiş Milletler standartları bulunmaktadır, özellikle 1985'te Birleşmiş Milletler

Genel Kurulu tarafından kabul edilen Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler ve 2002 tarihli Bangalore Yargısal Etik İlkeleri buna örnektir. Bu standartlar çoğu zaman Avrupa Konseyi standartları ile kesişirler ancak genellikle onun ilerisine geçmemektedirler.

19. Bu rapor günümüzdeki Avrupa standartlarının içeriğini tutarlı bir şekilde sunmaya çalışmaktadır. Büyük ölçüde AHDK'nin 1 nolu Görüşünün yapısını takip etmektedir.

III. Yargı Bağımsızlığının Özel Yönleri

1. Yargı bağımsızlığının garanti altına alındığı metinlerin konumu

20. 94(12) sayılı Tavsiye'nin I.2.a ilkesine göre: *“Hâkimlerin bağımsızlığı, [Avrupa İnsan Hakları]Sözleşmesi ve anayasal ilkelerin ışığı altında özel hükümlerin; örneğin anayasalara veya diğer mevzuata konulması suretiyle ya da bu tavsiye kararının iç hukuka aktarılması suretiyle garanti altına alınmalıdır.”*

21. AHDK'nin 1 Numaralı Görüşü, Avrupa Şartını takiben ve onu daha da geliştirerek şunu tavsiye eder: *“hâkimlerin statüsünü düzenleyen temel prensipler milli mevzuatlarda en üst düzeyde, bu prensiplere dayanan kurallar da en azından kanun düzeyinde belirlenmelidir.”*

22. Venedik Komisyonu bu yaklaşımı kuvvetli şekilde desteklemektedir. Yargının bağımsızlığını temin eden ilkeler Anayasada ya da eşdeğeri bir metinde yer almalıdır.

2. Atama ve Terfi İlkeleri

23. 94(12) sayılı Tavsiye; *“hâkimlerin meslekî kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif ölçütlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır.”* hükmünü taşımaktadır.

24. AHDK’nın 1 Numaralı Görüşü 25. paragrafta buna ilaveten; *“üye ülkelerde atama ve terfi kararı vermeye veya teklif etmeye yetkili organlar, hâkimlerin seçimi ve kariyerlerinin liyakat, nitelik, yetenek ve etkililik üzerine kurulmasını temin amacıyla objektif ölçütleri belirleyip yayınlamalıdırlar.”* hükmünü tavsiye etmektedir. Liyakat, sadece hukuk bilgisi, analitik yetenek veya akademik mükemmellikten ibaret değildir. Ayrıca karar verebilmek için; karakter, yargılama, erişilebilirlik, iletişim becerileri gibi özelliklerin de olması gerekmektedir.

25. Bir hâkimin adalet ve yargı hislerine sahip olması önemlidir. Bununla birlikte uygulamada bu ölçütleri değerlendirmek zor olabilir. Uygulandıkları vakit, usullerin şeffaf ve uygulamaların istikrarlı olması gerekmektedir.

26. Son olarak, liyakat temel bir ölçüt olmakla birlikte, farklılık insanların yargıya bir bütün olarak güven duymalarını sağlar. Yargı temsili bir organ olmamakla birlikte, toplumun her kesiminde gelen nitelikli insanlara açık olmalıdır.

27. Hâkimlerin atanması ve mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların liyakat üzerine tesis edilmesi ve hukuk çerçevesinde objektif ölçütlerin uygulanması prensipleri tartışılmaz ilkelerdir.

3. Atama ve Danışma Organları

28. 94(12) sayılı Tavsiye yargı kurulları için bir tercih belirtmekle beraber diğer sistemleri de kabul eder:

“Hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükûmet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu mercinin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla mercinin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kuralları rını kendisi vaz’etmelidir.

Bununla birlikte, anayasa veya diğer yasa hükümlerinin ve geleneklerin müsaade etmesi nedeniyle hâkimlerin, hükûmet tarafından atandığı hâllerde; hâkimlerin atanma usullerinin şeffaflığını ve uygulamada bağımsızlığını sağlayıcı teminatlar sağlanmalı ve bu kararlar, yukarıda sözü edilen objektif ölçütlerin dışında hiçbir nedenden etkilenmemelidir.”

29. AHDK ayrıca bağımsız bir yapının kurulması lehinde tartışmalar yapmaktadır:

"AHDK, Avrupa Sözleşmesinin - bir dereceye kadar diğer yargıçlar tarafından demokratik usullerle seçilen önemli yargısal temsil kapasitesini haiz bağımsız bir otoritenin katılımını (bir düşünceyi, tavsiyeyi ya da teklifi de en az bir gerçek bir karar gibi kapsayacak genişlikte bir idrake sahip) savunan-kendisinin de tavsiye etmeyi düşündüğü genel bir yöne işaret etmekte olduğunu düşünmektedir. Yerleşmiş ve demokratik olarak kendini kanıtlamış bir sisteme sahip olmayan ülkeler için bu özel öneme haizdir."

30. ADHK'nın "Toplumun Hizmetinde Yargı Konseyi Hakkında 10 Numaralı Görüşü" ADHK'nın tutumunu daha da geliştirir. AHDK'nın 10 Numaralı Görüşün 16. paragrafında; *"Yargı Kurulu sadece hâkimlerden ya da hâkimlerle hâkim olmayanların karışımından oluşabilir. Her iki durumda da kendi menfaatine hareket, kişisel koruma ve kayırmacılıktan kaçınılmalıdır."* 19. paragrafta ise *"AHDK'ya göre karma bir kurulun olması kendi menfaatine hareket, kişisel koruma ve kayırmacılıktan kaçınma ve farklı bakış açılarının yansıtılması gibi avantajları beraberinde getirerek yargıya ilave bir meşruiyet kaynağı sağlar. Bununla birlikte karma bir yargı kurulu olması halinde, yargı kurulunun işleyişi meclise, idareye karşı ödün vermesine izin verilmemesi ve siyasi partilerin uzantısı gibi davranmamaları ve böylece yargının temel değer ve prensiplerini güvence altına alınabilmesi sağlanmalıdır."* ifadeleri yer almaktadır. 31. Venedik Komisyonu'nun (CDL-AD(2007)028) pozisyonu çok az farklıdır:

"44- Avrupa'da yargı atamalarında değişik sistemler bulunmaktadır ve tüm ülkeler için geçerli tek bir model kabul edilmesi söz konusu değildir."

45- Kökleşmiş demokrasilerde üst düzey kuvvetlerin bazı zamanlarda yargı atamalarında belirleyici etkisi olmaktadır. Böyle sistemler uygulamada iyi işleyebilir ve uzun bir süreç sonunda oluşan hukuk kültürü ve gelenekler tarafından sınırlandırılması sebebiyle bağımsız bir yargının oluşumuna imkan verebilir."

46- Ancak, istismarı önleyebilecek bu tarz gelenekleri geliştirme şansına sahip olmayan yeni demokrasilerde, bu sebeple en azından bu ülkelerde hâkimlerin atanma sınırın politik olarak istismarına karşı güvence oluşturmaları bakımından sarıh şekilde ifade edilmiş anayasal ve yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır."

47 -Sıradan mahkemelere yapılan hâkim atamalarında parlamentoların söz sahibi olması, politik düşünce ve beklentilerin adayda bulunması gereken objektif değerlerden üstün tutulması tehlikesinden dolayı uygun bir yöntem değildir."

48 -Yargı bağımsızlığını garanti altına almak için uygun olan metot yapısı, güçleri ve otonomisi yönünden anayasal garantilere sahip bir yargı konseyinin kurulmasıdır.

49- Bu Konsey atamalar ve hakimlerin terfisi ve disiplin tedbirlerinde mutlak surette etkili olmalıdır.

50-Yargı Konseyinin önemli unsuru veya Yargı Konseyi üyelerinin çoğunluğu yargının kendi içinden seçilmelidir. Yargı Konseyinin demokratik meşruiyetinin sağlanması için, Parlamento tarafından seçilen diğer üyeler uygun hukuki nitelikli adaylar arasından seçilmelidir.”

32. Özetle, Venedik Komisyonunun görüşü odur ki, yargı bağımsızlığının teminat altına alınması için en uygun metot, hakimlerin atanması ve kariyerleri hakkında kararlarının mutlak surette etkili olacağı bağımsız bir yargı konseyi tarafından alınmasının sağlanmasıdır. Avrupa'daki hukuk kültürünün zenginliğine istinaden ki, bu kültüre değer verilmeli ve korunmalıdır, tüm ülkelere uygulanabilecek tek bir model bulunmamaktadır. Venedik Komisyonu hukuk sistemlerinin çeşitliliğine saygı göstererek, henüz yargı konseyi veya benzeri bir yapı kurmamış tüm devletlere bunu gözönünde bulundurmaya tavsiye eder. Her hal ve şartta yargı konseyi çoğulcu kompozisyona sahip olmalıdır, üyelerinin çoğunluğu değilse de önemli bir bölümü hakim olmalıdır. Doğal üyeleri dışında bu hakimler kendi meslektaşları tarafından seçilmeli veya atanmalıdır.

4.Teminat-atanma periyodu

33. (94) 12 sayılı Tavsiyenin I.3 numaralı prensibi “Atanmış veya seçilmiş olup olmadıklarına bakılmaksızın hakimler zorunlu emeklilik süresi veya atanma halinde görev süresinin sonuna kadar hakimlik teminatına sahiptirler” hükmünü taşımaktadır.

34. AHDK'nin 1.No'lu Görüşü yukarıdaki hükme 48.maddesinde, “Avrupa'daki uygulama genelde zorunlu emeklilik yaşına kadar tam zamanlı atama şeklindedir. Bu bağımsızlık açısından en az problemlili atama şeklidir.” 53. maddesinde ise “AHDK teminatın şartlı veya kısıtlı olması halinde tam zamanlı atamaların veya yeniden atamaların objektifliği ve şeffaflığından sorumlu otoritenin çok özel önem taşıdığı görüşündedir.” düşüncelerini eklemektedir.

35. Bu durum Venedik Komisyonunun -anayasa mahkemesi hakimlerinin atanması istisnası hariç- hakimlerin emekliliğe kadar teminat sahibi olması şeklindeki tercihi ile uyumludur.

36. Bu kapsamda hakimlerin deneme/staj dönemi ilişkin bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu konuya Avrupa Şartının 3.3 maddesinde açıkça temas edilmiştir.

“3.3.Atama prosedürü bir deneme süresi öngördüğünde ki bunun kısa olması gereklidir, hakimliğe aday olarak kabul aşamasından sonra ve asıl atamadan önce veya atama yenilenebilir sınırlı bir süre için yapılmışsa, hakimliğe aslen atamama veya süreyi yenilememe işlemleri paragraf 1.3 de belirtilen bağımsız otoritenin kararıyla ya da bu otoritenin tavsiyesi, teklifi, rızası veya görüşünü takiben alınabilir. 1.4 de belirtilen düzenlemeler aynı zamanda deneme süresine tabi kişi içinde uygulanır”

37. Venedik Komisyonu, Yargısal Atamalar Konusundaki CDL-AD (2007)028 sayılı Raporunda bu konuya ayrıntılı olarak eğilmiştir.

“40. Venedik Komisyonu deneme süresinin hakimlik teminatını tehlikeye düşürdüğü görüşündedir. Zira, bu süre içerisinde hakimler kendilerini belirli bir yönde karar verme baskısı altında hissedebilirler...”

41. Bu durum, geçici hakim atama usulünün dışarıda bırakılması şeklinde yorumlanmamalıdır. Adli sistemin oldukça yeni olduğu ülkelerde, öncelikle bir hakimin yeterli olup olmadığını tespit etmek amacıyla deneme süreleri koymakta pratik faydalar olabilir. Eğer deneme süresi uygulaması kaçınılmaz ise, hakimin sürekli göreve atanmaması işlemi objektif kriterlere göre yapılmalı ve uygulanacak usul bakımından daimi statüde görev yapan bir hakimin meslekten ihracı için öngörülen usuli teminatlara tabi olmalıdır.”

42. Temel amaç hakimlerin bağımsızlığını etkileyebilecek faktörlerin bertaraf edilmesidir. “Değerlendirme sistemi kurarak yüksek standartlara ulaşma maksadı takdire şayan görülmekte ise de, yine de performans sicili sistemini hakim bağımsızlığı ile bağdaştırmak güçtür. Eğer iki şey arasında tercih yapmak zorunlu ise yargı bağımsızlığı temel değerdir.”

43. Hakimlerin deneme/değerlendirme ihtiyacı ile yargı bağımsızlığını bağdaştırmak için Avusturya gibi bazı ülkelerin hakim adaylarının staj süresince hakimlere yargılama sürecinde yardımcı oldukları ancak sadece asıl hakimlere ait olan karar verme yetkilerinin olmadığı ancak bu süreçte değerlendirmeye tabi tutuldukları örneğine bakılabilir.”

38. Sonuç olarak, **Venedik komisyonu hakimlerin emeklilik yaşına kadar sürekli** olarak atanmalarını kuvvetle tavsiye eder. Deneme süresi için atama hakim bağımsızlığı açısından problemlidir.

5. Teminat- Azledilemezlik ve disiplin-transfer

39. Azledilemezlik kuralı Avrupa konseyi Bakanlar Komitesinin 94/12 sayılı Tavsiyesinin I.3 nolu tavsiyesinde üstü örtülü olarak belirtilmiştir.

40. AHKD 60 nolu tavsiyesinde,

“a)Hakimlerin azledilemezliği iç hukukta en yüksek seviyedeki düzenlemelerinde belirtilen hakim bağımsızlığının açık bir unsuru olmalıdır.

b) Azledilmezliğe bağımsız bir otoriteden gelebilecek herhangi bir müdahale halinde gerekli tüm hak arama yolları, usuli güvenceler sağlanmalıdır,

c)Görevden alınmayı gerektirecek standartların tanımlanmasının yanında başka bir mahkemeye veya yere atama gibi statü değişikliği veya disiplin bakımından sonuçlar doğuran eylemler de açıkça tanımlanmalıdır”

41. başka bir göreve atama Avrupa Şartının 3.4 maddesinde açıkça düzenlenmiştir:

“3.4. Bir mahkemede görev yapan bir hakim prensip olarak, kendi rızası olmaksızın, terfi amacıyla bile olsa, başka bir mahkemeye veya göreve atanmamalıdır. Bu kuralın istisnaları: disiplin cezası sonucu, adli sistemdeki kanuna uygun bir değişiklik olması, komşu yakın bir mahkemeyi güçlendirmek (hakim eksikliği bulunması gibi) amacıyla geçici olarak atama (Bu atamanın azami süresi kanun tarafından kesin olarak belirlenmelidir) şeklinde gerçekleşebilir.”

42. Bu hükümler Venedik Komisyonunun ulusal anayasaları incelemesinde serdettiği yaklaşımla uyum halindedir.

43. Venedik Komisyonu ülke anayasalarındaki hakimlerin azledilemezliği kuralını sürekli olarak desteklemektedir. Hakimin isteği dışında başka bir yere atanması ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Hakimlerin Atanmasına Dair Komisyon Raporunda istek dışı atamalara yol açan disiplin sürecinin yargı konseyleri veya disiplin mahkemeleri tarafından yürütülmesi desteklenmektedir. Ayrıca Komisyon sürekli olarak, disiplin makamlarının kararlarına karşı bir mahkemeye başvurma imkanını gerekliliğini savunmaktadır.

6. Hakimlerin özlük hakları

44. 94/12 sayılı Tavsiye Kararı, hakimlerin özlük haklarının görevin önemi ve sorumluluğuna uygun şekilde kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. AHKD tarafından desteklenen Avrupa Şartı ise, özlük haklarının hastalık halindeki ödeme ve emeklilik ikramiyesine de teşmil etmektedir.

45. AHKD 1 nolu Görüşünde:

“62. Hakimlerin maaşları her ne kadar Kuzey Avrupa ülkeleri gibi bazı ülkelerde yasal bir düzenlemeye gerek olmaksızın geleneksel kurallara tabi olarak düzenlenmiş ise de, özellikle yeni demokrasiye geçen ülkelerde hakimlerin maaşlarının düşüslere karşı koruyacak garantiler getiren ve en azından yaşam standartlarını sağlayacak artışları temin eden özel hukuki düzenlemelere tabi olmasını desteklemektedir.”

46. Venedik Komisyonu hakimlerin özlük haklarının mesleğin onuru ile bağdaşır bir düzeyde olmasını ve yeterli özlük hakkının hakimleri dış etkilerden

korumak için zaruri olduğu görüşünü paylaşır. Polonya Anayasasındaki, hakimlerin özlük haklarını mesleğin onuru ile bağdaşır bir şekilde teminat altına alan hükümleri önemli bir örnektir. Özlük hakları, ülkedeki sosyal yaşam şartları ve yüksek memurların maaşlarına kıyas edilerek belirlenmelidir. Özlük hakları, şahsi performans değerlendirmesi değil genel ve objektif standartlara göre belirlenmelidir. Takdir hakkına dayanan ikramiye ödenmesi kabul edilmemelidir.

47. Bazı eski sosyalist ülkelerde hakimler lojman, araç gibi mali olmayan bazı imkanlardan yararlanmaktadırlar. Parasal olmayan bu avantajlar arkasında iki neden bulunmaktadır. Birincisi sosyalist sistemde merkezi yapılanmaya bağlı olarak gerçekleştirilen eşya dağıtımı idi. Hakimlerin de yer aldığı bazı meslek grupları lojmanlar da dahil olmak üzere bazı özel eşya/araçların dağıtımında ayrıcalıklıydı. Bu hakim olmanın getirdiği çok önemli bir avantajdı.

48. Bu uygulamanın arkasındaki ikinci neden ise, sosyalizm sonrası dönemde pazar ekonomisine geçişte yatmaktadır. Ev fiyatlarındaki yüksek artış aralarında hakimlerin de yer aldığı devlet görevlilerinin kendilerine yetecek şekilde bir evi almalarını imkansız hale getirmiştir. Yine hakim olmanın bir avantajı bu gruba barınma için lojman tahsis edilmesi idi. Özellikle genç hakimlerin emlak almaları güçlüğü karşısında lojman tahsisi uygulaması devam etmektedir.

49. Bir yanda lojman tahsisi endişe kaynağı olarak durmaktayken, yargı mensuplarına barınma da dahil olmak üzere uygun yaşam standartları sağlamadan bu sorunu çözmek kolay değildir. Parasal yönü olmayan bu tarz tahsisat için ileri sürülen gerekçelerden biri, aynı sınıftaki tüm hakimlerin maaşları eşit kriterlere göre değerlendirilerek, talepte bulunanları özel ihtiyaçlarını karşılamaksızın, ancak bireysel ihtiyaç durumu değerlendirilerek bu tahsislerin yapıldığıdır. Ancak bu sosyal ihtiyaç değerlendirilmesi ve hakimler arasında sınıf değerlendirmesi çok kolay şekilde kötüye kullanılabilir ve taraflı kriterlerin uygulanmasına yol açabilir.

50. Bu imkanların kullanımı kanunla düzenlense dahi, tahsis esnasında her zaman bir takdir marjı olacaktır. Bu nedenle bu imkanlar yargı bağımsızlığına bir tehdit potansiyeli taşımaktadır. Bu imkanların, bazı ülkelerde sosyal adaleti karşılamaya hizmet ettiği düşüncesi ile hemen kaldırılması güç görünmekle birlikte, Venedik Komisyonu bunların zaman içerisinde kaldırılmasını ve yerine yeterli düzeyde ödeme yapılmasını tavsiye etmektedir.

51. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu hakimlerin özlük haklarının mesleğin onuru ve görevin önemine uygun şekilde kanunla düzenlenmesini tavsiye etmektedir. Dağıtımı takdiri olan ikramiye ve parasal olmayan diğer imkanlar kaldırılmalıdır.

Yargının bütçesi

52. Uzun ve kısa vadede mahkeme sisteminin bağımsızlığının idame ettirilmesi

için, mahkemelere ve hakimlere; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde ve ulusal anayasalarda yer alan standartlara uygun şekilde ve hukuk devletine ve adalete olan kamu güveninin artırılması açısından önemli olan bütünlük ve etkililik içerisinde görevlerini yerine getirmelerini sağlayacak kaynakların temini gereklidir. Bağımsız bir devlet erkinin liyakatinin tanınması ve [yargı bağımsızlığı için yukarıda belirtilen şartın yerine getirilmesi için], yargının sahip olması gereken yeterli bütçe, daha geniş anlamda tüm diğer kaynakların yeterliliği olarak anlaşılmalıdır.

53. Adalet sistemi için yeterli mali kaynakların sağlanması devletin görevidir. Kriz zamanlarında bile yargının bağımsızlığı ve layıkıyla çalışması tehlikeye düşürülmemelidir. Mahkemeler idari kurumların takdir kararları temelinde değil nesnel ve şeffaf kriterler temelinde istikrarlı bir şekilde finanse edilmelidir.

54. Uluslararası metinler yargının bütçesel özerkliğine ilişkin hükümler ihtiva etmemektedir. Ancak bütçe hazırlanırken yargının görüşlerinin dikkate alınması yönünde güçlü bir durum söz konusudur. Mahkemelerin finansmanı ve idaresi hakkında AHDK'nin 2 No'lu görüşü şu hükümleri içermektedir: "5. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, mahkemelerin finansmanının Maliye Bakanlığı tarafından Meclise sunulan devlet bütçesinin bir parçası olmasına rağmen siyasi istikrarsızlıklara konu olmaması gerektiğini düşünmektedir. Bir ülkenin mahkemelerine sağlayacağı finansmanının derecesi bir siyasi karar olmasına rağmen bütçesi tespit edilirken ne yürütmenin ne de yasamanın yargı üzerinde baskı uygulayamamasının temini için erkler ayrılığı ilkesinin geçerliği olduğu bir sistemde bu hususa dikkat edilmelidir. Mahkemelere bütçe tahsis edilmesine ilişkin kararlar yargı bağımsızlığı ilkesine harfiyen saygı gösterilerek alınmalıdır.

10. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, ülkeler arasındaki ekonomik farklılıkları göz ardı edemese de, bütçenin belirlenmesi sürecinde mahkemelerin makul finansmanının geliştirilmesi, mahkemelerin daha fazla sürece müdahil olmasını gerekli kılmaktadır. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, bu sebeple Meclis tarafından yargı bütçesinin kabul edilmesi çalışmalarının yargının görüşlerinin dikkate alındığı bir usulü de içinde bulundurmasının önemli olduğunu düşünmektedir.

11. Bütçenin hazırlanmasındaki bu aktif ilginin alacağı bir şekil, yargıyı yönetmekle sorumlu bağımsız bir makama (1) - böyle bir makamın var olduğu ülkelerde-mahkemelerin finans taleplerini hazırlamada koordinasyon rolü vermek ve bu makamın mahkemelerin ihtiyaçlarını değerlendirmede Parlamentoyla doğrudan temasını sağlamak olabilir. Tüm mahkemeleri temsil eden böylesi bir makamın bütçe taleplerini Parlamenta veya onun bir komisyonuna ibraz etmesi istenen bir durumdur.

55. Mahkemelere bütçe tahsis edilmesine ilişkin kararlar yargı bağımsızlığı ilkesine harfiyen saygı gösterilerek alınmalıdır ve yargı muhtemelen yargı

konseyi kanalıyla Meclise teklif edilen bütçe hakkında görüşlerini ortaya koyma fırsatına sahip olmalıdır.

8. Yargı dışı etkilerden özgürlük

56. Yargı bağımsızlığının iki veçhesi birbirini tamamlar. Dış bağımsızlık hakimi devletin diğer güçlerinin etkisinden korur ve hukuk devleti için önemli bir unsurdur. İç bağımsızlık (aşağıda 10 uncu bölüme bakınız) hakim kararlarını yüksek hakimlerin talimatlarıyla değil sadece kanunlar ve anayasa temelinde almasını sağlar.

57. (94) 912 sayılı Tavsiye aşağıdaki hususları düzenlemektedir (İlke 1.2.d). *"Karar alma sürecinde hakimler herhangi bir kesimden ve ne sebeple olursa olsun dolaylı ve dolaysız müdahale, tehdit, baskı, yönlendirme, uygun olmayan etki ve sınırlama olmaksızın görevlerini yapabiliyor olmalı ve bağımsız olmalıdır. Kanun, böyle bir şekilde hakimleri etkilemeye çalışan kişilere karşı müeyyideler öngörmelidir. Hakimler, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi bağlamında vakıaları yorumlamaları ve vicdanlarına göre tarafsız bir şekilde karar verme konusunda sınırsız özgürlük sahibi olmalıdırlar. Hakimlerin, yargı dışında herhangi bir kimseye davalarının esası hakkında bir bildirimde bulunma yükümlülükleri yoktur."*

58. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 1 Numaralı Görüşündeki yorumları:

" Zorluk daha ziyade neyin hukuk dışı etki oluşturduğuna karar vermede ve örneğin yargısal süreci siyaset, basın ve diğer kaynaklardan geldiğine bakılmaksızın herhangi bir müdahaleye karşı koruma ihtiyacı ile özgür basın ve kamuoyunda kamu yararı söz konusu olan açık tartışmanın faydalarının arasındaki makul dengeyi inşa etmekte yatmaktadır. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, mevcut ilkenin değiştirilmesinin gerekli gözükmeyeceğini düşünmektedir ancak farklı ülkelerdeki hakimlerin bir araya gelerek tartışmalarından ve belirli konularla ilgili bilgi alışverişinden yararlanabileceklerini değerlendirmektedir."

59. Cezai ve hukuki sorumluluk ile hakimlerin bağımsızlığı konusu bu kapsamda ele alınmalıdır. Hakimlerin özellikle etik ve uygun olmayan davranış ve tarafsızlık olmak üzere mesleki kurallarını düzenleyen esas ve usullere ilişkin 3 numaralı görüşte,Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi şu sonuca varmıştır:

"75. Cezai sorumluluğa ilişkin olarak Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi şunları düşünmektedir;

i)hakimler yargısal görevleriyle ilgilisi olmayan suçlardan dolayı normal hukuki kurallara göre cezai olarak sorumlu olmalıdır. ii) Görevlerini yerine getirirken kasıtlı olmayan hatalardan dolayı hakimlere cezai sorumluluk tahmil edilmemelidir. 76. Hukuki sorumlulukla ilgili olarak Avrupa Hakimleri

Danışma Konseyi, bağımsızlık ilkesini dikkate alarak şunları değerlendirmektedir

i) yargısal hatalar (yargı yetkisi, esas ve usul açısından olsun olmasın) için çözüm uygun bir temyiz sisteminde (mahkeme izniyle olsun veya olmasın) söz konusu olmalıdır.

ii) Adaletin idaresindeki diğer hatalar (örneğin aşırı gecikmeler) için başvuru sadece devlete karşı söz konusu olsun.

iii) Bir hakim, kasıtlı hata durumu dışında devletin geri ödemesi yoluyla dahi olsa varsayılan yargısal görevlerinin yerine getirilmesi açısından herhangi bir şahsi sorumluluğa maruz bırakılması uygun değildir. ”

60. Venedik Komisyonu, hakimlerin sınırlı işlevsel bir bağımsızlığı yönünde düşünmektedir:

"Hakimler, Bulgaristan Anayasasında belirtildiği gibi genel bir bağımsızlıktan yararlanmamalıdır. Genel standartlara göre, hakimlerin gerçekten görevlerini yerine getirirken iyi niyetle yaptıkları eylemlerden dolayı hukuki davalardan korunmaya ihtiyaçları vardır. Ancak hakimler, mahkemeler önünde hesap vermek zorunda oldukları kendileri tarafından işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda kendilerini koruyan genel bir bağımsızlıktan yararlanmamalıdır.

61. Hakimlerin hukuk dışı dış etkilere korunması gerektiği tartışmasıdır. Bu anlamda hakimler işlevsel bir bağımsızlıktan – ancak sadece işlevsel-yararlanmalıdır. (rüşvet almak gibi kasıtlı suçlar hariç görevlerini yerine getirirken yaptıkları eylemlerden dolayı soruşturmalardan muafiyet)

62. Bunlara ilaveten, **hakimler, tarafsızlıklarının ve bağımsızlıklarının sorgulanabileceği durumlara kendilerini sokmamalıdır. Bu, yargı görevinin diğer görevlerle bağdaşmadığına ilişkin ulusal kuralları haklı çıkarır ve neden birçok ülkenin hakimlerin siyasi faaliyetlerini sınırladığına bir sebep teşkil eder.**

63. Tarafsızlık aynı zamanda AİHS'in 6 ıncı maddesinin gereklerinden birisidir ve bağımsızlığın benzer fakat önemli çağrışımına sahiptir. Hakimler, bir davada bulunmasının gerçekte ön yargılı olduğuna bakılmaksızın çıkar çatışması veya makul bir ön yargı algısına sebebiyet verdiği durumlarda kendilerini reddetmelidir.

64. Yargı sürecini hukuk dışı baskılardan korumak için yargı sürecini koruma ihtiyacı ile basın özgürlüğü ve kamu yararı bulunan konuların açıkça tartışılması arasında makul dengenin kurulması için dikkatli bir şekilde tanımlanması gereken "davanın görülmeye devam ediliyor olması" ilkesinin uygulanması değerlendirilmelidir.

9. Yargı Kararlarının Nihai Özelliği

65. 94/12 sayılı Tavsiye Kararının 1(2)(a)(i) bendi, “hâkimlerin kararlarının kanunla belirlenmiş olan temyiz usulü haricinde her hangi bir gözden geçirmeye tabi olmamalıdır.” hükmünü taşımaktadır. Bu ilke, istisnai hallerde yeni vakıaların ortaya çıkması veya kanunla belirlenmiş diğer sebepler muvacehesinde yargılamanın yeniden açılmasını engelleyici bir durumun olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır.

66. CJE, 1 No'lu Görüşünde, sualnameye gönderilen cevaplarda bu ilkenin genel olarak uygulandığına karar kılarken, Venedik Komisyonunun tecrübeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı eski Sovyet ülkelerinde Prokurataranın (Savcılık Teşkilatı) kontrol yetkilerinin, temyiz yolu kapanmış olan yargı kararları aleyhine müracaatta bulunmaya imkan tanıyacak şekilde genişletildiğini göstermektedir.

67. Venedik Komisyonu, **yargı kararlarının, özellikle savcının veya başka bir devlet makamının temyiz süresi sınırları dışında müracaatı ile temyiz süreci haricinde herhangi bir gözden geçirmeye tabi olmaması** ilkesinin altını çizmektedir.

10. Yargı İçinde Bağımsızlık

68. Uluslar arası belgelerde yargının kendi içindeki bağımsızlığı, yargının dışı karşı bağımsızlığından daha az ilgi çekmiştir. Ancak bu durum konunun daha az önemsiz oluşunu göstermez. Bazı anayasalarda, “*hâkimler sadece hukuka tabidir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu ilke hakimleri öncelikli olarak hukuk dışı tüm dış etkilere karşı korumaktadır. Ancak bu ilke aynı zamanda yargının kendisi içinde de uygulanabilir. Hakimlerin karar verme faaliyetlerinde, mahkeme başkanlarına ya da üst yargı mercilerine bağlı olmaları şeklinde yargının hiyerarşik örgütlenmesi belirtilen bu ilkenin açık şekilde ihlali olacaktır.

69. Bu konuda temel tespitler CCJE tarafından açıkça ortaya konulmuştur:

“64. Temel husus, bir hakimin görevlerini icra ederken hiç kimsenin çalışanı olmadığı, ancak devletin bir makamında hizmet verdiğiidir. Bu şekilde bir hakim, hukukun memurudur ve ancak hukuka hesap verir. Bir davaya bakan bir hakimin, yargı içinden veya dışından gelen bir talimat veya emirle karar vermeyeceği aşıkardır.

66. CCJE, yargı bağımsızlığı üzerinde yargı içi hiyerarşiden kaynaklanabilecek potansiyel tehdidi not etmiştir. CCJE, yargı bağımsızlığının sadece hukuk dışı dış etkilere uzak kalmak değil aynı zamanda diğer hakimlerin davranışları ile ortaya çıkabilecek hukuk dışı etkilemelerden de uzak olmak anlamında olduğunu kabul etmektedir. “Hakimler, önlerindeki davaları; vicdani kanaatlerine, vakıaların yorumlanmasına göre ve hukukun üstün kuralları

mucibince tarafsız şekilde karara bağlamak için sınırsız bir özgürlüğe sahip olmalıdır.” (94/12 sayılı Tavsiye Kararı 1(2)(d) İlkesi). Burada belirtilen ilkeler, alt dereceli mahkemelerde hakimlerin üst dereceli mahkemelerin daha önceden vermiş olduğu kararlara uymakla mükellef olduğu common law ülkelerinde mevcut olan içtihat hukuku doktrini gibi doktrinleri dışarıda bırakmamaktadır.”

70. Bu kapsamda eski Sovyet ülkelerinde mevcut olan Yüksek Temyiz Mahkemesi veya bir başka yüksek mahkeme tarafından kabul edilen ve alt derece mahkemelerin uymak durumunda olduğu rehber ilkeler uygulaması problemlili görülmektedir.

71. Venedik Komisyonu, her hakimin ferdi olarak bağımsızlığı ilkesini desteklemektedir:

“Son olarak, Yüksek Temyiz Mahkemesine bidayet mahkemelerinin faaliyetlerini kontrol yetkisi bahşetmek, bu mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile çeliştiği görüntüsü vermektedir. Yüksek Temyiz Mahkemesi, alt dereceli mahkemelerin kararlarını bozmak veya düzeltmek yetkisini kullanarak bu mahkemeler üzerinde kontrol gücüne sahip olmamalıdır.” (CDL-INF (1997)

“Yargı bağımsızlığının cari olduğu bir sistemde yüksek mahkemeler, her bir davada verdiği kararları ile ülkenin bütününde yargı kararlarının istikrarını sağlarlar. Alt dereceli mahkeme hakimlerinin, üst mahkemelerin önceki kararlarına uymakla yükümlü olduğu Common Law sisteminden farklı olarak Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, alt dereceli mahkemeler kararlarının sonradan temyiz incelemesinde bozulmasının önüne geçmek adına yüksek mahkemeler tarafından geliştirilen ilkeleri takip edeceklerdir. Mevcut taslak bu anlamda bu ilkedен oldukça uzaklaşmaktadır. Taslak, Yüksek Temyiz Mahkemesi ve sınırlı olarak İhtisas Mahkemeleri Yüksek Kurulu tarafından alt dereceli mahkemelere mevzuatın uygulanması konusunda “tavsiyeler/açıklamalar” gönderme imkanı tanımaktadır. Bu sistem, Ukrayna’da gerçek anlamda bağımsız bir yargının gelişmesini desteklememekte fakat, hakimlerin yüksek makamların talimatlarına uymakla görevli memurlar gibi davranmaları riskini barındırmaktadır. Taslağın, hiyerarşik yaklaşımına bir başka örnek ise Yüksek Temyiz Mahkemesi Başyargıcıdır. Başyargıç, Başkanlığa veya Kurul’a danışma ihtiyacı hissetmeden kendi başına oldukça önemli yetkiler kullanabilecektir.” (CDL-INF (2000)5 “Mahkemelerde çok sıkı hiyerarşik yapının kurulması” başlığı altında).

“Yargı bağımsızlığı, yargının sadece bütün olarak devletin diğer kurumları karşısında bağımsız olması anlamına gelmemekte, fakat aynı zamanda bir dahili yönü de bulunmaktadır. Mahkeme sisteminde yeri ve konumu ne olursa olsun her hakim aynı derecede yargı yetkisine sahiptir. Bu sebeple her hakim yargısal faaliyetlerde diğer hakimlere ve ilişkide olduğu mahkeme başkanları veya diğer mahkemelere (temyiz yargının dahili bağımsızlığı konusunda giderek artan bir tartışma bulunmaktadır. Yargı bağımsızlığını, hem içe hem

dışarıya karşı en iyi şekilde korumanın en iyi yolu , yargı bağımsızlığı konusunda benimsenen başlıca uluslar arası belgelerde kabul edildiği şekilde bir Yüksek Yargı Kurulu oluşturularak sağlanabilir.” (CDL (2007)003 at 61)

72. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu yargının içeriye karşı bağımsızlığı ilkesinin hakimlerin yargılama faaliyetlerinde hiyerarşik bir ilişkide olmaması anlamına geldiğinin altını çizmektedir.

11.Davaların Tevzii ve Tabii Hakim Hakkı

73.Daha önceden de belirtildiği gibi, içeriye karşı yargı bağımsızlığı sadece alt dereceli ve üst dereceli mahkemelerin hakimleri arasında değil, aynı zamanda bir mahkemenin başkanı veya başkanlığı ve aynı mahkemenin diğer hakimleri arasındaki ilişkilerde ortaya çıkmaktadır.

74.Birçok ülkede mahkeme başkanları dava dosyalarının hakimlere dağıtılmasında kuvvetli bir role sahiptir. 94/12 sayılı Tavsiye Kararı yargı bağımsızlığı ile ilgili önemli ilkeler (I.2.e ve f ilkeleri) içermektedir:

“Davaların tevziinde, davanın herhangi bir tarafının veya davanın sonucuyla ilgili kişilerin istekleri etkili olmamalıdır. Bu tevzi işlemi; kur’a çekme veya alfabetik ya da benzer esasa dayalı otomatik bir dağıtım çerçevesinde yapılabilir.”

“Önemli bir hastalık veya menfaat ihtilafları gibi geçerli nedenler dışında, bir dava; o davaya bakan belirli bir hakim elinden alınmamalıdır. Davanın alınmasını gerektiren bu tür nedenler ve usuller kanunla öngörülmeli ve hükümet ya da idarenin çıkarlarından etkilenmemelidir. Bir davanın bir hâkimden alınması kararı, hakimlerle aynı ölçüde yargı bağımsızlığına sahip bir merci tarafından verilmelidir.”

75. Benzer şekilde Venedik Komisyonu *“davaların hakimler arasında dağıtımını objektif kriterlere göre gerçekleştirilmelidir.”* (CDL-AD (2002)026 at 70.7) açıklamasında bulunmuştur.

76. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, *“Herkes, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve açık bir yargılama hakkına sahiptir”* hükmünü içermektedir (AİHS m.6). AİHM'nin içtihadına göre, 6. maddedeki *“kanunla kurulmuş”* ifadesi *“demokratik bir toplumda yargı örgütü, yürütmenin takdirine bağlı olmamalı, fakat Parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanunla düzenlenmeli”* şartını karşılamalıdır.

Hukukun kodifiye olduğu ülkelerde yargı sisteminin organizasyonu yargı makamlarının takdirine bırakılamaz, ancak bu mahkemelerin ilgili ulusal mevzuatı yorumlama özgürlüklerinin olmadığı anlamına gelmemelidir.

77. Ancak burada altı çizilmesi gereken asıl husus, 6. maddenin açık ifadesinde belirtildiği gibi, adil yargılanma ile adalete erişimi sağlayacak aracın sadece

kanunla kurulmuş bir mahkeme olmadığı, bu mahkemenin aynı zamanda genel ve özel anlamları çerçevesinde “bağımsız” ve “tarafsız” olmasıdır. Adil yargılanmaya ilişkin bu gerekliliklerin değerlendirilmesinde Strazburg Mahkemesi meşhur, “*Yargılamayla sadece ihtilaf çözülmemeli, aynı zamanda bu yargılamanın adil olduğu da gösterilmelidir*” sözünü kullanmaktadır. Tüm bu hususlar, mahkeme hakimlerinin veya heyetlerinin davaya veya kişiye göre değil, objektif ve şeffaf kriterlere göre atanması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

78. Birçok Avrupa ülkesinin anayasasında “kanuni hakim” (doktrinde genellikle “önceden kanunla tayin edilmiş doğal hakim” olarak tanımlanır) hakkına yer verilir. Son zamanlarda bu hak Belçika Anayasası'nda olduğu gibi olumsuz bir nitelemeyle tanımlanmaktadır: “*Hiç kimse, rızası olmaksızın, [davasının] kendisine kanun ile tayin edilmiş hakim tarafından bakılmasından mahrum bırakılamaz.*” (md. 13.) İtalya Anayasası da “*Hiç kimse, kendisinin önceden kanunla belirlenmiş hakimden (mahkeme) başka merci önüne çıkarılamaz*”. Diğer anayasalar, “kanuni hakim güvencesini” pozitif şekilde ele almaktadır. Örneğin Slovenya Anayasası'nda, “*Herkes; hakları, ödevleri veya kendisine karşı yöneltilen yaptırımlar ile ilgili davaların bağımsız, tarafsız ve kanunla kurulmuş bir mahkeme nezdinde münasip süreyi aşmaksızın görülmesini isteme hakkına sahiptir. Sadece kanunla önceden belirlenmiş kurallara veya yargı ile ilgili düzenlemelere göre atanmış bir hakim bu kişilerin davalarına bakabilir.*”

79. Bu güvence iki bakımdan ele alınabilir. Birincisi tamamen mahkeme ile ilgilidir. İkincisi davaya bakan hakim veya mahkeme heyeti ile ilgilidir. Prensip olarak kanuni hakim güvencesi her iki bakımdan da geliştirilmesi gerekliliği aşıkardır. Bir dava için yetkili mahkemenin veya mercinin önceden belirlenmiş olması yeterli değildir. Bunun yanında, davaya bakacak hakimin veya mahkeme heyetinin tabi olduğu düzenin de önceden belirlenmiş objektif kriterlere göre belirlenmiş olması şarttır. Davaların tevziinin kimin sorumluluğunda olduğunun açıkça gösterilmesi gerekir. Bazı ulusal düzenlemelerde, davaların hangi hakim tarafından görüleceğinin belirlenmesi doğrudan mahkeme başkanının sorumluluğuna bırakılmıştır. Ne var ki bu yetki, hakimlere aşırı iş vererek ya da onlara sadece düşük profilli davaları tahsis ederek baskı oluşturabilecek bir takdir hakkı unsurunu barındırmaktadır. Ayrıca, siyasi yönü bakımından hassasiyet gösteren davaların belirli hakimlere gönderilmesi ya da bu davaların başka hakimlerin de önüne gitmesinin engellenmesi de mümkündür. Bu durum dava sürecinin neticesini etkilemek adına oldukça etkin bir yol olabilir.

80. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını geliştirmek için hakimlerin baktığı davaların tevziinin genel kriterlere dayalı olarak yapılmasının sağlanması tavsiye edilmektedir. Bu, alfabetik bir sıralamayla dağıtımın yapılması, bilgisayar tarafından dağıtımın yapılacağı bir sistemin oluşturulması veya davaların objektif kriterlere göre belirli kategorilere ayrılması suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu konuda istisnaları da içerecek şekilde genel kurallar

kanunla veya kanuna dayanılarak mahkeme başkanları veya başkanlığınca çıkarılacak düzenlemelerle formüle edilmelidir. Bu konuda, tüm davalar için geçerli olabilecek ve bireysel anlamda davaların tevziinde takdiri kararlara yer vermeyecek, tam anlamıyla soyut bir sistem kurmak her zaman mümkün olmayabilir. Bazı durumlarda hakimlerin iş yükünü veya ihtisas alanlarını dikkate almak gerekebilir. Bazen karmaşık hukuki sorunlar o alanda uzmanlığı olan hakimlerin davayı ele almasını gerektirebilir. Ayrıca, göreve yeni başlayan hakimlerin, daha tecrübeli hakimlerin yanında bir süre için bir heyet içerisinde görevlendirilmesi ihtiyaten gerekebilir. Daha da ötesi, bir mahkemenin karmaşık veya çok önemli bir konuda ilkesel (içtihadi) nitelikte bir karar vermesi için kıdemli hakimlerin o davaya bakması lüzumu hasıl olabilir. Ancak, mahkemenin, başkanın veya başkanlık kurulunun bu tarz kararları almazdan önce ilgili kriterlerin önceden belirlenmiş olması gereklidir. İdeal olan ise bu dava tevziinin yargısal incelemeye tabi olabilmesidir.

81. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu davaların hakimlere dağıtımının, önceden kanunla veya kanunlara dayanılarak çıkarılan özel ikincil düzenlemelerle belirlenecek en yüksek düzeyde objektif ve şeffaf kriterlere göre yapılmasını şiddetle tavsiye eder. İstisna durumlar gerekçelendirilmelidir.

IV. SONUÇLAR

82. Yargının içeriye ve dışarıya karşı bağımsızlığının sağlanması için aşağıdaki standartların devletler tarafından sağlanması gereklidir:

1. Yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkelere anayasa veya eşdeğer nitelikteki hukuki metinlerde yer verilmelidir. Bu ilkeler; yargının devletin diğer erklerinden bağımsızlığı, hakimlerin sadece kanunlarla bağlı olduğu, hakimlerin sadece görevleri itibari ile ayrışabilecekleri, kanun ile önceden tespit edilmiş kanuni ve doğal hakim ilkeleri ve hakimlik teminatını içermelidir.
2. Hakimlerin atanması ve kariyerleri ile ilgili tüm kararlar kanun çerçevesinde belirlenmiş olan objektif kriterlere dayalı esaslara göre alınmalıdır.
3. Hakimlerin memnuiyeti ve reddine ilişkin kurallar yargı bağımsızlığı için gerekli unsurlardandır.
4. Hakimlerin atanması ve kariyerleri ile ilgili konularda karar verecek bağımsız bir yargı konseyinin varlığı yargı bağımsızlığını temin edecek uygun bir metottur. Bu konuda farklı sistemlerin mevcudiyetine saygı duyulurken, Venedik Komisyonu henüz bir yargı konseyine sahip olmayan ülkeler için bağımsız bir yargı konseyini kurmalarını tavsiye eder. Hangi sistem seçilirse seçilsin tüm durumlarda, konseyler çoğulcu bir yapıda oluşturulmalı ve konsey üyelerinin çoğunluğu olmazsa en azından önemli bir bölümü hakim üyelerden oluşmalıdır. Doğal üyeler

haricinde konseyin hakim kökenli üyeleri meslektaşları tarafından seçilmeli veya atanmalıdır.

5. Asaleten tayin olunan hakimler emeklilik yaşlarını doldurana değin daimi şekilde görevde kalmalıdır. Hakimler için deneme süresi tayin etmek ve bu süre sonunda atama yapmak bağımsızlık bakımından problem teşkil etmektedir.
6. Yargı konseyleri veya disiplin mahkemeleri disiplin süreçlerinde karar vermeye yetkili olmalıdır. Disiplin organlarının kararlarına karşı mahkemeler nezdinde itiraz imkanı tanınmalıdır.
7. Hakimlere, makamlarının onuru ve görevlerine layık seviyede bir ödeme garanti edilmelidir.
8. Hakimler için dağıtım takdire bağlı olan prim veya gayri maddi menfaatlere son verilmelidir.
9. Yargıya ait bütçeyle ilgili olarak, mahkemelere ödenek tahsisi ile ilgili kararlar yargı bağımsızlığına saygıyı en sıkı şekilde gösterecek bir yöntemle alınmalıdır. Yargı hakkında Parlamento'ya sunulan bütçe önerisi üzerinde yargı düşüncelerini açıkça ifade etme imkanına sahip olabilmelidir. Yargı konseyi bunu gerçekleştirebilir.
10. Hakimler görev bakımından fakat sadece görev bakımından dokunulmazlığa sahip olmalıdır.
11. Hakimler kendilerini, bağımsızlık ve tarafsızlıklarını sorgulanabilecek bir pozisyona sokmamalıdır. Bu durum, hakimlik mesleğinin diğer görevlerle bağdaşmayacağına dair ulusal kuralların gerekçesi ve birçok devletin hakimlerin siyasi faaliyetlerini yasaklamasının sebebidir.
12. Devletler hakimliğin başka mesleklerle bağdaşmayacağını tespit edebilir. Hakimler idari görevlerde bulunamazlar. Yargının tarafsızlığı ile çelişeceği gerekçesi ile siyasi faaliyetlere izin verilemez.
13. Yargı kararları, özellikle savcılar veya diğer devlet organlarının temyiz süreleri dışında yapacakları itirazlar da dahil olmak üzere, olağan temyiz süreci haricinde bir denetime tabi kılınmaz.
14. Yargılama sürecinin dışarıdan gelecek baskılara karşı korunması amacıyla, çok özenle tanımı yapılması gerekli ve bir yanda yargı sürecini diğer yanda ise basın özgürlüğü ve kamuyu ilgilendiren hususların açıkça tartışılması arasında uygun bir denge kuracak “görölmeye devam olunan dava” ilkesinin uygulanmasına dikkat çekilmelidir.
15. İçer dönük yargı bağımsızlığı ilkesi, her yargıcın bireysel olarak yargılama faaliyetlerinde bir astlık üstlük ilişkisi içerisinde olmaması gerekliliği anlamındadır.

Kanun ile önceden kurulmuş doğal ve kanuni hakimlik ilkesine göre, davaların hakimlere dağıtımının önceden kanunla veya kanuna dayanan özel ikincil düzenlemelerle belirlenmiş objektif ve şeffaf kriterlere göre gerçekleştirilmesi gereklidir. Bu ilkenin istisnaları için gerekçeler ortaya konulmalıdır.

YARGI BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN AVRUPA STANDARTLARI;

SİSTEMATİK BİR GENEL AÇIKLAMA⁹⁵

⁹⁵ Venedik Komisyonu’nun bu çalışması Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görevli Uzman Yardımcısı Yağmur Şen tarafından Türkçe’ye tercüme edilmiştir. Strasbourg, 3 Ekim 2008 Çalışma Sayısı. 494/2008; CDL-JD(2008)002

I.GİRİŞ

1. Avrupa seviyesinde bağımsız ve tarafsız bir mahkeme hakkı her şeyden önce AİHM'in 6. Maddesi ile garanti altına alınmıştır. Mahkemenin içtihadı yargı bağımsızlığının bir takım önemli yönlerine ışık tutmakla birlikte, yapısı gereği, bu konuya sistematik bir biçimde yaklaşmamaktadır. İctihat hukukunun içeriği Naismith'in makalesinde özetlenmektedir.

2. Avrupa seviyesinde yargı bağımsızlığına dair en geçerli metin (AİHM'den başka), hakimlerin bağımsızlığı, verimliliği ve rolleri hakkındaki (94) 12 Sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'dır.

3. Bu metin çok detaya girmediği için yargı bağımsızlığı konusunda daha geliştirilmiş bir metin için bir takım girişimlerde bulunulmuştur. En kapsamlı metin, yargının bağımsızlığı ve hakimlerin azlonulamazlığına ilişkin standartlara dair Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin (AHDK) 1 Sayılı Görüşü'dür. AHDK'nın diğer bazı Görüşleri de bu konuyla ilgilidir.

4. Bir başka Avrupa Konseyi metni, Avrupa Konseyi Hukuki İşler Müdürlüğü tarafından Temmuz 1998 tarihinde Strasbourg'da düzenlenen çok taraflı bir toplantıda onaylanmış Hakimlerin Statüsüne Dair Avrupa Şartı'dır.

5. Yargı Atamaları hakkında Venedik Komisyonu Raporu (CDL-AD(2007)028) yargı bağımsızlığı için özellikle önemli konuları ele almaktadır. Diğer yönlerle çeşitli Venedik Komisyonu görüşlerinde değinilmektedir.

6. Ayrıca yargı bağımsızlığına dair bir dizi BM standartları vardır; özellikle 1985 yılında BMGK tarafından onaylanan Yargı Bağımsızlığına dair Temel İlkeler ve 2002 tarihli Bangalor Yargısal İdare İlkeleri. Bu standartlar Avrupa Konseyi standartları ile örtüşmekle birlikte bunların ötesine gitmemektedir.

7. Aşağıdaki metin Avrupa standartlarının kapsamını sistematik bir biçimde sunmayı amaçlamaktadır. En sistematik ve kapsamlı metin olarak, alt başlıklar da dahil olmak üzere, AHDK'nın 1 Sayılı Görüşü'ndeki yaklaşım takip edilmektedir. Bazı hükümlerin anayasa mahkemesi hakimlerine değil de sadece genel yargıya uygulanabilir olduğunu da göz önünde tutmak gerekir.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞININ ÖZGÜL TARAFLARI

Yargı bağımsızlığının teminat altına alındığı seviye

Tavsiye Kararı (92) 12 belirtmektedir ki (İlke I.2.a): "Hakimlerin bağımsızlığı, Konvansiyon ve anayasal ilkelerin hükümlerine uygun olarak teminat altına alınmalıdır; örneğin anayasalara veya diğer mevzuata özgül hükümler ekleyerek veya bu tavsiye kararının hükümlerini iç hukuka dahil ederek."

AHDK'nın 1 Sayılı Görüşü (16'da⁹⁶, Avrupa Şartı'nın tavsiyesini takip ederek daha da ileri gitmeyi önermektedir: “hakimlerin statülerinin temel ilkeleri en yüksek düzeyde iç normlarda, bu statülerin kuralları ise en azından yasama düzeyinde belirlenmektedir.”

Bu, münferit anayasal metinler incelendiği zaman Venedik Komisyonu tarafından benimsenen yaklaşıma benzemektedir (Bakınız CDL-JD(2008)001).

Atama veya Terfinin Esasları

Tavsiye Kararı (94)12 şöyle belirtmektedir: “Hakimlerin mesleki kariyerlerini ilgilendiren her karar nesnel kriterlere dayanmalıdır ve hakimlerin seçilmesi ve kariyerleri nitelik, dürüstlük, kabiliyet ve verimlilikleri dikkate alınarak yeteneğe dayanmalıdır.”

AHDK'nın 1 Sayılı Görüşü ayrıca (25'te) şunu tavsiye etmektedir: “Üye Devletlerde atama ve terfileri gerçekleştirmek ve bu konularda tavsiyede bulunmakla sorumlu makamlar, hakimlerin seçilmesi ve kariyerleri “nitelik, dürüstlük, kabiliyet ve verimlilikleri dikkate alınarak yeteneğe dayanmalıdır” ilkesini temin etmek amacıyla artık nesnel kriterler getirmeli, yayınlamalı ve yürürlüğe koymalıdır.

Atama ve Danışma Organları

Tavsiye Kararı (94) 12, bir yargısal konseyin kati bir role sahip olması yönünde tercih belirtse de diğer sistemleri kabul etmektedir:

“Hakimlerin seçilmesi ve kariyerleri hakkında karar alan makam, hükümet ve yönetimden bağımsız olmalıdır. Bağımsızlığın teminat altına alınabilmesi için, örneğin, kurallar, bu makamın üyelerinin yargı tarafından seçileceğini ve makamın kendisinin prosedürel kuralları hakkında karar vereceğini garanti etmelidir.

Ancak anayasal veya yasal hükümler ve geleneklerin hakimlerin hükümet tarafından atanmasına imkan verdiği durumlarda, uygulamada hakimlerin atanmasındaki prosedürlerin şeffaf ve bağımsız olduğu ve alınan kararların yukarıda bahsi geçen nesnel kriterlerle ilgili sebepler dışında hiçbir sebepten etkilenmemesini sağlayacak garantiler mevcut olmalıdır”.

AHDK aynı zamanda (45'te) bağımsız bir organın müdahil olması yönünde görüş bildirmektedir: “AHDK, diğer hakimler tarafından demokratik bir biçimde seçilen önemli ölçüde yargı temsiliyetine haiz bağımsız bir makamın müdahalesini (bir görüş, tavsiye veya teklif ile birlikte fiili bir kararı kapsayacak kadar geniş bir biçimde) savunduğu müddetçe, Avrupa Şartı'nın

⁹⁶Diğer türlü belirtilmedikçe AHDK'ya yapılan atıflar AHDK'nın 1 Sayılı Görüşü ile ilgilidir.

AHDK'nın takdir ettiği genel doğrultunun önemine işaret ettiğine dikkat çekmiştir. Bu durum, diğer köklü ve demokratik açıdan ispatlanmış sistemlere sahip olmayan ülkeler için özellikle önemlidir.”

Bu, aynı zamanda Venedik Komisyonu'nun tutumudur (CDL-AD(2007)28):

“44. Avrupa’da adli atamalar için bir çok değişik sistem mevcuttur ve tüm ülkeler için geçerli tek bir model yoktur.

45. Mazisi daha fazla olan demokrasilerde yürütme organı bazen adli atamalarda belirleyici etkiye sahiptir. Bu tür sistemler uygulamada iyi işleyebilir ve bağımsız bir yargıya olanak sağlayabilir çünkü bu yetkiler çok uzun sürede gelişen yasal kültür ve geleneklerle dizginlenmektedir.

46. Yeni demokrasiler öte yandan, yetkilerin kötüye kullanılmasını önleyecek bu gelenekleri geliştirme fırsatına henüz sahip olmamıştır ve bu nedenle, en azından bu ülkelerde, hakimlerin atanmasında siyasi suiistimalleri önlemek için bir garanti olarak açık anayasal ve yasal hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır.

47. Adli mahkemelere (anayasal olmayan) hakim atamalarının Parlamento tarafından bir oylama konusu yapılması uygun değildi. Çünkü siyasi mülahazaların bir adayın objektif liyakatinin üzerinde tutulması tehlikesi bertaraf edilemez.

48. Yargı bağımsızlığını garanti altına almanın uygun bir yolu, oluşumu, yetkileri ve özerkliği bakımından anayasal teminatlarla donatılması gerekli bir yargı konseyinin kurulmasıdır.

49. Böyle bir Konsey, hakimlerin atanması ve terfileri ile birlikte onlara karşı alınacak disiplin önlemleri üzerinde kati bir etkiye sahip olmalıdır.

50. Yargı konseyinin üyelerinin önemli bir kısmı veya çoğunluğu, Yargının kendisi tarafından seçilmelidir. Yargı Konseyi’ne demokratik meşruiyet sağlamak için diğer üyeler uygun hukuki niteliklere haiz kişiler arasından Parlamento tarafından seçilmelidir.”

AHDK'nın “toplumun hizmetindeki Yargı Konseyi” hakkındaki 10 Sayılı Görüşü, AHDK'nın bu konudaki pozisyonunu daha da geliştirmektedir.

Memuriyet (makamda bulunma)– atama süresi

Tavsiye Kararı (94) 12'nin I.3 ilkesi şöyle belirtmektedir: “Hakimler, ister atanmış ister seçilmiş olsun, zorunlu bir emeklilik yaşı veya görev süresinin bitimine kadar garanti altına alınmış memuriyete sahip olmalıdır.”

AHDK'nın 1 Sayılı Görüşü (48’de) şöyle eklemektedir: “Avrupa uygulaması, genel itibariyle yasal emeklilik yaşına kadar tam zamanlı atama yapmaktır. Bağımsızlık penceresinden bakıldığında en az problem taşıyan yaklaşım budur.” Ve (53’te) “AHDK, memuriyetin geçici veya kısıtlı olduğu zaman tam zamanlı

hakim olarak atama veya yeniden atama yönteminin nesnelliği ve şeffaflığından sorumlu kurulun özel önem taşıyan nitelikte olduğunu dikkate almıştır.”

Bu, anayasa mahkemesi hakimleri gibi özel durumlar dışında emekliliğe kadar memuriyeti daima desteklemiş olan Venedik Komisyonu’nun tutumuna da benzemektedir.

Hakimlerin deneme süresi bu bağlamda özel bir sorundur. Bu konuya Avrupa Şartı 3.3’te açık bir biçimde değinilmiştir.

“3.3. İstihdam prosedürünün, zorunlu olarak kısa, bir deneme süresi öngördüğü durumlarda, hakimlik pozisyonuna aday gösterildikten sonra ancak asaletinin tasdik edilmesinden önce veya istihdamın yenilebilir olmakla birlikte kısıtlı bir süre için yapılması durumunda asaletin tasdik edilmemesi veya istihdamın yenilenmemesi kararı, sadece bu belgenin paragraf 1.3’ünde atıfta bulunulan bağımsız organ tarafından veya bu organın teklifiyle veya tavsiyesiyle veya rızasıyla veya görüşünü takiben alınabilir. Bu belgenin 1.4’ündeki hükümler bir deneme süresi geçirmesi gereken bireye de uygulanabilir.”

Venedik Komisyonu bu konuyu geniş bir biçimde ele almıştır (CDL-AD(2007)028):

“40. Venedik Komisyonu, hakimlerin davaları belirli bir yönde karara bağlama konusunda baskı hissedebileceğinden dolayı deneme süresi düzenlenmesinin hakimlerin bağımsızlığını zayıflatabileceğini düşünmektedir.

41. Bu, geçici hakimlerin oluşturulmasına yönelik tüm ihtimalleri devre dışı bırakacak biçimde yorumlanmalıdır. Görece olarak yeni yargı sistemlerine sahip ülkelerde sürekli atama yapılmadan önce uygulamada ilk olarak yargıcın görevlerini verimli bir biçimde yerine getirip getiremediğini değerlendirme ihtiyacı olabilir. Eğer deneme atamaların vazgeçilemez olduğu düşünülüyorsa “nesnel kriterlere göre ve bir yargıcın görevden alınması durumunda uygulanacak aynı usule dair teminatlarla hakimın görevde tutulmasının reddi gerçekleştirilmelidir”.

42. Hakimlerin tarafsızlığını zorlayabilecek faktörleri devre dışı bırakmak temel fıkirdir: “bir değerlendirme sistemiyle yüksek standartları elde etme çabasının övgüye değer olmasına karşılık, hakim bağımsızlığını bir performans değerlendirme sistemiyle bağdaştırmak fevkalade zordur. Eğer bir kimse ikisi arasında seçim yapmak zorunda kalırsa, yargı bağımsızlığı kritik değerdedir.”

43. Deneme/değerlendirme gereksinimiyle hakimlerin bağımsızlığını bağdaştırmak için Avusturya gibi bazı ülkeler, aday hakimlerin kararların hazırlanmasında yardımcı oldukları ancak sürekli hakimlerin yetkisinde olduğu için yargı kararları alamadıkları deneme süresinde değerlendirilmelerine imkan sağlayan bir sistem kurmuşlardır.”

Memuriyet (makamda bulunma) – azlolunamazlık ve disiplin - nakiller

Azlolunamazlık ilkesi Tavsiye Kararı (94)12'nin I.3 İlkesinde (yukarıya bakınız) zımnen teminat altına alınmaktadır.

AHDK (60'ta) şöyle sonuç çıkarmaktadır:

“AHDK,

(a) hakimlerin azlolunamazlığı iç hukukun en yüksek seviyesine yerleştirilmiş bağımsızlığın açık bir unsuru olması gerektiğini (bakınız yukarıdaki paragraf 16),

(b) savunmanın tüm haklarını teminat altına alan prosedürlerle bağımsız bir makamın disiplin meselelerine müdahalesinin özel önem taşıdığını; ve

(c) örneğin farklı bir mahkeme veya alana nakil de dahil olmak üzere, görevden alınmaya yol açabilecek davranışlarla birlikte herhangi bir disiplin adımı veya statü değişikliğine yol açabilecek tüm davranışları tanımlayan standartların hazırlanmasının yararlı olabileceğini

düşünmektedir.”

Venedik Komisyonu, azlolunamazlık ilkesinin Anayasalara konulmasını sürekli olarak desteklemiştir. Disiplinle ilgili muamelelere gelince, CDL-AD(2007)028 dokümanının 49. paragrafı disiplinle ilgili işlemlerde yargı konseylerinin kati etkisini tercih etmektedir. Komisyon ayrıca, disiplin organlarının kararlarına karşı mahkemeye temyize gitme imkanının olması gerektiğini sürekli savunmuştur.

Nakiller meselesi Avrupa Şartı 3.4'te daha detaylı ele alınmıştır:

“3.4. Bir mahkemede görevde bulunan bir hakim, ilke olarak özgür rızası olmaksızın terfi yolu ile olsa bile başka bir adli makama atanamaz veya başka yerde görevlendirilemez. Sadece naklin disiplin cezasının bir yolu olarak gerçekleştirilmesi, mahkeme sisteminin yasal yollarla değiştirilmesi, bu belgenin paragraf 1.4'ündeki hükümlerin uygulanmasına hanel getirmeksizin yakın bir mahkemeyi desteklemek için azami süresi net bir biçimde mevzuatla sınırlandırılmış geçici bir görevlendirme durumları bu ilkeye tanınan istisnadır.”

Bu, ulusal anayasalar incelendiği zaman Venedik Komisyonu'nun yaklaşımına benzemektedir.

İstihkak

Tavsiye Kararı (94)12, hakimlerin istihkakının yasayla teminat altına alınması (İlke I.2b.ii) ve “mesleklerinin itibarı ve sorumluluklarının ağırlığıyla orantılı olması” (İlke III.1.b) gerektiğini belirtmektedir. AHDK tarafından desteklenen Avrupa Şartı, bu ilkeyi güvenceli hastalık ödemesi ve emekli aylığını kapsayacak şekilde genişletmektedir.

AHDK, 1 Sayılı Görüşünde şöyle eklemektedir:

“62. Bazı sistemler (örneğin Kuzey ülkeleri) bu durumu resmi hükümler olmaksızın geleneksel mekanizmalarla karşılarken, AHDK (özellikle yeni demokrasiler bakımından) indirimle karşı yargısal maaşları teminat altına alan özel yasal hüküm koymanın ve en azından yaşama maliyetine paralel maaş artışlarını garantilemenin genel itibariyle önemli olduğunu düşünmüştür.”

Hakimlerin parasal olmayan istihkakı değişik metinlerde değinilmeyen bir konudur. Örneğin, ulusal, bölgesel veya yerel makamlarca hakimlere kalacak yerlerin sağlandığı sistemler. Bu sistemler yargı istihkaklarına yargı bağımsızlığı çerçevesinden bakıldığında sorunlu gibi gözükken bir keyfi unsur getirmektedir.

Bu metinler ayrıca, yargı bağımsızlığının bir teminatı olarak yargı sistemi için (sınırlı) bütçe özerkliği gibi çok daha geniş bir konuyu ele almamaktadır. Öte yandan bu konu, AHDK'nın mahkemelerin giderlerinin karşılanması ve yönetimi hakkındaki 2 Sayılı Görüşünde ele alınmaktadır.

“5. AHDK, mahkemelerin giderlerinin karşılanması Maliye Bakanlığı tarafından Parlamentoya sunulan devlet bütçesinin bir parçası olmasına rağmen bu giderlerin karşılanmasının siyasi dalgalanmalara tabi olmaması gerektiğinde mutabık kalmıştır. Mahkemeleri için bir devletin karşılayabileceği gider düzeyi siyasi bir karar olsa da kuvvetler ayrılığına dayalı bir sistemde yargının bütçesi düzenlenirken ne yürütme ne de yasama organlarının yargı üzerinde herhangi bir baskı uygulamamasına daima dikkat edilmek zorundadır. Mahkemelere fonların dağıtılmasına dair kararlar yargı bağımsızlığına en sıkı saygı çerçevesinde alınmak zorundadır.

10. AHDK'nın ülkeler arasındaki ekonomik farklılıkları göz ardı etmesi imkansızken, mahkemeler için uygun giderlerinin karşılanması mekanizmasının ortaya çıkması, mahkemelerin kendilerinin bütçenin hazırlanması sürecine dahil olmasını gerektirmektedir. AHDK bu nedenle, yargı bütçesinin parlamentoda kabulü için gerçekleştirilen düzenlemelerin yargı görüşlerini de dikkate almasının önemli olduğunda mutabık kalmıştır.

11. Yargının idaresinden sorumlu bağımsız makama (böyle bir makamın bulunduğu ülkelerde¹) mahkemenin giderlerinin karşılanmasına yönelik taleplerin hazırlanmasında koordine edici bir rol vermek ve bu makamı mahkemelerin ihtiyaçlarının değerlendirmek için Parlamentonun doğrudan temas noktası haline getirmek, bütçenin belirlenmesinde aktif yargı müdahalesinin alabileceği bir yöntemdir. Parlamentoya veya parlamentonun özel komisyonlarından bir tanesine bütçe taleplerini sunmakla sorumlu tüm mahkemeleri temsil eden bir organ tercih edilir. ”

Kanunsuz dış etkidten muafiyet

Tavsiye Kararı (94)12 şöyle belirtmektedir (İlke I.2.d):

“Karar alma sürecinde hakimler bağımsız olmalıdırlar ve her hangi bir taraftan veya her hangi bir sebeple doğrudan veya dolaylı her hangi bir kısıtlama, uygunsuz etki, teşvik, baskı, tehdit veya müdahale olmaksızın hareket edebilmelidirler. Kanun, bu yollardan her hangi biriyle hakimleri etkilemeyi amaçlayan kişilere karşı cezai hükümler getirmelidir. Hakimler, vicdanları ve olayları yorumlamalarına uygun olarak ve yürürlükteki kanunlar çerçevesinde davaları tarafsızca karara bağlamak için kısıtlanmamış özgürlüğe sahip olmalıdırlar. Hakimler bakmakta oldukları davaların esasları hakkında yargı dışında hiç kimseye rapor vermek zorunda olmamalıdır.”

AHDK, 1 Sayılı Görüşünde (63'te) şöyle yorum yapmaktadır:

“..Zorluk daha ziyade, neyin kanunsuz etki kapsamına girdiğine karar vermekte ve örneğin siyasi, basın veya diğer kaynaklardan gelen çarpıtma ve baskılara karşı yargı sürecini koruma ihtiyacı ile kamu hayatı ve serbest medyada kamu yararını ilgilendiren meseleleri açıkça tartışmaktan doğan fayda arasında uygun bir denge bulunmasında yatmaktadır. Hakimler, kamuoyu şahsiyetleri olduklarını ve aşırı kırılğan veya alıngan yapıda olmamaları gerektiğini kabul etmek zorundadır. AHDK, mevcut ilkenin değiştirilmeye ihtiyacının bulunmadığını yine de farklı devletlerdeki hakimlerin birlikte fikir teatisinde bulunmaktan ve özel durumlar hakkında bilgi alışverişi yapmaktan fayda sağlayabilecekleri konusunda mutabık kalmıştır.”

Cezai ve sivil sorumluluk konusu ve hakimlerin dokunulmazlığı bu bağlamda ele alınabilir. AHDK, özellikle ahlak, uygunsuz davranış ve tarafsızlık konularını içeren, hakimlerin mesleki davranışlarını yönlendiren ilke ve kurallara dair 3 Sayılı Görüşünde şu sonuca varmaktadır:

“75. Cezai sorumluluk bakımından AHDK şöyle düşünmektedir:

i) hakimler adli makamları dışında işlenen suçlardan dolayı normal hukuk kuralları çerçevesinde cezai sorumluluk taşınmalıdır;

ii) görevlerinin icrası esnasında gayri ihtiyari hatalarından dolayı hakimlere cezai sorumluluk yüklenmemelidir.

76. Sivil sorumluluk bakımından AHDK bağımsızlık ilkesini akılda tutarak şöyle düşünmektedir:

i) yargı hataları için kanuni çare (ister yetki isterse esas veya prosedür bakımından) uygun bir temyiz sistemi (mahkemenin izni veya izni olmadan) üzerine kurulmalıdır;

ii) adaletin idaresindeki diğer hatalardan ötürü herhangi bir kanuni çare (örneğin gereksiz uzatma da dahil olmak üzere) sadece devlete karşı ileri sürülebilir;

iii) *Bir yargıcın yargı görevlerini sözde ifa etmesinden dolayı bilinçli ihmali durumu dışında, devletin masrafları geri ödeme yoluyla olsa bile herhangi bir bireysel sorumluluğa maruz bırakılması uygun değildir.”*

Venedik Komisyonu, hakimlerin kısıtlı görev dokunulmazlığı lehinde görüş bildirmiştir:

“Hakimler (...) Bulgar Anayasasında belirtildiği üzere genel bir dokunulmazlıktan yararlanmamalıdır. Aslında genel standartlara göre görevleri esnasında iyi niyetle gerçekleştirdikleri hareketlere karşı açılacak sivil davalardan korunmaya ihtiyaçları vardır. Ancak mahkeme önünde hesabını vermeleri gereken işledikleri cezai fiiller için kovuşturmayla karşı hakimleri koruyan genel bir dokunulmazlıktan yararlanmamalıdır.” (CDL-AD(2003)12, paragraf 15.a):

Tavsiye Kararı (94) 12, İlke I(2)(a)(i), *“hakimlerin kararlarının kanunla belirtilen temyiz prosedürleri dışında herhangi bir gözden geçirmeye tabi olmaması gerektiğini”* belirtmektedir.

AHDK, soru formuna gelen cevaplara dayanarak 1 Sayılı Görüşünde bu ilkenin genel itibarıyla tatbik edildiği sonucuna varırken Venedik Komisyonunun tecrübesi ve AIHM içtihat hukuku eski Sovyet devletlerindeki Prokuratura'nın denetleyici yetkilerinin sık sık temyize konu olmayan adli kararlarına itiraz edebilecek kadar genişlediğini belirtmektedir.

Yargı içinde bağımsızlık

Temel ilke AHDK tarafından apaçık belirlenmiştir:

“64. Bir yargıcın görevlerinin ifası esnasında hiçbir kimsenin memuru olmaması temel noktadır; o bir Devlet bürosunun hamilidir. O, bu nedenle hukukun hizmetkarıdır ve sadece hukuka karşı mesuldür. Bir yargıcın bir davada karar verirken yargı içinden veya dışından üçüncü bir tarafın herhangi bir emir veya talimatı ile hareket etmediği genel kabul görmüş bir gerçekliktir.

66. AHDK, bir iç yargı hiyerarşisinden kaynaklanabilecek yargı bağımsızlığına karşı potansiyel tehdidi not etmiştir. Yargı bağımsızlığı, sadece kanunsuz dış etkiden muafiyete bağlı değildir aynı zamanda bazı durumlarda diğer hakimlerin tavrından kaynaklanabilecek kanunsuz etkiden de muafiyete bağlıdır. “Hakimler, vicdanları ve olayları yorumlamalarına göre ve mevcut kanun hükümleri doğrultusunda tarafsızca davaları karara bağlamak için kısıtlanmamış özgürlüğe sahip olmalıdır” (Tavsiye Kararı No. R(94) 12, İlke I (2)(d). Bu hakimleri bireysel olarak kastetmektedir. İçinde bunun ifade edildiği terimler içtihatlarla dayalı hukukun uygulandığı ülkelerde emsal doktrini gibi doktrinleri dışlamamaktadır (örneğin önündeki davada doğrudan ortaya çıkan bir kanun meselesinde alt kademe yargıcının üst kademe mahkemesinin önceki kararını uygulamak zorunluluğu).”

Belirli eski Sovyet devletlerinde mevcut olan alt kademe mahkemelerini bağlayıcı Anayasa Mahkemesi veya diğer yüksek mahkeme tarafından benimsenen talimatnamenin uygulanması bu bakımdan sorunlu gözükmektedir.

Venedik Komisyonu, her bir yargıcın bireysel bağımsızlığı ilkesini her zaman desteklemiştir:

“ Son olarak, Yüksek Mahkemeye genel mahkemelerin faaliyetlerini teftiş etme yetkisinin verilmesi (Madde 51, paragraf 1) genel mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile çakışıyor gibi gözükmektedir. Yüksek Mahkemenin alt kademe mahkemelerin kararlarını bozma veya değiştirme yetkisine sahip olması zorunlu iken Yüksek Mahkeme alt kademe mahkemelerini teftiş etmemelidir.” (CDL-INF(1997)6 6’da).

“ Yargı bağımsızlığı sisteminde üst kademe mahkemeleri, münferit davalardaki kararlarıyla ülke topraklarında içtihat hukukunun tutarlılığını temin etmektedir. Yargısal emsallerine resmen bağımlı İçtihat Hukuku geleneğinin karşısında Kıta Avrupası geleneğinde olmaksızın alt kademe mahkemeleri, temyizde aldıkları kararların bozulmasını önlemek için üst kademe mahkemelerinin kararlarında geliştirilen ilkeleri takip etme eğilimindedirler. Bunun yanında, özel prosedürel kurallar çeşitli adli branşlar arasında tutarlılığı temin edebilir. Mevcut taslak köklü biçimde bu ilkedен ayrılmaktadır. Yüksek Mahkemeye (Madde 51.2.6 ve 7) ve daha kısıtlı ifadelerde Yüksek Özel Amaçlı Mahkemeler Birleşik Kuruluna (madde 50.1) mevzuatın uygulanması konuları hakkında alt kademe mahkemelerinin “tavsiye/açıklamalarını” ele alma imkanı vermektedir. Bu sistemin Ukrayna’da gerçek anlamıyla bağımsız bir yargının ortaya çıkışını kuvvetlendirme olasılığı yoktur aksine bu sistem hakimlerin amirlerinden gelen emirlere tabi memurlar gibi hareket etmesi riskini barındırmaktadır. Bu taslağın hiyerarşik yaklaşımın bir diğer örneği Yüksek Mahkeme Baş Hakiminin geniş yetkileridir (Madde 59). Birleşik Kurula veya Yönetim Konseyine başvurma ihtiyacı duymaksızın Baş Hakim bu son derece önemli yetkileri tek başına kullanıyor gözükmektedir.” (CDL-INF(2000)5 “Mahkemelerin sıkı hiyerarşik sisteminin oluşturulması” başlığı altında)

“ Yargısal bağımsızlık, sadece Devletin diğer erkleri karşısında bir bütün olarak yargı bağımsızlığı değildir. Aynı zamanda bu kavramın “içsel” bir yönü vardır. Mahkeme sisteminde konumu ne olursa olsun her bir hakim, aynı hakim otoritesini kullanmaktadır. Bu nedenle hakim hüküm verirken aynı zamanda diğer hakimlere karşı ve mahkeme başkanı ve diğer (örnek olarak üst kademe) mahkemelerle ilişkisinde bağımsız olmalıdır. Aslına bakılırsa yargının “içsel” bağımsızlığı sürekli artan bir tartışma konusudur. Yargı bağımsızlığı konusunda temel uluslararası dokümanlarda belirtildiği üzere hem “iç” hem de “dış” yargı bağımsızlığı için en iyi koruma, Yüksek Yargı Konseyi tarafından temin edilebilir.” (CDL(2007)003 61’de)

İdari makamlardan belirli baskı altında olma ihtimali olan mahkeme başkanlarının otoritesi, bu bağlamda ayrıca incelenmelidir. Davaların dağıtılması bakımından, Tavsiye Kararı (94)12 bazı önemli ilkeleri ihtiva etmektedir (İlke I.2.e) ve f):

“Davaların dağıtımı davanın herhangi bir tarafının veya davanın sonuçlarıyla ilgilenen herhangi birinin arzularından etkilenmemelidir. Böyle bir dağıtım, örneğin, kura çekme veya alfabetik sıraya göre otomatik dağıtım sistemi usulüyle yapılmalıdır.”

“Çok ciddi hastalık veya çıkar ihtilaflı durumları gibi geçerli sebepler olmaksızın bir dava belirli bir hakimden alınamamalıdır. Bu gibi sebepler ve davanın geri alınması prosedürleri kanunla belirtilmelidir ve hükümet veya yönetimin herhangi bir menfaatinden etkilenmemelidir. Bir davanın yargıcından geri alınması kararı, hakimlerle aynı yargı bağımsızlığına sahip bir makam tarafından verilmelidir.”

Venedik Komisyonu ayrıca, “hakimler arasında davaların dağıtılması prosedürünün nesnel kriterler izlemesi gerektiğini” ifade etmiştir. (CDL-AD(2002)026 70.7’de)

Daha kapsamlı olsa da aynı manada, Avusturya, Çek, Alman, İtalyan ve Slovak Anayasası gibi bazı ulusal anayasalar, dava dağıtımının mahkeme başkanının takdirine bırakmayacak biçimde soyut ilkeler temelinde yapılmasını gerektiren “doğal hakim” veya “kanuni hakim” ilkesine yer vermektedir. Bu ilke uluslararası standartlarda daha açık yansıtılmayı muhtemelen hak etmektedir.

Yargısal rol

AHDK bu başlık altında aşağıdaki konuyu incelemektedir:

“72. AHDK toplantısında değinilen önemli bir başlık bazı sistemlerde hakim, savcı ve Adalet Bakanlığı memurlarının görev yerlerinin birbirleriyle değiştirilebilir olmasıyla ilgilidir. Bu görev yerlerinin birbirleriyle değiştirilebilir olmasına rağmen AHDK, savcıların rolü, statüsü ve görevlerinin mülahazasına paralel olarak hakimlerin rolü, statüsü ve görevlerinin mülahazasının imasının dışında kaldığına karar vermiştir. Ancak, böyle bir sistemin yargı bağımsızlığıyla tutarlı olup olmadığı önemli bir soru olarak kalmaya devam etmektedir. Bu, etkilenen hukuki sistemler açısından kuşkusuz oldukça önemli bir konudur. AHDK, bu konunun daha sonraki bir aşamada belki de hakimler için davranış kuralları çalışması ile bağlantılı olarak ek değerlendirmeye layık olduğunu, ancak bunun ilave uzman katkısı gerektirdiğini düşünmektedir.

Bu başlığa ilişkin ek bir çalışma AHDK ve CCPE⁹⁷ tarafından ortaklaşa gerçekleştirilecektir.

⁹⁷ Avrupa Savcılar Danışma Konseyi

III. İLK SONUÇLAR

Yargı bağımsızlığı hakkında büyük ölçüde örtüşen çok sayıda standart vardır. Ancak hakimlerden oluşan organlarca hazırlanan ve hükümetler arası seviyede onaylanmayan daha detaylı standartlardan dolayı üzüntü duymamak elde değildir.

Mevcut standartlar atama, görevden alma ve hakimlerin görev süresi ile hakimlerin kariyerlerine ilişkin kararlarda bağımsız yargı konseyinin rolüne odaklanmaktadır. Özellikle hakimlerin parasal olmayan istihkakları ve yargının bütçe kararlarına müdahil olması ile birlikte “doğal hakim” veya “kanuni hakim” hakkı ilkesinin Avrupa seviyesinde oluşturulmasının yararlı olabileceği gibi yargı erki içinde bağımsızlık konularına dair bazı standartlar daha da geliştirilebilir.

**SEÇİM BARAJI VE SEÇİM SİSTEMLERİNİN
PARTİLERİN PARLAMENTOYA GİRİŞİNE ENGEL
OLAN DİĞER NİTELİKLERİ HAKKINDA
KARŞILAŞTIRMALI RAPOR⁹⁸**

Klemen JAKLIC (Slovenya, Üye)⁹⁹

•

⁹⁸ Venedik Komisyonu’nun bu raporu TBMM Araştırma Merkezi Müdürlüğü’nde Feride Eroğlu, Murat Bilgin ve Nihan Altınbaş tarafından 19 Nisan 2010 tarihinde İngilizce nüshasından Türkçeye çevrilmiştir. Strazburg, 15 Aralık 2008; CDL-AD(2008)037; Çalışma No: 485/2008

⁹⁹ görüşleri temel alınarak Demokratik Seçimler Konseyinin 26. Toplantısında (Venedik, 18 Ekim 2008) ve Venedik Komisyonunun 77. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 12–13 Aralık 2008) kabul edilmiştir.

Giriş

1. *Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin, Avrupa’da insan hakları ve demokrasinin durumu hakkındaki 1791 (2007) sayılı tavsiye kararı ve demokrasinin geleceğine dair 2007 Forumu’nun sonuçlarına istinaden, Forum Danışma Komitesi, Venedik Komisyonu’nca konu edilen - Sayın Klemen Jaklic “Venedik Komisyonu’na Üye Ülkelerde Seçim Barajları ve Seçim Sistemleri’nin Siyasi Partilerin Parlamento’ya Girmesine Mani Olan Diğer Hususları” adlı bir rapor hazırlamıştır- parlamentoda temsille ilgili olarak seçim barajları hakkında daha detaylı bir inceleme yapmaktan yana olmuştur. Sekreteryaya ile dayanışma içinde bulunularak, bu çalışmanın birkaç aşamada yürütülmesi kararlaştırılmıştır. İlk aşamada, siyasi partilerin parlamentoya girmesini sınırlamada benzer etkileri olan mekanizmalar tanımlanmış ve belirli seçim sistemlerinde ortaya çıkan bu mekanizmaların karşılaştırmalı koşulları açıklanmıştır. Başlangıç aşamasındaki bu bağlamsal karşılaştırmalı yaklaşımın, üye ülkelerdeki durumun daha ileri, herhangi bir sağlam değerlendirmesi için vazgeçilmez bir önkoşul olacağı anlaşılmaktadır (muhtemel ikinci aşama) ki böylece bu alandaki muhtemel ortak Avrupa standartlarının olgunlaşması ideal olarak mümkün olacaktır (muhtemel üçüncü aşama).*

Bu rapor Demokratik Seçim Konseyi’nin 26. toplantısında (Venedik, 18 Ekim 2008) ve Venedik Komisyonu’nun 77. oturumunda kabul edilmiştir (Venedik, 12-13 Aralık 2008).

1. Genel Açıklamalar

3. Aksi belirtilmediği sürece, bu raporda, “baraj” sözcüğü en geniş anlamıyla, yani siyasi partilerin parlamentoya girmesine engel olan herhangi bir mekanizmayı ifade etmek için kullanılacaktır. Biçimsel anlamıyla, baraj sözcüğünden genel olarak siyasi partilerin parlamentodaki sandalye dağılımına dâhil olabilmek için alması gereken, sayısı hukuki olarak belirlenmiş olan oy miktarını anlarız. Ancak bu, siyasi partilerin parlamentoya girmesine engel olan önemli mekanizmalardan biri iken, yasal baraj, aynı ya da en azından çok benzer şekilde, siyasi partilerin parlamentoya girme fırsatını kısıtlayacak/arttıracak çeşitli mekanizmalardan biridir. Erişim konusu bağlamsal olarak ölçüldüğünde sadece yasal barajlara odaklanmak yetersiz olacaktır; zira yasal barajı düşük tutarken, yüksek seviyede parlamento dışında bırakmakla aynı sonuç, başka mekanizmalarla da mümkün olabilmektedir. Bütün bu hususlar birbiriyle alakalıdır ve özellikle küçük ve yeni siyasi partilerin parlamentoya dâhil olması / dışarıda bırakılması açısından önemlidir. Bu rapor, bu mekanizmaların tümü ile alakalıdır; yani baraj kavramını en geniş anlamıyla ele almaktadır.

4. Bu ilk raporun (henüz) herhangi bir değer yargısına ilişkin olmadığını belirtmek de önemlidir. Daha kapsayıcı sistemlerin daha iyi olduğu iddia edilmemektedir. Potansiyel olarak kuralcı bir değer yargısı oluşturabilmek ve bu alanda herhangi bir ortak standart geliştirebilmek için, evvela, olaylar açıklığa kavuşturulmalıdır.

Yani, farklı sistemlerdeki parlamentoya dâhil edilme / dışarıda bırakılma derecelerinin bilinmesi gerekir. Bu raporda yapılan farklı baraj tiplerinin kavramsal analizi de bu hedefe ulaşma yolunda ilk adımdır.

2. Seçim Sistemi Modeli Tercihi

5. Duverger Yasası, seçim sistemlerinin partilerin parlamentoya erişime dâhil edilmeleri / dışarıda bırakılmalarına etkisi hususunda yapılacak herhangi bir analizin en tabii başlangıç noktasıdır. Duverger Yasası, çoğulcu/çoğunlukçu sistem “iki partililiğe” eğilim gösterirken, ‘nispi temsil sisteminin çok partililiğe’ eğilim gösterdiğini ifade eder. Bu yasa, sadece olasılık genellemesi olarak anlaşılabilir ve istinasız değildir. Bazen, bir ve aynı sistem ailesi içerisinde anlamlı farklılıklar bulunabilir. Bununla birlikte, seçim sistemi modeli tercihi (çoğulcu/çoğunlukçu, birleşik, nispi) önemli bir genel barajdır; bu mekanizmanın kendisi küçük siyasi partilerin parlamentoya dâhil edilmesi/ dışarıda bırakılması hususunda ve sonuç olarak da siyasi parti bölünmelerinde önemli genel bir etkiye sahiptir. Parti sistemleri, nispi sistemlerde (NS) daha rekabetçi ve bölünmüş iken, çoğulcu/çoğunlukçu (ÇS) sistemlerde genellikle küçük siyasi partilerin fırsatlarını kısıtlar. Böylece, seçim sistemleri hususunda dünya çapında yapılan bir çalışma ortaya çıkartmıştır ki “en az bir koltuğa sahip partilerin en basit tanımına dayalı olarak, parlamento partilerinin ortalama sayısı çoğulcu/çoğunlukçu sistemi kullanan ülkelerde 5.22, birleşik (ya da karma) sistemi kullanan ülkelerde 8.85 ve nispi temsil seçim sistemini kullanan toplumlarda da 9.25’tir.” Benzer şekilde, “parlamento koltuklarının %3’ünden fazlasını elinde tutan ilgili partilerin ortalama sayısı çoğulcu/çoğunlukçu sistemlerin tümünde 3.33 iken, bu sayı karma sistemlerde 4.52 ve nispi sistemlerin tümünde de 4.74’tür.”

3. Oy Pusulası, Finansman ve Medya Kullanımı Hususlarındaki Kısıtlamalar

6. Diğer bir grup mekanizmalar da siyasi partilerin kayıt olma, aday gösterme veya başka yollarla resmi oy pusulasına ulaşımını sınırlama ya da engelleme yanısıra, seçim kampanyası fonlarına ve medyaya ulaşımını sınırlamak için eşitsiz bir biçimde tasarlanan yasal ve anayasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Önceki bölümde olduğu gibi, bu bölümde de mantık açıktır. Bir yandan, “parlamentoya girmeye çalışan küçük partilerin, parti rekabet koşullarını daha eşitlikçi şekilde kolaylaştıran, örneğin tüm partilerin oy pusulalarına, serbest medya kampanyasına, doğrudan kamu fonları ve dolaylı devlet yardımlarına eşit bir şekilde erişebildikleri, politik sistemlerde genellikle daha iyi performans göstermeleri beklenir.” Diğer yanda ise, küçük siyasi partiler, kamu kaynaklarının tarafgir bir ‘kartel’ düzenlemesiyle hali hazırda yasama organındaki partilere tahsis edildiği; böylelikle de parlamentodaki mevcut politikacıların korunduğu durumlarda daha sert bir ortamla karşılaşmaktadır... Küçük partilerin mensupları, medyada ayrılan süre gibi, kamu kaynaklarının dağıtım kurallarının büyük ölçüde yönetimdeki partiye tarafgir olduğu, güdümlü seçimler yapılan siyasi rejimlerde ise, daha ciddi kısıtlamalarla yüz yüze gelmektedir.”

3.1. Kayıt Koşulları

7. Bu oy pusulasına erişim almak için bir önkoşuldur. Sadece Fransa, İsveç ve İrlanda'nın dâhil olduğu birkaç ülkede siyasi partilerin oy pusulasında yer almadan evvel kayıt olmasına gerek yoktur. Pek çok ülkede ise, bu koşullar mevcuttur ve genellikle son yıllarda kamu kampanya fonları düzenlemelerinin ve yasal olarak kayıt olmak için detaylı bürokratik koşulların çoğalmasına bağlı olarak artırılmıştır. Koşullar, ülkeden ülkeye farklılık göstermekteyse de, parti ilkeleri ve anayasası, tüzük ve kurallar kitabı, yönetim şeması, görevliler listesi, minimum üye veya imza listesi veya bazen minimum aday sayısı veya adayların belirli bölgesel dağılımının seçim otoritelerine yazılı olarak verilmesi ortak taleplerdir. Kısıtlamaların yükünün ağır olması durumu “tüm yeni adaylar ve küçük oyuncular için bariyer teşkil eder ve bazı yarışmacıları caydırır”. Dahası, partilerin bazı prensiplere karşı çıkmaması zorunluluğu veya partilerin minimum sayıda adaya sahip olması gerekliliği ve benzeri gibi daha özel koşullar, siyasi yelpazenin uçlarında bulunan bazı küçük siyasi partilerin durumunu etkiler.

3.2. Oy Pusulasına Erişim

8. Siyasi partiler için, kayıtlarla ilgili kısıtlamalardan sonra, oy pusulasına erişimle ilgili olarak, seçimden evvel resmi bir depozito ödemek ve aday ya da parti listesi başına belli sayıda imza toplamak gibi kısıtlamalar da mevcuttur.

9. Belli devletlerde, bu depozito göreceli olarak düşükken (örneğin, 2003 yılında yapılan karşılaştırmalı bir çalışmaya göre, depozito Fransa'da 180\$, İrlanda'da 350\$ idi.) diğer ülkelerde oldukça yüksektir (Birleşik Krallık, 735\$). Depozitolar, eğer aday siyasi parti oyların az bir payını (örneğin, Birleşik Krallık'ta %5'ini) alırsa genellikle iade edilir. Bununla birlikte, yüksek depozitolar çeşitli adaylıklar karşısında birleştğinde, sınırlı finansal kaynağa sahip ciddi yarışmacılar için caydırıcı veya baraj olabilir. Norris'e göre “eğer adaylar minimum % 5'lik barajın altına düşerek tüm verdikleri depoziti kaybederlerse, Birleşik Krallık genel seçimlerinde her koltuk için yarışmak Yeşiller'e yarım milyon dolara mal olur”.

10. Aday ya da parti listesi başına gereken en az imza sayısında da benzer bir durum söz konusudur. Bazı ülkelerde bu sayı oldukça mütevazı miktardadır (örneğin, Avusturya ve Belçika'da seçim bölgesi başına 200–500 imza), ancak her yerde ve her bağlamda durum bu şekilde değildir. Örneğin, İtalya'da karma sistem kullanıldığında tek adaylı seçim bölgelerinde bir aday için 500 imza gerekirken parti listeleri için 1400–1500 imza gerekmektedir. Koşul bazen oldukça zorlu olabilmektedir: Örneğin, Norveç'te her parti için 5000 imza gerekmektedir. Bu durum, küçük partilerin seçim sandığına ve dolayısıyla parlamentoya erişimlerini engellemekte önemli bir baraj oluşturmaktadır.

3.3. Finansman ve Medya Erişimi

11. Parti kurulmasına ilişkin düzenlemeler ve oy pusulasına erişim dışında, kampanyaların finansmanı ve medyaya erişim konularında da düzenlemeler mevcuttur (Kamunun siyasî partileri finanse etmesi, dolaylı devlet destekleri, radyo ve televizyon yayınlarına erişim vb. gibi). Bu düzenlemeler de partilerin parlamentoya girmelerini engelleyebilecek bir nevi baraj niteliğinde işleyebilir. Paraya ve televizyona erişimin partilerin mesajlarını topluma iletme ve potansiyel destekçilerini mobilize etmede en önemli iki faktör olduğu kanıtlanmıştır. Özellikle bu alanlardaki düzenlemeler hali hazırda parlamentodaki partilerin güçlerine güç katarak “siyasî kartel”lerin oluşmasına neden olabileceği gibi, daha eşit bir siyasî rekabet ortamı sağlayarak küçük ya da yeni partilerin parlamentoya girme ihtimalini de artırabilir. Örneğin kaynaklar, İsviçre’de ve Hollanda’da olduğu gibi mevcut parlamentodaki koltuk sayılarına göre dağıtıldığında bu durum bir kartel gibi çalışarak kamu kaynaklarının parlamentodaki mevcut partilere dağıtılmasına neden olur. Buna karşılık kaynaklar (örneğin İspanya’da olduğu gibi) seçimlerdeki oy oranına göre, (ya da İngiltere’de olduğu gibi) seçime katılan aday sayısına göre, (ya da Rusya’da olduğu gibi) kayıtlı her partiye eşit bir şekilde dağıtıldığında küçük veya yeni partilerin daha çok şansı olmaktadır. Siyasî partilerin seçim kampanyası için finansman yardımı ve radyo televizyon yayınlarına erişim kolaylığı Avusturya, Finlandiya, İzlanda ve İsviçre’de en düşük seviyede yapılırken; Rusya, İtalya ve İspanya’da en eşitlikçi şekildedir.

12. Şurası bir gerçek ki, siyasî partilerin finansmanının ve medya erişiminin, siyasi partilerin parlamentoya girebilmelerini ne ölçüde etkilediğinin değerlendirilebilmesi için biçimsel şartların dışında, bu biçimsel şartların farklı ülkelerdeki fiili işleyişleri de gözden kaçırılmamalıdır. Yani resmi mevzuatın dışında, bu kurallara uygulamada (mahkemeler ve seçim komisyonları tarafından) ne kadar riayet edildiğine de bakılması gerekmektedir. Örneğin, Rusya’da kayıtlı her siyasî parti, yayın organlarında aynı ölçüde yer alma hakkına sahipken, çok fazla sayıda parti olduğundan, herhangi bir partinin yayın organlarındaki görünürlüğü etkisini yitirmektedir. Büyüklüğünden bağımsız olarak her parti ancak otuz saniyelik yayın hakkına sahip olabilmektedir. Dahası, bazı resmi gözlemci raporlarına göre geçmişteki birçok seçim öncesinde tüm büyük televizyon kanallarında yoğun bir şekilde hükümet yanlısı yayınlar yapılmıştır. Siyasî partilerin parlamentoya girebilmelerini engelleyen faktörler incelenip karşılaştırılırken bu tarz fiili durumlara ilişkin ayrıntılar da hesaba katılmalıdır.

4. Yasal Seçim Barajı

13. Siyasî partilerin parlamentoya girebilmelerini engelleyen bir diğer faktör kelimenin düz ve dar anlamı ile “seçim barajı”dır. Seçim barajına ayrıca “dışarıda bırakma barajı” da denmektedir. Çok sayıda insanın (tüm seçmenler),

az sayıda insan (parlamentarler) tarafından temsilini öngören hiçbir seçim sistemi pratikte mükemmel bir şekilde temsilde adaleti sağlayamaz. Her zaman için bir partinin parlamentoda temsil edilmesi için gereken olan belli bir minimum oy miktarı olacaktır. Dışarıda bırakma barajı işte bu oy miktarının oranıdır. Çoğunlukçu seçim sistemleri genellikle küçük ve yeni partilerin aleyhine işlemektedir; ancak, küçük partinin oyu belirli seçim bölgelerinde yoğunlaştığında bu durum değişmektedir. Nispi seçim sistemleri genel olarak temsil açısından daha adaletli gibi gözükse de seçim barajı bu sistemlerde de küçük partileri önemli ölçüde dışlayıcı olabilmektedir.

14. İki çeşit dışarıda bırakma barajı vardır. Bazı seçim sistemlerinde baraj sunî bir şekilde kanun tarafından belirlenmiştir. Bu tip seçim barajı “yasal (sunî, resmi) seçim barajı” olarak adlandırılmaktadır. Bu sistemde kanun tarafından belirlenmiş olan minimum oyu alamayan partiler parlamentoda sandalye sahibi olamazlar. Bu, açık bir şekilde küçük partileri kısıtlayıcı bir durum yaratmaktadır; öyle ki bu şekilde pratikte birçok zaman küçük partilere yaşam olanağı dahi tanınmamaktadır. Ülkeler arasında seçim barajı oranları değişim göstermektedir. Venedik Komisyonu’na üye ülkeler içerisinde bu oran % 0.67’den (Hollanda) % 10’a kadar (Türkiye) değişmektedir. Seçim kanunları ve diğer bazı kaynaklar esas alınarak hazırlanan birçok Avrupa ülkesindeki farklı seçim barajı oranları listesi bu bölümün sonuna konulmuştur. Ancak, bu oranlar hakkında karşılaştırma yapılırken bu oranların ortaya çıkmasına neden olan birçok farklı karmaşık ilişkiler ağı göz önünde bulundurulmalıdır. Şurası açıktır ki, seçim barajına ilişkin birçok ülkedeki farklı uygulama seviyeleri de hesaba katılmalıdır. Şöyle ki, bazı ülkelerde (örneğin İspanya’da) seçim barajı uygulaması seçim bölgeleri içerisinde geçerlidir. Diğer bazı ülkelerde (örneğin Almanya’da) seçim barajı tüm ülke sathında uygulanırken, (örneğin İsveç gibi) diğer bazı ülkelerde ise her iki seviyede de uygulanmaktadır. Çok daha derin siyaset bilimi ölçüm ve hesaplamaları yapılmadan bu sistemlerden hangisinin hangi durumda temsilde adaleti daha iyi sağladığını tespit etmek olanaksızdır. Ayrıca, ülkeler arasında seçim barajının seçimlerin hangi aşamasında uygulanacağına ilişkin de farklılıklar vardır. Bazı ülkelerde seçimlerin ilk aşamasında, bazılarında ikinci aşamasında, bazılarında ise her iki aşamada da seçim barajları uygulanmaktadır. Dahası bir de seçim barajlarının derecelendirilmesi problemi vardır. Örneğin bazı yerlerde seçim barajı tek bir parti için %5 iken, iki partinin seçim ittifakı yapması durumunda % 8, daha fazla partinin seçim ittifakı durumunda ise % 10 olmaktadır. Tüm bu durumlar seçim sistemlerini temsilde adalet açısından karşılaştırmamızı zorlaştırmaktadır. Aynı durum bazı devletlerin (örneğin Almanya’nın) oy oranlarına göre değil sandalye sayılarına göre seçim barajı uygulaması için de geçerlidir. Bu tip uygulamalar genellikle ülke genelinde uygulanan seçim barajının yanı sıra uygulanmaktadır. (Örneğin Almanya’da seçimlerde üç seçim bölgesinden sandalye kazanan parti, aynı zamanda ülke barajını da geçmiş kabul edilmektedir.) Bunlar haricinde her sistemin kendine has diğer farklı detayları

vardır. Bu farklılıklar da ülkeler arasında karşılaştırma yapmayı daha da zorlaştırmaktadır. Örneğin Almanya'daki % 5'lik ülke genelindeki seçim barajı önemli bir etkiye sahipken, Yunanistan'daki % 3'lük barajın çok sınırlı bir etkisi vardır; ancak, Yunanistan'da da küçük partiler parti listeleri için öne sürülen elli altı farklı seçim bölgesi zorunluluğu yüzünden seçilememektedir. Benzer şekilde, %3'lük seçim barajı çok üyenin aynı seçim bölgesinden seçilebildiği İspanya'da neredeyse önemsizdir; ancak, seçim bölgelerinin büyüklüğü pratikte ülke çapında %5'ten daha az oy alan partilerin seçilmesine imkân vermemektedir. Seçim barajlarının farklı çalışmasına ilişkin bir diğer örnek de Almanya'daki ulusal düzeydeki seçim barajı uygulamasının, özellikle doğuda güçlü olan, Demokratik Sosyalizm Partisinin 2002 seçimlerinde % 5'lik ülke barajını aşamaması dolayısıyla parlamentoya girememesine sebep olurken; İspanya'daki seçim bölgesi bazlı seçim barajının Bask Milliyetçileri gibi küçük bir partiyi etkilememiş olmasıdır.

Çoğunluğa Dayalı Seçim Sistemlerinde Yasal Seçim Barajı

Ülke	Yasal Seçim Barajı
Beyaz Rusya	Yok
Fransa	Seçim bölgesindeki oyların % 12,5'ini almak, ya da seçimin ikinci turuna kalabilmek için ilk turda en çok oy almış iki partiden biri olmak
Birleşik Krallık	Yok

Karma Seçim Sistemlerinde Yasal Seçim Barajı

Ülke	Yasal Seçim Barajı
Arnavutluk	Partiler için % 2.5 ve seçim ittifakları için % 4 (Anayasal değişiklikten önce)
Almanya	Ulusal düzeyde %5 ya da üç seçim bölgesi sandalyesi kazanmış olmak
Macaristan	Nispi temsil katmanından %5 oy almak, hem nispi temsil katmanından hem de ulusal katmandan sandalye alabilmek
İtalya	% 4
Litvanya	% 5
Rusya	% 5 (Karma sistem uygulandığında)
Ukrayna	% 4 (Karma sistem uygulandığında)

Nispi Temsil Sistemlerinde Yasal Seçim Barajı

Ülke	Yasal Seçim Barajı
Avusturya	En alt katmandaki seçim bölgesinde bir sandalye kazanabilmiş olmak ya da ülke düzeyinde % 4 oy almak orta ve ulusal katmandaki sandalyeler için gereklidir.
Belçika	Bir seçim bölgesindeki oyların %5'ini almak, o seçim bölgesinden seçilebilmek için gereklidir.
Bosna Hersek	Yok
Bulgaristan	% 4
Hırvatistan	% 5
Çek Cumhuriyeti	% 5
Danimarka	Partiler, daha alt katmandaki bir seçim bölgesinden bir sandalye kazanamadıkça ya da basit kota prensibine göre üç reyonun ikisinden yeterli oyu alamadıkça ya da ulusal düzeyde % 2 oy alamadıkça daha üst düzeydeki katmanda sandalye kazanamazlar.
Estonya	% 5
Finlandiya	Yok
Yunanistan	% 3
İzlanda	Yok
İrlanda	Yok
Letonya	% 5
Lüksemburg	Yok
Moldova	% 6
Hollanda	% 0.67
Norveç	% 4
Polonya	% 5
Portekiz	Yok
Romanya	% 5
Rusya	% 7

Ülke	Yasal Seçim Barajı
Slovakya	% 5
Slovenya	% 4
İspanya	Bir seçim bölgesinden bir sandalye çıkarabilmek için o seçim bölgesinden en az % 3 oy almış olmak
İsveç	Ulusal düzeyde % 4 ya da seçim bölgesinde % 12
İsviçre	Yok
Makedonya	Yok
Türkiye	% 10
Ukrayna	% 3

4. Doğal Seçim Barajı

15. Bir önceki alt bölümde iki çeşit dışarıda bırakma barajından söz edilmiş ve yasa tarafından sunî olarak konulan seçim barajı incelenmişti. Bu, ancak dışarıda bırakma barajlarının ilkidir. İkincisi ise doğal (gizli, efektif ya da gayri-resmî) seçim barajıdır. Doğal seçim barajı, yapay seçim barajı olsun olmasın her seçim sisteminde mevcuttur. Hiçbir yasal seçim barajı olmasa da küçük partiler parlamentoya girebilmek için hatırı sayılır derecede önemli olan, doğal seçim barajlarına takılabilmektedir. Doğal seçim barajı, bir seçim bölgesinden bir sandalye çıkarabilmek için gereken oy oranıdır ve özellikle seçim bölgesinin büyüklüğü ile ilintilidir. (Seçim bölgesi başına düşen sandalye sayısı Birleşik Krallık'taki gibi 1 olabiliyorken Hollanda'daki gibi 150'de olabilmektedir.) Doğal seçim barajını etkileyen diğer faktörler de (ilk faktörden daha az etkili olsalar da) sandalye dağılım formülleri (d'Hondt, Saint-Laguë, LR-Droop, Hare), seçimlere giren parti sayısı ve parlamentonun büyüklüğüdür. Genel olarak konuşmak gerekirse, seçim bölgeleri küçük olduğunda (dar bölge seçim sistemlerinde) sandalye kazanabilmek için yüksek oranda oy almak gerekmektedir. Diğer taraftan seçim bölgesinden daha fazla sandalye çıkması durumunda doğal seçim barajı daha düşüktür denebilir.

16. Ulusal seçim barajı kavramı yasal ya da biçimsel seçim barajından farklı olsa da, küçük ya da yeni partilerin aldıkları oy oranınca temsil edilememeleri, hatta hiç temsil edilememeleri biçimsel bir seçim barajı uygulanmasının yanında küçük seçim bölgesi uygulamasıyla da mümkündür. Bir ülkedeki bir seçim bölgesinden seçilmek için gereken ortalama oy oranını ifade eden “doğal seçim bölgesi barajı”nı her durum için tespit edebilecek bir formül bulunmamaktadır. Ancak yine de şu formüller: (“t” baraj oranını, “m” de bir seçim bölgesinden çıkan ortalama milletvekili sayısını göstermek üzere)

$[t=\%75/(m+1)$, ya da $m=(\%75/t)-1]$ doğal seçim bölgesi barajının yeterince hassas bir şekilde değerlendirilmesine imkân vermektedir. Örnek olarak, 14 sandalyeli bir seçim bölgesinde doğal seçim barajı $\%75/(14+1)=\%5$ 'tir. Bunun anlamı, bir partinin bu bölgeden parlamentoya vekil gönderebilmek için $\%5$ 'lik seçim barajının olduğu bir durumdaki kadar oy almasının gerekli olacaktır. Dahası, $\%5$ 'lik ya da daha düşük bir yasal seçim oranı bu bölgede anlamsız olacaktır; zira zaten $\%5$ oy alamayan bir parti bu bölgeden milletvekili çıkaramayacaktır. Aşağıda bazı ülkelere ait hesaplanmış (ortalama) doğal seçim barajı oranları verilmiştir.

Çoğunlukçu / Çoğulcu Sistemlerde Doğal Baraj

Ülke	Doğal Baraj
Beyaz Rusya	% 50
Fransa	% 50
İngiltere	% 35

Karma Sistemlerde Doğal Baraj

Ülke	Doğal Baraj
Macaristan	% 11.3

Temsili Sistemlerde Doğal Baraj

Ülke	Doğal Baraj
Belçika	% 9.2
Finlandiya	% 5
İrlanda	% 15
İspanya	% 9.7
İsviçre	% 9
İzlanda	% 10.8
Lüksemburg	% 4.8
Portekiz	% 6.7

17. Bu noktada önemli bir uyarıda bulunmak gerekir. Doğal baraj, bölgesel düzeyde barajın önemli bir genel göstergesi olabilirken, tabiidir ki ülke çapında doğal barajla eşit sayılamaz veya ülke çapında yasal barajla kıyaslanamaz. Örneğin, İspanya'da ortalama doğal baraj (bölgesel düzey) % 9.7 iken (yukarıya bakınız), bir parti gerçekte, herhangi bir bölgede yalnızca bir koltuk kazanarak İspanya Temsilciler Meclisi'ne girebilir. Madrid bölgesinde (2000 yılı seçimlerinde 34 koltuk ve böylece sadece % 2.1 doğal barajla) bir parti, İspanya'da % 3 bölgesel yasal barajın yokluğunda ülkenin toplam oy sayısının sadece % 2.1'ine ihtiyaç duymaktadır. % 3 oranında ekstra yasal bölgesel baraj uygulamak ülkenin toplam oy sayısının hala sadece % 0.38'ine karşılık gelmiştir.

18. Benzer şekilde, 165 seçilmiş yasama meclisi üyesi ile İrlanda'da ortalama bölge büyüklüğü % 4.0'dır (2002 seçimleri). Bölge düzeyinde ortalama doğal baraj, böylece %15'dir (%75 / 5). Yine, bunun ülke çapında doğal barajla aynı olamayacağı gayet açıktır. O hal zorunlu olarak, %14.9 oranında oy desteğine sahip bir partinin parlamentoya giremeyeceği anlamına gelecekti. Aslında, üç-koltuklu belirli bir seçim bölgesinde bir parti, (%75 / (m+ 1)) yaklaşık olarak %18.7 oyla bir adet koltuk kazanabilecekken bu, ulusal düzeyde oyların sadece % 0.3'ü civarındadır.

19. Gerçekten de, doğal bölge barajı ulusal düzeye otomatik olarak yansıtılamaz ve denilebilir ki ülke çapında yasal barajla doğrudan kıyaslanamaz. Bazıları, ülke çapında doğal barajları hesaplamak için bir formül bulmayı denemiştir (Bu altbölümün sonundaki tablolara bakınız). Yine de bu tür hesaplamalar tamamen kesin olamaz, herhangi benzer bir hesaplama tahmini kalacaktır, çünkü diğer bazı hususlara ek olarak, barajın erişimi kısıtlamada asıl gücü parti desteğinin belirli dağılımına, bölgelerin sayısına ve her bölge içerisinde yeniden seçilen yasama meclisi üyesi sayısına fazlasıyla bağlıdır. Bu özellikler önemli şekilde değişebilir ve ulusal düzeyde bazı ortalama yansıtma (veya bir dereceye kadar ortalama bölgesel düzeyde bile) bazı özel bölgelerin içinde hâlihazırda çalışan dışlayıcı gücü tam olarak yakalayamaz. Üstelik yeterince yaklaşık olsa bile, ülke çapında doğal baraj, kendisine ait bazı benzersiz özellikleri bulunurken yasal barajın tüm özelliklerine sahip olmayan bir kavramdır. Daha da ötesi "ulusal barajlar oyların ve sandalyelerin paylaşımı arasında orantılılık aralığını özellikle en büyük parti lehine genişletme eğiliminde iken yasal baraj, barajı geçen partiler arasında daha orantılı bir dağılımı teşvik eder." Dolayısıyla iki baraj ulusal düzeye tercüme edildiğinde sanki bir ve aynı şeylermiş gibi doğrudan karşılaştırılmazlar.

20. Takip eden üç değişken ülke çapında doğal barajı tahmini hesaplamakla ilgilidir: M (ortalama bölge büyüklüğü), S (toplam üye sayısı), ve E (seçim bölgesi sayısı). Formül şöyledir: $T = \% 75 / ((M + 1) * \sqrt{E})$ veya aynı şekilde, $T = \% 75 / (((S/E) + 1) * \sqrt{E})$ veya $\%75 / (((S + E)/E) * \sqrt{E})$. Örneklerimizi İspanya'da ve İrlanda'da göstermek için, İspanya'da $S=350$, ve $E=52$ ülke

çapında doğal baraj (T) % 1.35 iken İrlanda'da S='165' ve E='42', T % 1.85'e karşılık gelmektedir. Aşağıdakiler ülke çapında doğal baraja dair bazı ilave hesaplamalardır.

Çoğunlukçu / Çoğulcu Sistemlerde Ülke Çapında Doğal Baraj

Ülke	Ülke Çapında Doğal Baraj
Fransa	% 1.56
İngiltere	% 1.48

Karma Sistemlerde Ülke Çapında Doğal Baraj

Ülke	Ülke Çapında Doğal Baraj
Almanya	% 0.13
Macaristan	% 1.77
Rusya (Karma sistem uygulandığı zaman)	% 1.67

Nispi Sistemlerde Ülke Çapında Doğal Baraj

Ülke	Ülke Çapında Doğal Baraj
Avusturya	% 0.41
Belçika	% 1.93
Danimarka	% 0.43
Finlandiya	% 1.32
İrlanda	% 2.34
İtalya	% 1.48
Hollanda	% 0.5
İspanya	% 1.35

6. Baraj etkisi olan diğer mekanizmalar

21. Dahası, tanımlanan dışlama / dışarıda bırakma barajı ve diğer barajlar gibi aynı etkiye sahip olabilecek bundan başka diğer mekanizmalar da vardır. Bu suretle, küçük partilerin erişiminin kısıtlanması seçim kurallarının partizanca manipülasyonu ile elde edilebilir. Bunun örneği malapportionment / uygun olmayan şekilde paylara ayırma (farklı büyüklüklerde seçmen içeren seçim çevreleri üretme) ve gerrymandering'dir (seçim bölgeleriyle kendi menfaatine olacak şekilde oynamak / seçim sınırlarının parti menfaati için kasıtlı çizimi).

22. Ayrıca, oy kullanma kolaylıklarının özel yönetimi, seçimlerin sıklığı, vatandaşlık hakkının nitelikleri gibi faktörler yanı sıra zorunlu oy kullanma müessesesi erişim fırsatlarının sınırlanması / çoğaltılmasıyla aynı etkiye de yol açabilir. İleri sürülmüştür ki, örneğin, zorunlu oy kullanma rejimi uygulandığında (Belçika, Yunanistan, Lüksemburg, İtalya'da ulusal parlamento seçimleri düzeyinde uygulanırken, Avusturya ve İsviçre'nin bazı Länder / kantonlarında kullanılır.) aksi halde oy kullanma eğiliminde olmayan seçmenler büyük partilere hoşnutsuzlukları nedeniyle "protesto / tepki oyu" kullanabilir. Bu, çoğunlukla radikal (genellikle küçük) bir partiye gider.

SONUÇLAR

23. Potansiyel olarak kuralcı bir değer yargısında bulunabilmek ve partilerin parlamentoya erişimlerinde dâhil edicilik / dışarıda bırakıcılık hakkında herhangi bir ortak Avrupa standardı geliştirebilmek için ilk olarak Avrupa'da farklı seçim sistemlerinin gerçekte nasıl dâhil edici / dışarıda bırakıcı olduğunu açıklamak gerekir. Bununla birlikte, dâhil edicilik / dışarıda bırakıcılık derecesi çeşitli özelliklere ve bu seçim sistemlerinin açık ya da örtük bileşenleri olan mekanizmalara bağlıdır. Partileri parlamento dışında bırakmakla aynı etkiye bunlardan herhangi biriyle ulaşılabileceğinden dâhil edicilik / dışarıda bırakıcılık derecesini ölçerken sadece yasal baraja odaklanmak yetersiz olacaktır. Konunun herhangi bir içeriksel ve sağlam karşılaştırmalı analizi yukarıda bahsedilen mekanizmaları - geniş anlamda barajları- da dikkate alacaktır. Bu, aynı zamanda önemli zorluklar getirmektedir. Tüm bu mekanizmalar seçim sistemlerinin dâhil ediciliğini/ dışarıda bırakıcılığını etkilemekteyken hepsi basit bir şekilde kıyaslanabilir de değildir. Doğal baraj analizi göstermiştir ki, örneğin, bu mekanizma tam olarak ülke çapında yasal barajla aynı değildir. Ancak, açıklığı ölçmek için çok önemlidir ve sağlam sonuçları tehlikeye atmadan analizin dışında bırakılamaz. Her üye devlet için hem bölgesel hem de ulusal düzeyde hesaplamaya ihtiyaç duyulmaktadır ve sonrasında açıklık konusunun karşılaştırılması belki bu paralel ve değişik yollardan, ideal olarak, sonunda belki genel bir açıklık derecesinde tahminler de yapılabilinceye kadar ilerleyebilir. En önemlisi, bu ileri adımların hiçbir konuların ayrıntılı ve derinlemesine, siyaset bilimi modelinde incelemesi yapılmadan devam edemez.

**SEÇİM BARAJI VE SEÇİM SİSTEMLERİNİN
PARTİLERİN PARLAMENTOYA GİRİŞİNE ENGEL
OLAN DİĞER NİTELİKLERİ HAKKINDA RAPOR
(II)¹⁰⁰**

Jean-Claude Colliard¹⁰¹

¹⁰⁰ Venedik Komisyonu’nun bu raporu TBMM Yasama Uzman Yardımcısı Konur Alp Koçak tarafından 8 Nisan 2010 tarihinde İngilizce nüshasından Türkçeye çevrilmiştir

¹⁰¹(Üye, Fransa). Görüşleri temel alınarak Demokratik Seçimler Konseyinin 32. Toplantısında (Venedik, 11 Mart 2010) ve Venedik Komisyonunun 82. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 12–13 Mart 2010) kabul edilmiştir. Strazburg, 15 Mart 2010; CDL-AD(2010)007; Çalışma No: 485/2008

Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin Avrupa’da insan hakları ve demokrasinin durumu hakkındaki 1791 sayılı (2007) tavsiyesi ve Demokrasinin Geleceği 2007 Forumunun sonuçları doğrultusunda, Forumun Danışma Komitesi, Venedik Komisyonunu parlamentoda temsille ilgili olarak seçim barajları hakkında daha detaylı bir inceleme yapmaya çağırmıştır. Sekreteryaya ile danışma içinde, bu çalışmanın birçok aşamada yürütülmesi kararlaştırılmıştır. İlk aşama partilerin parlamentoya erişimini sınırlandıran çeşitli düzenlemelerin ortaya konmasını içermiştir ve bu tür düzenlemelerin her bir seçim sistemine dâhil edilmesini sağlayan farklı yollar karşılaştırmıştır. Bu, Demokratik Seçimler Konseyinin 26. Toplantısında (Venedik, 18 Ekim 2008) ve Venedik Komisyonunun 77. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 12–13 Aralık 2008) bir raporun (CDL-AD(2008)037) kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır.

2. Yasal ve doğal barajlara vurgu yaparak, parlamentoya erişimin çeşitli kısıtlamalarının somut etkisine ilişkin bu rapor, çalışmanın ikinci aşamasını yansıtmaktadır. Bu rapor, Demokratik Seçimler Konseyinin 32. Toplantısında (Venedik, 11 Mart 2010) ve Venedik Komisyonunun 82. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 12–13 Mart 2010) kabul edilmiştir. Üçüncü bir aşama, ortak Avrupa kurallarının hazırlanmasını gerektirebilecektir.

Genel yorumlar

3. Demokrasilerimizin temsili olmasının çok açık bir sebebi vardır; doğrudan demokrasinin istisnai bazı durumları haricinde, modern devletlerin milyonlarca vatandaşına doğrudan danışması mümkün değildir. Bu yüzden vatandaşlar, sayıları birkaç yüzü aşmayan temsilcilerinin aracılığıyla karara varırlar. İşte bu nokta sıkıntıların başladığı yerdir çünkü milyonlarca belki de on milyonlarca oyun birkaç yüz temsilciye nakledilmesi ister istemez sadeleştirme ve dolayısıyla deformasyona yol açmaktadır. Sadece halk nezdinde ciddi tesire sahip olan akımlar temsil edilirken daha marjinal olanlar dışarı itilecektir. Bu kaçınılmaz olduğu halde, erişimi sınırlandırmak için çeşitli resmi düzenlemeler de bulunmaktadır. Burada, genel değerlendirmelerle başlanarak bunlar izah edilecektir. Ardından, nasıl bir denge kurulmasına dair bazı genel sonuçlar tavsiye edilmeden önce, yasal veya açık barajlar ile doğal veya örtülü barajlar incelenecektir.

1.Genel Görüşler

4. İlk, siyasi temsil söz konusu olduğunda bütünüyle kritik olan seçmenler ve sonra da partiler üzerindeki sınırlandırmalara kısaca göz atacağız.

1.1. Adaylar Üzerindeki Kısıtlamalar

5. Aşağıdaki liste eksiksiz değildir:

1.1.1 Genel Şartlar

6. Seçimlerde aday olma hakkı genellikle birçok şarta bağlıdır. Bu şartlar; yaş mesela bazı önemli işlevleri yerine getirebilmek için gerekli en küçük yaş, aday olunan bölgenin seçim listesine kayıtlı olmak, çünkü oradaki seçmenler temsil etmeye niyetlenen kişilerdir ve fiil ehliyeti bazı patolojik durumları olan adayların dışlanması veya biraz daha farklı olarak, mahkûmiyetten oluşabilir. Eğer kıstas objektif ve makul ise ve insanların siyasi sebeplerle dışlanmasıyla sonuçlanmıyorsa bunların hepsi kabul edilebilir.

7. Benzer şekilde, diğer adayların aleyhine, kendileri için aşırı avantaj sağlayan işlevleri gören üst düzey yetkili, komutan ve hâkim gibi kişilere seçilme hakkının verilmemesi kabul edilebilir.

8. Mevcut eğilim, seçilebilme yeterliliğini seçmen kapasitesiyle bir tutmaktır, yani her seçmen aday olabilir. Üst düzey yetkililer konusu aynı kalmaktadır, en azından işlevlerini yerine getirdikleri seçim bölgelerinde dışlanmaları yine kabul edilebilir.¹⁰²

1.1.2 Aday Seçimi

9. Aday olma hakkı, ya uygun olmayan adayları dışlamak için belli sayıda bir seçmenin, eğer sayı yeterince küçükse kabul edilebilir mesela tek sandalye sisteminde bireyler ve liste sisteminde birkaç kişi, ya da bir siyasi partinin desteğine konu olabilir. İkincisi daha karmaşıktır ve siyasi partilerin doğrulama ve seçim prosedürleri konusunu, örneğin seçimin liderin mi, çeşitli parti organlarının mı yoksa üyelerin mi elinde olduğu ya da (artan eğilimden görüldüğü üzere) ön seçim sistemine mi dayandığı sorularını gündeme getirmektedir. Bu, Venedik Komisyonunun Siyasi Partiler Alanında İyi Uygulama Kodu'nda¹⁰³ ele alınmaktadır, ancak belirtilmelidir ki, bireyler için parti desteği parlamentoya seçilmek için temel kısıtlamadır çünkü partinin belli bir desteği olmadan, bireysel adaylıklar mümkün olsa bile, başarı şansı çok kısıtlıdır.

1.1.3 Mali Konular

10. Benzer şekilde, önemsiz adayları dışlamak için –ilke olarak geçerli bir hedef- adayların ancak belli bir oyu temin etmeleri halinde geri ödenebilecek bir miktar parayı depozito olarak ödemeleri istenebilir. Bu, eğer meblağ küçükse kabul edilebilir, ama belli bir noktadan sonrası seçimin mali araçlara bağlanması olacaktır ve tereddütsüz reddedilmelidir. Keza, devletin seçim masraflarını kısmen veya tamamen geri ödediği durumlarda şartların uygulamada bireyler ve küçük partilerin geri ödemelerde engel olmamasına

¹⁰² Oy verme hakkına getirilen kısıtlamalar için Seçimle İlgili Hususlarda İyi Uygulama Kanununa (CDL-AD(2002)023rev) bakınız.

¹⁰³ CDL-AD(2009)021.

dikkat edilmelidir. Buradaki tehlike çeşitli düzenlemelerin en az bağış alanın en az yardım almasına sebep olacak birikmiş etkilerinin olmasıdır. Ancak bu konu, mevcut çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

2.1 Partiler Üzerindeki Kısıtlamalar

2.1.1 Parti Ayrıcalıkları

11. Genel anlamda, adayları sponsorluk gereklerinden muaf oldukları (Almanya) veya az ihtiyaç duydukları için (Danimarka), tanınmış partiler seçim sürecinde daha olumlu bir muamele görmektedir. Ancak, büyük oranda temsil edilen partiler yeni partilerin seçim arenasına girmelerini engellemektedir. Halkça desteklenen politik iradenin somut simgesi oldukları için teveccüh görmesi kabul edilebilir olsa da tanınırlık kıstası parlamentoda temsil edilenden daha geniş olmalıdır. Üyeliğin büyüklüğü, yerel konseylerde temsil veya daha önceki seçimlerdeki oy sayısı dahi, seçimi kazanıp kazanmadıklarına bakmadan hesaba alınmalıdır.

2.1.2 Aday Finansmanı

12. Büyük partilerin adayları yine avantajlı durumdadır çünkü partileri kampanya giderleri kısmen veya tamamen karşılayabilmektedir. Bu, çok hassas bir konu olan siyasi partilerin kaynak sağlamasını gündeme getirmektedir. Partilere kamu kaynaklarının aktarılması geniş bir uygulamadır. Bu, eğer objektif kıstaslara dayanıyorsa ve bir partinin daha uygun bir muamele görmesine sebep olmuyorsa çok arzu edilir. Aslına bakılırsa, İspanya, İtalya ve Fransa'da olduğu gibi sadece partilerin, sadece seçim kampanyasının veya bu ikisinin bir kombinasyonunun desteklenmesi gibi uygulamalar farklılaşmaktadır. Özel olarak seçim kampanyalarının desteklenmesinin mali yardımların yerleşik partilerle sınırlandırılmaması avantajı olabilir.

2.1.3 Kampanya Araçları

13. Pek çok seçim mevzuatı her bir adaya seçim konuşmaları, posterler ve toplantı yerleri şeklinde minimum seviyede yardımı temin etmektedir. Sorun, bütün adaylara sunulamayan (örneğin Fransa'da parlamento seçimlerinde 6000'den fazla aday yarışmaktadır) ve bu yüzden yayınların partiler arasında paylaştırıldığı durumlarda çıkmaktadır. Bu durum, çok çeşitli yaklaşımların olduğu sürenin nasıl dağıtılacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu yaklaşımlar arasında her partiye aynı sürenin verilmesi, çoğunluk ve muhalefete (bu kavramların açık olması gerekir) eşit süre verilmesi, büyük partilere ve küçük partilere kendi aralarında eşit ama küçük partilere büyük partilere verilenden daha kısa süre verilmesi ve son seçim sonuçlarına orantılı süre verilmesi gibi yaklaşımlar vardır. Her birinin olumlu ve olumsuz yanları vardır. Hangisi seçilirse seçilsin, önemli sayıda seçmen bölgesine katılan küçük ve/veya yeni partilere asgari zaman ayrılmalıdır.

14. Bu genel görüşler belirtilirken, bu raporun esas odağı parlamentoya girişte, açık veya örtülü olarak, genellikle seçim yasasında yer verilen en düşük baraj olmalıdır

2. Yasal veya açık barajlar

15. Açıkça, seçim yasası partilerin aşırı dağılımından sakınmak için yukarıda sözü edilen düzenlemelerin yeterli olmadığı durumlarda, parlamentoya seçimlerde asgari bir rakam belirleyebilir. Bunlar kısaca özetlenecek ve sonrasında sorunları irdelenecektir.

2.1 Mevcut Durum

Durum, tek aday çoğunluk/ekseriyet sistemlerinde oldukça basit, ulusal ve/veya yerel barajların olduğu nispi temsil sistemlerinde daha karmaşıktır.

2.1.1 Tek adaylı çoğunluk sistemi

17. İngiltere'deki gibi tek-dereceli çoğunluk sistemlerinde hiçbir sorun yoktur. En çok oyu alan kişi başka bir şart olmadan seçimi kazanmaktadır. Uygulamada, yüzde 35'in altında bir oyla seçilen pek olmamaktadır. Seçime katılmayanların oranı % 40' a ulaşabildiği için (2005'te Birleşik Krallıkta % 38.5), bu oran kayıtlı seçmenlerin ancak % 20'sini oluşturur, pek fazla temsili olmasa da bir aday diğerlerinden fazla aldığı için o adayın seçilmesini meşrulaştırmaktadır. Yine de, bazı ülkelerin referandumlar için yaptığı gibi, seçime katılı barajı getirilmesi için teşvikten kaçınılmalıdır çünkü bu, çok düşük oranda temsili olan bir parlamentoya sonuçlanmaktadır.

18. İki-dereceli tek adaylı çoğunluk sistemi için temel örnek ikinci tura kalmanın şartlarını çok sıkı tutan Fransa'dır. Bu, 1976'dan beri, kayıtlı seçmenlerin en az %12,5'inin oyunu almaya bağlanmıştır ki, katılımın % 40 eksik olduğu bir seçimde verilen oyların % 20'den fazlasının alınması anlamına gelmektedir. Aslında, 2007'deki son parlamento seçimlerinde, toplam 577 seçim bölgesi içinden, ilk turda kazanılanlar da dâhil, ikinci tura kalan en az iki adayın olduğu sadece üç seçim bölgesi olmuştur. Kabul edilmelidir ki, bunun büyük koalisyonların parçası olmayan partilerin elemine edilmesi dezavantajı vardır ama aynı zamanda da muhalif adayların manevra yapmasını engellemektedir. Aslında bu, seçim sürecinden ne beklediğimiz sorusunu gündeme getirmektedir ki bunu daha sonra inceleyeceğiz.

2.1.2 Nispi seçim sistemleri: ulusal veya yere barajlar?

19. Eğer asgari baraj için gerekçe parlamentonun aşırı dağılımıslığını engellemek ve iyi yapılandırılmış bir parlamentonun temin edilmesi ve böylelikle hükümet kurmanın kolaylaştırılması ise ulusal baraj makul bir yaklaşımdır ve çok sık kullanılan bir yoldur. Başlıca dezavantajlarından biri, bölgesel ve ulusal azınlıkların temsil edilmesini engellemesidir. İspanya gibi bunun önemli bir mesele olduğu belli ülkeler, bu yüzden, bölge barajını tercih

etmiştir. Genel bir tavsiyede bulunmak muhtemelen uygun değildir. En fazla söylenebilecek şey, ulusal barajın, ulusal azınlık sorunlarının olmadığı veya bu soruna özel yöntemlerle müdahale edildiği ülkelerde kabul edilebilir olduğudur, ancak bu yöntemler dikkatle kullanılmalı ve gerektiği yerlerde bölgesel barajla değiştirilmelidir.

2.1.3 Seçim Barajı Seviyeleri

20. Benimsenen yaklaşım ülkeden ülkeye değişmektedir. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde seçim barajı aşağıdaki dar kapsamlı listenin gösterdiği üzere, verilen oyların %10'u ile sıfır arasında değişmektedir:

21. Verilen oyların yüzdesi cinsinden seçim barajları:

%10	Türkiye
% 7	Rusya (2007'den beri, daha önce % 5)
% 5	Almanya, Belçika (bölgesel), Estonya, Gürcistan, Macaristan, Moldova, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya
% 4	Avusturya, Bulgaristan, İtalya, Norveç, Slovenya, İsveç
% 3	İspanya (bölgesel), Yunanistan, Romanya, Ukrayna (2004'e kadar %4)
% 2	Danimarka
% 0.67	Hollanda (tek yasal baraj, verilen oyun 1/150'sine denk gelen ulusal barajdır)

22. Birçok ülkede, bilhassa İsveç¹⁰⁴, Finlandiya, İrlanda ve İzlanda'da, yasal barajlar yoktur ancak, İrlanda'da olduğu gibi seçim çevreleri küçük veya sınırlı olduğundan aşağıda ele alınan doğal barajlar da aynı etkiye sahiptir.

23. Genel barajlar %4–5 seviyesinde olsa da, uygulamalar büyük ölçüde değişmektedir. Bunun problemlere zorlayacağının kabul edilmesi gerekmektedir.

2.2 Ortaya Çıkan Sorunlar

Öncelikle önemli birkaç arzu edilmeyen etkiyi ve ardından da nasıl ele alınmaları gerektiğini değerlendireceğiz. Son olarak, böylesi sistemlerin uygunluğu konusuna göz atacağız.

¹⁰⁴Ç.N: Seçim barajlarını gösteren tabloda, İsveç'te yüzde 4'lük seçim barajı olduğu belirtilmişse de 22. paragrafta yasal seçim barajı olmayan ülkeler arasında İsveç'in adı da geçmektedir. Bu çelişkili ifade, rapora sadık kalınması adına, aynen tercümamızde de yer almaktadır.

2.2.1 Arzu edilmeyen etkiler

25. Benzerleri varsa da, bu tip etkilerin iki örneğini ele alacağız.

- Türkiye: 2002 seçimleri için iktidardaki parti, muhtemelen Kürt partisinin temsil edilmesini engellemek için, % 10'luk bir seçim barajı getirdi. İktidar partisinin öngöremediği, bizzat kendisinin bu barajın altında kalması ve sözde "temsili" sistemin aşağıdaki garip sonucu vermesidir:

	<u>Oy Yüzdesi</u>	<u>Sandalye</u>	<u>Sandalye Yüzdesi</u>
AKP	34,2	361	66,9
CHP	19.5	179	33.1
Temsil edilmeyen	46.3	0	0
	100.0	540	100.0

26. Seçmenlerin neredeyse yarısı temsil edilememiş, parlamentoya giren partiler de aldıkları oy yüzdesinin iki katı kadar sandalyeye sahip olmuşlar, böylelikle temsili sistem bir çoğunluk yönetimine dönüşmüştür.

- Rusya: Nispi temsil esasıyla 1995'te Duma için yapılan seçimlerde % 5'lik bir seçim barajı vardı. Sonuçlar aşağıdaki gibi olmuştur.

	<u>Oy Yüzdesi</u>	<u>Sandalye</u>	<u>Sandalye Yüzdesi</u>
CP	22,3	99	44,0
Liberal Demokratlar	11,2	50	22,2
Evimiz – Rusya	10,1	45	20,0
Yabloko	6,9	31	13,8
Temsil edilmeyen	49,5	0	0
	100,0	225	100,0

27. Her parti, aldığı oyun iki katı kadar temsil edilmiştir. Bu seçimde farklı olan şey, nispi temsile göre yapılan kısmın, büyük partilerin fazla temsil edilmesiyle, çoğunluk tipi sonuçlara yol açarken; çoğunluk esasına göre yapılan kısmının temsil tipi sonuçlar yani parçalanma ve yerel adayların seçilmesi gibi sonuçlar vermesi olmuştur. Belli bir oy verme şeklinin sonuçlarının parti sistemini ne kadar yansıttığı sorusuna daha ileride tekrar değineceğiz.

2.2.2 Dengeyi Düzeltmek

28. Birçok ülke, seçim barajını geçemeyen partiler lehine yardım etmektedir. Eğer bazı seçim bölgelerinde seçimi kazanmışlarsa, sandalyelerin dağıtımında taraf olabilmektedir. Bunun için Danimarka ve Avusturya’da bir, Almanya’da 3 sandalye yeterlidir. Bu Almanya’da, yarısı tek aday çoğunluk sistemi ve diğer yarısı her bir seçim bölgesindeki listeden oluşan sandalyelerle kolaylaştırılmaktadır.

29. Uygulamada söz konusu hükümler gerçekleşme olasılığına rağmen genelde işlememektedir. Örneğin, 1994 Almanya seçimlerinde SPD % 4.4 oy aldı ancak doğu Länder ’da doğrudan 3 sandalye kazanmıştır ve bu nedenle ulusal dağılımda 30 sandalye sahibi olmuştur. 2002’de ise oyların % 4’ünü almıştır ve doğrudan kazandığı sandalye sayısı 2 olması sebebiyle ulusal dağılıma katılamamış ve daha fazla sandalye kazanamamıştır. 1994’teki üçüncü sandalye aslında 28 sandalyeyi temsil ettiğinden bu gerçekte bir baraj etkisi yaratmıştır.

30. Danimarka veya İsveç’te olduğu gibi, formulae veya local minima, ulusal azınlıklar sorununu ele almakta yardımcı olabilirler.

2.2.3 Sistemin uygunluğu

31. Birçok ters etki, bu yaklaşıma şüphe düşürebilirse de uygulamada böyle olmamaktadır. Siyasi yelpazenin önemli bir bölümünün parlamentoda temsilden yoksun kalması eleştiriler için zemin olabilir, ancak en azından yerleşmiş demokrasilerde adaylar yürürlükteki kurallara uygun davranmakta, partiler ve seçmenler de bunu hesaba katmaktadır.

32. Neticede, boşa giden, yani temsil edilemeyen oylar nispeten düşük olmaktadır. Bu durum, yukarıda işaret edilen en yüksek barajların incelenmesiyle ortaya çıkmaktadır: Örneğin Almanya’da bu rakam %3 ile 6; Avusturya’da % 0.7 ile 2, İsveç’te % 2 ile 5.7 arasında olmaktadır. Lakin, seçim sisteminin iyi kurulmadığı önemli sapmaların olabildiği yerlerde, durum daha farklı olabilir. Seçim sisteminin parti sistemini basitleştirmeye çalışması bizzat bir hata değildir.

33. Ancak ulusal barajlar, başka şekillerdeki barajlar daha fazla rol oynayabileceği için bazen sadece sınırlı anlam taşırlar.

3. Doğal ya da örtülü barajlar

34. Doğal ifadesi, sandalyelerin seçim bölgelerine göre dağılımını seçim yasası belirlediği için, aslında doğru bir ifade değildir. Telafi edici düzenlemeler mümkün olsa da seçim bölgelerinin büyüklüğü kritik önemdedir.

3.1. Büyüklük konusu

35. Bu konu 40 yıldan uzun süre önce, Douglas Rae tarafından, yayınladığı Seçim Sistemlerinin Siyasal Sonuçları (Yale Üniversitesi Yayınları, 1967) adlı

eserinde vurgulanmıştır ancak, temsilin tam olarak nasıl tanımlanacağı konusundan çok daha önemli olmasına rağmen, bu konu hala ihmal edilmektedir. Biz burada, diğer konuyu değerlendirmeyeceğiz çünkü her sistemin yüksek ortalama ilkeye (muhtemelen son sandalyeler için hariç, zira etkisi marjinaldir) dayanmaktadır ve bunun seçim barajıyla fazla ilgisi yoktur.

3.1.1 Kavram

36. Başlangıç noktası basittir. Eğer bir seçim bölgesinde 4 sandalye varsa, her birinin kazanılması için oyların % 25'inin alınması gerekir. Diğer yandan eğer 100 sandalye varsa, oyların %1'inin alınması bir sandalye kazanmak için yeterli olacaktır. Bu yüzden, seçim bölgesinin büyüklüğü çok önemlidir. Bu durum aşağıdaki formülle özetlenebilir. L, bir sandalye kazanmak için gereken en düşük oy sayısına işaret etmektedir:

$$L = \frac{\text{Toplam oy sayısı}}{\text{Sandalye sayısı} + 1} + \varepsilon \text{ (mümkün olan en küçük değer)}$$

Dört sandalyeli bir seçim bölgesi için

formülün uygulanması: $L = \frac{100\%}{4+1} + \varepsilon$

37. Diğer bir ifadeyle, eğer bir parti %20,1 oy almışsa bir sandalye alacağı kesindir, ancak

$$\frac{100\%}{4+1} - \varepsilon$$

alan bir parti sandalye kazanamayacaktır. Eğer dört parti % 20,1'er oy alırsa, beşinci partinin %19,6 oyla temsil edilemeye ihtimali olduğu açıktır. Eğer partilerin oy dağılımı yüzde 20.1 – 20.1 – 20.1 – 19.6 – 10.1 – 10, şeklindeyse %19.6 oy alan parti temsil edilecektir. Mutlak bir formül, seçime giren partilerin sayısını dikkate almak durumundadır. Bu, M. Gallager ve P. Mitchel tarafından önerilen $L = \%75 (N+1)$ formülü (N sandalye sayısıdır) gibi mutlak formüllerin geçerliliğini zayıflatmaktadır. Bu bağlamda, Mr Jacklic'in, ikinci durumu derinlemesine ele alan ve P. Norris'in örneklerinden alıntı yapan raporuna (CDL-AD(2008)037) bakılmalıdır. Bunlar raportörün özellikle aşağıda değerlendirilmekte olan İspanya durumundaki şüphelerini pekiştirmektedir.

38. Genel bir formül, seçime giren parti sayısını hesaba katmalıdır. Raportör aşağıdaki kesin olmayan formülü geliştirmiştir, ne var ki, tam olarak üzerinde düşünülmemiştir ve ihtiyatla yaklaşılmalıdır.

$$L = \frac{uv}{N + up - 1} - \varepsilon \quad \text{Bu formülde,}$$

- uv faydalı oylara, (yasal barajı dikkate aldıktan sonra sayılan oylar)
- N seçim bölgesindeki sandalye sayısına,
- up geçerli oy alan parti sayısına karşılık etmektedir.

39. Daha önceki örnekteki gibi dört sandalye ve 5 parti olduğu durumda yukarıdaki formül şu sonucu vermektedir:

$$L = \frac{100 \%}{4 + 5 - 1} - \varepsilon, = 12.5 - \varepsilon$$

40. Böyle bir durumda %12.5 oy alamayan bir parti hiçbir sandalye kazanamayacaktır. Yine de raportör bütünüyle ikna olmuş değildir ve aksine bir açıklamayı memnuniyetle karşılayacaktır. Ayrıca, bu formül bir seçim sonucunu açıklamaya yardımcı olsa da milletvekilleri için fazla anlam ifade etmemektedir çünkü, seçimde yer alan parti sayısı hakkında ileri seviyede bilgi olduğunu varsaymaktadır.

41. Dahası, formül seçim çevresi seviyesinde ikna edici olsa da (ki hala sadece bir hipotezdir) ulusal seviyeye aktarılabilir değildir.

3.1.2 Ulusal seviyeye aktarım sorunu

42. Eğer bütün seçim bölgeleri aynı büyüklükte olsaydı bu sefer sorun, seçime giren parti sayısının da hep aynı olup olmadığı olacaktı. Sadece geçerli oy alan partiler dikkate alındığı için bu mümkündür. Maalesef, mevcut durum bundan çok farklıdır. Sadece İzlanda 6 tane 9 adaylı seçim bölgesine sahipken İrlanda'da 3, 4 ya da 5 adaylı bölgeler vardır. Ancak, Belçika'da seçim bölgelerindeki aday sayısı 4 ila 24; Danimarka'da 2 ila 16; Finlandiya'da 6 ila 33; Lüksemburg'ta ise 9 ila 23 arasında farklılaşmaktadır.

43. Bu sıkıntıyı gidermek için Douglas Rae, sandalye sayısının seçim bölgesine bölünerek tespit edilecek bir ortalama önermektedir. Örneğin, İspanya'daki sandalye sayısı 350, 52 olan seçim bölgesi sayısına bölünürse 6.73 ortalamasını vermektedir.

44. Önceki formüller uygulanınca şu sonucu vermektedir:

$$L = \frac{100}{N + 1} - \varepsilon = \frac{100}{6.73 + 1} - 0.1 = 12.8$$

$$L = 75\% (N+1) = 75\% (7.73) = 5.8$$

$$L = \frac{100}{N + pu - 1} = \frac{100}{6.73 + 4 - 1} = \frac{100}{9.73} = 10.3$$

45. Son örnek, üç büyük parti (PSOE, PP, IU) ve bir bölgesel veya etnik bir partinin yarıştığı varsayılarak dört parti üzerinden hesaplanmıştır. Ancak bu bir tahmindir. Sonuçlar ciddi derecede değişmektedir. Çıkarılabilecek tek sonuç, bu rakamları aşabilen partilerin seçilme şanslarının yüksek olurken aşamayanlar için durumun kesin olmadığıdır. Epey tartışmalı olan İspanya'daki durumun detaylı bir açıklaması, zorluğu ortaya koyacaktır.

3.1.3 İspanya örneği

İspanya, büyüklükleri önemli derecede değişen 52 seçim bölgesinden oluşmaktadır. 2008 rakamları, 3 temel grup olduğunu göstermektedir.

- 5 tanesi geniş bölge olarak kabul edilebilir: Madrid 32, Barselona 31, Valensiya 16, Sevilya 12, Alicante 12, (toplam 106 sandalye),
- 20 tanesi orta büyüklükte sayılabilir, 6 ila 10 arasında değişen bölgelerde toplam 145 sandalye;
- 27 tanesi dar bölge, 1 ila 5 arasında değişen toplamı 99 sandalye.

47. Dolayısıyla açıktır ki, yukarıdaki formüle göre, ülke çapında %5 oy olan bir partinin, sadece 15'ten fazla sandalyenin olduğu bölgelerden temsilci çıkarabilecektir. Buna en iyi örnek, 2004 seçimlerinde oyların %5'ini alan UI'nin 5 sandalye kazanmış olmasıdır. Teorinin de belirteceği gibi, bu 5 sandalyenin, ikişer tanesi büyük bölgeler olan Madrid ve Barselona'dan, biri ise Valensiya'dan çıkmıştır.

48. Ancak bir diğer faktör de bölgesel dağılımdır. Eğer bir partinin oyları, belli bölgelerde yoğunlaşıyorsa, ulusal sonuçlar anlamsız kalmaktadır. Dolayısıyla, Katalan partileri sadece Katalonya'da seçime girmektedir. Aynı seçimlerde, CIU ulusal oyların %3.2'siyle 10, ERC ise ulusal oyların % 2.5'i ile 8 sandalye kazanmıştır.

49. Dolayısıyla açıktır ki, ulusal seviyede hesaplama sadece yaklaşık sonuçlar vermektedir. Yine de, yukarıdaki gibi, ulusal seviyede hesaplanan bir seçim barajına dayanarak, şu sonuçlara varılabilir:

- Barajın altındaki partiler muhtemelen daha az temsil edilecektir, yani kazandıkları sandalyenin yüzdesi, aldıkları oy yüzdesinin altında kalacaktır.
- Barajın üstündekiler ise fazla temsil edilecektir.

50. Bu örnek, raportörü, Gallagher/Mitchel formülü hakkında şüphelendirmektedir. Bu yazarlar, İspanya’da barajın, %1.35 olması gerektiğini düşünmektedir. Bu rakam gerçeklikle uyuşmamaktadır ve her halükarda yasal barajın (her bölge için %3) altındadır. 52 seçim bölgesinden 50’sinde (35 sandalyeli Madrid ve 31 sandalyeli Barselona istisnalar olmak üzere) örtülü baraj, yasal barajı ciddi şekilde pekiştirmektedir.

51. Kesin olarak söylenebilecek tek şey şudur: örtülü baraj göreceli bir amaca hizmet etmektedir, yani yasal baraj gibi temsili engellememekte, ama küçük partiler için zorlaştırmaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi, partilerin olması gerekenden daha az veya fazla temsil edileceği seviyenin belirtisi olarak değerlendirilmelidir.

52. Yine de, bu etki, bazı zayıflatıcı önlemlerin alınmasını gerektirecek kadar önemlidir.

3.2. Zayıflatıcı önlemler

53. Bu önemli etkiden, ulusal seviyede bir eylemle kaçınılabilir veya ilgililerin eylemleriyle asgariye indirilebilir. Bu aynı zamanda “temsil edilme” ile ne kastedildiği sorusunu gündeme getirir.

3.2.1 Ulusal seviyede eylem

54. Örtülü barajdan sakınmanın en kolay yolu, 150 sandalyeli Hollanda ve 120 sandalyeli İsrail’de olduğu üzere, tek kişilik seçim bölgelerinin olmasıdır. Örneğin, Hollanda’da partiler geçerli oyların 1/150’sini veya %0.67’sini alarak bir sandalye kazanabilir. Bu, neredeyse tam temsille sonuçlanmaktadır ama kaçınılmaz bir maliyetle, genellikle on ve daha fazla partinin temsil edilmesiyle.

55. Aynı sonuçlar doğuran başka bir yol, sandalye dağılımını ulusal seviyede hesapladıktan sonra bunları seçim bölgelerine paylaştırmaktır.

56. Almanya’da bu coğrafik yakınlık, ikili oylama sistemiyle, sandalyelerin yarısının tek kişilik seçim bölgelerine, diğer yarısının da ulusal nispi temsili sağlamaya yönelik telafi edici temelde dağıtılan listelere ayrılmasıyla güçlendirilmiştir. Sistem büyük ilgi çekmektedir ama eleştiriden muaf değildir. En gelenekseli, *Überhangsmandate* yani, partilerin nispi temelde kazanabilecekleri sandalyeye nazaran doğrudan kazandıkları ilave sandalye (2009’da 16 sandalye) ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi görülmemiş bir kararla, daha az oyla daha fazla sandalye kazanmalarına vesile olan ikincil oyların bir ters etkisini ortaya koymuştur. Netice olarak, Anayasa mahkemesi seçim sisteminin bu özelliğinin anayasaya aykırı olduğunu ilan etmiş ve değişiklik yapılmasını istemiştir ki bu muhtemelen 2013’e kadar tamamlanacaktır.

57. Son olarak, İskandinav ülkelerinde yıllardır kullanılan ilginç bir yaklaşıma, seçim sonuçlarından kaynaklanan orantısızlığı telafi etmek için belli miktardaki sandalyenin ulusal seviyede dağılımına, değinilmelidir. Bu tür sandalyelerin

sayısı arttıkça, ulusal temsili sağlamak o kadar kolaylaşmaktadır. Bu rakam, Norveç'te (%5 yani 169'da 8) düşük, İsveç'te (%11 yani 349'da 39) ve İzlanda'da (%14 yani 63'te 9) daha yüksek, Danimarka'da (%23 yani 175'te 40 sandalye) ise en yüksektir. Dolayısıyla bu son üç ülkede tam nispi temsile ulaşmak ihtimali vardır. Örneğin, 2007 Danimarka seçimlerinde, partinin oy yüzdesi ile sandalye yüzdesi arasındaki fark hiç 0.4'ten fazla değildir. Bir sandalye tamamının %0.57'sine tekabül ettiği için, bu her partinin, hak ettiği kadar sandalye kazanması anlamına gelmektedir. Aradaki fark, benzer şekilde İsveç'te de çok azdır, 1999 İzlanda seçimlerinde ise hiç yoktur.

3.2.2 İlgililerin Eylemleri

58. İlgililerin tamamen bilgilendirildiği yanılsamasından kaçınırken, davranışlarının örtülü barajların zorladığı sınırlandırmaları dikkate alacağını varsaymak mantıklı olacaktır. Dolayısıyla, bölgesel partiler, sadece kendi bölgelerinde ya da bu bölgenin içerisinde insan gücü ve mali kaynaklarının yoğunlaştıracakları tercih edilen seçim çevresinde aday göstereceklerdir. Benzer şekilde, küçük ideoloji partileri kendileri için teoride uygun olan zemine odaklanacaklardır. Eğer sistem müsaade ederse, bu partilerin ittifaklarına yol açacaktır, böylelikle örneğin, bir aday başka bir parti için belli bir seçim bölgesinden aday olmayacaktır. Yasal veya örtülü barajın kolaylıkla engellenmemesini temin etmek için bazı seçim yasaları ittifaklar için daha yüksek barajlar belirlemektedir ancak bu nadiren olmaktadır.

59. Bunun yanı sıra, yeterince bilgilendirilmiş seçmenler, oylarını başarı şansı olmayan partilere değil diğerlerine vererek sonuçta pay sahibi olmaya karar verebilirler. Buna önemli bir örnek, tahminlere göre seçmenlerin % 15'inin nispi temsil kısmında küçük partilere oy verirken, çoğunlukla seçim kısmında büyük partilere oy verdiği Almanya seçimleridir. Pratikte bu çok önem taşımaz çünkü, telafi edici düzenlemeler doğrudan kazanılan sandalyeler nispi dağılımdan düşülmesi demektir. Dolayısıyla aslında sandalye kaybedilmemekte ve nihai sonuç, bahsi geçen *Überhangsmandate*'ya maruz kalsa da değişmemektedir.

60. Öyle olsa bile, İngiliz iki parti sisteminin genel bir açıklaması olan “faydalı oy” kavramı, nispi sistemlerde de bulunabilir ve kısmen baraj etkisini zayıflatmak için kullanılabilir.

3.2.3 Temsil edilme kavramı

Bütün bunlar daha önce sorulması gereken bir soruya varmaktadır. Bir parti hangi noktada temsil edilmiş addedilir? Geleneksel cevap, parlamentoda bir sandalyeye sahip olduğunda, ne kadar ikna edicidir? Siyasi yelpazenin her iki ucundan birer örnek verilebilir. 2004 İspanya seçimlerinde IU 350 sandalyeden 5'ini aldığı veya oyların % 5'ine karşılık sandalyelerin %1,4'ünü aldığı temsil edilmiş midir? Benzer şekilde, Fransız Ulusal Cephesi 1997 seçimlerinde

oyların % 14,9'una karşılık toplam sandalyenin % 0.2'si olan 1 sandalye kazandığında temsil edilmiş midir; 1993 ile 2002 seçimlerinde oyların %10'undan fazlasını alıp hiç sandalye kazanamadığında temsil edilmemiş midir?

62. Bir alternatif bulmaya yönelik ufak girişimler olmuşsa da, açıktır ki kıstas tatmin edici değildir. Pratikte üç farklı şartlar kümesi bulunmaktadır:

- Büyük partilerin, her halükarda kabul edilebilir bir şekilde temsil edilmesi ya da nispi sistemde bile, düşük veya yüksek derecede fazla temsili önceden bellidir.

- Küçük partiler her zaman açık veya örtülü barajların kurbanları oldukları için hiçbir zaman temsil edilmeyi garantileyemeyeceklerdir.

- Ortalama şartlardaki partiler daha karmaşık bir durumdur çünkü, seçim sonuçlarına orantılı olmasa da birkaç sandalye çıkarmayı bekleyebilirler. Oyların %5'ini ve sandalyelerin %1'ini alan bir parti temsil edilmiş midir? Burada kıstasımızı, örneğin oy yüzdesinin üçte birinden az sandalye kazanmış partileri temsil edilmemiş olarak tanımlayarak, belirlemek zorundayız. Bir ara, bu sorunu dikkate alan Yunan seçim yasası, %3 olan seçim barajını geçen küçük partilerin sandalye sayısının oylarının %70'inden daha az olmamasını sağlamıştır. (gerekli sandalyeler bir üstteki partiden alındığı ve en büyük parti bundan etkilenmeyeceği için bazı ters etkileri olsa da)

4. Genel Sonuçlar

63. Son olarak, seçimlerin amacı, tatmin edici bir dengeyin bulunması ve sistemin adaletine dair bazı noktalar belirtilmelidir.

4.1 Seçimlerin amacı

64. Parlamento seçimleri hangi amaca hizmet etmektedir? Bariz cevap, halkın temsilcilerini seçmektir, dolayısıyla parlamentonun siyasi bileşimi mümkün olduğunca halkın bileşimini yansıtmalıdır. Ne var ki, bu cevap yeterli değildir. Parlamento seçimleri aynı zamanda, belki de daha önemli olarak, halkın dolaylı yoldan ancak etkin bir şekilde, ekibiyle birlikte başbakanı belirlediği bir araçtır. Bu mefhum Britanya'da daha 19. Yüzyılın sonlarında Gladson ve Disraeli çatışmasıyla belirginleşmişti ve şu an genelleşmiştir. Örneğin 2009 seçimlerinde CDU'nun seçim posterlerinde *Wir wählen die Kanzlerin* "şansölyeyi seçiyoruz" mesajını taşımıştır. Diğer bir ifadeyle, seçmenlere sadece bir milletvekili değil hükümet başkanını seçmeleri gerektiği kesin bir ifadeyle söylenmektedir.

65. Bu seçim sistemlerinin oyların önde gelen rakiplerde yoğunlaşmasına hizmet ettiği fikrine götürmekte, böylelikle tam olarak dahil olamayan partilerin temsilini düşürse de, bu kritik kararın alınmasında seçmene bir anahtar rol vermektedir. Söz gelimi % 5 oy almış küçük bir partinin, seçimden sonra ve seçmenin kontrolü dışında, başka bir parti ile ittifak oluşturması ve ülkenin

kontrolünü elde etmesi daha mı demokratiktir? Buna bir örnek, 1982’de liberallerin desteklerini Schmidt’ten çekip bunun yeni bir seçimle meşrulaştırılması gerektiğini düşünen Kohl’e vermesidir. Başka bir ifadeyle, birçok seçim sisteminin iki ana partiyi güçlendirerek birinin hükümet diğerinin de muhalefeti oluşturmaya yönelik etkisi, küçük partilerin temsilini düşürse de, hiçbir şekilde ayıplanacak bir şey değildir. Yine de bu düşüş, her ne kadar genel olarak sübjektif bir mesele olsa ve makul bir dengenin ne olduğunu gündeme getirirse de, çok ciddi olmamalıdır.

4.2 Tatmin edici bir denge

Baraj, hangi noktada aşırı bir hal alır? Nispi temsil taraftarları, temsilciler ve temsil ettikleri arasında bir fark yarattığı için en başından öyle olduğunu söyleyecektir. Yine de birçok seçim mevzuatı, bölünmüşlüğü engellemek için barajlar oluşturmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi bu konuda aşırı titizdir ancak, %5’lik seçim barajını şimdiye dek hiç sorgulamamıştır. Hatta korunmasını teklif etmiştir. Örneğin, 30 Mayıs 1962 tarihli bir kararında, partilerin seçim kampanyaları esnasında medyaya erişimleri hakkında, esas amaçları tanınmalarını sağlamak olan küçük partilerin de büyüklerle eşit yayın imkânlarına ulaşmasının, seçmenlerde kararsızlık yaratabileceğini ve bundan kaçınılması gerektiğini belirtmiştir. Kabul edilmelidir ki, bu eski bir karardır ama mantığı hala geçerlidir.

67. Daha yüksek bir baraj kabul edilebilir mi? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 8 Temmuz 2008 tarihli kararında, Türkiye’de %10 olan barajını, parlamentoda aşırı parçalanmışlığı engellemek gibi meşru bir amacı olduğu ve çoğunluk hükümetine zorladığı için kabul etmiştir. Ancak, bu kabul kararı kısmen, başta birkaç Kürt parlamenterin seçilmesine izin veren bağımsız adaylık gibi düzeltici ve koruyucu önlemlere dayanılarak alınmıştır.

68. 2007’de 1547 sayılı kararında, Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi seçim barajı olarak % 3’ü tercih etmiştir ancak bu tavsiyenin “yerleşik demokrasiler” için geçerli olduğunu yönündeki çekincesini eklemiştir. Bu baraj, Parti sistemi hala kurulmaya çalışılan demokrasisi gelişmemiş ülkeler ile yerleşik demokrasiler arasındaki önemli farka kabul etsek de, biraz düşüktür. Demokrasisi gelişmemiş ülkelerde %3 ile %5 arasındaki bir baraj muhtemelen makul edilebilir, bu barajın özellikle ulusal azınlıklar için koruma önlemlerinin varlığına ve örtülü seçim barajının daha yüksek olmaması bağlıdır. Buna karşın, yeni demokrasilerde basit ve etkin bir parti sisteminin kurulmasını teşvik etmek için, yeterince yüksek olan %10’u geçmemek üzere, daha yüksek barajlar tasarlanabilir.

69. Oldukça düşük bir seçim barajı önermenin, bütünüyle veya kısmen çoğunluk esaslı bir sistemi kınamak olduğu izlenimini vermekten kaçınmalıyız. Mesela, Birleşik Krallık’ın, seçime dayalı bir demokrasi olmadığını değerlendirmek çok güçtür.

4.3. Sistemin adaleti

70. Neticede, önemli olan seçime ilişkin kuralların, hem partiler hem de seçmen tarafından açık ve kolay anlaşılır olması ve böylelikle davranışlarını bunları hesaba katarak ayarlamasıdır. Örneğin, seçim barajı olan %5 kadar oy alan bir partinin temsil edileceğini düşünmemelidir çünkü, aynı zamanda örtülü seçim bölgesi barajı varsa bu temsil şansını engeller veya önemli derecede azaltır. Bunu kavramak çok da kolay değildir.

71. Burada, özellikle İskandinav ülkelerinde önem taşıyan ve küçük partilerin en alt düzeyde de olsa temsil edilmesini sağlayan, ulusal telafi edici düzenlemelere de atıf yapılmalıdır.

72. Her halükarda, Avrupa Konseyi ülkelerin hepsi için tek tip bir seçim sistemi aramanın bir manası yoktur. Yapılması gereken, daha önce söylenenleri akılda tutarak, limitleri belirlemek ve tarihiyle parti sistemi dikkate alınarak, temsil ile yönetebilirliğin karşıt gerekleri arasında denge sağlayacak kendi şartlarına uygun düzenlemeler yapmayı ülkelere bırakmaktır.

REFERANDUMLARA DAİR İYİ UYGULAMA KODU¹⁰⁵

¹⁰⁵Venedik Komisyonu’nun bu raporu TBMM Yasama Uzmanı Hakan Palabıyık tarafından 8 Nisan 2010 tarihinde İngilizce nüshasından Türkçe’ye çevrilmiştir. Venedik Komisyonunun 70. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 16–17 Mart 2007) kabul edilmiştir. Strazburg, 19 Mart 2007; Çalışma No. 371 / 2006

GİRİŞ

1. Parlamenter Meclisin talebi üzerine, Demokratik Seçim Konseyi ve akabinde Venedik Komisyonu tarafından 2002 yılında seçimler üzerine iyi uygulama kodu kabul edilmiştir.
2. Bu belge 2003 yılında Parlamenter Meclis ve Avrupa Konseyinin yerel meclisleri tarafından onaylanmıştır.
3. Bakanlar Konseyinin 13 Mayıs 2004 tarihli resmi deklarasyonunda seçimlere yönelik düzenlenen iyi uygulama kodunun önemi kabul görmüş, Avrupa seçim kültürü ilkelerinin yansıması olduğu, bölgede Avrupa Konseyi için referans belge olduğu ve ileride Avrupa ülkelerinde kabul edilmesi muhtemel yasal düzenlemelerin çerçevesi olacağı belirtilmiştir.
4. Avrupada demokrasinin gelişimiyle beraber, çoğulcu seçimler ve referendum giderek yaygınlaşacaktır.
5. Uzun süre Parlamenter Meclis referandum sorunlarına ve buna yönelik iyi uygulama alanına ilgi göstermiştir. Buna yönelik olarak 29 Nisan 2005’ de, 1704 sayılı tavsiye kararı ile Referandumların Avrupada iyi uygulanacağı benimsenmiştir. Meclis konu ile ilgili olarak Venedik Komisyonu ile beraber çalışmış, sonra adı geçen tavsiye kararı ile ilgili olarak Bakanlar Komitesine referandumlar ile ilgili olarak bir rapor sunmuştur. Bu raporun başlığı “Avrupada Referandumlar- Avrupa ülkelerinde uygulanan yasal kuralların analizi”’dir.
6. Bir Avrupa Konyesinin seçim konularında iyi uygulama kodunun arka planını hazırlamasına karar verildi. Venedik Komisyonunun 3 üyesinin (Mr Pieter van Dijk (Netherlands), Mr François Luchaire (Andorra) and Mr Giorgio Malinverni (Switzerland) yardımıyla Demokratik Seçim Konseyi bu görevi üstlendi
8. Bu kurallar Demokratik Seçim Konseyi’nin 19. toplantısında (Venedik, 16 Kasım 2006) ve Venedik Komisyonu’nun 70. Genel Kurulu’nda kabul edilmiştir. (Venedik, 16-17 Mart 2007)

REFERANDUMLARIN UYGULANMASINA YÖNELİK KLAVUZ

1.Referandumlar ve Avrupa’nın seçim kültürü

1. Evrensel Oy Hakkı

1.1. Kural ve istisnaları

Genel oy ilkesi tüm insanların oy kullanma hakkına sahip olduğu anlamına gelir. Bu hakkın belirli kurlları vardır

a. Yaş:

oy kullanma hakkında bir yaş sınırı olmalıdır, fakat yaş sınırı reşit olma yaşının üstünde olamaz

b. Vatandaşlık:

- i. vatandaşlık şart olabilir;
- ii. ancak bölgede belli bir süredir ikamet eden yabancılara oy hakkı tanınması tavsiye edilir

c. İkamet:

- i. ikamet etme şartı aranabilir;
- ii. yukarıda adı geçen ikamet mutat meskeni ifade eder;
- iii. ikamet etme süresi sadece yerel seçimler veya bölgesel seçimlerde aranabilir.
- iv. ikamet etme süresi şartı kabul edilebilir bir süre olmalıdır ve kural olarak altı ayı geçmemelidir.
- v. yurt dışında yaşayan vatandaşlara da oy kullanma hakkı verilmesi arzu edilen bir durumdur.

d. Oy hakkından yoksunluk:

- i. oy hakkından yoksun bırakma ile ilgili düzenlemeler yapılabilir ancak bu düzenlemeler aşağıdaki şartlara göre yapılmalıdır.
- ii. düzenlemeler kanunla yapılmalıdır;
- iii. ölçülülük ilkesine uyulmalıdır;
- iv. oy hakkından yoksunluk akıl sağlığının yerinde olmaması ya da ciddi bir ceza mahkumiyeti durumunda uygulanmalıdır.
- v. ayrıca politik haklardan yoksun olma ya da akıl sağlığının bulunmaması durumu mahkeme kararıyla tespit edilmelidir.

1.2. Seçmen Kayıtları

Aşağıdaki kriterlerin uygulanması eğer seçmen kayıtları güvenilir ise gereklidir.

- i. seçmen kayıtları kalıcı olmalı ya da sürekli olarak güncellenmelidir
(nüfus kayıt veya doğum kayıt, evlilik ve ölüm);
- ii. en azından yılda bir düzenli güncelleme yapılmalıdır. Seçmenlerin otomatik olarak kayıtlı olmadığı durumlarda, kayıt mümkün oldukça uzun süre olmalıdır;
- iii. seçmen kayıtları halka açık olmalı;
- iv. yargı denetimine tabi idari bir prosedür olmalıdır; ya da kayıtlı olmayan bir seçmenin kaydı için izin veren adli bir prosedür olmalıdır; kayıt, seçim günü seçim sandığının bulunduğu yer tarafından alınan bir kararın sonucu olmamalıdır;
- v. benzer bir prosedür yanlış seçmen kayıtlarının makul bir süre içerisinde değiştirilmesi için izin vermelidir;

vi. taşınmış veya nihai kayıtların yayınlanmasından bu yana yasal oylama yaşını doldurmuş kişilere ek kayıt imkanı tanınabilir.

2. Eşit oy

2.1. Eşit oy hakkı

Her seçmenin prensipte bir oy hakkı vardır; seçim sisteminin birden fazla oy hakkı verdiği durumlarda (bazı alternatif durumlarda) her seçmenin eşit sayıda oy hakkı vardır.

2.2. Fırsat eşitliği

a. Referandum konusunun savunucuları ve muhalifleri için fırsat eşitliği olmalıdır. İlgili idari makamlar özellikle aşağıdaki konularda tarafsız olmalıdır:

i. referandum kampanyası;

ii. medyanın kullanımı, özellikle kamuya ait medya organlarının kullanımı;

iii. kampanya ve onun aktörlerinin kamu finansmanı;

iv. afiş ve reklam;

v. kamu meydanlarında gösteri yapmak .

b. Kamu radyo ve televizyon yayınlarının referandum teklifinin destekçileri ve muhalifleri arasında eşitliği gözetmesi tavsiye edilir

c. Referandum teklifinin savunucuları ve muhalifleri ile ilgili olarak kamuya ait yayın organlarında, özellikle haber bültenlerinde yapılan yayında denge olmalıdır. Dengenin hesabında siyasi partilerin destekledikleri seçeneklerin sayısı ya da seçim sonuçları dikkate alınabilir.

d. Eşitlik kamu sübvansiyonları ve diğer destek formları açısından sağlanmalıdır. Referandumun destekçileri ve muhalifleri arasında bu eşitliğin sağlanması tavsiye edilir. Bu tarz sübvansiyonlar referandum teklifinin destekçileri ve muhalifleri açısından seçim barajı ile sınırlanabilir. Siyasi partiler arasında eşitlik sağlanacak ise, bu eşitlik katı veya oransal olabilir. Bu eşitlik katı olarak kabul edilecek ise, siyasi partilerin mevcut parlamento gücü veya seçmenler arasındaki desteğine bakılmayacaktır. Bu eşitlik orantılı eşitlik olarak kabul edilecek ise, siyasi partilerin seçimlerde elde ettiği sonuçlar göz önüne alınacaktır.

e. Mali ya da radyo ve televizyon reklamları için diğer şartlar referandumun destekçileri ve muhalifleri için aynı olmalıdır.

f. İfade özgürlüğüne uygun olarak, referandumun bütün katılımcıları için özel medya organlarının minimum düzeyde kullanımına yönelik yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

g. Siyasi parti ve referandum kampanyasının finansmanı şeffaf olmalıdır.

h. Bazı durumlarda siyasi partiler ve diğer partiler tarafından referandum tartışmaları, özellikle reklamlara yönelik harcamalara kısıtlama getirilebilir.

i. Tarafsızlık görevinin ihlali durumunda bazı yaptırımlar olmalıdır.

2.3. Eşitlik ve ulusal azınlıklar

a. Normal oy sayım kurallarına orantısal olarak istisna getiren özel kurallar, referandumlarda ulusal azınlıkların eşit oy hakkına ters düşecek şekilde düzenlenmemelidir.

b. Seçmenler hangi azınlığın bir üyesi olduğunu açıklamak zorunda bırakılmamalıdır.

3. Oy kullanma hakkı

3.1. Seçmenlerin görüş bildirme hakkı

a. İdari makamlar tarafsızlık görevlerini (bkz. 1.2.2.a) seçmenlerin görüş bildirme hakkı durumunda da gözetmek zorundalar.

b. Seçimlerin aksine, yetkililerin referandum teklifinin lehine veya aleyhine müdahalelerini tümünden yasaklamak gerekli değildir. Ancak, kamu görevlilerinin (ulusal, bölgesel ve yerel) tek taraflı kampanya ile oyların sonucuna etkisi olmamalıdır. Kamu fonlarının yetkililer tarafından kampanya amaçlı kullanımının yasak olması gerekir.

c. Referandumda sorulan sorular açık olmalı; sorular yanıltıcı olmamalı; bir yanıt tavsiye etmemelidir, seçmenler referandumun etkilerinden haberdar edilmelidir; seçmenlerin sorulara sadece evet, hayır veya boş oy şeklinde cevap verebilmesi gerekir.

d. Yetkililer objektif bilgiler sağlamalıdır. Referandum metni veya referandum teklifinin savunucuları veya muhalifleri tarafından hazırlanan raporlar ya da kampanya araçları aşağıda yer alan şekilde yeteri kadar önceden seçmenlerin bilgisine sunulmalıdır;

i. resmi gazetede oy kullanma gününden yeteri kadar önce yayınlanmalıdır;

ii. seçim gününden yeteri kadar önce bu metinler vatandaşlara direk olarak iletilmelidir;

iii. açıklayıcı rapor sadece yasama ya da yürütme makamları ve görüşlerini paylaşan ilgili şahıslara değil aynı zamanda muhaliflere de sunulmalıdır.

e. Yukarıdaki bilgiler tüm resmi dilde ve ulusal azınlıkların dillerinde olmalıdır.

f. Tarafsızlığın ya da seçmenlerin görüş bildirme hakkının ortadan kalması durumlarının yaptırımları olmalıdır..

3.2. Seçmenlerin tercihlerini ifade etme ve dava açma hakkı

a. Oy verme prosedürü

- i. oy verme işlemleri vatandaşlar tarafından kolayca anlaşılır olmalı;
- ii. seçmenlerin sandıkta oy kullanma hakkı her zaman olmalıdır. Aşağıdaki koşullar altında farklı oy kullanma durumları ortaya çıkabilir;
- iii. posta ile oylamaya sadece posta servislerinin güvenilir olduğu yerlerde izin verilmelidir; posta ile oy kullanma hakkı hastanelerdeki ya da hapishanelerdeki insanlar veya hareket kabiliyeti sınırlı olan insanlar ile yurtdışındaki seçmenler (tehdit veya hileli işlemler olmamalı)ile sınırlı tutulabilir.
- iv. elektronik oy için (Bakanlar Komitesi 'Tavsiye Kararı Rec (2004) 11 Hukuk), operasyonel ve teknik standartlar uyumlu olmalıdır. Özellikle, sistem güvenilir, verimli, teknik olarak sağlam, bağımsız doğrulamaya açık ve seçmenler tarafından kolay ulaşılabilir olmalıdır.; sistem şeffaf olmalıdır; uzaktan elektronik oylama kanalları evrensel olarak erişilebilir olmadığı sürece, bu oylama sadece ek ve isteğe bağlı vasıta olacaktır;
- v. vekil yolu ile oy kullanma çok sıkı kurallara bağlı olmalıdır; oy hakkına sahip her bir kişi sınırlı sayıda vekalet edebilir;
- vi. mobil oy sandıklarına hilekarlığın tüm risklerinden kaçınılacak şekilde sıkı kontroller altında izin verilmelidir;
- vii. en az iki kriter oylamanın sonuçlarının doğruluğunu değerlendirmek için kullanılmalıdır: oy sayısı ve oy sandığı içinde yer alan oy pusulaları;
- viii. oy pusulaları sandık görevlileri tarafından değiştirilmemeli veya üzerinde herhangi bir işaretleme yapılmamalı;
- ix. kullanılmayan ve geçersiz oy pusulaları oy kullanılan yerde bulunmamalı;
- x. oy kullanma yerlerinde partilerin temsilcileri bulunmalıdır, siyasi parti ve oya sunulan konuda taraf olan grupların atadığı gözlemcilerin oy kullanma ve sayım işlemleri sırasında hazır bulunmalarına izin verilmelidir;
- xi. askeri personel mümkün olan bir zamanda ikametlerinin bulunduğu yerde oy kullanılmalıdır. Aksi bir durumda, askeri personelin görev yerlerine en yakın olan oy kullanma yerine kayıt olması tavsiye edilir;
- xii. oy sayma işleminin oy kullanma yerinde yapılması tercih edilir;
- xiii. oy sayma işlemi şeffaf olmalıdır. Gözlemcilerin, temsilcilerin, referandum teklifi savunucuları ve muhaliflerinin oy sayım işlemi sırasında bulunmalarına izin verilmelidir. Bu kişiler ayrıca ilgili kayıtlara da ulaşabilmelidir;
- xiv. sonuçlar ilgili makama açık bir şekilde iletilmelidir;
- xv. devlet herhangi bir elektronik sahtekarlığı cezalandırmalıdır.

b. Seçmenlerin tercihlerini ifade etme hakkı aynı zamanda aşağıdaki maddeleri de kapsar;

i. yürütme referandumları hukuk kurallarına göre organize etmelidir, bu durum yöneticilerin kendi inisiyatiflerini kullanmamaları açısından önemlidir;

ii. usul kurallarına uygunluk; özellikle de referandumun belli bir zaman dilimi içerisinde uygulanması kanunla düzenlenmelidir;

iii. referandumun düzenlenmesinden sorumlu olan organ referandum sonuçlarını şeffaf bir şekilde resmi gazetede yayınlamalıdır.

4. Gizli oy

a. Seçmenler için gizli oy hem bir hak hem de bir görevdir, gizli olmayan açılmış bir oy pusulası geçersiz sayılmalıdır.

b. Oy verme bireysel bir işlemdir. Ailesel oy verme veya herhangi bir şekilde bir seçmenin diğer seçmenin oyunu kontrol etmesi yasaklanmalıdır.

c. Oy kullanan kişilerin listesi yayınlanmamalıdır.

d. Gizli oy hakkının ihlali durumunda bazı yaptırımlar olmalıdır.

II. Bu ilkelerin uygulanması için şartlar

1. Temel haklara saygı

a. Demokratik referandumların temel haklara saygının olmadığı yerde uygulanması mümkün değildir, bu sebeple özellikle ifade özgürlüğü ve basın hürriyeti, ülke içinde seyahat hürriyeti, toplantı özgürlüğü ve siyasi amaçlı toplantı hakkı ve siyasi parti kurma hakkı vazgeçilmez niteliktedir.

b. Bu haklar üzerindeki sınırlamalar kamu yararı ve ölçülülük ilkesine uygun olarak kanunla olmalıdır,

2. Referandum yasalarının düzenleyici sınırları ve statikliği

a. Teknik düzenlemeler ve bazı detaylar haricinde (bu tür işlemler idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenebilir) referanduma yönelik kurallar normlar hiyerarşisinde kanun gücünde olmalıdır.

b. Referandum yapılmasından 1 yıl önceki süreçte referandum yasasının temel yönlerinde bir değişiklik yapılmaması gerekir ya da bu değişiklikler anayasal düzeyde ya da sıradan kanunlardan daha üst bir düzeyde olmalıdır.

c. Temel kurallar özellikle aşağıdaki düzenlemeleri kapsar:

- seçim komisyonları veya referandumun organizasyonundan sorumlu diğer kuruluşların yapısı;

- franchise ve seçmen kayıtları;

- referanduma sunulan metnin usul hukuku ve maddi hukuk açısından geçerliliği
- referandumun etkileri
- referandum teklifinin savunucuları ve muhaliflerinin kamu yayınlarında yer alma oranı

3.Usuli teminatlar

3.1. Referandumun tarafsız bir organ tarafından düzenlenmesi

- a. Tarafsız bir organ referandumu düzenlemekle görevli olmalıdır.
- b. Seçim konularında tarafsızlığın idari otoritelerce uzun süredir gelenek haline gelmediği yerlerde, ulusal düzeyden seçim sandıklarına kadar her seviyede tarafsızlığı sağlayacak seçim komisyonları kurulmalıdır.
- c. Merkezi komisyon kalıcı nitelikte olmalıdır.
- d. aşağıdaki düzenlemeler olmalıdır:
 - i. komisyonda en azından bir yargıç ya da bağımsız bir hukuk uzmanı;
 - ii. parlamentoda bulunan siyasi partilerin ya da belli bir oy oranını geçmiş partilerin temsilcileri (bu temsilciler seçilmiş kişiler olmalıdır)aşağıdaki düzenlemeler olabilir:
 - iii. İç İşleri Bakanlığından bir temsilci;
 - iv. ulusal azınlıkların temsilcileri.
- e. Siyasi partiler ya da referanduma sunulan konuda taraf olan gruplar seçim komisyonlarında eşit olarak temsil edilmeli veya tarafsız organın çalışmalarını izleyebilmelidir. Siyasi partiler arasındaki eşitlik sıkı veya orantısal olarak uygulanabilir. (bkz I.2.2.d.).
- f. Komisyonlara üye atayan kuruluşların üyeleri diledikleri şekilde görevden almaları mümkün olmamalıdır.
- g. Komisyon üyeleri standart eğitim almalıdır.
- h. Komisyonların nitelikli çoğunluk veya uzlaşma yoluyla karar almaları arzu edilir.

3.2. Referandumların gözlemi

- a. Hem ulusal hem de uluslararası gözlemcilere referandumu izleyebilmeleri için mümkün olan en geniş imkanlar tahsis edilmelidir.
- b. Gözetim seçim günü ile sınırlı tutulamaz, aynı zamanda referandum kampanyası ve mümkün olan yerlerde seçmen kayıt süreci ve imza toplanması sürecini de kapsamalıdır. Oylamadan önce, sonra veya oy verme işlemleri sırasındaki

uygunsuz durumların tespiti mümkün olmalıdır. Oy sayma işlemleri sırasında her zaman gözetim olmalıdır.

c. Gözlemcilerin referandumla ilgisi olan her yere gidebilme imkanı olmalıdır. (öreneğin; oy sayım ve teyit yerleri). Gözlemcilerin giremeyeceği yerler gerekçeleri belirtilmek şartıyla kanunla düzenlenmelidir.

d. Gözlem tarafsızlık görevine haiz olan otoriteler tarafından saygı ile karşılanmalıdır.

3.3. Etkin yargı yolu

a. Referandum işlerine yönelik yargı yolu seçim komisyonu veya mahkeme olabilir. Ancak her durumda nihai yargı yolu mahkeme olmalıdır.

b. Usul basit olmalı ve özellikle yargı yolunun kabul edilebilirliği söz konusu olduğunda formaliteden uzak olmalıdır.

c. Yargı yolu işlemleri ve özellikle çeşitli sorumlu organların yetkileri olası çatışmaların önüne geçebilmek için kanunda açıkça düzenlenmelidir. Yasa özellikle her bir durumdaki yetkili organı belirtmelidir.

d. Yargı yolu burada sıralanan konularla ilgili ehliyetli olmalı; özellikle:

- franchise ve seçmen kayıtları;
- seçmenler tarafından referandum talep ve girişimlerinin tamamlanması;
- referanduma sunulan metnin usul hukuku ve maddi hukuk açısından geçerliliği: metnin geçerliliği oylamadan önce mevcut olmalıdır; iç hukukta böyle bir incelemenin zorunlu olup olmadığı belirtilmelidir;
- oy kullanma hakkı;
- oylamanın sonuçları.

e. Temyiz makamının usulsüzlüklerin referandumun sonucunu etkileyebileceği yerlerde referandumu iptal etme hakkı olmalıdır. İptal etme hakkı tüm referandum için olabileceği gibi sadece bir seçim sandığı veya bir seçim bölgesi için olabilir. Tüm referandumun iptali durumunda yeni bir referandum çağrısı yapılmak zorundadır.

f. Tüm seçmenler yargı yoluna başvuru hakkına sahip olmalıdır. Seçmenlerin referandum sonuçlarına karşı itiraz edebilmeleri için makul bir çoğunluk aranabilir.

g. Yargı yoluna başvurma ve karar verme aşaması kısa bir zaman diliminde olmalıdır.

h. Her iki tarafın da yargı yoluna başvurma hakkı korunmalıdır.

i. Yargı yolunun yüksek seçim kurulu olduğu yerlerde, bu kurul yapılan işi resen düzeltelmeli ya da seçim komisyonları tarafından alınan kararları iptal edebilmeli.

3.4. Finansman

- a. Siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının finansmanına yönelik genel ilkeler hem kamu hem de özel finansman için uygulanmalıdır.
- b. Kamu fonlarının yetkililerce kampanya amaçlı kullanımı yasaklanmalıdır.

III. Belirli Kurallar

1. Hukuk Devleti

Referandumların kullanımı bir bütün olarak hukuk sistemi ve özellikle usul kurallarına uygun olmalıdır. Özellikle, referandumlar anayasal bir dayanağı olmadan yapılamaz, örneğin salt yasamanın yetki alanına giren konular referandum konusu yapılamaz.

2. Referandum metninin usul hukukunda geçerliliği

Referandumda sorulan sorular aşağıdaki şekilde olmalı;

- metinde birlik: aynı soru içerisinde özele ilişkin değişiklikler genel teklifler ile birleştirilmemelidir;
- metinde tutarlılık: metinde yer alan genel düzenleme hariç (anayasa, yasa), her bir sorunun çeşitli bölümleri arasında bağlantı olmalıdır, seçmenlerin oy kullanma hakkını garanti etmek için, seçmenler aralarında bağlantı olmadan metni toptan reddetmemeli veya kabul etmemeli, çeşitli bölümlerdeki düzenlemeler metnin tümündeki düzenlemeler ile eşdeğer olmalıdır.
- hiyerarşik düzeyde tutarlılık: Aynı sorunun aynı anda farklı hiyerarşik düzeydeki mevzuata uygulanmaması arzu edilir

3. Referandum metninin maddi hukukda geçerliliği

Referandum metni normlar hiyerarşisine uygun olarak hazırlanmalıdır

Referandum metninin uluslararası hukuk kuralları ve Avrupa Konseyi ilkeleri ile çelişmemesi gerekir. (demokrasi, insan hakları, hukuk devleti ilkesi).

III.2 and III.3 numaralı başlık altında düzenlenen kurallar ile çatışan metinler referandum konusu yapılmamalıdır.

4. Referandumun düzenlenmesi talebine yönelik belirli kurallar (Anayasada yer alan kurallar)

- a. Siyasi haklara sahip olan herkesin referandum düzenlenmesini talep etmek için imza hakkı vardır

b. İmza toplama süresi (özellikle zamanın başladığı gün ve sürenin son günü) ve gereken imza sayısı açık olarak belli olmalıdır.

c. Herkesin (siyasi hakka sahip olup olmadığına bakılmaksızın) imza toplama hakkı vardır.

d. Eğer kamu alanlarında imza toplamak için yetki gerekli ise, eşitlik ilkesine uygun olarak kamu yararı gerekçesiyle sadece kanun ile düzenlenen belirli durumlarda bu yetki verilmeyebilir.

e. Kural olarak imza toplamak için özel kaynaklardan sağlanan finansman yasaklanmalıdır. Yasaklanmıyorsa bile, sağlanan toplam finansman ile her bir bireye ödenecek miktar düzenlenmek zorundadır.

f. Tüm imzalar kontrol edilmelidir. Kontrolü kolaylaştırmak için, imza listelerinde seçmen kütüklerindeki kayıtlı isimlerin yer alması tercih edilir.

g. Yetkili otorite geçersiz oy ilan etmek zorunda kalmamak için, oylamadan önce hataları düzeltilir, örneğin;

i. sorulan soru belirsiz, yanıltıcı veya imalı olduğunda;

ii. usul hukuku veya maddi hukuk ihlal edildiğinde; bu tip bir olayda metnin kalan kısmı tutarlı olduğu zaman kısmi bir geçersizlik ilan edilebilir; maddi anlamda bütünlüğü sağlamak için alt düzenlemeler tasarlanabilir.

5.Referandumda uygulanan kuralların birbiri ile olan uyumluluğu

a. Referandumun hukuken bağlayıcı olduğu zaman:

i. Belirli bir zaman dilimi için, referandumda reddedilen metin referandum harici bir yol ile uygulamaya konulamaz.

ii. Aynı zaman dilimi süresince, referandumda kabul edilen düzenleme referandum harici bir yöntem ile değiştirilemez.

iii. Bir önceki referandumun toplam bir düzenleme ile ilgili olduğu yerde, sonraki referandumun kısmi bir değişiklik getirdiği durumlarda yukarıdaki düzenleme geçerli değildir.

iv. Referandum ile çelişen üst hukuk normlarında yapılan feğişiklikler kabul edilemez, fakat bu durumdan yukarıda bahsedilen süreçte kaçınılabilir.

v. Parlamento tarafından kabul edilmiş ve seçmenlerin bir kısmının isteği sonucu referanduma oya sunulmuş bir metin reddedildiği zaman, benzer bir metin referandum talebi olmadığı sürece oylamaya sunulamaz.

b. Seçmenlerin bir kısmının isteği sonucu referanduma götürölüp kabul edilmiş bir metin, sürenin bitiminden sonra ya da uygun olan yerlerde makul bir zaman dilimi sonucunda tekrar referandum konusu yapılabilir.

c. Parlamento dışındaki bir otoritenin isteği sonucu referanduma götürülüp kabul edilmiş bir metin, sürenin bitiminden sonra ya da uygun olan yerlerde makul bir zaman dilimi sonucunda parlamento yoluyla değiştirilebilir ya da seçmenlerin bir kısmının isteği sonucu referanduma götürülebilir.

d. Referanduma götürmeyle ilgili zorunlu ya da seçmenlerin bir bölümünün isteği ile ilgili anayasal kuralların konulması tavsiye edilir..

6. Parlamentonun görüşü

Seçmenlerin bir kısmının isteği sonucu ya da parlamento dışındaki bir otoritenin isteği sonucu referanduma bir metin götürüldüğü zaman, parlamento konuyla ilgili bağlayıcı olmayan bir görüş bildirmelidir. Bu tip bir girişim sonucunda sunulan bir metnin karşısında yer alan bir düzenlemeyi referanduma sunma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu durumda parlamentoya görüşünü bildirmesi için bir zaman dilimi belirlenir. Bu süre içinde parlamento görüşünü ortaya koymazsa, metin referanduma parlamentonun görüşü olmaksızın sunulur.

7. Yeterli çoğunluk

Düzenlenmesi tavsiye edilmeyenler:

a. yeterli çoğunluk (eşik, minimum bir oran); çünkü bu tip bir eşik hayır oyu verecek olan seçmenleri sindirir.

b. kabul yeter sayısı (kabul eden kayıtlı seçmenlerin minimum oranı); eğer metin gereken eşiğin altında salt çoğunluk ile kabul edilirse bazı siyasi sorunların ortaya çıkma riski olabilir.

8. Referandumun etkileri

a. Yasal olarak bağlayıcı veya danışma referandumlarının etkileri açıkça anayasa veya yasa ile düzenlenmelidir.

b. İlkesel sorunlar veya genel olarak ifade edilmiş önerilere yönelik referandumların bağlayıcı olmaması tercih edilir. Eğer bağlayıcı ise, sonraki prosedürün özel kurallarla düzenlenmesi gerekir.

SİYASİ PARTİLER ALANINDA İYİ UYGULAMALAR KODU¹⁰⁶

¹⁰⁶ Venedik Komisyonu’nun bu raporu TBMM Yasama Uzmanı Özcan ALTAY tarafından 8 Nisan 2010 tarihinde İngilizce nüshasından Türkçeye çevrilmiştir. Venedik Komisyonunun 77. Genel Kurul Oturumunda (Venedik, 12–13 Aralık 2008) kabul edilmiştir. Strazburg, 3 Haziran 2009;CDL-AD(2009)021; Çalışma No:414 / 2006

SİYASİ PARTİLER ALANINDA İYİ UYGULAMALAR KODU

I. GİRİŞ

1. 17 Nisan 2007’de, Avrupa Konseyi Parlamenter Asemblası (PACE), 2001 tarih ve 1546 sayılı kararla, Venedik Komisyonunu, siyasi partilerin idaresindeki önemli unsurların ele alınacağı *Siyasi Partiler Hususunda İyi Uygulama Kodunun* hazırlanması için görevlendirmiştir.

2. Venedik Komisyonu, olumlu tepkiler alan Seçimler (2002) ve Referandumlara (2007) İlişkin Hususlarda hazırladığı diğer kodlarda göz önüne alındığında bu tip düzenlemeler hususunda tecrübe kazanmıştır. Bu düzenlemelerin (kodların), kamu kuruluşlarını doğrudan etkileyecek nitelikte kuralları içerdiği ve dolayısıyla ulusal düzenlemeleri değerlendiren norm ve talimatlar şeklinde de okunabileceği ifade edilmektedir. Öte yandan, Komisyon’un gerek genel unsurlar gerekse spesifik hususlara ilişkin olarak siyasi partiler alanında edindiği tecrübe ve kazanımlar oldukça belirgindir. Yaptığı çalışmalar arasında;

- CDL-INF(2000)001 sayılı ve 10-11 Aralık 1999 tarihli Komisyonun 41. Genel Kurulu’nda ele alınan “Siyasi Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Komisyon’un Kabul Ettiği Benzer Önlemlere İlişkin Yol Gösterici İlkeler”,
- CDL-INF(2001)008 sayılı ve 9-10 Mart 2001 tarihli 46. Genel Kurulu’nda kabul edilen; “Siyasi Partilerin Finansmanına İlişkin Rapor ve Yol Gösterici İlkeler”,
- CDL-AD(2004)007rev sayılı ve 12-13 Mart 2004 tarihli 58. Genel Kurul’unda kabul edilen; “Siyasi Partiler Hakkında Yasal Düzenlemelere İlişkin Yol Gösterici İlkeler ve Açıklayıcı Notlar”,
- CDL-AD(2006)014 sayılı ve 17-18 Mart 2006 tarihli 66. Genel Kurulu’nda kabul edilen; “Siyasi Partilere Yabancı Unsurlardan Yapılacak Mali Yardımların Yasaklanmasına İlişkin Görüşler”,
- CDL-AD(2006)025 sayılı ve 16 Mart 2006 tarihinde Demokratik Seçimler Kurulu’nun 16. toplantısında ve Komisyon’un ise 9-10 Haziran 2006 tarihinde 67. Genel Kurulu’nda kabul ettiği; “Seçimlerde Siyasi Partilere Katılıma İlişkin Rapor”, gibi önemli çalışmalar yer almaktadır.

3. Venedik Komisyonu, ayrıca, Ermenistan, Azerbaycan, Moldova ve Ukrayna gibi ülkelerde siyasi partilere ilişkin yasal düzenlemeler hakkında da görüşlerini bildirmiştir.

4. Önerilen Siyasi Partilere İlişkin İyi Uygulama Kodu, daha önceki metinlere nazaran, meseleye yeni yaklaşımlar getiren birtakım özel vasıflar taşımaktadır. Kod, PACE Düzenlemesi’nde hükmedildiği gibi, parti içi demokrasinin güçlendirilmesi, siyasi partilerin vatandaşlar nazarında güvenilirliklerini

arttırması ve böylelikle eşitlik, dialog, işbirliği, şeffaflık, yolsuzluklara karşı mücadele gibi demokratik ilkelerin yüceltilmesi ile demokratik meşruluğun ve siyasi katılımın desteklenmesi açık amacını taşımaktadır.

5. Bu amacı gerçekleştirmek üzere, kararda ilk olarak Kod'un muhatapları belirtilmektedir. (düzenlemenin 8, 9 ve 10. maddelerinde). Ayrıca kamu kuruluşlarının son muhatap olarak değerlendirilmediği belirtilmektedir. İkincisi, Kod'un amacı öncekilerden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Kod, hiçbir şekilde kamu otoriteleri sayılamayacak olan temsilciler için (örn. siyasi parti ve üyeleri) "en iyi uygulamalar" repertuarı sunmayı amaçlar.) Bu bağlamda, Kod sözcüğü normların bir kodifikasyonunu değil en iyi uygulamaların düzenli olarak sıralanmasını ifade eder. Bu iyi uygulamalar fikrinin geri planında siyasi partilere Avrupa'daki yaygın ve en iyi uygulamaları önermek ve kamu kuruluşları ile yargısal organlara siyasi partilerin uygulamalarının değerlendirilmesi hususunda kıstaslar sunmak yatmaktadır.

6. Bu bağlamda, Kodun zorunlu niteliğe sahip olamayacağı açıktır, kuralları belirleyemez, kamu otoritelerinden, kesin normların olduğu özel durumlar hariç, uygulanmasını talep edemez. Bu doğrultuda, Kod'un uygulanması zorunlu değildir, kuralları açıklama amacını taşımaz ve belirli hallerde doğrudan uygulanabilecek kurallar haricinde herhangi bir kamu kuruluşunun vs onayını gerektirmez. Sadece siyasi partiler ve üyelerinin söz konusu düzenlemelerde uyması gereken kurallar zorunlu olarak nitelenebilir.

7. Kod'un esas amacı, kararda da belirtildiği üzere, parti içi demokrasinin güçlendirilmesi, siyasi partilerin vatandaşlar nazarında güvenilirliklerini arttırması ve böylelikle eşitlik, dialog, işbirliği, şeffaflık, yolsuzluklara karşı mücadele gibi demokratik ilkelerin yüceltilmesi ile demokratik meşruluğun ve siyasi katılımın desteklenmesidir. Her ne kadar söz konusu talimatlar müeyyideden yoksun iseler de ilgililere en iyi uygulamalar hususunda yön gösterebilir ve milli uygulamaları değerlendirme adına güçlü destek sunabilir.

8. Parlamenter Asemble'de önerildiği üzere, bu belge Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin tecrübeleri, var olan iyi uygulamalar, siyasi partiler ve tüzüklerine ilişkin ulusal düzeydeki düzenlemeler göz önüne alınarak kaleme alınmıştır.

9. 1438 (2000) sayılı Tavsiye, 1344 (2003) sayılı "Demokrasiyi Tehdit Eden Aşırılık Yanlısı Partiler ve Eylemlerine İlişkin Karar, 1308 (2002) sayılı "Avrupa Konseyi'ne Üye Ülkelerdeki Siyasi Parti Sınırlamalarına İlişkin Karar, 1516 (2001) sayılı "Siyasi Partilerin Finansmanına İlişkin Tavsiye" ve 1264 (2001) sayılı Karar, 1320 (2003) sayılı "Seçimler Hakkında İyi Uygulama Koduna İlişkin Karar ve 1595 (2003) sayılı tavsiye, 2006 yılında hazırlanan "Siyasi Partilere İlişkin Hukuki Düzenlemeler Hakkında Yol Gösterici İlkeler", 2000'de hazırlanan "Siyasi Partilerin Finansmanına İlişkin Yol Gösterici İlkeler, 1999'da hazırlanan "Siyasi Partilerin Yasaklanması, Feshedilmesi ve Benzer Müeyyedelere İlişkin Talimatlar", 2002 yılında

hazırlanan “Seçim Konularına İlişkin İyi Uygulama Kodu” ve diğer uluslararası düzenleme ve deklarasyonlar konuya ilişkin işaret edilebilecek diğer kaynaklardır. Son olarak, Kod, belirli uluslararası düzenlemelere ilişkin raporlardan elde edilen değerli bilgileri de içermektedir.

10. Kod, Demokratik Seçimler Kurulu’nca incelendikten sonra Venedik Komisyonu’nun 12-13 Aralık 2008 tarihli 77. Genel Kurulu’nda kabul edilmiştir. Kod hakkındaki “Açıklayıcı Notlar” ise Demokratik Seçimler Kurulu’nun 13 Aralık 2008 tarihli 27. oturumunda ve Venedik Komisyonu’nun 13-14 Mart 2009 tarihli 78. Genel Kurulu’nda kabul edilmiştir.

I. SİYASİ PARTİLER ALANINDA İYİ UYGULAMA KODU

A. Temel İlkeler

1. Tanımlar

a) Belirli şekilde örgütlenme

11. Bu düzenlemeye göre, siyasi partiler, siyasi kurumlarda temsil edilmek ve ulusal, bölgesel ve yerel düzeylerde siyasi iktidarı kullanmak üzere seçimlerde aday göstermek amacıyla olan örgütlenmelerdir.

12. Bazı ülkelerde siyasi partilere özgü düzenlemeler bulunmasa da, birçok Avrupa Konseyi üyesi devlette, söz konusu düzenlemeler, siyasi partilerle siyasetle ilgili olanlar dahil diğer örgütlenmeleri ayırma amacını taşımaktadır. Bu doğrultuda, siyasi partiler hakkındaki düzenlemeler, demokratik düzende siyasi partilerin önemini tayin etme işlevi görmektedir.

b) Örgütlenme özgürlüğü

13. Siyasi partiler, demokratik ülkelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (buradan itibaren AİHS) 11. maddesince korunan hür örgütlenmelerdir. Bu, her vatandaşın siyasi parti kurma özgürlüğüne sahip olduğu anlamına gelir, ancak ulusal düzenlemeler bu özgürlüğü AİHS ilkeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bağlı kalmak kaydıyla sınırlayabilirler. Bazı Avrupa ülkesinde siyasi partilerin yasaklanması hususunda düzenleme bulunmamaktadır. Bazı devletlerde ise yasaklamaya ilişkin hükümler bulunmakla birlikte söz konusu hükümler dar yorumlanmakta ve çok istisnai hallerde uygulanmaktadır. Avrupa’nın ortak demokratik mirasıyla örtüşür biçimde, siyasi partilerin yasaklanması, feshedilmesi veya kapatılması, ancak, yalnızca şiddet kullanımını veya şiddetin anayasal demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik siyasi araç olarak kullanımı desteklemeleri durumunda hukuka uygundur.

14. Siyasi partiler, Avrupa Konseyi üyesi hiçbir ülkede, devlet organlarının oluşumunda yer almazlar. Bu uygulamadan hareketle hiçbir kamu kuruluşu

siyasi partilerin kurulmasına katılamaz ve ulusal, bölgesel veya yerel düzeyde siyasi parti kurma hakkını kısıtlayamaz.

c) Hukuki çerçeve

15. Siyasi partilerle ilgili her bir hukuki düzenlemenin AİHS ve AİHM içtihat hukuku ile uyumlu olması gerekir. Partiler bu normlarla bağlı olmalıdırlar. Siyasi partiler, daha yüksek derecedeki normlarla çelişen yasal bir düzenleme ile karşılaştıklarında, hukuki vasıtalarla başvurmak durumundadırlar.

2. Siyasi Partiler İçin Rehber İlkeler

16. Hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları, Avrupa'nın ve Avrupa Konseyi'nin anayasal mirasının üç temel direğidir. Bu nedenle, hükümet sistemlerini ve kuvvetler ayrılığını düzenleyen hükümlerin yanında demokrasi, insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü koruyucu hükümler de Avrupa Konseyi üye ülkelerinde temel ilkeler olarak yer almaktadır. Siyasi partiler, her demokratik toplumun baş aktörleridir. Bu itibarla, söz konusu ilkelerin sağladığı teminatlara sahip olan siyasi partiler aynı şekilde bu ilkelere saygı göstermek durumundadırlar. Bunun sonucunda siyasi partilerin kuruluşunda, işleyişinde ve finansmanında söz konusu ilkelere uyulması gerekir.

a) Hukukun üstünlüğü

17. Siyasi partiler, uluslararası hukukta yer verilen medeni ve siyasi hakların uygulanmasında öngörülen değerlere bağlı olmalıdır. (AİHS ve Birleşmiş Milletler Anlaşması). Partiler, anayasaya ve kanuna uygun hareket etmelidirler. Bununla birlikte, siyasi partiler, hiçbir şekilde, anayasanın ve kanunların meşru vasıtalarla değiştirilmesini istemekten alıkonulamaz.

b) Demokrasi

18. Partiler demokrasinin önemli bir parçasıdır ve eylemleri iyi işleyişlerinin teminatı olmalıdır. Dolayısıyla, parti içi demokrasiye bağlılık partilerin temel görevlerini destekleyicidir. Az sayıda Avrupa ülkesi bu konuda ayrıntılı düzenlemelere gitmekle birlikte birçok ülkede partilerin, iç yapısı ve işleyişleri bakımından demokratik olmaları şartı aranmaktadır. Bu olumlu tecrübelerin Avrupa Konseyi üye devletleri arasında paylaşılması yerindedir.

c) Eşit Muamele

19. Siyasi partiler, AİHS'in öngördüğü değerlere ve eşitlik ilkesine aykırı hareket etmemelidir. Partiler AİHS'in yasakladığı sebeplerden dolayı bireyler arasında ayırım yapmamalıdır.

d) Şeffaflık ve Açıklık

20. Partiler, programlarını, siyasi dokümanlarını ve tartışmalarını, karar alma usullerini ve hesaplarını şeffaflığı arttırmak ve iyi idare ilkelerine bağlı kalmak amacıyla erişime açmak durumundadırlar.

B. Siyasi Partilerin İç Yapılanmaları

1. Üyelik

21. Herkes, bir siyasi partiye üye olabilir veya hangi partiye katılıp katılmayacağını serbestçe takdir edebilir. Bu ilke genel olarak kabul görse de, partilere üye olmada farklı usullerin benimsenmesi Avrupa’da yaygındır. Bu durum, partiye üye olacak bireylerle partinin asgari uyumunun sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu konuda, partilere katılma ve üyelik şartlarının, usullerinin ve kriterlerinin parti tüzüklerinden açıkça belirtildiği durumlar en iyi uygulamalardır.

22. Partiler bağlı oldukları değerleri reddeden veya davranışları partinin değerlerine uygun görülmeyen kişilerin üyeliklerine izin vermeyebilirler. Parti içinde disiplin organlarının olması ve gerekçeli kararlar için açık düzenlemelerin yer alması gereklidir. Partiler üyelerinin hukuka uygun davranmasını gözetmek durumundadır.

23. Avrupa’daki örnek uygulamalar ve hukuk düzeni esit muamele ilkesini paylaşmaktadır. Dolayısıyla partilerin bu ilkeyle bağlı kalmaları, örnek uygulamalara sahip olduklarının ispatı sayılmalıdır. Cinsiyet ayrımı gibi belirli hallerde ulusal ve uluslararası düzenlemelerin açıkça yasaklar getirdiği görülmektedir. Özellikle, cins, ırk, renk, dil, milli veya toplumsal köken, ulusal bir azınlıkla ilişki içinde olma, mülk, doğum gibi hususlara dayanarak ayırım yapılmasından kaçınılmalıdır. (AİHS 14. maddeye atıfla)

24. Siyasi partiler, belirli kamu görevlilerinin yer aldığı kurumlarla bağlantılı olmayı yasaklayan düzenlemelere uymak durumundadır. (örneğin; ordu veya polis teşkilatı mensupları).

25. Siyasi partilerin, üyeler, tanınmış (hukuken) sempatizanlar, partiyle işbirliği ilişkisi içinde olanlar, seçim kampanyalarına katılan adaylarla iletişime geçilecek faaliyetler düzenlemesi normal karşılanmalıdır. Bu statüler partiyle olan farklı kişisel bağları ifade eder. Dolayısıyla her bir partinin tüzüğünde bu farklı tipteki statülerin tanımlanması ve kişisel seçimlere saygı gösterilmesi açısından bağlılığın türüne göre hak ve görevlerin tayin edilmesi örnek bir uygulamadır. Herkes partiye bağlılık statüsünü serbestçe tayin edebilmelidir.

26. Birçok Avrupa ülkesinde, en azından yerel seçimlerde, ülkelerinde ikamet eden yabancılara oy hakkının tanınması yönünde yerleşmiş örnek uygulamalar mevcuttur. Dolayısıyla iç hukukta yasaklanmamış olması kaydıyla, farklı uyruklara sahip şahıslardan parti görüşleriyle uyumlu olanların partiye alınabilmesi, anılan uygulamalarla paraleldir. Uyruk, başlı başına partilere üye olmamayı gerektiren bir sebep teşkil etmez ve bu durumun yasalarda açıkça düzenlenmesi gerekir.

27. Bazı partiler değişik yaş gruplarının ilgisini arttırmayı hedefleyebilirler (örneğin emeklilerin), ancak temelde hiçbir ulusal düzenleme yaşa dayalı ayırımı kabul etmemektedir. (kanuni oy verme yaşı hariç) Buna karşılık, tüm yaş gruplarını içeren bir yapılanma örnek uygulamadır. Hatta, parti içerisinde özel yapılanmalar oluşturmak (mesela, oy verme yaşının altındaki gençlere yönelik) veya tecrübeli üyeleri bütünleştirmek için yine özel programlar geliştirilmesi yaygın bir uygulamadır.

28. Avrupa Birliği çatısı altında yer alan ulus ötesi partiler (transnational parties), ulusal partilerin federasyonları şeklinde örgütlenmişlerdir. Birçok durumda doğrudan üyelik söz konusu değildir. Doğrudan üyelik demokratik ilkelere halel getirmez, ulus ötesi partilerin meşruluğunu arttırır.

2. Kuruluş (Teşkilat)

29. Bu Kod'a yön veren temel ilkelere partilerin kuruluşu hususunda da başvurulur.

Temsil edilebilirlik ve kapasite; Bu ilkeler, bir partiye kaydolunduğunda, parti yapısı ve prosedürlerinin üyelerin görüşlerini yansıtmaları ve içermesini ifade eder. Partiyle kurulan bağ her ne kadar hukuki açıdan bir yükümlülük değilse de, söz konusu ilkelerin ihlali demokratik kuruluş kavramıyla çelişir.

Sorumluluk ve hesap verebilirlik; Parti organları (kolektif ve bireysel olarak) parti üyelerine karşı sorumludur ve hesap verirler. Parti içi düzenlemeler, içe ve dışa karşı sorumluluğu, eylem ve politikaların hesaplarını içermelidir. Aynı şekilde, bu bir hukuki yükümlülük gerektirmez ancak ihlali demokratik kuruluş kavramı ile çelişir.

Şeffaflık; Partiler tüzük ve programlarını halka açık hale getirmelidir. Mali raporlarını yayınlamak şeffaflığı ve partilere olan güveni arttırır. Benzer şekilde bu bir hukuki yükümlülük gerektirmez, ancak ihlali demokratik kuruluş kavramı ile çelişir.

30. Avrupa Konseyi'ne üye birçok ülkede parti tüzüklerinin varlığı, partilerin hukuken tanınmaları ve kayıt altına alınmaları için hukuki bir zorunluluktur. Parti tüzükleri anayasal ve yasal düzenlemeler ile AİHS'de yer alan uluslararası kurallarla uyumlu olmalıdır. Parti tüzükleriyle uyumsuzluk, bazı hukuk sistemlerinde parti yargılamalarında karşılaşılan ihlaller içinde yer almaktadır.

31. Parti tüzükleri, genel olarak, üyelerin hak ve görevlerini, parti organlarını, teşkilatını ve karar alma usullerini düzenler. Belirli ulusal düzenlemelerde, parti tüzüklerinin içerisinde, değiştirilmelerine ilişkin usullerin yer alması hukuken zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluğun oylamalara destek verme isteğinde olan üyelerin müdahil olmalarıyla desteklenmesi durumunda örnek uygulamaya yaklaşılar.

32. Tüzükler, üyelerin hakları üzerinde etki doğuran disiplin düzenlemelerini de içerirler. Bu düzenlemelere aykırı olarak parti kurallarının ciddi şekilde ihlal edilmesi durumunda, en ağırı partiden uzaklaştırma olmak üzere, disiplin cezaları verilebilir. Bu cezalar, savunma hakkına hâlel getirmeyecek şekilde, parti tüzüğünde belirtilen usullere göre verilir. Her türlü keyfiliği önlemek adına düzeltme mekanizmalarına yer verilmesi önemlidir.

33. Kanun gerektirdiğinde, partiler, ulusal, bölgesel ve yerel teşkilatlanmalarını tüzüklerinde düzenlerler. Bu hususlar kanunlarca mecbur tutulmamışsa, yerine getirilmeleri, yukarıda belirtilen iyi idare ilkelerine uyum açısından faydalıdır. Önemli kararlar, bu teşkilatların her birinde düzenli şekilde toplanan bütün üye ve temsilcileri kapsayacak şekilde alınmalıdır. Partilerin en yüksek organları (milli kongre, toplantı) her seçim döneminde en az bir kere toplanır. Ara dönemlerde parti adına karar almadan, genelde, yönetim kurulları sorumludur. Genellikle üyelerin seçimiyle belirlenen kişilerden oluşan bu kurullar, parti tüzüklerinde belirtilen usullere göre seçilirler.

34. Karar almaya ilişkin hususların parti tüzüklerinde açık şekilde belirtilmesi gerekir. Eğer mümkünse (yerel düzeyde) üyeler kararlarını doğrudan alırlar. Aksi durumda kararların demokratik delegasyon (yetki devri) ile alınması gereklidir.

35. Parti faaliyetlerinin, asıl üyelerin görüşlerinin parti liderlerince bilinmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekir.

3. Parti Liderlerinin ve Seçimlerde Gösterilecek Adayların Seçimi

36. Parti liderlerinin, doğrudan ya da dolaylı, belirtilen seviyelerin her birinde (yerel, bölgesel, ulusal, Avrupa) demokratik bir seçimle belirlenmesi gerekir. Bu üyelerin söz konusu seçimlerde oy kullanmaları gerektiği anlamına gelir. Adayların aşağıdan yukarıya yayılan bir anlayışla belirlenmesi, vatandaşlarca oldukça olumlu karşılanacak bir parti içi demokrasiye işaretler.

37. Aynı şekilde, adayların da, her seviyede, doğrudan ya da dolaylı, demokratik usullerle seçilmesi gerekir.

38. Uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar uyarınca, partiler, parti başkanı ve milletvekili adaylarının belirlenmesinde cinsiyet bakımından eşit muamele ilkesine sadık kalmalıdır. Birçok ulusal düzenleme ve Avrupa'daki siyasi partiler, bu konuda bir adım öteye geçip, cinsiyet açısından dağılımı dengelemek veya kadın ve erkeklerin seçilmiş organlarda eşit temsilini sağlamak adına kotalar getirmişlerdir. Bu örnekler ülke ve parti düzeyinde kalsalar da, bu tip cinsiyet eşitliği adına uygulamalar giderek yayılmaya başlamıştır, hatta baskın bir eğilime dönüşmektedir. Buna karşılık, süregelen ve tekrarlayan cinsiyet ayrımına dayalı temsil hiç bir şekilde iyi uygulama olarak kabul göremez.

C. Finansman

39. Parti finansmanı, hesap verebilirlik ve şeffaflık ilkelerine uygun olmalıdır. Venedik komisyonu partilerin finansmanı ile ilgili ayrıntılı bir “Yol Gösterici ilkeler” çalışması hazırlamıştır.

1. Kaynaklar

40. Bir siyasi parti miktarını serbestçe tayin edebilecek şekilde, üyelere aidat talep edebilir, ancak belirlenen miktarın ayırımcı nitelikte olmaması gerekir. Aidatları ödememek partiden ihraç sebebi oluşturabilir.

41. Bir siyasi parti, belirli kaynaklardan bağış yapılmasını yasaklayabilen ulusal düzenlemelerin koyduğu sınırlar içerisinde bağış kabul edebilir. Partiler, bağışları, hiçbir şekilde, parti politikasını veya programını etkileyecek ya da değiştirecek şekilde değerlendiremez. Partiler, aldıkları özel bağışların kaynağını açıklama hususundaki hukuki düzenlemelere uymak zorundadır.

42. Partilerin, yasaların kamu finansmanını öngördüğü yerlerde, bu yardımları olabildiğince asgari şartlarla elde etmeleri gereklidir. Bu yardımın makul olması ve eşitliği bozmaması gerekir. Kanunda farklı biçimlerde sağlanan finansmanların dışında, hiçbir parti, özellikle üyelerinin yönetimlerinde yer aldığı kamu kuruluşlarından finansal destek alamaz.

2. Kısıtlamalar

43. Hiçbir parti gizli veya gayri meşru yollardan finansal yardım alamaz.

44. Partiler, seçim kampanyalarının finansmanı için, gösterdikleri adayların mevcut düzenlemelere özellikle seçim harcamalarının üst limitine ilişkin kurallara uymasını sağlamalıdır.

3. Denetim Araçları

45. Her siyasi parti, tüzüğünde, ulusal düzeyde parti hesaplarının teftişini ve yerel veya bölgesel düzeyde hesaplarının denetlenmesini sağlayacak mekanizmalara yer vermelidir. Aynı zamanda partiler, özellikle finansman konusunda belirli kamu kuruluşlarının denetimine tabi olurlar.

D. Siyasi Görevler

1. Program

46. Parti üyeleri arasındaki tartışmalar neticesinde ve önceden düzenlenmiş kurallar uyarınca kabul edilen parti programları siyasi partilerin en önemli fonksiyonlarından biridir. Parti programları, partiler iktidarda iken gerçekleştirilecek eylemlere yön verir.

47. Parti programları, uyulması zorunlu sözleşmeler değildir ve uygulanmaları kanunen mecbur tutulamaz. Bütün Avrupa devletleri emredici vekaleti dışlayan temsili demokrasiye bağlıdır. Parti programları, vatandaşların belirli konularda

parti politikalarını idrak etmelerine yardımcı olur. Bu doğrultuda, programlar, sadece vatandaşları aydınlatmaya hizmet etmezler. Aynı zamanda birer “yumuşak sözleşme” veya parti ve seçmenleri arasında “ahlaki bir taahhüt” vasfındadırlar. Bu itibarla, programın yayınlanması sadece şeffalık adına değil hesap verebilirlik adına da iş görür. Bunun yanında, programın sürekli olması, iktidarları süresince partilerin seçim taahhütlerine bağımlılıklarını ölçmeye yarar.

48. Orijinal parti programında değişikliklere gidildiğinde sebeplerin de açıklanması, bu konuda iyi yönetimin ölçüsü sayılır.

2. Hazırlık

49. Partiler, üyelerine kamusal ve siyasi hazırlık (eğitim) sağlamalıdır. Bunun için, partinin kendi ayırdıkları dışında mali yardım alabileceği eğitim enstitüleri kurulabilir.

3. Seçimler

50. Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin düzenlemelerinde, siyasi partilerin faaliyetlerine, özellikle de seçimlere ilişkin farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Partilerin siyasi hayata katılımlarına ilişkin spesifik konulara Venedik Komisyonu’nun siyasi partilerin seçimlere katılımına ilişkin raporunda değinilmiştir. Siyasi partiler, siyasi sürece katılımlarında öncelikle seçimlerde aday gösterirler. Elbette ki, siyasi partiler tüm seçim sürecinde önemli yer tutmaktadır. Ancak, seçmenler doğrudan sahne aldığında, siyasi temsil etkisini kısmen yitirir. Seçimler yapıldığında, tüm anayasal ve yasal düzenlemeler (özellikle itiraz ve şikayetle ilgili olan düzenlemelerde) tüm aday ve vatandaşlara eşit muamele edilmesini temin etmelidir.

51. Seçim sistemlerinin partilerin iç yapılanmasına etki ettiği genelde kabul görmektedir. Örneğin, aday merkezli ve tek tip oylamaya dayalı sistemler, adayların siyasi desteği ve seçim kampanyalarına katkıları dışındaki hususlarda partinin müdahalesini gerektirmez. Buna karşılık, kapalı usul uygulanan orantılı sistemlerde partilerin, her adayın listedeki yerini belirlemede önemli ayrıcalıkları vardır.

4. İktidar ve Muhalefetteki İşler

52. Bu Kod’da belirtilen esaslar, iktidar ve muhalefetteki partilerin eylemleri için de uygulanır.

53. Parti üyelerinin kendi görevleri ile partiye olan bağımlılıklarını birbirinden ayırmaları gerekir. Parti programının uygulanması, kamu görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili yasalar çerçevesinde kalınmak şartıyla her zaman demokratik seçim kavramı içinde yer alır. Ulusal düzenlemeler kamu görevlilerini makamlarını kullanarak diğer siyasi güçlere yarar sağlamalarını yasaklamıştır. Söz konusu düzenlemeler açıkça yasalarda yer almasa da bu

konudaki özenleri Kod'la uyumludur ve bu kuralın ihlali yasa dışı olarak değerlendirilebilir.

54. Normal şartlarda, muhalefet partilerinin işlevleri için gerekli olan hukuki şartlar iktidar partilerine göre daha azdır veya hiç yoktur. Muhalefet görevi, yetkili makamların ve resmi görevlilerin davranış ve politikalarını titizlikle kontrol etme ve denetlemeyi ifade eder. Bununla birlikte, muhalefet partilerinin (aynı zamanda iktidar partilerinin) demokratik tartışma kültürünü zedeleyen ve neticesinde vatandaşların siyasetçilere ve partilere inancını kıran eylemlerden uzak durmaları iyi idarenin gereğidir.

55. Yolsuzluk, tüm Avrupa ülkeleri hukuk düzenlerinde bir suç olarak değerlendirilmiştir. Partiler, bu itibarla, yolsuzlukla mücadeleyi sadece bir suç oluşturduğu için değil vatandaşların gözünde siyasi partilere olan güveni zedelediği için de sürdürmelidirler. Yolsuzluk (rüşvet, irtikap), tüm demokratik işleyişi tehlikeye atmaktadır. Bu yönde, partilerin, yolsuzluğu önlemek adına kamu görevlerinde yer alan parti üyeleri için etik düzenlemelere gitmesi olumlu karşılanacaktır. Buna ek olarak, yolsuzluktan mahkum olmuş bir kişinin parti üyeliğini sürdürmesi, vatandaşları tüm partinin yolsuzluk içinde olduğu düşüncesine sevk eder (hatta diğer partileri dahi kapsayacak bir algı oluşturabilir). Bu nedenle yolsuzluk yaptığına hükmedilmiş kişilerin adaylıktan ve parti üyeliğinden çıkarılmaları demokratik ilkelerle tamamen uyumludur.

56. Temsili vekâlet, vekilin (temsilcinin) seçildiği takdirde partisinden bağımsız hareket edebilmesini sağlar. Bu durum vekilin görevde iken partisini değiştirme imkanı verir. Bazı hallerde bu durumu haklı çıkaracak sebepler (örneğin; siyasi partinin ortadan kalkması gibi) olabilir. Bununla birlikte, parti değiştirmelere, şahsi çıkarların veya rüşvetin sebep olduğu durumlar da olabilir. Böyle bir değişim parti sistemine zarar verir ve vatandaşların siyasete ve seçimlere güvenini azaltır. Yasaların vekilleri korudukları hallerde dahi, partiler, söz konusu değişikliklerin gayri meşru ve anti demokratik yollarla yapılmaması hususunda ihtiyatlı olmak durumundadırlar. Bu doğrultuda, başka bir parti listesinden seçilen vekillerin partiye alınmaması yönünde parti içi düzenlemeler yapılması mümkündür.

57. Partilerin sivil toplumu ve seçmenleri faaliyetleri hakkında bilgilendirmesi gerekir. Bu doğrultuda partiler şeffaflığı arttırmak, yapıcı eleştiriler için uygun zemin hazırlamak ve şeffaflık ölçümleri için gerekli kıstasları oluşturmak zorundadır.

5. Uluslararası İşbirliği

58. Aynı ideolojiyi paylaşan partilerin uluslararası alanda işbirliği yapması yaygındır. Bazı partiler, uluslararası boyutun da ötesinde, kardeş partilere yardımcı olmak adına projeler geliştirmektedir. Geçmişte, söz konusu işbirliği projeleri, bazı Avrupa ülkelerinde demokratik bütünleşmeye yardımcı olmuştur.

Söz konusu yardımlaşmalar, güçlü bir demokratik parti sistemine katkıları göz önüne alındığında, AİHS ve ulusal düzenlemelere uygunlukları şartıyla, örnek uygulama sayılırlar.

SEÇİM KONULARINDA İYİ UYGULAMA KODU KABUL EDİLEN KILAVUZ İLKELER¹⁰⁷

¹⁰⁷ Venedik Komisyonu'nun bu raporu TBMM Yasama Uzmanı Beyhan Kaptıkaçtı tarafından 10.04.2010 tarihinde İngilizce nüshasından Türkçeye çevrilmiştir. Venedik Komisyonu tarafından, 52. Genel Kurulunda kabul edilmiştir (Venedik, 18-19 Ekim 2002) Strazburg, 09 Ekim 2010;CDL-AD(2002)023rev; Karar No: 190/2002

Giriş

8 Kasım 2001 tarihinde Parlamenter Meclisi adına hareket eden Parlamenter Meclisi İhtisas Komisyonu, Venedik Komisyonu'nu aşağıdaki konularda karar alması yönünde davet eden 1264 (2001) sayılı Kararı kabul etmiştir:

i. CLRAE (Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe – Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Otoriteler Kongresi) ve bu konuda deneyimli diğer organizasyonlar, seçimle ilgili konuların düzenli olarak görüşülmesi amacıyla Parlamenter Meclisinin temsilcilerinden oluşan bir çalışma grubu kurmak;

ii. Bu karara dayanak teşkil eden raporun (Doc. 9267), açıklayıcı bildirisinin ekinde yer alan ilkeler ve seçim öncesi çalışmalar ile seçimin kendisi ve seçimleri takip eden süreci kapsayan kurallar üzerine seçim konularında bir iyi uygulama kodu düzenlemek;

iii. İmkânlar dâhilinde işbirliği, standardizasyon, hâlihazırdaki ve planlanmış anket ve işlerin geliştirilmesi yoluyla Avrupa seçim sistemlerinin temel ilkelerini derlemek; Orta vadede Avrupa seçimleri ile ilgili toplanan veriler uzman bir birim tarafından bir veri sistemine aktararak analiz edilmeli ve yayınlanmalıdır.

Aşağıda belirtilen kılavuz ilkeler, bu kararda yer alan üç konuya yönelik somut bir cevaptır. Bu ilkeler, Demokratik Seçimler Konseyi – Parlamenter Meclisi kararıyla öngörülmüş bir ortak çalışma grubu – tarafından Konseyin 3 Temmuz 2002 tarihli 2. toplantısında ve daha sonra 5-6 Temmuz 2002 tarihli 51. oturumunda Venedik Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Söz konusu ilkeler Avrupa seçim kültürünün temel ilkeleri üzerinde inşa edilmiştir; son olarak ve her şeyden önemlisi seçim konularında iyi uygulama kodlarının özünü oluşturmaktadırlar.

Açıklayıcı rapor kılavuz ilkelerde ortaya konulan ilkeleri açıklamakta, tanımlamakta ve netleştirmekte ve gerektiğinde ayrıntılara ilişkin tavsiyelerde bulunmaktadır.

Parlamenter Meclisi'nin kararında talep edildiği üzere bu belge, Parlamenter Meclisi kararına dayanak oluşturan (Doc. 9267) raporun muhtırasına ekli kılavuz ilkeler üzerine temellendirilmiştir. Belge ayrıca CDL(2002)7'da özetlendirdiği gibi Venedik Komisyonu'nun seçim konularındaki çalışmasına dayanmaktadır.

SEÇİMLERİN KILAVUZ İLKELERİ

I. Avrupa Seçim Kültürünün İlkeleri

Avrupa seçim kültürünün belli başlı beş ilkesi genel, eşit, serbest, gizli ve doğrudan oy ilkeleridir. Bundan başka, seçimler düzenli aralıklarla yapılmalıdır.

1. Genel Oy İlkesi

1.1. Kural ve İstisnalar

Genel oy ilkesi kural olarak, bütün insanların oy kullanma ve aday olma hakkına sahip oldukları anlamına gelir. Ne var ki genel oy hakkı, belli bazı şartlara tabi tutulabilir ve aslında tutulmalıdır:

a. Yaş

- i. Oy kullanma ve seçilme hakkı için bir asgari yaş şartı konmalıdır.
- ii. Oy kullanma hakkı, en azından, reşit olma yaşında kazanılmalıdır.
- iii. Aday olma, tercihe bağlı olarak oy kullanma hakkı ile aynı yaşta fakat her halükarda 25 yaşından sonra olmamak kaydıyla kazanılmalıdır. Belli görevler için (örn. Senato üyeliği, Devlet Başkanlığı) aranan yaş şartı saklıdır.

b. Vatandaşlık

- i. Bir vatandaşlık şartı uygulanabilir.
- ii. Bununla birlikte, yabancılar için belli bir süre ikamet edildikten sonra yerel seçimlerde yabancılara oy hakkı tanınması tavsiye edilmektedir.

c. İkametgâh

- i. Bir ikametgah şartı getirilebilir.
- ii. Bu durumda kastedilen, mutad meskendir.
- iii. Belli bir süre ikamet etme şartı, vatandaşlar için sadece yerel veya bölgesel seçimler için uygulanabilir.
- iv. Süreye ilişkin şart altı ayı geçemez, daha uzun bir süre ancak azınlıkların korunması amacıyla öngörülebilir.
- v. Oy kullanma ve aday olma hakkı, yurtdışında yaşayan vatandaşlara da tanınabilir.

d. Oy kullanma ve aday olma hakkından mahrumiyet

- i. Bireylerin oy kullanma ve aday olma haklarından yoksun bırakılmaları, ancak aşağıdaki kümülatif şartlara tabi olarak öngörülebilir:

- ii. Kanunla öngörülmelidir.

iii. Ölçülülük ilkesi göz önünde tutulmalıdır; bireyleri aday olma hakkından mahrum bırakmak için aranan şartlar, oy kullanma hakkından yoksun bırakmak için arananlardan daha yumuşak olabilir.

iv. Yoksun bırakma, akıl hastalığı veya noksanlığı dolayısıyla ehliyetsizlik veya ciddi bir suçtan ötürü alınan bir ceza mahkumiyetine dayanmalıdır.

v. Ayrıca, siyasi hakların geri alınması veya akli ehliyetsizlik bulgusu, sadece açık bir mahkeme kararıyla uygulanabilir.

1.2. Seçmen Kütükleri

Seçmen kütüklerinin güvenilir olması isteniyorsa aşağıda belirtilen kriterlerin yerine getirilmesi gerekmektedir:

i. Seçmen kütükleri daimi olmalıdır.

ii. Düzenli güncellemeler, en azından yılda bir kez, yapılmalıdır. Seçmenlerin otomatik olarak kaydedilmediği yerlerde, kayıt işlemi görece uzun bir sürede yapılabilmelidir.

iii. Seçmen kütükleri yayınlanmalıdır.

iv. Kayıtlı olmayan bir seçmenin kaydedilmesini sağlayan – yargısal denetime tabi – bir idari veya adli usul bulunmalıdır; kayıt işlemi seçim gününde oy verme işleminin gerçekleştiği yerde yapılmamalıdır

v. Seçmenlerin yanlış kayıtlarını düzeltebilmesine olanak sağlayan benzer bir usul bulunmalıdır.

vi. Seçmen kütüğünün son yayın tarihinden sonra taşınan veya oy kullanma yaşına gelen kişilerin oy kullanabilmeleri, tamamlayıcı bir kütük yoluyla sağlanabilir.

1.3. Adaylığın Sunulması

i. Birey olarak başvuruda bulunan adayların veya aday listelerinin sunulması, asgari belli bir sayıdaki imzanın toplanması şartına bağlı tutulabilir.

ii. Yasal düzenlemeyle ilgili seçim bölgesindeki seçmenlerin % 1'inden fazlasının imzasının toplanması öngörülemez.

iii. İmzaların denetimi, özellikle süre bitimi ile ilgili olan açık kurallarla yapılmalıdır.

iv. Denetim süreci kural olarak bütün imzaları kapsamalıdır; ancak aranan imza sayısına ulaşıldığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde görüldükten sonra, kalan imzalara bakılmasına gerek yoktur.

v. İmzaların geçerliliği, seçim kampanyasının başlamasına kadar tamamlanmalıdır.

vi. Bir depozito yatırılması isteniyorsa, sözkonusu aday veya partinin belli bir oy sayısını aşması halinde geri ödenebilir nitelikte olmalı; depozito ve ulaştırılması istenen oy sayısı fahiş olmamalıdır.

2. Eşit oy ilkesi

Bu hak aşağıda belirtilen durumları gerektirir:

2.1. Eşit oy kullanma hakkı: her seçmenin ilke olarak bir oy hakkı bulunur; seçmenlere birden fazla oy hakkının tanındığı seçim sistemlerinde her seçmen aynı sayıda oy hakkına sahiptir.

2.2. Eşit oy yetkisi: sandalyeler, seçim bölgeleri arasında eşit şekilde dağıtılmalıdır.

i. Bu hak en azından parlamentonun alt kanadı seçimleri ile bölgesel veya yerel seçimlerde uygulanmalıdır:

ii. Bu hak, sandalyelerin seçim bölgeleri arasında belirtilen şu tahsis kriterlerinden birinin kullanılarak açık ve dengeli şekilde dağıtılmasını gerektirir: nüfus, (azınlıklar dâhil) yerleşik vatandaşların sayısı, kayıtlı seçmen sayısı ve gerçekten oy kullanan kişilerin muhtemel sayısı. Bu kriterlerin uygun bir kombinasyonu öngörülebilir.

iii. Coğrafi kriter ile idari hatta tarihi sınırlar göz önünde tutulabilir.

iv. Bu konuda belirlenen kuraldan ayrılma %10'dan fazla olmamalı ve özel durumlar (yoğun bir azınlık topluluğunun veya seyrek nüfuslu bir idari yönetimin korunması gibi) hariç, % 15'in üzerine çıkılmamalıdır.

v. Eşit oy yetkisini temin etmek adına, sandalye dağıtımı en az her on yılda bir, tercihen seçim dönemleri dışında gözden geçirilmelidir.

vi. Çok üyeli seçim bölgelerinde sandalyeler tercihen, idari sınırlarla mümkünse tutarlı olması gereken seçim bölgesi sınırlarının yeniden tanımlaması yapılmayarak dağıtılmalıdır.

vii. Seçim bölgesi sınırları yeniden tanımlandığında – tek üyeli sistemlerde olmalıdır – bu tanımlama:

- tarafsız,
- ulusal azınlıklara zarar vermeksizin yapılmalı;
- üyelerinin çoğunluğu bağımsız olan ve içinde tercihen bir coğrafyacı ve bir sosyolog bulunan, söz konusu siyasi partilerin dengeli bir şekilde temsil edildiği ve gerekliyse ulusal azınlıkların da temsilcilerinin bulunduğu bir komitenin görüşleri dikkate alınmalıdır.

2.3. Fırsat Eşitliği İlkesi

a. Fırsat eşitliği, partiler ve adaylar bakımından fark gözetmeksizin sağlanmalıdır. Bu ilke devlet makamlarının, özellikle aşağıda belirtilen hususlara ilişkin olarak tarafsız bir tutum benimsemelerini gerektirir:

i. seçim kampanyası;

ii. haber yayın süresi, özellikle kamuya ait medyada;

iii. siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının finansmanı.

b. Konuya bağlı olarak eşitlik, sert veya oransal olabilir. Eşitlik ilkesi sert uygulanmaktaysa siyasi partilere, parlamentodaki mevcut güçlerine veya seçmenler tarafından gösterilen desteğe bakılmaksızın eşit düzeyde muamele edilir. Oransal olarak uygulandığında ise partiler seçimlerde aldıkları oy sonuçlarına göre muameleye tabi tutulmalıdırlar. Fırsat eşitliği özellikle, radyo ve televizyon yayınları, kamu fonları ve diğer mali desteklerde uygulanır.

c. İfade özgürlüğüne uygun olarak, seçimlerdeki bütün katılımcılar için, seçim kampanyası ve propagandasına ilişkin olarak özel görsel-işitsel medyaya erişimde asgari bir sınır konulması konusunda yasal düzenleme yapılmalıdır.

d. Siyasi partilerin, adayların ve seçim kampanyalarının finansmanı şeffaf olmalıdır.

e. Fırsat eşitliği ilkesi bazı durumlarda, siyasi partilerin harcamalarının özellikle reklam konusunda, sınırlanmasına yol açabilir.

2.4.Eşitlik ve Ulusal Azınlıklar

a. Ulusal azınlıkları temsil eden siyasi partilere izin verilmelidir.

b. Parlamentoda ulusal azınlıklara mahsus sandalye ayrılmasını temin eden veya ulusal azınlıkları temsil eden partiler için normal sandalye tahsis edilmesi ölçütlerine istisna getirilmesi (örneğin, bir çoğunluk şartından muafiyet) kural olarak eşit oy ilkesine ters düşmez.

c. Adaylar veya seçmenler, bir ulusal azınlığa dair üyeliklerini açıklamaya zorlanmamalıdır.

2.5.Eşitlik ve Cinsiyetlerin Eşitliği

Adaylar arasında her cinsiyetten asgari bir yüzde bulunmasını öngören yasal düzenlemeler, anayasal dayanakları bulunduğu sürece, eşit oy ilkesine aykırı olarak değerlendirilmemelidir.

3. Serbest oy ilkesi

3.1. Seçmenlerin düşünce oluşturma özgürlüğü

a. Devlet makamları tarafsızlık görevlerini yerine getirmelidir. Bu görev aşağıdaki konulara ilişkindir:

- i. basın;
 - ii. afiş;
 - iii. gösteri yapma hakkı;
 - iv. siyasi partiler ve adayların finansmanı.
- b. Devlet makamlarının bir dizi pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır, bunların yanı sıra bu makamlar:
- i. kendilerine ulaşan adaylıkları seçmenlere sunmak;
 - ii. seçmenlerin aday olan kişileri veya aday listelerini bilmelerini sağlamak, örneğin uygun postalama yoluyla.
 - iii. Yukarıda belirtilen söz konusu bilgiler ulusal azınlıkların kendi dillerinde de temin edilmelidir.
- c. Tarafsızlık görevinin ve seçmenlerin kanaat oluşturma özgürlüklerinin ihlali halinde uygulanmak üzere yaptırımlar uygulanmalıdır.
- 3.2. Seçmenlerin isteklerini açıklama özgürlükleri ve seçim hileleri ile mücadele
- i. Oy verme işlemleri basit olmalıdır.
 - ii. Seçmenlere seçim sandığının bulunduğu bir merkezde oy kullanma imkanı her zaman sunulmalıdır. Başka bir şekilde oy kullanma aşağıda belirtilen hallerde kabul edilebilir:
 - iii. Posta yoluyla oy kullanılmasına ancak posta hizmetlerinin tehlikesiz ve güvenilir olduğu yerlerde izin verilmelidir; posta yoluyla oy kullanma hakkı hastanede ve hapishanedeki kişiler veya hareket etme kabiliyeti azalmış olanlarla yurtdışında yaşayanlara hasredilebilir; bu konuda dolandırıcılık ve tehdit ile sindirmeye izin verilmemelidir.
 - iv. Elektronik ortamda oy verme ancak tehlikesiz ve güvenilir olduğunda kullanılmalıdır; özellikle seçmenler oylarının teyit edildiğine yönelik bir bildirim alma ve olumsuz bir durumun varlığı halinde düzeltme imkanına sahip olmalıdırlar, gerektiğinde seçimin gizliliği ilkesine uygun olmak şartıyla elektronik oy verme sistemi şeffaf olmalıdır
 - v. Vekalet yoluyla oy kullanma çok sıkı şartlara bağlanmalıdır; bir seçmenin sahip olabileceği vekaletname sayısı sınırlanmalıdır.
 - vi. Gezici oy sandıklarının kullanımı ancak katı koşullara bağlanmış, hile ve usulsüzlük riskleri bertaraf edilmiş hallerde mümkün olmalıdır.
 - vii. Seçim sonuçlarının doğruluğunun değerlendirilmesinde en az iki ölçüt kullanılmalıdır; kullanılan oyların sayısı ve seçim sandığındaki oy pusulaları.

viii. Oy pusulaları seçim sandığının bulunduğu yerdeki görevliler tarafından tahrif edilmemeli veya herhangi bir şekilde işaretlenmemelidir.

ix. Kullanılmamış oy pusulaları hiçbir şekilde seçim sandığının bulunduğu yer dışına çıkarılmamalıdır.

x. Seçim sandığının bulunduğu yerde siyasi parti temsilcileri de bulunmalı ve adaylar tarafından görevlendirilen gözlemcilerin oy kullanma ve sayım işlemleri sırasında hazır bulunmalarına izin verilmelidir.

xi. Askeri personel mümkün olduğu zamanlarda ikamet ettikleri yerlerde oy kullanmalıdırlar. Aksi takdirde, görev yerlerine en yakın seçim sandığına kaydolmaları tavsiye olunmaktadır.

xii. Oy sayma işlemi tercihen seçim sandığının bulunduğu yerlerde yapılmalıdır.

xiii. Oy sayma işlemi şeffaf olmalıdır. Gözlemciler, adayların temsilcileri ve basın bu esnada hazır bulunmalarına izin verilmelidir. Bu kişilerin ayrıca kayıtlara da ulaşabilmeleri gerekir.

xiv. Sonuçlar bir üst makama açık bir şekilde iletilmelidir.

xv. Seçimlerle ilgili her türlü hile ve dolandırıcılık, devlet tarafından cezalandırılmalıdır.

4. Gizli oy ilkesi

a. Seçimlerin gizliliği ilkesi, uyulmaması halinde içeriği ifşa edilen oy pusulasının geçersizliği ile cezalandırılması gereken, seçmen açısından sadece bir hak değil aynı zamanda bir görevdir.

b. Oy kullanma işlemi bireysel olmalıdır. Aile olarak oy kullanılması ve bir seçmenin diğer bir seçmenin üzerinde kontrole sahip olduğu diğer herhangi bir şekilde oy kullanma yasaklanmalıdır.

c. Fiilen oy kullanan/kullanacak kişilerin listesi açıklanmamalı/yayınlanmamalıdır.

d. Gizli oy ilkesinin ihlali yaptırıma tabi tutulmalıdır.

5. Doğrudan oy ilkesi

Aşağıda sayılanlar doğrudan oy ile seçilmelidir:

i. ulusal parlamentonun en az bir kanadı;

ii. ulus- altı (sub-national) yasama meclisleri¹⁰⁸;

iii. yerel yönetimler

¹⁰⁸ Ulus-altı yasama meclislerinden kasıt, kanton, eyalet ve bölge meclisleri gibi yer bakımından daha dar kapsamlı meclislerdir.

6. Seçimlerin sıklığı

Seçimler düzenli aralıklarla gerçekleştirilmelidir; bir yasama meclisinin görev süresi beş yıldan fazla olmamalıdır.

II. Kılavuz ilkelerin uygulama koşulları

1. Temel haklara saygı

a. Demokratik seçimler insan haklarına özellikle düşünce ve basın özgürlüğü, ülke içinde serbestçe hareket etme özgürlüğü, siyasi parti kurma dahil, siyasi amaçlı toplanma ve dernek kurma özgürlüğü gibi özgürlüklere saygı gösterilmeksizin gerçekleştirilemez.

b. Bu özgürlüklere getirilecek sınırlamalarda kanun dayanak alınmalı, kamu yararı ve oransallık ilkesi gözetilmelidir.

2. Seçim hukukunun düzenleme seviyesi ve istikrarı

a. Yürütmenin yasal düzenlemeleri içine dahil edilebilecek olan teknik ve ayrıntılı kurallar dışında, seçim hukuku ile ilgili yasal kurallar en azından kanun seviyesinde düzenlenmelidir.

b. Seçim hukukunun temel unsurları, özellikle seçim kanunu, seçim kurulu üyeliği ve seçim bölgelerinin sınırlarının belirlenmesi konularında seçimlerden en az bir yıl öncesinde değişiklik yapılmamalı ya da bu konular anayasal düzeyde veya olağan şekli kanunlardan daha üst seviyede düzenlenmelidir.

3. Usule ilişkin güvenceler

3.1. Seçim kurulları

a. Seçim kanununu uygulamakla görevli tarafsız bir organ bulunmalıdır.

b. İdare makamlarının siyasi iktidarı elinde bulunduran mercilerden bağımsız olmasına dair uzun süreli yerleşik bir gelenek bulunmadığında, ulusal düzeyden seçim sandıklarının bulundukları merkezlere kadar her düzeyde tarafsız, bağımsız seçim kurulları oluşturulmalıdır.

c. Merkezi seçim kurulu daimi olmalıdır.

d. Merkezi seçim kurulu aşağıda sayılan üyeleri içermelidir:

i. yargı organından en az bir üye;

ii. parlamentoda temsil edilen veya seçimlerde belirli bir yüzdenin üzerinde oy almış siyasi partilerin temsilcileri; bu kişiler seçim konularında ehil olmalıdır.

Kurul aşağıdaki üyeleri içerebilir:

iii. İçişleri Bakanlığından bir temsilci;

iv. ulusal azınlıkların temsilcileri.

- e. Siyasi partiler seçim kurullarında eşit bir şekilde temsil edilmeli veya sözü edilen tarafsız kurumun çalışmalarını gözlemleme imkânına sahip olmalıdır. Eşitlik, katı bir şekilde oransal olarak yorumlanmalıdır. (bakınız I.2.c.bb).
- f. Seçim kurullarının üyelerini atayan makamlar, bu üyeleri ihtiyari olarak görevden alma serbestisine sahip olmamalıdır.
- g. Seçim kurullarının üyeleri standart bir eğitimden geçirilmelidir.
- h. Seçim kurullarının kararlarının nitelikli çoğunluk veya oybirliği ile alınması arzu edilir.

3.2. Seçimlerin gözlemlenmesi

- a. Hem yurtiçinden hem de uluslararası gözlemcilerle seçimi gözlemleyebilme imkânı tanınmalıdır.
- b. Gözlem, oy kullanma günüyle sınırlanmamalı, adaylar ve gerekli olduğu hallerde, seçmenlerin kaydolma süreci ile seçim propagandasını da kapsamalıdır. Söz konusu gözlem, seçimlerin öncesi ve sonrası ile seçim gününde usulsüzlük veya düzensizliklerin meydana gelip gelmediğini belirlemeye elverişli olmalıdır. Oyların sayılması esnasında gözlem her zaman yapılabilmelidir.
- c. Gözlemcilerin hazır bulunmalarına izin verilmeyen yerler, kanunla açıkça belirtilmelidir.
- d. Seçimler üzerindeki gözlem faaliyetinin tarafsızlığı ilgili makamlar tarafından sağlanmalıdır.

3.3. Etkili bir temyiz yolu

- a. Seçimle ilgili konularda temyiz mercii bir seçim kurulu veya bir mahkeme olmalıdır. Parlamento seçimlerinde temyiz başvurusu ilk derece mercii olarak parlamentoya yapılabilir. Her durumda nihai temyiz mercii olarak mahkemeye başvuru mümkün olmalıdır.
- b. Usul işlemleri, özellikle temyiz başvurularının kabulüne yönelik olanlar basit olmalı ve formaliteden kaçınılmalıdır.
- c. Temyiz usulü ve özellikle farklı organların yetkileri ve sorumlulukları, (olumlu veya olumsuz) yetki çatışmalarının ortaya çıkmaması adına kanunla açık bir şekilde düzenlenmelidir. Temyiz başvurusunda bulunanlar ile seçim sürecinde yer alan kurumlar temyiz mercii seçme hakkına sahip olmamalıdır.
- d. Temyiz mercii, özellikle şu konular üzerinde karar vermeye yetkili olmalıdır: seçmen kütükleri dâhil olmak üzere oy kullanma hakkı, adaylıkların uygunluğu ve geçerliliği, seçim kampanyasının kurallara uygun şekilde gözlemlenmesi ve seçimin sonucu.

e. Temyiz mercii, kuraldışı uygulamalar ve düzensizliklerin seçim sonuçlarını etkilemesi halinde, seçimi geçersiz kılma yetkisine sahip olmalıdır. Seçimin bir bütün olarak iptal edilmesi veya sadece tek bir seçim bölgesinin veya tek bir sandık yerindeki sonuçların iptali mümkün olmalıdır. Geçersizlik/iptal halinde, söz konusu bölgede yeni bir seçime gidilmelidir.

f. Bütün adayların ve seçim bölgesinde kayıtlı bütün seçmenlerin, seçimle ilgili bir konuda temyiz başvurusunda bulunma yetkisi olmalıdır. Seçim sonuçlarına dair seçmenler tarafından yapılan bir temyiz başvurusu hakkında uygun bir çoğunluk aranabilir.

g. Temyiz başvurusunda bulunma ve başvurunun değerlendirilip karar bağlanma süresi kısa olmalıdır. (her ikisi için ilk derecede 3-5 gün).

h. Temyiz başvurusunda bulunan kişinin her iki tarafı da kapsayan bir duruşma talep hakkı saklı tutulmalıdır.

ii. Temyiz merciinin yüksek seçim kurulu olması durumunda, bu kurumun alt dereceli seçim kurullarının kararlarını değiştirmeye veya iptal etmeye re'sen yetkili olması gerekmektedir.

4. Seçim Sistemi

Yukarıda belirtilen ilkelere uygun olmak şartıyla herhangi bir seçim sistemi seçilebilir.



Araştırma Merkezi ürünleriyle ilgili görüş ve önerilerinizi iletmeniz hizmetlerimiz
kalitesinin yükseltilmesine katkı sağlayacaktır

iletisim.armer@tbmm.gov.tr

0312-4206666 – 03124206838