

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ
ANAYASAL BOYUTU VE TEMEL HAKLARIN
ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ ÖRNEĞİ**

**Hazırlayan
Kürşat AKÇA**

**Danışman
Doç. Dr. Hayri KESER**

Doktora Tezi

Şubat 2021, KAYSERİ

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ
ANAYASAL BOYUTU VE TEMEL HAKLARIN
ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ ÖRNEĞİ**

(Doktora Tezi)

**Hazırlayan
Kürşat AKÇA**

**Danışman
Doç. Dr. Hayri KESER**

Şubat 2021, KAYSERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Kürşat AKÇA



T.C.

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Öğrenci No : 4031561420
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Program Adı : Doktora
Tez Başlığı : Militan Demokrasi Anlayışının Anayasal Boyutu Ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Önsöz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam sayfalık kısmına ilişkin/...../20..... tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: %' dır.

Filtrelemeye **alıntılar dahil** edilmiştir. Filtrelemede **yedi (7) kelimedenden daha az** örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim./...../.....

Danışman: Doç. Dr. Hayri KESER

Öğrenci: Kürşat AKÇA

KILAVUZA UYGUNLUK

“Militan Demokrasi Anlayışının Anayasal Boyutu ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği” başlıklı doktora tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazm Kılavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Kürşat AKÇA

Danışman

Doç. Dr. Hayri KESER

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Doç. Dr. Cengiz GÜL

KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Doç. Dr. Hayri KESER danışmanlığında **Kürşat AKÇA** tarafından hazırlanan “**Militan Demokrasi Anlayışının Anayasal Boyutu ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında **Doktora** Tezi olarak kabul edilmiştir.

...../ / 2021

Danışman :

Üye :

Üye :

Üye :

Üye :

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

...../...../ 2021

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Kenan GÜLLÜ

ÖN SÖZ

“Militer Demokrasi Anlayışının Anayasal Boyutu ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği” isimli bu çalışma, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ile Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ortak Doktora Programı kapsamında hazırlanmış, 22.02.2021 tarihinde Prof. Dr. Cengiz GÜL, Doç. Dr. Hayri KESER, Doç. Dr. Müzeyyen Eroğlu DURKAL, Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU ve Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI’dan oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında emeği geçen isimler bulunmaktadır. Bu isimlere teşekkürü bir borç bilirim. Evvela çalışmanın ortaya çıkmasında ve yazım sürecinde şahsıma her zaman destek olan, yol gösteren ve uzunca bir süre beraber çalışmaktan onur ve mutluluk duyduğum danışmanım Doç. Dr. Hayri KESER’e, tezimi titizlikle okuyan ve yapıcı eleştirileriyle beni yönlendiren, değerli hocalarım Prof. Dr. Cengiz GÜL, Doç. Dr. Müzeyyen Eroğlu DURKAL, Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU ve Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI’ya; çalışmanın yurtdışı boyutuna ilişkin olarak, Almanya Saarland Üniversitesi’ne şahsımı davet eden ve 10 (on) ay boyunca üniversitenin tüm imkânlarından faydalanmamı sağlayan Prof. Dr. Jan Henrik KLEMENT’e teşekkür ederim. Ayrıca hem görev yaptığım İnönü Üniversitesi’nde hem de Erciyes Üniversitesi’ndeki hocalarıma ve arkadaşlarıma da desteklerinden dolayı teşekkür borçluyum.

Tez yazım sürecinde aramıza katılarak hayatımızı güzelleştiren kızım Nisan AKÇA’ya ve maddi ve manevi desteklerini benden hiçbir zaman esirgemeyen tüm aileme minnettarım. Teşekkür edilecekler arasında eşim, meslektaşım ve hayat arkadaşım Dr. Öğr. Üyesi Neslihan AKÇA’nın ayrı bir yeri bulunmaktadır. Bu meşakkatli ve uzun süreci benimle paylaştığı, desteğini benden hiçbir zaman esirgemediği ve daima yanımda durduğu için kendisine ne kadar teşekkür etsem azdır.

Kürşat AKÇA, Malatya, 2021

MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ ANAYASAL BOYUTU VE TEMEL HAKLARIN ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ ÖRNEĞİ

Kürşat AKÇA

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi, Şubat 2021

Danışman: Doç. Dr. Hayri KESER

ÖZET

Militan demokrasi anlayışı, Birinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan gelişmelerin akabinde ortaya çıkan bir demokrasi anlayışıdır. Demokrasinin, kendisini düşmanlarına karşı korumasını ifade eden bu anlayış, tarihi süreç içerisinde modern anlamına kavuşmuştur. Militan demokrasi anlayışı, her ne kadar günümüzde yaygın olarak benimsenen bir demokrasi anlayışı olsa da, kapsamı ve özellikleri bakımından tartışmalıdır. Tartışmalı olan bu demokrasi anlayışının uygulaması, geçmişten günümüze anayasalardaki düzenlemelerle olmuştur. Anayasalarda yer alan düzenlemeler militan demokrasi anlayışının anayasal boyutunu ifade etmektedir. Ancak bu düzenlemelerin ne olduğu noktasında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Buna karşılık değiştirilemez madde hükümleri, siyasi örgütlenme yasakları ve temel hakların etkisizleştirilmesi ittifakla kabul edilen militan demokrasi anlayışının anayasal örnekleridir. Bunlar arasında temel hakların etkisizleştirilmesi, sadece Federal Almanya Anayasası'nda düzenlenen ve bireyi muhatap alan spesifik bir kurumdur. Buna göre etkisizleşen bir temel hak sahibi, devletin müdahaleleri karşısında anayasal güvenceden yoksun kalmaktadır.

Militan demokrasi anlayışı ve temel hakların etkisizleştirilmesi örneği konusunu incelemeyi amaçlayan bu çalışmada militan demokrasi anlayışının tarihi ve teorik arka planı ile birlikte tanımı ve özellikleri konusu üzerinde durulmuştur. Diğer taraftan çalışmada doktrindeki görüşler ve anayasalardaki farklı düzenlemeler de tartışılarak militan demokrasi anlayışının anayasal tedbirleri tespit edilmiştir. Tespit edilen bu tedbirlerle birlikte örnek on farklı ülke anayasası militan demokrasi anlayışı açısından değerlendirilmiştir. Çalışmada ayrıca militan demokrasi anlayışının anayasal örneği olan temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun tüm usul, esas ve sonuçları ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Militan demokrasi, Demokrasinin korunması, Temel haklar, Siyasi parti yasakları, Temel hakların etkisizleştirilmesi

CONSTITUTIONAL ASPECT OF THE CONCEPT OF MILITANT DEMOCRACY AND THE CASE STUDY OF FORFEITURE OF BASIC RIGHTS

Kürşat AKÇA

**Erciyes University, Graduate School of Social Sciences
Ph. D Program Thesis, February 2021
Supervisor: Assoc. Prof. Hayri KESER**

ABSTRACT

Militant Democracy is a concept of democracy arising out of the emerging developments during the inter-war period. Relying on the idea that it is a must for democracy to protect itself against its enemies, this concept has gained a modern meaning in the historical process. Notwithstanding that the concept of militant democracy is a widely recognized and adopted concept of democracy in today's world, it is controversial in respect to its scope and its characteristics. Enforcement of this controversial concept of democracy has become possible with the constitutional regulations. The regulations in the constitutions express the constitutional aspect of the militant democracy. The unamendable provisions of the constitution, along with bans on political organizations and forfeiture of basic rights are the constitutional examples of the concept of concerted militant democracy. Among these, the forfeiture of basic rights is a specific organization, which has been enacted solely in the Constitution of Germany and which is directed onto the private individual.

Aiming at examining the concept of militant democracy and the case study of forfeiture of basic rights, this study dwells on the history and theoretical background of militant democracy, along with its definition and characteristics. On the other hand, the constitutional conducts of militant democracy are designated by discussing various regulations in the constitutions and the opinions in the doctrine. Also, the entire procedures, principles and results of forfeiture of basic rights, which is a constitutional example of the concept of militant democracy, and which is of importance in terms of basic rights regime, are set forth accordingly.

Keywords: Militant democracy, Protection of democracy, Basic rights, Political party bans, Forfeiture of basic rights

İÇİNDEKİLER

MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ ANAYASAL BOYUTU VE TEMEL HAKLARIN ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ ÖRNEĞİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK ONAYI	ii
KILAVUZA UYGUNLUK	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI.....	iv
ÖNSÖZ	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEORİK OLARAK MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

1.1. Terminoloji Sorunu	8
1.2. Militan Demokrasi Anlayışının Doğuşuna Zemin Hazırlayan Gelişmeler	13
1.2.1. İki Dünya Savaşı Arası Dönemde Liberal Demokrasilerin Çöküşü ve Diktatörlüklere Dönüşümü.....	13
1.2.1.1. Genel Olarak.....	13
1.2.1.2. İtalya ve Almanya Liberal Demokrasilerinde Doğan Diktatörlükler Örneği	15
1.2.2. Weimar Anayasası'nda Benimsenen Değer Göreceli Demokrasi Anlayışı	30
1.2.2.1. Değer Göreceli Demokrasi Anlayışı	30
1.2.2.2. Weimar Anayasası'nda Değer Göreceli Demokrasi Anlayışı ve Uygulaması	35
1.3. Militan Demokrasi Anlayışının Teorik Olarak Doğuşu	42
1.3.1. Genel Olarak.....	42
1.3.2. Militan Demokrasi Anlayışının Teorik Olarak Doğuşuna Katkı Sağlayan Doktrin Görüşleri	43
1.3.2.1. Karl Loewenstein.....	43
1.3.2.2. Karl Mannheim.....	50
1.3.2.3. Van den Bergh.....	52

1.3.2.4. Karl Popper.....	53
1.3.2.5. Carl Schmitt.....	55
1.4. Militan Demokrasi Anlayışına Yönelik Farklı Yaklaşımlar	56
1.4.1. Militan Demokrasi Anlayışını Reddeden Yaklaşım	56
1.4.2. Militan Demokrasi Anlayışını Sadece Geçiş Dönemine Özgü Gören Yaklaşım	58
1.4.3. Militan Demokrasi Anlayışının Varlığını Kabul Eden Yaklaşım	60
1.5. Militan Demokrasi Anlayışı	63
1.5.1. Tanımı.....	64
1.5.2. Temel Özellikleri.....	68
1.5.2.1. Anayasal Demokratik Düzeni Koruması.....	68
1.5.2.2. Anayasal Demokratik Düzenin Unsurlarını Kullanarak Demokrasiyi Yıkma İsteyenlerle Mücadele Etmesi	70
1.5.2.3. Demokrasi Düşmanlarıyla Anayasal-Yasal Bir Mücadele İçine Girmesi .	71
1.5.2.4. Önleyici Nitelikte Olması.....	72
1.5.2.5. Demokrasi Düşmanlarının Politik Katılım Haklarını ve/veya Onların Siyasi Karar Alma Sürecinde Bulunmalarını Sınırlaması	73
1.5.3. Demokrasiyi Savunmanın Sui Generis Boyutu Olarak Militan Demokrasi Anlayışı	74

İKİNCİ BÖLÜM

MİLTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ ANAYASAL BOYUTU

2.1. Militan Demokrasi Anlayışının Anayasalarda Yer Alması	77
2.2. Militan Demokrasi Anlayışının Anayasal Araçları	78
2.2.1. Genel Olarak.....	78
2.2.2. Doktrinde Militan Demokrasi Anlayışının Araçları.....	79
2.2.2.1. Karl Loewenstein'in Listesi	79
2.2.2.2. Markus Thiel'in Listesi	80
2.2.2.3. Diğer Yazarların Listeleri.....	81
2.2.3. Doktrinde İleri Sürülen Listelerde Yer Alan ve Militan Demokrasi Anlayışı İle Uyumsuz Araçlar	82
2.2.3.1. Direnme Hakkı	82
2.2.3.2. OHAL Kapsamındaki Tedbirler	83
2.2.3.3. Memurların Sadakat Yükümlülüğü	85
2.2.3.4. Ceza Hukuku Tedbirleri	85

2.2.3.5. Diğer Anayasal Araçlar	87
2.2.4. Çalışmada Esas Alınacak Militan Demokrasi Anlayışının Anayasal Araçları Listesi	87
2.2.4.1. Değiştirilemez Maddeler Hükmü	89
2.2.4.2. Siyasi Örgütlenmelere İlişkin Yasaklar	90
2.2.4.3. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi	93
2.3. Militan Demokrasi Anlayışına Günümüz Anayasalarından Örnekler.....	94
2.3.1. Federal Almanya Anayasası	96
2.3.1.1. Genel Olarak.....	96
2.3.1.2. Korunan Değer: Özgürlükçü Demokratik Temel Düzen.....	97
2.3.1.3. Özgürlükçü Demokratik Temel Düzeni Korumaya Yönelik Hükümler .	102
2.3.1.4. Değerlendirme	117
2.3.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası	122
2.3.2.1. Genel Olarak.....	122
2.3.2.2. Değiştirilemez Maddeler Hükmü	123
2.3.2.3. Örgütlenme Yasakları.....	124
2.3.2.4. Değerlendirme	142
2.3.3. Fransa Anayasası	146
2.3.3.1. Genel Olarak.....	146
2.3.3.2. Değiştirilemez Maddeler Hükmü	146
2.3.3.3. Örgütlenme Yasakları.....	147
2.3.3.4. Değerlendirme	149
2.3.4. İtalya Anayasası.....	149
2.3.4.1. Genel Olarak.....	149
2.3.4.2. Değiştirilemez Maddeler Hükmü	150
2.3.4.3. Örgütlenme Yasakları.....	151
2.3.4.4. Değerlendirme	153
2.3.5. Avusturya Anayasası	154
2.3.5.1. Genel Olarak.....	154
2.3.5.2. Değiştirilemez Maddeler Hükmü	156
2.3.5.3. Örgütlenme Yasakları.....	157
2.3.5.4. Değerlendirme	158
2.3.6. Portekiz Anayasası	159
2.3.6.1. Genel Olarak.....	159

2.3.6.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü	160
2.3.6.3. Örgütlenmelere İlişkin Yasaklar.....	161
2.3.6.4. Değerlendirme	162
2.3.7. Yunanistan Anayasası.....	162
2.3.7.1. Genel Olarak.....	162
2.3.7.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü	163
2.3.7.3. Örgütlenme Yasakları.....	163
2.3.7.4. Değerlendirme	164
2.3.8. Polonya Anayasası.....	164
2.3.8.1. Genel Olarak.....	164
2.3.8.2. Değiştirilemez Maddeler	165
2.3.8.3. Örgütlenme Yasakları.....	165
2.3.8.4. Değerlendirme	166
2.3.9. İspanya Anayasası	167
2.3.9.1. Genel Olarak.....	167
2.3.9.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü	168
2.3.9.3. Örgütlenme Yasakları.....	168
2.3.9.4. Değerlendirme	171
2.3.10. ABD Anayasası	172
2.3.10.1. Genel Olarak.....	172
2.3.10.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü	173
2.3.10.3. Örgütlenme Yasakları.....	174
2.3.10.4. Değerlendirme	176
2.4. Militan Demokrasi Anlayışının Uluslararası Boyutu	177
2.4.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Militan Demokrasi Anlayışı	178
2.4.1.1. Genel Olarak.....	178
2.4.1.2. AİHS 17. Madde Hükümü.....	182
2.4.1.3. AİHS 11. Madde Hükümü.....	185
2.4.2. Avrupa Birliği Antlaşması Kapsamında Militan Demokrasi Anlayışı	197
2.5. Militan Demokrasi Anlayışının Muhatabı Olarak Demokrasi Düşmanları Ve Bunların Tarihi Süreç İçerisindeki Değişimleri	200
2.6. Militan Demokrasi Anlayışının Kötüye Kullanılması.....	205

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ ANAYASAL BOYUTUNUN BİR ÖRNEĞİ OLARAK TEMEL HAKLARIN ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ

3.1. Etkisizleşme Kavramı.....	210
3.1.1. Etkisizleşmenin Anlamı.....	210
3.1.2. Terminoloji Sorunu.....	211
3.2. Militan Demokrasi Anlayışının Bir Aracı Olarak Temel Hakların Etkisizleştirilmesi.....	212
3.3. Federal Almanya Anayasası Yürürlüğe Girmeden Önce Temel Hakların Etkisizleştirilmesine Benzer Ve Öncül Nitelik Arz Eden Düzenlemeler.....	214
3.3.1. Genel Olarak.....	214
3.3.2. Almanya Anayasası Yürürlüğe Girmeden Önce Yürürlükteki Federal Almanya Eyalet Anayasalarındaki Düzenlemeler	216
3.4. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Federal Almanya Anayasası'nda Düzenlenme Süreci	218
3.5. Temel Hakların Etkisizleştirilmesinde Korunan Hukuki Yarar: Özgürlükçü Demokratik Temel Düzen	223
3.6. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Hükmünün Tipiklik Unsurları	224
3.6.1. Etkisizleştirme Hükmünde Muhatap	224
3.6.2. Etkisizleştirme Konusu Temel Haklar	226
3.6.3. Özgürlükçü Demokratik Temel Düzenle “Mücadele”	231
3.6.4. Temel Hakların Kötüye Kullanılması.....	232
3.6.5. Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Aradığı Ek Tipiklik Unsuru: Davalının Tehlikeliliği	234
3.7. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Davası	236
3.7.1. Yetkili Mahkeme	236
3.7.2. Dava Başvurusu	237
3.7.3. Ön Soruşturma (Vorverfahren).....	239
3.7.3.1. Genel Olarak.....	239
3.7.3.2. Başvurunun reddi kararı	239
3.7.3.3. Davanın Devam Ettirilmesi Kararı	240
3.7.4. Arama ve El koyma Kararı	240
3.7.5. Mahkemenin Esasa İlişkin Kararı.....	241
3.7.5.1. Ön İnceleme (Voruntersuchung) Kararı	241
3.7.5.2. Etkisizleştirme Kararı	242
3.8. Temel Hakların Etkisizleştirilmesinin Hukuki Sonuçları.....	246

3.8.1. Etkisizleştirilen Temel Hak ve Hak Sahibi Bakımından Sonuçları.....	246
3.8.2. Devletin Egemenlik Organları Açısından Sonuçları	248
3.8.2.1. Yasama Açısından Sonuçları.....	249
3.8.2.2. Yürütme Açısından Sonuçları	250
3.8.2.3. Yargı Açısından Sonuçları	253
3.9. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Federal Almanya Anayasası'ndaki Diğer Militan Demokrasi Anlayışı Araçlarıyla İlişkisi.....	253
3.10. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Uygulaması Ve Etkililiği.....	256
3.10.1. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Uygulaması	256
3.10.2. Temel Hakların Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Etkililiği.....	259
3.11. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Uygulanabilirliği.....	262
3.11.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Temel Hakların Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması	263
3.11.2. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Açısından Uygulanabilirliği	266
SONUÇ	268
KAYNAKÇA.....	277

SİMGELER ve KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AlmAny.	: Federal Almanya Anayasası
AlmAnyMahK.	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu
Any.	: Anayasa
AnyMahk.	: Anayasa Mahkemesi
Appl. No	: Application Number (Başvuru Numarası)
Art.	: Artikel (Madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bd.	: Band
bkz.,	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Federal Alman Anayasa Mahkemesi)
BVerfGE	: Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları)
C.	: Cilt
c.	: Cümle
çev.	: Çeviren
Diss.,	: Dissertation (Tez)
dn.	: Dipnot
E.	: Esas no
ed.	: Editör
eds.	: Editors (Editörler)
ECHR	: European Court of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)
ETA	: Euskadi Ta Askatasuna (Bask Yurdu ve Özgürlük)
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
FAP	: Freie Deutsche Arbeiterpartei (Özgür Alman İşçi Partisi)
GC	: Grand Chamber

GG	: Grundgesetz (Federal Almanya Anayasası)
HdbdDStR	: Handbuch des Deutschen Staatsrechts
hrsg.	: Herausgeber (Editör/Editörler)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar no
KPD	: Kommunistische Partei Deutschlands (Almanya Komünist Partisi)
m.	: Madde
N.	: Number (Sayı)
NL	: Nationale Liste (Ulusal Liste)
NPD	: Nationaldemokratische Partei Deutschlands (Almanya Ulusal Demokratik Parti)
OAKA	: Orta Asya ve Kafkasya Araştırmaları
OHAL	: Olağanüstü Hal
p.	: Paragraf
PKK	: Partîya Karkerên Kurdistanê (Kürdistan İşçi Partisi)
rn.	: Randnummer (Paragraf numarası)
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
SPK	: Siyasi Partiler Kanunu
SRP	: Sozialistische Reichspartei (Sosyalist Reich Partisi)
ss.	: Sayfa sayıları
TDK	: Türk Dil Kurumu
v.	: Versus (karşı)
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Çalışmanın konusu militan demokrasi anlayışının anayasal boyutu ve temel hakların etkisizleştirilmesi örneğidir.

Militan demokrasi anlayışı, 20. yüzyılın ikinci yarısının başlarında ortaya çıkan yeni bir demokrasi yaklaşımıdır. Bu anlayış Birinci Dünya Savaşı sonrasında demokrasi düşmanlarıyla mücadelede yetersiz kalan hatta onlara tolerans gösteren anayasal demokrasilere tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu anayasal demokrasiler, savunmasızlıkları ve toleranslarıyla totaliter diktatörlüklere zemin hazırlamış, akabinde ise ortaya çıkan bu diktatörlükler o demokrasilerin yıkılmasına sebep olmuşlardır. Dolayısıyla demokrasinin kendi kendisini ortadan kaldırdığı bir demokrasi paradoksu ortaya çıkmıştır. Bu paradoks, on üç yıllık sözde demokratik mücadeleyle iktidara gelmeyi başarabilen Nazi rejiminin propaganda bakanı Goebbels tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “*Ölümcül düşmanlarına kendisini yıkacak silahları sağlamak, demokrasinin en iyi şakalarından biri olarak anılacaktır.*”.

İki dünya savaşı arasında diktatörlüklerin, demokrasiler bünyesinde yükselmesine şahit birtakım teorisyenler ise, demokrasi düşmanlarıyla başta hukuki olmak üzere muhtelif yollarla mücadele edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Onlara göre özgürlük düşmanlarına özgürlük tanınmamalı, ateşe ateşle karşılık verilmelidir. Ancak bu şekilde demokrasinin kendi kendini yıkmasına sebep olan paradoksun acı sonuçlarının bir daha yaşanmaması temin edilmiş olunur. İşte militan demokrasi anlayışı, bu düşüncelerin bir sonucu olarak İkinci Dünya Savaşı’nın hemen öncesinde muhtelif yazarların katkısıyla teorik olarak ortaya çıkan bir demokrasi yaklaşımıdır.

Militan demokrasi anlayışı teorik olarak doğduktan sonra 1949 Federal Almanya Anayasası ile uygulamaya konulmuştur. Federal Almanya Anayasası’nı daha sonra diğer ülke anayasaları takip etmiştir. Militan demokrasi anlayışının uygulamaya geçişi, bu

anlayışın özelliklerini taşıyan tedbirlerin anayasalarda düzenlenmesi ile olmaktadır. Ancak bu tedbirlerin neler olduğu konusunda anayasalarda ya da ilgili mevzuatta açık ifadeler geçmemektedir. Doktrinde de bu konuda bir fikir birliği söz konusu değildir. Kimi yazarlar, demokrasiyi korumaya yönelik her türlü düzenlemeyi, militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirirken, kimi yazarlar daha sınırlı fakat birçoğu militan demokrasi anlayışı ile uyumsuz tedbirleri bu kapsama almaktadır. Bununla birlikte bu tedbirler arasında değiştirilemez maddeler hükmü ve siyasi örgütlenme yasaklarına ilişkin hükümlerin militan demokrasi anlayışının anayasal boyutu kapsamındaki tedbirler olduğu doktrinde genel kabul görmektedir. Gerçekten de söz konusu iki tedbir militan demokrasi anlayışının temel özelliklerini yansıtmaktadır. Militan demokrasi anlayışının anayasal aracı olarak değiştirilemez maddeler hükmü, demokrasi ilkesinin anayasa değişikliği yoluyla anayasadan kaldırılmamasını ifade etmektedir. Böylece demokratik usullerle yasal bir devrimin gerçekleşmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Siyasi örgütlenme yasakları ise, siyasi parti yasakları ve dernek yasaklarını kapsamaktadır. Özellikle modern demokrasilerin vazgeçilmez aygıtları olan siyasi partilere yönelik yasaklar, uygulamada yaygın olarak başvurulanan önemli bir militan demokrasi anlayışı aracıdır. Buna göre demokratik düzeni yıkmak ya da ona zarar vermek isteyen siyasi partilerin kapatılması öngörülmektedir. Hem değiştirilemez maddeler hükmüne hem de örgütlenme yasaklarına günümüzde birçok ülke anayasasında rastlanmaktadır. Bu tedbirlerin yer aldığı anayasalar militan demokrasi anlayışına sahip anayasalar olarak değerlendirilmektedir.

Bir anayasayı militan demokrasi anlayışına sahip anayasa yapan, değiştirilemez maddeler hükmü ve örgütlenme yasaklarının yanı sıra temel hakların etkisizleştirilmesi adlı başka bir anayasal tedbir de vardır. Bu tedbir örgütlenme yasaklarının aksine doğrudan bireyi muhatap almaktadır. Buna göre demokratik düzenle, temel hakları kötüye kullanarak mücadele eden bireyin söz konusu temel hakları anayasa mahkemesi tarafından etkisizleştirilmektedir. Temel hakların etkisizleştirilmesinin birey açısından en önemli sonucu bireyin kamu müdahalelerinde artık o hakkın anayasal güvencesinden faydalanamamasıdır. Ayrıca etkisizleştirilme kararının yasama, yürütme ve yargı açısından birtakım sonuçları bulunmaktadır. Yine kişiye etkisizleştirme kararıyla birlikte birtakım ilave yükümlülükler getirilebilmektedir. Temel haklara anayasa mahkemesi kararıyla müdahale edilmesini öngören bu tedbire uygulamada çok fazla

başvurulmamıştır. Ancak militan demokrasi anlayışı ve temel haklar açısından önem arz eden bu konu Alman Kamu Hukuku doktrinde sıkça tartışılmış ve konu üzerinde zengin bir literatür oluşmuştur.

Militan demokrasi anlayışı iki dünya savaşı arası demokrasilere bir tepki olarak ortaya çıksa da, bu anlayış savaş sonrası döneme ait dönemsel bir anlayış değildir. Zira tarihi süreç içerisinde demokrasi düşmanları demokrasilerin sunduğu özgür ortamda yükselmeyi her zaman başarabilmişlerdir. İnsan iradesini merkezine alan demokrasiler için bu kaçınılmaz bir olgudur. Kitleler siyasi ve içtimai gelişmelere bağlı olarak anti-demokratik rejimlerin peşinden sürüklenebilmekte, duygusal olarak manipüle edilebilmektedir. Dolayısıyla demokrasinin en büyük düşmanı yine her zaman demokrasinin kendisi olmaktadır. Bu tespitler yerleşmiş demokrasiler için dahi geçerlidir. Nitekim günümüzde demokrasi geleneğine sahip birçok ülkede aşırı sağ siyasi hareketlerin politik arenada yükseldikleri gözlemlenmektedir. Bu hareketler rahatça propaganda yapabilmekte, yerel ve ulusal meclise temsilcilerini sokmakta hatta hükümette yer alabilmektedir. Tüm bunlara paralel olarak demokrasinin korunması konusu da çok boyutlu olarak teori ve pratikte varlığını devam ettirmektedir. Dolayısıyla demokrasiyi korumanın çok özel bir görünümü arz eden militan demokrasi anlayışı ve bunun anayasal görünümü günümüzde de önemini korumaktadır.

Militan demokrasi anlayışının gerekliliği beraberinde bu anlayışın ne anlama geldiğinin tespitini zorunlu kılmaktadır. Militan demokrasi anlayışının ne anlama geldiği noktasında anayasa ya da yasalarda açıkça tanımlar yer almamakta, doktrinde de bu konuda tutarlı yaklaşımlar bulunmamaktadır. Çalışmada militan demokrasi anlayışını doğuran gelişmeler, teorisyenlerin görüşleri ve anlayışın uygulamaya geçişindeki temel hususlar dikkate alınarak bir militan demokrasi anlayışı tanımı ortaya konulmaya çalışılmış, yine bu tanımdan hareketle militan demokrasi anlayışının temel özellikleri tespit edilmiştir. Militan demokrasi anlayışının tanımı ve özelliklerinin yanı sıra uygulamadaki görünümünün kapsamı da doktrinde tartışmalıdır. Özellikle anayasalarda hangi tedbirlerin militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirileceği noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmada militan demokrasi anlayışının tespit edilen temel özellikleri dikkate alınarak bir araçlar listesi oluşturulmuş, böylece bir ülke anayasasının militan demokrasi anlayışına sahip olup olmadığı değerlendirmesinin yapılabilmesine zemin hazırlanmıştır.

Militan demokrasi anlayışının anlamı, özellikleri ve anayasal tedbirlerine ilişkin yapılan tespitler Türk Anayasa Hukuku açısından da önemlidir. Zira Türk Anayasa Hukuku doktrini ve uygulamasında özellikle siyasi parti yasakları çerçevesinde militan demokrasi anlayışı sıkça gündeme gelse de bu alan üzerinde çok fazla teorik çalışma neşredilmemiştir. Var olan çalışmalarda ise militan demokrasi anlayışı ekseriyetle demokrasiyi korumanın her türlü yolu olarak algılanmış, özellikle Türk hukuk uygulayıcılarının sorunlu uygulamaları nedeniyle kavrama karşı bir ön yargı oluşmuştur. Dolayısıyla çalışma ile Türk Anayasa Hukuku doktrinindeki söz konusu boşluğun doldurulması amaçlanmaktadır.

Militan demokrasi anlayışının anayasal tedbirlerinden biri olan temel hakların etkisizleştirilmesi, doğrudan kişileri muhatap alan spesifik bir kurumdur. Almanya'ya özgü olan bu kurum, hem militan demokrasi anlayışı açısından hem de temel hakların belirli bir prosedürle anayasa mahkemesi kararıyla kısıtlanması açısından demokrasiyi koruyan diğer tedbirlerden ayrılır. Türkiye'de yürürlükteki 1982 Anayasası'nın hazırlanış aşamasında gündeme gelen bu kurumla ilgili olarak Türk hukuk literatüründe etraflıca yapılmış herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. Çalışmada temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu usul, esas ve sonuçları itibarıyla incelenmiş olup, böylece bu çalışmayla Türk militan demokrasi anlayışı ve temel hak rejimi doktrinine katkı sağlanması hedeflenmektedir.

Çalışma bir takım ön kabul ve sınırlandırmaları barındırmaktadır. Uygulamanın etkisiyle birlikte tarihi süreç içerisinde modern anlamına kavuşan militan demokrasi anlayışı günümüzde demokrasinin korunmasına yönelik topyekûn bir savunmayı değil, demokrasinin belirli hususiyetler bağlamında hukuki yollarla korunmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla militan demokrasi anlayışı, demokrasiyi koruma zincirinin sadece bir halkası olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de demokrasi siyasi, toplumsal ve hukuki cephede farklı şekillerde koruma altına alınabilmektedir. Örneğin siyasi partilerin demokratik düzeni korumak adına gayri resmi bir andlaşmayla anti-demokratik partilerle tüm bağlantıları kestiği “cordon sanitaire” olarak adlandırılan uygulama demokrasinin siyasi yollardan korunması kapsamında zikredilebilir. Demokrasinin toplumsal yollarla korunmasına ise, başta faşizm olmak üzere anti-demokratik ideolojiler ve bu kapsamda kurulmuş yapılanmalara karşı uygulanan programlar, projeler ve sivil toplum örgütlenmelerinin faaliyetleri örnek olarak zikredilebilir. Demokrasinin hukuki yollarla

korunması ise, militan demokrasi anlayışı kapsamındaki tedbirlerin yanısıra ceza hukuku tedbirleri, idari tedbirler, OHAL tedbirleri gibi birçok hukuki yolla mümkün olabilmektedir. Militan demokrasi anlayışının sahip olduğu temel özellikler nedeniyle bu anlayış kapsamındaki hukuki tedbirler diğer hukuki koruma yollarından ayrılmaktadır. Bu çalışmada demokrasinin hukuken korunması kapsamı dışında kalan demokrasinin siyasi ve toplumsal yollarla korunmasına yer verilmemiştir. Demokrasinin militan demokrasi anlayışı dışında kalan hukuken korunması tedbirlerine ise sadece yeri geldiğinde değinmekle iktifa edilmiştir.

Çalışmada militan demokrasi anlayışının anayasal boyutu incelenmiştir. Diğer bir ifadeyle militan demokrasi anlayışının anayasalara nasıl yansıdığı yani militan demokrasi anlayışı kapsamında anayasalarda yer alan düzenlemeler ele alınmıştır. Bu kapsamda çalışmada militan demokrasi anlayışının anayasal tedbirleri tespit edilmiş ve akabinde bunlar örnek anayasalar çerçevesinde inceleme konusu yapılmıştır. Tespit edilen militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarından değiştirilemez maddeler ve siyasi örgütlenme yasakları ayrı birer tez konusu olacak nitelik ve niceliğe sahiptir. Özellikle siyasi örgütlenme yasakları kapsamında siyasi parti yasakları uygulamada en sık başvurulanan militan demokrasi anlayışı aracı olup teori ve pratiği ülkeden ülkeye göre değişkenlik gösteren oldukça kapsamlı bir kurumdur. Bu kurumların tafsillatlı incelenmesi çalışmamızın amacını ve hacmini aşacağından sadece bunların militan demokrasi anlayışının bir aracı olup olmadığının tespiti ve anayasalarda düzenleniş şekli ele alınmış olup, uygulama boyutuna ise yeri geldikçe değinilmiştir. Bu çerçevede çalışma giriş ve sonuç bölümleri hariç olmak üzere üç bölümden müteşekkildir.

Birinci Bölümde militan demokrasi anlayışının teorik boyutu ortaya konulmuştur. Bu bölümde ilk olarak terminoloji sorunu incelenmiş, militan demokrasi kavramı ve yerine kullanılan kavramlar değerlendirme konusu yapılmıştır. Akabinde ise militan demokrasi anlayışının doğuşunu hazırlayan nedenler irdelenmiştir. Çalışmada bu nedenler iki dünya savaşı arasında demokrasilerin savunmasızlığı ve Weimar Anayasası'nda benimsenen değer göreceli demokrasi anlayışı olmak üzere iki başlık altında ele alınmıştır. Söz konusu bu nedenlerin sonucunda militan demokrasi anlayışının teorik olarak ortaya çıkışı açıklanmıştır. Bu kapsamda başta militan demokrasi anlayışının fikir babası Loewenstein olmak üzere farklı yazarlar ve bu yazarların militan demokrasi anlayışının doğuşuna katkıda bulunan görüşleri ele alınmıştır. Militan

demokrasi anlayışının teoride ortaya çıkmasına neden olan bu görüşlerin aktarılmasının akabinde ise, geçmişten günümüze söz konusu anlayışa olan bakış açısı üç farklı başlık altında inceleme konusu yapılmıştır. Her ne kadar militan demokrasi anlayışı günümüzde genel kabul gören bir anlayış olsa da, bu anlayışı reddeden veya sadece geçiş dönemine özgü gören yaklaşımlar da bulunmaktadır. Militan demokrasi anlayışının teorik olarak doğuşu ve bu anlayışa bakış açısı aktarıldıktan sonra bu anlayışın tanımı yapılmış ve temel özellikleri tespit edilmiştir. Bu yapılırken militan demokrasi anlayışının doğuşundan günümüze özellikle uygulama ile değişen anlamı doktrindeki yazarların görüşleriyle birlikte dikkate alınmıştır.

Çalışmanın İkinci Bölümü militan demokrasi anlayışının anayasalardaki izdüşümüne yani anayasal boyutuna ilişkindir. Militan demokrasi anlayışının anayasal boyutu anayasalarda militan demokrasi anlayışının araçlarının bulunmasını ifade etmektedir. Bu araçların ne olduğu noktasında mevzuatlarda herhangi bir hüküm yer almazken doktrinde de tutarlı görüşler bulunmamaktadır. Çalışmanın İkinci Bölümünde doktrindeki farklı yazarların bu araçlara ilişkin görüşleri aktarıldıktan sonra anlayışın temel özellikleri dikkate alınarak bir araçlar listesi tespit edilmiştir. Yine İkinci Bölümde militan demokrasi anlayışının tespit edilen anayasal tedbirleriyle birlikte başta Almanya ve Türkiye anayasaları olmak üzere örnek on farklı ülke anayasası incelenmiş ve bu ülke anayasalarının militan demokrasi anlayışına sahip olup olmadıkları değerlendirme konusu yapılmıştır. İkinci Bölümde incelenen bir diğer mesele, militan demokrasi anlayışının uluslararası boyutudur. Bu başlık altında militan demokrasi anlayışının hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hem de AB Sözleşmeleri kapsamında nasıl karşılık bulduğu incelenmiştir. Böylece kavramın sadece ulusal hukukla sınırlı olmayan uluslararası düzeyde bir demokrasi anlayışı olduğu ortaya konulmuştur. Akabinde hem anayasal hem de uluslararası uygulamayla birlikte değişen ve genişleyen militan demokrasi anlayışının muhatapları konusu irdelenmiştir. İkinci Bölümün son kısmında militan demokrasi anlayışının uygulamasının kötüye kullanılması bahsi üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda militan demokrasi anlayışının, politik mücadelenin bir aracı haline gelebileceği tespit edilmiş ve doktrindeki görüşlerle birlikte çözüm önerileri ileri sürülmüştür.

Çalışmanın Üçüncü Bölümü militan demokrasi anlayışının anayasal boyutunun bir örneği olarak temel hakların etkisizleştirilmesi kurumuna ayrılmıştır. Bu kapsamda

etkisizleştirilmenin anlamı, kurumun tarihi gelişimi, usul ve şartları, sonuçları ve uygulamadaki görünümü inceleme konusu yapılmıştır. Temel hakların etkisizleştirilmesi Federal Almanya Anayasası'na özgü bir kurum olduğundan kurumun bu anayasada ihdas ediliş süreci incelenen ilk konu olmuştur. Akabinde kurumun militan demokrasi anlayışının bir aracı olma özelliği üzerinde durulmuştur. Devamı başlıklarda ise Federal Almanya Anayasası ve ilgili mevzuat kapsamında temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun nasıl işletileceğinin usul, esas ve sonuçları açıklanmıştır. Bölümün sonunda ise temel hakların etkisizleştirilmesinin diğer ülke anayasalarındaki benzer hükümlerle karşılaştırılması yapılmıştır. Temel hakların etkisizleştirilmesinin uygulaması çok fazla olmadığından bu kurum daha çok doktrinle şekillenmiştir. Dolayısıyla bu bölümde yargı kararlarının yanısıra Alman Kamu Hukuku doktrininin konuyla ilgili farklı görüşlerine yer verilmiştir.

Çalışmanın Sonuç kısmında ise konuyla alakalı tespitlerimiz, değerlendirmelerimiz ve çözüm önerilerimiz toplu bir şekilde aktarılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEORİK OLARAK MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

1.1. Terminoloji Sorunu

Militan demokrasi kavramı, 20. yüzyılda iki dünya savaşı arasında demokrasilerin diktatörlüklerce yıkılmasının akabinde savunulan yeni demokrasi anlayışını ifade etmek adına siyaset ve anayasa hukuku doktrini tarafından kabul edilen bir kavramdır. Militan demokrasi kavramını ilk defa kullanan ise Alman kamu hukukçusu Karl Loewenstein'dir¹. Loewenstein'a göre demokrasi genel olarak düşmanlarına karşı agresif, mücadeleci ve aktif bir tutum içerisinde bulunmalıdır. Yazara göre iki dünya savaşı arası dönemde özellikle Almanya'da Weimar Anayasasıyla benimsenen ve yıkıcı da olsa her türlü ideolojiye eşit şartlarda yarışma imkânı veren değer göreceliği (wertrelativismus) ya da değer tarafsızlığı (wertneutralität) demokrasi anlayışı terk edilmelidir. Zira yazara göre demokrasinin mevcut ilkeleriyle, düşmanlarını yenebileceğine dair inanç demokrasinin yıkımına neden olmaktadır. Dolayısıyla yazara göre demokrasinin geleceği için, bu temel ilkelerden taviz verilerek demokrasi düşmanlarıyla mücadele edilmelidir. Loewenstein işte bu demokrasi yaklaşımını vasıflandırmak için köken itibarıyla askeri bir

¹ Loewenstein ABD'de 1935 ve 1937 yıllarında The American Political Science Review dergisinde yayınlanan makale dizileriyle bu kavramı literatüre kazandırmıştır. Yazar "militan" kavramını ilk defa 1935 tarihinde yayınladığı *Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I – II* isimli makale dizisinde zikretmiştir. Bkz., Karl Loewenstein, "Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I", *The American Political Science Review*, 29/4 (1935): 580, 593; Ancak "militan demokrasi" kavramını asıl üne kavuşturan çalışması 1937 yılında yayınlanan iki bölümlük "Militant Democracy and Fundamental Rights" makalesi olmuştur. Zira bu makalesinde yazar demokrasinin militan olması gerektiğini ilk defa "militan demokrasi" kavramını kullanmak suretiyle ifade etmiştir. Söz konusu iki bölümlük çalışma için bkz., Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights I", *The American Political Science Review*, 31/3 (1937): 417-432 ve Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights II", *The American Political Science Review*, 31/4 (1937): 638-658.

kavram² olan ve *şiddet içerikli yöntemlere başvuran, mücadele eden, savaşan* gibi anlamlara gelen “militan” kavramını tercih etmiştir³. Militanlaşan demokrasi anlayışı kendisine zarar vermeye ya da kendisini ortadan kaldırmaya yönelik demokrasi düşmanlarının temel haklarına ve politik alandaki hareketliliğine karşı aktif, agresif, müdahaleci bir pozisyonundadır⁴. Loewenstein’in bu demokrasi anlayışını ifade etmek için köken itibarıyla askeri bir kavram olan “militan” ifadesini tercih etmesinin sebebinin, o dönem demokrasi düşmanlarının oluşturduğu tahribata bizzat şahit olmasında aramak gerekir.

Loewenstein, demokrasinin militan olması gerektiğini ifade etmek amacıyla militan demokrasi kavramını kullanmakla birlikte militan demokrasi anlayışının doğuşu ve gelişiminde ayrı bir yere sahip olan Almanya’da ve Almanca literatürde militan demokrasi kavramı yerine birçok alternatif kavram kullanılmıştır. Bu alternatif kavramların başında militan demokrasi anlayışının teorisyenlerinden olan Karl Mannheim’ın İngilizce yazdığı bir eserin Almanca çevirisinde geçen “streitbare demokratie” (mücadeleci demokrasi) kavramı gelmektedir⁵. Bu kavram “militant democracy” kavramının karşılığı olarak bugün Alman hukuk teori ve uygulamasında

² Militan kelimesi Latince’de “asker olarak hizmet etmek” anlamına gelen “militate, militare” ve bu fiillerin “asker, piyade,” anlamlarındaki isim hali olan “miles, militis” ifadelerinden türetilmiştir. Bkz., Michiel de Vaan, *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages* (Leiden-Boston: Brill Publ., 2008), 379.

³ Oxford-Lexico sözlüğüne göre “militant” kavramı, “siyasi veya sosyal bir amacı desteklemek için yüzleşme veya şiddet içeren yöntemleri tercih eden” anlamına gelmektedir. Bkz., Oxford Lexico Online Dictionary, (Oxford University Press, 2019), “Militant”, <https://www.lexico.com/definition/militant>; Cambridge Sözlüğünde ise “militant” kavramı, “aktif, kararlı ve sık sık güç kullanmaya istekli” anlamlarına gelmektedir. Bkz., Cambridge Online Dictionary, (Cambridge Online Sözlük: Cambridge University Press, 2019), “Militant”, <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/militant>; TDK sözlüğünde ise militan ifadesi “Bir düşüncenin, bir görüşün başarı kazanması için savaşan, mücadele eden kimse”; “bir siyasal örgütün etkin üyesi”; “mücadelesini zor kullanarak ve yasa dışı yollarla yapan taraftar.” olarak tanımlanmaktadır. Bkz., TDK Güncel Türkçe Sözlük, (TDK Online Sözlük: Türk Dil Kurumu, 2019), “Militan”, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴ Militan demokrasi anlayışı demokrasi düşmanlarına olabildiğince müdahale eden bir demokrasi anlayışı değildir. Aşağıda da tafsilatlı bir şekilde değinileceği üzere kendi içerisinde bir takım özellikleri bulunan, sınırlı bir müdahaleciliği öngörür.

⁵ Bu kavram Karl Mannheim’ın 1943 yılında kaleme aldığı “Diagnosis of Our Time” adlı İngilizce eserin 1951 tarihli Almanca çevirisinde kullanılmıştır. Bkz., Karl Mannheim, *Diagnose Unserer Zeit*, çev. Fritz Blum (Zürich-Wien-Konstanz: Europa Verlag, 1951), 13; Eserin İngilizce aslında ise Loewenstein’in “militant democracy” kavramı kullanılmaktaydı. Bkz., Karl Mannheim, *Diagnosis of Our Time* (London: Kegan Paul and Co., Ltd., 1943), 4; Kavramın ilk kez kullanımı ile ilgili bkz., Uwe Backes, *Schutz des Staates* (Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1998), 44.

genel kabul görmüştür⁶. Almanca’da “streitbare demokratie” (mücadeleci demokrasi) ifadesinin yanında militan demokrasi anlayışını ifade etmek üzere *wachsame demokratie*⁷ (tetikte demokrasi), *abwehrbereite demokratie*⁸ (karşı koymaya hazır demokrasi), *verteidigungsbereite demokratie*⁹ (savunmaya hazır demokrasi), *wehrhafte demokratie*¹⁰ (müstahkem demokrasi), *wertgebundene demokratie*¹¹ (değerlere bağlı demokrasi) ve az

⁶ Alman doktrininde söz konusu kavramı kullanan yazarlardan birkaçı için bkz., Andreas Sattler, *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982); Kathrin Groh, “Zwischen Skylla und Charybdis: Die Streitbare Demokratie”, in *Weimars lange Schatten – Weimar als Argument nach 1945*, hrsg., Christoph Gusy, (Baden-Baden: Nomos, 2003), 425-454; Hans-Jürgen Papier und Wolfgang Durner, “Streitbare Demokratie”, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, hrsg., Peter Badura, Udo di Fabio und Gerhard Robbers, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003); Isabelle Canu, *Der Schutz der Demokratie in Deutschland und Frankreich* (Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1997), 192-193; Gereon Flümann, *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten* (Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2015); Eckart Bulla, “Die Lehre von der streitbaren Demokratie: Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98/3 (1973): 340-360; Alman Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında militan demokrasi anlayışını ifade etmek için *streitbare demokratie* (mücadeleci demokrasi) ifadesini sıkça kullanmıştır. Bu yöndeki kararlardan bazıları için bkz., BVerfGE 5, 85, p. 246, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, E.T. 20.12.2019; BVerfGE 25, 44, p. 48, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv025044.html>, E.T. 20.12.2019; BVerfGE 25, 88, p. 28, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv025088.html>, E.T. 21.12.2019; BVerfGE 28, 36, p. 51, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv028036.html>, E.T. 21.12.2019; BVerfGE 28, 51, p. 15, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv028051.html>, E.T. 21.12.2019; BVerfGE 30, 1, p. 90, 93, 151, 152, <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv030001.html>, E.T. 22.12.2019.

⁷ Ulrich Scheuner, *Grundfragen des modernen Staates*, in: *Recht - Staat - Wirtschaft*, Hrsg. Hermann Wandersleb, Edition 3, 1951, 140 (Aktaran: Markus Thiel, “Zur Einführung: Die „wehrhafte Demokratie“ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung Wehrhafte Demokratie”, in *Wehrhafte Demokratie*, hrsg., Markus Thiel, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 5, dn 14).

⁸ Walter Schmitt Glaeser, *Mißbrauch und Verwirkung der Grundrechte im politischen Meinungskampf* (Bad Homburg-Berlin-Zürich: Verlag Gehlen, 1968), 31, 38.

⁹ Bernd Grzeszick, “GG Art. 20”, in *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar Band III Art. 17-28*, hrsg., Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz und Hans H. Klein, (München: Verlag C. H. Beck, 2020), rn. 29.

¹⁰ Hermann Jahrreiß, “Demokratie. Selbstbewußtheit - Selbstgefährdung – Selbstschutz (Zur deutschen Verfassungsproblematik seit 1945)”, *Festschrift Richard Thoma zum 75. Geburtstag am 19. Dezember 1949 - J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)*, (1950): 88; Markus Thiel ve diğer yazarlar, *Wehrhafte Demokratie*, hrsg. Markus Thiel, Mohr Siebeck, Tübingen 2003; Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında *wehrhafte demokratie* (müstahkem demokrasi) ifadesini tek başına ya da *streitbare demokratie* ifadesi ile birlikte zikrettiği görülmektedir. Mahkemenin bu yöndeki kararlarından birkaçı için bkz., BVerfGE 39, 334, p. 39, 96, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039334.html>, E.T. 25.01.2020; BVerfG, 17.01.2017 - 2 BvB 1/13, p. 418, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/01/bs20170117_2bvb000113.html, 22.01.2020.

¹¹ Reiner Tillmans, “Wehrhaftigkeit durch Werthaftigkeit - der ethische Grundkonsens als Existenzvoraussetzung des freiheitlichen Staates”, in *Wehrhafte Demokratie*, hrsg., Markus Thiel, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 40; Alman literatürde militan demokrasiyi ifade etmek üzere tercih edilen *wertgebundene demokratie* (değerlere bağlı demokrasi) ifadesine ayrı bir parantez açmak gerekir. İki dünya savaşı arasında Almanya’da yürürlükte olan Weimar Anayasası’nın öngördüğü demokrasinin herhangi bir değere bağlı kalmadığı, tüm değerlere (ideolojilere, inançlara vs.) tarafsız kaldığı kabul edilmiştir. Hitler’in iktidara gelişinde etkili olan bu yaklaşıma tepki olarak yürürlükteki

tercih edilse de İngilizce aslına uygun olarak *militante democratie* (militan demokrasi)¹² gibi farklı alternatifler kullanılmaktadır¹³. Diğer taraftan İngilizce literatürde de militan demokrasi kavramı yerine *self-defending democracy*¹⁴ (kendini savunan demokrasi), *fighting democracy* (mücadeleci demokrasi), *defensive democracy* (savunmacı demokrasi), *capable of defending itself*¹⁵ (kendini savunabilen demokrasi) gibi alternatif kavramların kullanıldığı görülmektedir¹⁶.

Almanca ve İngilizce literatürde militan demokrasi anlayışını ifade etmek için “militan” kavramının yerine kullanılan alternatif kavramlar “militan” ifadesine nispeten daha az saldırgan, daha az agresif ve savunmacı bir anlam ifade etmektedir¹⁷. Bunun temelinde ise anayasal demokrasiyi korumak adına temel haklara ve demokratik kurumlara sürekli, orantısız ve yersiz müdahalelerde bulunulmaması düşüncesinin yattığı savunulabilir. Ancak niteleyici kelimeler arasındaki bu anlama yönelik farklılığın bahsi geçen demokrasi anlayışını yansıtırma noktasında bir farklılığa neden olduğu

Almanya Anayasası’nın öngördüğü demokrasi anlayışının wertgebundene demokratie (değerlere bağlı demokrasi) olduğu kabul edilmektedir. Buna göre değerlere bağlı demokrasi, anayasal demokrasinin demokrasiyle doğrudan veya dolaylı ilişkili bir takım ilkeleri benimsemesini öngörür. Nitekim modern anayasaların bir kısmında bu ilkeler değiştirilemez maddeler hükmüyle korunmaktadır. Ancak değerlere bağlı demokrasi militan demokrasi kavramının taşıdığı anlamı tam olarak karşılamamaktadır. Zira militan demokrasi anlayışı aşağıda görüleceği üzere sadece bir demokrasi ilkelerinin benimsenmesini değil aynı zamanda bunların demokrasi düşmanlarına karşı aktif korunmasını da öngörür.

¹² Günter Dürig und Hans H. Klein, “GG Art. 18”, in *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar Band III Art. 17-28*, hrsg., Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz, Hans H. Klein, (München: Verlag C. H. Beck, 2018), rn. 10.

¹³ Bkz., Sattler, *Die rechtliche Bedeutung*, 8; Markus Thiel, “Germany”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 109; Benyamin Neuberger, “Israel”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 184; Thiel, “Zur Einführung”, 5; Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 192; Martin Kutscha, *Verfassung und streitbare Demokratie* (Köln: Pahl-Rugenstein Verlag, 1979), 26; Anna Katharina Struth, *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung* (Heidelberg: Springer, 2019), 50 dn. 92.

¹⁴ Neuberger, “Israel”, 183; Franca Feisel, “Is the spectre of Weimar still haunting?: ‘Militant democracy’ and party proscription in contemporary Germany”, *MaRBL Research Papers*, 3 (2017): 5.

¹⁵ Miles Roger Maftan, “Fighting Fire with Fire: A Normative Exploration of the Militant Democracy Principle” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Central European University Department of Political Science, 2018), 16.

¹⁶ Neuberger, “Israel”, 183-184.

¹⁷ Bastiaan Rijpkema, *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*, çev. Anna Asbury (London and New York: Routledge, 2018), 10; Doktrinde söz konusu alternatifler ile militan demokrasi kavramı arasında semantik olarak bir farklılık olduğunu söyleyen yazarlar da vardır. Bu yönde bkz., Martin Klamt, “Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions”, in *Explorations in Legal Cultures*, eds. Fred Bruinsma and David Nelken, (Gravenhage: Reed Business BV, 2007), 133, dn. 2; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 100 dn. 393.

söylenemez¹⁸. Örneğin, militan demokrasi anlayışı ile mücadeleci ya da savunmacı demokrasi anlayışı arasında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Gerçekten de kavramların arka planda temsil ettikleri amaç hepsinde aynıdır. Bu amaç aşağıda da görüleceği üzere belirli prensipler üzerinde demokrasiyi, demokrasi düşmanlarına karşı korumaktır.

Türk hukuk ve siyaset bilimi literatüründe ise militan demokrasi anlayışını ifade etmek amacıyla özellikle iki kavram ön plana çıkmıştır. İlk ve yaygın olan, İngilizce “militant democracy” ifadesinin aynıyla benimsenerek “militan demokrasi” olarak kullanılmasıdır¹⁹. Diğer taraftan Türk literatüründe Almanca “streitbare demokratie” ifadesinin karşılığı olarak “mücadeleci demokrasi” kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Mücadeleci demokrasi kavramının benimsenmesinde “militan” ifadesinin uyandırdığı olumsuz çağrışım ve bunun demokrasiyle uyumsuzluğu gerekçe gösterilmiştir²⁰. Ancak belirtmek gerekir ki militan kavramı yerine tercih edilen mücadele kavramı da “zorlu çaba, savaş” gibi anlamlara gelmekte²¹ ve söz konusu yaklaşım çerçevesinde demokrasi kavramıyla çok uyumlu gözükmemektedir. Diğer taraftan militan demokrasi kavramı, Loewenstein’dan günümüze vasıflandırdığı demokrasi anlayışı ile kalıplaşmış, evrensel bir terim haline gelmiştir²². Bu sebeple Türkçe yayınlanan akademik çalışmaların ekseriyetinde olduğu gibi, bu çalışmada da kavram birliği oluşturmak açısından evrensel ve yaygın kullanımına sadık kalınarak “militan demokrasi” ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁸ Flümann, *Streitbare Demokratie*, 100 dn. 393.

¹⁹ Militan demokrasi kavramının kullanıldığı Türkçe çalışmalar için bkz., Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000); Adnan Küçük, *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar* (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005), 17 vd..

²⁰ Oktay Uygun, “Mücadeleci Demokrasi ve Siyasal Partilerin Kapatılması”, içinde *Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları*, ed., Ulrike Dufner, (İstanbul: Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2008), 8; Sebahattin Nal, *Demokratik Toplum Düzeni ve Parti Yasakları* (İstanbul: Gündoğan Yayınları, 2016), 167; Hiçbir kavramın kendisini olumsuzlayan başka bir kavramla birlikte kullanıldığında kendi anlam bütünlüğünü koruyamayacağı ve sonuçta her iki kavramın da anlamsızlaşacağı bu yüzden Militan Demokrasi kavramının, esas itibarıyla semantik (anlambilimsel) açıdan çelişkili bir olduğu yönünde bkz., Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasal Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, 64.

²¹ TDK sözlüğünde mücadele kavramı “Birbirlerine isteklerini kabul ettirmek için iki taraf arasında yapılan zorlu çaba, savaş.” olarak tanımlanmaktadır. Bkz., TDK Güncel Türkçe Sözlük, (TDK Online Sözlük: Türk Dil Kurumu, 2019), “Mücadele”, <https://sozluk.gov.tr/>.

²² Klamt, “Militant Democracy”, 133, dn. 2; Rijpkema, *Militant Democracy*, 10; Markus Thiel, “Comperative Aspects”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 383.

1.2. Militan Demokrasi Anlayışının Doğuşuna Zemin Hazırlayan Gelişmeler

Militan demokrasi anlayışı, Birinci Dünya Savaşı sonrası liberal demokrasilerin çöküşüne giden sürecin sonunda ortaya çıkmıştır. Bu süreç genel olarak değerlendirildiğinde militan demokrasi anlayışının doğuşuna zemin hazırlayan iki temel sebepten bahsedilebilir. Bunlardan ilki genel olarak başta İtalya ve Almanya olmak üzere liberal demokrasilerin bünyesinde ortaya çıkan diktatörlükler ve demokrasilerin bu diktatörlüklere karşı savunmasızlığıdır. Bir diğer sebep ise özel olarak Birinci Dünya Savaşı sonrası Almanya’da Weimar Anayasası’yla benimsenen ve demokrasi düşmanları da dahil olmak üzere her türlü görüşe eşit mesafede yaklaşılmasını öngören demokrasi anlayışıdır. Genel ve özel nitelikli bu iki sebep mevcut demokrasi anlayışının sorgulanmasına ve yeni demokrasi anlayışı arayışlarına neden olmuş; nihayetinde bir çözüm, bir tepki olarak militan demokrasi anlayışı ortaya çıkmıştır²³.

1.2.1. İki Dünya Savaşı Arası Dönemde Liberal Demokrasilerin Çöküşü ve Diktatörlüklere Dönüşümü

Militan demokrasi anlayışının doğuşuna sebep hazırlayan gelişmelerden ilki genel bir sebep olarak iki dünya savaşı arası demokrasilerde ortaya çıkan diktatörlüklerdir. Bu diktatörlüklerin özelliği demokratik kurum ve araçları kullanarak muktedir olmalarıdır. Özellikle Almanya ve İtalya’da Hitler ve Mussolini rejimleri bu tür diktatörlüklerin tipik örnekleri olmuşlardır²⁴.

1.2.1.1. Genel Olarak

20. yüzyılın ilk çeyreği, başta Avrupa olmak üzere dünya genelinde demokratikleşme hamlelerinin yaygınlaştığı dönem olmuştur. Özellikle Birinci Dünya Savaşı ile bu hamleler hız kazanmıştır. Birçok ülke savaşın izlerini demokratikleşme hamleleriyle silmeye çalışmıştır. Asırlara dayanan monarşilerin yerini artık her geçen gün gelişen demokratik kurumlar almıştır²⁵. Kuvvetler ayrılığı, düzenli aralıklarla yapılan

²³ Flümman, *Streitbare Demokratie*, 93, 97; Shlomo Avineri, “Introduction”, in *Militant Democracy*, ed. Andras Sojo, (Utrecht: Eleven International Publishing, 2004), 1.

²⁴ Joost Augusteijn, Constant Hijzen and Mark Leon de Vries, “Introduction: Democracy, the Nation State, and Their Adversaries”, in *Historical Perspectives on Democracies and their Adversaries*, eds. Joost Augusteijn, Constant Hijzen and Mark Leon de Vries, (Amsterdam: Palgrave Macmillan, 2019), 5; Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 42.

²⁵ Michael Mann, *Fascists* (New York: Cambridge University Press, 2004), 37.

seçimler, gittikçe tabana yayılan oy hakkı, farklı ideolojilerin siyasi parti örgütlenmeleri ve bunların seçim yarışları, seçilmiş temsilcilerden oluşan devlet kurumları, anayasalarda teminat altına alınan ve genişleyen temel hak katalogları o dönem demokrasilerin ve yeni devlet düzenlerinin belirgin özellikleri olmuştur. Huntington bu demokrasiye olan yönelişı birinci demokratikleşme dalgası²⁶ olarak ifade etmektedir²⁷. Ancak bu demokratikleşme dalgası kısa süre sonra yine Huntington'un deyimiyle ters dalgaya sebep olmuştur²⁸. Gerçekten İtalya, Almanya, İspanya, Japonya ve benzeri birçok devletin yeni demokratik rejimleri; siyasi, ekonomik, sosyolojik birçok faktörün etkisiyle anti demokratik bir çizgiye doğru kaymaya başlamıştır. Bu eksen kayması daha çok yasama, yürütme ve hatta yargının tek elde toplandığı otokratik rejimlerin doğması şeklinde tezahür etmiştir²⁹. Bu otokratik rejimler özellikle İtalya ve Almanya'da daha da ileriye giderek faşist ve Nasyonal Sosyalist diktatörlüklere dönüşmüştür.

İki dünya savaşı arasında ortaya çıkan diktatörlükler, militan demokrasi anlayışının doğmasına neden olan en büyük etkenlerden biri olmuştur. Zira söz konusu diktatörlükler; monarşik, oligarşik ya da demokratik olmayan diğer rejimlerin değil doğrudan demokratik rejimlerin içinden çıkmıştır. Bunda o dönemin demokrasilerinin kendini düşmanlarına karşı koruma konusundaki zayıflığı etkili olmuştur³⁰. Söz konusu demokrasilerde anti demokratik hareketlerin liberal demokrasi anlayışı içerisinde düzeleceğine dair yaygın bir inanç hâkim olmuş ancak antidemokratik hareketler bu

²⁶ Huntington, demokratikleşme dalgasını, demokratik olmayan devletlerden demokrasiye olan geçişlerin olduğu ve bu geçişlerin tam tersi durumdan fazla olduğu dönemleri ifade etmek için kullanmaktadır. Yazara göre modern dünyada 3 (üç) demokrasi dalgası gerçekleşmiş ve bunların ilk ikisini ters dalga yani demokrasiden anti-demokratik yönetimlere geçişlerin çoğunlukta olduğu dönemler takip etmiştir. İlk demokratikleşme dalgası (1828-1926) ABD'de yetişkin erkeklerin %50 sine oy hakkı verilmesi ve halk tarafından seçilen bir yürütme organının mevcut olmasıyla 1928 yılında başlamıştır. Bu ilk dalgayı 1922 yılında Mussolini'nin Roma yürüyüşüyle iktidarı ele geçirmesiyle başlayan ters dalga (1922-1942) takip etmiştir. İkinci demokratlaşma dalgası (1943-1962), İkinci Dünya Savaşının sona ermesiyle müttefik devletlerce işgal edilen ülkeler ile Türkiye ve Yunanistan gibi ülkelerin demokratikleşmesiyle başlayan ve 1960'ların başlangıcına kadar devam eden kısa bir demokratlaşma sürecini ifade etmektedir. Bu demokratikleşme dalgasını 1960'lı yıllardan itibaren latin Amerika ülkelerinde demokratikleşme çabalarının başarısızlıkla sonuçlanması ve sömürgeci kurtulan ülkelerin diktatörlüklere yönelmesiyle (1958-1975) ikinci ters dalga takip etmiştir. Üçüncü demokratikleşme dalgası ise 1974 yılında Portekiz'de diktatörlüğün sona erişiyile başlayıp halihazırda devam eden demokratikleştirme dönemini ifade etmektedir. Bkz., Samuel Phillips Huntington, *Üçüncü Dalga – Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, çev. Ergun Özbudun (Ankara: Yetkin Yayınları, 1991), 10-22.

²⁷ Huntington, *Üçüncü Dalga*, 13-14.

²⁸ Huntington, *Üçüncü Dalga*, 14-15.

²⁹ Mann, *Fascists*, 38-39.

³⁰ Svetlana Tyulkina, *Militant Democracy - Undemocratic Political Parties and Beyond* (London and New York: Routledge, 2015), 18.

durumu kötüye kullanmış ve böylece otokratik devletler hatta totaliter diktatörlüklere varan rejimler doğmuştur. Bu rejimlerin ortaya çıkış sürecinde ilk merhalede zora ve güce başvurulmamış, demokrasinin çizdiği kurallar çerçevesinde hareket edilerek, demokrasi adeta bir sıçrama tahtası olarak kullanılmıştır.

1.2.1.2. İtalya ve Almanya Liberal Demokrasilerinde Doğan Diktatörlükler Örneği

İtalya ve Almanya 19. yüzyılda Avusturya İmparatorluğundan ayrılarak ayrı bağımsız birer devlet olarak kurulmuşlardır. Kurulan bu yeni devletler mutlak monarşiye dayanan tarihlerini bir kenara bırakarak anayasal (meşruti) monarşiye ve demokrasiye geçiş yapmışlardır. Söz konusu devletler Birinci Dünya Savaşı sonrasında demokrasilerini liberal çizgide devam ettirmek istemiş, ancak savaş sonrası her iki ülkede demokrasinin sürdürülebilirliği kolay olmamıştır. Zira Birinci Dünya Savaşının yarattığı toplumsal ve ekonomik tahribat, demokrasinin sağlıklı işleyişini engellemiştir. Toplumun huzursuzluğu zamanla bir başkaldırıya, başkaldırı ise demokrasi düşmanlığına dönüşmüştür. Bu demokrasi düşmanlığı ise İkinci Dünya Savaşı'na kadar sürecek olan İtalya'da Mussolini, Almanya'da ise Hitler diktatörlüğünün doğmasına neden olmuştur. Bu diktatörlüklerin doğuşunda etkili olan ekonomik, siyasi, sosyolojik birçok faktörün yanında benimsenen anayasal demokrasi anlayışı ve bunun uygulamasının da etkili olduğu yadsınamaz. Gerçekten de her iki ülkede de demokrasi, kendisine düşman olan değerlere karşı harekete geçecek anayasal araçlardan yoksun kalmış ve böylece kendi bünyesinde aşırılıkçı rejimlerin doğmasına zemin hazırlamıştır.

1.2.1.2.1. İtalya ve Mussolini'nin Faşist Diktatörlüğünün Doğuşu

19. yüzyılda Avusturya İmparatorluğundan ayrılarak bağımsız bir devlet olan İtalya, 1848 yılında yürürlüğe giren Anayasasıyla meşruti monarşiyle yönetilen bir ülke olmuştur. 1848 İtalyan Anayasası'nda³¹ önemli demokratik düzenlemeler yer almıştır. Söz konusu Anayasada kralın, yasama ve yürütme üzerinde önemli yetkileri olsa da

³¹ 1848 İtalya Anayasası, "Statuto Albertino" olarak da bilinmektedir. İlk olarak İtalya içerisinde Sardinya Krallığı'nda 1848 yılında yürürlüğe giren anayasa 1861 yılında tüm İtalya Krallığı'na teşmil edilmiştir. Geçiş hükümleriyle birlikte 84 maddeden oluşan anayasa, 1948 yılına kadar İtalya'da yürürlükte kalmıştır. Söz konusu anayasanın İngilizce metnine erişmek için bkz., Statuto Albertino, https://en.wikisource.org/wiki/Statuto_Albertino, Erişim Tarihi: 02.02.2020.

kuvvetler ayrılığı benimsenmiş³² ve kısmen erkek seçmene meclisin alt kanadını seçme yetkisi verilmiştir (m. 39). Anayasada ayrıca vatandaşlara, kişi özgürlüğü (m. 26), konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı (m. 29), basın hürriyeti (m. 28), toplanma hürriyeti (m. 32) gibi haklar tanınmıştır. Ayrıca anayasada hukuk önünde eşitlik (m. 24), mülke göre vergi (m. 25), tabii hâkim (m. 71) ile suç ve cezada kanunilik (m. 70, 73) gibi temel ilkeler benimsenmiştir.

1848 İtalya Anayasası, dönemine göre oldukça demokratik düzenlemeler içeren yazılı bir anayasa olmuştur. Diğer taraftan evrensel demokratik gelişmelerle birlikte İtalya Anayasası'nda da demokratik düzeni liberal çizgide iyileştiren anayasal değişiklikler yapılmıştır. Ancak Birinci Dünya Savaşı yaklaşırken İtalya'da ekonomik düzen bozulmuştur. Ülkenin savaşa katılıp katılmaması meselesi de toplumu ikiye bölmüştür. Nihayetinde savaşa katılan İtalya, savaşı kazanan İtilaf Devletleri arasında yer almıştır. Bununla birlikte bozulan ekonomik düzeni savaş sonrası antlaşmalarla düzeltmeyi uman hükümet, Versay Antlaşmasıyla istediklerini alamamıştır. Savaş öncesi yapılan antlaşmalarla İtalya'ya vadedilen toprak ve sömürgeler verilmemiştir³³. Bu durum ülkede var olan toplumsal huzursuzluğu, ekonomik sıkıntıları ve siyasi istikrarsızlığı daha da derinleştirmiştir³⁴.

Savaş öncesi ve sonrasında var olan ekonomik ve siyasi istikrarsızlık aşırılıkçı hareketlerin doğmasına neden olmuştur³⁵. Mussoli'nin başını çektiği faşist grup, 1919 yılında *Fascio di Combattimento* adlı bir yapılanma altında toplanmıştır³⁶. Daha sonra Mussolini, bu yapılanmayı demokratik sahneye çıkararak Ulusal Faşist Partiyi (Partito Nazionale Fascista – PNF) kurmuştur³⁷. Parti, toplumun içinde bulunduğu durumu fırsata çevirmiş ve kısa sürede önemli bir destekçi grubu toplamıştır³⁸. Aşırılıkçı söylem ve

³² 1848 İtalya Anayasası'na göre yasama yetkisi, kralla birlikte iki kanatlı meclise verilmiş (m. 2), yürütme yetkisi sadece krala bırakılmıştır (m. 5). Yargı ise kralın atayacağı yargıçlara bırakılmıştır (m. 68-73).

³³ Sheri Berman, *Democracy and dictatorship in Europe: From the Ancien Régime to the Present Day* (New York: Oxford University Press, 2019), 216; Fahri Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi 1914-1995* (İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007), 171.

³⁴ Berman, *Democracy and dictatorship in Europe*, 216 vd.

³⁵ Armaoğlu, 171.

³⁶ Berman, *Democracy and dictatorship in Europe*, 220; Mann, *Fascists*, 95; Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, 172.

³⁷ Mann, *Fascists*, 95; İlhan Akın, *Kamu Hukuku* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980), 248.

³⁸ Parti 1920'li yılların sonunda 20.000 üyeye sahipken, Nisan 1921'de 100.000, Kasım 1921'de ise 320.000 üyeye sahip olmayı başarmıştır. Bkz., Mann, *Fascists*, 95.

programlarına rağmen söz konusu parti mevcut demokratik anlayış içerisinde kapatılmamıştır. Böylece Ulusal Faşist Parti 1921 yılında yapılan seçimlere girmiş ve bu seçimlerde otuz beş milletvekili kazanmayı başarmıştır³⁹.

1922 yılına gelindiğinde artan şiddet olayları ve grevler nedeniyle İtalya'daki ekonomik yaşam durma noktasına gelmiştir. Liberal demokratlardan oluşan hükümet, mevcut sorunların çözümünde etkin sonuçlar elde edememiştir. Bu kaos ortamında krala ve mevcut hükümete gözdağı vermek isteyen Ulusal Faşist Parti ve destekçisi gruplar 27-29 Ekim 1922 tarihlerinde Roma'ya bir yürüyüş gerçekleştirmiştir. Söz konusu yürüyüşün herhangi bir iç savaşa dönüşmesini istemeyen Kral, mevcut başbakan Luigi Facta'yı görevden alarak yerine Benito Mussolini'yi getirmiştir⁴⁰.

Benito Mussolini başbakan olduktan sonra hükümetinde faşistlerin yanısıra liberallerden, muhafazakârlardan ve halkçı partiden bakanlara yer vermiştir. Böylece Mussolini ilk merhalede tepki çekmemek adına geniş bir halk kitlesinin desteğini almayı amaçlamıştır. Ancak parti zamanla diktatoryal rejime doğru giden bir seyir izlemiştir. İlk olarak Acerbo Kanunu adı verilen bir kanunla seçim mevzuatı değiştirilerek ülke, tek bir seçim çevresine dönüştürülmüş ve oyların % 25'ini alan partinin meclisteki sandalyelerin üçte ikisine sahip olacağı düzenlemesi getirilmiştir. Bu kanun kapsamında 6 Nisan 1924 tarihinde yapılan seçimlerde Ulusal Faşist Parti ve destekçilerinden oluşan ittifak, oyların % 66'sını almayı başarmıştır⁴¹.

1924 yılındaki seçimlerden sonra Ulusal Faşist Parti İtalya'da tek parti konumuna gelmiştir. Bunun neticesinde muhalefet partileri büyük baskı altına alınmış ve zamanla kapatılmıştır. Çıkarılan yasalarla başbakan Mussolini'nin eli daha da güçlendirilmiştir. Faşist parti destekçisi askeri milisler, sokaklarda hükümet aleyhine atılan her adımı bastırmıştır. Yapılan seçimler ve mevcut parlamento birer göstermelik kurum haline gelmiştir. Yapılan plebisiter halkoylamalarıyla Ulusal Faşist Parti'nin uygulamaları onaylatılmış, adayları seçtirilmiştir. Nihayetinde 1939 yılında çıkarılan yasalarla anayasanın öngördüğü temel hak ve hürriyetler ortadan kaldırılmıştır⁴².

³⁹ Armaoğlu, 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, 172.

⁴⁰ Armaoğlu, 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, 172; Akın, Kamu Hukuku, 249; Mussolini'nin herhangi bir parlamento desteği olmadan iktidara getirildiği yönünde bkz., Andrea Buratti, *Western Constitutionalism* (Cham: Springer Nature Switzerland AG and G.Giappichelli Editore, 2019), 112.

⁴¹ Rijpkema, *Militant Democracy*, 15-16 n. 31.

⁴² Buratti, *Western Constitutionalism*, 112.

İtalya’da faşizm, demokratik adımlarla başlayan ancak hızlı bir şekilde devleti ele geçirerek diktatörlüğe dönüşen bir hareket olmuştur. Mussolini, toplumun içinde bulunduğu huzursuzluğu, yönetimdeki istikrarsızlığı, Birinci Dünya Savaşı’nın olumsuz sonuçlarını kullanmasını bilmiş ve çok kısa sürede iktidara gelerek demokratik kurumlara sahip anayasal monarşiyi yıkmıştır. Başından beri liberal demokrasiye, başta komünizm olmak üzere her türlü ideolojik gruba karşı çıkan söz konusu parti, ilk başta demokrasi sahasında ve demokrasinin araçlarıyla kendini geniş kitlelere duyurmuştur. Zira yürürlükte olan İtalya Anayasası’nda aşırılıkçı hareketlere karşı bir düzenleme mevcut olmamıştır. Hâkim demokrasi anlayışı ve mevcut demokrasi kurumları da, programı ve icraatları demokrasinin temel ilkelerine aykırı olan Ulusal Faşist Parti’ye karşı (sonuçları o dönem şartlarında riskli ve belirsiz olsa da) harekete geçememiş ve parti kapatılamamıştır. Ancak belirtilmesi gereken bir husus var ki Ulusal Faşist Parti iktidara demokratik yollarla gelmemiştir. Bu yönüyle İtalya’da Ulusal Faşist Parti’nin iktidara geliş süreci Almanya’da demokratik yollarla iktidara gelen Nazilerinkinden farklıdır. Mussolini ve Ulusal Faşist Parti destekçileri 1921 yılında girdiği seçimlerden sadece bir yıl sonra kral ve hükümeti tehdit etmek için Roma yürüyüşü adı verilen ve adeta sivil bir darbeye dönüşen bir kitlesel eylemle iktidarı ele geçirmişlerdir. Dolayısıyla Mussolini ve destekçilerinin Roma yürüyüşü ile iktidarı ele geçişinin demokratik olduğu söylenemez. Ancak yine de söz konusu partinin 1919 yılında kuruluşundan Roma yürüyüşüne kadar olan süreç ve iktidar geldikten sonraki süreçte sahip olduğu hareket serbestisi İtalya’da liberal demokrasinin zayıflığını göstermesi açısından oldukça önemlidir.

1.2.1.2.2. Federal Almanya ve Hitler’in Nasyonal Sosyalist Diktatörlüğünün Doğuşu

İki dünya savaşı arasında bir diğer diktatörlük Almanya’da ortaya çıkan Hitler (Nazi) diktatörlüğüdür. Bu diktatörlük de tıpkı Mussolini’nin diktatörlüğü gibi demokratik yollarla doğmuştur. Dolayısıyla bu diktatörlüğün ortaya çıkışı da militan demokrasi anlayışı açısından önem arz etmektedir.

1.2.1.2.2.1. Genel Olarak

Avusturya İmparatorluğu'ndan ayrılan ve 1871 yılında siyasi birliğini kuran Alman İmparatorluğu⁴³, ittifak devletleriyle girdiği Birinci Dünya Savaşı'nın son yıllarında büyük bir krizin içerisine girmiştir. İki milyon genç Alman erkeğin öldüğü savaşa birlikte ülkede işsizlik, açlık, grevler ve iç çatışmalar artmıştır. Her geçen gün kötüleşen savaş şartları Almanya'da muhalefeti ve ayrışmayı daha da derinleştirmiştir. Almanya'nın savaşı kaybettiğinin kesinleşmesiyle birlikte ülkede iç kargaşa hâkim olmuş ve mevcut kral ve hükümetine yönelik tepkiler artmaya başlamıştır. Savaşın kaybedilmesi kesinleşmesine rağmen ordu içerisinde saldırıların devam etmesine yönelik verilen emirler askerlerin ve onları destekleyen işçi sınıfının ayaklanmasına neden olmuştur. Gittikçe büyüyen bu ayaklanmalar önlenemeyince mevcut hükümetin başbakanı (Reichskanzler) konumundaki Prens Max von Baden ve hükümeti görevinden çekilmiş ve yerini Almanya Sosyal Demokrat Partili (SPD) Friedrich Ebert ve ekibine bırakmıştır. Ebert ve ekibi mevcut iç karışıklıkları sonlandırmak adına Cumhuriyet'in ilan edildiğini duyurmuş ve geçici bir hükümet kurulmuştur. Bu arada Kaiser (Kral) ve ailesi de ülkeyi terk ederek Hollanda'ya sığınmıştır. Böylece I. Dünya Savaşı sonrasında Almanya monarşisi, ayaklanmalar neticesinde fiilen de olsa yıkılmıştır⁴⁴. Ancak kurulan geçici hükümet ülkedeki iç çatışma ortamını sonlandıramamış; ordu destekli sosyal demokratlar ile komünist bir rejim kurmak isteyen solcu gruplar arasında şiddetli çatışmalar yaşanmıştır. Bu çatışmaların neticesinde ordunun desteğini alan sosyal demokratlar

⁴³ Weimar Cumhuriyeti öncesinde Almanya, 1871 tarihli İmparatorluk Anayasası'yla yönetilmekteydi. Anayasa'nın Almanca metnine erişmek için bkz., *Verfassung des Deutschen Reichs* (1871); [https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs_\(1871\)](https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs_(1871)), Erişim Tarihi: 01.02.2020; Bu anayasaya göre Alman İmparatorluğu meşruti monarşi ile yönetilen federatif bir devlettir. Alman İmparatorluğu kendisine ait parlamento ve hükümetleri olan, vergilendirme, eğitim, kamu sağlığı konularında yetkileri olan yirmi beş eyaletten oluşmaktaydı. Alman İmparatoru yürütmenin ve ordunun başıydı. Ancak rutin idari işleri onun atadığı İmparatorluk şansölyesi yerine getirmekte, şansölye de çalışacağı bakanları atayabilmekteydi. 1871 Alman İmparatorluğu Anayasası'nın meclis yapısına bakıldığında günümüz Federal Meclislerine benzediği görülmektedir. Bir tarafta üye devletlerin temsilcilerinin oluşturduğu Reichsrat (Krallık Konseyi), diğer taraftan yirmi beş yaş üstü erkek seçmenler tarafından seçilen üyelerin oluşturduğu Reichstag (Krallık Meclisi) bulunuyordu. Ne Reichsrat, ne de Reichstag bir yasa teklifi sunamıyordu ancak bir yasa teklifinin yürürlüğe girebilmesi için her iki meclisin de onayı gerekiyordu. Diğer taraftan Reichstag'ın bütçeyi onaylama ve reddetme yetkisi de bulunmaktaydı., Bkz., Colin Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi*, çev. Sedef Özge (İstanbul: İletişim Yayınları, 2015), 30; Benjamin Carter Hett, *Demokrasinin Ölümü: Hitler'in Yükselişi ve Weimar Cumhuriyeti'nin Çöküşü*, çev. Ahmet Kar (İstanbul: Profil Kitap, 2019), 53-54.

⁴⁴ Willibalt Apelt, *Geschichte der Weimarer Verfassung* (München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964), 34.

yönetimi ele geçirmiştir. Kasım devrimi olarak anılan bu süreçte sosyal demokrat hükümet, ülkenin Cumhuriyet rejimine geçişi için hazırlıkları hızlandırmıştır⁴⁵.

Alman İmparatorluğu'nun Cumhuriyet'e geçişi için 19 Ocak 1919 tarihinde kurucu meclis seçimleri yapılmıştır⁴⁶. Seçimlerde sosyal demokratlar oyların %37,9'unu alarak ve 165 sandalye kazanarak birinci parti olurken diğer demokrat partiler Katolik Merkez Partisi (Zentrumspartei) %19.7 oy oranıyla 91 sandalye; Alman Demokrat Partisi (Deutsche Demokratische Partei) ise %18.5 oy oranıyla 75 sandalye kazanmıştır⁴⁷. Böylece kurucu meclis için oyların neredeyse dörtte üçünü demokrasi yanlısı partiler kazanmıştır⁴⁸. Seçimler sonrasında oluşan kurucu ulusal meclis Almanya'nın Weimar kentinde toplanmıştır⁴⁹. Bundan dolayı kurulacak yeni Cumhuriyet "Weimar Cumhuriyeti" olarak anılmıştır⁵⁰. Yeni kurulan meclisin iki temel görevi bulunmaktaydı. Bunlar; I. Dünya Savaşı'nı tamamen sonlandıracak bir barış antlaşması imzalamak ve Cumhuriyetin ilk anayasasını hazırlamaktır⁵¹.

⁴⁵ Kasım devrimi olarak bilinen söz konusu süreç ve sonuçları hakkında bkz., Apelt, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 35 vd..

⁴⁶ Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and The Crisis of German Constitutional Law* (Durham and London: Duke University Press, 1997), 69; Reinhold Zippelius, *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte* (München: Verlag C.H.Beck, 2006), 130; Apelt, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 50-51.

⁴⁷ Kotulla, 583; Apelt, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 51; Yeni Anayasayı hazırlayacak bu sosyal demokrat çoğunluğu "Weimar Koalisyonu" (Weimarer Koalition) olarak bilinmektedir. Bkz., Andreas Rödder, "Weimar und die deutsche Verfassung eine Zeitreise durch die Geschichte", in *Weimar und die deutsche Verfassung - zur Geschichte und Aktualität von 1919*, hrsg., Andreas Rödder, (Stuttgart: Klett-Cotta, 1999), 12; Von Kurt Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus - Von Weimar zu Hitler", *Der Spiegel*, 33 (1999): 64; Joseph W. Bendersky, *A Concise History of Nazi Germany* (Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2014), 7.

⁴⁸ Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 49-50; Bendersky, *A Concise History*, 3-4; Zippelius, *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*, 130.

⁴⁹ Kurucu ulusal meclisin toplanma yeri olarak Almanya'nın başkenti Berlin yerine Weimar kentini tercih etmesinin sebebi o dönem Berlin'de var olan çatışma ortamıydı. Weimar, Goethe ve Schiller gibi edebiyatçılara ev sahipliği yapan nisbeten daha sakin bir kentti. Bu konuda bkz., Rossiter, 34; Storer'a göre yeni Cumhuriyet'in, başkent Berlin yerine Weimar'da toplanmasının sebeplerinden biri Berlin'in aynı zamanda Prusya eyaletinin de başkenti olması ve o dönem Prusya'nın güçlü ve muhafazakar yapısı nedeniyle yeni demokratik Cumhuriyet üzerinde olumsuz etkide bulunabilmesi ihtimaliydi. Buna ek olarak yazar Berlin'de devam eden komünizm tehlikesine karşın, Weimar kentinin sakin, küçük ve savunulması kolay bir kent olduğunu belirtmektedir. Bkz., Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 63.

⁵⁰ Bendersky, *A Concise History*, 3; Genel olarak Weimar Cumhuriyeti hakkında bkz., Colin Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi*, çev. Sedef Özge (İstanbul: İletişim Yayınları, 2015).

⁵¹ Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 63.

Kurucu Ulusal Meclis, İtilaf devletleri ile yapılan görüşmeler neticesinde, 28 Haziran'da I. Dünya Savaşı'nı bitiren Versay (Versailles) Antlaşması'nı imzalamıştır⁵². Antlaşmanın Almanya için ağır sonuçları olmuştur⁵³. Antlaşmada Almanya savaş suçlusu sayılarak süresiz tazminat ödemeye mahkûm edilmiş (m. 233-235); ülkenin Alsace ve Lorraine (m. 51), Batı Prusya ve Polen (m. 27-28, 87-88) gibi bölgeleri ile deniz aşırı tüm sömürgeleri müttefiklere teslim edilmiş ve askeri personel (m. 159-163) ile donanma unsurları sayısına kısıtlamalar (m. 181, 198) getirilmiştir⁵⁴.

Barış antlaşmasının sonrasında kurucu ulusal meclis yeni anayasa için de hazırlıklara başlamıştır. Bu iş için Alman Hukuk profesörü Hugo Preuss'un önderliğinde 25 kişilik bir kurul görevlendirilmiştir. Kurul; ABD, Britanya ve Fransa anayasalarından ve anayasal belgelerinden esinlenerek bir taslak metin hazırlamıştır⁵⁵. Hazırlanan metin meclis tarafından kabul edilmiş ve hazırlanan yeni anayasa - bilinen ismiyle Weimar Anayasası⁵⁶ - 14 Ağustos 1919 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir⁵⁷. Anayasanın kabulüyle Almanya, tarihinde ilk kez demokratik Cumhuriyet ile tanışmış ve Almanya'da 1871 imparatorluk anayasasıyla kurulan monarşi resmen sona ermiştir⁵⁸.

⁵² Antlaşmanın İngilizce metni için bkz., Treaty of Peace with Germany (Treaty of Versailles), <https://guides.loc.gov/treaty-of-versailles>, Erişim Tarihi: 03.04.2020.

⁵³ Versay (Versailles) Antlaşması'nın Almanya açısından sonuçları için bkz., Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 142 vd.; Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 55-56; Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, 146-147.

⁵⁴ Bu ağır hükümleriyle birlikte Versay (Versailles) antlaşmasının Almanya'ya dikte edildiği ve antlaşmanın tüm Almanlar için bir utanç kaynağı olduğu yönünde bkz., Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 66; Benzer yönde bkz., Rödder, "Weimar", 21; Bendersky, *A Concise History*, 8.

⁵⁵ Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 78; Nihai anayasa taslağı altı farklı anayasa taslağı içerisinde oluşturuldu. Nihai taslak oluşturulurken tartışılan temel konular merkez ve eyaletler arasındaki ilişki, temel haklar ve hükümet sisteminin şekli olmuştur. Bkz., Rödder, "Weimar", 12-13.

⁵⁶ Weimar Anayasası'nın Almanca metni için bkz., Die Verfassung des Deutschen Reiches ("Weimarer Reichsverfassung"), (Erişim Tarihi: 01.02.2020), <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>; Anayasanın İngilizceye çevrilmiş metni için bkz., The Constitution of the German Empire of August 11, 1919 (Weimar Constitution), (Erişim Tarihi: 01.02.2020), http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=3937&language=english.

⁵⁷ Zippelius, *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*, 130; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 12; Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 50; Rödder, 13; Gotthard Jasper, "Der Geist von Weimar - Die Grundentscheidungen der Weimarer Verfassung und ihre Bewährung", in *Die Weimarer Republik: Das Schwere Erbe Band I 1918-1923*, hrsg. Theo Stammen und Everhard Holtmann, (München: Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit, 1992), s. 147.

⁵⁸ Johannes Lameyer, *Streitbare Demokratie* (Berlin: Duncker & Humblot, 1978), 18; Judith Wise, "Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party", *The University of Chicago Law School Roundtable*, 5/1 (1998): 305; Rödder, "Weimar", 13, 17; Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 64.

Weimar Anayasası dönemine göre oldukça modern, özgürlükçü ve demokratik bir anayasa olmuştur⁵⁹. Gerçekten kuvvetler ayrılığı⁶⁰, nispi temsil sistemiyle seçilen parlamento⁶¹, halk tarafından belirlenen Cumhurbaşkanı⁶², geniş bir temel haklar kataloğu⁶³ yıllardır süregelen monarşinin ardından parlamenter sisteme geçen demokratik bir devlet için oldukça önemli düzenlemelerdi⁶⁴.

⁵⁹ Maftan, “Fighting Fire”, 106-17; Kurucu meclisin İçişleri Bakanı Eduard David anayasanın kabulüyle birlikte Almanya’nın “dünyanın en demokratik demokrasisi”ne sahip olduğunu savunmuştur. Kurucu meclisin başkanı Konstantin Fehrenbach ise yeni anayasa ile birlikte Alman halkının “dünyadaki en özgür halk” olduğunu iddia etmiştir. Söz konusu ifadeler için bkz., Jasper, “Der Geist von Weimar”, 147; Gotthard Jasper, *Der Schutz der Republik* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963), 10; Benzer şekilde Hans Kelsen’e göre Weimar Anayasası “dünyanın en demokratik anayasası”ydı. Bkz., Hans Kelsen, “Verteidigung der Demokratie”, in: *Hans Kelsen Verteidigung der Demokratie*, hrsg. Jestaedt/Lepsius, 229 (Aktaran: Struth, *Hassrede und Freiheit*, 49); Weimar Anayasası’nın Almanya tarihinin halk egemenliği prensibine dayanan ilk anayasası olduğu yönünde bkz., Caldwell, *Popular Sovereignty*, 1; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 11.

⁶⁰ Weimar Anayasası’nda yasama *Federal Meclis (Reichstag)* ve *Federal Konsey (Reichsrat)* olmak üzere iki meclis arasında paylaşılmıştır. Yürütme ise Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı’nın seçtiği şansölye ve şansölyenin önerisi üzerine yine Cumhurbaşkanı’nın seçtiği bakanlardan oluşmaktaydı (m. 53). Yargı ise bağımsızlığı açıkça vurgulanan mahkemelere aitti (m. 105).

⁶¹ Parlamentonun kanatlarından biri olan *Federal Meclis (Reichstag)*, yirmi yaşını geçmiş kadın ve erkek seçmenler tarafından nispi temsil sistemine göre dört yıllığına seçilen halkı temsil eden milletvekillerinden oluşmaktaydı (m. 20-40). Buna karşın parlamentonun diğer kanadı *Federal Konsey (Reichsrat)* eyaletleri temsil etmekte ve eyaletlerin kendi meclisleri tarafından belirlenen üyelerden oluşmaktaydı (m. 60-67); Weimar Anayasası’nın yirmi yaş üzeri kadın ve erkek seçmene oy hakkı vermesi o dönem için oldukça önemli bir demokratik adım olarak görülmüştür. Bakıldığında o dönem oldukça uzun bir demokrasi geleneğine sahip olan Büyük Britanya’da ancak otuz yaşını aşan kadınlar oy kullanabilmekteydi. Bkz., Maftan, “Fighting Fire”, 14, dn. 24.

⁶² Cumhurbaşkanı halk tarafından yedi yıllığına seçilmekteydi (m. 41-43); Weimar Anayasası’nda Cumhurbaşkanı oldukça güçlü bir konumda yer almaktadır. Gerçekten söz konusu anayasada Cumhurbaşkanı’na yedi yıllığına Cumhurbaşkanı seçilebilmesinin yanında, anayasanın 48. maddesinde OHAL kapsamında anayasayı askıya alma, eyaletlere askeri müdahalelerde bulunma gibi önemli yetkiler verilmiştir. Cumhurbaşkanı’nın bu şekilde güçlü bir konumda anayasada yer almasının sebebi olarak anayasakoyucuların politik istikrarsızlık konusundaki endişeye binaen güçlü bir figürün ülkenin istikrarsız zamanlarında ülkeyi birarada tutabileceğine inanmalarıydı. Bkz., Ernst Rudolf Huber, *Bewahrung und Wandlung: Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot, 1975), 194; Bendersky, *A Concise History*, 4-5; Jasper, *Der Schutz der Republik*, 9.

⁶³ Bu temel haklar arasında kanun önünde kadın ve erkek eşitliği (m. 109), kişi hürriyeti (m. 114), serbest dolaşım ve meslek hürriyeti (m. 111), postanın gizliliği ve düşünce hürriyeti (m. 117), toplanma ve dernek hürriyeti (m. 123), ekonomik adalet (m. 151) ve grev hakkı (m. 159) zikredilebilir. 1871 İmparatorluk Anayasası’nda ise temel haklara ilişkin hükümler yer almamış, farklı hukuk normlarında temel haklara yer verilmişti. Ancak Weimar Anayasası’nda elli yedi madde temel haklara ayrılmıştır. Preuss ve komitesi ilk etapta bu temel haklara anayasada yer vermeyi düşünmemiş ancak partilerin baskılarına dayanılmaz olarak geleneksel liberal haklar anayasaya dahil edilmiştir. Bkz., Caldwell, *Popular Sovereignty*, 73.

⁶⁴ Weimar Anayasası’nın o dönem en yenilikçi anayasa olduğu yönünde bkz., Shojiro Sakaguchi, “Japan”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 224; Weimar Anayasası’nın halk egemenliğine dayalı, prosedürel ve liberal demokrasi teorisinin etkili olduğu bir anayasa olduğu yönünde bkz., Wise, “Dissent and the Militant Democracy”, 305.

Almanya'nın cumhuriyete geçişi ve yeni anayasanın kabulü o dönem halkta ve siyasette var olan siyasi gerilimi azaltmaya yetmemiştir. Bozulan ekonomi, Versay Antlaşmasının ağır sonuçları, işsizlik, savaşın henüz atlatılamayan mağlubiyet psikolojisi, Kasım Devrimi'nin genel kabul görmemesi gibi sebepler Alman halkı ve bazı partilerin mevcut demokratik rejimi kabullenmesini güçleřtirmiřtir⁶⁵. Küçüklü büyüklü onlarca parti arasındaki ideolojik savaş gün geçtikçe şiddetlenmiştir. Bu ise istikrarlı yönetimlere engel olmuştur. Öyle ki Weimar Anayasası'nın kabulünden sonra toplam on üç Şansölye, yirmi bir hükümet deęiřmiřtir⁶⁶.

1.2.1.2.2.2. Nazilerin Demokratik Yollarla İktidarı Ele Geirişi

Adolf Hitler, siyasete 1919 yılında kurulan savaş yanlısı sağ Alman İşçi Partisi (Deutsche Arbeiterpartei) ile bařlamıřtır⁶⁷. Hitler 1920 yılında partinin yönetimini devralmış ve partinin ismini “Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi” (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei - NSDAP) olarak deęiřtirmiřtir⁶⁸. Naziler olarak da anılan partinin yirmi beş maddelik bir programı bulunmaktaydı⁶⁹. Programda Versay antlaşmasının iptal edilmesi (m. 2), sadece Alman ırkına dayalı ırkçı toplum yapısı (m. 8, 11), devletin büyük şirketlere el koymasısı (m. 13) ve güçlü bir merkezi devlet yönetimi (m. 25) gibi esaslar yer almaktaydı. Hitler ve partisinin propagandalarında sıkça kullandığı hususlar, Yahudi ve komünizm karşıtlığı idi. Partiye göre ülkenin Birinci Dünya Savaşı'nı kaybetmesi dâhil birçok hezimet ve başarısızlıkta Yahudi ve

⁶⁵ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 12; Jasper, “Der Geist von Weimar”, 147; Rödder, “Weimar”, 21; Hett, *Demokrasinin Ölümlü*, 37.

⁶⁶ Bendersky, *A Concise History*, 13; Hett, *Demokrasinin Ölümlü*, 38; Akın, *Kamu Hukuku*, 253; Weimar Cumhuriyeti döneminde on tanesi Ocak 1919-Mayıs 1924 tarihleri arasında olmak üzere toplamda yirmi farklı hükümetin kurulduğu ve yalnızca üç hükümetin Reichstag'da çoğunluğa erişebildiği yönünde bkz., Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 79.

⁶⁷ Alman İşçi Partisi, bir ilingir olan Anton Drexler ile spor yazarı olan Karl Harr tarafından kurulan bir partiydi. Örgütlenmesi, temel bir programı ve ideolojisi olmayan parti anti-semitist, nasyonalist, anti-komünist ve anti-kapitalist bir çizgide olmuştur. Partiye göre Almanya'nın tüm problemleri Yahdi komplosu, Sovyet tehditi ve kapitalist sömürüye dayanmaktaydı. Bkz., Bendersky, *A Concise History*, 16.

⁶⁸ Bendersky, *A Concise History*, 25; Sontheimer, “Das Jahrhundert des Faschismus”, 66; Hett, *Demokrasinin Ölümlü*, 81; Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 90-91.

⁶⁹ Adolf Hitler ve Anton Drexler tarafından kaleme alınan söz konusu yirmi beş maddelik parti programı için bkz., https://tr.wikipedia.org/wiki/Nasyonal_Sosyalist_Program?oldformat=true, Erişim Tarihi: 01.03.2020.

komünistlerin payı vardı⁷⁰. Diğer taraftan Hitler ve partisi sadece Yahudi ve komünizme değil aynı zamanda demokrasi ve demokratlara cephe almış, ülkenin demokrasiye geçişini Alman halkı ve askerlerine bir ihanet olarak yorumlamıştır⁷¹. Bunlara karşılık Hitler ve partisinin yegâne amacı, tıpkı eski günlerde olduğu gibi birlik ruhu içerisinde tüm Almanların tek bir çatı altında toplanmasını sağlayacak bir ulusal devrim gerçekleştirmektir⁷².

Hitler önderliğindeki NSDAP “ulusal devrim” hedefini gerçekleştirmek için, 8-9 Kasım 1923 tarihlerinde daha sonra “birahane darbesi” olarak anılacak bir darbe teşebbüsünde bulunmuştur. O tarihlerde Fransa, Versay Antlaşması’na uyulmadığı gerekçesiyle Almanya’nın sanayi şehri Ruhr bölgesini işgal etmiş ve hemen akabinde ülkede hiperenflasyon baş göstermiş, ülke ekonomik olarak çökme noktasına gelmiştir⁷³. Hitler bu durumu fırsata çevirmek istemiş ve Bürgerbräukeller birahanesinin önünde büyük bir miting tertiplemiştir. Hitler ve takipçilerinin hedefi tıpkı Mussolini’nin 27-29 Ekim 1922 tarihinde gerçekleştirdiği ve hükümeti elde etmesiyle sonuçlanan Roma yürüyüşüne benzer şekilde Münih’i ele geçirip başkent Berlin’e yürümektir⁷⁴. Birinci Dünya Savaşı’nın önemli komutanlarından Erich Ludendorff’un da desteğini alan Hitler önderliğindeki grup Münih şehir merkezine doğru harekete geçmiştir. Ancak onların şehir merkezine girmesine Münih’in ağır silahlı polisleri engel olmuştur. Çıkan çatışmada on altı Nazi taraftarı ölmüş, Hitler kaçmasına rağmen daha sonra yakalanarak yargılanmıştır⁷⁵. Hitler milliyetçilere yakınlığı ile bilinen hâkimler tarafından ölüm cezası yerine beş yıl hapse mahkûm edilmiş ve bunun sadece sekiz ayını hapiste geçirmiştir⁷⁶.

⁷⁰ Naziler Birinci Dünya Savaşı’nın kaybedilmesini cephe arkasında Yahudi ve Komünistlerin ülkeyi karıştırmalarına bağlamışlar ve bunu “sırtımızdan bıçaklandık” miti ile savunmuşlardır. Bkz., Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 37; Storer, *Weimar Cumhuriyeti’nin*, 71, 145.

⁷¹ Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 26.

⁷² Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 59.

⁷³ Bendersky, *A Concise History*, 10; Hiperenflasyon sürecine giren Almanya’da Kasım 1923’te bir yumurta 80 milyar Mark, bir çift ayakkabı ise 32 trilyon Mark olmuştur. Weimar Dönemindeki enflasyon ve sonuçları hakkında bkz., Storer, *Weimar Cumhuriyeti’nin*, 105-140; Weimar Almanya’sının ekonomisi hakkında bkz., Carl-Ludwig Holtfrerich, “Politische Kultur und ökonomische Probleme der Weimarer Republik aus heutiger Sicht”, in *Weimar und die Deutsche Verfassung*, hrsg. Andreas Rödder, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 25-33.

⁷⁴ Hitler’in, Mussolini’nin Roma yürüyüşünden ilham aldığı yönünde bkz., Storer, *Weimar Cumhuriyeti’nin*, 72.

⁷⁵ Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 56, 85; Storer, *Weimar Cumhuriyeti’nin*, 72; Rijpkema, *Militant Democracy*, 1.

⁷⁶ Storer, *Weimar Cumhuriyeti’nin*, 73.

Böylece Hitler'in yerelden başlatıp bir "ulusal devrime" dönüştürmek istediği silahlı ayaklanma girişimi fiyasko ile sonuçlanmıştır⁷⁷.

Birahane darbesinde yaşanan başarısızlık Nazilerin parti programında köklü değişikliklere neden olmuştur. Zira devlet silahlı mücadeleyle ele geçirilemeyecek kadar güçlüydü⁷⁸. Ayrıca Birinci Dünya Savaş'ından çıkmış olan yorgun Alman halkının böyle bir silahlı ayaklanmaya kitlesel olarak destek vermesi de düşünülemezdi. Dolayısıyla "ulusal devrim" silah yoluyla değil meşru yani yasal yollarla yapılmalıydı⁷⁹. Halk, içinde bulunduğu şartlar gereği partilerine kanallı olmaya da müsaitti. Diğer taraftan Weimar Anayasası basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi propaganda amacına hizmet edecek olan önemli özgürlükler ve demokratik araçlar sağlıyordu⁸⁰. Bu sebeplerle Hitler ve partisi, tüm bu imkânları kullanarak devleti ele geçirmeyi yeni hedefleri olarak belirlemişlerdir⁸¹. Diğer bir ifadeyle görünüşte hukuk kuralları ve demokrasi kurallarına riayet edilerek "yasal bir devrim" yapılması planlanmıştır⁸².

Naziler silahlı mücadele yerine sözde demokratik sahada yapacağı mücadele programını uygulamaya koymuş bu kapsamda 7 Aralık 1924 tarihinde ittifak yapmadan tek başına girdikleri Federal Meclis (Reichstag) seçimlerinde %5 oy alabilmiş ve on dört sandalye kazanmışlardır⁸³. 1924-1928 yılları arasındaki süreçte ülkenin ekonomisindeki ve dış ilişkilerdeki olumlu seyir, iç siyasete de yansımış, Nazi ve komünist parti gibi aşırılıkçı partilerin büyümesi için gerekli ortam oluşmamıştır⁸⁴. Nitekim 20 Mayıs 1928 tarihinde yapılan Federal Meclis (Reichstag) seçimlerinde Naziler sadece % 2,6 oy alarak on iki sandalye kazanabilmiştir⁸⁵. Paralel şekilde bu dönemde sosyal demokratların oyları artmıştır. 1928 seçimlerinde sosyal demokratlar oyların %30'unu alarak hükümeti kurma görevini üstlenmiştir. Ancak 1928 yılından sonra özellikle ABD Wall Street kriziyle

⁷⁷ Bendersky, *A Concise History*, 44-45; Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 66; Rijpkema, *Militant Democracy*, 1.

⁷⁸ Rijpkema, *Militant Democracy*, 1.

⁷⁹ Bendersky, *A Concise History*, 46; Rossiter, 54; Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 71; Rijpkema, *Militant Democracy*, 1.

⁸⁰ Bendersky, *A Concise History*, 46; Rijpkema, *Militant Democracy*, 1.

⁸¹ Bendersky, *A Concise History*, 45-46; Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 95.

⁸² Rijpkema, *Militant Democracy*, 1; Glaeser, Nazilerin şiddet ve güç yerine hukuka dayalı olarak başlattıkları bu mücadele sürecini "yeni bir darbe tekniği döneminin başlaması" olarak ifade etmektedir. Bkz., Glaeser, *Missbrauch*, 29.

⁸³ Bendersky, *A Concise History*, 47; Rijpkema, *Militant Democracy*, 1.

⁸⁴ Bendersky, *A Concise History*, 47; Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 171, 206.

⁸⁵ Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 71.

birlikte başlayan ekonomik buhran, ülkenin kısa süreli refahını sonlandırmıştır⁸⁶. Bunun üzerine halk, kurtuluşu aşırılıkçı partilerde aramaya başlamış⁸⁷ ve Hitler'in partisi gün geçtikçe güç ve taraftar kazanmıştır. 14 Eylül 1930 yılında yapılan seçimlerde partinin oyu %18'e ulaşmıştır. Bu oy oranıyla Naziler, 577 sandalyeli mecliste 107 milletvekilliği kazanmayı başarmıştır⁸⁸. Nazilerin kazandığı %18'lik oy o döneme kadar almış oldukları en yüksek oy olmuştur⁸⁹.

Hitler 1932 yılında girdiği Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde ülkede yedi yıl Cumhurbaşkanlığı yapmış olan Hindenburg'un arkasında, ilk turda %30,1; ikinci turda ise %36.8 gibi yüksek bir oy oranı elde etmiştir. 31 Temmuz 1932 tarihinde yapılan Federal Meclis (Reichstag) seçimlerinde ise Hitler'in partisi oyların % 37,3'ünü alarak oylarını ikiye katlamış ve 230 sandalye ile meclisteki birinci parti olmuştur⁹⁰. Ancak parlamento mevcut hükümete ve yeni parlamento dağılımına olan güvensizlik nedeniyle Cumhurbaşkanı tarafından feshedilmiştir. Aynı yıl kasım ayında yapılan diğer seçimlerde ise Naziler oyların %33,1'ini almıştır⁹¹. Her ne kadar Nazilerin oylarında düşme olsa da hala meclisin birinci partisi olma unvanını korumuşlardır. Meclisin birinci partisi olan Naziler, en çok sandalye kazanan parti olarak kurulacak kabinelerde kilit konuma gelmiştir. Alternatif hükümet kurma girişimlerinin başarısızlıkla sonuçlanması neticesinde Cumhurbaşkanı, şansölyeliği 30 Ocak 1933 tarihinde Hitler'e vermek zorunda kalmış ve Federal Meclis (Reichstag)i tekrar feshederek 5 Mart 1933 tarihinde yeni seçimlerin yapılmasına karar vermiştir⁹². Hitler ve 2 Nazi partili bakanın olduğu kabine Mart 1933'te yapılacak seçime kadarki süreci yönetmekle görevlendirilmiştir⁹³. Ancak Mart 1933 seçimleri henüz gelmeden Hitler ülke içerisinde muhalif olan herkese

⁸⁶ Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 205.

⁸⁷ Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 91, 205, 237.

⁸⁸ Bendersky, *A Concise History*, 67; Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 71.

⁸⁹ Hitler, partisinin bu başarısını şu cümlelerle ifade etmiştir: "14 Eylül 1930, Alman tarihinde bir milad günü bir milad ayıdır; bu günde daha sonra Almanya'yı özgür kılacak genç hareket ilk defa meclisin kapısını ağır darbelerle yumrukladı ve haykırdı: Kapıları açın.". Söz konusu ifadeler için bkz., Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 71.

⁹⁰ Bendersky, *A Concise History*, 75; Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 71; Rijpkema, *Militant Democracy*, 1.

⁹¹ Zippelius, *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*, 138; Naziler bu seçimde temmuz seçimlerine nispeten iki milyon oy ve otuz üç sandalye kaybetmiştir. Bkz., Bendersky, *A Concise History*, 78; Bu seçimlerin Weimar Almanya'sında son demokratik seçimler olduğu yönünde bkz., Mann, *Fascists*, 185.

⁹² Bendersky, *A Concise History*, 85.

⁹³ Storer, *Weimar Cumhuriyeti'nin*, 226-227.

karşı tedbirler almaya başlamıştır. Özellikle 27 Şubat 1933’de Federal Mecliste (Reichstag) çıkan yangın Weimar Demokrasi’nin sonunu hazırlayan bir sürecin önemli bir kilometre taşı olmuştur. Hitler o dönem çok ses getiren Federal Meclis (Reichstag) yangının failleri olarak komünistleri göstermiş ve Weimar Anayasası’nın 48. maddesine dayanan “Reichstag Kararnamesi’ni” imzalaması için Cumhurbaşkanı Hindenburg’u ikna etmiştir⁹⁴. Kararnameyle birlikte birçok temel hak askıya alınmış, eyaletlere müdahale edilmiş ve ölüm cezası getirilmiştir⁹⁵. Reichstag Yangın Kararnamesi’nin gölgesinde yapılan Mart 1933 seçimlerinde Hitler’in partisi NSDAP %43,9 oy alarak 647 milletvekilliğinin 288 ini almayı başarmıştır⁹⁶.

Seçimlerden güçlü bir şekilde birinci parti çıkan Hitler, dört yıllık yasama boyunca tüm yetkilerin, şansölyesi olduğu hükümete devredilmesini öngören bir Anayasa değişikliğinin meclisten geçmesini istemiştir. Böyle bir talep kuvvetler ayrılığını öngören anayasanın değiştirilmesi anlamına geldiğinden, anayasayı değiştirebilecek üçte iki çoğunluğun desteğine ihtiyaç duymuştur⁹⁷. Sosyal Demokrat Parti dışında diğer tüm partiler Hitler’e geniş yetkiler veren Yetki Yasası’nı (Ermächtigungsgesetz) onaylamışlardır⁹⁸. Anayasa değişikliği 94’e karşı 444 oyla kabul edilmiştir⁹⁹. Yetki yasası ile kuvvetler ayrılığı rafa kalkmıştır. Böylece Hitler, parlamentonun onayı olmadan yasa çıkarma ve anayasa değişikliği yapma yetkisine sahip olmuştur. Böylece *de facto bir*

⁹⁴ Bendersky, *A Concise History*, 86.

⁹⁵ Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 250.

⁹⁶ Bendersky, *A Concise History*, 87; Bu seçim sonuçlarıyla birlikte Komünistler de dâhil olmak üzere parlamentodaki sandalyelerin %65’i kadar sandalyeye Weimar Cumhuriyeti’ne düşman olan partiler sahip oldu. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 1-2; Gregory H. Fox and Georg Nolte, “Intolerant Democracies”, *Harvard International Law Journal*, 36/1 (1995): 10.

⁹⁷ Hett, *Demokrasinin Ölümü*, 266; Storer, *Weimar Cumhuriyeti’nin*, 228; Rijpkema, *Militant Democracy*, 2; Fox and Nolte, “Intolerant Democracies”, 11.

⁹⁸ Zippelius, *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*, 141; Parlamentonun komünist üyeleri Hitler’in böyle bir yasa çıkarmasına açıkça karşıydı ancak Reichstag Yangını kararnamesi kapsamında komünist üyelerin birçoğu tutuklanmış birçoğu ise korkularından oylamaya katılamamıştır. Dolayısıyla mecliste komünist üyeler bulunmamıştır. Mecliste Hitler’in bu yasa teklifine son ana kadar direnen Sosyal Demokratlar olmuştur. Ancak buna rağmen Hitler Katolik Merkez Partisi’nin ve birkaç küçük partinin desteğini alarak söz konusu yasayı çıkarmak için gerekli çoğunluğa erişmiştir. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 2; Alexander S. Kirshner, *Militan Demokrasi*, çev. Ferit Burak Aydar (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017), 1; Kutscha, *Verfassung*, 46.

⁹⁹ Storer, *Weimar Cumhuriyeti’nin*, 230; Kirshner, *Militan Demokrasi*, 1.

diktatöre dönüşen Hitler, yönetimi tamamen ele geçirmiş ve Weimar Anayasası fiilen çökmüştür¹⁰⁰.

Militan demokrasi anlayışı açısından Hitler'in iktidara gelişi, Mussolini'nin iktidara gelişine nispeten oldukça önemlidir. Zira Mussolini sivil darbe olarak addedilebilecek Roma yürüyüşüyle iktidarı ele geçirmiştir. Hitler de “birahane darbesiyle” Roma yürüyüşüne benzer bir sivil darbe planlamış ancak bunda başarılı olamamıştır. Bu başarısız darbe girişiminden sonra Hitler ve partisi mücadelesini demokrasi kuralları çerçevesinde yürütme kararı almıştır. Ülkenin içinde bulunduğu siyasi ve ekonomik istikrarsızlığı etkili propagandayla lehine kullanan Hitler girdiği her seçimden oylarını arttırarak çıkmış ve nihayetinde Cumhurbaşkanı tarafından başbakan olarak atanacak konuma gelmiştir. Başbakan olduktan sonra diktatörlüğünü tesis edecek her türlü adımı anayasal demokrasiye uygun bir şekilde atmaya devam eden Hitler, Yetki Yasası'yla (Ermächtigungsgesetz) birlikte Weimar Anayasasının ve Weimar demokrasisinin sonunu getirmiştir¹⁰¹. Görüldüğü üzere Hitler, Mussolini gibi kısa sürede iktidarı ele geçirecek etkin güce sahip olamamış, hedefine ulaşmak için on üç yıllık demokratik bir mücadele vermiştir¹⁰². Bu sözde demokratik mücadelede Hitler genel olarak yarıştığı partilere karşı doğrudan şiddet uygulamamış, seçimlere hile karıştırmamış, yasa dışı finans desteği talep etmemiş veya kabul etmemiştir. Böylece yasal göz boyama taktiği muntazaman uygulanmıştır¹⁰³. Buna karşılık İtalya'da olduğu gibi, Alman anayasal demokrasisinin de aşırılıkçı hareketlere karşı savunmasız kaldığı ve etkin bir mücadele içinde olamadığı görülmektedir. Bu savunmasızlık çok yönlüdür¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Hitler'in bu yetki yasasını yürürlüğe sokmasıyla birlikte Nazilerin propaganda bakanı olarak görev yapacak olan kurucu üyelerinden Goebbles günlüğüne “Artık efendi ve lider biziz” şeklinde not düşmüştür. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 2.

¹⁰¹ Rijpkema, *Militant Democracy*, 2.

¹⁰² Sontheimer, “Das Jahrhundert des Faschismus”, 71.

¹⁰³ Maftean, “Fighting Fire”, 16; Svetlana Tyulkina, “Militant Democracy” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Central European University Department of Legal Studies, 2011), 97; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 65-66.

¹⁰⁴ Karl Dietrich Bracher, “Überlegungen zu Verfassung und Scheitern der Weimarer Republik”, in *Weimar und die Deutsche Verfassung*, hrsg., Andreas Rödder, (Stuttgart: Klett-Cotta, 1999), 57-59; Glaeser, *Missbrauch*, 27; Maftean, “Fighting Fire”, 13 dn. 13; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 6; Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 25.

Savunmasızlığın siyasi¹⁰⁵ ve toplumsal¹⁰⁶ boyutu olduğu kadar anayasal boyutu da bulunmaktadır. Weimar Anayasası, ne demokrasi düşmanı siyasi partilere ya da derneklere uygulanabilecek etkin bir yasaklama rejimine, ne de anayasayı tamamen ortadan kaldıracak maddi engellere sahipti¹⁰⁷. Anayasada yer alan prosedürel ve şekli engeller ise Nazilerin yükselişine engel olamamıştır¹⁰⁸. Weimar Anayasası'nın özellikle siyasi partilere karşı savunmasız bırakılması, Weimar Cumhuriyeti'nde İçişleri Bakanlığı Politik ve Anayasa dairesine başkanlık eden hukukçu Arnold Brecht tarafından şu sözlerle savunulmuştur¹⁰⁹:

Tarihi deneyimlerden sonra ... toplanma ve dernek hürriyetine yönelik yapılan baskılar uzun vadede devlete bir yarar sağlamamıştır. Yanlış ve tehlikeli fikirler özgür açık konuşma ortamında kendisini eninde sonunda en hızlı ve en güvenli şekilde aşındıracaktır, baskıcı çabalar sık sık alevlendirildiği sürece patlayıcı kırılmalara neden olur, ayrıca devlet gücü de kolayca hukuksuzluğa dönüşür, devlet namına ölenler yüceltilir ve bununla birlikte devlet nüfuz kazanır. Bu yüzden İmparatorluk Anayasası dernek ve toplanma hürriyetinin sınırı olarak sadece ceza yasasını geçerli saymıştır....

Söz konusu bu değerlendirmeden de anlaşılacağı üzere Weimar Anayasası, başta siyasi partiler olmak üzere demokrasi düşmanlarına müdahale edecek araçlardan imtina

¹⁰⁵ Ülkenin uzun yıllara dayanan otoriter geçmişinden sonra demokrasiye geçilmesiyle birlikte ülkede siyasilerin, demokratik bir hükümetinin sorumluluğu ve siyasi uzlaş taktikleri gibi hususları öğrenmeleri mümkün olamamıştır. Bkz., Bendersky, *A Concise History*, 5; Benzer yönde bkz., Bracher, "Überlegungen zu Verfassung", 58.

¹⁰⁶ Weimar Cumhuriyeti döneminde Hitler'in iktidara gelişinde hiç şüphesiz toplumsal faktörlerin de önemli payı vardır. Ülkenin güçlü bir demokrasi geçmişine ve hukuk kültürüne sahip olmaması, halkın demokrasi konusunda yeter kadar eğitilmiş olmaması gibi faktörler bu noktada örnek olarak zikredilebilir. Bu yönde bkz., Bendersky, *A Concise History*, 5; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 12; Bracher, "Überlegungen zu Verfassung", 58.

¹⁰⁷ Jasper, "Der Geist von Weimar", 160; Diana Zacharias, "Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG", in *Wehrhafte Demokratie*, hrsg., Markus Thiel, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 58; Dieter Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte* (Heidelberg: Kleine Schriften-Stiftung Reichspräsident Friedrich Ebert Gedenkstätte, 1992), 22; Kirshner, *Militant Demokrasi*, 2; Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 6; Hakyemez, *Militant Demokrasi*, 27; Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 43; Esasında Weimar Cumhuriyeti döneminde, sınırlı da olsa Cumhuriyeti ve demokrasiyi koruyacak birtakım yasalar yer almaktaydı. Bunların başında *Republiksschutzgesetz* (Cumhuriyeti Koruma Yasası) örnek gösterilebilir. Söz konusu yasa siyasetçilere suikast düzenleme ile amacı demokrasiyi yıkmaya yönelik olan dernekleri destekleyenlerin yargılanmasını öngörmekteydi. Ancak bu yasa kapsamında alınan tedbirler ya kısa süreli uygulanmış ya da etkin sonuçlar vermemiştir. Söz konusu yasa hakkında bkz., Kutscha, *Verfassung*, 32-38; Jan-Werner Müller, "Militant Democracy", in *The Oxford of Comparative Constitutional Law*, eds., Michel Rosenfeld and Andras Sajó, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1257; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 94.

¹⁰⁸ Tyulkina, "Militant Democracy", 96; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 66.

¹⁰⁹ Jasper, "Der Geist von Weimar", 160.

etmiş ve demokrasi sahnesini demokrasi düşmanı siyasi partilere bırakmıştır¹¹⁰. Bunun sonucunda anayasa ile kurulan liberal demokratik düzen Hitler diktatörlüğünün doğuşuna zemin hazırlamıştır¹¹¹.

1.2.2. Weimar Anayasası'nda Benimsenen Değer Göreceli Demokrasi Anlayışı

Militan demokrasi anlayışının ortaya çıkmasının sebeplerinden bir diğeri Weimar Almanya'sında benimsenen değer göreceli demokrasi anlayışdır. Militan demokrasi anlayışının genel olarak demokrasinin savunmasızlıklarının yanısıra özel olarak bu anlayışa bir tepki olarak ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle militan demokrasi anlayışının değer göreceli demokrasi anlayışının zıttı, onun terk edilmesi olarak görülmektedir. Çalışmanın bundan sonraki kısmında militan demokrasi anlayışına zemin hazırlayan bu demokrasi anlayışı aktarılacaktır.

1.2.2.1. Değer Göreceli Demokrasi Anlayışı

Değer göreceliği, tüm kanaat ve düşüncelere eşit yaklaşan, herkesin iradesine eşit şekilde değer veren felsefi bir yaklaşımdır¹¹². Bu yaklaşıma göre her insan tabiatı gereği sübjektif bir bakış açısıyla çevresindeki olayları ve eşyaları değerlendirir. Yapılan

¹¹⁰ Groh, "Zwischen Skylla", 440; Jasper, "Der Geist von Weimar", 160; Tyulkina, "Militant Democracy", 96; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 66; Weimar Cumhuriyeti'nin, kurduğu anayasal düzeni barışçıl ve yasal yollarla en azılı düşmanlarına teslim ettiği yönünde bkz., Caldwell, *Popular Sovereignty*, 1.

¹¹¹ Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 3; "Weimar Cumhuriyeti, acımasız bir diktatörlük kurma çabasında bir Truva atı olarak demokratik süreçten yararlanan totaliter bir hareketin yükselişine karşı savunmasız olduğunu kanıtlamıştı." Bkz., Thilo Rensmann, "Procedural Fairness in a Militant Democracy: 'The Uprising of the Decent' Fails Before the Federal Constitutional Court", *German Law Journal*, 4/11 (2003): 1117.

¹¹² Gustav Radbruch, "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934)", in *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 3*, hrsg., Arthur Kaufmann, (Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990), 20; Söz konusu yaklaşım felsefik bir yaklaşım olarak kabul edilse de değer göreceliği anlayışını liberal ekonomi doktrini olan "laissez faire" (bırakınız yapsınlar) doktrini ile ilişkilendiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 8; Laissez faire doktrininin 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren evrensel yaşamın insanların koyduğu kurallarla değil doğanın koyduğu kurallarla yönetildiğini kabul eden fizyokratlar tarafından ileri sürüldüğü kabul edilmektedir. Kavramı ilk defa kullanan René Louis de Voyer d'Argenson'dır. İfadenin uzun halı "Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler, Dünya kendi kendine gider." şeklindedir. Buna göre ekonominin işleyişinde de bir doğal düzen olduğu ve devletin buna müdahale etmekten kaçınması gerektiği savunulmaktadır. Bkz., Coşkun Can Aktan, "Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm", *Amme İdaresi Dergisi*, 28/1 (1995): 9-10; Ayrıca bkz. Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 198; Laissez faire doktrinine göre devletin müdahale alanının kamu güvenliği, ülke savunması, hukuk güvencesi, altyapı ve eğitim ile sınırlı olduğu ve devletin piyasaya müdahale etmemesi gerektiği yönünde bkz., Simon Vaut vd. *Ekonomi ve Sosyal Demokrasi*, çev. Recai Hallaç (Bonn: Friedrich Ebert Vakfı Sosyal Demokrasi Akademisi, 2014), 14.

değerlendirmeler neticesinde kişiden kişiye göre değişen “iyi-kötü”, “çirkin-güzel”, “doğru-yanlış” gibi bir takım yargılara ulaşılır. Buna göre ne kadar insan varsa o kadar farklı değer (düşünce, inanç, kanaat vs.) vardır¹¹³. Bir insan veya topluluk için değer olarak kabul edilen, başka bir insan veya topluluk için değersiz olabilir¹¹⁴. Bu sebeple değerlerin bilimsel olarak ispatlanabilmesi ya da aksi çürütülebilmesi mümkün değildir¹¹⁵. Dolayısıyla insanların genelini bağlayacak objektif bir değer veya değerler sisteminden bahsedilemez¹¹⁶. Bu yüzden de değer göreceliği herkesin düşünce ve kanaatine eşit yaklaşılması gerektiğini savunur¹¹⁷.

Değer göreceliği anlayışı, özellikle Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra politik karar alma sürecine de yansımış, demokrasiler bu anlayış kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır¹¹⁸. O dönem değer göreceliği ve demokrasinin birbiriyle uyumu üzerinde durulmuş, hatta değer göreceliği anlayışının demokrasiyi, demokrasinin de değer göreceliği anlayışını şart kıldığı kabul edilmiştir. Buna göre değer göreceliği demokrasiyi şart kılar, çünkü tek bir kişinin devlet yönetiminde olduğu sistemlerde değer göreceliği söz konusu olmaz. Bununla birlikte tüm bireylerin kanaat, düşünce ve inançlarının politik alanda aynı anda dikkate alınması da mümkün değildir. Dolayısıyla değer göreceliği anlayışının politik alana dâhil olabilmesi ancak çoğunluk sisteminin hâkim olduğu demokrasilerle mümkün olur. Diğer taraftan demokrasiler de değer göreceliği anlayışını gerekli görür¹¹⁹. Zira demokrasi, içeriğinden bağımsız olarak, çoğunluğu elde eden her görüşe yönetme yetkisini devreder. Demokrasinin bu anlamı ise, tüm politik düşünce ve inançlara eşit olarak yaklaşılması durumunda yani değer göreceliği anlayışının kabul edilmesiyle mantıklı olur¹²⁰. Sonuç olarak değer göreceliği ve demokrasi anlayışı arasında kurulan bu bağ ile değer göreceli demokrasi anlayışı ortaya çıkmıştır.

¹¹³ Groh, “Zwischen Skylla”, 441.

¹¹⁴ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010), 63.

¹¹⁵ Gustav Radbruch, *Kulturlehre des Sozialismus* (Berlin: Arani Verlag, 1949), 49; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 344; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 48-49; Groh, “Zwischen Skylla”, 440-441.

¹¹⁶ Groh, “Zwischen Skylla”, 441; Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 64.

¹¹⁷ Radbruch, “Der Relativismus”, 20.

¹¹⁸ Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 19.

¹¹⁹ Radbruch, “Der Relativismus”, 20.

¹²⁰ Radbruch, “Der Relativismus”, 20.

Değer göreceli demokrasi anlayışı herkesin politik iradesine eşit şekilde değer verir ve bu sebeple de bu anlayışta herkesin politik görüşü eşit şekilde dikkate alınır¹²¹. Değer göreceli demokratik bir düzende belirli bir ideolojinin ya da programın benimsenmesi, ona üstünlük tanınması düşünülemez. Halkın iradesinin mutlak gerçeğe, doğruya, iyiye kısaca mutlak değerlere ulaşacağını kabul etmek, diğer bir ifadeyle değer mutlakiyetçiliği değer göreceli demokraside söz konusu olamaz¹²². Her düşünce, her yaklaşım bu demokrasi anlayışında söz hakkına sahiptir. Savunulan politik değerlerin mahiyetinin bir önemi yoktur¹²³. Örneğin, bir parti programı ne kadar radikal ne kadar yıkıcı olursa olsun, bu demokrasi anlayışında diğer partilerden farklı bir statüye tabi tutulamaz. Kendini anti-demokratik ilan eden her türlü ideoloji, her türlü siyasi irade değer göreceli demokrasi anlayışında müsamaha görür¹²⁴. Değer göreceli demokrasi anlayışı, tüm politik değer ve inançlara özgürce mücadele edebilecekleri bir rekabet ortamı sunar¹²⁵. Değer göreceli demokrasi anlayışının önemli savunucularından Hans Kelsen (1881-1973) bu anlayışı “Vom Wesen und Wert der Demokratie” adlı eserinde şu şekilde aktarmaktadır¹²⁶:

İnsan idrakiyle mutlak gerçeğe ve mutlak değerlere ulaşamayacağını kabul eden kimse, sadece kendi görüşünü değil karşıt görüşün de en azından mümkün olduğunu kabul etmelidir. Bu yüzden görecelilik demokratik düşüncenin öngördüğü bir anlayıştır. Demokrasi, ifade şekli sadece politik irade yoluyla olan politik inanç ve politik düşünceleri eşit şekilde dikkate aldığı gibi herkesin politik iradesine de aynı ölçüde saygı gösterir. Bu yüzden demokrasi her politik kanaate eşit şekilde kendini ifade etme ve serbest rekabet ortamında halkın teveccühünü kazanma olanağı sunar.

¹²¹ Groh, “Zwischen Skylla”, 442.

¹²² Kelsen, mutlak değerlerin varlığına inanmanın ve bunun da halk iradesine bağlanmasının halk iradesine doğaüstü güçlere sahip metafizik-dini bir anlam yüklenmesine yol açacağını savunmaktadır. Yazara göre bu şekilde tanrısal bir hakkın söz konusu olduğu bir yerde demokrasi değil otokrasi söz konusu olur. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Aalen: Scientia Verlag, 1963), 99-100.

¹²³ Christoph Gusy, *Weimar - die Wehrlose Republik?* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991), 28; Groh, “Zwischen Skylla”, 442.

¹²⁴ Radbruch, *Kulturlehre des Sozialismus*, 50; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 47.

¹²⁵ Groh, “Zwischen Skylla”, 441-442; Değer göreceli demokrasi anlayışı bu yönüyle “serbest fikir pazarı” (free marketplace of ideas) doktriniyle sıkı bir ilişki içerisindedir. Buna göre farklı görüşler aynı zeminde buluşmakta ve fikir değiş tokuşu yapılmaktadır. Yapılan bu alışverişle gerçeğe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu konuda bkz., Struth, *Hassrede und Freiheit*, 49.

¹²⁶ Kelsen, *Vom Wesen*, 101.

Değer göreceli demokrasi anlayışı, düşünce ve kanaatlerin ifade edilişleri bakımından şekli demokrasi anlayışına bağlıdır¹²⁷. Bir ideolojinin, harekete geçebilmesi için bir takım şekli ve usuli şartlar öngörülebilir. Demokrasi, bunun dışında politik iradelere herhangi bir yükümlülük yükleyemez. Böylece ideolojilerin tek yükümlülüğü demokratik karar oluşumu ve karar alma sürecinin şekli ve usuli kurallarına riayet etmek olacaktır¹²⁸. Değer göreceli demokrasi anlayışında riayet edilecek usul kuralları ve araçları her bireysel ideolojiye işlerlik kazandıracak nitelikte olmalıdır. Bu noktada demokrasinin çoğunluk hâkimiyeti ilkesi en ideal araç olarak kabul edilir¹²⁹. Kelsen çoğunluk hâkimiyeti ilkesini ve bunun değer göreceliği açısından önemini şu şekilde aktarmaktadır¹³⁰:

“Demokrasi için karakteristik olan çoğunluk hâkimiyeti, demokrasinin en derin esasına uygun olarak muhalefeti –azınlığı- sadece kavramsal olarak öngörmeyip bilakis politik olarak kabul etmesi ve muhalefeti temel hak ve özgürlüklerle, nispi seçim sistemiyle koruması yönleriyle diğer hâkimiyetlerden ayrılır. Fakat azınlık güçlü olduğu nispette, demokrasi bir uzlaşma siyasetine dönüşür; aynı biçimde, herhangi birini kayıtsız şartsız tümüyle kabul edemeyeceği ya da kesin olarak reddedemeyeceği iki karşıt görüş arasında bir uzlaşmaya yöneltmesi, görecelilik anlayışının karakteristik özelliğidir ”.

Değer göreceli demokrasi anlayışının önemli savunucularından bir diğeri olan Radbruch ise “Kulturlehre des Sozialismus” adlı eserinde değer göreceliğini ve çoğunluğun yönetme hakkını şu sözlerle savunmaktadır¹³¹:

Demokrasi arka planında göreceliğe sahiptir: O devletteki çoğunluğu geride bırakmayı başaran her görüşe devlet yönetimini devretmeye hazırdır. Hiçbir düşünce ispatlanabilir ve çürütülebilir olmadığı için, bir düşüncenin nesnel içeriği değil destekçilerin sayısı ülkedeki yönetim hakkında karar verir. Böylesine bir görecelilik biraz şüphe biraz teslimiyet gerektirir, olgunlaşma ve deneyim şarttır ...

Yukarıdaki bilgiler ışığında çoğunluk hâkimiyeti ilkesi değer göreceli demokrasi anlayışının bir ön şartı olarak varsayılabılır. Değer göreceli demokrasi anlayışında değerler birey bazında değil çoğunluk-azınlık nispetinde dikkate alınır. Öngörülen

¹²⁷ Struth, *Hassrede und Freiheit*, 47.

¹²⁸ Struth, *Hassrede und Freiheit*, 47.

¹²⁹ Struth, *Hassrede und Freiheit*, 48; Groh, “Zwischen Skylla”, 441; Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 19.

¹³⁰ Kelsen, *Vom Wesen*, 101-102.

¹³¹ Radbruch, *Kulturlehre des Sozialismus*, 49.

çoğunluğa erişen her ideoloji, kendi değerleri kapsamında hareket etme serbestisine sahip olur ve devlet yönetimini devralabilir¹³².

Değer göreceli demokrasi anlayışında yeterli çoğunluğu elde etmiş politik iradeye yasa koyucu güç, otorite verebilir, onun bağlayıcılık kazanmasını sağlayabilir¹³³. Ancak yasa koyucu herhangi bir politik görüşün mutlak bir değer olduğunu varsayarak karşıt görüşlere bunu empoze etmemelidir. Her halükarda özgür muhalefet ve eleştiri ortamı açık tutulmalı, inanç hürriyeti, basın hürriyeti gibi temel haklara saygı duyulmalıdır. Bu sebeple değer göreceliğinin liberalizmi doğurduğu da savunulmaktadır¹³⁴.

Sonuç olarak değer göreceli demokrasi anlayışı ideolojilerin, karar alma sürecinde kararların içeriği ile ilgilenmez. Neyin doğru-yanlış ya da neyin haklı-haksız olduğunun tespitini yapmaz. Ancak neyin yasal olup olmadığını belirleyeceği şekli kurallarla tayin eder¹³⁵. Şayet öngörülen şekli kurallar (başta çoğunluk ilkesi olmak üzere) sağlanmışsa her ideoloji istediği değişikliği ve düzenlemeyi yapmakta serbesttir. Örneğin devlet şekli olarak Cumhuriyetin benimsendiği bir devlette bir veya birden fazla parti yeterli çoğunluğa erişmişse devlet şeklini monarşiye çevirebilir. Hatta demokrasinin kendisi dahi ortadan kaldırılabilir¹³⁶. Değer göreceli demokrasi anlayışında, demokrasinin tek güvencesi usul ve şekil kurallarıdır. Nitekim Kelsen bu demokrasiyi “devlet yapısını düşmanlarına karşı en az koruyan” olarak ifade etmektedir¹³⁷. Dolayısıyla değer göreceli demokrasi anlayışında demokrasi kendisini yıkmaya yeltenenlere dahi tahammül gösterecek kadar toleranslıdır. Bu anlayışta devlet, çoğunluğa erişmiş olmaları şartıyla anayasanın temel unsurlarını ortadan kaldıracak bir hareket ile diğerleri arasında herhangi bir fark gözetmemelidir. Bir devlet demokrasiyi kurtarmak adına çoğunluk iradesine karşı geliyorsa demokratik olmayı bir kenara bırakmış demektir¹³⁸. Diğer bir ifadeyle toleranssız olanlara tolerans gösterilmediğinde ya da anti demokratik hareketlere

¹³² Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 344.

¹³³ Radbruch, “Der Relativismus”, 18; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 46-47.

¹³⁴ Radbruch, “Der Relativismus”, 18-19.

¹³⁵ Radbruch, “Der Relativismus”, 18; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 48.

¹³⁶ Gusy, *Weimar*, 28; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 47; Groh, “Zwischen Skylla”, 442; Müller, “Militant Democracy”, 1257; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 7.

¹³⁷ Hans Kelsen, “Verteidigung der Demokratie”, in: *Hans Kelsen Verteidigung der Demokratie*, hrsg. Jestaedt/Lepsius, 229, 237 (Aktaran: Struth, *Hassrede und Freiheit*, 48).

¹³⁸ Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 344.

demokratik katılım hakkı verilmediğinde demokrasinin sınırları aşılmış olur¹³⁹. Böylece demokrasinin en saf haline, değer göreceli demokrasi anlayışı ile ulaşılır¹⁴⁰.

1.2.2.2. Weimar Anayasası'nda Değer Göreceli Demokrasi Anlayışı ve Uygulaması

Weimar Anayasası'nda değer göreceli demokrasi anlayışı Anayasa'nın 76. madde hükmü çerçevesinde ele alınmıştır. Anayasanın bu hükmü anayasanın hangi şartlarla değiştirilebileceğini düzenlemektedir¹⁴¹. Hükme göre;

“Anayasa yasama yoluyla değiştirilebilir. Fakat Federal Meclisin (Reichstag) anayasayı değiştirme hakkında karar alabilmesi, yasal üye tamsayısının üçte ikisinin hazır bulunması ve hazır bulunan üyelerin üçte ikisinin kabul etmesiyle mümkün olur. Aynı şekilde anayasa değişikliği hakkında Federal Konseyin (Reichsrat) kararında da oyların üçte iki çoğunluğu gereklidir. Şayet anayasa değişikliğine ilişkin olarak halk istemi üzerine halk oylamasıyla karar verilecekse oy hakkı olanların çoğunluğu gereklidir.

Federal Meclis (Reichstag) anayasa değişikliğini Federal Konseyin (Reichsrat) itirazına rağmen karara bağlar, bunun üzerine Reichsrat iki hafta içerisinde halk oylamasına gidilmesini talep ederse Cumhurbaşkanı değişiklik yasasını ilan edemez”

Weimar Anayasası bu madde hükmüyle anayasa değişikliği yolunun kapısını açık bırakmıştır¹⁴². Ancak kanunlardan farklı olarak anayasa değişikliğinin kabulü nitelikli sayılara bağlanmış, anayasa değişikliği teklifinin yürürlüğe girmesinde yetki farklı ihtimallere göre parlamentonun iki kanadı (Reichstag ve Reichsrat), Cumhurbaşkanı ve halk arasında paylaştırılmıştır¹⁴³. Buna karşılık Anayasanın nasıl değiştirileceğini

¹³⁹ Struth, *Hassrede und Freiheit*, 48.

¹⁴⁰ Spiegel, 94.

¹⁴¹ Weimar Anayasası döneminde anayasa değişiklik süreci hakkında bkz., Johann Victor Bredt, “Der Weg der Verfassungsänderung”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 82/3 (1927): 437-456.

¹⁴² Gussy, Weimar Anayasası'nın yürürlüğe girdiği dönemdeki gerçeklik karşısında anayasanın değişikliğe izin vermesini bu yönde silahlı mücadele yapılmasının yasal bir reddi olarak yorumlamaktadır. Ayrıca yazar anayasanın sadece silahlı mücadeleyi reddetmediği m. 76'da düzenlenen usulle yeni demokratik mücadelenin usulünü de belirlediği görüşündedir. Bkz., Gussy, *Weimar*, 29-30.

¹⁴³ Madde metninden hareketle bir anayasa değişikliği teklifinin yürürlüğe girmesi şu şekilde izah edilebilir: Maddede ilk olarak anayasanın yasama yoluyla değiştirileceği hüküm altına alınarak m. 68 ve devamında düzenlenen kanun yapma usulüne atıf yapılmıştır (m. 76/c.1). Dolayısıyla hükümde yer almayan hususlar için kanun yapma usulü dikkate alınacaktır. Madde hükmüne göre Anayasa değişikliklerini yapmakla görevli asli organ Federal Meclis (Reichstag)'tir. Federal Meclis (Reichstag)'te anayasa değişikliğinin geçmesi için toplantıya meclis üye tam sayısının en az üçte ikisinin katılması ve katılan bu üyelerin de en az üçte ikisinin kabul oyu vermesi gerekmektedir (m. 76/f.1, c.2). Federal Meclis (Reichstag)'ten geçen bir anayasa değişikliği teklifi üzerinde Federal

düzenleyen mezkûr hüküm, tali kurucu iktidarı sınırlandıracak herhangi bir maddi içerik öngörmemiş, sadece değişikliğin şekil ve usulünü belirlemiştir¹⁴⁴. Hükümde herhangi bir maddi sınır öngörülmemiş olması anayasanın her türlü değişikliğe açık olup olmadığı tartışmasını beraberinde getirmiştir. Tartışmanın temelinde ise, o dönem genel kabul gören değer göreceli demokrasi anlayışının Weimar Anayasası için de geçerli olup olmadığı meselesi yer almıştır. Kamu hukuku doktrininin azınlık görüşü Weimar Anayasası'nda her türlü maddi değişikliğin yapılamayacağını savunmuştur. Kurucu siyasi iktidar ve hâkim kamu hukuku doktrini ise Weimar Anayasası'nın değer göreceli demokrasi anlayışına sahip olduğunu kabul etmiş ve m. 76 hükmüne bu anlayış çerçevesinde yaklaşmıştır¹⁴⁵.

Kurucu siyasi iktidar ve (kurucu) kamu hukuku doktrini anayasanın değer göreceli ve dinamik bir yapıda olmasını bilinçli bir şekilde tercih etmiştir. Onlara göre değer göreceliği, anayasanın ortaya çıkmasına neden olan ve dengeye dayanan uzlaşının bir uzantısı, bir ifadesidir¹⁴⁶. Kurucu hükümetin İçişleri Bakanı Eduard David, Weimar Anayasasının kabulü aşamasında anayasaya itiraz eden aşırı sağ partilere hitaben Weimar Anayasası'nın değer göreceli demokrasi anlayışına sahip olduğunu şu sözlerle ifade etmiştir¹⁴⁷:

Anayasa size yasal yollardan anlayışınıza uygun değişiklik yapma imkânı verir; fakat anayasa istediğiniz değişikliği yapabilmeniz için ideolojinizi destekleyecek gerekli halk çoğunluğunu kazanmanızı şart koşar. Bununla birlikte politik mücadele yöntemlerinin

Konsey (Reichsrat) de karar alabilecektir. Yapılacak oylamada değişikliğin kabul edilebilmesi için oyların üçte ikisinin kabul oyu gereklidir (M. 76/f.1, c.3). Ancak Federal Konsey (Reichsrat)'de bu çoğunluk sağlanamadığında yani değişiklik için Federal Konsey (Reichsrat)'de en az üçte birden fazla red oyu çıktığında Federal Konsey (Reichsrat) bu değişikliğe itiraz etmiş sayılır. Ancak Federal Meclis (Reichstag), Federal Konsey (Reichsrat)'ın karşı çıkmasına rağmen değişikliğin yürürlüğe girmesi için Cumhurbaşkanı'na gönderebilir. Federal Konsey (Reichsrat) ise bunun üzerine itirazında ısrar ederek iki hafta içerisinde değişikliğin halk oylamasına götürülmesini talep edebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı'nın halkoylamasına gitmeden anayasa değişikliğini ilan etme yetkisi söz konusu değildir (m. 76/f.2). Halk oylamasında oyların çoğunluğunu alırsa değişiklik kabul edilmiş sayılır. Diğer taraftan halk istemi ile de, halk bir anayasa değişikliği teklifi hazırlayabilir ve seçmenlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmesiyle bu değişiklik yürürlüğe girebilir (m. 76/f.1, c.4).

¹⁴⁴ Caldwell, *Popular Sovereignty*, 69.

¹⁴⁵ Müller, "Militant Democracy", 1257; Groh, "Zwischen Skylla", 442; Jasper, *Der Schutz der Republik*, 12; Peter Unruh, *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz* (Berlin: Duncker & Humblot, 2004), 56; O dönem hâkim doktrinindeki yazarlara Gerhard Anschütz, Richard Thoma ve Friedrich Giese gibi hukukçular örnek gösterilmektedir. Bkz., Papier und Durner, "Streitbare Demokratie", 343, dn. 16.

¹⁴⁶ Jasper, "Der Geist von Weimar", 158.

¹⁴⁷ Jasper, "Der Geist von Weimar", s.158.

her türlü gerekliliği devre dışı kalır. Bu yol her türlü yasal barışçıl gelişime açıktır. Bu saf demokrasinin temel düsturudur.

İçişleri Bakanı'nın bu ifadesi anayasanın adeta değer göreceliği anlayışı ile doğduğunu göstermektedir. Aşırı sağcı radikal partilere “darbeye kalkışmayın, ayaklanmayın, silahlı mücadeleye girişmeyin, gerekli çoğunluğa erişerseniz anayasayı kendi ideolojinize göre dizayn edin” mesajı verilmiştir. Buradaki tek engel ise başta m. 76 olmak üzere anayasanın şekli hükümleridir.

Weimar Anayasası'nda değer göreceli demokrasi anlayışını savunan hâkim kamu hukuku doktrinin önemli temsilcilerinden *Anschütz* ise m. 76 hükmünü şu şekilde ele almıştır¹⁴⁸:

... Anayasa, yasama yoluyla değiştirilebilir. ... İçerik farkına ve politik önemlerine bakılmaksızın her şey değiştirilebilir. Madde 76'da düzenlenen yasa koyma yoluyla (m. 73 ve 76'da izin verilen halkoylamasıyla kabulün dışında) her türlü anayasa hukuku değişikliği yapılabilir: ki bu değişiklikler ... devletin (Federal Devletin) hukuki niteliğine, merkezi devlet ve eyaletler arasındaki yetki dağılımına, merkezi devletin ve eyaletlerin devlet ve hükümet modellerine (Cumhuriyet, demokrasi, seçme hakkı, parlamentarizm, halk oylaması, halk girişimi) ve diğer temel hususlara (Temel haklara!) dayanan değişiklikler olabilir. 76. maddeyle Federal Meclise, Federal Konseye ve halkın nitelikli çoğunluğuna devredilen anayasa değiştirme kuvveti maddi olarak sınırsızdır.

Hâkim kamu hukuku doktrininin bir diğer temsilci olan *Thoma* da tıpkı *Anschütz* gibi m. 76'da öngörülen çoğunluğa erişen iradenin her türlü değişikliği yapabileceğini savunmuştur. Yazara göre “halkın büyük çoğunluğu” anayasa maddeleriyle engellenemez, “anayasa onu gerçekten isteyene verilmelidir”. Yazara göre yasa koyucuya sınırsız anayasa değişikliği yetkisi verilmesi “tüm özgürlüklerin getirdiği tehlikelerden ağır basan özgürlükçü demokratik karar alma onuruna” daha uygundur¹⁴⁹. Ayrıca yazar demokrasi ve liberalizm açısından “halkın kararlı ve şüphesiz çoğunluğunun yasal olarak istediği ve karar verdiğinin (mevcut anayasanın temel direklerini altüst etse dahi) bir darbe veya isyan olarak değerlendirilebilmesini” imkânsız görmektedir.

¹⁴⁸ Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919* (Bad Homburg vor der Höhe: Hermann Gentner Verlag, 1960), 403.

¹⁴⁹ Richard Thoma, *Die Funktionen der Staatsgewalt: Grundbegriffe und Grundsätze*, in: Anschütz/Thoma, Bd. II, 154 (Aktaran: Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte Seit 1789 - Band VI Die Weimarer Reichsverfassung* (Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1981), 420).

Weimar Anayasası'nın 76. maddesini değer göreceli demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirmeyen doktrindeki azınlık görüş ise, bu madde hükmünde şekli sınırların yanında bir takım maddi sınırların da yer aldığını dile getirmiştir¹⁵⁰. Bu görüşü savunanların başında *Carl Schmitt* gelmektedir. *Schmitt*, hem 1928 yılında yayımladığı *Verfassungslehre*¹⁵¹ adlı eserinde hem de 1932 yılında yayımladığı *Kanunilik ve Meşruiyet*¹⁵² adlı eserinde o dönem hâkim olan değer göreceli demokrasi anlayışına ve 76. maddenin bu kapsamda değerlendirilmesine açıkça karşı çıkmıştır.

Schmitt, *Verfassungslehre* adlı eserinde “anayasa (Verfassung)” ve “anayasa normu (Verfassungsgesetz)” şeklinde ikili bir ayırmadan bahsetmektedir¹⁵³. *Schmitt*'e göre anayasa oluşturulurken halk, anayasanın temelini teşkil edecek bir takım siyasi “kararlar” almıştır¹⁵⁴. *Schmitt*'e göre bu siyasi kararlar o devletin “anayasası (Verfassung)”nı ifade etmektedir. Temel siyasi karar niteliğini haiz olmayan diğer anayasa normları ise *Schmitt* tarafından “anayasa normu (Verfassungsgesetz)” olarak ifade edilmiştir. Yazara göre Weimar Anayasası'nda “anayasa” olarak ifade edilen temel siyasi kararlar; demokrasi kararı, cumhuriyet kararı, eyaletlerin muhafazası ve devletin federatif yapıda olmasına ilişkin karar, yasama ve yürütmenin parlamenter-temsili olduğuna ilişkin karar ve temel haklar ve kuvvetler ayrılığı prensipleriyle hukuk devletine ilişkin karardır¹⁵⁵. Yazara göre Anayasa olarak ifade edilen bu siyasi temel kararlar¹⁵⁶ anayasa değişikliğine konu

¹⁵⁰ Bu görüşü savunanların başında Carl Schmitt gelmektedir. Aynı şekilde C. Bilfinger ve H. Triepel gibi hukukçular da benzer görüştedir. Bkz., Jasper, *Der Schutz der Republik*, s.13; Michael Dreyer, “Weimar als wehrhafte Demokratie – ein unterschätztes Vorbild”, in *Die Weimarer Verfassung Wert und Wirkung für die Demokratie*, hrsg. Friedrich-Ebert-Stiftung, Friedrich-Ebert-Stiftung, (Berlin: Wagemann Medien GmbH, 2009), 166 dn. 15; Carl Schmitt dışında maddi sınırların varlığını savunan diğer yazarlar için bkz., Gusy, *Weimar*, 27 dn. 113'te yer alan yazarlar.

¹⁵¹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1928); Bu eser hakkında yazılmış Türkçe bir çalışma için bkz., Ece Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in ‘Anayasa Öğretisi’”, *IÜHFM*, 73/1 (2015): 129-180.

¹⁵² Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, çev. Mehmet Cemil Ozansü (İstanbul: İthaki Yayınları, 2018).

¹⁵³ Schmitt, *Verfassungslehre*, 11, 20, 99; Groh, “Zwischen Skylla”, 443.

¹⁵⁴ Schmitt, *Verfassungslehre*, 23.

¹⁵⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, 23-24; Göztepe, “Bir Klasik Eser”, 143.

¹⁵⁶ *Schmitt*'e göre bu temel siyasi kararlar o döneme değin yürürlüğe giren birçok anayasada bulunmaktadır: 1791 Fransız Anayasası'nda Fransız halkının ulusu temsil eden kral ve yasa koyucu organla birlikte anayasal monarşi kararı; 1831 Belçika Anayasası'nda Belçika halkının demokrasi zemini üzerinde (parlamenter) monarşi yönetim biçimi kararı; 1850 Prusya Anayasası'nda kralın hem hükümet hem de devlet şekli olarak anayasal monarşi kararı; 1852 Fransız Anayasası'nda Fransız halkının III. Napolyon'un irsi imparatorluğuna ilişkin kararı bunlara örnektir; Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere anayasalardaki bu değiştirilemez ilkeler demokrasilerde halka, monarşilerde ise krala aittir. Bkz., Schmitt, *Verfassungslehre*, 23.

olamaz¹⁵⁷. Örneğin, Cumhuriyet olan devlet şekli 76. maddede yer alan şartlarının sağlanmasıyla mutlak monarşiye ya da bir Sovyet-Cumhuriyetine dönüştürülemez¹⁵⁸. Mezkûr temel siyasi kararlar dışındaki normlar ise anayasa değişikliğine konu olabilir. Yazar böylece m. 76'da "Anayasa yasama yoluyla değiştirilir" hükmündeki "anayasa" ifadesini "anayasa normu" olarak yorumlamış, madde metninde açıkça geçmese bile¹⁵⁹ değiştirilemeyen maddelerin varlığını savunmuştur¹⁶⁰.

Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet adlı eserinde ise değer göreceliği anlayışını eleştirmiştir. *Schmitt*'e göre 76. maddenin değer göreceliği anlayışı çerçevesinde ele alınması, anayasanın politik özünü ve temelini ortadan kaldırmıştır. Yazara göre anayasa içerik olarak herhangi bir fark gözetmeksizin her türlü anayasa değişikliği sürecine karşı tarafsız hale gelmiştir¹⁶¹. Yazar değer göreceli demokrasi anlayışının anayasanın kendisini yasal olarak ortadan kaldırmasına ve böylece intiharına giden bir sürecin doğmasına neden olacağını savunmuştur¹⁶².

Schmitt'in ileri sürdüğü yaklaşım o dönem kamu hukuku doktrininde kabul görmemiştir¹⁶³. Hâkim kamu hukuku doktrini, anayasa normları arasında değiştirilebilir olup olmamasına göre bir sınıflandırma yapılmasının sübjektiflikten uzak ikna edici kriterlere sahip olmadığını savunmuştur¹⁶⁴. Doktrinde *Schmitt*'in savunduğu gibi anayasal düzenlemelere yaklaşıp yaklaşılmayacağının yasa koyucunun takdirinde olduğu belirtilmiştir¹⁶⁵. Aksi durumda yani değiştirilemez maddelerin kabulünde demokrasinin anlamını kaybedeceği, mevcut halk iradesinin gelişme imkânından

¹⁵⁷ Schmit, *Verfassungslehre*, 26.

¹⁵⁸ Schmit, *Verfassungslehre*, 26.

¹⁵⁹ Yazara göre bir anayasa metninde anayasa değişikliği açıkça yasaklanıyorsa bu sadece tasdik edici (Bestätigung) bir ifadedir. Schmit, *Verfassungslehre*, 105.

¹⁶⁰ Schmit, *Verfassungslehre*, 104.

¹⁶¹ *Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet*, 58; *Schmitt* mezkûr eserinde de tıpkı Anayasa Teorisi eserinde olduğu gibi Weimar Anayasası'nın benimsediği bir takım temel kararların olduğunu ve bu kararların anayasa değişikliği yoluyla değiştirilemeyeceğini yinelemiştir. Bkz., *Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet*, 68-69.

¹⁶² *Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet*, 56-57; *Schmitt* benzer eleştirileri "Der Hüter der Verfassung" adlı eserde de yapmıştır. Bkz., Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1985), 113.

¹⁶³ Unruh, *Weimarer Staatsrechtslehre*, 113; Groh, "Zwischen Skylla", 443; *Schmitt*'in görüşlerinin olan hukuk (de lege lata) açısından dayanıksız olduğu yönünde bkz., Jasper, *Der Schutz der Republik*, 14.

¹⁶⁴ Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 405.

¹⁶⁵ Richard Thoma, "Grundbegriffe und Grundsätze", in: *HdbdDStR*, hrsg. Anschütz/Thoma, II, 1932, § 71 S. 153 ff, 193 (Aktaran: Groh, "Zwischen Skylla", 444).

mahrum kalacağı endişesi dile getirilmiştir¹⁶⁶. Anayasanın 76. maddesi kapsamında değer göreceliğini savunanlardan *Thoma*, madde hükmü kapsamında kurucu iktidarın sınırsız olamayacağı şeklindeki görüşü “belki riskli ama mantığında özgür demokratik karar alma idesinin büyük idraki olan” yaklaşımı anlayamadığı gerekçesiyle eleştirmiş, “halkın kararlı ve tutarlı çoğunluğunun yasal yollarla istediği ve karar verdiği şeyin (hatta mevcut anayasanın temel sütunlarını devirse bile) darbe veya devrim olarak değerlendirilmesi”ni demokrasi ve liberalizm penceresinden doğru bulmamıştır¹⁶⁷.

Sonuç olarak hâkim kamu hukuku doktrini karşıt görüşlere rağmen değer göreceliği anlayışını savunmaya ve anayasanın 76. maddesini bu kapsamda ele almaya devam etmiştir¹⁶⁸. Buna göre anayasanın 76. maddesindeki şekil ve usul şartlarının yerine getirilmesi şartıyla anayasanın hiçbir içeriksel sınıra tabi olmaksızın kısmen veya tamamen kaldırılabilmesi kabul edilmiştir¹⁶⁹. Bu kapsamda Weimar Anayasası’nın öngördüğü demokratik düzen, parlamenter ve federatif yapı ve temel haklar kataloğunun ortadan kaldırılmasının önüne maddi herhangi bir engel konulmamıştır¹⁷⁰. Demokrasi düşmanları da dâhil olmak üzere tüm ideolojik hareketler Weimar Anayasası’nın demokratik müsamahasının kapsamı içine alınmıştır¹⁷¹. Doktrin ve siyasi irade sayesinde değer göreceliği anlayışı ve 76. maddenin bu anlayış kapsamındaki yorumu adeta Weimar Anayasası’nın yarı resmi bir ideolojisine dönüşmüştür. Yarı resmi bir ideolojiye dönüşen değer göreceli demokrasi anlayışı ve bu kapsamda ele alınan 76. madde hükmü uygulamaya da yansımıştır. Bunun en ciddi ve en trajik uygulaması ise 1933 yılında Hitler tarafından çıkarılan Yetki Yasası’dır (Ermächtigungsgesetz). Daha çok ekonomik ve siyasi kriz dönemlerinde etkili ve hızlı karar alınması amacıyla yasama yetkisini

¹⁶⁶ Margit Kraft-Fuchs, “Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre”, *Zeitschrift des öffentlichen Rechts*, Nr. 9, 1930, 532 (Aktaran: Groh, “Zwischen Skylla”, 444).

¹⁶⁷ Richard Thoma, in: *HdbdDStR I*, hrsg. Anschütz/Thoma, 1930, § 16 S. 193 f. (Aktaran: Groh, “Zwischen Skylla”, 444; Jasper, *Der Schutz der Republik*, 14).

¹⁶⁸ Groh, “Zwischen Skylla”, 443-444.

¹⁶⁹ Gusy, *Weimar*, 27-28; Jasper, “Der Geist von Weimar”, 157; Jasper, *Der Schutz der Republik*, 14; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, m. 7; Stephan Seitzers, “Art. 18 - Verwirkung von Grundrechten”, in *Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, hrsg., Dieter C. Umbach und Thomas Clemens, (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2002), 1193; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 343;

¹⁷⁰ Gusy, *Weimar*, 27; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 343; Doktrinde Weimar Anayasası ile benimsenen bu demokrasi anlayışı “değerlere kör demokrasi”(wertblinde Demokratie) olarak da ifade edilmektedir. Bu yönde bkz., Jörg Peterek, “Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 1 [Verwirkung von Grundrechten]”, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, hrsg., Christian Burkiczak, Franz-Wilhelm Dollinger und Frank Schorkopf, (Heidelberg: C.F. Müller, 2015), 791.

¹⁷¹ Glaeser, *Missbrauch*, 25.

hükümetlere tevdi eden ve geçici anayasa değişikliği niteliğinde olan yetki yasalarının¹⁷² aksine, 1933 tarihli Yetki Yasası (Ermächtigungsgesetz) Weimar Cumhuriyeti'nin sonunu hazırlamıştır¹⁷³.

Hitler'in çıkardığı Yetki Yasası (Ermächtigungsgesetz) "Halk ve Devletin Sıkıntılarının Giderilmesine Dair Kanun" adıyla 24 Mart 1933 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷⁴. Beş maddeden oluşan söz konusu yasa Weimar Anayasası'nın temel unsurlarını ortadan kaldırmıştır. Her şeyden önce hükümete yasama yetkisi verilmiş böylece hem yasama hem de yürütme yetkisi kendisinde toplanan hükümet aynı anda kararname ve kanun çıkarma yetkisine sahip olmuştur¹⁷⁵. Hükümetin çıkaracağı kanunların anayasadan sapabileceği düzenleme altına alınmıştır¹⁷⁶. Hükümetin yayınlayacağı kanunların şansölye tarafından hazırlanacağı ve bunların resmi gazetede

¹⁷² Geçici anayasa hükmü formunda yürürlüğe giren bu yetki yasaları lex posterior ilkesi gereği yürürlükte olduğu dönemle sınırlı kalmak üzere ilgili anayasa metnini ilga etmekteydi. Söz konusu yetki yasası yürürlükten kalktığı anda ise ilgili anayasa metni yeniden yürürlüğe girmekteydi. Söz konusu yetki yasaları kabul edilirken m. 76'da öngörülen şekil ve usul şartlarına riayet edilmiştir. Temsili demokrasi anlayışı, kuvvetler ayrılığı gibi demokratik ilkelerin rafa kalktığı bu yetki yasalarına Weimar Anayasası döneminde sıkça başvurulmuş ve ekseriyetle olumlu sonuçlar alınmıştır. Alman kamu hukuku doktrininde anayasa metnini değiştirmeden anayasa değişikliği yapan bu yetki yasalarına "anayasa ihlali" (Verfassungsdurchbrechung) denilmiştir. Anayasa ihlalleri (Verfassungsdurchbrechung) hakkında bkz., Schmit, Verfassungslehre, 99-100, 106-109; Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 421-427; Angela Bauer-Kirsch, "Herrenchiessee der Verfassungskonvent von Herrenchiessee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, 2005), 112 vd; Weimar Cumhuriyeti dönemi boyunca yirmi iki anayasa ihlali (Verfassungsdurchbrechung) şeklinde anayasa değişikliği yapıldığı yönünde bkz., Hans Schneider, "Die Reichsverfassung vom 11. August 1919", in *Handbuch des Staatsrecht – Band I Historische Grundlagen*, hrsg., Josef Isensee und Paul Kirchhof, (Heidelberg: C. F. Müller, 2005), 223; Weimar Anayasası döneminde Anayasa metni değişmeden yapılan bu anayasa ihlallerinin tekrarlanmaması için Almanya Anayasası'nda tedbir alınmıştır. Almanya Anayasası m. 79/f.1,c.1: "Anayasa, ancak kendisinin sözünü açıkça değiştiren veya tamamlayan bir yasayla değiştirilebilir.". Bu konuda bkz., Kirsch, s.112; Schneider, "Die Reichsverfassung", 224.

¹⁷³ Groh, "Zwischen Skylla", 446-447.

¹⁷⁴ Söz konusu yetkisi yasasının orijinal adı "Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich" şeklindedir. Yasa ve maddeleri hakkında bkz., https://de.wikipedia.org/wiki/Erm%C3%A4chtigungsgesetz_vom_24._M%C3%A4rz_1933?oldformat=true, Erişim Tarihi: 23.04.2020; Bu yetki Yasası (Ermächtigungsgesetz) hakkında bir inceleme için bkz., Hans, Schneider, "Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933", *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 3 (1953): 197-221.

¹⁷⁵ Yasanın 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "Anayasada öngörülen kanun yapım usulüne ek olarak, federal hükümet (Reichsregierung) tarafından federal düzeyde kanunlar çıkarılabilir. Bu aynı zamanda, Anayasasının 85. maddesinin 2. fıkrasında ve 87. maddesinde atıfta bulunulan kanunlar için de geçerlidir."

¹⁷⁶ Yasanın 2. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "Federal hükümet (Reichsregierung) tarafından çıkarılacak federal düzeydeki kanunlar Federal Meclis (Reichstag) ve Federal Konsey (Reichsrat) teşkilatlanmasıyla ilgili olmadığı sürece anayasadan sapabilir. Cumhurbaşkanı'nın hakları dokunulmazdır."

yayınlanacağı kabul edilen bir diğer hüküm olmuştur¹⁷⁷. Uluslararası sözleşmelerin akdi ve uygulanması da yine hükümete bırakılmıştır¹⁷⁸. Söz konusu değişikliklerin dört yıl boyunca (1 Nisan 1937 tarihine kadar) yürürlükte kalacağı kabul edilmiştir¹⁷⁹. Hitler ve partisinin yürürlüğe soktuğu bu Yetki Yasası (Ermächtigungsgesetz) diğer yetki yasaları gibi geçici bir siyasi krizi çözmekten öte devletin demokratik yapısını ortadan kaldırmıştır. Bu yasa ile kuvvetler ayrılığı sona ermiş, parlamento işlevsiz kalmış, hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü gibi temel ilkeler çiğnenmiştir. Böylece Weimar Anayasası ve Weimar Cumhuriyeti fiilen de olsa sona ermiş, diktatörlük rejimine geçiş yapılmıştır¹⁸⁰.

1.3. Militan Demokrasi Anlayışının Teorik Olarak Doğuşu

1.3.1. Genel Olarak

Weimar Cumhuriyeti'nin sonunu hazırlayan etkenlerden biri olarak değer göreceli demokrasi anlayışı Faşizmin ve Nazizmin tüm dünyada meydana getirdiği tahribatla birlikte etkisini yitirmiştir¹⁸¹. Bu noktada değer göreceli demokrasi anlayışının aksine tüm değerlere eşit yaklaşmayan ve demokratik düzeni koruyan bir demokrasi anlayışı gündeme gelmeye başlamıştır. Kendi içerisinde bir takım özellikleri barındıran bu demokrasi yaklaşımı militan demokrasi anlayışı olarak ifade edilmiştir. Her ne kadar demokrasinin korunması fikri eskilere dayansa da militan demokrasi anlayışının teorik olarak ortaya atılması ancak 20. yüzyılın ikinci çeyreğinde yukarıda anlattığımız gelişmeler neticesinde mümkün olmuştur.

¹⁷⁷ Yasanın 3. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Federal hükümet (Reichsregierung) tarafından hazırlanan federal düzeydeki yasalar başbakan (Reichskanzler) tarafından onaylanır ve resmi gazetede ilan edilir. Aksi belirtilmediği sürece yasa ilanı takip eden gün yürürlüğe girer.”

¹⁷⁸ Yasanın 4. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Yasamanın kapsamına girecek konularda yabancı ülkelerle imzalanacak sözleşmelerin onaylanması için yasama organlarının onayına ihtiyaç yoktur. Federal hükümet (Reichsregierung) sözleşmelerin uygulanması için gerekli düzenlemeleri yapar.”

¹⁷⁹ Yasanın 4. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Bu yasa yayımlandığı gün yürürlüğe girer. Bu yasa 1 Nisan 1937 tarihinde yürürlükten kalkar; aynı şekilde mevcut hükümet yerine başka bir hükümet gelirse yasa yürürlük dışı kalır.”; Yasada belirtilen sürenin bitiminde ve her defasında, tamamen Nasyonal Sosyalistlerin egemenliği altında bulunan Federal Meclis (Reichstag) tarafından yetkilendirme yasası tekrar uzatılmıştır. Bkz., Schneider, “Das Ermächtigungsgesetz”, 212-213.

¹⁸⁰ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 12.

¹⁸¹ Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 345.

Militan demokrasi, bir anlayış olarak ilk defa Karl Loewenstein tarafından Naziler Almanya’da iktidara geldiği dönemde ileri sürülmüştür¹⁸². Bu yeni demokrasi anlayışının temel gayesi her şeyden önce anti demokratların demokrasiler içerisinde büyüyerek demokrasileri ortadan kaldırmasını engellemektir. Loewenstein’in bu yaklaşımıyla Fransız İhtilaliyle meşhur olan “özgürlük düşmanlarına özgürlük yok” sloganı artık demokrasi düşmanlarına yöneltilmiştir¹⁸³. Böylece yeni Hitler ve Mussolinilerin ortaya çıkmasının önü kapatılmak istenmiştir.

Karl Loewenstein militan demokrasi anlayışını savunan ilk yazar olsa da o dönemde birçok yazar demokrasinin düşmanlarına karşı savunmada olması gerektiğini belirten fikirler ileri sürmüştür. Tüm bu fikirler militan demokrasi anlayışının ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Doktrinde militan demokrasi anlayışının doğuşunda katkısı olan birçok yazar zikredilmektedir. Ancak çalışmada Karl Loewenstein ile birlikte Karl Mannheim, Karl Popper, Carl Schmitt, Van Den Bergh gibi öne çıkan isimler ve bu isimlerin görüşleri aktarılacaktır. Diğer yazarların görüşlerine ise çalışmanın ilgili konularında yeri geldikçe değinilecektir.

1.3.2. Militan Demokrasi Anlayışının Teorik Olarak Doğuşuna Katkı Sağlayan Doktrin Görüşleri

1.3.2.1. Karl Loewenstein

1.3.2.1.1. Genel Olarak

İki dünya savaşı arasında Avrupa’da özellikle Almanya’da Hitler’in iktidara gelme süreci ile birlikte mevcut demokrasi anlayışını sorgulayanların başında Alman hukukçu Karl Loewenstein gelmektedir. *Loewenstein* 1933 yılında Alman Münih Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde akademisyenlik görevini yürütürken Hitler iktidara

¹⁸² Giovanni Capoccia, “Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation”, *Annual Review of Law and Social Science*, 9/1 (2013): 208; Kathleen Cavanaugh and Edel Hughels, “Rethinking What is Necessary in a Democratic Society: Militant Democracy and the Turkish State”, *Human Rights Quarterly*, 38/3 (2016): 630; Müller, “Militant Democracy”, 1253, 1256; Svetlana Tyulkina, “Militant Democracy: An Alien Concept for Australian Constitutional Law?”, *Adelaide Law Review*, 36/2 (2015): 519; Anthoula Malkopoulou and Ludvig Norman, “Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives”, *Political Studies*, 66/2 (2018): 444; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 51; Avineri, “Introduction”, 1; Pfersmann, in: Sojo, 48; Sojo, in: Sojo, 210

¹⁸³ Gregor Paul Boventer, *Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat: Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich* (Berlin: Duncker & Humboldt, 1985), 18.

gelmiştir. Nazi yönetiminin kamu kurumlarında Aryan ırkından olmayanların çalışamayacağına ilişkin çıkardığı kanuna¹⁸⁴ ve bu noktada kendisine gönderilen mektuba¹⁸⁵ binaen görevinden istifa etmiştir. İstifasından hemen sonra ABD'ye iltica eden Loewenstein çalışmalarını burada sürdürmüştür¹⁸⁶. Loewenstein, Nazi diktatörlüğünü bizzat müşahade eden biri olarak ömrünün geri kalanında çalışmalarını, demokrasilerin zayıflıkları ve bu demokrasilerin dünyanın dört bir yanına yayılan faşist diktatörlüklerden nasıl korunması gerektiği üzerine yoğunlaştırmıştır¹⁸⁷. Militan demokrasi anlayışı da bu çalışmalar neticesinde ortaya çıkmıştır¹⁸⁸.

Loewenstein'in militan demokrasi anlayışını ortaya koyarken üç temel husus üzerinde durmuştur. Bunlar; faşizm tehdidi, demokrasilerin faşizme karşı savunmasızlığı problemi ve çözüm önerisi olarak militan demokrasidir. Bu şekilde sınıflandırılan bu üç

¹⁸⁴ Söz konusu kanun “Das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums” (Kamu Hizmetinin Yeniden Kurulması Kanunu) adıyla 7 Nisan 1933 yılında yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yasa ve takip eden süreçte onlarca fakülte kapanmış, binlerce bilim insanı ülkeyi terk etmek zorunda kalmıştır. Örneğin 1933 yılında hukuk alanında 112 öğretim üyesi çıkan yasaya istinaden ülkeyi terk etmek durumunda kalmıştır. Söz konusu yasa ve devamı süreç hakkında bkz. Claus-Dieter Krohn, *Intellectuals in Exile: Refugee Scholars and the New School for Social Research* (Massachusetts: University of Massachusetts Press, 1993), 12 vd; Alfons Söllner, *Deutsche Politikwissenschaftler in der Emigration* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1996), 76 vd..

¹⁸⁵ Ekim 1933 tarihinde Bavyera hükümeti tarafından kendisine gönderilen mektupta “Nasyonal Sosyalist Devlette Anayasa teorisi ve Anayasa hukuku, Aryan ırkından olmayanlar tarafından öğretilemez” uyarısı yer almaktaydı. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 25.

¹⁸⁶ Rijpkema, *Militant Democracy*, 25; Müller, “Militant Democracy”, 1256.

¹⁸⁷ Capoccia, “Militant Democracy”, 208; Müller, “Militant Democracy”, 1256; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 346; Karl Loewenstein'in hayatı hakkında bkz., Ben Plache, “Soldiers for Democracy: Karl Loewenstein, John H. Herz, Militant Democracy and the Defense of the Democratic State” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Virginia Commonwealth University, 2013), 13-14.

¹⁸⁸ Paul Cliteur and Bastiaan Rijpkema, “The Foundations of Militant Democracy”, in *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, eds. A. Ellian and G. Molier, (Dordrecht: Republic of Letters Publishing, 2012), 228-229; Militan demokrasi anlayışı, 1937 yılında yayınlanan *Militant Democracy and Fundamental Rights, I-II* (Militan Demokrasi ve Temel Haklar, I-II) adlı ikili bölümlük makalede ortaya koyulmuştur. Militan demokrasi anlayışı her ne kadar 1937 yılındaki mezkur makale ile doğsa da yazarın bu çalışmadan iki yıl önce kaleme aldığı bir diğer çalışma olan *Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I-II* (Modern Avrupa'da Otokrasi Demokrasiye Karşı, I-II) adlı çalışma da oldukça önemlidir. Yazar 1935 yılındaki bu makalesinde öncelikle Avrupa'nın mevcut siyasi görünümünü aktarmış, akabinde faşizmin demokrasiler için tehlikesine dikkat çekmiştir. Loewenstein bu tehlikeye karşı demokrasilerin “militan” olması gerektiğini savunmuştur. Dolayısıyla yazarın militan kavramını ilk kez kullandığı çalışması 1935 yılındaki çalışmasıdır. Makale Ağustos ve Ekim 1935 yılında yayınlanan iki bölümden oluşmaktadır. Bkz., Karl Loewenstein, “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I”, *The American Political Science Review*, 29/4 (1935): 571-593 ve Karl Loewenstein, “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe II”, *The American Political Science Review*, 29/5 (1935): 755-784; Buna karşın “militan demokrasi” kavramını belli bir sistematik altında bir demokrasi yaklaşımı olarak ilk defa kullandığı ve militan demokrasi anlayışını üne kavuşturan esas çalışması 1937 yılındaki makale dizisi olmuştur.

konu başlığı birbiriyle bağlantılıdır. Gerçekten *Loewenstein*'a göre faşizm demokrasiye karşı bir tehdittir. Yazara göre demokrasi bu tehdide karşı koyamamış, bunun neticesinde faşizmin demokrasilerde büyüme problemi ortaya çıkmıştır. Yine yazara göre bu problemin çözümü ise militan demokrasi anlayışının kabul edilmesidir. Aşağıda sırasıyla *Loewenstein*'ın üzerinde durduğu bu üç temel husus ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1.3.2.1.2. Faşizm Tehdidi

Loewenstein o dönem diktatörlüklerini faşizm kavramı altında incelemektedir. Yazara göre faşizm, iktidarı kazanmayı ve kazandığı iktidarı elde tutmayı amaçlayan bir tekniktir. Faşizm, tıpkı kendisinin kitlelere aşılacağı gibi karşı konulamaz bir ruh değildir¹⁸⁹. Yazara göre şayet demokrasi bu noktada hayatta kalmak istiyorsa bu teknikle mücadele etmelidir¹⁹⁰.

Loewenstein faşizmi bir teknik olarak tanımladıktan sonra onun içeriğini, yöntemlerini ve demokrasilerde nasıl yükseldiğini anlatmıştır. *Loewenstein*'a göre faşizmin tutarlı herhangi bir ideolojisi ya da felsefesi yoktur¹⁹¹. Ne İtalya'da Roma yürüyüşünde Mussolini'nin ne de İspanya'da Franco'nun takip ettiği bir ideoloji ya da programı yoktu. Faşizmin tek amacı yönetmektir¹⁹². Faşizm demokrasinin zayıflıklarından beslenir ve onu kullanır. Faşizmde kripto korporatizm politik temsilin yerine geçerken; liderlik, düzen ve disiplin ise parlamentodaki yolsuzluk, kaos ve bencilliğin yerine geçer¹⁹³. *Loewenstein* faşizmin demokrasilerde kitleleri nasıl manipüle ettiğini ve faşist partilerin iktidarı nasıl ele geçirdiklerini şu şekilde ifade etmektedir¹⁹⁴:

“Genel hoşnutsuzluk somut hedeflere odaklanır (Yahudiler, masonlar, bankacılar, zincir mağazalar). Göze çarpan en savunmasız hedefler olarak görünen şeye karşı devasa propaganda başlatılır. Sürekli tekrarlama, abartma ve basitleştirme tekniği geliştirilir ve uygulanır. Farklı sınıftan insanlar birbirlerine karşı hareket geçer. Kısacası duygusallığı en kaba ve en saf haliyle teşvik etmek, yönlendirmek ve kullanmak, hareket ve duyguyu kelime varlığından öte gören faşist tekniğin özüdür. Duygusal tekniğin kendine özgü bir

¹⁸⁹ Faşizmin bir ruh, bir manevi hareket olarak kitlelere aktarılması Mussolini'nin Roma yürüyüşündeki şu konuşmasında görülebilir: “Biz bir efsane yarattık; bu efsane bir inançtır; gerçek olması gerekmez; bir gayret ve ümit, inanç ve cesarettir. Bizim efsanemiz ulustur; somut bir gerçeklik haline getirmek istediğimiz büyük bir ulus...”. Mussolini'nin bu ifadeleri için bkz., Carl Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, çev. A. Emre Zeybekoğlu (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2017), 111-112.

¹⁹⁰ *Loewenstein*, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 422-423.

¹⁹¹ *Loewenstein*, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 423.

¹⁹² *Loewenstein*, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 423.

¹⁹³ *Loewenstein*, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 423.

¹⁹⁴ *Loewenstein*, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 423.

özelliği; araç olarak kullanılanların, yani kitlelerin, ipleri elinde bulunduranların yönettiği rasyonel hesaplamaların farkında olmamasıdır. Faşizm, teknik harikalar çağının ve duygusal kitlelerin gerçek çocuğudur.”

Loewenstein çalışmasında uluslararası boyuta varan faşizmin içerik ve ideolojik noktadaki ortak esaslarını tespit etmiştir. Bunlar, Komünizm ve onun akrabası olan Marksizm ve sosyalizme düşmanlık; anti-semitizm; özgür masonlar, pasifistler ve benzer uluslararası örgütlere düşmanlık; “liderlik” prensibi ve liberal demokrasi ve onun kurumlarının kaldırılması; belirsiz bir korporatizm; “yeniden doğma” ve “yenileme” sloganlarıyla genel tasfiye ve artan milliyetçiliktir¹⁹⁵.

Uluslararasılaşan faşizm hareketinin ortak özelliklerini aktaran *Loewenstein* faşist hareketlerin çok farklı sınıflara hitap ettiğini ve liderlerin orta alt sınıf ya da proletarya sınıfından çıkabildiğini savunmuştur¹⁹⁶. *Loewenstein* sonrasında faşizmin neden ortaya çıkabileceğine ilişkin ihtimalleri değerlendirmiştir. Yazar, faşizmin tüm uluslarda ortak sebeplerle doğduğunu kabul etmemiş; faşizmin doğuşuyla alakalı olarak ileri sürülen ulusal hayal kırıklığı¹⁹⁷, kendi kendini yönetme gelenek ve tecrübeye eksiklik¹⁹⁸, ekonominin bozulması¹⁹⁹ gibi sebepleri tek başına yeterli görmemiştir.

Loewenstein faşizmi teorik olarak aktardıktan sonra faşizmin o dönem devletlerdeki görünümüne de değinmiştir. Yazara göre faşizmin hâkim olduğu devletlerin

¹⁹⁵ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 421.

¹⁹⁶ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 421.

¹⁹⁷ Yazara göre ulusal olarak devletlerin hayal kırıklığına uğraması faşizmin doğması için yeterli bir gerekçe değildir. Fransa, Belçika ve İspanya gibi faşist hareketlerin varlık gösterdikleri ülkelerde ulusal hayal kırıklıklarından bahsetmek mümkün değildir. Bkz., Loewenstein, *Militant Democracy I*, 421; Almanya ve İtalya ulusal olarak hayal kırıklığına uğrayan devletlerin başında gelmektedir. Hitler ve Mussolini’nin iktidara gelmesine yukarıda militan demokrasiyi hazırlayan nedenlerde bahsedildiği üzere Birinci Dünya Savaşı sonra ulusal düzeyde çok yönlü yaşanan hayal kırıklıklarının payı büyüktür. Almanya Birinci Dünya Savaşı’nda mağlup olmuş sonrasında imzalanan Versay Antlaşmasıyla ağır yaptırımlara muhatap olmuştur. İtalya ise savaşın galip tarafında olmasına rağmen Versay Antlaşmasıyla kendisine vaadedilen sömürge ve topraklara kavuşamamış ve ekonomik bir darboğazın içine girmiştir. Loewenstein’in belirttiği üzere bir ülkede hayal kırıklığı olmadan da faşizm yükselebilir ancak Almanya ve İtalya örneklerinde olduğu gibi bu durum faşizmin yükselmesine katkıda bulunabilir

¹⁹⁸ Yazar demokrasi geçmiş ve tecrübesine sahip olmayan devletlerde faşizmin doğduğu fikrine katılmamaktadır. Zira Fransa ve Belçika bu noktada tarihi geçmişe sahip olmasına rağmen onların demokrasileri de faşizm tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bkz., Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 421.

¹⁹⁹ Yazar ekonominin bozulmasının faşizmin doğuşuna sebep olarak görülemeyeceğini o dönem altın bloku ülkeleri örnek göstererek kabul etmemektedir. Belçika ve diğer altın bloku ülkelerde açlık ve sefaletin oldukça az olmasına rağmen faşizm tehdidi vardır. Bkz., Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 421-422.

büyük çoğunluğu, kamuoyu ve hükümet mekanizmasının tek bir grubun kontrolünde olduğu, anayasal hükümetlerin yerini duygusal hükümetlerin aldığı devletlerdir²⁰⁰. Söz konusu bu duygusal hükümetler milliyetçilik, manevi baskı, terör korkusu gibi duygusal araçlarla hukuk devletinin araçlarını kendi amaçları uğruna kullanmışlardır²⁰¹.

Loewenstein demokratik niteliklerini koruyan devletlerdeki faşizm tehdidine de değinmiştir. Bu devletlerde faşizm Almanya veya İtalya’da olduğu gibi yaygın ve hâkim durumda olmamasına karşın yerelde ve ulusal düzeyde mücadelelerini sürdürmektedir. *Loewenstein* bu kapsamda İsveç, Norveç, Danimarka, Hollanda, Fransa, İngiltere gibi devletlerdeki faşist hareketlerin etkililiğini, girdikleri seçimlerde aldıkları sonuçları ve başarı ihtimallerini değerlendirmiştir²⁰². Böylece *Loewenstein* o dönemde henüz faşist yönetimlerle tanışmamış devletlerin de tehlike içerisinde olduklarına dikkat çekmiştir.

1.3.2.1.3. Demokrasilerin Faşizme Karşı Savunmasızlığı Problemi

Loewenstein’a göre faşizmin demokrasileri yıkıp devlet yönetimlerini ele geçirmişinde demokrasilerin de payı büyüktür. Faşizmin başarısını demokrasiye uyumuna bağlayan yazar demokrasinin mevcut kurumlarının faşizmin doğuşu ve gelişimine katkıda bulunduğunu savunmuştur²⁰³. Yazara göre her türlü fikre saygılı demokrasi anlayışının farkında olan faşizm, demokrasinin kendisini sınırlayıp bir çelişkiye düşmeyeceğinin bilincindeydi. Diğer taraftan Faşizm demokrasinin herkese sunduğu serbest konuşma hürriyeti, basın hürriyeti, meclislere katılım hakkı gibi hürriyet ve haklarla devlet mekanizması içerisinde kendisine yer edinmeyi başarmıştı²⁰⁴. *Loewenstein* faşist hareketlerin demokratik araçları kullanarak devlet düzeni içerisine Truva atı gibi girdiklerini belirtmekte ve demokratik köktencilik ve yasal körlükle demokrasilerin bu Truva atını fark edemediklerini savunmuştur²⁰⁵. *Loewenstein* daha sonra faşizmin devlet düzenini yasallık maskesiyle yıktığını vurgulamıştır. Kendisini yıkmaya yeltenen hareketlere dahi müsamaha gösteren demokrasi anlayışını “şekli

²⁰⁰ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 417-418.

²⁰¹ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 418.

²⁰² Loewenstein, o dönem demokratik olan bu devletlerdeki faşist hareketleri “Faşist Hareketler Hala Demokratik Olan Ülkelerde” isimli üçüncü alt başlıkta incelemiştir. Bkz., Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 419-421.

²⁰³ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 423-424.

²⁰⁴ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 423-424.

²⁰⁵ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 424.

eşitliğin büyüğü” ve “hukuk devletinin abartılı şekilciliği” gibi kavramlarla ifade eden yazar nispi temsil sisteminin de faşizmin işini kolaylaştırdığını savunmuştur²⁰⁶. *Loewenstein*’ın burada resmettiği demokrasi anlayışı yukarıda da belirtildiği üzere Weimar Anayasası ile Almanya’da benimsenen değer göreceli demokrasi anlayışıdır²⁰⁷. Nitekim yazar demokrasinin zayıflıklarına örnek olarak “Almanya örneği”ni ayrı bir başlık altında incelemiştir.

Loewenstein Almanya örneğinde, ismen zikretmese de Weimar Almanya’sında benimsenen değer göreceli demokrasi anlayışı ve bu anlayış çerçevesinde Nazilerin yükselişinden bahsetmektedir. Diğer siyasi ve hukuki faktörlerin yanısıra demokratik toleransın da Hitler’in tek parti rejiminde etken olduğunu savunan yazar faşizme karşı uygulanabilecek düzenlemelerin uygulanmadığını, yargının etkin bir rol oynayamadığını savunmuştur²⁰⁸.

Loewenstein demokrasilerin faşizm gibi duygusal olması gerektiğini, ancak demokrasilerde duygusal araçlara başvurmaın eskisi gibi pek mümkün olmadığını, demokrasinin mantığa dayandığını ve mantık dâhilinde hareket ettiğini ifade etmiştir²⁰⁹. Böylece *Loewenstein*, duygusal araçlarla kitleleri harekete geçirmekten yoksun olan demokrasilerde yapılması gereken işi yasa koyuculara havale etmiştir. Yasa koyucular çıkaracakları tedbirlerle faşizme engel olacaktır. Ayrıca *Loewenstein* uluslararası faşizmin başarısına karşılık demokrasilerin ulusal ve uluslararası işbirliğindeki eksikliklerinin de faşizmin başarısında katkısı olduğunu belirtmiş ve bu noktada demokrasilerin harekete geçmesi gerektiğini vurgulamıştır²¹⁰. Bu şekilde mevcut demokrasilerin eksikliklerini ve faşizmin bu eksiklikler üzerinden nasıl yükseldiğini anlatan *Loewenstein* buna ilişkin çözüm önerisi olarak militan demokrasi anlayışını ileri sürmüştür.

²⁰⁶ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 424.

²⁰⁷ Klamt, “Militant Democracy”, 134; Marija Sulejmanova, “Populism and Militant Democracy – Case Study of Germany, Bulgaria and Jurisprudence of the European Court of Human Rights” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, 2017), 5; Sakaguchi, “Japan”, 223; Groh, “Zwischen Skylla”, 448.

²⁰⁸ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 426-428.

²⁰⁹ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 428.

²¹⁰ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 428-430.

1.3.2.1.4. Çözüm önerisi: Militan Demokrasi

Loewenstein demokrasinin zayıflıkları nedeniyle faşizme engel olamamasının çözümü olarak demokrasinin militan olması gerektiğini ileri sürmüştür²¹¹. Demokrasinin militan olması demek, demokrasinin temel prensiplerinden feragat etmesi, temel hak ve hürriyetleri askıya alması demektir. Bu ise demokrasiyi kendi içerisinde bir çelişkiye götürmektedir. Nitekim özellikle Almanya olmak üzere birçok demokratik ülke bu çelişkiye düşmemek için kendisine düşman hareketlere karşı o dönem harekete geçmemiştir. Ancak Loewenstein'a göre bu bir çelişki değildir. Nasıl ki bir savaş halinde olağan hukuk düzeni askıya alınıyorsa ve buna kimse itiraz edemiyorsa demokrasiye karşı bir tekniğin hareket geçmesi durumunda da o anayasal demokratik düzenin askıya alınabilmesi gerekir. Yazara göre liberal-demokratik bir devlet ancak olağan zamanda sağlıklı bir şekilde işler²¹². Loewenstein'a göre demokrasi bu durumda faşizmle savaştır²¹³. Demokrasi olağan durumlarda barışçıl yöntemlerle yapılan değişikliklere izin verecek kadar dinamiktir ancak demokrasinin kendisini yıkmaya yeltenen faşist hareketlere karşı güçlendirilmesi ve sertleştirilmesi gerekir²¹⁴. Yine yazarın ifadesiyle ateşe ateşle karşılık verilmelidir²¹⁵. Yazar bu hususa ilişkin düşüncelerini şu sözlerle ifade etmektedir²¹⁶: “Şayet demokrasi faşizmin basmakalıp fırsatçılıkları üzerinde mutlak değerlerinin üstünlüğüne inanıyorsa, zamanın gereklerini yerine getirmeli ve temel prensipleri ihlal etme risk ve pahasına da olsa bu değerleri kurtarmak için, mümkün olan her türlü çabayı göstermelidir.”.

Loewenstein faşizmi ideolojilerden ayırmaktadır. Loewenstein'a göre faşizm bir ideoloji değil, bir tekniktir. Yazara göre ideolojiler bastırılamaz. Örneğin sosyalizm bu noktada bir ideolojidir, fikirdir. Nitekim 19. yüzyılın sonlarından itibaren sosyalizme karşı yapılan tüm yasaklamalar sonuçsuz kalmıştır. Öyle ki Rusya'da sosyalistler

²¹¹ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 430.

²¹² Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 432.

²¹³ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 431-432. Yazarın militan demokrasi anlayışına ilişkin yapmış olduğu bu savaş anolojisi doktrinde kimi yazarlarca eleştirilmektedir. Gerekçe olarak iç düşmanlara yönelik olan, şiddete dayanmayan eylemlere karşı hareket eden ve demokratik düzeni hedef alan militan demokrasi anlayışına karşılık savaşların dış düşmanlara yönelik olması, şiddete dayanması ve demokratik düzen yerine devletin egemenliğini hedef alması gösterilmektedir. Bu yönde bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 28-29.

²¹⁴ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 432.

²¹⁵ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights II”, 656.

²¹⁶ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 432.

yönetimi ele geçirmiştir. Buna karşılık Loewenstein faşizmi bir ideoloji ya da bir fikir olarak değil devleti yönetmek isteyen bir teknik olarak gördüğünden fikirlerin bastırılmayacağına ilişkin görüşünü faşizm için kabul etmemektedir. Yazara göre demokrasinin bu teknikle demokratik köktenciligi bir kenara bırakarak mücadele etmesi gerekir. Yine ona göre tarihte bir teknikle mücadele edilip de karşı konulmadığına dair hiçbir örnek söz konusu değildir²¹⁷.

Loewenstein'a göre demokrasi, temel haklar, tüm ideolojilerin adil yarışı, ifade hürriyeti, toplanma hürriyeti ve serbest basın demektir²¹⁸. Faşizm tüm bu demokrasi aygıtlarını kullanarak iktidara geldiğinden, demokrasinin söz konusu aygıtları faşist hareketler için sınırlandırması gerekmektedir. Loewenstein'a göre demokrasinin temel aygıtlarının bu şekilde kısıtlanmasıyla faşistler iktidarı kazanmak için gerekli araçlardan mahrum kalacaklar ve asla öncelikli tehdit haline gelemeyeceklerdir²¹⁹.

1.3.2.2. Karl Mannheim

Militan demokrasi anlayışının doğuşunda katkısı olduğu kabul edilen yazarlardan bir diğeri de Alman-Macar sosyolog Karl Mannheim'dır²²⁰. Tıpkı Loewenstein gibi o da Hitler ve Nazi hükümetinin artan baskısından kaçmış ve İngiltere'ye iltica etmiştir. İngiltere'de London School of Economics and Political Science adlı okulda demokrasilerin diktatörlüklere dönüşümünün nasıl engelleneceği konusunda çalışmalar kaleme almıştır²²¹. Mannheim çalışmalarında o dönemin toplumlarının özellikle yönetime ilişkin problemlerini sosyolojik açıdan ele almış ve çözüm önerisi olarak militan demokrasi anlayışını ileri sürmüştür.

²¹⁷ Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights I", 431-432.

²¹⁸ Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights I", 430-431

²¹⁹ Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights I", 431

²²⁰ Eva Marie Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung - Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG* (Berlin: Duncker & Humblot, 2014), 38; Martin Klamt, *Die Europäische Union als Streitbare Demokratie Rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee* (München: Herbert Utz Verlag, 2012), 31; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 99; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 52; Papier und Durner, "Streitbare Demokratie", 346-347.

²²¹ Klamt, *Die Europäische Union*, 31; Bu çalışmalardan biri de İkinci Dünya Savaşı yıllarında yazılan ve 1943 yılında yayınlanan "Diagnosis of Our Time" (Zamanımızın teşhisi) adlı eseridir. Eserin tam adı "Diagnosis of Our Time – Wartime Essays of a Sociologist" (Zamanımızın teşhisi – Bir Sosyologun Savaş Zamanı Makaleleri) dir. Adından da anlaşılacağı üzere eser Karl Mannheim'ın savaş sırasında yazdığı makalelerden oluşmaktadır. Söz konusu eser 1951 yılında Almanca'ya da çevrilmiştir. Almanca çevirisi için bkz., Karl Mannheim, *Diagnose Unserer Zeit*, çev. Fritz Blum, (Zürich-Wien-Konstanz: Europa Verlag, 1951).

Mannheim toplum modeli olarak laissez-faire demokrasisini (değer göreceliği demokrasisi)²²² ve diktatörlüğü²²³ reddetmiştir. Yukarıda da değindiğimiz üzere bu iki toplum modeli iki dünya savaşı arasında kurulan yeni anayasal demokrasilerin yıkılmasına yol açmıştır. İşte *Mannheim* bu iki dezavantajlı toplum modeline alternatif olarak militan demokrasi anlayışını üçüncü bir yol olarak ileri sürmüştür. Yazara göre hayatta kalabilmesi için demokrasi militan olmalıdır²²⁴.

Mannheim'a göre demokrasi, ancak sosyal düzenin barışçıl şekilde işlemesi için gerekli olan kardeşçe sevgi, karşılıklı yardım, dürüstlük, sosyal adalet, özgürlük, kişiye saygı vb. değerleri koruduğu zaman militandır²²⁵. Bunlar, üzerinde uzlaşma cesaretinde bulunulması gereken ve batı medeniyet geleneğini paylaşan herkesin benimseyebileceği değerlerdir. Böylece militan demokrasi her türlü değere tarafsız kalan ve herhangi bir değere üstünlük tanımayan değer göreceli demokrasiden ayırt edilmek zorundadır.

Mannheim değer göreceli demokrasi anlayışı ve diktatörlükler karşısında militan demokrasi anlayışını ileri sürmekle yetinmiş, ancak bu kavramın kapsam ve detaylarına

²²² Doktrinde değer göreceli demokrasi anlayışını bir ekonomi doktrini olan ve devletin piyasaya müdahale etmekten kaçınması gerektiğini savunan laissez faire doktrini ile ilişkilendiren yazarların olduğu yukarıda söylenmişti. Bkz.; “1. Genel Olarak Değer Göreceli Demokrasi Anlayışı” başlığı; Aynı şekilde yazarın burada ifade ettiği Laissez-faire demokrasisi değer göreceli demokrasi anlayışdır. Nitekim çalışmasının bir yerinde “göreceli laissez-faire (relativist laissez-faire)” ifadesini kullanmıştır. Yazar laissez-faire liberalizmini tolerans göstermek adına tarafsızlığın yanlış yorumu olarak değerlendirmektedir. Bkz., Mannheim, *Diagnosis of Our Time*, 7.

²²³ Karl Mannheim diktatörlük kavramının doğuşunda ve gelişiminde sosyal tekniklerin etkili olduğunu savunmaktadır. Sosyal teknikler, toplumu yönlendirmeyi ve merkezileştirmeyi kolaylaştıran her türlü araçlardır. Bunlar ekonomik, askeri ya da siyasi olabilir. Mannheim eserinde kitle imha silahları ile telefon gibi gelişen iletişim araçlarını sosyal tekniklere örnek olarak göstermektedir. Söz konusu bu sosyal teknikler ile toplumlar köleleştirilmekte, ekonomik sistemin çalışması engellenmekte, sosyal sınıflar kaldırılabilir. Savaş, ani bir ekonomik kriz, büyük enflasyon, artan işsizlik gibi olağanüstü durumlar ise bu süreci hızlandırmaktadır. Mannheim, eserine bu sosyal teknikleri detaylı bir şekilde açıklayarak başlamaktadır. Bkz., Mannheim, *Diagnosis of Our Time*, 1 vd; Karl Mannheim'ın eserin başında sosyal teknik olarak ifade ettiği ve daha çok diktatörlüğün doğuşundaki etkenleri anlattığı bölüm, Loewenstein'in 1937 yılında yazdığı makalesiyle benzerlik arz etmektedir. Loewenstein faşizmi kullandığı araçlarla birlikte bir bütün olarak “teknik” kavramıyla ifade ederken, Mannheim “teknik” kavramını diktatörlüklerin doğuşuna neden olan araçlar olarak ele almaktadır.

²²⁴ Mannheim, *Diagnosis of Our Time*, 7.

²²⁵ Mannheim, *Diagnosis of Our Time*, 7; Karl Mannheim'ın belirli değerler üzerinde uzlaşmayı ve militan demokrasinin de bunları korumasını öngören yaklaşımı Weimar Almanya'sında Carl Schmitt'in “kararlar” yaklaşımıyla benzerlik arz etmektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere Schmitt, bir anayasa oluşturulurken toplumların belirli kararlar üzerinde uzlaştığını ve bu kararların sonradan gelecek iktidarlar tarafından kaldırılamayacağını savunmuştur. Her iki yaklaşım arasındaki fark ise Schmitt değiştirilemez varsaydığı kararları anayasal güvence altına sokarken, Mannheim bu değerler üzerinde toplumsal konsensüsü öngörmekte ancak somut bir koruma tedbirinden bahsetmemektedir. Ancak her iki yazarın da ortak noktası belirli değerler üzerinde uzlaşmayı teşvik etmeleridir. Bu yönde bkz., Klamt, *Die Europäische Union*, 31.

girmemiştir. Dolayısıyla *Mannheim*'ın militan demokrasi anlayışı oldukça soyut ve yetersiz kalmıştır²²⁶. Diğer taraftan *Mannheim*'ın militan demokrasiye yaklaşımı özellikle belirli değerler üzerindeki konsensüs istemi, hukuki ve siyasi olmaktan ziyade sosyolojik olup bunların anayasal demokrasiler için uygulanabilirliği güçtür²²⁷. Ancak tüm eksiklerine rağmen demokrasilerin diktatörlüklere dönüşümünü engellemek istemesi, değer göreceli demokrasi anlayışına karşı çıkması ve militan demokrasiyi bir kurtuluş yolu olarak öngörmesi sebebiyle *Mannheim*'ın da militan demokrasi anlayışının doğuşunda katkısı olduğu kabul edilebilir.

1.3.2.3. Van den Bergh

Militan demokrasi anlayışının teorisinin doğuşunda ve gelişiminde katkıda bulunduğu savunulan isimlerden bir diğeri de Hollandalı hukukçu Van den Bergh'tir²²⁸. *Bergh* demokrasiyi ilk olarak düşünce özgürlüğü ve yasa önünde eşitlik ilkeleri üzerine oturtmuştur²²⁹. Yazar için bu iki temel ilke demokrasinin olmazsa olmazıdır ve her ne şart altında olursa olsun kaldırılamaz²³⁰. *Bergh* demokrasiyi bu şekilde tanımladıktan sonra demokrasinin korunması meselesini açıklamıştır. Yazara göre demokrasi mevcut sistemler içinde kararların revize edilebildiği en iyi sistemdir ve kendini düzeltme (self-correction), demokrasinin en güçlü özelliğidir²³¹. Demokrasilerde insanlar aldıkları

²²⁶ Mannheim'ın Loewenstein gibi problemlere somut (hukuki) öneriler getirmediği dolayısıyla problemi teşhis ettiği ancak onu tedavi edemediği savunulmaktadır. Bkz., Klamt, *Die Europäische Union*, 31; Benzer yönde eleştiriler için bkz., Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 38-39; Flümman, *Streitbare Demokratie*, 99.

²²⁷ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 39.

²²⁸ George van den Bergh'in militan demokrasi ile ilgili fikirlerini Amsterdam Üniversitesi'nde hukuk alanında profesörlük ünvanını kazanması üzerine yaptığı konferansta (inaugural lecture) "De democratische staat en de niet-democratische partijen (The democratic state and the non-democratic parties – Demokratik devlet ve demokratik olmayan partiler) başlıklı sunumunda ileri sürmüştür. Söz konusu sunum metnine orijinal dilinde (Felemenkçe) bkz., Georgh van den Bergh, *De democratische staat en de niet-democratische partijen*, De Arbeiderspers, Amsterdam 1936; Söz konusu çalışmanın İngilizce ve Almanca çevirisi yoktur. Yazar ve militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek düşünceleri için bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 24-25, 31-37; Joost Augusteijn, Constant Hijzen and Mark Leon de Vries, "Introduction: Democracy", 5 vd.; Cliteur and Rijpkema, "The Foundations", 227 vd..

²²⁹ Van den Bergh, 25 (Aktaran: Rijpkema, *Militant Democracy*, 36);

²³⁰ Yazar bu ilkeyi demokrasinin temel ilkeleri olarak benimseyerek, değer göreceliği ve çoğunlukçu demokrasi anlayışını reddetmektedir. Yazara göre demokrasi arenasına giriş için ön şart olan bu iki temel prensibi tanımayan, reddeden hareketlerin demokrasi düzeninde varlığına izin verilmemelidir. Dolayısıyla yazar Demokrasiyi bir usul veya şekil bütünü bir sistemden öte insanı birey olarak esas alan bir sistem üzerine oturtmaktadır. Söz konusu bu iki ilkeye binaen Van den Bergh'in bu demokrasi yorumu "ilkeli demokrasi" (principled democracy) olarak adlandırılmaktadır. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 35-36.

²³¹ Van den Bergh, 9 (Aktaran: Rijpkema, *Militant Democracy*, 37).

kararların iyi ve kötü sonuçlarına katlanırken aynı zamanda bu kararlardan dönebilmektedir. Dolayısıyla *Bergh* için revize edilebilecek, geri alınabilecek her türlü karar demokrasi içerisinde kendisine yer bulabilir. Ancak yazara göre nihai amaçları demokrasiyi kaldırmak olan partilerin alacakları demokrasiyi kaldırmaya yönelik kararları geri dönülemez bir karar olacağından demokrasiyle bağdaşmamaktadır²³². Dolayısıyla demokrasiyi (düşünce hürriyeti ve kanun önünde eşitlik ilkelerini) kaldırmaya yönelen hareketler demokrasi arenası dışına çıkarılmalıdır²³³.

Bergh'in demokrasiyi bir takım değerler üzerine inşa etmesi ve bu ilkeler temelinde demokrasinin korunmasını savunması militan demokrasi anlayışı açısından önemlidir. Ancak yazar militan demokrasi anlayışı kapsamında demokrasi düşmanlarıyla nasıl mücadele edileceği sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Yazarın ileri sürdüğü demokrasinin kendini düzeltme (self-correction) ilkesi ise daha ziyade demokrasi düşmanlarına ne zaman müdahale edilmesi gerektiğini hususuna teorik bir yaklaşım olup uygulamada karşılığının nasıl olacağı konusu da belirsizdir.

1.3.2.4. Karl Popper

Militan demokrasi anlayışının doğuşunda katkısı bulunan yazarlardan biri olarak kabul edilen bir diğer yazar Avusturyalı düşünür Karl Popper'dır²³⁴. *Popper* 1945 yılında yayınladığı “Open Society and Its Enemies (Açık Toplum ve Düşmanları)” adlı eserinde açıkça militan demokrasi kavramından bahsetmese de dile getirdiği tolerans ve demokrasi paradokslarıyla o dönem demokrasilerin diktatörlüklere dönüşmesine neden olan değer göreceliği ve çoğunlukçu demokrasi anlayışını eleştirmiştir²³⁵.

²³² Van den Bergh, 9-10 (Aktaran: Rijpkema, *Militant Democracy*, 38; Cliteur and Rijpkema, “The Foundations”, 243-244).

²³³ Yazarın militan demokrasiyle ilişkilendirilebilecek bu düşüncelerini 1936 yılında yani Karl Loewenstein'dan önce ileri sürmüştür. Bu sebeple doktrinde militan demokrasinin Loewenstein'dan daha önce Georg van den Bergh tarafından ortaya atıldığını savunan yazarlar da vardır. Bu yönde bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 31.

²³⁴ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 16; Tyulkina, “Australian Constitutional Law”, 519; Rijpkema, *Militant Democracy*, 70.

²³⁵ Söz konusu eser iki bölümden oluşmaktadır ve Türkçe çevirisi bulunmaktadır. Bkz., Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları - C. 1 Platon*, çev. Mete Tunçay (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1989) ve Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları - C. 2 Hegel, Marx ve sonrası*, çev. Mete Tunçay (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1989).

Popper açıkça her değere, ideolojiye tarafsız olunmasını öngören tolerans paradoksu olarak ifade ettiği anlayışı reddetmektedir²³⁶. Ona göre sınırsız tolerans zorunlu olarak, toleransın kaybolmasına yol açacaktır²³⁷. *Popper* da tıpkı Loewenstein gibi toleranslı olmayanlara karşı toleranslı olunmamasını hatta onlara karşı harekete geçilmesini savunmaktadır²³⁸. Yazara göre toleranssız olanlara karşı tolerans gösterilirse “toleranslılar ve onlarla birlikte toleransın kendisi ortadan kalkacaktır.”²³⁹. *Popper*’a göre toleranssız olanlara karşı akılcı kanıtlarla karşı gelinmeli ve bunlar kamuoyuyla dizginlenmelidir; bunda başarılı olunmaz ise zora dayanan baskı kullanma hakkına da başvurulabilir²⁴⁰.

Popper’ın ele aldığı bir diğer paradoks ise demokrasi paradoksudur. *Popper*’ın çoğunluk hükümlerliği paradoksu olarak da ifade ettiği bu paradoksa göre demokrasilerde çoğunluğun bir tiranı başa getirme ihtimali vardır. Bu sebeple yazar, demokrasinin çoğunluğun egemenliği gibi bulanık bir kavrama indirgenmemesi gerektiğini savunmaktadır²⁴¹.

Popper’ın ileri sürdüğü tolerans ve demokrasi paradoksu genel bir tespit niteliğindedir. Yazar demokrasi düşmanları kimdir, demokrasi düşmanlarıyla nasıl mücadele edilmelidir gibi sorulara cevap vermemiştir. Dolayısıyla yazarın düşünceleri militan demokrasi anlayışı açısından oldukça yetersiz kalmaktadır²⁴². Buna rağmen *Popper*’ın, bir taraftan tolerans paradoksu ile her türlü ideolojiye tarafsız kalan değer göreceli demokrasi anlayışının kendi içerisindeki tutarsızlığını ifade etmek diğer taraftan da demokrasi paradoksu ile demokrasinin salt usuli ve şekli bir yönetim biçimi olmadığını savunmak suretiyle militan demokrasi anlayışının teorik temellerine katkıda bulunduğu kabul edilebilir.

²³⁶ Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları* - C. 1 Platon, 265.

²³⁷ Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları* - C. 1 Platon, 265.

²³⁸ Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları* - C. 1 Platon, 265.

²³⁹ Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları* - C. 1 Platon, 265.

²⁴⁰ Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları* - C. 1 Platon, 265.

²⁴¹ *Popper*, demokrasiyi “yöneticilerin halk tarafından denetlenmesine ve görevden uzaklaştırılmasına imkan veren ve yönetilenlerin, hatta yöneticilerin iradesine karşı bile olsa, şiddet kullanmadan reformlar sağlamasını mümkün kılan birtakım kurumları - bu arada, özellikle genel seçimleri, yani halkın yöneticilerini görevden alma haklarını - yürürlüğe koymuş oldukları, bir toplum düzeni” olarak tanımlamaktadır. Bkz., *Popper, Açık Toplum ve Düşmanları* - C. 2 *Hegel, Marx ve sonrası*, 137.

²⁴² Flümman, *Streitbare Demokratie*, 110.

1.3.2.5. Carl Schmitt²⁴³

Militan demokrasi anlayışının teorisine katkısı bulunan yazarlar arasında Weimar Anayasası döneminde görev yapmış hukukçu *Carl Schmitt* de zikredilebilir. *Schmitt* militan demokrasi anlayışı açısından önem arz eden fikirlerini diğer militan demokrasi teorisyenlerinden daha önce ileri sürmüş olsa da onun bu düşünceleri doğrudan militan demokrasi anlayışı ile ilgili değildir. O demokrasiyi değil daha ziyade anayasanın kendisini savunmuştur. Ona göre anayasada açıkça tespit edilmese de anayasaların değiştirilemez bir takım kararları (ilkeleri) vardır. Bu kararlar (ilkeler) yeni bir anayasa yapılırken demokrasilerde halk, monarşilerde monark tarafından belirlenmektedir²⁴⁴. Yukarıda da değinildiği üzere onun bu düşünceleri Weimar Anayasası'nın 76. maddesindeki şekil ve usul kurallarıyla her türlü değişikliğin yapılabileceği hatta anayasanın kaldırılabilmesini savunan başta Hans Kelsen olmak üzere değer göreceli ve çoğunlukçu demokrasi anlayışını savunan hâkim doktrine karşıdır. Her ne kadar Schmitt'in düşünceleri demokrasiden ziyade anayasa eksenli olsa da anayasanın değiştirilemez ilkeleri arasında demokrasi de olduğundan onun bu düşünceleri militan demokrasi anlayışı için de anlam kazanmaktadır²⁴⁵. Zira yazarın düşüncesine göre anayasanın değiştirilemez ilkesi olarak demokrasi, anayasal bir korumaya kavuşacak ve demokrasi düşmanlarının müdahalesine kapalı olacaktır. Nitekim onun her anayasanın değişmez ilkeleri olduğu şeklindeki yaklaşımı İkinci Dünya Savaşı sonrası hazırlanan birçok anayasada karşılık bulmuş ve demokratik devletlerde asli kurucu iktidarlar anayasalarında demokratik ilkeler de dâhil olmak üzere değiştirilemez ilkelere yer vermiştir²⁴⁶. Böylece militan demokrasi anlayışı, demokrasi düşmanlarına karşı anayasal seviyede önemli bir cephe kazanmıştır. Sonuç olarak Schmitt doğrudan bir militan

²⁴³ Carl Schmitt her ne kadar savunduğu düşüncelerle anayasanın ve demokratik düzenin kaldırılamayacağını savunsa da 1933 yılında Hitler'in iktidara geldiği dönemde Nazi Partisi üyesi olmuş ve ülkede önemli bir konuma yükselmiştir. Ancak daha sonra ülkenin iç işlerine karıştığı gerekçesiyle SS kuvvetleri tarafından kariyeri sona erdirilmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra çeşitli kamplarda tutulan Schmitt, 1947 yılında serbest bırakılmıştır. Yazar Nazilerle olan geçmiş birlikteliğine ilişkin "Nazi basili içtim ancak enfekte olmadım." şeklinde ifade etmiştir. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 23.

²⁴⁴ Schmitt, *Verfassungslehre*, 23-24.

²⁴⁵ Rijpkema, *Militant Democracy*, 78-79.

²⁴⁶ Bu anayasalar arasında ilk sırada zikredilmesi gereken hiç şüphesiz Federal Almanya Anayasası (Grundgesetz) ve değiştirilemez hükümleri düzenleyen 79. madde hükmüdür.

demokrasi savunucusu olmasa da savunduğu argümanlarla dolaylı olarak militan demokrasi anlayışının teorisinin gelişimine katkı sağlamıştır²⁴⁷.

1.4. Militan Demokrasi Anlayışına Yönelik Farklı Yaklaşımlar

1.4.1. Militan Demokrasi Anlayışını Reddeden Yaklaşım

Modern doktrinde bazı yazarlar militan demokrasi anlayışını reddetmektedir. Militan demokrasi anlayışını reddeden yazarların görüşlerine genel olarak bakıldığında demokrasi düşmanlarının yaratacakları olası tehlikeleri kabul edilmekle birlikte bu tehlikelerin mücadele ile değil demokrasinin kendi iç mekanizmaları ile bertaraf edilmesi gerektiği düşüncesi ön plana çıkmaktadır²⁴⁸. Dolayısıyla bu görüşte olan yazarlar tıpkı Weimar Anayasası'nda değer göreceli demokrasi anlayışını savunan yazarlar gibi demokrasi düşmanlarının da demokrasi arenası içinde var olması gerektiğini savunmaktadır²⁴⁹. Diğer bir ifadeyle söz konusu yazarların görüşlerinin ortak noktası hürriyet düşmanlarına da hürriyet tanınması yönündedir.

Militan demokrasi anlayışını reddeden yazarlardan biri olarak kabul edilebilecek olan *Chafee* demokrasi ve temel hak düşmanlarının temel haklarının kısıtlanmasını doğru bulmamaktadır. Yazara göre demokrasiye olan bağımlılığı sağlamanın yolu zorlamayla ve yasaklarla olmamalıdır²⁵⁰. Ona göre demokrasi düşmanları, ne kadar aşırılıkçı olsa da fikirleriyle toplum yararına olumlu eleştirilerde bulunabilir, yöneticiler de bu görüşlerden istifade edebilir²⁵¹. Şayet demokrasi düşmanları yasaklanırsa bu toplum içerisinde bir hoşnutsuzluğa ve daha sonra toplum huzurunun bozulmasına neden olabilir²⁵².

²⁴⁷ Fox and Nolte, "Intolerant Democracies", 20; Klamt, *Die Europäische Union*, 27; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 33; Rijpkema, Schmitt'in düşüncelerinin parlamenter demokrasilerdeki önemine vurgu yapmakla birlikte onun bu düşüncelerinin militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirmenin çok ileri bir yorum olacağını savunmaktadır. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 78.

²⁴⁸ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 31-32; Toleranssız grupların günümüzde yaratacağı tehlikelerin artık yakın dönem liberal teorisinin temel meselelerinden olmadığı yönünde bkz., Samuel Issacharoff, "Fragile Democracies", *Harvard Law Review*, 120/6 (2007): 1412.

²⁴⁹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 218; Küçük, 118.

²⁵⁰ Zecchariah Chafee, *Free Speech in the United States*, Fourth Printing, Harvard University Press, Cambridge, 1948, 565 (Aktaran: Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 48).

²⁵¹ Zecchariah Chafee, *Government and Mass Communications*, C. 1, Chiago, 381-383 (Aktaran: Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 218-219).

²⁵² Chafee, 490-493 (Aktaran: Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 48).

Doktrinde *Accetti and Zuckerman* da uygulamadan hareketle militan demokrasi anlayışının demokrasi düşmanlarını tespitinde ve onların dışlanması başarısız olduğu görüşündedir²⁵³. Yazarlara göre demokrasi paradoksunun çözümü olarak ileri sürülen militan demokrasi anlayışı kimin demokrasi düşmanı olacağı yönünde ilkel bir yola sahip değildir²⁵⁴. Bu eksiklik karar vericiler açısından kimin dost kimin düşman olacağı yönünde bir keyfiliğe ve bununla birlikte otoriter düzenlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır²⁵⁵.

Türk Anayasa Hukuku doktrininde *Erdoğan* da militan demokrasi anlayışını özellikle Türkiye'deki siyasi parti yasaklarından yola çıkarak reddetmektedir²⁵⁶. Yazara göre halkın asli bir özne olduğu demokrasilerde herhangi bir gerekçeyle halkın bir bölümünün dışlanması, onun düşman ilan edilmesi demokrasiyi inkâr etmek demektir²⁵⁷. Yine yazara göre “demossuz” demokrasi olamayacağına göre onun politik katılım ve siyasi karar alma süreçlerine katılımını sınırlayan, ona düşmanlık eden bir demokrasi de düşünülemez²⁵⁸. Militan demokrasi anlayışını statükonun korunması olarak değerlendiren yazar için bir görüş ne kadar aşırılıkçı olursa olsun bunların ifade hürriyeti ve kamusal katılım hakları teminat altına alınmalıdır²⁵⁹. Diğer taraftan yazar militan demokrasiyi demokrasiye kurulmuş bir tuzak olarak nitelendirmektedir. Böylece yazar demokrasinin sözde kendini korumak adına, zamanla temel (sivil ve siyasal) özgürlükleri baskı altına almasının ve en sonunda demokrasi olmaktan çıkmasının kaçınılmaz olduğunu savunmaktadır²⁶⁰. Yazara göre militanlaşan demokrasinin son durağı faşizmdir²⁶¹.

Militan demokrasi anlayışını reddeden yaklaşımın temel çıkış noktası (özellikle uygulamanın olumsuz örnekleri referans alınarak) demokrasi düşmanlarına müdahale edildiğinde bu müdahalenin demokrasiyle çelişecek olmasıdır. Klasik veya saf demokrasi anlayışı olarak da ifade edilebilecek bu yaklaşımın özellikle iki dünya savaşı arasında

²⁵³ Carlo Invernizzi Accetti and Ian Zuckerman, “What’s Wrong with Militant Democracy?”, *Political Studies*, 65 (2017): 183, 193.

²⁵⁴ Accetti and Zuckerman, “What’s Wrong”, 185.

²⁵⁵ Accetti and Zuckerman, “What’s Wrong”, 190, 194.

²⁵⁶ Yazarın konuyla ilgili görüşlerini dile getirdiği çalışma için bkz., Mustafa Erdoğan, “Siyasi Partiler, Devlet ve Demokrasi”, *Liberal Düşünce Dergisi*, 6/22 (2001): 59-66.

²⁵⁷ Erdoğan, “Siyasi Partiler”, 64.

²⁵⁸ Erdoğan, “Siyasi Partiler”, 64.

²⁵⁹ Erdoğan, “Siyasi Partiler”, 65.

²⁶⁰ Erdoğan, “Siyasi Partiler”, 66.

²⁶¹ Erdoğan, “Siyasi Partiler”, 66.

yaşan siyasi gelişmelere bağlı olarak günümüzde artık çok fazla savunucusu bulunmamaktadır. Klasik (saf) demokrasi anlayışı yerini artık demokrasi düşmanlarına karşı demokrasinin kendisini savunabileceği yaklaşıma yani militan demokrasi anlayışına bırakmıştır.

1.4.2. Militan Demokrasi Anlayışını Sadece Geçiş Dönemine Özgü Gören Yaklaşım

Günümüz doktrinde kimi yazarlar militan demokrasi anlayışını sadece geçiş dönemi anayasal demokrasilerine mahsus bir anlayış olarak ele almakta, stabil demokrasilerde militan demokrasi anlayışının söz konusu olamayacağını savunmaktadır. Bu görüşün önemli savunucularından *Teitel* konuyla ilgili şunları söylemektedir²⁶²: “Militan anayasal demokrasinin yeni gelişen ve çoğu zaman kırılğan olan demokratik kurumların var olduğu ... geçiş dönemi anayasacılığına ait olduğu anlaşılmalıdır; o olgun liberal demokrasiler için pek uygun değildir.”.

Teitel’in de belirttiği gibi geçiş dönemi demokrasileri kırılğandır. Kırılğan demokrasilerde bir yanda demokrasiye ilişkin kültür ve tecrübe eksikliği varken diğer yanda eski rejimden kalan aşırılıkçı unsurlar bulunmaktadır²⁶³. Geçiş döneminde demokrasinin kırılğanlığı ülkenin bölünmesine, komünizmin ya da aşırı sağın geri gelmesine yol açabilir²⁶⁴. Özellikle soğuk savaş sonrası dönemde komünizmin dünya genelinde etkisini yitirmeye başlamasıyla beraber demokrasiye geçen orta ve doğu Avrupa ülkelerinde var olan komünizm tehdidi bu tehlikenin en somut görünümüleri olmuştur²⁶⁵. Geçiş döneminin bu olası tehlikelerine karşılık geçiş döneminin demokrasileri, militan demokrasi anlayışına sığınmakta ve demokratik gelenek ve kültür olgunlaşana dek anti-demokratik hareketleri politik katılım sürecinin dışında

²⁶² Ruti Teitel, “Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives”, *Michigan Journal of International Law*, 29/1 (2007): 49; Benzer bir yaklaşım için bkz., Issacharoff, “Fragile Democracies”, 1466-1467.

²⁶³ Rijpkema, *Militant Democracy*, 9; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 49; Yeni demokrasilerde belirsizliğin, kutuplaşmanın, demokratikleşmenin hızı ve biçimleri hakkında önemli anlaşmazlıkların karakteristik olduğu yönünde bkz., Angela K. Bourne, “Democratisation and the Illegalisation of Political Parties in Europe”, *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, 7 (2011): 8.

²⁶⁴ Andreas Sajo, “Militant Democracy and Transition towards Democracy”, in *Militant Democracy*, ed., Andras Sajo, (Utrecht: Eleven International Publishing, 2004), 217; Bourne, “Democrasition”, 8.

²⁶⁵ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 49.

tutmaktadır²⁶⁶. Böylece geçiş döneminin olası belirsizlikleri karşısında militan demokrasi anlayışı kapsamında uygulanacak tedbirler -özellikle siyasi parti yasakları- “geçmişe yönelik bir bariyer” (backward barrier) görevi üstlenmektedir²⁶⁷. Dolayısıyla bu dönemde militan demokrasi anlayışına başvurmanın gerekliliği açıktır²⁶⁸. Ancak militan demokrasi anlayışını sadece bu döneme özgülemek, stabil demokrasilerde militan demokrasi anlayışının olmayacağını savunmak uygulamaların da bize gösterdiği üzere isabetli bir yaklaşım değildir. Gerçekten bugün uygulamada stabil demokrasiler militan demokrasi anlayışını terk etmemekte olası yeni tehlikeler karşısında bu anlayışın varlığını savunmaya devam etmektedirler. Örneğin Almanya ve İtalya, demokrasiye geçiş dönemlerini çoktan tamamlamış olsalar bile militan demokrasi anlayışı bu ülkelerin anayasal düzenlerinde önemli bir yer tutmaktadır. Diğer taraftan uygulamada militan

²⁶⁶ Rijpkema, *Militant Democracy*, 9.

²⁶⁷ Bourne, “Democrasition”, 8; Geçiş dönemindeki anayasal demokrasiler ile militan demokrasi anlayışı arasındaki bu ilişki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında da karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme 2011 yılında verdiği *Republican Party of Russia v. Russia* kararında Rusyanın Sovyetler birliğinin dağılmasının ardından bir demokrasiye geçiş sürecinde olduğunu belirtmiş “istikrarı güvence altına almak ve kırılgan demokratik kurumların kurulması ve güçlendirilmesine olanak tanıyan tedbirlerin alınması konusunda özel bir ilgi olacağını” kabul ederek militan demokrasi anlayışının geçiş dönemindeki ihtiyacına vurgu yapmıştır. Karar için bkz., ECHR, *Republican Party of Russia v. Russia*, Appl. No: 12976/07, 12.04.2011, p. 127; Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus geçiş dönemindeki anayasal demokrasilerde uygulanacak olan militan demokrasi anlayışının istenen amacın tam tersi sonuç doğurması ihtimalidir. Buna göre henüz tam oturmeyen kırılgan demokratik yapıda uygulanacak olan militan demokrasi anlayışı özellikle muhalifler üzerinde bir baskı aracına dönüştürülerek geçiş sürecinin sona ermesine neden olabilir. Bkz., Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 50; Müller, militan demokrasi anlayışının geçiş döneminde bu şekilde kötüye kullanılmasını engellemek için militan demokrasi anlayışı araçlarının mutlaka anayasal olması gerektiğini savunmaktadır. Anayasada öngörülecek bu tedbirler için ise anayasa değişikliğinin sınırlandırılması ya da tamamen engellenmesi, anayasa mahkemesinin anayasaya aykırı değişiklikleri denetlemesi argümanlarını önermektedir. Bkz., Jan-Werner Müller, “Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy”, *Annual Review of Political Science*, 19 (2016): 252; Dolayısıyla bu hususta kurulacak olan denge önem arz etmektedir. Nitekim diktatör General Franco dönemi nihayete erip demokrasiye geçiş yapan İspanya demokrasisinde militan demokrasi anlayışının doğuracağı olası tehlikeler göz önünde bulundurularak anayasada bu anlayışa yer verilmemiş, eski rejim taraftarlarına gösterilen geniş toleransla bu süreç atlatılmıştır. Bkz., Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 50.

²⁶⁸ Uzun yıllara dayanan tek başlı yönetimlerden sonra bir ülkenin demokrasiye geçişi çoğu zaman sancılı olmuştur. Özellikle demokrasiye geçiş noktasında toplumda tam bir mutabakat sağlanamamışsa geçiş sürecinin başarısızlıkla sonuçlanıp eski tek başlı rejime dönem riski her zaman vardır. Bu noktada militan demokrasi anlayışının önemi ortaya çıkmaktadır. Loewenstein’a göre “demokrasi şayet hedefini gerçekleştirdiğine henüz ikna olmamışsa, sadece iktidar amacına hizmet eden teknikle kendi düzleminde savaşmalıdır.” Bkz., Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights I*, 423; Loewenstein’in teknik olarak nitelendiği faşizmle mücadele için yaptığı bu uyarısı hiç şüphesiz militan demokrasi anlayışının ilk örnekleri olan Almanya ve İtalya’da yankı bulmuş ve her iki ülke de diktatörlükten demokrasiye geçiş sürecinde olası riskleri ortadan kaldırmak adına militan demokrasi anlayışını benimsemiştir. Bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 9; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 49.

demokrasi anlayışını geçiş döneminde benimsemeyen ancak daha sonra benimseyen anayasal demokrasilere rastlamak da mümkündür. Örneğin, İspanya uzun yıllar süren diktatörlük sonrası demokrasiye geçiş sürecinde militan demokrasi anlayışına anayasasında yer vermemiştir. Ancak İspanya geçiş döneminde başvurmadığı militan demokrasi anlayışına demokratik yapı oturduktan sonra kanunla siyasi parti yasağı düzenleyerek baş vurmak zorunda kalmıştır²⁶⁹.

1.4.3. Militan Demokrasi Anlayışının Varlığını Kabul Eden Yaklaşım

Militan demokrasi anlayışı günümüzde siyaset bilimi ve anayasa hukuku doktrininin genel olarak kabul ettiği bir yaklaşımdır²⁷⁰. Günümüzde artık Weimar Anayasası'nın yıkımına sebep olan değer göreceli demokrasi anlayışı gibi savunmasız demokrasi yaklaşımları kabul görmemektedir²⁷¹.

Gerçekten de *Fox ve Nolte* anayasaların kendilerini savunamamaları durumunda bir intihar paktına dönüşeceğini belirtmekte²⁷² ve demokrasi düşmanlarına müsamaha gösterilmesini, bir kişinin kendisini köle olarak satmasına benzetmektedir²⁷³.

Doktrinde bir başka yazar *Sajo*, çoğunluk ilkesinin demokrasinin zarar görmesine ve onu yıkmak isteyenlerin rejimlerinin kurulmasına yol açabileceği görüşündedir. Dolayısıyla yazar bu noktada demokrasilerin kendilerini savunmasını onların en doğal özelliği olarak görmekte ve demokrasilerin bu özelliğinin militan demokrasi anlayışının gerekçesi olduğunu düşünmektedir²⁷⁴. Yazara göre demokrasinin kendini koruma içgüdüğü onun doğasında saklıdır ve dolayısıyla demokrasiler içeriden devrilme tehdidine karşı duyarlıdır. Yine yazara göre geçmişten gelen ampirik verilerin de doğruladığı ve demokrasiyi tedbirli bir karaktere büründüren bu mantık demokrasiye onun

²⁶⁹ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 50-51.

²⁷⁰ Müller, "Protecting Popular Self-Government", 263; Capoccia, "Militant Democracy", 210-211; Tyulkina, militan demokrasi anlayışını kabul eden günümüz doktrin ve çalışmalarını üç grupta toplamaktadır: İlk grup militan demokrasi anlayışının teori ve pratiği üzerine genel teorik gözlem ve yorum yapan gruptur. İkinci grup belirli bir ülkedeki anayasal gelişime yanıt olarak yazılmış ve yayınlanmış makale, yorum ve analizleri ihtiva etmektedir. Üçüncü grup ise, militan demokrasi anlayışı ile ilgili olup farklı ve geniş olmayan açılardan yazılan bilimsel çalışmaları kapsamaktadır. Bkz., Tyulkina, "Militant Democracy", 19-20.

²⁷¹ Capoccia, "Militant Democracy", 211.

²⁷² Fox and Nolte, "Intolerant Democracies", 60.

²⁷³ Fox and Nolte, "Intolerant Democracies", 16-17.

²⁷⁴ Sajo, "Militant Democracy", 213 vd..

yıkılmasından daha az zararlıdır²⁷⁵. Sajo militan demokrasi anlayışının gerekliliğini vurgularken Loewenstein'in çalışmasında faşizmin demokrasiyi yıkmak için başvurduğu araçlardan biri olarak zikrettiği duygusallığı, faşizmden ayırmakta bunu bağımsız olarak inceleme konusu yapmaktadır. Yazara göre duygusallık anayasal kurumlardaki problemlere az veya çok akılcı yaklaşımların tersine duygusal manipölasyon politikasıyla yaklaşılmasını ifade eder²⁷⁶ ve bu demokrasilerde mündemiçtir²⁷⁷. Kitlelerin manipölasyonu özellikle rasyonel karar alma süreçlerinde söz konusu olmayan toplumsal duyguların ortaya çıkarılması ve bunlara başvurulması ile yakından ilgilidir²⁷⁸. İşte yazara göre militan demokrasi anlayışı demokrasilerde yer alan ve kitlelerin yönlendirilip kendi sonunu getirmeye götürecek olan bu duygusallığı önlemek için var olmalıdır²⁷⁹.

Doktrinde Pfersmann ise militan demokrasi anlayışını açık demokrasi yaklaşımı çerçevesinde ele almaktadır. "Açık demokrasi" muhatapların çoğunluk kararlarıyla, doğrudan veya bu tür genel kuralları yürürlüğe koymakla görevli temsilcilerin seçilmesiyle genel normların ihdas edilmesine katıldıkları hukuk sistemidir²⁸⁰. Yazara göre açık demokraside norm ihdas süreci dışında vatandaşlara ve temsilcilere herhangi bir yükümlülük yüklenmesi söz konusu değildir²⁸¹. Bu sebeple yazar açık demokrasinin tehlike altında olduğunu kabul etmektedir. Zira Weimar anayasası dönemindeki değerli demokrasi anlayışını anımsatan bu demokrasi yaklaşımında yasa koyucu sınırsızdır ve demokrasinin kaldırılması dâhil her türlü kararı alabilir²⁸². Yazara göre bu sebeple devletler bir takım engeller koyar. Bu engeller ilk olarak, demokrasi yanlısı inançları ve tutumları teşvik eden yasal olmayan stratejilerden oluşur. Diğer taraftan devletler doğrudan veya dolaylı bir takım yasal engellere dayanan stratejilere de başvurabilir. Doğrudan yasal engeller anti-demokratik aktörlerin yasaklanması veya kısıtlanması iken, dolaylı engeller karar alma sürecine getirilecek kısıtlamaları ifade etmektedir²⁸³. İşte militan demokrasi anlayışı açık demokrasiden uzaklaşmaya sebep

²⁷⁵ Sajo, "Militant Democracy", 215.

²⁷⁶ Sajo, "Militant Democracy", 211.

²⁷⁷ Andras Sajo, "Emotional Politics", *Constellations - Blackwell Publishing Ltd.*, 19/4 (2012): 563.

²⁷⁸ Sajo, "Emotional Politics", 563.

²⁷⁹ Sajo, "Emotional Politics", 562; Yazarın söz konusu görüşleri hakkında bir değerlendirme için bkz., Rijpkema, *Militant Democracy*, 27-28.

²⁸⁰ Pfersmann, 53.

²⁸¹ Pfersmann, 53.

²⁸² Pfersmann, 53.

²⁸³ Pfersmann, 54 vd..

olacak söz konusu engellerin varlığı halinde mümkün olmaktadır. Yazar bu yaklaşımdan yola çıkarak neredeyse tüm demokrasilerin az veya çok militan olduğunu savunmaktadır²⁸⁴.

Günümüz doktrinde militan demokrasi anlayışının varlığını kabul eden başka bir yazar *Kirshner* ise militan demokrasi anlayışını savunurken demokratik katılımdan (seçme, seçilme, konuşma ve örgütlenme hürriyeti) yola çıkmaktadır²⁸⁵. Yazara göre demokrasilerde antidemokratlar dâhil her bireyin demokratik karar alma süreçlerine katılım hakkı vardır²⁸⁶. Yazar militan demokrasi anlayışını bu katılım hakkının güvencesi olarak ileri sürmektedir. Şayet antidemokratlar başkasının katılım hakkını sınırlandırırorsa onların demokratik karar alma sürecinin dışına itilmesi gerekir²⁸⁷. Yazar bu dışlayıcı kural ve tedbirleri militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirmektedir.

Kanaatimizce yukarıda yazarların farklı açılardan dile getirdiği düşüncelerin de gösterdiği üzere militan demokrasi anlayışı sadece İtalya ve Almanya faşizmine yönelik ortaya konulan dönemsel bir demokrasi anlayışı değildir. Loewenstein'in eserinde belirttiği, faşizmin demokrasiyi devirme ve kitleleri kendi amaçları doğrultusunda kanalize etmek için kullandığı politik duygusalcılık, demokrasinin olduğu her yer ve zamanda olacaktır. Yani demokrasi düşmanlığı iki dünya savaşı arasındaki faşizme özgü bir durum değildir. Diğer taraftan demokrasi düşmanları günümüzde sadece faşizm ve komünizmle sınırlı kalmamakta son yıllarda olduğu gibi radikal dinci veya ırkçı farklı demokrasi düşmanı yapılanmalar ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple militan demokrasi anlayışının sadece geçmişe ait olan değil günümüzde de geçerliliğini koruyan bir anlayış olduğu kabul edilmelidir²⁸⁸. Son olarak belirtmek gerekir ki günümüz militan demokrasi anlayışı doktrini tıpkı Loewenstein gibi demokrasiyi korumak adına “mümkün olan her

²⁸⁴ Pfersmann, 56.

²⁸⁵ *Kirshner*, kendi perspektifinden savunduğu militan demokrasi anlayışını kendini sınırlandıran militan demokrasi anlayışı olarak ifade etmektedir. Kendini sınırlandıran militan demokrasi anlayışının üç temel ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; demokratik katılım, sınırlı müdahale ve demokratik sorumluluk ilkesidir. Demokratik katılım ilkesini, savunduğu militan demokrasi anlayışının özü olarak nitelendiren yazar, sınırlı müdahaleyi yani militan demokrasi anlayışını bu hakka güvence olarak görür. Yazara göre demokratik sorumluluk ise militan demokrasi anlayışına başvuran demokratların müdahalelerinin olası riskleri ve bedelleri konusunda bilinçli olmalarını ifade etmektedir. Bkz., *Kirshner, Militan Demokrasi*, 33 vd.; *Kirshner*'in militan demokrasi anlayışı yaklaşımı hakkında değerlendirmeler için bkz., *Rijkema, Militant Democracy*, 83-87.

²⁸⁶ *Kirshner, Militan Demokrasi*, 34.

²⁸⁷ *Kirshner, Militan Demokrasi*, 34-35.

²⁸⁸ *Tyulkina, Undemocratic Political Parties*, 34.

türlü çabayı” sarf etme noktasında istekli değildir. Yukarıda zikredilen kimi yazarlarda da görüleceği üzere demokrasi düşmanlarına belli bir çizgiye kadar tolerans gösterilmesi gerektiği o çizgiyi aştığı anda ise militan demokrasi anlayışının uygulanması görüşü hâkimdir. Her ne kadar bu yaklaşımlar doktrinde eleştiri konusu olsa da²⁸⁹ sonuç olarak militan demokrasi anlayışı reddedilmemekte ve gerektiğinde demokrasiyi korumak adına bir takım tedbirlerin uygulanması savunulmaktadır.

1.5. Militan Demokrasi Anlayışı

Militan demokrasi anlayışı günümüzde genel olarak kabul görmüş bir anlayış haline gelmiştir. Gerçekten demokrasilerin militan olmasının gerekli olup olmadığı sorusu artık doktrini çok fazla meşgul etmemektedir. Zira doktrindeki genel kanaat, demokrasi düşmanlarının demokrasi aygıtlarını ve temel hakları kötüye kullanabileceği ve demokrasilerin bunlara karşı toleranslı olmaması yani militan olması gerektiği yönündedir. Bununla birlikte militan demokrasi anlayışının yaygın kabulü ve hatırı sayılır geçmişine rağmen günümüzde halen genel geçer bir militan demokrasi anlayışı teorisi oluşturulabilmiş değildir²⁹⁰. Zira militan demokrasi anlayışının varlığını savunanlar, farklı hususları ön plana çıkarsalar da her ülkenin kendi iç dinamikleri çerçevesinde bir militan demokrasi anlayışına sahip olacağı gerekçesiyle genel geçer bir militan demokrasi anlayışı teorisi ortaya koymaktan kaçınmışlardır²⁹¹. Militan demokrasi anlayışının demokrasiler için gerekliliği ileri sürülmesine rağmen her demokrasiye uygulanacak genel geçer bir militan demokrasi teorisi oluşturmanın güçlüğü hiç şüphesiz demokrasinin kendisiyle yakından ilgilidir. Zira günümüzde demokrasinin dahi anlam ve kapsamına

²⁸⁹ Malkopoulou and Norman, Loewenstein’a nispeten ılımlı olan bu günümüz militan demokrasi anlayışı doktrinini “neo-militan demokrasi” olarak ifade etmekte ve Weimar Almanya’sı örneğini vererek demokrasi düşmanlarına yönelik ılımlı yaklaşımı eleştirmektedir. Bkz., Malkopoulou and Norman, “Three Models”, 445.

²⁹⁰ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 28, 35; Rijpkema, *Militant Democracy*, 69; Kirshner, *Militan Demokrasi*, 5; Doktrinde Müller, militan demokrasi anlayışının genel geçer bir teorisinin olmadığı şu şekilde açıklamaktadır: “Şüphesiz, tolerans, devlet tarafsızlığı gibi ya da ifade hürriyetinin meşru sınırları ve temel hakların kötüye kullanılması gibi konularda pek çok tartışma var. Ancak yeni konsolide edilmiş bir demokrasi tarafından doğrudan benimsenebilecek bir militan demokrasi “modeli” bulunmamaktadır ...”. Bkz., Müller, “Militant Democracy”, 1254.

²⁹¹ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 35-36; Müller, “Militant Democracy”, 1254.

ilişkin genel geçer bir yaklaşım söz konusu olamamıştır²⁹². Demokrasinin uygulandığı her ülkeye bağlı olarak kendine has özelliklere sahip olduğu kabul edilmektedir²⁹³.

Militan demokrasi anlayışının genel geçer bir teorisinin oluşturulamayacağı kabul edilse bile söz konusu anlayışın kesin bir amacı ve bir takım temel özelliklerinin bulunduğu yadsınamaz. Gerçekten artık militan demokrasi anlayışının amacının demokrasiyi demokratik yollarla yıkmak isteyen demokrasi düşmanlarıyla mücadele etmek olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Diğer taraftan militan demokrasi anlayışını doğuran sebepler, bu anlayışın teorik olarak doğuşuna katkıda bulunan yazarların görüşleri ve bu çerçevede yapılan anayasal düzenlemeler neticesinde söz konusu anlayışın bir takım temel özellikleri bulunduğu ortaya çıkmıştır. Bu sebeple aşağıda öncelikle doktrindeki görüşlerden de yararlanmak suretiyle militan demokrasi anlayışının amacını ve özelliklerini ihtiva edecek bir tanım yapılmaya çalışılacaktır. Daha sonra ise bu tanımdan yola çıkarak militan demokrasi anlayışının temel özellikleri açıklanacaktır.

1.5.1. Tanımı

Karl Loewenstein'in ilk defa ortaya attığı militan demokrasi kavramı, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra birçok ulusal ve uluslararası mevzuatta bir demokrasi anlayışı olarak kendisine yer bulmuştur. Ancak söz konusu ulusal ve uluslararası mevzuatlarda militan demokrasi anlayışına ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Doktrinde de üzerinde uzlaşılan bir tanımdan bahsetmek mümkün değildir²⁹⁴.

Militan demokrasi anlayışının anayasal ve siyasi kimliği, her ülkenin demokrasi düşmanlarıyla olan kendine has mücadelesi, her ülkede ortak olmayan farklı demokrasi tehditleri, her ülkenin kendi iç dinamikleri çerçevesinde militan demokrasiyi farklı şekillerde uyguluyor oluşu militan demokrasi için bir tanım yapmayı zorlaştırmaktadır²⁹⁵. Militan demokrasi anlayışının fikir babası olan Loewenstein da kavramı ortaya attığı çalışmasında herhangi bir tanım getirmemiş kavramın işaret ettiği anlama yoğunlaşmıştır.

²⁹² Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 35-36.

²⁹³ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 35-36; Thiel, "Comperative Aspects", 384; Militan demokrasi anlayışının genel geçer bir teorisinin olmamasının her ülkenin yaşadığı tarihi tecrübeler arasındaki derin farklılıklar ve bu tecrübeleri tatbik edişlerindeki çeşitliliğe bağlı olduğu yönünde bkz., Müller, "Militant Democracy", 1254-1255.

²⁹⁴ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 14; Sulejmanova, "Populism", 9.

²⁹⁵ Sulejmanova, "Populism", 9, 11.

Bununla birlikte günümüz anayasa hukuku ve siyaset bilimi doktrininde militan demokrasi anlayışını tanımlayan yazarlar bulunmaktadır²⁹⁶. Ancak doktrinin getirdiği tanımlar tanımı getirenlerin konuya bakış açısını (anayasa hukuku ya da siyaset bilimi perspektifini) yansıtmaktadır. Kimi tanımlarda birtakım eksiklikler bulunurken kimi tanımlarda ise militan demokrasi anlayışının bazı unsurları ön plana çıkarılmıştır²⁹⁷.

Bugün kabul gören tanımlardan biri olan *Pfersmann*'ın tanımına göre militan demokrasi, “*demokrasiyi içeriden devirmek isteyenlere veya demokratik kurumları kullanarak toplum içinde destek alarak açıkça dışarıdan yok etmek isteyenlere karşı demokrasiyi korumayı amaçlayan politik ve yasal bir yapı*” olarak ifade edilmiştir. Tanımda geçen “politik ve yasal bir yapı” kavramıyla militan demokrasi anlayışı oldukça genel ve belirsiz bir temele oturtulmuştur.

Sajo ve Uitz ise militan demokrasiyi “*temel hakları ve siyasi temsili kullanarak diğerlerinin dışlanması için siyasi güce erişim sağlamak amacıyla onu yok etmeye çalışan demokrasi düşmanlarına karşı olağanüstü önleyici aksiyonlar öngören bir anayasal öz savunma örneği*” olarak tanımlamıştır²⁹⁸. Oldukça kapsayıcı olan bu tanımda militan demokrasi anlayışının tedbirlerini ifade eden “olağanüstü önleyici aksiyonlar” ın ne ifade ettiği anlaşılmamaktadır.

Macklem militan demokrasiyi; “*sivil ve politik hakların kullanılmasını sınırlandırarak onları koruyan bir anayasal demokrasi biçimi*” şeklinde doğrudan hak eksenli ve anlayışın anayasal yönünü vurgulamak suretiyle tanımlamıştır²⁹⁹. Ancak tanımda militan demokrasinin kime karşı militan olduğuna dair bir bilgi yer almamaktadır.

Fox ve Nolte ise militan demokrasiyi sadece siyasi parti çerçevesinde görerek, “*bir anti demokratik partinin seçilmesi sonrasında devletin kendi demokratik karakterinin değişmesini önlemek amacıyla aldığı bir dizi önlem*” olarak tanımlamıştır³⁰⁰. Yazarlar militan demokrasi düşmanlarını siyasi partilerle sınırlı olarak dar bir kapsamda

²⁹⁶ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 34.

²⁹⁷ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 34.

²⁹⁸ Andras Sajo and Renata Uitz, *The Constitution of Freedom - An Introduction to Legal Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 433.

²⁹⁹ Patrick Macklem, “Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe”, *Constellations - Blackwell Publishing*, 19/4 (2012): 575.

³⁰⁰ Fox and Nolte, “Intolerant Democracies”, 6.

değerlendirmiştir. Oysa bugün uygulamada dernek tüzel kişileri ve gerçek kişiler de militan demokrasi anlayışı kapsamında demokrasi düşmanı olabilmektedir. Diğer taraftan yazarların militan demokrasi anlayışının içeriğine ilişkin olarak zikrettikleri “bir dizi önlem”in kapsamı da belirsizdir.

Doktrinde bir başka yazar *Harvey* ise militan demokrasi anlayışını “*demokratik süreci onu yıkmak için kullanan anti demokratik aktörlere karşı demokrasinin kendisini savunabilmesi*” olarak tanımlamıştır³⁰¹. Yazar tanımında militan demokrasi anlayışında korunan değer olarak demokratik düzenin kaynağı olan anayasaları ön plana çıkarmıştır. Ancak bu tanımda anayasanın nasıl savunulacağı noktasında herhangi bir ifade yer almamaktadır.

Doktrinde *Tyulkina* ise militan demokrasi anlayışını “*bir demokrasi olarak varlığının devamlılığını sivil ve siyasi özgürlüklerin kullanımını önleyici bir şekilde sınırlandırarak korumakla yetkilendirilmiş anayasal demokrasi şekli*” olarak tanımlamaktadır³⁰². Bu tanım da sivil ve siyasi hakları önleyici bir şekilde sınırlandırılacak olan demokrasi düşmanlarının kapsamı hakkında fikir vermemektedir.

Türk Anayasa hukuku doktrininde *Hakyemez* de militan demokrasi anlayışını tanımlamıştır. Yazara göre militan demokrasi anlayışını; “faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm ve benzeri özgürlükçü demokratik düzeni açıkça tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında, kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, klasik (liberal) demokrasinin 1930'lardan sonra siyasal ve toplumsal koşulların ortaya çıkardığı farklı bir yorumu” olarak tanımlamıştır³⁰³. Yazar bu tanımla militan demokrasi anlayışını hukuki tedbirleri barındıran bir anlayıştan öte olarak oldukça geniş tanımlamış ve demokrasiyi korumaya yönelik toplumsal ve siyasi adımları da militan demokrasi anlayışı kavramı içine dahil etmiştir. Ancak aşağıda ayrıca ifade edileceği üzere militan demokrasi anlayışı demokrasiyi savunmanın kendine ait

³⁰¹ Paul Harvey, “Militant democracy and the European Convention on Human Rights”, *European Law Review*, (2004): 408.

³⁰² Tyulkina, “Australian Constitutional Law”, 517.

³⁰³ Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 33-34.

hususiyetleri olan özel bir biçimi olup demokrasiyi savunma kavramı ile eş anlamda değildir.

Son olarak doktrinde Müller'in oldukça isabetli bir tanımı vardır. Yazara göre militan demokrasi; *“demokrasiyi demokratik yollarla yıkmayı amaçlayanların demokratik rejimi yıkmasını önlemek için önleyici, ilk bakışta liberal olmayan tedbirler almaya istekli bir demokratik rejim fikri”*dir³⁰⁴. Bu tanımda militan demokrasi anlayışının mücadele edeceği demokrasi düşmanları oldukça net bir şekilde belirlenmiş, militan demokrasi anlayışı tedbirlerinin önleyici ve ilk bakışta illiberal olduğu vurgulanmıştır. Ancak bu tanımda demokrasi düşmanlarına uygulanacak illiberal tedbirlerin ne olduğu ifade edilmemiştir.

Doktrinin yanısıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Türkiye’de Refah Partisi’nin kapatılmasına binaen yapılan başvuru neticesinde verdiği 13 Şubat 2003 tarihli kararında militan demokrasi anlayışını, *“kendisini yok etmeye çalışan tüm siyasi hareketlere karşı kendini savunan demokratik sistem”* şeklinde muğlak ve oldukça geniş yorumlanabilecek bir ifade kullanarak tanımlamıştır³⁰⁵. Tanımda siyasi hareketlerden ne anlaşılması gerektiği ve demokrasinin kendisini nasıl savunacağı konusunda herhangi bir bilgi yer almamaktadır.

Yukarıda zikrettiğimiz tanımlardan da anlaşılacağı üzere militan demokrasi anlayışını belirli kalıplara sokmak ve bu anlayışa ilişkin genel bir tanım vermek oldukça güçtür. Ancak bu güçlüğüne rağmen anlayışı doğuran gelişmeler ve teorik görüşler dikkate alınarak, Müller’in tanımı üzerinden en azından anlayışın temel esaslarını içeren bir tanım yapılabilir. Kanaatimizce militan demokrasi anlayışı; *anayasal demokratik kurum ve temel hakları kötüye kullanarak demokrasiyi yıkmayı amaçlayan demokrasi düşmanlarına karşı demokrasiyi korumak isteyen ve bunun için demokrasi düşmanlarının politik katılım haklarına ve/veya politik karar alma sürecine katılmasını sınırlamaya yönelik anayasal ve yasal önleyici tedbirler öngören bir demokrasi anlayışıdır.*

³⁰⁴ Müller, “Militant Democracy”, 1253.

³⁰⁵ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31.07.2001, p. 62.

1.5.2. Temel Özellikleri

Günümüzde militan demokrasi anlayışını ortaya çıkaran sebepler ve anlayışın teorik gelişimi göz önüne alındığında anlayışın belli bir takım temel özelliklere sahip olduğu kabul edilmelidir. Militan demokrasi anlayışı bu temel özellikleriyle diğer demokratik düzeni korumaya yönelik kurumlardan ayrılmaktadır. Ancak günümüz doktrinde militan demokrasi anlayışı anayasal düzeni korumaya yönelik her türlü düzenleme olarak geniş ve muğlak bir şekilde de ele alınabilmektedir. Dolayısıyla tanımından hareketle militan demokrasi anlayışının özelliklerinin tespit edilip ayrı ayrı incelenmesi militan demokrasi anlayışının anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

1.5.2.1. Anayasal Demokratik Düzeni Koruması

Günümüzün anayasal demokratik devletleri, demokratik temellerini anayasalarda inşa etmektedir. Bu kapsamda anayasalarda demokrasinin temel unsurları olarak kabul edilen temel hak ve hürriyetler ve bunlara saygı (özellikle örgütlenme ve barışçıl toplantı hürriyeti, ifade ve düşünce hürriyeti, kamu işlerinin yürütülmesine katılma hakkı), genel, eşit ve gizli oy ilkesine tabi periyodik şekilde yapılan seçimler ve referandumlar, söz konusu seçimlerle temsilcilerin ve etkin siyasal makamların seçilmesi, çoğulcu siyasi partiler rejimi, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, kamu otoritelerinin şeffaflığı ve hesap verebilirliği, bağımsız ve çoğulcu medya gibi hak ve ilkeler anayasalarda tespit edilmekte ve güvence altına alınmaktadır³⁰⁶. Diğer taraftan halk egemenliğinin siyasi karar alma sürecine yansıtılmasının (anayasa ve kanun koymak, değiştirmek ya da kaldırmak gibi) temel esaslarının da yine anayasalarda güvence altına alındığı görülmektedir. İşte militan demokrasi anlayışı bu demokratik unsurları barındıran anayasanın oluşturduğu “anayasal demokratik düzeni” ortadan kaldırmak isteyenlerle mücadele etmektedir. Buna göre örneğin, anayasal demokratik düzeni ortadan kaldırıp yerine mutlak monarşi ya da oligarşiye dayalı bir yönetim şekli getirmeyi amaçlayan ya da bir sınıfın diğer bir sınıf üzerinde tahakküm kurmasını hedefleyen hareketlerin

³⁰⁶ Söz konusu hak ve ilkeler BM Genel Kurulu tarafından demokrasinin temel unsurları olarak deklare edilmiştir. Bkz., General Assembly of the United Nations, Resolutions and Decisions, Resolutions - Volume I, Supplement No. 49 (A/59/49), 14 September – 23 December 2004, 399, [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/59/49\(Vol.I\)\(SUPP\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/59/49(Vol.I)(SUPP)), Erişim Tarihi: 05.02.2020.

demokrasisi militan bir devlet yapısı içerisinde politik katılımı bulundurmaları düşünülemez.

Demokratik düzenler, anayasaların oluşturduğu düzenin yani anayasal düzenin bir parçasıdır. Anayasalarda sadece demokratik düzenin unsurlarına yer verilmez. Hükümet sistemleri, idari teşkilat, seçim sistemleri, ülkenin egemenlik ve bağımsızlık alametleri (bayrak, marş, başkent vs.), tercih edilen ekonomik yaklaşımlar gibi demokratik düzenden ziyade ülkenin siyasi, idari ve ekonomik yapısını yansıtan hükümler de anayasal düzenin bünyesinde yer alır³⁰⁷. Dolayısıyla anayasal düzen, demokratik düzen kavramına göre daha geniş kapsamlıdır³⁰⁸. Buradan hareketle anayasal düzen karşıtlığı her zaman demokratik düzen karşıtlığı anlamına gelmez ancak demokratik düzene karşıtlık her zaman anayasal düzen karşıtlığı anlamına gelir³⁰⁹.

Günümüzde birçok anayasa, demokratik düzeni koruma altına aldığı gibi demokratik düzenin dışındaki anayasal düzenin mezkûr diğer unsurlarını da koruma altına almaktadır³¹⁰. Ancak bunlar demokratik düzenle ilişkilendirilmedikleri sürece militan demokrasi anlayışının kapsamına girmez. Örneğin, anayasada çerçevesi çizilen yürürlükteki başkanlık sisteminin hâlihazırda başka bir demokratik sistem olan parlamenter sisteme çevrilmesi veya üniter devlet yapısının federatif devlet yapısına dönüştürülmesine yönelik eylemler doğrudan demokratik düzeni koruma amacı taşımadığından bunlara yönelik müdahaleler militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilemez. Sonuç olarak militan demokrasi anlayışı sadece anayasal demokratik düzeni korumakta ve anayasal düzeni koruyan diğer hükümlerden ayrılmaktadır³¹¹.

³⁰⁷ Christian von Coelln, “Artikel 18 GG”, in *Grundrechte-Kommentar*, hrsg., Klaus Stern und Florian Becker, (Köln: Wolters Kluwer Deutschland GmbH – JURION, 2016), rn. 36; Seitzers, “Art. 18”, 1199.

³⁰⁸ Hans-Ulrich Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten* (Berlin: Duncker & Humblot, 1967), 118.

³⁰⁹ Doğu Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler Rejimi* (İstanbul: Kaynak Yayınları, 2008), 231-232.

³¹⁰ Sajo, demokratik düzenin korunmasını da aşan söz konusu korumayı “Militan Anayasacılık” (Militant Constitutionalism) olarak adlandırmaktadır. Bkz., Andras Sajo, “Militant Constitutionalism”, in *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), eds. Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019), 208 vd..

³¹¹ Klamt, militan demokrasi anlayışı kapsamında korunan değeri ifade etmek ve diğer anayasa koruyucu düzenlemelerden ayırmak için korunan değeri “demokratik kimlik” (democratic identity) olarak ifade etmektedir. Bkz., Klamt, “Militant Democracy”, 135.

1.5.2.2. Anayasal Demokratik Düzenin Unsurlarını Kullanarak Demokrasiyi Yıkma İsteyenlerle Mücadele Etmesi

Liberal demokrasiler herkese siyasi karar alma sürecinde ve politik katılım haklarını kullanmada eşit fırsatlar ve adil yarış ortamı sunar. Bu fırsat ve ortam şayet gerekli önlemler alınmazsa demokrasinin sonunu getirir ki bu durum demokrasinin paradoksu olarak ifade edilmektedir. Nitekim iki dünya savaşı arasında Almanya ve İtalya örneklerinde demokrasi düşmanları anti-demokratik emellerine darbe veya devrimle değil anayasada güvence altına alınan demokratik kurum ve temel hakları kullanarak ulaşmışlardır. Militan demokrasi anlayışının fikir babası Loewenstein'in yukarıda da aktarılan görüşlerinde de belirtildiği üzere demokrasi düşmanları, demokratik sisteme demokratik kurum ve araçları kullanarak bir Truva atı misali girmektedir³¹². Demokrasi düşmanları demokrasinin herkese sunduğu serbest konuşma hürriyeti, basın hürriyeti, meclislere katılım hakkı gibi hürriyet ve haklarla devlet mekanizması içerisinde kendisine yer edinmeyi başarmaktadır³¹³. Böylece demokrasinin yıkılıp, totaliter rejimlerin kurulması demokrasi ve yasallık kılıfları içerisinde gerçekleşme imkânı bulmaktadır. Militan demokrasi anlayışı işte bu şekilde serbest seçimler, ifade hürriyeti, örgütlenme hürriyeti gibi politik katılım haklarını ya da karar alma mekanizmalarını kullanarak anayasal demokratik düzeni yıkmak isteyenlerle mücadele eder³¹⁴.

Demokratik yollar dışında örneğin şiddete dayalı olarak ya da terör eylemleriyle demokrasiyi yıkmak isteyen demokrasi düşmanlarıyla mücadele, militan demokrasi anlayışının kapsamına girmez³¹⁵. Bu noktada olağan ceza hukuku ya da idare hukuku gibi

³¹² Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights I", 424; Demokrasiyi, demokrasiyi kullanarak yıkmak isteyen demokrasi düşmanları demokrasiye entegre olmayı oldukça üst seviyelere taşımışlardır. Öyle ki batının demokratik rejimlerinin biçimsel olarak nitelendirip kendi ideolojilerinin "gerçek demokrasi" ya da "halk demokrasisi" olduklarını savunmuşlardır. Örneğin; İtalyan Faşizminin önemli düşünürlerinden *Gentile*; "Faşist devlet ... bir halk devletidir. Öyleyse mükemmel bir demokratik devlettir" şeklinde ifadelerde bulunmuştur. Bu konuda bkz., Giovanni Gentile, "The Philosophic Basis of Fascism", *Foreign Affairs*, V. 6, N.2, January 1928, 302 (Aktaran: Müller, "Militant Democracy", 1255).

³¹³ Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights I", 423-424.

³¹⁴ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 11, 14; Tyulkina, "Australian Constitutional Law", 520-521; Lars Vinx, "Democratic Equality and Militant Democracy", *Constellations*, (2020): 11; Sajo, "Constitutionalism", 208; Klamt, "Militant Democracy", 134.

³¹⁵ Müller, "Militant Democracy", 1255-1256; Rijpkema, *Militant Democracy*, 29-30; Violeta Besirevic, "A Short Guide to Militant Democracy: Some Remarks on the Straousbourg Jurisprudence", in *European Yearbook on Human Rights*, eds. Wolfgang Benedek, Florence Benoit-Rohmer, Wolfram Karl, Manfred Nowak, (Vienna: NW Verlag, 2012), 145.

diğer hukuk dallarında öngörülen koruma mekanizmaları işletilebilir³¹⁶. Dolayısıyla militan demokrasi anlayışında muhatap aslında demokrasi oyununu kurallarına göre oynayan ve demokratik kimliğe sahip olduğu görünümü veren kişi veya siyasi örgütlenmelerdir.

1.5.2.3. Demokrasi Düşmanlarıyla Anayasal-Yasal Bir Mücadele İçine Girmesi

Militan demokrasi anlayışı kapsamında demokrasi düşmanlarıyla nasıl mücadele edileceği militan demokrasi anlayışının özellikleri içerisinde ele alınması gereken bir meseledir. Bu mesele demokrasinin militan olmasının gerekliliği üzerinde duran ve militan demokrasi anlayışının doğuşuna katkı sağlayan teorisyenler tarafından ele alınmamıştır.

Militan demokrasi anlayışı kapsamında demokrasi düşmanlarıyla anayasal yolla mücadele edileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira militan demokrasi anlayışı ilk kez hukuki düzenleme olarak 1949 Federal Almanya Anayasası'nda yasal zemine kavuşmuştur. Başka bir deyişle demokratik düzeni koruyan hükümler ilk kez Federal Almanya Anayasası'nda düzenlenmiş ve daha sonra birçok ülke de anayasasında benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak günümüz doktrininde anayasal düzenlemelerin yanında yasal düzenlemelerle de demokrasi düşmanlarıyla mücadele edilebileceği kabul etmektedir³¹⁷. Gerçekten de militan demokrasi inceleme konusu yapılan bazı eserlerde ülkelerin militan demokrasiye sahip olup olmadığı belirlenirken sadece o ülkelerin anayasalarından değil aynı zamanda yasalarından da çıkarım yapılmaktadır. Örneğin, İspanya Anayasası'nda siyasi parti yasakları olmamasına rağmen çıkarılan kanun ile siyasi parti yasakları getirilmiş ve bu yasakla ülkede militan demokrasi anlayışının varlığı tartışılmıştır³¹⁸. Şüphesiz burada savunulan militan demokrasiye ilişkin kanuni düzenlemeler, anayasada var olan önleyici tedbirlerin uygulamasını ya da

³¹⁶ Vinx, "Democratic Equality", 11; Besirevic, "A Short Guide", 145; Kent Roach, "Anti-Terrorism and Militant Democracy: Some Western and Eastern Responses", in *Militant Democracy*, ed. Andras Sajo, (Utrecht: Eleven International Publishing, 2004), 171.

³¹⁷ Tyulkina, *Australian Constitutional Law*, 526; Tyulkina militan demokrasi anlayışının araçlarının sadece anayasal olmaması gerekliliğini, birçok anayasanın katı olması, anayasa değişikliği süreçlerinin uzun ve karmaşık olmasına bağlamaktadır. Yazar bu sebeple yasal araçlarının reddedilmesini çok mantıklı bulmamaktadır. Bkz., Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 42.

³¹⁸ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 41-42.

detaylarını düzenleyen kanun hükümleri değil, doğrudan anayasada öngörülme­yen bir yasağın kanunla düzenlenmesine ilişkin hükümleri ifade etmektedir.

Kanaatimizce her şeyden önce militan demokrasi anlayışı kapsamında anayasada düzenlemeler yapılması, bu düzenlemelerin kötüye kullanılmasını engellemek ve böylece anayasal demokratik temel düzeni korumak adına önemli bir teminattır. Zira anayasaların birçoğu günümüzde değiştirilmesi veya kaldırılması kanunlara nispeten daha zor usul ve şekil şartlarıyla donatılmıştır. Ayrıca anayasa değişiklikleri kamuoyunun daha çok dikkatini ve tepkisi çekmekte bu ise keyfi anayasa değişiklikleri yapılmaması noktasında tali kurucu iktidar üzerinde bir baskı unsuru haline dönüşebilmektedir. Buna karşılık mecliste yeterli çoğunluğu elde eden siyasi partilerin militan demokrasi anlayışı kapsamında düzenlenen kanuni düzenlemeleri değiştirmesi ya da kaldırması nispeten daha kolaydır. Bunun ise özellikle siyasi parti yasakları noktasında muhtemel iki sonucu ortaya çıkabilir: Anayasal demokratik düzene zarar vermek ya da onu yıkmak isteyen ve çoğunluğu elinde bulunduran iktidar partisi/partileri yasal araçları ortadan kaldırabilir. Böylece demokrasiyi yıkmak ya da ona zarar verme sürecindeki yasal engeller ortadan kaldırılmış olunur. Diğer taraftan bu yasal araçlar iktidar partileri tarafından siyasi çekişmede muhalifleri alt etme aracına dönüşebilir³¹⁹. Ancak tüm bu risklere rağmen doktrinde militan demokrasi anlayışının anayasal boyutunun yanında yasal boyutunun da söz konusu olduğu kabul edilmektedir.

Sonuç olarak militan demokrasi anlayışının anayasal boyutu temel hakların ve demokratik düzenin korunmasına hizmet etmesi bakımından oldukça önemlidir ve tercihe şayan gözükmektedir. Ancak günümüzde uygulamaya bağlı olarak tüm dezavantaj ve risklerine rağmen militan demokrasi anlayışının yasal boyutu da kabul edilmektedir.

1.5.2.4. Önleyici Nitelikte Olması

Militan demokrasi anlayışının amacı demokrasi düşmanlarının anayasal demokratik düzene zarar vermelerini ya da onu yıkmalarını önlemektir³²⁰. Militan

³¹⁹ Söz konusu risklerin özellikle demokrasiye geçiş yapmış genç demokrasilerde daha fazla olacağı ve militan demokrasi anlayışı araçlarının bu genç demokrasilerde olabildiğince anayasaya dahil edilmesi gerektiği yönünde bkz., Müller, “Protecting Popular Self-Government”, 254.

³²⁰ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 37; Tyulkina, “Australian Constitutional Law”, 520; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 51; Macklem, “Guarding the Perimeter”, 575; Cristóbal Rovira Kaltwasser, “Militant Democracy Versus Populism”, in *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), eds. Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, (Edinburgh: Edinburgh University

demokrasi anlayışının devreye girebilmesi için demokrasi düşmanlarının demokrasiyi yıkmak adına gerçek ve somut fırsatlar yakalamasının beklenilmesine gerek yoktur³²¹. Aksi halde demokrasinin yıkılması ya da zarar görmesi gerçekleşir. Bu noktada ise artık militan demokrasi anlayışının varlığı bir anlam ifade etmez³²². Demokrasinin yıkılması ya da zarar görmesi halinde uygulanacak tedbirler artık önlemeye yönelik olmaz. Bunlar ancak cezalandırıcı müeyyideler olur. Buna karşılık Militan demokrasi anlayışında uygulanacak olan yasal-anayasal tedbirler anayasal demokratik düzene zarar verme veya onu yıkma mücadelesini cezalandırmaya değil önlemeye yönelik tedbirlerdir³²³.

1.5.2.5. Demokrasi Düşmanlarının Politik Katılım Haklarını ve/veya Onların Siyasi Karar Alma Sürecinde Bulunmalarını Sınırlaması

Militan demokrasi anlayışı, demokrasi düşmanlarının demokratik temel düzene zarar verecek politik katılım haklarını ve/veya bu politik katılım haklarıyla siyasi karar alma süreçlerine aktif katılımlarını kısıtlar³²⁴. Militan demokrasi anlayışıyla kısıtlanacak olan siyasi katılım haklarına başta siyasi parti kurma ya da üye olma hakkı olmak üzere seçme-seçilme hakkı, toplanma hakkı, ifade hürriyeti, basın hürriyeti gibi haklar örnek gösterilebilir³²⁵. Demokrasinin gereği olarak kişi ya da siyasi gruplar eşit şekilde söz konusu bu haklarla politik iradelerini dışa vurabilirken, militan demokrasi anlayışında demokrasi düşmanlarının bundan faydalanmasına izin verilmez. Bu noktada siyasi partiler ayrı bir öneme sahiptir. Zira günümüzde politik katılım bireysel olmaktan ziyade partiler vasıtasıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla militan demokrasi anlayışının politik katılım haklarını sınırlandırma özelliği daha çok siyasi partilere yönelir. Militan demokrasi anlayışı kapsamında anayasal demokratik düzene zarar verme ya da onu

Press, 2019), 83; Müller, militan demokrasi anlayışının önleyicilik niteliğini “yılanın başını küçükken ezeceksin” (nip it in the bud) deyimiyle açıklamaktadır. Bkz., Müller, “Protecting Popular Self-Government”, 250.

³²¹ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 14, 37; Tyulkina, “Australian Constitutional Law”, 520; Vinx, “Democratic Equality”, 2; Macklem, “Guarding the Perimeter”, 575; Müller, “Protecting Popular Self-Government”, 250; Kaltwasser, “Militant Democracy”, 83.

³²² Vinx, “Democratic Equality”, 2.

³²³ Patrick Macklem, “Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination”, *International Journal of Constitutional Law*, 4/3 (2006): 488; Tyulkina, “Militant Democracy”, 35, 71; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 29, 37; Vinx, “Democratic Equality”, 2; Fox ve Nolte, militan demokrasi anlayışını seçimle gelen anti demokratik partilerin devletin demokratik karakterini değiştirmesini önleyen bir dizi araç olarak görmektedir. Bkz, Fox and Nolte, “Intolerant Democracies”, 6.

³²⁴ Vinx, “Democratic Equality”, 8.

³²⁵ Kirshner, *Militan Demokrasi*, 42.

yıkmaya elverişli olmayan hak ve ilkelerin sınırlandırılması ise mümkün değildir. Örneğin ekonomik haklar, aile ve özel hayatın gizliliği gibi hakların militan demokrasi anlayışı kapsamında sınırlandırılması düşünülemez³²⁶. Diğer taraftan yukarıda da belirtildiği üzere militan demokrasi anlayışının temel hakları sınırlandırırken yegane amacı anayasal demokratik düzenin korunmasıdır. Dolayısıyla temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin genel rejimde başvuru genel sağlık, genel ahlak, düzenli kentleşme, milli güvenlik gibi farklı sebeplere istinaden yapılan sınırlandırmalar militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilemez. Son olarak belirtmek gerekir ki militan demokrasi anlayışında temel hakları sınırlandırılacak kişi ya da örgütlenmelerin kapsamı oldukça sınırlıdır. Buna göre militan demokrasi anlayışında politik katılım sürecinde yer almayanların hakları hiçbir şekilde sınırlandırılmaz³²⁷. Bu bilgiler ışığında militan demokrasi anlayışının genel temel hakları sınırlandırma rejimi içerisinde oldukça spesifik ve dar kapsamlı olduğu söylenebilir³²⁸.

Militan demokrasi anlayışı ile politik katılım haklarını sınırlandırabileceği gibi politik karar alma süreçlerine de sınırlama getirilebilir. Kanun yapma faaliyetleri, referandumlar, seçim gibi demokrasi düşmanlarının amaçları için kullanabileceği demokrasinin temel mekanizmaları olan politik karar alma süreçlerinden faydalanma ya da bunlara iştirak de militan demokrasi anlayışı kapsamında kısıtlanabilir.

1.5.3. Demokrasiyi Savunmanın Sui Generis Boyutu Olarak Militan Demokrasi Anlayışı

Günümüzde demokrasinin korunması çok yönlü olabilmektedir. Sadece hukuki değil siyasi ve toplumsal araçlarla da demokratik düzen savunulmaktadır. Genel olarak demokrasiyi düşmanlarına karşı savunmaya yönelik tüm bu adımlar “demokrasiyi savunma” (ing. *defending democracy*; alm. *der Schutz der Demokratie*) kavramı ile ifade

³²⁶ Tyulkina, “Militant Democracy”, 76; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 446; Bununla birlikte uygulamada kimi zaman bir temel hak politik bir hak olmasa da şayet bu hak politik katılıma yardımcı nitelikte ise o hakkın sınırlandırılması da militan demokrasi anlayışı kapsamında görülmektedir. Örneğin; Alman Anayasası’nda militan demokrasi anlayışının örneklerinden biri olan Temel Hakların Etkisizleştirilmesi kurumunda etkisizleştirilecek temel haklar arasında mülkiyet hakkı, sığınma hakkı gibi doğrudan politik katılım hakkı olmayan ancak politik katılım haklarının kullanılmasına yardımcı nitelikte olduğu kabul edilen haklar da bulunmaktadır. Bkz.

³²⁷ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 46;-47; Tyulkina, “Militant Democracy”, 76.

³²⁸ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 46.

edilmektedir³²⁹. Örneğin, demokrasiyi korumak adına yapılan tartışmalar³³⁰, toplumun demokratik düzeni benimsemesi noktasında eğitilmesi³³¹, polis ve istihbarat örgütlerinin demokratik düzeni koruma noktasındaki faaliyetleri³³² ya da demokratik değerlere aykırı hareket eden partilere karşı diğer partilerin ortak tavır takınması³³³ bu noktada örnek gösterilebilir³³⁴. Yine demokrasiyi savunma, yukarıdaki özellikleri taşımayan ancak militan demokrasi anlayışı gibi demokratik düzeni korumaya hizmet edecek olan her türlü hukuki tedbiri de bünyesinde toplar. Bu noktada aşağıda militan demokrasi anlayışından farkları ayrıca incelenecek olan ceza hukuku³³⁵ ve OHAL kapsamındaki tedbirler demokrasiyi korumanın örnekleri olarak zikredilebilir³³⁶.

Demokrasiyi savunmanın bu geniş kapsamı karşısında militan demokrasi anlayışı açıklanan özellikleriyle birlikte demokrasiyi savunmanın oldukça dar bir alanını ifade eder. Dolayısıyla bugün doktrinde kimi yazarların kabul ettiği üzere militan demokrasi anlayışı önleyici hukuki tedbirleri aşan bir anlama sahip değildir³³⁷. Militan demokrasi anlayışı sadece belirli hususiyetleri olan önleyici hukuki tedbirleri kapsar. Militan demokrasi anlayışının özelliklerini taşımayan hukuki tedbirler ile diğer siyasi ve

³²⁹ Müller, “Militant Democracy”, 1262; Neuberger, “Israel”, 183; Demokrasiyi savunma konusunu ele alan çalışmalar için bkz., Giovanni Capoccia, *Defending Democracy* (Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 2005); Isabelle Canu, *Der Schutz der Demokratie in Deutschland und Frankreich* (Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1997); Stefan Rumens and Koen Abts, “Defending Democracy: The Concentric Containment of Political Extremism”, *Political Studies*, 58 (2010): 649-665; Serik Beimenbetov, “A comparative analysis of ‘Defensive Democracy’: a cross-national assesment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, University of Exeter, 2014).

³³⁰ Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 101 vd.

³³¹ Capoccia, *Defending Democracy*, 53-55; Beimenbetov, “A comparative”, 30 vd.; Tore Vincents Olsen, “Liberal Democratic Sanctions in the EU”, in *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), eds. Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019), 185.

³³² Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 163 vd.

³³³ Neuberger, “Israel”, 183; Rummens and Abts, 657-658; Beimenbetov, “A comparative”, 27.

³³⁴ Beimenbetov demokrasiyi savunma yollarını üç farklı strateji ile gruplandırmaktadır: Parti temelli demokrasiyi koruma stratejileri, kültürel-sosyal demokrasiyi savunma stratejileri ve formel-yasal demokrasiyi savunma stratejileri. Bkz., Beimenbetov, “A comparative”, 23-50.

³³⁵ Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 116-142.

³³⁶ Demokrasiyi korumaya yönelik hukuki tedbirler sadece bunlardan ibaret değildir. Toplanma hürriyetinin kısıtlanması, nefret suçunun yasaklanması, seçimlere baraj getirilmesi, memurlara yönelik getirilen kısıtlamalar, istihbarat örgütlerinin bir takım operasyonel faaliyetlerde bulunması demokrasiyi korumaya yönelik kapsamlı hukuki tedbirlere yönelik farklı örnekler olarak zikredilebilir. Söz konusu örnekler ve ülke uygulamaları için bkz., Beimenbetov, “A comparative”, 72 vd..

³³⁷ Militan demokrasi anlayışını, militan demokrasi anlayışının özelliklerini taşımayan hukuki tedbirlere hatta siyasi ve toplumsal adımlara teşmil eden yazarlara örnek olaak bkz., Hans-Gerd Jaschke, “Die Zukunft der streitbaren Demokratie”, *Totalitarismus und Demokratie*, 1 (2004): 115 vd.; Flümman, *Streitbare Demokratie*, 106 vd.; Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 33-34.

toplumsal tedbirler demokrasiyi koruma amacı taşıyor olsalar da militan demokrasi anlayışı kapsamında ele alınmaması gerekmektedir. Bu sebeplerle militan demokrasi anlayışı demokrasiyi savunmanın sui generis boyutu olarak kabul edilebilir



İKİNCİ BÖLÜM

MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ ANAYASAL BOYUTU

2.1. Militan Demokrasi Anlayışının Anayasalarda Yer Alması

Militan demokrasi anlayışı iki dünya savaşı arasında teorik olarak savunulmasının akabinde hukuki düzlemde uygulamaya geçişi İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra olmuştur³³⁸. Bu noktada ilk somut adım, 1949 Federal Almanya Anayasası'nda³³⁹ yer alan düzenlemelerle atılmıştır³⁴⁰. Federal Almanya Anayasası'nda demokratik düzeni yıkmak isteyen demokrasi düşmanlarına karşı bir takım önleyici tedbirlere yer verilmiştir. Federal Almanya Anayasası'nı daha sonra benzer düzenlemeleri içeren İtalya, Fransa, Türkiye gibi diğer ülke anayasaları takip etmiştir³⁴¹.

Militan demokrasi anlayışının ilk defa bir anayasada ortaya çıkması ve daha sonra diğer ülke anayasalarında da yer alması, bu anlayışın anayasal boyutu olduğunu açık bir şekilde göstermektedir. Ancak günümüzde militan demokrasi anlayışını benimseyen hiçbir anayasada militan demokrasi anlayışının benimsendiği açık bir şekilde belirtilmemekte ya da bu anayasalarda militan demokrasi ifadesi geçmemektedir³⁴². Bir demokrasi yaklaşımı olarak militan demokrasi anlayışının varlığı, o anayasada yer alan düzenlemelerden anlaşılmaktadır.

³³⁸ Rijpkema, *Militant Democracy*, 4.

³³⁹ Çalışmanın bu bölümünde Federal Almanya Anayasası "Almanya Anayasası" olarak ifade edilecektir.

³⁴⁰ Svetlana Tyulkina, "Militant Democracy as an Inherent Democratic Quality", in *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), eds. Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019), 237; Tyulkina, "Australian Constitutional Law", 525; Macklem, "Guarding the Perimeter", 576; Macklem, "Militant Democracy", 491; Harvey, "Militant democracy", 408.

³⁴¹ Müller, "Protecting Popular Self-Government", 250; Besirevic, "A Short Guide", 245; Cavanaugh and Hughes, "Rethinking What is Necessary", 631; Capoccia, "Militant Democracy", 212-213; Macklem, "Guarding the Perimeter", 576; Macklem, "Militant Democracy", 491; Harvey, "Militant democracy", 408.

³⁴² Müller, "Militant Democracy", 1254; Thiel, "Germany", 109; Tyulkina, "Australian Constitutional Law", 525-526.

Bir anayasanın militan demokrasi anlayışına sahip olup olmadığını belirleyecek söz konusu düzenlemeler militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarını ifade etmektedir. Bu araçlardan herhangi birini bulunduran anayasanın militan demokrasi anlayışına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarının ne olduğu tespit edilmesi önem arz etmektedir. Çalışmanın bundan sonraki kısmında militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarının neler olduğu doktrindeki farklı yaklaşımlar da ortaya konularak tespit edilmeye çalışılacaktır.

2.2. Militan Demokrasi Anlayışının Anayasal Araçları

2.2.1. Genel Olarak

Militan demokrasi anlayışının araçları, demokrasi düşmanlarıyla mücadele için başvurulacak yöntemleri ifade etmektedir. Bu araçlar, yukarıda militan demokrasi anlayışının özelliklerini açıklarken vurguladığımız üzere hem anayasal hem de yasal nitelikte olabilmektedir. Militan demokrasi anlayışının anayasal araçları, anayasalarda demokratik düzeni korumaya yönelik olarak demokrasi düşmanlarına karşı ihdas edilen normlardır. Bu normların neler olduğunun diğer bir ifadeyle militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarının tespiti önemlidir zira bir ülke anayasasında militan demokrasi anlayışının varlığı bu araçlarla test edilmektedir.

Günümüzde militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarının neler olduğu yönünde kabul görmüş bir liste bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle doktrinde militan demokrasi anlayışı çerçevesinde demokratik düzeni hangi önleyici araçların koruyabileceği konusu belirsizdir. Doktrinde bir takım listeler ileriye sürülmüşse de bunlar teorik değil ülke yasa ve anayasalarında yer alan düzenlemelerden derlenen listelerdir³⁴³. Ancak paylaşılan bu listelerde yer alan araçların ilk bölümde tespit ettiğimiz militan demokrasi anlayışının temel özelliklerini taşıması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu düzenlemenin, bu düzenleme demokratik düzeni koruma amacı taşısa dahi, militan demokrasi anlayışının bir aracı olarak kabul edilmesi mümkün olamayacaktır. Aşağıda öncelikle doktrinde ileri sürülen bu listelerin genel bir görünümü ve bunların militan demokrasi anlayışı ile ne kadar uyumlu olduğu ortaya konulacak akabinde ise çalışmada esas alınacak militan demokrasi anlayışı listesi tespit edilecektir.

³⁴³ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 43.

2.2.2. Doktrinde Militan Demokrasi Anlayışının Araçları

2.2.2.1. Karl Loewenstein'in Listesi

Doktrinde bir anayasal demokrasiyi militan demokrasi yapan farklı kapsamlarda listeler paylaşılmaktadır. Bu şekilde hazırlanan listelerin başında militan demokrasi anlayışının fikir babası olan Loewenstein'in iki dünya savaşı arasında devletlerin yasal-anayasal mevzuatından derlediği liste gelmektedir³⁴⁴. Bu kapsamda yazar o dönem demokratik varlığını devam ettiren Fransa, Belçika, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, İsviçre ve Çekoslovakya gibi devletlerin anti-demokratik hareketlerle mücadelesi kapsamındaki mevzuatlarını incelemiştir. Bu inceleme neticesinde militan demokrasinin araçları olabilecek öneri mahiyetinde on dört farklı araç kategorisi sunmuştur. Bunlar; *açık isyan, başkaldırı, silahlı ayaklanma ve faşistler ile demokratik hükümet arasındaki diğer açık çatışma türlerini düzenleyen yasalar; "yıkıcı hareketlerin", özellikle de aşırılık yanlısı siyasi partilerin yasaklanmasına veya kapatılmasına izin veren hükümler; özel paramiliter orduların oluşmasına, siyasi üniforma veya parçalarının giyilmesine ve kişinin kamuoyunda siyasi görüşünü ifade etmeye yarayan diğer sembollere karşı mevzuatlar; saldırı birliği veya koruma gibi amaçlarla kurulan özel ordular, parti milisleri ve grupları yasaklayan düzenlemeler; ateşli silahların veya her türlü diğer saldırı silahlarının yasadışı imalatına, taşınmasına, giyilmesine, bulundurulmasına ve kullanılmasına karşı mevzuatlar; siyasal aşırılık tarafından parlamento kurumlarının kötüye kullanımına karşı hükümler; nüfusun diğer kesimlerine karşı şiddet, ajitasyon veya nefrete tahrik ve şiddet kampanyalarına karşı hükümler; militanlaşan partiler tarafından yapılan kargaşa veya yıkım amaçlayan toplantıları engelleyen hükümler; devrimci ve yıkıcı propagandayı önlemek için konuşma, ifade, kamuoyu ve basın özgürlüklerini kısıtlayan hükümler; siyasi suçlulara yardım ve yataklık edilmesine ve "ölenlerin ve kahramanların sembolizmine" karşı hükümler; silahlı kuvvetler ve polis üyelerinin siyasi faaliyetlerine ilişkin hükümler; devlet memurlarının özel rolüne ilişkin hükümler (örneğin, bağlılık, sadakat yeminleri veya bazı temel hakların kısıtlanması); anti-demokratik ve anayasaya aykırı faaliyetleri ve hareketleri keşfetmek, bastırmak, denetlemek ve kontrol etmek için özel makamlara ilişkin hükümler; yabancıların veya yabancı misyonerlerin ulusal topraklardaki siyasi*

³⁴⁴ Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights II", 645-656.

faaliyetlerine, anti-demokratik yabancı gazetelerin ithaline, yabancı ziyaretçiler veya sakinler tarafından faşist sembollerin giyilmesine ve sınırlar içerisinde yabancı parti örgütlerinin faaliyetlerine karşı hükümlerdir.

Henüz militan demokrasi anlayışının doğuşuyla birlikte ortaya konulan bu liste Loewenstein'in demokrasi düşmanlarıyla “mümkün olan her türlü çaba” ile mücadele edilmeli, bakış açısıyla derlenen oldukça geniş bir listedir. Yazar, çalışmasını kaleme aldığı o dönem anayasa ve yasalarda var olan ve anayasal düzeni koruyan her türlü düzenlemeleyle içeriği ve niteliğine bakmaksızın listesine dahil etmiştir. Bu ve benzeri örneklerin çoğaltılabileceği Loewenstein'in listesi, listede yer alan araçların bir kısmının militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilemeyecek kadar muğlak, geniş ve uyumsuz olduğu gerekçesiyle bugün doktrin tarafından eleştirilmektedir³⁴⁵.

2.2.2.2. Markus Thiel'in Listesi

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra günümüze uzanan süreçte modern demokrasilerin militan demokrasi anlayışına geçişiyle birlikte, günümüz doktrininde de mevcut anayasalar incelenerek militan demokrasi anlayışı araçları listesi oluşturulmuştur. Buna örnek olarak doktrinde Thiel'in listesi gösterilebilir. Yazar, Loewenstein'in iki dünya savaşı arasındaki mevzuatlardan derlediği listeyi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yürürlüğe giren anayasalar üzerinden yeniden oluşturmuş ve yedi araçlık bir liste hazırlamıştır. Yazar, söz konusu listeyi editörlüğünü yaptığı ve on üç farklı ülke anayasasının incelendiği karşılaştırmalı çalışmanın³⁴⁶ sonunda, yaptığı tespitlerle oluşturmuştur³⁴⁷. Thiel'in farklı ülke anayasalarından yola çıkarak hazırlamış olduğu bu liste şu şekildedir: *İhlal edilemeyen demokratik devlet temeline ilişkin düzenlemeler (örneğin; Almanya, İtalya, Türkiye gibi ülke anayasalarında var olan değiştirilemez maddelere ilişkin hükümler); aşırıcı politik partiler ve örgütlere ilişkin düzenlemeler (örneğin; parti yasakları); temel hak ve hürriyetin kötüye kullanılmasının engellenmesine ilişkin düzenlemeler (örneğin; Federal Almanya Anayasası m. 18'de yer alan Temel Hakların Etkisizleştirilmesi); devlet kurumlarına ilişkin düzenleme ve araçlar (Federal*

³⁴⁵ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 42; Tyulkina, “Militant Democracy”, 70-71; Capoccia, “Militant Democracy”, 208.

³⁴⁶ Söz konusu çalışma için bkz., Markus Thiel ve diğer yazarlar, *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed. Markus Thiel, Ashgate Publishing, 2009.

³⁴⁷ Yazarın mezkur çalışmasında listeyi tespit ettiği bölüm için bkz., Thiel, “Comperative Aspects”, 379-421.

Almanya Anayasası m. 35/f.3'te düzenlenen devlet memurlarının sadakat yükümlülüğü); anayasanın idari yoldan korunmasına ilişkin düzenlemeler (Örneğin; Federal Almanya'da Anayasayı Koruma Teşkilatı kurumunun varlığı); olağanüstü hal durumuna ilişkin düzenlemeler (Örneğin, Almanya, Fransa ve Türkiye gibi ülke anayasalarındaki olağanüstü hallere ilişkin düzenlemeler); çeşitli hükümler ve araçlardır (örneğin; Almanya'da anayasa değişikliği için üçte iki çoğunluk istenmesi).

Listede demokratik düzeni koruduğu düşünülen ülke anayasalarındaki tüm anayasal ve yasal düzenlemeler (cezai ve idari düzenlemeler de dâhil olmak üzere) belirli gruplar altında militan demokrasi anlayışının anayasal araçları olarak kabul edilmiştir. Ancak listedeki söz konusu araçların bir kısmı, tıpkı Loewenstein'in listesinde olduğu gibi, militan demokrasi anlayışıyla uyumlu olup olmadığı tartışmalı araçlardır. Yazar, tıpkı Loewenstein gibi, demokratik düzeni korumaya matuf her türlü düzenlemeyi militan demokrasi anlayışının araçları olarak kabul etmiştir.

2.2.2.3. Diğer Yazarların Listeleri

Doktrinde Thiel'in mezkur listesi kadar geniş olmamakla birlikte farklı listeler ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Tyulkina Federal Almanya Anayasası'ndan yola çıkarak değiştirilemez maddeler düzenlemesi, siyasi parti yasakları, dernek yasakları, temel hakların etkisizleştirilmesi ve kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü şeklinde beş araçtan oluşan bir liste paylaşmıştır³⁴⁸. Doktrinde Capoccia da benzer şekilde Federal Almanya Anayasası'ndan yola çıkmış ve Tyulkina'nın listesi'nde yer alan memurların sadakat yükümlülüğü yerine halkın direnme hakkını zikrederek yine beş araçlık bir liste paylaşmıştır³⁴⁹. Doktrinde bir başka yazar Scherb ise militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarını üç gruba ayırmaktadır³⁵⁰. Bunlar, değiştirilemez maddeleri düzenleyen değere bağlılık hükümleri, anayasa ve demokrasiye sadakati öngören sadakat yükümlülüğü gerektiren hükümler ve demokrasi karşıtı bireylere, siyasi partilere ve derneklere karşı hükümleri düzenleyen savunma hükümleridir. Birbirleriyle benzerlik arz eden söz konusu yazarların listeleri Thiel'in listesi kadar geniş değildir. Ancak direnme hakkı ve devlet memurlarının sadakat

³⁴⁸ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 43-44.

³⁴⁹ Capoccia, "Militant Democracy", 211.

³⁵⁰ Armin Scherb, *Der Bürger in der Streitbaren Demokratie*, (Wiesbaden: Vs Verlag für Sozialwissenschaften, 2008), 12-13.

yükümlülüğü gibi araçlar noktasında söz konusu yazarlar arasında bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Doktrinde *Fox ve Nolte* ise, bir ülkede militan demokrasi anlayışının varlığını, yasal normlarında siyasi partileri yasaklayan hükümlerin varlığında aramaktadır³⁵¹. Böylece yazarlar militan demokrasi anlayışının araçlarını sadece siyasi partilerle mücadele hükümleriyle sınırlı tutmaktadır. Benzer şekilde *Müller* de militan demokrasi anlayışının araçlarını siyasi partiler üzerinden yola çıkarak aktarmakta ve bu araçları sert ve yumuşak araçlar olmak üzere ikiye ayırmaktadır³⁵².

2.2.3. Doktrinde İleri Sürülen Listelerde Yer Alan ve Militan Demokrasi Anlayışı İle Uyumsuz Araçlar

Anayasalarda ya da yasalarda düzenlenen her aracın militan demokrasi anlayışı kapsamında olduğu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu noktada herhangi bir tedbirin militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilmesi için söz konusu araçların militan demokrasi anlayışı araçlarının özelliklerini taşıması gerekmektedir. Ancak yukarıda yazarların zikrettiği ve üzerinde görüş birliği olmayan kimi araçlar militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmektedir.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında doktrinin ileri sürdüğü listelerde yer alan ve militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan araçlar incelenecektir. Militan demokrasi anlayışı ile uyumsuz olan bu araçların demokratik düzeni koruyucu oluşu ve/veya temel hakları sınırlandırıyor oluşu kendiliğinden o düzenlemeyi militan demokrasi anlayışı kapsamına sokmamaktadır.

2.2.3.1. Direnme Hakkı

Doktrinde militan demokrasi anlayışının araçlarından biri olarak kabul edilen düzenlemelerden biri direnme hakkıdır. Direnme hakkı³⁵³, anayasal düzene karşı hareket

³⁵¹ Fox and Nolte, “Intolerant Democracies”, 6.

³⁵² Müller, “Protecting Popular Self-Government”, 258-260; Yazar siyasi partileri politik arenanın dışına çıkaran yasakları sert militan demokrasi anlayışı araçları olarak ifade ederken, siyasi partileri politik alanın dışına çıkarmayan ancak onları bir takım politik avantajlardan mahrum bırakan (örneğin, propaganda hürriyetinin kısıtlanması, gelir kaynaklarının sınırlandırılması vb.) araçları yumuşak araçlar olarak ele almaktadır.

³⁵³ Direnme hakkının teorik gelişimi ve pozitif hukuktaki yeri için bkz., Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 302 vd..

eden güçlere karşı halkın direnmesini öngören ve bunu güvence altına alan anayasal bir haktır³⁵⁴. Direnme hakkını militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirebilmek mümkün değildir. Zira herşeyden önce direnme hakkında vatandaşın nasıl ve ne zaman harekete geçeceği belirsizdir³⁵⁵. Demokrasi düşmanlarının demokratik düzeni ortadan kaldırmaya başladığı bir aşamada kullanılacak direnme hakkı fayda veremeyebilecektir. Dolayısıyla direnme hakkında demokratik düzenin yıkılmasının önlenmesi gibi bir fonksiyonun olmadığı kabul edilmelidir³⁵⁶. Ayrıca direnme hakkı halkın demokrasi düşmanlarıyla mücadele için şiddet kullanmasına da cevaz verir ki bu militan demokrasi anlayışının mücadele yöntemleriyle bağdaşmamaktadır³⁵⁷. Yukarıda da ifade edildiği üzere militan demokrasi anlayışı ancak politik sahada demokrasi araçlarını demokratik düzene karşı kullanan demokrasi düşmanlarının politik katılım haklarını ve karar alma sürecine katılımlarını sınırlandırmaktadır.

2.2.3.2. OHAL Kapsamındaki Tedbirler

Olağanüstü hal (OHAL), terör, salgın hastalık, ekonomik kriz gibi devletin ve toplumun ve kamu düzeninin güvenliğinin tehlikeye girdiği durumlarda ilan edilen geçici ve istisnai rejimleri ifade etmektedir. Bu tür durumlarda, devletin söz konusu tehlikeleri bertaraf edebilmek için süratli kararlar alması gerektiğinden parlamentoların ağır işleyen yasama süreçleri bir kenara bırakılarak yürütmeye bozulan kamu düzenini yeniden eski hale getirmesi için önemli ve geniş yetkiler verilmektedir. Bu yetkiler kapsamında temel hak ve hürriyetler kısıtlanabilmekte hatta tamamen durdurulabilmekte³⁵⁸, kişilere para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilebilmektedir³⁵⁹. Diğer taraftan adından da

³⁵⁴ Direnme hakkının iki farklı anlamı vardır. Bunlardan ilki sivil itaatsizlik olarak da bilinen kişinin hukuki düzenlemeleri ve idarenin tasarruflarını reddetme hakkıdır. Diğer anlamı ise anayasal düzeni yıkmaya çalışanlara karşı halkın direnişe geçmesidir. Bu yönde bkz., Thiel, “Germany”, 126.

³⁵⁵ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 310-311.

³⁵⁶ Müller, direnme hakkına konu bir hadisede demokratik düzenin en azından kısmen ele geçirilmiş olacağını ve bu durumda direnişe geçmenin militan demokrasi anlayışının önleyici tedbir özelliği ile bağdaşmayacağını savunmaktadır. Bkz., Jan-Werner Müller, “Individual Militant Democracy”, in *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), eds. Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019), 21-22.

³⁵⁷ Müller, “Individual”, 36; Direnme hakkı ile vatandaş mücadele edeceği aracı seçmekte serbest olup, bu anayasa düşmanlarına karşı basit bir itaatsizlik olabileceği gibi onların öldürülmesi şeklinde de olabilir. Bkz., Thiel, “Germany”, 127.

³⁵⁸ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), 399 vd.; Ancak OHAL döneminde de olsa yaşama hakkı, din ve vicdan hürriyeti gibi bir takım temel hakların ihlal edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz., Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 240.

³⁵⁹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 239-240; Gözler, *Genel Teori*, 405-406.

anlaşılacağı üzere OHAL olağan bir yönetim biçimi değil olağanüstü dönemlere ait istisnai ve geçici bir rejimdir. Bu rejim ve bu rejim kapsamında temel haklara nasıl ve ne şekilde müdahale edileceği konusu her ülkenin kendi anayasal düzenine göre farklılık arz etmektedir. Bugün birçok ülkede OHAL uygulaması ve bu kapsamda temel haklara müdahaleyi anayasalarında düzenlenmiş ve zaman zaman uygulamaya geçirmiştir³⁶⁰.

OHAL ve militan demokrasi anlayışı kapsamında temel haklara müdahale birbirinden ayrılır. OHAL, zaruret hali gerektiren durumlarda başvurulacak istisnai bir uygulamadır ve söz konusu durumlara bağlı olarak kısa süreli, devamlı değildir. Ancak militan demokrasi anlayışı, bu anlayış terk edilmediği sürece sürekli olarak varlığını devam ettirir, belirli olgu ve durumlara bağlı değildir³⁶¹.

OHAL'i militan demokrasi anlayışından ayıran bir diğer husus, OHAL uygulamalarının gerçekleşmiş ya da gerçekleşmekte olan durumlar için devreye giren bir rejim olmasıdır. Örneğin, belirli bir bölgede başlayıp devam eden terör eylemleri söz konusuysa OHAL uygulamasına gidilip, bu bölgede yaşayan insanların temel haklarına müdahale edilebilir. Ancak militan demokrasi anlayışı, anayasal demokratik düzene zarar verme ya da onu yıkma amacının gerçekleşmesini beklemeden onu önlemeye yönelik olan yani önleyici tedbirleri bünyesinde barındıran bir anlayıştır³⁶².

OHAL'i militan demokrasi anlayışından ayıran bir diğer fark, temel haklarına müdahale edilecek muhataplara ve müdahalenin kapsamına ilişkindir. OHAL'de bozulan kamu ve toplum düzeninin yeniden eski haline dönmesi için belirli bir bölgede veya ülkenin tamamında yaşayan insanların temel haklarına müdahale edilmektedir³⁶³. Söz konusu muhatapların anayasada çekince konulan temel haklar (çekirdek haklar) dışındaki tüm temel haklar müdahalenin kapsamına girebilmektedir. Dolayısıyla OHAL döneminde yürütmenin anayasal güvenceleri aşacak çok geniş bir müdahale sahası söz konusu olmaktadır. Ancak militan demokrasi anlayışında sadece demokratik düzeni yine demokratik kurum ve temel hakları kullanarak yıkmak isteyen demokrasi düşmanlarına müdahale edilir. Buna bağlı olarak bu demokrasi düşmanlarının politik katılım hakları müdahale konusu olur. Dolayısıyla militan demokrasi anlayışı kapsamındaki

³⁶⁰ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 241.

³⁶¹ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 47; Tyulkina, "Militant Democracy", 77.

³⁶² Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 47; Tyulkina, "Militant Democracy", 78.

³⁶³ Gözler, *Genel Teori*, 405.

müdahalelerden sınırlı sayıda kişi ya da gruplar etkilenir ve müdahalenin kapsamı oldukça dardır³⁶⁴. Son olarak, Militan demokrasi anlayışında OHAL'in aksine ilgili makamlar anayasadaki güvencelerin dışına çıkamaz³⁶⁵.

2.2.3.3. Memurların Sadakat Yükümlülüğü

Doktrinde başta Thiel olmak üzere bir kısım yazarlar devlet memurlarının sadakat yükümlülüğünü de militan demokrasi anlayışının bir aracı olarak kabul etmektedir. Devlet memurlarının sadakat yükümlülüğü, memurların anayasal düzene sadık olması gerekliliğini, aksi takdirde bu kişilerin devlet memurluğunda görev yapamayacaklarını ifade etmektedir³⁶⁶. Belirtmek gerekir ki militan demokrasi anlayışı demokratik araçları kötüye kullanarak demokratik düzene zarar vermeyi amaçlayan demokrasi düşmanlarına yöneliktir ve bunların politik katılım haklarını ya da politik karar alma süreçlerini sınırlandırmaktadır. Bu kapsamda devlet memurluğu kötüye kullanılabilecek bir politik araç ya da kurum değildir. Diğer taraftan memurlara uygulanacak olası tedbirlerde politik katılım hakkının ya da politik karar alma sürecinin sınırlandırılması gibi bir durum da söz konusu olmamaktadır.

Devlet memurlarının sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uymayanlara getirilen yasakların amacı ile militan demokrasi anlayışı arasındaki tek ortak yön demokratik düzenin korunmasıdır. Dolayısıyla devlet memurlarının sadakat yükümlülüğü militan demokrasi anlayışı araçlarıyla birlikte ancak yukarıda aktarılan “demokrasiyi savunmanın” bir unsuru olarak ele alınabilir³⁶⁷.

2.2.3.4. Ceza Hukuku Tedbirleri

Militan demokrasi anlayışı kapsamında zaman zaman ceza hukuku tedbirleri de militan demokrasi anlayışının bir aracı olarak ele alınabilmektedir. Nitekim Loewenstein'in listesinin ilk sırasında isyan, başkaldırı, ayaklanma gibi yasa dışı gösterilere karşı öngörülen ceza hükümleri zikredilmektedir. Yine aynı listede listede yer

³⁶⁴ Tyulkina, “Militant Democracy”, 76.

³⁶⁵ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 47-48; Tyulkina, “Militant Democracy”, 78.

³⁶⁶ Almanya hukuk düzeninde memurların sadakat yükümlülüğü ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz., Kutscha, *Verfassung*, 140 vd..

³⁶⁷ Capoccia, devlet memurlarının sadakat yükümlülüğünü “demokrasiyi savunmanın” uzun vadeli baskıcı bir stratejisi olarak ele almaktadır. Yazar militan demokrasi anlayışının araçlarını ise kısa vadeli baskıcı bir strateji olarak değerlendirmekte ve devlet memurlarının sadakat yükümlülüğünden ayırmaktadır. Bkz., Capoccia, *Defending Democracy*, 47 vd..

alan “ateşli silahların veya her türlü diğer saldırı silahlarının yasadışı imalatına, taşınmasına, giyilmesine, bulundurulmasına ve kullanılmasına karşı mevzuat”; “Siyasi suçlulara yardım ve yataklık edilmesine ... karşı hükümler” de ceza hukuku kapsamında değerlendirilebilecek hükümlerdir³⁶⁸. Belirtmek gerekir ki, Militan demokrasi anlayışı kapsamındaki tedbirler sadece politik arenada demokrasi kurum ve araçlarıyla demokrasiye savaş açan demokrasi düşmanlarına tatbik edilmektedir. Dolayısıyla ceza hukuku tedbirlerinin kapsamına girecek olan suç teşkil eden anti-demokratik söylem ve eylemlerle mücadele, militan demokrasi anlayışının kapsamında değerlendirilmemektedir³⁶⁹. Örneğin, tamamen demokratik barışçıl yollarla anayasal demokratik düzen yerine mutlak monarşi ya da oligarşik bir yönetim biçimi getirmek isteyen ve bunu ideolojik olarak savunan bir siyasi hareketin eylem ve söylemlerine karşı militan demokrasi anlayışının araçları tatbik edilebilecekken³⁷⁰, silahlı eylem, suikast veya yasadışı gösteri ve toplantılarla demokratik düzene zarar vermek isteyenlere karşı ceza hukuku hükümleri tatbik edilebilecek ve bu kapsamda tatbik edilecek ceza hukuku hükümleri ise militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, şayet ortada ceza hukuku kapsamında suç teşkil eden bir eylem söz konusuysa söz konusu eylem ne kadar politik ne kadar anti-demokratik nitelikte olursa olsun, bu eyleme uygulanacak tedbir militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Bu bilgiler ışığında militan demokrasi anlayışı kapsamında uygulanacak olan tedbirlerin ceza niteliğinde olmadığı söylenmelidir. Militan demokrasi anlayışı kapsamında uygulanacak tedbirler, şartları anayasa ya da yasalarda belirlenen önleyici tedbirlerdir. Bunların ceza kanunlarında düzenlenen para ya da hapis cezası olarak tezahür etmesi mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki militan demokrasi anlayışı ile ceza hukuku arasında müdahale edilecek kişilerin kapsamı bakımından da farklılık söz konusudur. Militan demokrasi anlayışı sadece demokratik araçlarla demokrasiye zarar vermek isteyen ya da onu yıkmayı amaçlayan politik alandaki sınırlı kişi ya da gruplara

³⁶⁸ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 44; Tyulkina, “Inherent Democratic Quality”, 236.

³⁶⁹ Tyulkina, “Militant Democracy”, 74, 91; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 49; Müller, “Individual”, 16, 17.

³⁷⁰ Hitler’in Weimar Almanya’sında iktidara giden sürecin de gösterdiği üzere herhangi bir normu ihlal etmeden demokrasiyi yıkmaya sürecinin mümkün olduğu yönünde bkz., Tyulkina, “Militant Democracy”, 71.

uygulanabilecekken³⁷¹, ceza hukukunun uygulama kapsamı genel niteliktedir³⁷². Ceza hukuku, mevzuat kapsamında belirtilen suça ilişkin tipiklik unsurlarını gerçekleştiren herkese karşı uygulanabilir.

2.2.3.5. Diğer Anayasal Araçlar

Doktrinde militan demokrasi anlayışının araçları olarak zikredilen ve militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilemeyecek farklı düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin Loewenstein'in listesinde yer alan "*anti-demokratik yabancı gazetelerin ithaline ... karşı hükümler*" demokrasi düşmanlarıyla yapılan bir mücadele olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yine yazarın listesinde yer alan *silahlı kuvvetler ve polis üyelerinin siyasi faaliyetlerine ilişkin hükümler* de doğrudan demokratik düzeni korumaya yönelik araçlar olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde Thiel de daha çok yasal düzenlemelere konu olan idari kurumlarla demokratik düzenin korunması ile anayasa değişikliğinde nitelikli yeter sayıların öngörülmesi gibi hususları militan demokrasi anlayışı araçları listesi altında yer vermiştir. Söz konusu araçların önleyici bir tedbir olma, politik katılım haklarını sınırlama ya da demokratik düzeni koruma gibi militan demokrasi anlayışının temel özelliklerini bünyesinde barındırmadığı ve militan demokrasi anlayışının anlam ve kapsamına bir hayli uzak olduğu söylenebilir.

2.2.4. Çalışmada Esas Alınacak Militan Demokrasi Anlayışının Anayasal Araçları Listesi

Başta Loewenstein olmak üzere kimi yazarların zikrettiği ve üzerinde uzlaşma olmayan mezkur tedbirler militan demokrasi anlayışı ile uyumsuz hukuki tedbirlerdir. Bunlar hiç şüphesiz demokrasiyi savunmanın hukuki yolları kapsamına dahil edilebilir. Ancak militan demokrasi anlayışı yukarıda da bahsedildiği üzere demokrasiyi savunmanın sui generis boyutudur. Militan demokrasi anlayışının günümüzde kabul edilen bir takım temel özellikleri vardır. Dolayısıyla bu özellikleri taşımayan hukuki tedbirlerin militan demokrasi anlayışı kapsamına dahil edilmesi militan demokrasi anlayışının anlamının ve meşruiyetinin kaybolmasına yol açacaktır.

³⁷¹ Tyulkina, "Militant Democracy", 71, 91.

³⁷² Maftean, "Fighting Fire", 145.

Bugün doktrinde militan demokrasi anlayışının tartışmasız anayasal aracı olarak kabul edilen ve militan demokrasi anlayışının temel özelliklerini taşıyan dört tedbir vardır. Yukarıda paylaşılan listelerde de yer alan bu tedbirler; değiştirilemez maddeler, siyasi parti yasakları, dernek yasakları ve temel hakların etkisizleştirilmesidir³⁷³. Söz konusu tedbirler, anayasal demokratik düzeni korumayı amaçlayan; bu kapsamda demokratik düzenin unsurlarını kullanarak bu düzeni yıkmaya çalışan demokrasi düşmanlarıyla mücadele eden; mücadele çerçevesinde demokrasi düşmanlarının politik katılım haklarını veya karar alma süreçlerini sınırlandıran ve önleyici nitelikte olan düzenlemelerdir. Bunlar dışındaki araçlar üzerinde bir görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. Bunun yanında yukarıda yaptığımız değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere bugün bu dört araç dışında militan demokrasi anlayışının özelliklerini taşıyan ve bu sebeple militan demokrasi anlayışının araçları olarak nitelendirilebilecek başka bir anayasal düzenleme mevcut değildir. Hiç şüphesiz militan demokrasi anlayışının dinamik yapısı gereği militan demokrasi anlayışının anayasal araçları da ileride değişkenlik gösterebilir. Ülkelerin demokrasi düşmanlarına karşı yeni önleyici bir takım tedbirler geliştirmesi ve bu tedbirlerle demokrasi düşmanlarını demokrasi sahasının dışına itmesi söz konusu olabilir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, çalışmada kabul edilen militan demokrasi anlayışının anayasal araçları; değiştirilemez maddeler hükmü, örgütlenmelere ilişkin yasaklar (siyasi parti ve dernek yasakları) ve temel hakların etkisizleştirilmesi olarak tespit edilmiştir.

³⁷³ Doktrinde kimi yazarlar, militan demokrasi anlayışının anayasal aracı olarak kabul edilemeyecek tedbirleri de militan demokrasi anlayışının anayasal aracı olarak ileri sürse de söz konusu bu dört tedbirin her halükarda militan demokrasi anlayışının araçları olduğu yönünde ittifak vardır. Bkz., Lameyer, *Streitbare Demokratie*, 20-21; Groh, “Zwischen Skylla”, 429-430, 438; Capoccia, “Militant Democracy”, 211; Cavanaugh and Hughes, “Rethinking What is Necessary”, 630; Rensmann, “Procedural Fairness”, 1118; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 348-349; Bulla, “Die Lehre von der streitbaren Demokratie”, 341; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 62; Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 20-21; Feisel, “Is the spectre”, 5-6; Kutscha, *Verfassung*, 69; Söz konusu araçların militan demokrasi anlayışının tipik araçları olduğu yönünde bkz., Christian Walter, “Interactions between International and National Norms: Towards an Internationalized Concept of Militant Democracy”, in *Militant Democracy – Political Science, Law and Philosophy*, eds. Afshin Ellian and Bastiaan Rijpkema, (Switzerland: Springer, 2018), 81; Militan demokrasi anlayışı doktrinin önemli yazarlarından Klamt karşılaştırmalı bir çalışmada kimi ülke anayasalarının militan demokrasi anlayışına sahip olup olmadıklarını bu dört araç üzerinden test etmiştir. Bkz. Klamt, “Militant Democracy”, 136 vd.

2.2.4.1. Değiştirilemez Maddeler Hükümü

Değiştirilemez maddeler tali kurucu iktidarı sınırlandıran maddelerdir. Gerekli çoğunluğa erişen ve şekil ve usul kurallarına riayet eden bir tali kurucu iktidar, anayasada dilediği değişikliği yapabilir. Ancak kimi anayasalar o anayasanın esas aldığı temel değerleri (ilkeleri) düzenleyen hükümleri koruma altına almaktadır. Bu anayasalarda temel değerlerin değiştirilmesi, kaldırılması yasaklanmaktadır. Anayasal demokrasilerde esas alınan bu temel değerler arasında hiç şüphesiz demokrasi ilkesi de yer alır. Başta demokrasi olmak üzere anayasal demokrasilerin temel değerleri koruma altına almasında hiç şüphesiz Weimar Almanya’sında benimsenen değer göreceliği anlayışı ve Hitler’in çıkardığı Yetki Yasasına (Ermächtigungsgesetz) giden süreç etkili olmuştur. Zira Weimar Almanya’sında benimsenen değer göreceliği anlayışında devletin herhangi bir değere üstünlük tanınması söz konusu değildi. Dolayısıyla anayasada demokratik yapıyı koruyacak hükümler yoktu. Özellikle Weimar Anayasası’nda anayasa değişikliği sürecine ilişkin olarak hiçbir maddi sınır kabul edilmemiştir. O dönem Schmitt gibi azınlıkta kalan doktrinin, Weimar Anayasası’nda bir takım değiştirilemez kararlar olduğu yönündeki savları ise doktrin ve uygulamada karşılılık bulmamıştır. Böyle bir ortamda Hitler on üç yıllık süre zarfında gerekli çoğunluğa eriştikten sonra anayasayı yetki yasasıyla askıya almış ve demokratik Weimar Cumhuriyetini fiilen sona erdirmiştir.

Weimar Anayasası’nda var olmayan değiştirilemez maddeler hükümü, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra kimi anayasalarda ihdas edilmiştir. Bunlardan ilki Federal Almanya Anayasası m. 79/3 hükmüdür. Federal Almanya Anayasası’nın değiştirilemez maddeler hükümü ile Weimar döneminde değiştirilemez madde olmayışı neticesinde ortaya çıkan acı tecrübelerin bir daha yaşanmaması amaçlanmıştır. Federal Almanya Anayasası’nın yanısıra Türkiye’de 1982 Anayasası ve Fransa Anayasası gibi ülke anayasalarında da değiştirilemez maddeler hükmüne yer verilmiřtir³⁷⁴. Başta demokrasinin kendisi olmak üzere bir takım ilke ve esasların değiştirilemeyeceğini düzenleyen söz konusu anayasalara sahip demokrasiler doktrinde “değerlere bağlı demokrasi” (wertgebundene Demokratie) olarak da ifade edilmektedir³⁷⁵.

³⁷⁴ Tyulkina, “Australian Constitutional Law”, 519.

³⁷⁵ Papier und Durmer, 348; *Flümann*, anayasalarda demokrasi başta olmak üzere değiştirilemeyen bir takım ilke ve esasları anayasanın değere bağlılık unsurları olarak ifade etmektedir. Bkz., *Flümann*, *Streitbare Demokratie*, 106-107.

2.2.4.2. Siyasi Örgütlenmelere İlişkin Yasaklar

2.2.4.2.1. Siyasi Parti Yasakları

Günümüz temsili demokrasilerde kitleler devlet yönetimine bizzat katılmak yerine aynı amaç, aynı ülkü ve aynı faydaları paylaşan insanları örgütleyen siyasi partiler vasıtasıyla katılmaktadır. Halk belli aralıklarla yapılan serbest seçimlerde siyasi partilerin gösterdikleri adaylar arasından devlet yöneticilerini belirlemekte, aktif siyasette yine partiler vasıtasıyla yer almaktadır³⁷⁶. Dolayısıyla günümüz demokrasilerinde partiler oldukça önemli bir konuma sahiptir³⁷⁷.

Siyasi partilerin demokrasi açısından önemi beraberinde demokrasiye karşı bir silah olarak kullanılmaları tehlikesini de getirmektedir. Gerçekten de, demokrasiyi, demokratik yollarla yıkmak isteyen hareketlerin atması gereken ilk adım bir parti örgütlenmesine sahip olmak olmuştur. Nitekim Weimar Almanya'sında Naziler, Hitler'in liderliğini yaptığı Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi (NSDAP) etrafında örgütlenmişken, İtalya'da Mussolini ve faşistler Ulusal Faşist Parti (PNF) etrafında örgütlenmişlerdir. Söz konusu partiler, kendilerine verilen imkân ve yetkilerle propaganda yapmış, seçimlere katılmış ve kamuoyu oluşturmuşlardır. Siyasi partilerin etki ve gücünü ustaca kullanan bu hareketler iktidarı da ele geçirmeyi başarmışlardır. Weimar Anayasası ve İtalya Anayasası'nda söz konusu partileri yasaklayan herhangi bir mekanizmaya yer verilmemesi de bu siyasi partilerin işini kolaylaştırmıştır. Hatta Weimar Anayasası'sında değer göreceliği anlayışı ile birlikte aşırılıkçı partilerin varlığına açıkça müsaade edilmiştir. Geçmişten gelen bu tecrübeler siyasi partiler üzerinde bir takım sınırlandırmalar yapılmasını gerekli kılmıştır³⁷⁸.

³⁷⁶ Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979), 162; Siyasi partilerin tek fonksiyonu sadece halk tarafından seçilecek temsilcileri bünyesinde barındırması yani siyasi devşirme fonksiyonu değildir. Bunun yanında siyasi partilerin menfaatlerin birleştirilmesi; siyasi sosyalleşme; iktidarı kullanma, eleştirme ve denetleme ve iletişim ve etkileşim sağlama fonksiyonları da vardır. Bu yönde bkz., Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, *Siyasal Partiler Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2007), 53-56.

³⁷⁷ Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 58; Modern demokrasilerin partiler demokrasisi olduğu yönünde bkz., Özbudun, *Siyasal Partiler*, 162; Benzer yönde bkz., Özcan ve Yanık, *Siyasal Partiler Hukuku*, 204.

³⁷⁸ Gur Bligh, "Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46/5 (2013): 1324-1325, 1330.

Siyasi partiler bir dernek türü olarak geçmişte daha çok kanunlarla düzenlenmiştir³⁷⁹. Ancak siyasi partilerin her geçen gün artan önemi dolayısıyla günümüzde genel olarak derneklerden ayrı bir statüde anayasalarda tanzim edilmektedir. Bu kapsamda siyasi partilerin kurulması, siyasi partilere üyelik, siyasi partilerin işleyişi gibi birçok hususun anayasalarda düzenlendiği görülmektedir. Böylece modern demokrasilerin vazgeçilmez aygıtları olan siyasi partiler anayasal bir teminata sahip olmaktadır³⁸⁰. Ancak anayasalarda sadece siyasi partilerin kuruluşu ve faaliyetlerine ilişkin değil kapatılmasına ilişkin düzenlemelere de rastlanılmaktadır. Söz konusu bu düzenlemelerle birlikte bir yandan siyasi partilerin demokratik düzen içerisinde faaliyet sınırları çizilmekte diğer yandan siyasi partiler üzerine keyfi müdahalelerin engellenmesi amaçlanmaktadır. Hiç şüphesiz siyasi parti yasakları konusunda genel bir anayasal standarttan bahsedebilmek mümkün değildir. Her ülke siyasi parti yasaklarına farklı şart, usul ve sonuçlarla anayasalarında yer vermektedir³⁸¹.

Siyasi parti yasakları kimi ülke anayasalarında oldukça sınırlı bir şekilde sadece bir partiye ya da bir ideolojiye yönelik olarak ihdas edilirken, kimi ülke anayasalarında ise demokrasiye düşman her partinin yasaklanması şeklinde ihdas edilebilmektedir. Örneğin, aşağıda vurgulanacağı üzere İtalya Anayasası'nda sadece Mussolini'nin Ulusal Faşist Partisi'nin yeniden kurulması yasaklanırken, Almanya ve Türkiye gibi ülke anayasalarında demokratik düzene düşman tüm partiler yasaklanabilmektedir³⁸².

Siyasi parti yasakları denildiğinde akla ilk gelen herhangi bir siyasi partinin kapatılması başka bir ifadeyle feshedilmesidir. Kapatılan siyasi parti artık siyaset arenasında bir daha yer alamamakta anayasal ve yasal düzenin siyasi partilere tanıdığı hakları kullanamamaktadır³⁸³. Siyasi parti yasakları içerisinde siyasi parti partilerin kapatılması demokrasi düşmanı partilerle en etkili, en yaygın ve en katı mücadele

³⁷⁹ Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 34.

³⁸⁰ Küçük, *Siyasi Partiler*, 18.

³⁸¹ Thiel, "Comperative Aspects", 403.

³⁸² Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 15.

³⁸³ Küçük, *Siyasi Partiler*, 178; Siyasi partilerin kapatılmasının yine ülkeden ülkeye değişen sonuçları da olabilmektedir. Siyasi partilerin kapatılmasına bağlı olarak kimi ülkelerde siyasi partilerin malvarlığı hazineye geçmekte, kapatılan siyasi partilerin devamı sayılacak parti ve kuruluşların (ikame örgütlenmelerin) tezahürüne izin verilmemekte, kapatılan siyasi partilerin milletvekillerinin milletvekillikleri sonlandırılmakta ve/veya bunların siyasi hakları sınırlandırılabilir. Bkz., Bourne, "Democratisation", 4.

yöntemidir. Siyasi partilerin kapatılması dışında kapatma kadar etkili ve yaygın olmasa da bir takım yasaklar uygulanagelmektedir. Bu noktada bir siyasi partinin faaliyetlerde bulunabilmesi için gerekli olan devlet siciline tescilin engellenmesi örnek gösterilebilir³⁸⁴. Bir siyasi partinin faaliyette bulunabilmesi için tescil şartı arayan ülkelerde³⁸⁵ başvuru bu uygulama daha çok partinin tüzük ve programından yola çıkılarak gerçekleştirilmektedir. Buna göre tüzük ya da programı anayasaya ya da ilgili mevzuata aykırı olan bir partinin tescil başvurusu reddedilmekte ve bu parti siyasi faaliyette bulunamamaktadır. Yine kimi hukuk düzenlerinde siyasi partilere ihtar³⁸⁶ veya devlet hazinesinden yardımın kesilmesi³⁸⁷, para cezası verilmesi³⁸⁸ ya da geçici süreyle faaliyetlerinin durdurulması³⁸⁹ gibi alternatif tedbirlerin uygulandığı görülmektedir. Siyasi partilerin kapatılması kadar yaygın olmayan bu yasakları militan demokrasi anlayışı çerçevesinde etkililiği de tartışmalıdır. Dolayısıyla çalışmada esas olarak siyasi parti yasakları ile siyasi partilerin kapatılması anlatılacak diğer yasaklara yeri geldiğinde ayrıca değinilecektir.

Siyasi partilerin günümüz demokrasileri için önemi, yaygınlaşması ve etkinliği siyasi parti yasaklarını demokrasinin korunmasında öncelikli konuma getirmektedir. Hatta günümüzde militan demokrasi anlayışının merkezinde siyasi parti yasakları yer almakta, militan demokrasi anlayışı siyasi parti yasaklarıyla eş tutulmaktadır³⁹⁰.

³⁸⁴ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 92-93; Bourne, “Democratisation”, 4; Küçük, *Siyasi Partiler*, 175.

³⁸⁵ Bu ülkelere örnek olarak Avusturya, İspanya, Uruguay, Norveç, Çekya, Litvanya, Polonya ve Rusya gösterilebilir. Bkz., Venice Commission, *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*, (Venice: Venice Commission, 1999), 12.

³⁸⁶ Küçük, *Siyasi Partiler*, 174.

³⁸⁷ Küçük, *Siyasi Partiler*, 177.

³⁸⁸ Küçük, *Siyasi Partiler*, 174.

³⁸⁹ Siyasi partilerin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulduğu ülkelerden biri olarak Kazakistan örnek gösterilebilir. Kazakistan siyasi partiler kanunu m. 13’e göre siyasi partilerin madde hükmünde yer alan ilk ve esasları ihlal etmesi durumunda herhangi bir mahkeme tarafından söz konusu partiler hakkında 3 aydan 6 aya kadar geçici durdurma kararı verilebilmektedir. Bkz., Haluk Alkan ve Müzeyyen Eroğlu, “Türk Cumhuriyetlerinde Siyasal Partiler: Kazakistan ve Özbekistan Siyasal Parti Sistemleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *OAKA*, 6/12 (2011): 75.

³⁹⁰ Tyulkina, “Militant Democracy”, 74-75, 80; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 15; Sajo günümüzde militan demokrasi anlayışının genel anlamda radikal hareketler özellikle siyasi partiler ve onların eylemleriyle mücadele olarak anlaşıldığını savunmaktadır. Bkz., Sajo, “Militant Democracy”, 210.

2.2.4.2.2. Derneklere İlişkin Yasaklar

Günümüzde militan demokrasi anlayışının araçlarından kabul edilen bir diğer anayasal araç derneklere ilişkin yasaklardır. Siyasi partiler de genel olarak hukuk düzenlerinde dernek olarak kabul edildiği için burada derneklerden kasıt siyasi parti dışında olan ve siyasi amaç güden derneklerdir. Siyasi dernekler günümüzde siyasi partiler kadar olmasa da ideolojik bir birliktelik ve kamuoyu oluşturma noktalarında etkin olabilmekte, politik alanı etkileyebilmektedir³⁹¹. İki dünya savaşı arasında faşist partilerin yanında siyasi dernekler de demokrasilerin yıkılmasında etkin rol oynamıştır. Dolayısıyla demokratik düzene aykırı derneklerin yasaklanması da günümüzde militan demokrasi anlayışının araçlarından biri olarak kabul edilmektedir.

2.2.4.3. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi

Militan demokrasi anlayışı, demokratik düzeni korumak adına sadece dernek ve siyasi partilerle değil aynı zamanda kişilerle de mücadele edebilmektedir. Buna göre demokratik düzeni yine demokratik kurum ve araçlarla ya da politik katılımı sağlayacak temel haklarla ortadan kaldırmak isteyen bireylere yönelik alınacak önleyici tedbirler de militan demokrasi anlayışı kapsamında olacaktır. Hiç şüphesiz günümüzde politik katılım daha çok siyasi partilerle olmakta ve dolayısıyla demokratik düzen için en büyük tehdide de yine siyasi partiler neden olmaktadır. Bu noktada bireylerin örgütlenme olmadan siyasi hedeflerini gerçekleştirmesi ve ayrıca demokratik düzene zarar vermeleri nispeten daha zordur³⁹². Diğer taraftan bireylerin eylemlerine ceza kanunu hükümleriyle karşılık verilebilmektedir. Ancak yine de günümüzde, topluma siyaseten nüfuz edebilen, hatip, karizmatik, varlıklı bireyler suç teşkil etmeyen ancak demokratik düzene zarar verebilecek eylemlere kalkışabilir, taraftar toplayarak önemli bir siyasi güç odağı haline gelebilir³⁹³. İşte söz konusu kişilerin demokratik düzene zarar vermelerini önlemeye

³⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de siyasi parti dışındaki politik hareketlerin sahip oldukları etki gücü nedeniyle demokrasiye tehdit konusunda dikkate alınmaları gerektiğini belirtmektedir. Bkz., ECHR, Vona v. Hungary, APPL. NO: 35943/10, 09/07/2013, p. 56.

³⁹² Müller, "Individual", 23, 25.

³⁹³ Müller, "Individual", 19-20; Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 36; Weimar Almanya'sının çöküşüne neden olan Nazi hareketinde hiç şüphesiz Hitler önemli bir figür olmuştur. Kanaatimizce ilk yıllarında Weimar Almanya'sında tabanı olmayan, gözardı edilen bir parti konumunda olan Hitler'in partisi, şayet Hitler olmasaydı söz konusu başarıları elde edemeyecekti. Bu sebeple Hitler'in politik alanın dışına çıkarılması sonucunu doğuracak tedbirlerin uygulanması ihtimalinde Nazi ideolojisinin Weimar Almanya'sında hâkim konuma gelmesinin mümkün olamayacağı söylenebilir.

yönelik bir takım yasaklar getirilebilmektedir. Federal Almanya Anayasası m. 18’de düzenlenen temel hakların etkisizleştirilmesi buna örnek gösterilebilir³⁹⁴. Bu düzenlemeyle bireylerin, demokratik düzenin kendisine verdiği hak ve yetkileri kötüye kullanması engellenmeye çalışılmaktadır³⁹⁵. Doktrinde temel hakların etkisizleştirilmesi örneği dışında anayasal pratik örnekleri olmasa da demokratik düzeni yıkmaya ya da bu düzene zarar vermeye çalışanların vatandaşlıktan çıkarılması ya da bu konuda özel komisyon ya da mahkemelerin kurularak kişilerin siyasi haklarının elinden alınması gibi bir takım tedbirler de tartışılmakta³⁹⁶, demokrasinin korunması için bireysel düşmanlıkla mücadele göz ardı edilmemektedir. Bu tartışma ve önerilerin odağında ise şüphesiz Hitler gibi figürlerin demokratik arenada yeniden ortaya çıkmasının engellenmesi yatmaktadır³⁹⁷.

Militan demokrasi anlayışı kapsamında bireylere yönelik tedbirlerin tek örneği olarak kabul edilen ve militan demokrasi anlayışının tipik bir örneği olarak ele alınabilecek olan temel hakların etkisizleştirilmesi çalışmanın üçüncü bölümünde detaylı bir şekilde incelenmiştir.

2.3. Militan Demokrasi Anlayışına Günümüz Anayasalarından Örnekler

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Almanya militan demokrasi anlayışını benimseyen Anayasası’nı 1949 yılında yürürlüğe sokmuştur. Onu birçok genç anayasal demokrasi takip etmiş ve militan demokrasi anlayışı geniş bir uygulama alanı bulmuştur³⁹⁸. Aşağıda bazı günümüz demokratik ülke anayasaları militan demokrasi anlayışı çerçevesinde inceleme konusu yapılmıştır. Bu inceleme üç aşamadan oluşmaktadır.

İlk aşamada o ülke anayasası ve o anayasanın kurduğu demokratik düzen hakkında kısaca bilgi verilmiştir. Bu kapsamda anayasanın bir demokratik düzen kurduğunu gösteren demokratik ilke ve kurumların varlığı tespit edilmiştir.

Bu varsayım, demokratik düzeni korumak adına doğrudan bireylere yönelik atılacak adımların da etkili olabileceğini göstermektedir.

³⁹⁴ Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu aşağıda da değinileceği üzere Türkiye ve Yunanistan Anayasaları hazırlanırken tartışılmış ancak yürürlüğe girmemiştir.

³⁹⁵ Müller, “Individual”, 22-32.

³⁹⁶ Müller, “Individual”, 22-32.

³⁹⁷ Bireysel (yarı-Sezarist) liderlerin demokrasiye belkide en büyük tehdit olarak görüldüğü bir çağda yaşadığımıza dair endişelerin olduğu yönünde bkz., Müller, “Individual”, 18.

³⁹⁸ Pfersmann, in: Sojo, 50.

İkinci aşamada anayasada militan demokrasi anlayışının anayasal araçları olan değiştirilemez madde hükümleri ve örgütlenme yasaklarının varlığı incelenecektir. Ancak belirtmek gerekir ki militan demokrasi anlayışının söz konusu araçları her zaman demokratik düzenin korunmasına hizmet etmeyebilmektedir. Anayasal düzenin demokratik düzen dışındaki diğer unsurları da söz konusu araçlarla koruma altına alınabilir. Örneğin, bir anayasada ekonomik düzeni korumak için bu araçlar işletilebilir. Dolayısıyla aşağıda öncelikle militan demokrasi anlayışının söz konusu araçlarının anayasal demokratik düzeni koruyup korumadığının tespiti yapılacaktır. Kimi ülkeler korumak istedikleri demokratik düzeni açıkça anayasalarında belirtirken kimi ülkeler ise böyle bir yola tevessül etmemektedir³⁹⁹. Örneğin, Almanya militan demokrasi anlayışının koruma sahasına girecek olan demokratik düzeni “özgürlükçü demokratik temel düzen” olarak ifade etmiş ve bu düzenin sınırları Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından çizilmiştir. Anayasası’nda demokratik düzeni bu şekilde tespit etmeyen ülkelerde ise demokratik düzen ve bunun korunup korunmadığı mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak belirlenmiştir. Örneğin, demokratik bir düzen kuran bir anayasada “demokratik cumhuriyet ilkesi”, “temel hak ve hürriyetler”, “halk egemenliği”, “sınıf ayrımı, üstünlüğü ve diktatörlüğün reddi” gibi kavramlarla ifade edilen esas ve ilkelere korumaya yönelik düzenlemeler demokratik düzenin korunması olarak değerlendirilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki anayasalarda koruma altına alınan kimi ilke ve esasların demokratik düzenle ilişkili olup olmadığı her zaman net olmamakta, yoruma muhtaç olmaktadır.

Üçüncü aşamada ise, şayet bir ülke anayasasının militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarıyla demokratik düzeni koruduğu tespit edilirse o ülkenin demokrasisi militan bir devlet olduğu sonucuna varılmış ve araçların kapsamına göre anayasanın militan demokratiği derecelendirilmiştir. Örneğin, incelenen bir ülke anayasasında militan demokrasi anlayışının anayasal araçları yoksa ya da var olan araçlar demokratik düzeni korumuyorsa o ülke anayasasında militan demokrasi anlayışının var olmadığı kabul edilmiştir. Ülkeler demokrasilerinin militan olup olmadığına ilişkin tüm bu değerlendirmeler her bir ülke anayasası için ayrı ayrı olarak “değerlendirme” başlığı altında yapılmıştır. Bu değerlendirmeler yapılırken doktrinin görüşleri, mahkeme içtihatları ve yasal düzenlemelere de önem arz eden noktalarda yer verilmiştir.

³⁹⁹ Tyulkina, “Militant Democracy”, 52-53.

2.3.1. Federal Almanya Anayasası

2.3.1.1. Genel Olarak

Almanya, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra müttefik kuvvetler tarafından Doğu ve Batı Almanya olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Doğu Almanya Sovyetlerin Batı Almanya ise Fransa, Birleşik Krallık ve ABD'nin kontrolü altında kalmıştır. Batı Almanya'da müttefik kuvvetler toplumu Nazilerden arındırma ve yeniden eğitim politikaları uygularken siyasi iradeye federal ve demokratik bir anayasa yapılması noktasında baskı kurmuştur⁴⁰⁰. Bu baskı neticesinde daha sonra tüm Almanya'nın anayasası olacak olan "Grundgesetz"⁴⁰¹ isimli yeni bir anayasa kabul edilmiştir⁴⁰².

Yeni Federal Almanya Anayasası, birçok demokratik ilkeyi, kurumu ve temel hakları düzenlemektedir. Weimar Anayasası'na tepki olarak anayasa temel haklar ile başlamaktadır. İnsan onurunun korunması ile başlayan bu temel haklar kataloğu içerisinde kanun önünde eşitlik, yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, toplanma hürriyeti, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı gibi klasik haklar yer almaktadır. Anayasada temel haklar kataloğundan sonra devletin temel ilkeleri düzenlenmekte ve

⁴⁰⁰ Klamt, "Militant Democracy", 137; Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 92.

⁴⁰¹ Alman Anayasası'nın Almanca metnine erişmek için bkz., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim Tarihi: 04.01.2020; Alman Anayasası'nın Almanya Federal Meclisi (Bundestag) bünyesinde hazırlanan Türkçe çevirisi de bulunmaktadır. Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller), hrsg. Deutscher Bundestag, <https://www.btg-bestellservice.de/index.php?sid=6bcccea27d23b0495d78404fe72dba7c&navi=1&subnavi=68&anr=80207000>, Erişim Tarihi: 02.02.2020; Almanca'da anayasa teriminin karşılığı *Grundgesetz* değil *Verfassung*'tur. *Grundgesetz* ise temel yasa olarak çevrilebilir. Hazırlanan metin için böyle bir ifade kasten tercih edilmiştir. Zira hazırlanan metin tam anlamıyla bir anayasa değil, anayasa işlevini görece geçici bir metindi. Bunun altında yatan sebep ise Batı Almanya'nın politik aktörlerinin yeni bir anayasa kabul ederek doğu Almanya ile kesin bir ayrılığa sebebiyet vermek istememeleridir. Dolayısıyla yeni anayasa baskısı karşısında bu şekilde geçici bir çözüm bulmuşlar ve bu metni Doğu Almanya ile birleşene kadar bir anayasa (verfassung) olarak görmemişlerdir. Nitekim 1990 yılında Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesiyle bu metin tüm ülkenin anayasası olmuştur. Buna rağmen metin *Verfassung* yerine *Grundgesetz* ismiyle yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bkz., Klamt, "Militant Democracy", 137; Grundgesetz, Almanya'nın Bonn eyaletinde imzalanıp yürürlüğe girdiği için "Bonn Anayasası" olarak da bilinmektedir.

⁴⁰² Grundgesetz yürürlüğe girdiği dönemde Weimar Anayasası resmi olarak varlığını devam ettiriyordu. Zira Hitler anayasayı yaptığı değişikliklerle resmen değil fiilen ortadan kaldırmıştı. Buna rağmen İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanya'da Weimar Anayasası'nın tekrar yürürlüğe sokulması (tıpkı Avusturya'nın 1920 Anayasası'nı tekrar yürürlüğe sokması gibi) gündeme gelmedi. Bunda Weimar Anayasası'nın Weimar Cumhuriyeti'nin yıkılışındaki etkisi rol oynamıştır. Bkz., Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 3; Bu konuyla alakalı kurucu parlamentonun üyelerinden Dr. Gerhard Kroll şunları demiştir: "Karşı koymadan içinden bir tiranlığın çıkmasına izin veren bir demokrasiyi yeniden canlandırmanın bir kıymeti harbiyesi yoktur.". Bkz., Glaeser, *Missbrauch*, 24.

bunlar arasında Almanya'nın demokratik bir devlet olduğu vurgulanmakta, egemenliğin tümüyle halka ait olduğu ve bu egemenliğin yasama, yürütme ve yargı organlarıyla kullanılacağı belirtilmektedir. Almanya Anayasası bu ve benzeri düzenlemelerle İkinci Dünya Savaşı sonrasında demokrasiyi bir değer olarak benimserken yeni bir demokratik düzen kurmuştur. Kurulan bu yeni demokratik düzen anayasada “özgürlükçü demokratik temel düzen” olarak ifade edilmektedir. İşte militan demokrasi anlayışı söz konusu bu demokratik düzenin ortadan kaldırılmasını önlemek ve olası saldırılara karşı korumak için doğmuştur. Dolayısıyla önemine binaen özgürlükçü demokratik temel düzenin ne ifade ettiği ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

2.3.1.2. Korunan Değer: Özgürlükçü Demokratik Temel Düzen

Özgürlükçü demokratik temel düzen, Federal Almanya Anayasası'nın benimsediği demokrasi düzenini ve militan demokrasi anlayışı ile korunan anayasal değeri ifade etmektedir⁴⁰³. Kavram anayasanın birçok yerinde zikredilmiştir⁴⁰⁴. Ancak özgürlükçü demokratik temel düzenin ne ifade ettiğine ilişkin olarak ne Federal Almanya Anayasası'nda ne de diğer genel yasalarda herhangi bir tanım bulunmamaktadır⁴⁰⁵. Bu noktada kavramın içeriğini doldurma görevi “anayasanın koruyucusu” kabul edilen

⁴⁰³ Almanya Anayasası'nda özgürlükçü demokratik temel düzen hakkında detaylı bilgi için bkz., Christoph Gusy, “Die freiheitliche demokratische Grundordnung”, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, hrsg. P. Badura, K. Hesse, P. Lerche, (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1980), 105. Band, Tübingen 1980, ss. 279-310; Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının koruduğu değer olarak özgürlükçü demokratik temel düzen hakkında bkz., Glaeser, *Missbrauch*, 31-59.

⁴⁰⁴ Özgürlükçü demokratik temel düzen Alman Anayasası'nda, siyasi parti yasaklarını düzenleyen m. 21/f.2'nin yanı sıra seyahat hürriyetini düzenleyen m. 11/f.2'de, Federal hükümetin silahlı kuvvet kullanma yetkisini düzenleyen m. 87a/f.4'te, eyaletlerin güvenlik gücü noktasında birbirinden yardım istemesini düzenleyen m. 91/f.1'de, korunan bir hukuki yarar olarak ihdas edilmiştir; Doktrinde hâkim görüşe göre anayasanın farklı yerlerinde düzenlense de “özgürlükçü demokratik temel düzen” kavramının anlamında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Bkz., Walter Schmitt Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, in *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band III*, hrsg., Detlef Merten und Hans Jürgen Papier, (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2009), 753; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 56; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 65; Seitzers, “Art. 18”, 1197; Gusy, “Die freiheitliche demokratische Grundordnung”, 279.

⁴⁰⁵ Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 355-356; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 55; Seitzers, “Art. 18”, 1197; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 752; Glaeser, *Missbrauch*, 33; 1949 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu tasarı aşamasında iken tasarıya özgürlükçü demokratik temel düzene ilişkin şu tanım konulmuştur: “Özgürlükçü demokratik temel düzen, temel hakları, siyasi partileri, milletvekillerinin genel, doğrudan, özgür, eşit ve gizli bir şekilde seçilmesini, kuvvetler ayrılığını, hükümetin parlamenter sorumluluğunu, yargı bağımsızlığını ya da idarenin kanuniliğini ortadan kaldırmaya çalışanların karşısında durur”. Ancak bu tanım anayasada yer alan kavramın aslına uygun yani otantik bir yorumu yapılamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz., Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/2 - Allgemeine Lehren der Grundrechte* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994), 948.

Anayasa Mahkemesi'ne düşmektedir⁴⁰⁶. Federal Alman Anayasa Mahkemesi özgürlükçü demokratik temel düzen kavramına ilişkin olarak üç farklı içtihadta bulunmuştur.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ilk olarak 1952 yılında Sosyalist İmparatorluk Partisi'ne (SRP) karşı açılan davada kavramı değerlendirmiştir⁴⁰⁷. Mahkeme bu kararında özgürlükçü demokratik temel düzeni, “her türlü şiddet ve despotizme dayalı yönetimi reddetmekle birlikte çoğunluğun iradesine, özgürlüğe ve eşitliğe uygun olarak halkın kendi kaderini belirlemeye dayanan egemen hukuk devleti düzenidir.” şeklinde tanımlamaktadır⁴⁰⁸. Federal Mahkeme özgürlükçü demokratik temel düzeni bu şekilde tanımladıktan sonra aynı kararında bu düzende olması gereken asgari genel prensipleri de saymıştır. Bunlar; anayasada belirlenen insan haklarına başta kişiliğin yaşama ve özgürce geliştirilmesi hakkına, halk egemenliğine, kuvvetler ayrılığına, hükümetin sorumluluğuna, idarenin kanuniliğine, mahkemenin bağımsızlığına, çok partili sisteme ve tüm partilerin fırsat eşitliğine anayasaya uygun muhalefet oluşturma ve sürdürme hakkıyla beraber saygı duyma ilkeleri olarak sıralanabilir⁴⁰⁹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi daha sonra 1956 yılında *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD) isimli partiye karşı açılan davada⁴¹⁰ bu prensipleri tekrar etmiş ve ayrıca bu prensiplere dernek hürriyeti, parlamentarizm, görece kısa aralıklarla yapılan seçimlerin gerekliliği ve ayrıca en üstün ve dokunulmaz değer olarak insan onurunu ön plana çıkaran temel hakların tanınması hususlarını da eklemiştir⁴¹¹. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin özgürlükçü demokratik temel düzen kavramının içeriğine ilişkin yaptığı bu tanım ve açıklamalar büyük ölçüde Alman Ceza Kanunu'nda⁴¹² anayasal ilkeleri tanımlayan 92/II⁴¹³ hükmü esas alınarak yapılmıştır.

⁴⁰⁶ Glaeser, Missbaruch, 33.

⁴⁰⁷ BVerfGE 2, 1, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>, E.T. 21.01.2020.

⁴⁰⁸ BVerfGE 2, 1, p. 38.

⁴⁰⁹ BVerfGE 2, 1, p. 38.

⁴¹⁰ BVerfGE 5, 85, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, E.T. 22.01.2020.

⁴¹¹ BVerfGE 5, 85, p. 518, 523.

⁴¹² Alman Ceza Kanunu'nun Almanca metnine erişmek için bkz., Strafgesetzbuch, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, Erişim Tarihi: 22.01.2020.

⁴¹³ Alman Ceza Kanunu'nun “tanımlar” kenar başlıklı § 92 II (daha önce § 88 II olan) hükmü şu şekildedir: “Bu kanuna göre anayasanın temel ilkeleri şu anlamlara gelir:

1. Halkın seçimlerde ve oylamalarda ve özellikle yasama, yürütme ve yargı organlarıyla devlet gücünü kullanması ve meclisin genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli seçimlerle seçilmesi,
2. Yasamanın anayasal düzene, yürütme kuvveti ile yargının yasa ve hukuka bağlı olması,

Mahkemenin şiddet ve despotizme dayalı yönetimi reddetmeyi ön şart olarak koşması kavramın militan demokrasi ile ilişkisini ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir⁴¹⁴. Mahkemenin bu tanım ve açıklamaları doktrinde genel kabul görse de özgürlükçü demokratik temel düzenin var olması için sayılan asgari ilkelere bir takım eleştiriler yöneltmiştir. Bu eleştiriler daha çok sıralanan prensiplerin keyfi olarak yorumlanabilir olmaları ve net olmamalarıyla ilgilidir⁴¹⁵. Özellikle mahkemenin prensipleri “asgari” olarak sayması kavramın başka hangi ilkeleri kapsayacağı sorusunu gündeme getirmiştir⁴¹⁶. Nitekim Mahkeme kavramının içeriğine 1956 yılında başka ilkeler de eklemiştir. Diğer taraftan bazı kavramların özgürlükçü demokratik temel düzenle olan bağlantısı tartışmalı bulunmuştur. Örneğin; kuvvetler birliğine yakın yönetimlerin de demokratik olabileceği gerçeği karşısında kuvvetler ayrılığının⁴¹⁷ ya da halkın çoğunluğuna dayanan bir sistemin zamanla baskıcı rejimlere dönüşme tehlikesi taşıyacağı için halkın çoğunluğu ilkesinin özgürlükçü demokratik temel düzenle doğrudan alakalı olmadığı yorumları yapılmıştır⁴¹⁸. Ancak her ne kadar eleştirilse de Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin yapmış olduğu bu tanımlamalar özgürlükçü demokratik temel düzen için 2017 yılına kadar belirleyici olmuştur⁴¹⁹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2017 yılında Ulusal Demokratik Parti’nin (NPD) kapatılması davasında verdiği kararında kavrama yeni bir yorum getirmiştir⁴²⁰. Mahkeme özgürlükçü demokratik temel düzeni *insan onuru, demokrasi prensibi ve hukuk*

3. Parlamenter muhalefet oluşturma ve sürdürme hakkı,

4. Hükümetin feshedilebilirliği ve onun meclise karşı sorumluluğu,

5. Mahkemelerin bağımsızlığı ve

6. Her türlü şiddet ve despotizme dayalı yönetimin reddi.”

⁴¹⁴ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 754.

⁴¹⁵ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 753; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 61; Federal Alman Anayasa Mahkemesi de söz konusu içtihatlarına yönelik doktrinin eleştirilerini 2017 yılında verdiği içtihadında dile getirmekte ve bunlara hak vermektedir. BVerfGE 144, 20, p. 534, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv144020.html>, E.T. 15.02.2020.

⁴¹⁶ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 753; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 61; Horst Meier, *Parteiverbote und demokratische Republik: Zur Interpretation und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 290-291.

⁴¹⁷ Meier, *Parteiverbote*, 292.

⁴¹⁸ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 753; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 60-61.

⁴¹⁹ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 753; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 60.

⁴²⁰ BVerfGE 144, 20.

devleti ilkesi olmak üzere üç ana sütuna bağlamıştır⁴²¹. Mahkeme soyut olan bu kavramları ayrıca açıklayarak olabildiğince somutlaştırmaya çalışmıştır. Mahkemenin bu üç sütun hakkındaki görüşleri şu şekilde özetlenebilir: Özgürlükçü demokratik temel düzen çıkış noktasını Federal Almanya Anayasası m. 1/f.1’de düzenlenen **insan onurunda** bulmaktadır⁴²². İnsan onurunun garantisi özellikle kişisel özelliklerin, kimliğin ve entegrasyonun korunmasının yanı sıra temel hukuki eşitliği de kapsamaktadır⁴²³. İnsan onuru eşitlikçidir ve köken, ırk, yaş ve cinsiyetten bağımsız olarak sadece insan olmayla ilgilidir⁴²⁴. Hukuka bağlı bir toplumda bireyin eşit bir üye olarak kabulü ona insan olarak saygı göstermeye bağlıdır⁴²⁵. Bu nedenle insanlık onuru; küçük düşürücü durumlarla ve aşağılayıcı eşitlik karşıtı muamelelerle bağdaşmamaktadır⁴²⁶. Bu insan onurunu somutlaştıran m. 3/f.3’teki⁴²⁷ ayrımcılık yasağına karşı davranışlar için özellikle geçerlidir⁴²⁸. Bu sebeple anti semitik ve ırk ayrımcılığını amaçlayan konseptler insan onuruyla bağdaşmamaktadır⁴²⁹. Aksi halde özgürlükçü demokratik temel düzenin ihlal edilmiş olduğu söylenebilir⁴³⁰. Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre özgürlükçü demokratik temel düzeninin kurucu ögesi **demokrasi prensibidir**⁴³¹. Tüm vatandaşların siyasi karar alma sürecine eşit katılım imkânı ve devlet gücünün halka verilmesi demokratik bir sistem için vazgeçilmezdir⁴³². Halk egemenliği ilkesi devlet iktidarının kullanımına ilişkin tüm eylemleri halk iradesine dayandırmayı gerektirmektedir⁴³³. Halk belirli organlarla devlet iktidarına katılmaktadır ve bunun etkili bir şekilde kullanabilmesinin garanti edilebilmesi için halk ile devlet organları arasında meşru bir bağlantı kurulması gerekmektedir⁴³⁴. Federal Almanya

⁴²¹ Julian Krüper, “Entscheidungsanmerkungs (BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13)”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 3 (2017): 367.

⁴²² BVerfGE 144, 20, p. 538.

⁴²³ BVerfGE 144, 20, p. 539.

⁴²⁴ BVerfGE 144, 20, p. 541.

⁴²⁵ BVerfGE 144, 20, p. 541.

⁴²⁶ BVerfGE 144, 20, p. 541.

⁴²⁷ AlmAny.. m.3/f.4 hükmü şu şekildedir: “Cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınamaz. Hiç kimse özürlü ve sakatlığından dolayı mağdur edilemez.”. Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

⁴²⁸ BVerfGE 144, 20, p. 541.

⁴²⁹ BVerfGE 144, 20, p. 541.

⁴³⁰ BVerfGE 144, 20, p. 541.

⁴³¹ BVerfGE 144, 20, p. 542.

⁴³² BVerfGE 144, 20, p. 543.

⁴³³ BVerfGE 144, 20, p. 545.

⁴³⁴ BVerfGE 144, 20, p. 545.

Anayasası temsili parlamenter demokrasi sistemini benimsemiştir ve bu sistemde parlamento seçimleri, halk ile devlet iktidarı arasında bağı kurmada özel bir önem taşımaktadır⁴³⁵. Özgürlükçü demokratik temel düzen; halk egemenliğini sağlayacak ve siyasi karar alma sürecinin şeffaflığını güvence altına alacak başka herhangi bir model ileri sürülmedikçe parlamentarizmi aşağılayanları korumamaktadır⁴³⁶. **Hukuk devleti ilkesi** ise özgürlükçü demokratik temel düzenin vazgeçilmez bir parçasıdır⁴³⁷. Hukuk devleti ilkesi birey özgürlüğü için kamu gücünün sınırlandırılmasını gerektirmektedir⁴³⁸. Özgürlükçü demokratik temel düzende hukuk devleti ilkesinin varlığı noktasında kamu gücünün hukuka bağlılığı ve bu bağın bağımsız mahkemeler tarafından denetimi belirleyici unsurdur⁴³⁹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu içtihadıyla doktrinin 1952 ve 1956 yıllarındaki içtihatlarına yöneltilen eleştirileri dikkate almış ve daha sınırlı bir tanımlama yoluna gitmiştir⁴⁴⁰. Diğer taraftan her bir unsurun kapsamını açıklayarak gelecekteki olası keyfi yorumları da engellemeye çalışmıştır.

Federal Almanya Anayasası'nda korunan bir değer olarak özgürlükçü demokratik temel düzen kavramının yanısıra "anayasal düzen" kavramına da rastlanılmaktadır⁴⁴¹. Anayasal düzen, yukarıda militan demokrasi anlayışının korunan değerinde de bahsettiğimiz üzere demokratik düzen dışında diğer birçok unsuru ve prensibi bünyesinde barındıran geniş bir kavramdır. Alman doktrininde de karşıt görüşler⁴⁴² olmasına rağmen anayasal düzenin özgürlükçü demokratik temel düzenin yanısıra, sosyal devlet düzeni, federal devlet düzeni, Cumhuriyet olan devlet şekli gibi hususları da bünyesinde barındıran bir düzen olduğu kabul edilmektedir⁴⁴³. Dolayısıyla korunan bir değer olarak

⁴³⁵ BVerfGE 144, 20, p. 546.

⁴³⁶ BVerfGE 144, 20, p. 546.

⁴³⁷ BVerfGE 144, 20, p. 547.

⁴³⁸ BVerfGE 144, 20, p. 547.

⁴³⁹ BVerfGE 144, 20, p. 547.

⁴⁴⁰ Rudolf Streinz, "GG Art. 21", in *Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz Kommentar Band 2*, hrsg., Peter M. Huber und Andreas Voßkuhle, (München: C.H. Beck, 2018), rn. 226a; Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 64.

⁴⁴¹ Alman Anayasası'nda dernek yasaklarını düzenleyen m. 9/2 hükmünde korunan değer anayasal düzendir.

⁴⁴² Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 752, dn. 21; Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 57.

⁴⁴³ Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 36; Seitzers, "Art. 18", 1199.

anayasal düzen, demokratik düzenle eş anlamlı değil onu da içine alan kapsamlı bir kavram olarak ele alınması gerekmektedir.

2.3.1.3. Özgürlükçü Demokratik Temel Düzeni Korumaya Yönelik Hükümler

Federal Almanya Anayasası'nda kurulan mezkûr özgürlükçü demokratik temel düzeni korumaya yönelik hükümler bulunmaktadır. Federal Almanya Anayasası'nda demokratik düzeni korumaya yönelik hükümler iki boyutludur⁴⁴⁴. İlk koruma boyutu demokratik düzenin anayasal yollardan ortadan kaldırılmasını engellemeye yönelik değiştirilemez maddeler hükmüdür⁴⁴⁵. Diğer koruma boyutu ise bu düzene yönelik yapılacak bireysel ya da örgütsel saldırılara karşı düzenin aktif olarak savunulmasıdır. Bu noktada ise anayasada örgüt yasakları yani siyasi parti yasağı (m. 21/f.2) ve dernek yasakları (m. 9/f.2) diğer taraftan ise bireye yönelik temel hakların etkisizleştirilmesi (m. 18) yasakları karşımıza çıkmaktadır⁴⁴⁶.

2.3.1.3.1. Değiştirilemez maddeler hükmü (m. 79/f.3)

Federal Almanya Anayasası'nda demokrasiyi koruyan hükümlerin başında anayasada değiştirilmez maddeleri düzenleyen m. 79/3 hükmü gelmektedir⁴⁴⁷. Söz konusu maddeye göre; “Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20 maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır.”⁴⁴⁸. Bu düzenlemeyle birlikte Alman yasama organının anayasa değişikliği yoluyla anayasanın belirli maddelerini değiştirmesi sınırlandırılmıştır.

Her şeyden önce Federal Almanya Anayasası m. 79/f.3 ile devletin eyaletlere bölünmesi diğer bir ifadeyle devletin federal devlet yapısı koruma altına alınmış, böylece bu yapıyı bozacak (örneğin; üniter devlete geçiş öngören) düzenlemelere set

⁴⁴⁴ Klamt, “Militant Democracy”, 137; Rensmann, “Procedural Fairness”, 1117-1118; Kaltwasser, ““Militant Democracy”, 84.

⁴⁴⁵ Müller, “Militant Democracy”, 1258.

⁴⁴⁶ Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 22-23; Rensmann, “Procedural Fairness”, 1118.

⁴⁴⁷ Alman Anayasası'nda değiştirilemez maddeler (m. 79/f.3) hakkında bkz., Zacharias, “Die sog. Ewigkeitsgarantie”, 57-97; Almanca literatürde bu değiştirilemez maddeler hükmü “daimilik hükmü (Ewigkeitsklausel)” ya da “daimilik garantisi (Ewigkeitsgarantie)” şeklinde anılmaktadır. Bkz., Thiel, “Germany”, 128; Groh, “Zwischen Skylla”, 430; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 62; Kaltwasser, ““Militant Democracy”, 84; Klamt, “Militant Democracy”, 137; Unruh, *Weimarer Staatsrechtslehre*, 37; Jaschke, “Die Zukunft”, 113.

⁴⁴⁸ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

çekilmiştir⁴⁴⁹. Koruma altına alınan diğer bir husus ise eyaletlerin (federe devletlerin) yasama faaliyetlerine katılmalarıdır. Federal Almanya Anayasası'na göre eyaletler parlamentonun bir kanadı olan Reichsrat vasıtasıyla yasama faaliyetlerine katılırlar. Bunun engellenmesi ya da kaldırılması ise yasaklanmıştır.

Değiştirilemez maddeler hükmü kapsamına alınan bir diğer hüküm insan onurunun ve temel hakların dokunulmazlığını düzenleyen ilk madde hükmüdür⁴⁵⁰. Weimar Anayasası'nın aksine Federal Almanya Anayasası insan onurunun ve temel hakların dokunulmazlığı ile başlamaktadır. Bunun değiştirilemeyeceğinin güvence altına alınması temel haklara verilen önemi göstermektedir⁴⁵¹.

Değiştirilemez maddeler arasında korunan bir diğer hüküm anayasanın 20. maddesidir⁴⁵². Maddenin ilk fıkrasında Federal Almanya Cumhuriyeti'nin demokratik ve sosyal bir federal devlet olduğu düzenlenirken, ikinci fıkrasında egemenliğin halka ait olduğu ve bunun yasama, yürütme ve yargı aracılığı ile kullanılacağı, üçüncü fıkrada ise yasamanın anayasal düzene yürütme ve yargının yasa ve hukuka bağlı olacağı belirtilmektedir. Anayasanın 20. Maddesinin değiştirilemez madde olarak kabulü ile başta Cumhuriyet⁴⁵³, demokrasi, hukuk devleti, sosyal devlet ve federal devlet gibi

⁴⁴⁹ Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 115; Söz konusu düzenleme nedeniyle Federal Almanya'nın Fransa gibi merkezi bir devlete dönüştürülemeyeceği yönünde bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 147.

⁴⁵⁰ Alman Anayasası m. 1 metni şu şekildedir: “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder. Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.” Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

⁴⁵¹ Değiştirilemez madde olarak Alman Anayasası m. 1'in kapsamı için bkz., Zacharias, “Die sog. Ewigkeitsgarantie”, 75-81.

⁴⁵² Alman Anayasası'nın 20. maddesi şu şekildedir: “(1) Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir. (2) Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır. (3) Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar. (4) Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.” Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller); Alman Anayasası m. 20/f.4 hükmü direnme hakkı olarak bilinmektedir. Söz konusu düzenleme Alman Anayasası'na 1968 yılında yapılan değişikliklerle eklendiği için söz konusu hüküm Alman doktrininde anayasa m. 79/3 yani değiştirilemez maddeler hükmü kapsamında değerlendirilmemektedir. Bkz., Jan Heinemann, “Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG”, in *Wehrhafte Demokratie*, hrsg., Markus Thiel, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 112-113; Thiel, “Germany”, 128; Klamt, “Militant Democracy”, 137.

⁴⁵³ Cumhuriyet ilkesinin değiştirilemez maddeler hükmü (m. 79/f.3) olarak kabulü ile monarşinin reddedildiği yönünde bkz., Zacharias, “Die sog. Ewigkeitsgarantie”, 84.

ilkelerin koruma altına alındığı kabul edilmektedir⁴⁵⁴. Bu noktada konumuzla bağlantısı açısından özellikle demokrasi prensibinin koruma altına alınması önemlidir. Anayasanın 20. maddesinde açıkça özgürlükçü demokratik temel düzen kavramı kullanılsa da⁴⁵⁵, anayasa değişikliği yoluyla ülkenin demokratik düzenini ortadan kaldırmak isteyecek olan demokrasi düşmanlarının hedef alındığı açıktır⁴⁵⁶. Buna göre anayasa değişikliği yoluyla başta temel hak ve hürriyetler olmak üzere demokratik ilke ve esasların kaldırılması yasaklanmıştır.

Değiştirilemez maddeler ile devletin demokratik düzeninin korunması, hiç şüphesiz Weimar Anayasası döneminde yaşanan acı tecrübelerle önemli bir reaksiyondur⁴⁵⁷. Zira Weimar Anayasası döneminde iktidara gelen Hitler, yeterli çoğunluğa ulaşınca herhangi bir maddi yasak öngörmeyen anayasayı, 1933 Yetki Yasası'yla değiştirerek demokratik düzeni ortadan kaldırmıştır. O dönem doktrin ve asli kurucu iktidar değer göreceliği anlayışı kapsamında şayet yeterli çoğunluğa sahipse, takip edilen ideolojinin içeriği ve önemi ne olursa olsun anayasanın kısmen ya da tamamen değiştirilmesinde bir engel görmemiştir. Doktrinde hâkim olan bu görüşe karşı çıkan yazarların başında gelen Schmitt ise anayasanın yapımında kurucu iktidarın benimsediği bir takım temel kararlar olduğunu ve bunların anayasa değişikliği yoluyla ortadan kaldırılamayacağını ileri sürmüş ve bu kapsama demokrasiyi de dâhil etmiştir. Anayasada pozitif olarak yer almayan bu yorum o dönem yeterli desteği görmemiştir. Ancak yıllar sonra yeni kurulan Federal Almanya Anayasası'nda Schmitt'in mezkûr yorumu hayata geçirilmiştir⁴⁵⁸. Federal Almanya Anayasası m. 79/f.3 ile birlikte, anayasa değişikliği için yeterli çoğunluğu sağlayan tali kurucu iktidarların demokratik düzeni ortadan kaldırması engellenmek istenmektedir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Değiştirilemez maddeler kapsamında söz konusu ilkelerin kapsamı hakkında bkz., Zacharias, “Die sog. Ewigkeitsgarantie”, 81-97.

⁴⁵⁵ Alman Anayasası'nın taslağı üzerindeki görüşmelerde özgürlükçü demokratik temel düzeni kaldıracak her türlü anayasa değişikliğinin geçersiz olduğuna dair hüküm eklenmek istendiği ancak hükmün mevcut haliyle kabul edildiği yönünde bkz., Bulla, “Die Lehre von der streitbaren Demokratie”, 345.

⁴⁵⁶ Thiel, “Germany”, 128.

⁴⁵⁷ Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 22; Thiel, “Germany”, 127.

⁴⁵⁸ Rijpkema, *Militant Democracy*, 79; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 345; Carlos Vidal Prado, “Spain”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 247.

⁴⁵⁹ Flümann, *Streitbare Demokratie*, 147; Zacharias, “Die sog. Ewigkeitsgarantie”, 60.

Federal Almanya Anayasası m. 79/f.3 hükmü Alman doktrininde farklı açılardan eleştiri konusu yapılmaktadır. Doktrindeki yazarların bir kısmı bu yasağı sonraki nesilleri katı bir şekilde bağladığı ve tek bir tarihi karara uymaya zorladığı gerekçesiyle eleştirmekte iken doktrindeki bir grup yazar ise söz konusu hükmün sadece tali kurucu iktidarı değil asli kurucu iktidarı dahi bağladığını savunmaktadır⁴⁶⁰. Diğer taraftan doktrinde haklı olarak değiştirilemez maddeler arasında zikredilen devletin federatif yapıda olması hususunun demokrasiyle çok bağlantılı olmadığı ve bir ülkenin hem demokratik hem de merkezi (üniter) bir devlet olabileceği ileri sürülmektedir⁴⁶¹. Değiştirilemez maddeler ile ilgili olarak bir diğer husus koruma altına alınan ilke ve esasları etkileyecek düzenlemelerin yapılıp yapılamayacağı ile alakalıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, m. 79/f.3'ün söz konusu maddede koruma altına alınan düzenlemeleri etkileyecek hiçbir düzenleme yapılmayacağı anlamına gelmediği görüşündedir. Mahkeme, bu maddede sadece söz konusu düzenlemelerin kaldırılmasının yasaklandığı dolayısıyla maddenin oldukça sınırlı uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁴⁶².

Sonuç olarak değiştirilemez maddeler hükmü ile demokratik rejimi darbeye veya devrim yerine halkın da desteğini alarak demokratik yollarla kaldırmak isteyenlerin önü kapatılmıştır. Diğer bir ifadeyle m. 79/3 hükmü yasal bir devrim yapmak isteyen demokrasi düşmanlarını engellemektedir⁴⁶³. Ancak söz konusu yasak günümüze değin uygulamada hiçbir teste tabi tutulamamıştır⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Alman doktrininde konuyla ilgili tartışmalar için bkz., Thiel, “Germany”, 129-130; Demokratik yapının dışında adil ve insani başka bir toplum düzeni düşünülemeyeceği dolayısıyla demokratik düzenin değiştirilemeyeceğini düzenleyen hükmün gelecek nesilleri bağladığı yönündeki eleştirilerin yersiz olduğu yönünde bkz., Flümman, *Streitbare Demokratie*, 148.

⁴⁶¹ Flümman, *Streitbare Demokratie*, 149.

⁴⁶² BVerfGE 30, 1, p. 100; Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında üç üye hâkim buna karşı çıkmış ve koruma altına alınan düzenlemeleri etkileyecek her türlü düzenlemenin yasak olduğunu savunmuştur. Karşı oy için bkz., BVerfGE 30, 1, p. 139 vd.; Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin değiştirilemez maddelere bakış açısı hakkında bkz., Thiel, “Germany”, 128.

⁴⁶³ Zacharias, “Die sog. Ewigkeitsgarantie”, 57; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 348; Bulla, “Die Lehre von der streitbaren Demokratie”, 345; Thiel, “Germany”, 128; BVerfGE 30, 1, p. 99; Alman Anayasası’na göre anayasal olmayan ve şiddete dayalı devrimin mümkün ancak yasal devrimin mümkün olmadığı yönünde bkz., Klamt, “Militant Democracy”, 137; Benzer yönde bkz., Müller, “Militant Democracy”, 1258; Söz konusu düzenlemeyle birlikte anayasanın tümünü ya da belirli ilkelerini değiştirmek isteyenlerin illegaliteye itildiği yönünde bkz., Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 115.

⁴⁶⁴ Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 29.

2.3.1.3.2. Örgütlenme Yasakları

2.3.1.3.2.1. Siyasi Parti Yasağı (m. 21/f.2)

Federal Almanya Anayasası'nda özgürlükçü demokratik temel düzeni koruyan bir diğer madde siyasi parti yasaklarını düzenleyen m. 21/2'dir⁴⁶⁵. Maddenin ilk fıkrasında siyasi partilerin halkın siyasi iradelerinin oluşumuna katılacakları belirtilirken, iç düzenlerinin demokratik ilkelere uygun olması gerektiği vurgulanmıştır. İkinci fıkrada ise amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre özgürlükçü demokratik temel düzene zarar vermek ya da onu kaldırmak isteyen partiler hakkında Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık kararı verebileceği düzenlenmiştir⁴⁶⁶. Söz konusu hükümden yola çıkılarak Federal Almanya Anayasası, Weimar Anayasası'nda olduğu gibi siyasi partilere tarafsız bir tutum içerisine girmemiş ve yeni bir NSDAP'nın ortaya çıkışına mani olmayı amaçlamıştır⁴⁶⁷. Bir siyasi partinin yasaklanabilmesi için Anayasada ve ilgili mevzuatta gerekli şartlar (tipiklik unsurları) şu şekilde sıralanabilir:

Öncelikle bir siyasi parti söz konusu olmalıdır. Anayasa m. 21/f.2'ye göre bir partinin kapatılabilmesi için ortada bir siyasi parti mevcut olmalıdır. Siyasi Partiler Kanunu m. 2/f.1'e göre siyasi partiler "devamlı olarak veya uzun zaman için Federasyon veya bir federe devlet ülkesi içinde siyasi iradenin oluşumunu etkileme ve Alman Federal Meclisinde veya federe meclislerde milletin temsiline katılmak isteyen, fiilî durumu, özellikle teşkilâtının genişliği ve sağlamlığı, üye sayısı ve kamuoyundaki görünüşü bakımından amacıyla bağdaşır ciddiyette olduğu konusunda yeter derecede itimat

⁴⁶⁵ Alman Anayasası m. 21/f.2 hükmü şu şekildedir: "*Siyasi partiler, halkın siyasi iradesinin oluşumuna katılırlar. Kurulmaları serbesttir. İç düzenlerinin demokratik ilkelere uygun olması şarttır. Maddi kaynakları ve harcamaları ile malvarlıkları hakkında kamu önünde hesap vermek zorundadırlar. Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırıdırlar. Anayasaya aykırılık hakkında Federal Alman Anayasa Mahkemesi karar verir.*

Konunun ayrıntılarını federal yasalarla düzenlenir.". Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

⁴⁶⁶ Dernek yasaklarının aksine siyasi parti yasaklarına Anayasa Mahkemesi'nin karar veriyor oluşu, anayasanın siyasi partilere verdiği önemi göstermektedir. Bu yönde bkz., Klamt, "Militant Democracy", 139; Müller, "Individual", 25; Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 207-208; Siyasi parti kapatma davasının Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmasının hükümet partilerinin diğer partileri saf dışı bırakmalarını engellemeye yönelik olduğu yönünde bkz., Müller, "Militant Democracy", 1258.

⁴⁶⁷ Thiel, "Germany", 121.

uyandıran vatandaş birlikleri” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁶⁸. Siyasi parti vasfı taşımayan örgütlenmelerin kapatılmasında Anayasa m. 9/f.2’de yer alan dernek yasağı hükmü devreye girecektir.

Bir siyasi partinin kapatılması için partinin amacının ve üyelerinin eylemlerinin genel eğiliminin özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme, onu kaldırma ya da Almanya’nın varlığını tehdit etme amacı taşıması gereklidir⁴⁶⁹. Özgürlükçü demokratik temel düzen yukarıda da açıklandığı üzere Federal Almanya Anayasası’nın anayasal demokratik düzenini yansıtan önemli kavramlardan biri olup Anayasa Mahkemesi’nce *insan onuru, demokrasi prensibi ve hukuk devleti ilkesi* şeklinde üç ana sütuna bağlanmıştır. Özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme ya da onu kaldırma ise belirlenen bu üç sütunun bir kısmını ya da tamamını kaldırmayı ifade etmektedir. Federal Almanya’nın varlığını tehlikeye atma unsuru ise doktrinde Almanya’nın ülkesel bütünlüğünün ve egemenliğinin ortadan kaldırılması tehdidi olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda zikredilen şartları taşıyan partiler hakkında anayasa m. 21/f.2’ye göre “anayasa aykırılık” kararı verilir. Maddede açıkça siyasi partilerin kapatılmasından söz edilmemektedir. Anayasaya aykırılık kavramının ne anlama geldiği ve sonuçlarının ne olduğu ise anayasada düzenlenmemiştir. Anayasaya aykırılık genel olarak kapatılması istenen siyasi partinin tüm tipiklik unsurları taşıdığını tespit eden ve açıklayan bir karardır. Bir parti hakkında verilecek anayasaya aykırılık kararı doğrudan sonuç doğurmamaktadır. Konunun detayları üçüncü fıkra da yapılan atıfla kanunlarda düzenlenmiştir. Söz konusu kanunlardan biri Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu’dur⁴⁷⁰. Kanunun 46. maddesinde, şartları taşıyan ilgili parti hakkında Anayasa Mahkemesi’nin anayasaya aykırılık kararı vereceği düzenlenerek anayasadaki hüküm tekrar edilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise anayasaya aykırı bulunan partiler hakkında verilebilecek ilave kararlar yer almaktadır⁴⁷¹. Buna göre Anayasa Mahkemesi

⁴⁶⁸ Doğu Perinçek, “Federal Almanya Siyasi Partiler Kanunu”, *AÜHFD*, 24/1 (1967): 105-106.

⁴⁶⁹ Özgürlükçü demokratik temel düzeninin ortadan kaldırılması bu düzenin unsurlarından en az birinin kaldırılmasını ifade ederken, özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme ise bu düzeni yeterli yoğunlukta tehdit etmeyi ifade eder. Bu yönde bkz., Krüper, “Entscheidungsanmerkungs”, 367.

⁴⁷⁰ Söz konusu kanun Türkçe’ye çevirilmıştır. Bkz., Servet Armağan, “Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu”, *İÜMHAD*, 4/6 (1970): 191-230.

⁴⁷¹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 46/f.3 hükmü şu şekildedir: “Tesbit, .Partinin veya partinin muhtar kısmının feshi veya bir yedek teşkilatın kurulması yasağı ile birleştirebilir. Federal Anayasa Mahkemesi bu halde ayrıca partinin veya partinin muhtar kısmının mamelekini

bu anayasaya aykırılık kararının yanında partinin feshine; partiyi ikame edecek her türlü örgütlenmenin yasaklanmasına ve partinin malvarlığına Federal Devlet ya da eyaletler lehine kamu yararı amaçlı el koyulmasına karar verebilir. Bu ilave kararların verilip verilmemesi Anayasa Mahkemesi'nin takdirindedir.

Uygulama kanunlarından bir diğeri ise Federal Seçim Kanunu'dur⁴⁷². Söz konusu kanunun 46. maddesinde anayasa m. 21/f.2 hükmü uyarınca hakkında anayasaya aykırılık kararı verilen bir partiye üye milletvekillerinin, milletvekilliklerinin düşeceği düzenlenmektedir.

Bir siyasi partinin kapatılabilmesi için Federal Alman Anayasa Mahkemesi re'sen harekete geçmemektedir. Bu noktada ilgili siyasi parti aleyhine bir başvuru gereklidir. AlmAnyMahK. m. 43/f.1'e göre bu başvuruyu kimlerin yapabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, Federal Hükümet, Federal Meclis ve Federal Konsey siyasi parti kapatma başvurusunda bulunabilirler. Diğer taraftan bir parti sadece bir eyalette etkinse bu durumda ilgili eyalet hükümetleri de partinin kapatılabilmesi için başvuruda bulunabilmektedir.

Federal Almanya Anayasası'nın kabulünden günümüze değin altı kez parti kapatma başvurusu yapılmış, bunların ikisinde parti kapatma kararı verilmiştir. Bunların ilki 1952 yılında aşırı sağcı parti *Sozialistische Reichspartei Deutschlands* (SRP) hakkında verilen karar iken diğeri 1956 yılında aşırı solcu parti *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD) kapatılmasına ilişkin karardır. Söz konusu iki karar militan demokrasi anlayışının uygulamaya yansıyan ilk örnekleridir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ilk siyasi parti kapatma kararı aşırı sağcı parti SRP hakkında verdiği karardır⁴⁷³. 1949 yılında kurulan SRP o dönem ülke genelinde etkin olamasa da eyalet seçimlerinde nisbi başarılar elde etmişti⁴⁷⁴. Partinin

Federasyonun veya eyaletin lehine, toplum istifadesi gayesi için olmak üzere müsadereğine karar verebilir.”. Bkz., Armağan, “Federal Almanya”, 207.

⁴⁷² Federal Seçim Kanunu (Bundeswahlgesetz) için bkz., Bundeswahlgesetz, https://www.gesetze-im-internet.de/bwahlg/_46.html, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

⁴⁷³ Karar için bkz., BVerfGE 2, 1; Karar hakkında bir inceleme için bkz., Maftean, “Fighting Fire”, 111-115.

⁴⁷⁴ Partinin yaklaşık 10.000 üyesi bulunmaktaydı. Parti girdiği Aşağı Saksonya eyalet parlamentosu seçimlerinde %11 oyla 16 sandalye, Bremen eyalet parlamentosu seçimlerinde %7 oyla 8 sandalye kazanma başarısı göstermiştir. Bkz., Thiel, “Germany”, 121; Maftean, “Fighting Fire”, 111.

artan ırkçı, neo-sosyalist propagandası gerekçesiyle Federal Hükümet, partinin kapatılması için Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Hükümetin başvurusunda gerekçe olarak partinin demokratik temel ilkelere değil Führer prensibine dayanması ve NSDAP'nin devamı niteliğinde bir parti olarak özgürlükçü demokratik temel düzeni ortadan kaldırmak istemesi gösterilmiştir⁴⁷⁵. Başvuru üzerine yapılan yargılamada Federal Alman Anayasa Mahkemesi partinin programını, örgüt yapısını, partinin ileri gelen yetkililerinin söylemlerini, partinin eğitim ve propaganda amaçlı materyallerini incelemiş ve SRP'nin NSDAP'nin devamı olduğu yönünde ciddi bulgular tespit etmiştir. Mahkemeye göre SRP özgürlükçü demokratik temel düzene tamamen ters olan nasyonal sosyalist devlet sistemini ideal devlet olarak görmektedir. SRP, Nazilerin sloganlarını kullanmakta, onların siyah kartalını amblem olarak taşımakta, seçim toplantılarında savaşta ölen Nazileri anmaktadır⁴⁷⁶. Yine Mahkemeye göre SRP taraftarları, Nurnberg Mahkemelerinde Naziler için verilen idam kararlarına şiddetle karşı çıkmışlar ve idam edilen liderleri anmışlardır⁴⁷⁷. Mahkemenin tespitlerinde partinin İkinci Dünya Savaşı'nın kaybedilmesinde Hitler'e herhangi bir sorumluluk yüklenmediğini de tespit etmiştir⁴⁷⁸. Federal Alman Anayasa Mahkemesi SRP'nin parti programının açıkça demokrasiye aykırı olmadığı hükmüne varmıştır. Ancak mahkemeye göre demokrasiye düşman partilerin demokrasiye bağlılıklarını belirtmesi olağandır. Hitler dahi şansölye olarak göreve geldiğinde Weimar Anayasası üzerine yemin etmiştir⁴⁷⁹. Diğer taraftan Mahkeme parti programında tıpkı NSDAP gibi SRP'nin de Almanya'nın mevcut topraklarını da aşan geniş bir alan üzerinde bir Alman Reich'ı hedeflediği sonucunu çıkarmıştır⁴⁸⁰. Diğer taraftan Federal Alman Anayasa Mahkemesi partinin, programında sınıf ve grup menfaatlerini reddettiği, tıpkı NSDAP gibi ferdi arka plana iten halkın bütünü ve devleti ön plana çıkaran bir anlayışı benimsediği çıkarımlarında bulunmuştur⁴⁸¹. Federal Alman Anayasa Mahkemesi partinin iç örgütlenmesini de incelemiş ve parti için demokrasinin mevcut olmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda kararında partinin yukarıdan aşağıya doğru teşkilatlandığı, üyeler arasında farklı

⁴⁷⁵ BVerfGE 2, 1, p. 11.

⁴⁷⁶ BVerfGE 2, 1, p. 235.

⁴⁷⁷ BVerfGE 2, 1, p. 237.

⁴⁷⁸ BVerfGE 2, 1, p. 244.

⁴⁷⁹ BVerfGE 2, 1, p. 52.

⁴⁸⁰ BVerfGE 2, 1, p. 320.

⁴⁸¹ BVerfGE 2, 1, p. 43.

statülerin olduğu, muhalif grupları susturabilmek adına merkezin teşkilatları fesih yetkisine sahip olduğu vurgulanmış ve tüm bunlar Hitler'in partisi NSDAP'nin de benimsediği Führer prensibi kapsamında görülmüştür⁴⁸². Federal Alman Anayasa Mahkemesi partinin yöneticilerini de mercek altına almıştır. Mahkemenin tespitlerine göre partinin kilit noktalarında NSDAP üyesi kişiler bulunmaktadır. Partide görev alabilmek için NSDAP üyesi olmak yeterlidir⁴⁸³. Federal Alman Anayasa Mahkemesi partinin yan örgütlerini, gençlik kollarını ve kadın kollarını da incelemiş ve söz konusu teşkilatlanmaların NSDAP'nin teşkilatlanmalarını örnek aldığını ve kullanılan uniformaların bile taklit edildiğini tespit etmiştir⁴⁸⁴. Anayasa Mahkemesi son olarak kararında partinin demokrasi düşmanlığını yinelemiş, mevcut politikacıların ve hükümet organlarının yıpratıldığını savunmuş ve SRP yöneticilerinin demokrasiye aykırı söylemlerini aktarmıştır⁴⁸⁵.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi SRP hakkında tüm bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra SRP'nin temel hak ve hürriyetlere saygı göstermeyen, Yahudi düşmanlığını hortlatan, diğer partilerle meşru yollarla mücadele etmeyen diğer bir ifadeyle çok partili sisteme karşı çıkan, Nazilerde olduğu gibi bir Führer sultası altında teşkilatlanan, demokrasiyi reddeden, Alman egemenliğinin genişlemesini savunan, yan örgütleri NSDAP'ye benzeyen, NSDAP üyesi Nazilere partide görev veren, hükümet organlarını yıpratarak ve politikacıları aşağılayarak rejimi zayıflatan bir parti olduğuna hükmetmiştir. SRP ile NSDAP arasındaki bağı bu şekilde tespit eden mahkeme her iki partinin birbirine halef-selef olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla SRP'yi özgürlükçü demokratik temel düzene karşı çıkan bir parti olarak değerlendirmiş ve bu sebeple de SRP'nin anayasaya aykırı bir parti olarak ilanına, partinin kapatılmasına, ikame örgütlenmelerin yasaklanmasına, federal ve federe meclisteki SRP milletvekillerinin milletvekilliği sıfatlarının düşmesine ve söz konusu partinin malvarlığının hazineye aktarılmasına karar vermiştir.

⁴⁸² BVerfGE 2, 1, p. 213-214, 319.

⁴⁸³ BVerfGE 2, 1, p. 61 vd..

⁴⁸⁴ BVerfGE 2, 1, p. 215.

⁴⁸⁵ BVerfGE 2, 1, p. 255 vd..

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ikinci parti kapatma kararını 17 Ağustos 1956 yılında KPD hakkında vermiştir⁴⁸⁶. KPD hakkında kapatma davasını açan organ olan Federal Hükümet kapatma isteminin gerekçesinde, KPD'nin sahip oldukları amaç ve takipçilerinin davranışlarından yola çıkarak özgürlükçü demokratik temel düzeni yıkmayı ve şiddet ve keyfilige dayanan totaliter bir proleterya diktatörlüğü kurmayı hedeflediğini savunmuştur⁴⁸⁷. Mahkeme ise öncelikle tıpkı SRP kararında olduğu gibi partinin ve benimsediği ideoloji olan komünizm ve Marksizm-Leninizm ideolojisinin Alman siyaset ve hukuk tarihindeki yerini incelemiştir⁴⁸⁸. Mahkeme, bir partinin kapatılabilmesi için o partinin özgürlükçü demokratik temel düzeni yıkmayı amaçlayan aktif saldırgan, agresif bir tutum içinde olmasını ve mevcut düzeni ortadan kaldıran sabit bir plana göre hareket etmesi gerekliliğini vurgulamıştır⁴⁸⁹. Buna göre mahkeme özellikle partinin programından, çeşitli yayın araçlarındaki demeçlerinden ve parti üyelerinin söylemlerinden partinin Marksist-leninst temelli şiddete dayalı bir devrim ve proleterya diktatörlüğü hedeflediği tespitinde bulunmuştur⁴⁹⁰. Mahkemeye göre söz konusu diktatörlük temel haklarla, çoğunluk sistemiyle, muhalafetle, hükümetin sorumluluğuyla ve kuvvetler ayrılığıyla kısaca özgürlükçü demokratik temel düzenle uyumlu değildir⁴⁹¹. Mahkeme için Marksist-Leninst temelli söz konusu devrimin gerçekleşme ihtimalinin, partinin bunu gerçekleştirme potansiyeli olup olmasının pek bir önemi yoktur⁴⁹². Nitekim mahkeme davalı partinin devrimin mevcut şartlar içerisinde gerçekleşme ihtimalinin söz konusu olamayacağı yönündeki itirazı reddetmiştir⁴⁹³. Tüm bu bilgiler ışığında Mahkeme partinin amaç, program ve üyelerinin söylem ve eylemlerinden yola çıkarak Marksist-Leninst bir ideolojiyi benimsediği ve özgürlükçü demokratik temel

⁴⁸⁶ Karar için bkz., BVerfGE, 5, 85, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, E.T. 07.03.2020; Kararın detaylı bir tahlili için bkz., Lameyer, *Streitbare Demokratie*, 28-41; Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin KPD hakkında verdiği kapatma kararı 308 sayfalık bir gerekçeden oluşmuştur. Bu Mahkeme tarihinin en uzun gerekçeli kararıdır. Bkz., Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 75; KPD'nin kapatılması davasının yaklaşık beş yıl sürdüğü ve o dönem hükümetin yoğun bir baskısının olduğu yönünde bkz., Peter Niesen, "Anti-extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties", *Annual of German and European Law*, (2003): 86.

⁴⁸⁷ BVerfGE, 5, 85, p. 101.

⁴⁸⁸ BVerfGE, 5, 85, p. 1-99.

⁴⁸⁹ BVerfGE, 5, 85, p. 251.

⁴⁹⁰ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 76; Sulejmanova, "Populism", 46.

⁴⁹¹ BVerfGE, 5, 85, p. 265 vd..

⁴⁹² Feisel, "Is the spectre", 6-7.

⁴⁹³ BVerfGE, 5, 85, p. 1443..

düzene düşman olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir⁴⁹⁴. Bu tespit kararıyla birlikte Mahkeme partinin kapatılmasına ve malvarlığına el konulmasına karar vermiş ve ikame örgütleri de yasaklamıştır⁴⁹⁵.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi her iki davada partilerin yasaklanmasına karar verirken partinin tarihine, önceki partilerle olan ilişkisine, liderlerin parti geneli üzerindeki etkisi ve önceki faşist ve komünist partilerle olan ilişkilerine dikkat etmiştir. Partinin iç örgütlenmesi, ideolojisi, programı, yapılan parti nutukları, parti liderlerinin eylem ve beyanları da mahkemenin incelediği diğer argümanlardır. Bu argümanlardan yola çıkarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi partilerin özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele içinde olduğunu tespit etmiştir. Her ne kadar doktrinde özellikle KPD kararı eleştirilse de⁴⁹⁶ söz konusu iki karar militan demokrasi anlayışının ilk uygulamaları olmaları açısından önemlidir.

Almanya’da verilen mezkur iki parti kapatma kararının yanısıra Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilen başvurular da olmuştur. Bunlardan ikisi *Freie Deutsche Arbeiterpartei* (FAP) ve *Nationale Liste* (NL) partilerine⁴⁹⁷ ilişkindir⁴⁹⁸. Her iki parti için 1993 yılında yapılan kapatma başvurusunda, mahkeme her iki partinin partiler kanunundaki şartları taşımadıklarını tespit etmiş ve dolayısıyla parti statüsünde olmadıkları gerekçesiyle 17 Kasım 1994 tarihinde başvuruyu reddetmiştir⁴⁹⁹. Dolayısıyla

⁴⁹⁴ BVerfGE, 5, 85, p. 1447.

⁴⁹⁵ BVerfGE, 5, 85, p. 1448 vd..

⁴⁹⁶ Eleştirilerin odak noktası partinin özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verecek boyutta bir parti olmaması ve bunun mahkemece dikkate alınmamasıdır. Bu yönde bkz., Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 77; Sulejmanova, “Populism”, 47; Gerçekten de parti 1953 yılında girdiği Federal Meclis (Bundestag) seçimlerinde yalnızca %2.2 oy almıştır. Kapatma davası açılmadan önce üye sayısı ise 120.000’lere kadar gerilemiştir. Bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 178; Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 53; Accetti and Zuckerman, “What’s Wrong”, 191.

⁴⁹⁷ FAP, 1991 yılında yaklaşık 150 üye ile kurulan ve girdiği seçimlerde %0,1’in altında oy alan bir partidir. NL ise sadece Hamburg şehrinde etkili olup 30 üyesi bulunan ve Hamburg seçimlerinde sadece 400 oy alabilen bir parti konumunda olmuştur. Bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 188.

⁴⁹⁸ Davalar hakkında bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 186-188; FAP hakkında açılan dava hakkında bkz., Wise, “Dissent and the Militant Democracy”, 312 vd..

⁴⁹⁹ Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 212-213; Thiel, “Germany”, 121-122; Markus Thiel, “Das Verbot verfassungswidriger Parteien”, in *Wehrhafte Demokratie*, hrsg., Markus Thiel, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 179; Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin FAP hakkında verdiği red kararı için bkz., BVerfGE 91, 276, <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv091276.html>, E.T. 07.02.2020; Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin NL hakkında verdiği red kararı için bkz., BVerfGE 91, 262, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091262.html>, E.T. 07.02.2020.

dernek statüsünde kabul edilen söz konusu iki örgüt daha sonra İçişleri Bakanlığı tarafından kapatılmıştır⁵⁰⁰.

Başka bir parti kapatma başvurusu 2001 yılında aşırı sağ parti *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD) hakkında yapılan ve 2003 yılında karara bağlanarak reddedilen başvurudur⁵⁰¹. Parlamentonun her iki kanadı federal meclis ve federal konsey ile federal hükümet 2001 yılında o dönem başta Türk, Yahudi ve Yunan kökenli vatandaşlara yönelik yapılan neo-nazi saldırılarıyla bağlantılı olduğu düşünülen söz konusu partinin kapatılması talebinde bulunmuştur⁵⁰². Başvuru gerekçesinde partinin amaç ve eylemleriyle özgürlükçü demokratik temel düzene zarar yıkmayı hedeflediği belirtilmiş ve bu sebeple hakkında anayasa aykırılık kararı verilmesi talep edilmiştir⁵⁰³. Ancak mahkeme yargılama esnasında parti içerisinde çok sayıda devlet istihbarat teşkilatı elemanı olduğunu ve elde edilen delillerin önemli kısmının bu elemanlardan elde edildiğini tespit ederek yargılamayı sonlandırmıştır⁵⁰⁴. Mahkeme, söz konusu istihbarat servisi elemanlarından elde edilen delillerle davalı partinin ideolojisinin anayasaya aykırı olup olmadığının sağlıklı bir değerlendirmesinin yapılamayacağını savunmuştur⁵⁰⁵.

Başka bir başvuru ise yine NPD'nin kapatılmasına yönelik olarak 2013 yılında Federal Konsey (Bundesrat) tarafından yapılan ve 2017 yılında karara bağlanıp reddedilen başvurudur⁵⁰⁶. Mahkemenin söz konusu kararı diğer red kararlarına nispeten önemlidir. Zira Anayasa Mahkemesi bu kararında parti kapatılması sürecini daha da zorlaştıracak bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme daha önce parti kapatmayla ilgili verdiği iki karardan farklı olarak söz konusu kararında bir partinin “anayasaya aykırı” ilan edilmesi ile partinin kapatılmasını birbirinden ayırmıştır. Mahkemeye göre bir parti özgürlükçü demokratik temel düzene düşman olur ve bu doğrultuda agresif, saldırgan bir

⁵⁰⁰ Thiel, “Das Verbot verfassungswidriger Parteien”, 179; Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 217.

⁵⁰¹ Karar için bkz., BVerfG, 2 BVB1/01, 2/01, 3/01, http://www.bverfg.de/entscheidungen/bs20030318_2bvb000101.html, Erişim Tarihi: 16.02.2020.

⁵⁰² Rensmann, “Procedural Fairness”, 1120; Müller, “Militant Democracy”, 1262; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 194; Feisel, “Is the spectre”, 7; Sulejmanova, “Populism”, 48.

⁵⁰³ BVerfG, 2 BVB1/01, 2/01, 3/01, p. 2.

⁵⁰⁴ BVerfG, 2 BVB1/01, 2/01, 3/01, p. 28; Söz konusu dava hakkında detaylı bilgi için bkz., Rensmann, “Procedural Fairness”, 1120 vd.; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 188 vd..

⁵⁰⁵ Gelijn Molier and Bastiaan Rijpkema, “Germany’s New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court’s ‘Potentiality’ Criterion for Party Bans”, *European Constitutional Law Review*, 14/2 (2018): 397; Feisel, “Is the spectre”, 7.

⁵⁰⁶ Karar için bkz., BVerfGE 144, 20, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv144020.html>, E.T. 05.04.2020.

tutum içerisinde bulunursa o parti hakkında m. 21/f.2 kapsamında anayasaya aykırılık kararı verilebilir. Ancak söz konusu partinin kapatılabilmesi için o partinin özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme veya onu kaldırma ya da Federal Almanya'nın varlığını tehdit etme amacına ulaşma şansı diğer bir ifadeyle potansiyeli var olmalıdır⁵⁰⁷. Dolayısıyla mahkemenin yeni içtihadına göre özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme veya onu kaldırma ya da Federal Almanya'nın varlığını tehdit etme eğiliminde olan ancak bunu gerçekleştirme şansı olmayan diğer ifadeyle bu potansiyele sahip olmayan partiler hakkında Anayasa Mahkemesi kapatma kararı vermeyecektir⁵⁰⁸. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre bir partinin kapatılabilmesi için gerekli olan potansiyel şartı tespit edilirken partinin üye sayıları ve finansal durumu; ayrıca seçim sonuçları, yayınlar, ittifaklar ve teşkilat yapısı ile toplum üzerindeki etkisi; kamu kurumlarında ve diğer temsili organlarda temsilcileri olup olmadığı; kullandığı araçlar ve stratejiler ve benzeri diğer tüm unsurların dikkate alınması gerektiğini savunmuştur⁵⁰⁹. Bu içtihatla birlikte Federal Alman Anayasa Mahkemesi SRP ve özellikle KPD kararlarında potansiyeli olmasa da demokratik düzene karşı olan partilerin kapatılabileceği yönündeki içtihadından vazgeçmiş ve özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme potansiyeli olmayan davalı parti NPD'nin anayasa aykırı olduğuna ancak kapatılmamasına hükmetmiştir⁵¹⁰. Böylece Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2 kapsamında anayasaya aykırı olan ancak potansiyeli olmayan ve hem anayasa aykırı hem de potansiyeli olan partiler olmak üzere iki türlü siyasi parti grubu ortaya çıkmıştır⁵¹¹. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma tedbirini oldukça sınırlandıran bu yaklaşımı doktrinde Almanya'nın yeni militan demokrasi anlayışı olarak ifade edilmiştir⁵¹².

2.3.1.3.2.2. Dernek Yasakları (m. 9/f.2)

Dernek yasakları Federal Almanya Anayasası m. 9/2'de hükme bağlanmıştır. Madde hükmü şu şekildedir: “Amaç ve etkinlikleri ceza yasalarına aykırı olan, Anayasa

⁵⁰⁷ BVerfGE 144, 20, p. 570.

⁵⁰⁸ Krüper, “Entscheidungsanmerkungs”, 368.

⁵⁰⁹ BVerfGE 144, 20, p. 587; Molier and Rijpkema, “Germany's New Militant Democracy Regime”, 397-398.

⁵¹⁰ BVerfGE 144, 20, p. 1000; Söz konusu red kararı ve sonuçları hakkında bkz., Molier and Rijpkema, 394-409; Feisel, “Is the spectre”, 9 vd..

⁵¹¹ Molier and Rijpkema, “Germany's New Militant Democracy Regime”, 405-406.

⁵¹² Molier and Rijpkema, “Germany's New Militant Democracy Regime”, 394-409.

düzenine veya halkların anlaşması düşüncesine karşı yönelen dernekler yasaktır.”⁵¹³. Maddenin ilk fıkrası dernek kurma hakkını anayasal bir hak olarak düzenlemektedir. İkinci fıkrada ise amaç ve etkinlikleri ceza yasalarına aykırı olan, anayasa düzenine veya halkların anlaşması düşüncesine⁵¹⁴ karşı olan derneklerin yasak olduğu düzenlenmektedir. Bu düzenlemeyle derneklerin faaliyet alanı oldukça daraltılmış bir yandan cezai nitelikteki eylemleri bir yandan anayasal düzene karşı cezai olmayan eylemleri yasak kapsamına alınmıştır. Militan demokrasi anlayışı çerçevesinde düzenlemeye bakıldığında korunan değer özgürlükçü demokratik temel düzen olarak değil “anayasal düzen” olarak ifade edilmiştir. Anayasal düzenin demokratik düzeni de için alan kapsayıcı bir düzen olduğu ve militan demokrasi anlayışının sadece bu düzenin bir parçası olan demokratik düzeni koruduğu yukarıda söylenmişti. Dolayısıyla Federal Almanya Anayasası m. 9/2’de siyasi parti yasaklarının aksine sadece militan demokrasi anlayışı kapsamında değil onu da aşan bir koruma alanı söz konusudur. Bir derneğin anayasal düzene aykırılığı nedeniyle kapatılabilmesi için tıpkı siyasi partiler gibi anayasal düzene “aktif mücadeleci, saldırgan bir tutum” içerisinde olması gerekmektedir⁵¹⁵.

Söz konusu bu madde ile anayasal bir hak olarak verilen dernek kurma hakkının devletin demokratik yapısına ya da demokratik kurumlarına zarar vermeye ya da onları kaldırmaya yönelik kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Madde hükmünde anayasal düzene aykırı derneklerin yasak olduğu vurgulanmış konunun detay ve uygulaması kanun koyucuya bırakılmıştır. Bu bağlamda 5 Ağustos 1964 yılında yürürlüğe giren bir dernekler yasası mevcuttur⁵¹⁶. Söz konusu dernek yasasının m. 3/f.2

⁵¹³ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

⁵¹⁴ Halkların anlaşması düşüncesi kavramının Alman Anayasası m. 26/f.1’de somutlaştırıldığı yönünde bkz., Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 152; Alman Anayasası m. 26/f.1 hükmü şu şekildedir: “Halkların bir arada barış içinde yaşamalarını engellemek, özellikle bir saldırı savaşını hazırlamak eğilimindeki eylemler ve bu amaçla yapılan hareketler, Anayasaya aykırıdır. Bu eylemlerin cezalandırılması öngörülür.”. Bkz. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

⁵¹⁵ Volker Epping, *Grundrechte* (Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2015), 428; Klamt, *Die Europäische Union*, 174; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 353; BVerwG 1 A 3.80, p. 40, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/003cd271-deae-4f6e-8487-d67e0111a030>, Erişim Tarihi: 05.03.2020.

⁵¹⁶ Yasanın Almanca metnine erişmek için bkz., Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz), <https://www.gesetze-im-internet.de/vereinsg/BJNR005930964.html>, Erişim Tarihi: 06.03.2020.

hükmüne göre anayasal düzene aykırı derneklerin İçişleri Bakanlığı veya eyaletlerde eyaletlerce görevlendirilen makamlar tarafından kapatılabileceği düzenlenmektedir.

Uygulamada derneklerin kapatılmasına sıkça başvurulmuştur. Federal Almanya Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana beş yüzden fazla dernek aşırılıkçı olduğu gerekçesiyle kapatılmıştır⁵¹⁷. Dernek yasakları özellikle Federal Almanya'nın ilk yıllarında sıkça uygulanmıştır. Uygulama yasası olan dernekler kanununun yürürlüğe girdiği 1964 yılından önce 327 dernek yasaklanmıştır⁵¹⁸. 1964 ila 1990 yılları arasında on yedi dernek yasaklanırken⁵¹⁹, 1990 yılından 2020 yılına sadece İçişleri Bakanlığı tarafından 163 dernek kapatılmıştır⁵²⁰. Kapatılan bu dernekler arasında aşırı sağ, aşırı sol, yabancı kaynaklı aşırılıkçılar, din kökenli aşırılıkçı dernekler gibi özgürlükçü demokratik temel düzene düşman dernekler bulunmaktadır⁵²¹. Örneğin, 2020 yılında kapatılan "Combat 18 Deutschland" ve "Nordadler" adlı neo-nazi iki dernek anayasa ve demokrasi karşıtı yapılanmaları ve eylemleri nedeniyle kapatılmıştır⁵²².

Dernek yasakları Alman Anayasa düzeninde demokrasi düşmanlarına karşı kullanılan en aktif araçtır. Sadece İçişleri Bakanlığı'nın değil yetkili eyalet makamlarının

⁵¹⁷ Müller, "Individual", 25; Klamt, *Die Europäische Union*, 174.

⁵¹⁸ Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 153-154; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 220.

⁵¹⁹ Flümann, *Streitbare Demokratie*, 221.

⁵²⁰ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, "Vereinsverbote", <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/extremismus/vereinsverbote/vereinsverbote-artikel.html>, Erişim Tarihi: 06.05.2020.

⁵²¹ 1990 yılından 2020 Ocak ayına kadar İçişleri Bakanlığı tarafından kapatılan 163 dernekten 20'si aşırı sağ derneklerdir. Çoğunlukla neo-nazi örgütlenmeler şeklinde ortaya çıkan bu dernekler, nasyonal sosyalizmi benimseyen, anti-semitik, ırkçı, yabancı ve demokrasi düşmanı derneklerdir. Örnek olarak 23 Ocak 2020 tarihinde kapatılan "Combat 18 Deutschland" derneği ile 23 Haziran 2020 tarihinde kapatılan "Nordadler" derneği gösterilebilir. İçişleri Bakanlığı tarafından kapatılan 163 dernekten 1'i aşırı sol ideoloji benimseyen ve 2017 yılında kapatılan "linksunten.indymedia" adlı yapılanmadır. Bu İçişleri Bakanlığı tarafından kapatılan ilk sol dernektir. Kapatılan 163 dernekten 14'ü ise radikal dinci derneklere ilişkindir. 2016 yılında kapatılan "Die wahre Religion (DWR)" adlı dernek bu noktada örnek gösterilebilir. Kapatılan 163 dernekten 93'ü ise yabancı kaynaklı aşırılıkçı derneklere ilişkindir. Özellikle 1993 yılından beri Almanya'da yasaklı olan terör örgütü PKK ile ilişkili dernekler bu noktada ön plana çıkmaktadır. Örneğin, "Mezopotamien Verlag und Vertrieb GmbH" adlı yapılanma PKK ile bağlantılı olduğu gerekçesiyle 12 Şubat 2019 tarihinde kapatılmıştır. Kapatılan 163 dernekten 33 dernek ceza kanunlara aykırı hareket etmekten kalan 2 dernek ise özel nedenlerden dolayı kapatılmıştır. Federal Almanya'da 1990 ila 2020 yılları arasında İçişleri Bakanlığı tarafından kapatılan dernekler hakkında bkz., Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, "Vereinsverbote", <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/extremismus/vereinsverbote/vereinsverbote-artikel.html>, Erişim Tarihi: 06.05.2020; Almanya'da aşırı sol grupların dernekler altında çok fazla örgütlenmediği dolayısıyla kapatılan dernekler arasında aşırı sol derneklere rastlanmadığı yönünde bkz., Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 157.

⁵²² Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, "Vereinsverbote".

da kapattığı birçok siyasi dernek bulunmaktadır. Dernek yasaklarının bu kadar sık uygulanabilmesinde hiç şüphesiz mahkemeler yerine idari makamların yetkili olması ve takip edilmesi gereken bir prosedürün olmaması etkili olmuştur⁵²³. Ancak söz konusu yasağın bu kadar sık uygulanmış olması doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır⁵²⁴. Daha çok idareye verilen yetkinin kötüye kullanılması tehlikesi bu eleştirilerin odağı olmuştur. Ancak tüm bu eleştirilere rağmen dernek yasakları uygulamada en azından kısa vadede etkili sonuçlar doğurmuştur⁵²⁵.

2.3.1.3.3. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi (m. 18)

Federal Almanya Anayasası m. 18, temel hakların etkisizleştirilmesini düzenlemektedir. Hükme göre, temel hakları özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanan kişilerin o temel haklarının Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından etkisizleştirileceği düzenlenmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek etkisizleştirilme kararıyla kişi artık etkisizleşen temel haklar için idarenin olası müdahalelerine açık hale gelecek, anayasal güvencelere dayanamayacaktır. Federal Almanya Anayasası'nda düzenlenen bu kurumla bireylerin demokratik düzenin kendisine verdiği hak ve yetkileri kötüye kullanması engellenmeye çalışılmaktadır. Burada amaç Hitler gibi figürlerin demokratik arenada yeniden yükselmesinin engellenmesidir. Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu üçüncü bölümde detaylı olarak incelenecektir.

2.3.1.4. Değerlendirme

Federal Almanya Anayasası'nın hazırlanış sürecinde Weimar Cumhuriyeti ve özellikle Weimar Anayasası döneminden kalan acı tecrübeler önemli rol oynamış⁵²⁶ ve

⁵²³ Papier und Durner, "Streitbare Demokratie", 353.

⁵²⁴ Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 154-155; Bu noktada gerçekten demokrasi düşmanı olmadığı halde kamuyou baskısıyla kapatılan derneklerin olduğu, aşırı sol derneklere karşı dernek yasaklarının uygulanmadığı ve dernek yasaklarına ilişkin kararların genellikle yeterli gerekçeden yoksun olduğu ileri dile getirilen eleştiri konularıdır. Bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 223.

⁵²⁵ Flümann, *Streitbare Demokratie*, 222.

⁵²⁶ Groh, "Zwischen Skylla", 425-426; Maftan, "Fighting Fire" haller, 106; Paulien Elsbeth Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR – The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights* (Cambridge: Intersentia, 2016), 185, 187; Jasper, "Der Geist von Weimar", 147-148; Tyulkina, "Militant Democracy", 98; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 66; Fox and Nolte, "Intolerant Democracies", 32; Feisel, "Is the spectre", 5; Weimar Anayasası'nın Alman Anayasacılığında negatif olarak kilit rol üstlendiği yönünde bkz., Caldwell, *Popular Sovereignty*, 1; Benzer yönde bkz., Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 3, 22.

Federal Almanya Anayasası Weimar Anayasası'na özellikle değer göreceli demokrasi anlayışına bir tepki anayasası olarak ortaya çıkmıştır⁵²⁷. Yeni Federal Almanya Anayasası hazırlanırken bu anayasanın kuracağı demokratik düzenin tekrar bir Weimar faciasına dönüşecek yapıda olmaması amaçlanmıştır⁵²⁸. Bu kapsamda Loewenstein'in teorik çerçevesini çizdiği militan demokrasi anlayışı yeni anayasada demokrasiyi koruyan anayasal düzenlemelerle hayat bulmuştur.

Federal Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının araçlarından biri olan temel hakların etkisizleştirilmesi hükmünün (m. 18) gerekçesinde militan demokrasi anlayışı "... Hiç şüphe yok ki bu noktada dikkatsiz olan her demokrasi intihara meyilli olma tehlikesi içindedir" ifadesiyle savunulmuştur⁵²⁹. Federal Almanya Anayasası'nın kurucu babalarından biri olan hukukçu akademisyen *Carlo Schmid* ise 1949 yılında anayasanın benimsediği demokrasi anlayışı ile ilgili olarak şunları söylemiştir⁵³⁰: "Yeni Alman demokrasisi, ona zarar vermek için ihtiyaç duyulan silahları artık düşmanlarına

⁵²⁷ Klamt, "Militant Democracy", 137; Lameyer, *Streitbare Demokratie*, 20; Bulla, "Die Lehre von der streitbaren Demokratie", 341, 346; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 63; Ernst Friedrich Haller, "Grundrechtsverwirkung und Zuständigkeitsmonopol des Bundesverfassungsgerichts" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eberhard-Karls Universität, 1963), 4; Grundgesetz'in bir "karşı anayasa" olduğu yönünde bkz., Capoccia, "Militant Democracy", 212; Gusy, "Die freiheitliche demokratische Grundordnung", 283; Andreas Rödder, "Nähe und Ferne der Vergangenheit – Zur politischen Kultur der Weimarer Republik Kommentar, in *Weimar und die deutsche Verfassung - zur Geschichte und Aktualität von 1919*, hrsg., Andreas Rödder, (Stuttgart: Klett-Cotta, 1999), 68; Weimar Anayasası Grundgesetz'in anlaşılamayacağı yönünde bkz., Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung*, 22.

⁵²⁸ Sontheimer, "Das Jahrhundert des Faschismus", 73; Fabian Wittreck, "Artikel 18 – Grundrechtsverwirkung", in *Grundgesetz Kommentar Band 1*, hrsg., Horst Dreier, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), 1686; Sakaguchi, "Japan", 224; Nitekim Alman Anayasası'yla ilgili yapılan meclis görüşmelerinde anayasanın kurucu babalarından olan hukukçu *Carlo Schmid*, Weimar Cumhuriyeti döneminde Nazilere davranıldığı gibi mi davranmalıyız sorusunu sormuş ve akabinde "kendisini ortadan kaldıracak gerekli koşulları yaratmanın demokrasi kavramının bir parçası olmadığını düşünüyorum." yorumunda bulunmuştur. Söz konusu ifadeler ve meclisteki konuyla ilgili diğer görüşler için bkz., Groh, "Zwischen Skylla", 434-435; Ünlü Alman hukukçu Jellinek Almanya'nın geçmişe dönük tepkiselliğini şu şekilde vurgulamaktadır: "... Bonner Anayasası'nı onun geçmişe karşı polemik uçlarıyla değerlendirmek bana daha doğru geliyor. Yürürlükteki Almanya Anayasası Weimar Anayasası'nın sıkıntılarının tekrarlanmasını engellenmek istemiştir ve Weimar Anayasası'na karşı yapılan bu bilinçli karşıtlık, bana göre en önemli yorum araçlarından biri ...", Bkz., Walter Jellinek, "Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz", *VVDStRL*, (1950): 5; Alman Anayasası'nın (Grundgesetz) Weimar Anayasası'nın bilinçli bir reddi olduğu yönünde bkz., Gusy, "Die freiheitliche demokratische Grundordnung", 280.

⁵²⁹ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten Konferenz der Westlichen Besatzungszonen, "Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948", (München: Richard Pflaum Verlag, 1948), 22; Seiters, "Art. 18", 1191-1192; Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 1.

⁵³⁰ Carlo Schmid, "Die politische und staatsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland", *Die öffentliche Verwaltung*, V.2, 1949, 203 (Aktaran: Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 752; Groh, "Zwischen Skylla", 449).

vermeyecektir.”. Sonuç olarak Almanya’nın yeni anayasası Weimar Anayasası’nda olduğu gibi demokrasi düşmanlarına karşı sessiz değil tam aksine agresif, mücadelecî yani militandır⁵³¹.

Diğer taraftan Federal Almanya Anayasası militan demokrasi anlayışının doğduğu anayasadır⁵³². Bu sebeple doktrinde zaman zaman militan demokrasi anlayışı, Federal Almanya Anayasası’yla özdeşleştirilmektedir. Hatta bu anlayışın bir “Alman geleneği” ya da “Alman problemi” olduğu dile getirilmektedir⁵³³. Militan demokrasi anlayışının Federal Almanya Anayasasıyla doğuşu ile birlikte Federal Almanya Anayasası evrensel militan demokrasi anlayışı için bir prototip (arketip) haline gelmiştir⁵³⁴.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi de militan demokrasi anlayışının Federal Almanya Anayasası kapsamında varlığını kabul etmiştir. Mahkeme meşhur KPD kararında siyasi parti yasağının (m. 21/2) ne derece siyasi ifade hürriyeti ve liberal demokratik bir anayasayla bağdaşacağını sorgulamış akabinde ise militan demokrasi anlayışının bu noktadaki önemine değinmiştir⁵³⁵. Mahkemeye göre siyasi parti yasağı anayasa koyucunun demokratik özgür bir devletin sınır problemini çözen bilinçli bir ifadesidir ve militan demokrasi anlayışının kabulüdür⁵³⁶. Mahkeme siyasi parti yasağı ve dolayısıyla militan demokrasi anlayışını tüm siyasi partilere saf bir şekilde eşit yaklaşılamayacağını farkına varan anayasacılık tecrübesinin bir yansıması olarak

⁵³¹ Rensmann, “Procedural Fairness”, 117; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 13; Grundgesetz’in Weimar Anayasası’ndan başta militan yapıda olması olmak üzere ayrılan yönleri nedeniyle “Bonn, Weimar değildir” vecizesi sıkça kullanılmaktadır. Bkz., Rödder, “Nähe und Ferne”, 68; Grundgesetz ile benimsenen militan demokrasi anlayışının belirli bir anayasal tarihe, savaş öncesi Weimar Cumhuriyeti’nin savunmasızlığına ve totaliter bir siyasi hareketin elindeki çöküşüne, savaş sonrası bir tepki olduğu yönünde bkz., Teitel, “Militating Democracy”, 62.

⁵³² Thiel, *Militant Democracy*, 383; Tyulkina, “Australian Constitutional Law”, 521; Doktrinde Alman Anayasası için militan demokrasi anlayışının “beşiği (cradle)” ifadesi kullanılmaktadır., Bu yönde bkz., Thiel, *Militant Democracy*, 8; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 17; Tyulkina, “Inherent Democratic Quality”, 230-231; Almanya’nın militan demokrasi anlayışının “yuvası” olduğu yönünde bkz., Accetti and Zuckerman, “What’s Wrong”, 190.

⁵³³ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 14, 25; Thiel, “Germany”, 109; Sulejmanova, “Populism”, 42; Klamt, “Militant Democracy”, 154.

⁵³⁴ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 185; Thiel, “Comperative Aspects”, 383; Feisel, “Is the spectre”, 2.

⁵³⁵ BVerfGE, 5, 85, p. 243-247; Federal Alman Anayasa Mahkemesi militan demokrasi anlayışını “streitbare demokratie” kavramıyla ilk defa bu kararında zikretmiştir. Bkz., BVerfGE 5, 85, p. 246.

⁵³⁶ BVerfGE, 5, 85, p. 246.

değerlendirmiştir⁵³⁷. Mahkemeye göre militan demokrasi anayasal bir ilkedir ve bu ilke Anayasa Mahkemesi için bağlayıcıdır⁵³⁸.

Federal Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının araçlarından ilki m. 79'da düzenlenen değiştirilemez maddeler hükmüdür. Söz konusu hükümde demokratik devlet ilkesinin ve insan onurunu düzenleyen ilk madde hükmünün değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Böylece Federal Almanya Anayasası, Weimar Anayasası gibi değerlere tarafsız yaklaşmamış ve anayasa değişikliği kapsamına üstün bir değer olarak demokratik düzenin değiştirilmesini dahil etmemiştir. Böylece Hitler'in anayasa değişikliği ile nihayete erdiği demokrasi tecrübesi Federal Almanya Anayasası'na yol göstermiştir. Özellikle Alman hukukçu Schmitt'in o dönem dile getirdiği ancak anayasada karşılığı olmayan değiştirilemez ilkelerin varlığına dair yaklaşım bu anayasa ile birlikte somut bir görünüm kazanmıştır. Bu yönüyle değiştirilemez madde hükmü Federal Almanya Anayasası'nda benimsenen militan demokrasi anlayışı açısından önemli bir düzenlemedir. Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada geçmişten günümüze değiştirilemez maddelerin kapsamına girecek herhangi bir anayasa değişikliği teşebbüsü söz konusu olmamıştır.

Federal Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının araçlarından bir diğeri 21. Maddede düzenlenen siyasi parti yasaklarıdır. Anayasanın öngördüğü demokratik düzene aykırı hareket eden partiler hakkında anayasaya aykırılık kararı verilebileceğini düzenleyen söz konusu hüküm günümüz demokrasiler için vazgeçilmez nitelikte olan siyasi partilere yönelik olmasıyla ayrı bir önem arz etmektedir. Söz konusu hüküm kapsamında anayasanın yürürlüğe girdiği 1949 yılından bu yana sadece altı parti için kapatma davası açılmış bunlardan sadece ikisi için kapatma kararı verilmiştir. Açılan davalar ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar gözlemlendiğinde militan demokrasi anlayışının bir aracı olarak siyasi parti yasağının tatbikinde farklılık gösteren bir seyir izlendiği görülmektedir. Mahkemenin vermiş olduğu iki kapatma kararı henüz İkinci Dünya Savaşı'nın etkilerinin devam ettiği bir dönemde verilmiş olup daha çok tepkisel niteliktedir. Kapatılan iki partiye bakıldığında biri Nazilerle organik

⁵³⁷ BVerfGE, 5, 85, p. 246; Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin başka bir kararında benzer şekilde militan demokrasi anlayışının Weimar Cumhuriyeti'nden kalan acı tecrübeler ışığında teşekkül ettiği yönünde bkz., BVerfGE, 39, 334, p. 96, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039334.html>, E.T. 07.03.2020.

⁵³⁸ BVerfGE, 5, 85, p. 246.

bağlantısı açık olan SRP diğer ise o dönem gittikçe güçlenen Sovyet Rusya'nın güdümünde olduğu kabul edilen KPD partilerine ilişkindir. Nazilerle ilişkisi olduğu tespit edilen SRP'nin kapatılması Alman Anayasa Hukuku doktrininde isabetli görülse de, salt komünizm ideolojisini benimsediği ve özgürlükçü demokratik temel düzene karşı somut eylemleri olmasa da aktif saldırgan, agresif bir tutum sergilediği için hakkında dava açılan ve o dönem seçimlerde çok düşük oylar olan KPD'nin kapatılması eleştiri konusu olmuştur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin iki kapatma kararında da partilerin demokratik düzene aykırılıklarını çok çeşitli boyutlardan ortaya koymaya çalışmıştır. Buna göre mahkeme partilerin partilerin programlarını, eğitimlerini, teşkilatlanmalarını, kullandıkları sembol, alamet ve materyalleri, üyelerin söylem ve eylemlerini tafsilatlı bir şekilde inceleme konusu yapmıştır. Her ne kadar mahkeme bu kararlarında söz konusu partilerin demokratik düzene zarar verebilme potansiyellerinin olup olmadığını incelemese de kapatma gerekçesini çok sağlam temellere oturtmak istemiştir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2017 yılına gelindiğinde ise NPD hakkında açılan davada bir partinin kapatılabilmesi için o partinin özgürlükçü demokratik temel düzene gerçekten zarar verebilecek potansiyelde olabilmesini aramıştır. Diğer bir ifadeyle Federal Alman Anayasa Mahkemesi için örneğin seçimlerde oldukça az oy alan bir parti ne kadar özgürlükçü demokratik temel düzene aykırı hareket etse de artık kapatılamayacaktır. Mahkeme bu kararında özgürlükçü demokratik düzene hareket eden davalı partiyi anayasaya aykırı olarak ilan etmiş ancak potansiyeli olmadığından kapatılmasına karar vermemiştir. Dolayısıyla mahkeme anayasa m. 21/f.2 hükmünde partiler hakkında verilecek “anayasaya aykırılık” kararını kapatma kararıyla eşdeğer görmemiştir. Almanya'da siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştıran bu içtihat doktrinde Almanya'nın yeni militan demokrasi anlayışı olarak lanse edilmiştir.

Federal Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının bir diğer aracı yasağı dernek yasaklarıdır. Dernek yasaklarında yetki idari mercilere aittir. Dolayısıyla uygulamada yüzlerce dernek anayasal düzene aykırı olduğu gerekçesiyle kapatılmıştır. Derneklerin kapatılabilmesi için derneklerin demokratik düzenden daha geniş bir kavram olan anayasal düzene aykırı hareket etmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla kapatılan derneklerin her zaman militan demokrasi anlayışı kapsamında olduğu söylenemez. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki derneklerin kapatılmasının idarenin yetkisinde olması her ne kadar bu yetkinin etkin kullanılması sonucunu doğursa da beraberinde yetkinin kötüye

kullanılması riskini doğuracaktır. Derneklerin kapatılmasının idari mercilere verilmesi buna karşılık siyasi partilerin kapatılması için anayasa mahkemesinin yetkili kılınması uygulamanın da gösterdiği üzere siyasi partileri daha güvenceli bir konuma getirmektedir.

Federal Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının bir diğer aracı Temel Hakların Etkisizleştirilmesidir. Sadece Federal Almanya Anayasası'na özgü olan bu araçta özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele eden bireylerin ilgili temel hakları etkisizleştirilerek anayasal güvenceden yoksun bırakılmaktadır. Bu düzenleme diğer yasakların aksine siyasi örgütlenmelere değil doğrudan bireye yöneliktir. Söz konusu bu düzenleme çalışmanın üçüncü bölümünde etraflıca incelenmiştir.

Sonuç olarak Federal Almanya Anayasası militan demokrasi anlayışının doğduğu anayasa olmasının yanısıra söz konusu anlayışın tüm araçlarına (değiştirilemez maddeler, örgütlenme yasakları, temel hakların etkisizleştirilmesi) sahip, katı olarak nitelendirilebilecek bir militan demokrasi anlayışına sahip anayasadır. Her ne kadar söz konusu araçların uygulaması noktasında farklılıklar söz konusu olsa da Federal Almanya Anayasası militan demokrasi anlayışı teori ve uygulamasında ayrı bir yere ve öneme sahiptir.

2.3.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

2.3.2.1. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti'nin şu an yürürlükte olan anayasası tıpkı selefi 1961 Anayasası gibi bir darbe anayasasıdır. 1982 Anayasası olarak da bilinen bu anayasa 12 Eylül 1980 tarihinde yapılan askeri darbe sonrasında hazırlanmıştır. Her ne kadar bir darbe anayasası olsa da mevcut haliyle anayasa demokrasiyi benimseyen ve demokratik kurumları bünyesinde barındıran bir anayasa formundadır.

İlk olarak anayasanın başlangıç kısmında hiçbir kişi ve kuruluşun, *“bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı”* vurgulanmış ve anayasanın Türk Milleti tarafından, *“demokrasiye âşık Türk evlatlarının”* vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi edildiği belirtilmiştir. Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğunu düzenleyen ilk maddenin akabinde anayasanın 2. maddesi *“Türkiye Cumhuriyeti ... demokratik ... bir devlettir”* hükmünü içermektedir. Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen anayasanın 5. maddesinde devletin temel görevleri arasında *“demokrasiyi korumak”* görevi de sayılmıştır. Bu hükmü takip eden 6. maddede

ise egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu düzenlenerek demokrasinin benimsendiği bir kez daha vurgulanmıştır. Diğer taraftan anayasada detaylı bir temel haklar kataloğu benimsenip teminat altına alınmıştır. Bunlar dışında anayasanın muhtelif yerlerinde demokratik düzenle ilişkilendirilebilecek birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelerle birlikte T.C. Anayasası demokrasiyi bir değer olarak benimsemiş ve demokratik bir düzen kurmuştur⁵³⁹.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında T.C. Anayasası'nda militan demokrasi anlayışı araçlarının varlığı ve bunların demokratik düzeni koruyup korumadığı konuları incelenecektir.

2.3.2.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü

T.C. Anayasası'nın 4. maddesinde değiştirilemez maddeler hükümü yer almaktadır. Söz konusu hükme göre devletin şeklini düzenleyen 1. madde, Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. madde, Devletin bütünlüğünü, resmî dilini, bayrağını, millî marşını ve başkentini düzenleyen 3. madde hükümü değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez⁵⁴⁰. Değiştirilmesi yasaklanan bu hükümler arasında Türkiye'nin devlet şeklinin Cumhuriyet olduğunu düzenleyen 1. madde hükümü ile Cumhuriyetin demokratik bir devlet olduğunu düzenleyen 2. madde hükümü de yer almaktadır. Böylece asli kurucu iktidarın, tali kurucu iktidarın anayasal demokratik düzeni ortadan kaldırmasını engellemeyi hedeflediği söylenebilir. Tali kurucu iktidar anayasa değişikliği için gerekli olan 175. maddedeki usul ve şekil şartlarını yerine getirirse dahi demokratik düzeni

⁵³⁹ T.C. Anayasası'nın kurduğu demokratik düzen ve anayasada bu düzenin unsurları olarak yer alan düzenlemeler için bkz., Recai Akyel, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukusal Konumları ve Denetimleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6/12 (2018): 121-125.

⁵⁴⁰ Değiştirilemez maddeler hükümü bir önceki 1961 Anayasası'nda da mevcuttu ancak sadece devletin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilemeyeceği kabul edilmişti. 1982 Anayasası bu listeyi biraz daha genişleterek kabul etmiştir; T.C. Anayasası'nın hazırlanış sürecinde kurucu meclisin sivil kanadı olan Danışma Meclisinde kabul edilen anayasa taslağında tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi sadece devletin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilemez madde olduğu kabul edilmişti. Ancak söz konusu madde tasarısı, anayasa taslağı üzerinde nihai söz sahibi olan kurucu meclisin askeri kanadı olan Milli Güvenlik Konseyi tarafından değiştirilmiş ve metin nihai haline getirilmiştir. Neden böyle bir değişiklik yapıldığına dair bir gerekçe konseyin anayasa taslağı raporlarında belirtilmemiştir. Danışma Meclisinin tasarısı ve Milli Güvenlik Konseyi'nin Danışma Meclisinin tasarısı üzerinde yaptığı değişiklikler ve gerekçeleri için bkz., Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019), 22-23.

değiştirecek düzenlemeler yapamayacaktır⁵⁴¹. Sonuç olarak değiştirilemez madde hükmü ile demokratik düzenin koruma altına alındığı söylenmelidir.

2.3.2.3. Örgütlenme Yasakları

2.3.2.3.1. Siyasi Parti Yasakları

2.3.2.3.1.1. Genel Olarak

Modern demokrasilerin esaslı unsuru olan siyasi partiler günümüzde birçok demokratik hukuk düzeninde olduğu gibi Türk hukuk düzeninde de anayasal statüye sahiptir. Anayasanın 68. maddesinde siyasi parti kurma, partilere üye olma ve partiden ayrılma hürriyeti düzenlenmiştir. Anayasa m. 68/f.3'te siyasi partilerin önceden izin alınmaksızın kurulacağı hükme bağlanmıştır. Derneklerden ayrı olarak siyasi partilerin anayasada düzenlenip güvence altına alınması anayasa ile kurulan demokratik düzen içerisinde siyasi partilere verilen önemi göstermektedir⁵⁴².

T.C. Anayasası'nda siyasi partilerle ilgili olarak sadece siyasi partilerin kurulması ya da siyasi partilere üyelik hususu değil aynı zamanda siyasi partilerin demokratik düzeni korumak amacıyla kapatılabileceği de düzenlenmektedir. Siyasi partilerin kapatılması kurumu esas olarak anayasanın 68 ve 69. maddelerinde ihdas edilmiştir. Anayasa m. 69/f.11'e göre parti kapatmanın detay ve usulleri ise yasa koyucuya bırakılmıştır⁵⁴³.

Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin düzenlemeler anayasanın 68 ve 69. maddelerinde karışık bir şekilde tanzim edilmiştir⁵⁴⁴. Söz konusu maddelerde yer alan düzenlemeler ışığında bir siyasi partinin kapatılabilmesi ancak *siyasi partinin tüzük ve*

⁵⁴¹ Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus anayasada ilk 3 maddenin değiştirilemeyeceğini düzenleyen 4. maddenin kendisini koruma altına almamış olmasıdır. Bu durum beraberinde 4. maddenin kaldırılıp sonrasında ilk 3 maddenin kaldırılabilmesi ihtimalini gündeme getirmektedir. Türk anayasa hukuku doktrinde konuyla ilgili olarak farklı görüşler bulunsada Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında 4. maddenin de doğal olarak koruma kapsamında olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Bkz., AnyMahk. (Norm Denetimi), E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.6.2008; Türk Anayasa Hukuku kapsamında değiştirilemez maddeler hükmüyle ilgili detaylı bilgi için bkz., Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013), 262-271; Akif Tögel, "Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye'nin Yeni Anayasası için Öneriler", *TAAD*, 7/27 (2016): 761-765.

⁵⁴² Akyel, "Türkiye'de Siyasi Partilerin", 117-118; Nitekim Anayasa m. 68/2'de "Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır." hükmü yer almaktadır.

⁵⁴³ Anayasanın bu hükmü doğrultusunda 24.04.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu (SPK) yürürlüğe girmiştir.

⁵⁴⁴ Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 191.

programının anayasa m. 68/4'e aykırı olması (m. 69/5), siyasi partinin eylemlerinin m. 68/4'e aykırı olması (m. 69/6), ve siyasi partinin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması (m. 69/10) durumlarında mümkündür. Söz konusu maddelerde partilerin tüzük ve program ile eylemlerinin m. 68/4'e aykırı olması durumunda kapatılacağı düzenlenmektedir. Anayasa m. 68/4'te siyasi partilere karşı korunan birtakım değerler bulunmaktadır. Madde hükmü şu şekildedir: "Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez." Madde metninde siyasi partilere karşı koruma altına alınan değerler olarak bir dizi ilke sıralanmış, ihlal edilmemesi gereken bir ilkeler (değerler) kataloğu oluşturulmuştur. Ancak söz konusu bu ilkelerin anlaşılır bir şekilde ihdas edildiğini söylemek güçtür⁵⁴⁵. Zira ilkelerin bir kısmı zaten diğer ilkelerin kapsamına girecek türde olup, ayrıyeten zikredilerek tekrara gidilmiştir. Bu sebeple doktrinde söz konusu bu değerler listesi üç ana ilke etrafında toplanmaktadır. Bunlar demokratik devlet ilkesi⁵⁴⁶, laik devlet ilkesi ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü⁵⁴⁷ ilkesidir⁵⁴⁸. Siyasi partilerin tüzük-programları ya da eylemleri bu ilkelerden en az birini ihlal ettiğinde (eylemler için odak şartıyla birlikte) o parti kapatılabilecektir. Oldukça soyut olan bu ilkelerin Anayasada herhangi bir tanımı söz konusu değildir. Bu ilkeler

⁵⁴⁵ Söz konusu düzenleme Alman Anayasası m. 21 hükmüne benzer şekilde özlü ve tekrarlardan uzak tek bir cümleyle ifade edilebilirdi. Bu yönde bkz., Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 192-193; Nitekim bir önceki T.C. Anayasası (1961 Anayasası) m. 57'de siyasi partilerin kapatılmasını oldukça anlaşılır bir şekilde şöyle düzenlenmiştir: "Siyasi partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır."

⁵⁴⁶ İnsan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine aykırı olmama, sınıf ve zümre egemenliği veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunma ve yerleştirmeyi amaçlamama ve suç işlemeyi teşvik etmeme gibi hususlar hâlihazırda demokrasinin birer gereğidir. Ayrı birer unsur olarak zikredilmesi gereksizdir. Bu yönde bkz., Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 199.

⁵⁴⁷ Devletin bağımsızlığı ilkesi aşağıda görüleceği üzere devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin uluslararası yönüne bakan bir ilke olarak kabul edildiğinden devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi altında yer verilmiştir.

⁵⁴⁸ Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 199; Doktrinde Perinçek, sınıf veya zümre diktatörlüğünü savunmamak veya yerleştirmemek ilkesini ayrı bir ilke olarak ele almış ve dörtlü bir sınıflandırma yapmıştır. Bkz., Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 192-193.

çkarılacak kanunlarla veya Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla somutlaştırılacak, siyasi parti kapatma davalarında uygulanabilir hale gelecektir.

Siyasi partilerin anayasada düzenlenmesine paralel olarak kapatılmasının da Anayasada hüküm altına alınması siyasi partileri için önemli bir teminatır⁵⁴⁹. Zira Anayasanın 68 ve 69. maddelerinde düzenlenen kapatma halleri tahdidi bir şekilde sayılmıştır. Dolayısıyla bu kapatma halleri dışında farklı gerekçelerle bir siyasi partinin kapatılması söz konusu olmamalıdır. Bunun sonucu olarak bir kanunda siyasi partilerin kapatılması rejimine ilişkin olarak uygulama ve usule ilişkin düzenlemeler dışında ilave siyasi parti yasakları getirilmemelidir. Diğer bir ifadeyle çıkarılacak kanunlar ancak Anayasadaki yasakların somutlaştırılmasına hizmet etmelidir⁵⁵⁰. Bu ise temel hak ve özgürlükler açısından güvence arttıracak şekilde olmalıdır⁵⁵¹. Ancak Siyasi Partiler Kanunu'nda (SPK), T.C. Anayasası ile siyasi partiler rejimine ilişkin bir uygulama ve usul kanunu olmasının ötesine geçilerek anayasal teminat aşılmıştır. Gerçekten söz konusu kanunda siyasi parti kapatma davasının uygulama ve usulüyle birlikte Anayasadaki yasakları aşan, onları fazlasıyla genişleten ve yeni yasaklar ilave eden düzenlemelere de yer verilmiştir⁵⁵². Örneğin söz konusu kanunda anayasanın başlangıç kısmına aykırılık, Anayasanın ilk üç maddesine aykırılık (m. 78/a)⁵⁵³, genel ahlaka ve adaba aykırılık (m. 78/e), anayasa ve kanuna aykırılık (m. 90) gibi yasaklar öngörölmüş ki bunların oldukça soyut nitelikte olduğu ve anayasa m. 68/4 kapsamında değerdendirilemeyeceği, dolayısıyla da anayasaya aykırı olduğu açıktır⁵⁵⁴. Diğer taraftan Kanunun 4. kısmında 4 bölüm halinde düzenlenen bu yasaklarda hangi maddenin anayasa m. 68/4'teki hangi ilkeyi somutlaştırdığı ve detaylandırdığı da belirsizdir. Bu sebeplerle

⁵⁴⁹ Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 194.

⁵⁵⁰ Nal, *Demokratik Toplum Düzeni*, 203; Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 223; Bu yönde bkz. AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1991/2, K. 1992/1, K.T. 10.7.1992.

⁵⁵¹ Nal, *Demokratik Toplum Düzeni*, 203.

⁵⁵² Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 195; Mehmet Sercan Ercan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1 (2016): 62; Özcan ve Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, 146; Küçük, *Siyasi Partiler*, 375-376; Bertil Emrah Öder, “Turkey”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 297.

⁵⁵³ Anayasa Mahkemesi Sosyalist Parti kararında davalı partinin yayınlarında sık sık “Kürtlerin millî varlıklarının ve meşru haklarının inkâr edildiğinden, ezilen bir Kürt milletinin bulunduğundan” bahsedilmesini Anayasa m. 68'de yer almayan anayasanın ilk üç maddesinde koruma altına alınan Atatürk Milliyetçiliğı ilkesine aykırı bulmuş ve partinin kapatma gerekçelerinden biri olarak kabul etmiştir. Karar için bkz., AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1991/2, K. 1992/1, K.T. 10.7.1992.

⁵⁵⁴ Hakyemez, *Militan Demokrasi*, s 219; Ercan, “Anayasa Mahkemesi Kararları”, 62-63.

SPK'daki genişletici düzenlemelerin ve ilave hükümlerin anayasaya aykırı olduğu doktrin tarafından kabul edilmektedir⁵⁵⁵. Bu husus birçok parti kapatma davasında davalı partiler tarafından da ileri sürülmüş ve ön sorun olarak SPK'nın ilgili maddelerinin iptali istenmiştir⁵⁵⁶. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu kanunun iptalini yasaklayan Anayasa geçici 15. maddeyi⁵⁵⁷ gerekçe göstererek bu talepleri reddetmiştir⁵⁵⁸. Ancak SPK m. 104'te daha sonra yapılan değişiklikler⁵⁵⁹ neticesinde bir siyasi parti hakkında sadece anayasa m. 68/4'te yer alan ilkeleri ihlal ettiğinde (ki bu ilkeler SPK m. 101'de tekrar edilmiştir) hakkında kapatma kararı verilecektir⁵⁶⁰. Mezkûr ilkeler dışında SPK'daki diğer düzenlemeleri ihlal eden partiler hakkında SPK m. 104/f.2 gereği ancak ihtar kararı verilebilecektir. Böylece SPK'nın anayasaya aykırılığı noktasındaki tartışmalar SPK'da yapılan değişikliklerle sona erdirilmiş ve siyasi partilerin kapatılması hususundaki anayasal güvence korunmuştur.

Bir siyasi partinin eylemlerinden dolayı yani anayasa m. 69/f.6 kapsamında kapatılabilmesi için aynı madde hükmünde bu eylemlerin odak (mihrak) haline gelmesi şartı aranmaktadır. 2001 yılında yapılan anayasa değişikliğine değin odak kavramının ne anlama geldiği Anayasa ya da ilgili mevzuatta yer almamıştır. 2001 yılında yapılan değişiklikle⁵⁶¹ Anayasa m. 69/f.6'ya eklenen hükümle odak kavramı da açıklanmış bulunmaktadır: “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

⁵⁵⁵ Nal, *Demokratik Toplum Düzeni*, 203; Uygun, “Mücadeleci Demokrasi”, 256; Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 222; Özcan ve Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, 146; Küçük, *Siyasi Partiler*, 375-376; Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 194-199.

⁵⁵⁶ Davalı siyasi partiler tarafından SPK'nın ilgili hükümlerinin iptalinin istendiği parti kapatma davaları için bkz., Sosyalist Parti kararı, E. 1991/2, K. 1992/1, K.T. 10.7.1992; Halkın Emek Partisi kararı (E. 1992/1, K. 1993/1, K.T. 14.7.1993); Özgürlük ve Demokrasi Partisi kararı (E. 1993/1, K. 1993/2, K.T. 23.11.1993); Sosyalist Türkiye Partisi kararı (E. 1993/2, K. 1993/3, K.T. 30.11.1993); Demokrasi Partisi kararı (E. 1993/3, K. 1994/2, K.T. 16.6.1994); Sosyalist Birlik Partisi kararı (E. 1993/4, K. 1995/1, K.T. 19.7.1995); Emek Partisi kararı (E. 1996/1, K. 1997/1, K.T. 14.2.1997).

⁵⁵⁷ Anayasanın geçici 15. maddesi 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde çıkarılacak kanunların anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini düzenlediğinden söz konusu süre zarfı içerisinde yürürlüğe giren 2820 sayılı SPK'nın anayasaya aykılığı iddiaları Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmemiştir. Söz konusu geçici 15. madde 5982 sayılı anayasa değişikliği kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz., 5982 sayılı ve 7 Mayıs 2010 tarihli Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun.

⁵⁵⁸ Küçük, *Siyasi Partiler*, 373-374, 376.

⁵⁵⁹ Bu değişiklikler için bkz., 4445 sayılı ve 12 Ağustos 1999 tarihli kanun ve 4778 sayılı ve 2 Ocak 2003 tarihli kanun.

⁵⁶⁰ Özcan ve Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, 146.

⁵⁶¹ Bkz., 4709 sayılı ve 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun.

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.”. 2001 yılında yapılan değişiklikte eklenen odak haline ilişkin bu açıklamalar kavramın belirsizliği karşısında oldukça somutlaştırıcı ve sınırlandırıcı olmuştur. 2001 yılı öncesinde odak haline gelme şartının ne anlama geldiği Anayasa Mahkemesi’ne bırakılmıştı. Eklenen bu fıkayla birlikte Anayasa Mahkemesi ancak mezkûr durumlarda odak haline gelme şartının vücut bulduğuna karar verebilecektir. Böylece mahkemenin keyfi değerlendirmeleri büyük ölçüde engellenmiş ve siyasi partilerin eylemleri nedeniyle kapatılması hususu zorlaştırılmıştır⁵⁶².

Siyasi partileri kapatma yetkisi anayasa m. 69/f.4 gereği Anayasa Mahkemesi’ne aittir. Anayasa Mahkemesi’nin bu yetkisi doğrudan anayasadan kaynaklanan asli bir yetki olup başka organlara devredilemez. Alelade dernekleri kapatma yetkisi mahkemelere ve sınırlı durumlarda idari mercilere verilmişken, siyasi partilerin önemi dolayısıyla siyasi partilerin kapatılmasında bu yetki tıpkı Federal Almanya Anayasası’nda olduğu gibi ayrı bir statüye tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi bir siyasi partinin kapatılmasına anayasanın 149. maddesi gereği ancak üçte iki oy çokluğu ile karar verebilir. Siyasi partilerin kapatılma davası açma yetkisi ise yine Anayasa’dan kaynaklanan yetkiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’na aittir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı bu yetkisini Siyasi Partiler Kanunu m. 100’e göre re’sen, bakanlar Kurulu kararı üzerine Adalet Bakanının istemiyle ya da bir siyasi partinin istemi üzerine⁵⁶³ kullanabilir⁵⁶⁴.

⁵⁶² Nal, *Demokratik Toplum Düzeni*, 215.

⁵⁶³ Her parti Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’ndan istemde bulunamamaktadır. İstemde bulunabilecek partinin taşıyabileceği şartlar SPK m. 100/2’de şu şekilde belirlenmiştir: “ ... bu partinin son milletvekili genel seçimlerine katılmış olması, Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunması, ilk büyük kongresini yapmış olması, partinin merkez karar ve yönetim kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile dava açılmasının istenmesi yolunda karar alınmış bulunması ve istemin parti adına parti genel başkanı tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak yapılmış olması gerekir.”.

⁵⁶⁴ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Adalet Bakanının veya siyasi partinin istemi üzerine dava açıp açmamakta serbesttir. Şayet Başsavcı takdir hakkını dava açmama yönünde kullanırsa bu durumda Adalet Bakanının veya siyasi partinin itirazıyla başlayan bir süreç karşımıza çıkmaktadır. SPK m. 100/f.3 ve devamı fıkralarında bu süreç şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanının veya partinin yazılı isteminde yeterli delil bulunduğu kanısına varırsa davayı açar. Yeterli delil bulunmadığı kanısına varırsa dava açmayacağını istemde bulunan Adalet Bakanına veya siyasi parti genel başkanlığına yazı ile bildirir.

Anayasa Mahkemesi'nde siyasi parti aleyhinde açılacak dava siyasi partinin tüzük ve programının anayasa m. 68/f.4'e aykırı olması (m. 69/f.5) ve/veya siyasi partinin eylemlerinin m. 68/f.4'e aykırı olması (m. 69/f.6) kapsamında ise bu durumda Anayasa Mahkemesi başvurunun reddine ya da başvuruyu haklı bulup partilerin kapatılmasına karar verebilecektir. Ancak 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği ile m. 69'a eklenen fıkra ile birlikte Anayasa Mahkemesi temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir. Anayasa m. 69'a eklenen bu fıkra ile birlikte siyasi parti anayasa m. 69/f.5 ve m. 69/f.6'ya aykırı hareket etse bile kapatılabilecek onun yerine Hazine yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılabilecektir. Hiç şüphesiz parti kapatma yerine getirilen bu alternatif tedbir siyasi partilerin varlıklarını devam ettirmeleri ve politik alan içerisinde kalabilmeleri açısından oldukça önemli ve olumludur.

Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatmaya ilişkin vereceği kararlar kesindir (SPK m. 98/f.2). Yani bu kararlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. Kapatılan bir siyasi partinin ne gibi sonuçlar doğuracağı anayasa ve SPK'da düzenlenmiştir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

- Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz (Any. m. 69/8; SPK m. 95)
- Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dâhil 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 (Any. m. 69/9)⁵⁶⁵

Adalet Bakanının veya siyasi partinin, cumhuriyet Başsavcılığının bildirimi üzerine, bu bildirimin tebliği tarihinden başlayarak otuz gün içinde Siyasi Partilerle İlgili Yasakları İnceleme Kuruluna yazı ile itirazda bulunma hakkı vardır.

Kurul, itirazı ivedilikle en geç otuz gün içinde inceler; itirazı haklı görmezse dava açılmaz; haklı görürse, Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasa Mahkemesine dava açmakla yükümlüdür."

⁵⁶⁵ Buna ek olarak SPK m. 95'te "Siyasi partiler bu kişileri hiçbir suretle seçimlerde aday gösteremezler." hükmü yer almaktadır.

- Anayasa Mahkemesince temelli kapatılan siyasi partilerin isimleri, amblemleri, rumuzları, rozetleri ve benzeri işaretleri aynen veya iltibasa mahal verecek şekilde başka bir siyasi partice kullanılmaz (SPK m. 96).
- Kurulacak herhangi bir siyasi parti, Anayasa Mahkemesince kapatılan siyasi partilerin devamı olduğunu beyan edemez ve böyle bir iddiada bulunamaz.
- Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir siyasi partinin malları hazineye geçer (SPK m. 107)

2.3.2.3.1.2. Siyasi Parti Yasakları Kapsamında Korunan İlkeler ve Bunların Demokratik Düzen Bağlamında Değerlendirilmesi

T.C. Anayasası'nda siyasi parti kapatma yasağı kapsamında demokrasinin koruma altına alınıp alınmadığı Federal Almanya Anayasası'nda olduğu gibi müstakil bir kavramla açıkça ifade edilmemiş, birçok ilke sıralanmıştır. Dolayısıyla m. 68/f.4'te zikredilen korunan ilkeler kataloğu içerisinde demokratik düzeni koruma altına alan yani ihlal edildiğinde bu düzenin zarar göreceği ya da ortadan kalkacağı ilkelerin tespit edilmesi gerekmektedir.

Anayasa m. 68/f.4'te koruma altına alınan üç temel ilkedeki ilki **demokratik cumhuriyet ilkesidir**. Demokratik cumhuriyet ilkesinin, anayasa ile kurulan demokratik düzeni ifade ettiğinden şüphe yoktur. Doktrinde bu ilkenin kapsamı noktasında diğer bir ifadeyle T.C. Anayasası'nın nasıl bir demokrasi anlayışı benimsediği yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmada bu tartışmalara girilmeden, anayasa m. 68/4'te zikredilen diğer kimi ilkeler ve SPK'da siyasi partilere yönelik getirilen bir takım yasaklar çerçevesinde demokratik Cumhuriyet ilkesinin açıklanması yoluna gidilecektir. Her şeyden önce siyasi partiler, Türk milletine ait olan egemenliğin belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmasını savunamaz (SPK m. 78/a). Siyasi partiler Anayasa m. 68/4'te de zikredildiği üzere sınıf veya zümre diktatörlüğü ya da herhangi bir diktatörlük kurma girişiminde bulunamaz (SPK m. 68/c). Dolayısıyla siyasi partiler Nazizm, faşizm ve komünizme dayanan totaliter diktatöryal ideolojileri benimseyemez⁵⁶⁶. Diğer taraftan

⁵⁶⁶ T.C. Anayasası'nın demokratik düzeni korumak adına diktatörlüklere karşı olduğu siyasi parti yasaklarını düzenleyen 68. maddenin gerekçesinde Danışma Meclisi tarafından açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Söz konusu gerekçe şu şekildedir: "... Türkiye'de bundan böyle sınıf ve zümre esasını, komünizmi, faşizmi, teokrasiyi ve herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi esas alan

siyasi partiler demokrasinin temel unsurlarını teşkil eden seçimler ve halkoylamalarının serbest, eşit, gizli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılması hususlarının değiştirilmesini talep edemez (SPK m. 78/a). Ek olarak siyasi partiler anayasa mad 68/f.4'te de zikredilen insan haklarını ortadan kaldırmayı amaçlayamaz (SPK m. 68/a) ve dil, ırk, renk, din ve mezhep ayrımı yaratamaz veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurarak eşitlik ilkesini ortadan kaldıramaz (SPK m. 68/a). Demokratik Cumhuriyet ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek olan Anayasa ve SPK'da yer alan tüm bu düzenleme ve ilkelerle birlikte bir anayasal demokratik düzen kurulduğundan şüphe yoktur. Dolayısıyla demokratik Cumhuriyet ilkesinin ihlali nedeniyle bir partinin kapatılması demokratik düzenin korunması kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁶⁷.

Anayasa m. 68/4'te siyasi partilerin ihlal etmemesi öngörülen bir diğer ilke **laiklik ilkesidir**. Genel olarak devlet yönetiminde dini buyrukların egemen olmaması, devletin tüm dinlere tarafsız olması ve din ve vicdan hürriyetini tanınması şeklinde tanımlanabilecek olan laiklik ilkesi anayasanın değiştirilemez olarak kabul ettiği Cumhuriyetin temel ilkelerinden biridir. Laiklik ilkesi Türk Anayasa tarihinde teori ve uygulamada en çok tartışılan kavramlardan biridir. Özellikle Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeye aykırılık teşkil eden eylemlere ilişkin yaklaşımı çoğu kez eleştiri konusu olmuştur. Burada bu tartışmalara girilmeyecek sadece ilkenin demokrasi açısından önemi ve demokrasiyle ilişkisi değerlendirilecektir. Her şeyden önce laiklik ilkesiyle birlikte devlet bir dine, mezhebe ya da inanç grubuna üstünlük tanıyıp, bunu insanlara dikte etmemelidir⁵⁶⁸. Laik bir devlet halk iradesi yerine doğrudan bir dinin emir ve yasaklarını devletin karar alma sürecine kaynak teşkil etmemelidir⁵⁶⁹. Ya da tersinden

siyasî partinin kurulamayacağını kabul etmiştir. Türkiye'de demokrasinin 'bu sistemleri amaçlamadığı ve Türk Milletinin bu düşünceleri savunan sistemlere ihtiyacı olmadığı; Atatürk ilkeleri ışığında bir demokrasinin bu düşünceleri reddettiği sonucuna varılmıştır. Türk Milletinin bu düşüncelere dayanan sistemlerden uzak olan bir demokrasi ile daha rahat ve huzur içinde kendi birlik ve 'beraberliğini koruyacağını ve bağımsız kalacağı ve kalkınmasını yapabileceği sonucuna varılmıştır'". Bkz., Yılmazoğlu ve Perdecioğlu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 376.

⁵⁶⁷ Ayrıca siyasi partiler suç işlemeyi teşvik ederek mevcut demokratik düzenin bozulmasına neden olamazlar. Dolayısıyla anayasa m. 68/f.4'te ayrı bir ilke olarak düzenlenen suç işlemeyi teşvik yasağının demokratik Cumhuriyet ilkesinin bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla suç işlemeyi teşvik eden bir partinin kapatılması da demokratik düzenin korunmasına hizmet etmektedir. Benzer yönde bkz., Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 199.

⁵⁶⁸ Küçük, *Siyasi Partiler*, 294.

⁵⁶⁹ Cavanaugh and Hughes, "Rethinking What is Necessary", 631.

böyle bir devlet bir din, mezhep veya inanç sistemi üzerinde baskı kurmamalı, onu görmezden gelip ortadan kaldırmamalıdır. Aksi durumun demokratik çoğulculukla çelişeceği söylenebilir. Laiklik ilkesi dini veya dünyevi her türlü düşüncenin toplum içerisinde çatışmaya meydan vermeden yaşanmasına zemin hazırlamaktadır⁵⁷⁰. Bu sebeplerle laiklik ilkesi demokrasinin temel unsurlarından biri olarak görülmüş ve laiklik olmadan demokrasinin mümkün olamayacağı kabul edilmiştir⁵⁷¹. Ancak laiklik ilkesi, topluma bakan yönüyle zorla kabul edilebilecek bir olgu da değildir; tıpkı dünyevi ve dini inançlar gibi zamanla benimsenecek bir toplumsal olgudur⁵⁷². Şayet laiklik ilkesi bir toplum projesi, bir ideolojik silah olarak ele alınır ve topluma bu dayatılırsa bir laiklik paradoksu ortaya çıkar ki bu da demokrasinin özüyle çelişmektedir⁵⁷³. Demokrasilerde laikliğin devletlere biçtiği temel rol, kamu düzenini bozucu bir din-mezhep çatışmasının önüne geçmek ve din ve inanç hürriyeti ile kamu düzenine zarar vermeden ibadetlerin yaşanmasını teminat altına almaktır⁵⁷⁴. Sonuç olarak yukarıda da belirtildiği üzere laiklik ilkesi ile demokrasi arasındaki mezkur sıkı bağ nedeniyle günümüzde laiklik ilkesine aykırı hareket eden bir partinin kapatılması demokratik düzenin korunması kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁷⁵.

Anayasa m. 68/f.4'te demokratik Cumhuriyet ilkesi (ve ona dâhil ilkeler) ile laiklik ilkesinin yanı sıra, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin ihlali de parti kapatma sebebi olarak zikredilmiştir⁵⁷⁶. Devletin ülkesi, üzerinde egemenliğin kurulduğu kara, hava ve su sahasını ifade etmektedir. Devletler benimsedikleri devlet modelleriyle egemenlik kurdukları bu sahaları farklı şekillerde tanzim edebilirler. Buradan hareketle doktrinde hâkim görüş **devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünden** kastın üniter devlet ilkesi olduğu yönündedir. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti'nde üzerinde egemenlik kurulan ülke tektir. Dolayısıyla federal devlet gibi devlet düzenleri

⁵⁷⁰ Küçük, *Siyasi Partiler*, 294.

⁵⁷¹ "... laiklik, demokrasinin şartıdır. Laiklik yoksa demokrasi de yoktur." Bkz., Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 236.

⁵⁷² Küçük, *Siyasi Partiler* s. 295.

⁵⁷³ Küçük, *Siyasi Partiler*, 295.

⁵⁷⁴ Küçük, *Siyasi Partiler*, 295-296.

⁵⁷⁵ Benzer yönde bkz., Perinçek, *Anayasa ve Siyasi Partiler*, 236.

⁵⁷⁶ 1982 Anayasası'nda devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi hakkında bkz., Yunus Heper, *Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2015), 140-175.

devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık teşkil eder⁵⁷⁷. SPK m. 80’de de siyasi partilerin devletin tekliği ilkesine aykırı amaç güdemeyecekleri ve bu yönde faaliyette bulunamayacakları düzenlenmiştir. SPK m. 82’de ise siyasi partilerin bölünmez bir bütün olan ülkede bölgencilik yapmaları açıkça yasaklamıştır. Bu bilgiler ışığında devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin doğrudan devletin idari yapısıyla ilgili olduğu açık olup, demokratik düzenle ilişkili olduğu söylenemez. Zira günümüzde federal devlet hüviyetinde olup da demokratik düzene sahip ülkeler oldukça yaygındır⁵⁷⁸. Sonuç olarak bu ilkeyi ihlal sebebiyle kapatılacak partileri demokratik düzenin korunması kapsamında değerlendirebilmek mümkün değildir. Millet kavramı devletin unsurlarından bir diğeri olarak ülke üzerinde yaşayan insan topluluğunu ifade etmektedir. **Milletin bölünmez bütünlüğü** kavramından ne anlaşılması gerektiği yine anayasada tanımlanmamıştır. Doktrinde devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü kavramı ırk, renk, dil, cinsiyet, toplum, cemaat gibi unsurlara dayalı ayrımların yapılamayacağı, egemenliğin bu unsurlara dayalı olarak paylaştırılamayacağı şeklinde kabul edilmektedir. Bu noktada bir azınlık oluşturma yasağından bahsetmek mümkündür. Diğer taraftan milletin bölünmez bütünlüğü ilkesi ile bir ırkın üstünlüğüne dayalı bir millet tezahüründen de bahsedebilmek mümkün olamayacaktır (SPK m. 78/a,b; m. 82, 83). Dolayısıyla milletin bölünmez bütünlüğü ilkesi neticesinde millet içerisinde herhangi bir unsura üstünlük, ayrıcalık tanınmayacak ya da kitleler arasında eşitsizlik doğuracak herhangi bir muameleye gidilemeyecektir. Bu sebeplerle milletin bölünmez bütünlüğü ilkesini ihlal eden bir partinin kapatılmasının demokratik düzenin korunması kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Son olarak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin dışı yönelik boyutunu ifade eden⁵⁷⁹ ve anayasa m. 68/f.4’te ayrı bir ilke olarak düzenlenen devletin bağımsızlığı ilkesine değinmek gerekir. Devletin bağımsızlığı ilkesi ile ifade edilen devletin siyasi bağımsızlığıdır. Devletin herhangi bir başka devletin mandası ya da sömürgesi olunmamasını ifade etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin milletlerarası hukuk alanında bağımsızlık ve eşitlik ilkesine dayanan hukuki ve siyasi varlığını ortadan kaldırmak yahut diğer devletlerin, milletlerarası kuruluşların ve yabancı ve gerçek tüzel kişilerin ülkeye karışmasını sağlamak bağımsızlık ilkesinin ihlali

⁵⁷⁷ Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 203; Küçük, *Siyasi Partiler*, 255; Heper, *Beka Kaygısı*, 467.

⁵⁷⁸ Federal yapının öz olarak demokratik rejimlerle çelişmediği hatta başta ABD olmak üzere çoğulcu demokrasinin ileri seviyede yaşatıldığı birçok devlette bu yapılanmanın mevcut olduğu yönünde bkz., Küçük, *Siyasi Partiler*, 255.

⁵⁷⁹ Küçük, *Siyasi Partiler*, 252; Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 203.

anlamına gelecektir (SPK m. 79/a). Yine yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden herhangi bir suretle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yardım kabul etmek, bunlardan emir almak ve bunların Türkiye'nin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü aleyhindeki karar ve faaliyetlerine katılmak da aynı şekilde devletin bağımsızlığının ihlali şeklinde yorumlanabilir (SPK m. 79/c). Devletin bağımsızlığı ilkesine aykırı hareket eden partilerin mevcut demokratik düzene karşı çıktığı yorumu yapılabilir. Zira bir devletin bağımsızlığını kaybetmesi aynı zamanda anayasa ile kurulmuş olan demokratik düzenin de sonunu getirebileceği söylenebilir⁵⁸⁰. Dolayısıyla devletin bağımsızlığı ilkesini ihlal eden bir partinin kapatılmasına ilişkin düzenlemenin de demokratik düzenin korunması kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında anayasa m. 68/4'te sıralanan ilkelerden devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi dışında kalan diğer ilkelerin demokratik düzenle ilişkili olduğu ifade edilmelidir. Devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ise daha çok devletin ulusal siyasi düzeniyle alakalıdır. Ancak demokratik düzene ilişkin yapılan bu ayırımın genel geçer ve soyut olarak sınırlarının net bir şekilde çizilemeyeceği açık olup, her somut olayın kendi dinamikleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılması zorunludur.

2.3.2.3.1.3. Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Düzeni Korumaya Yönelik Parti Kapatma Kararları

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana birçok parti hakkında kapatma kararı vermiştir⁵⁸¹. Türkiye siyasi parti yasaklarını en fazla

⁵⁸⁰ Bir devletin bağımsızlığını kaybetmesi, başka bir devlete bağımlı hale gelmesinin o devletin sonu anlamına geldiği yönünde bkz., Küçük, *Siyasi Partiler*, 252.

⁵⁸¹ 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana çeşitli gerekçelerle kapatılan partiler şunlardır: Huzur Partisi (E. 1983/2, K. 1983/2); Türkiye Birleşik Komünist Partisi (E. 1990/1, K. 1991/1, K.T. 16.7.1991); Cumhuriyet Halk Partisi (E. 1990/2, K. 1991/2, K.T. 24.9.1991); Sosyalist Parti (E. 1991/2 K. 1992/1 K.T. 10.7.1992); Halkın Emek Partisi (E. 1992/1, K. 1993/1, K.T. 14.7.1993); Yeşiller Partisi (E. 1992/2, K. 1994/1, K.T. 10.2.1994); Özgürlük ve Demokrasi Partisi (E. 1993/1, K. 1993/2, K.T. 23.11.1993); Sosyalist Türkiye Partisi (E. 1993/2, K. 1993/3, K.T. 30.11.1993); Demokrasi Partisi (E. 1993/3, K. 1994/2, K.T. 16.6.1994); Sosyalist Birlik Partisi (E. 1993/4, K. 1995/1, K.T. 19.7.1995); Demokrat Parti (E. 1994/1, K. 1994/3, K.T. 13.9.1994); Demokrasi ve Değişim Partisi (E. 1995/1, K. 1996/1, K.T. 19.3.1996); Emek Partisi (E. 1996/1, K. 1997/1, K.T. 14.2.1997); Diriliş Partisi (E. 1996/2, K. 1997/2, K.T. 18.2.1997); Refah Partisi (E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998); Demokratik Kitle Partisi (E. 1997/2, K. 1999/1, K.T. 26.2.1999); Halkın Demokrasi Partisi (E. 1999/1, K. 2003/1, K.T. 13.3.2003); Fazilet Partisi (E. 1999/2, K. 2001/2, K.T. 22.6.2001); Demokratik Toplum Partisi (E. 2007/1, K. 2009/4, K.T. 11.12.2009); SPK m. 101, 1999 yılında değiştirilmeden önce kanundaki yasaklara binaen partilerin kapatılabileceğini öngörüyordu ki bu parti kapatmayı

ve en katı şekilde uygulayan ülkelerin başında gelmektedir. Almanya’da günümüze kadar sadece iki parti kapatılırken 1982 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana onlarca parti kapatılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin kapatma kararları içerisinde doğrudan demokratik Cumhuriyet ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle kapatılan bir parti kararı söz konusu değildir. Bununla birlikte anayasa m. 68/4’te zikredilen ve demokrasiyle ilişkisi olan diğer ilkelerin ihlali gerekçesiyle açılan parti kapatma davaları mevcuttur. Sayıları oldukça fazla olan bu davaları tek tek incelemek çalışmanın hacmini aşacaktır. Bunun yerine Türk Anayasa Mahkemesi’nin demokrasinin korunması kapsamında değerlendirilebilecek birkaç önemli kararı ele alınacaktır.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin demokrasinin korunması kapsamında değerlendirilebilecek ilk kararı *Sosyalist Parti* kararıdır⁵⁸². Programında işçi sınıfının iktidarını öngören parti, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sınıf (egemenliği) diktatörlüğü amaçlamakla ve bununla Anayasanın sınıf veya zümre diktatörlüğünü yasaklayan m. 68/4 hükmü ve SPK’nın 78/a hükmüne aykırı hareket etmekle suçlanmıştır. Kararda Anayasa mahkemesi sınıf iktidarı, sınıf egemenliği (diktatörlüğü) gibi partinin programında yer alan kavramları açıklayarak şu yorumda bulunmuştur: “Sınıf egemenliği, siyasi iktidarın ve siyasi faaliyetin belli bir sınıfın tekeline geçmesi, toplumdaki diğer sınıfların ve partilerin siyasi hayatın dışına itilmesi, onlara iktidar olma hak ve imkânının tanınmaması olarak tanımlanabilir. Anayasanın yasakladığı da budur. Diğer sınıflar üzerinde tahakküm kurmak amaçlamadığı, hukuk devleti ilkesine, çok partili çoğulcu sisteme ve iktidarların seçimlerle değişebilirliği kuralına aykırı bir tutum alınmadığı sürece, sınıf iktidarını istemek ya da bu yolda çalışmak yasalara aykırı düşmez.”. Mahkemenin bu kararından komünizmi (sosyalizmi) demokrasiye düşman bir ideoloji olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Ancak mahkeme partinin dünya genelinde komünizmin değişen ideolojisine paralel olarak demokrasiyi yıkmaya yönelik bir yol

oldukça kolaylaştırmaktaydı. Nitekim yukarıda 1982 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana kapatılan partilerin büyük bir çoğunluğu SPK’daki anayasaya aykırı veya tartışmalı olan yasaklar esas alınarak kapatılmıştır. Ancak anayasa m. 101 ve 104. maddelerde yapılan değişikliklerle beraber artık Anayasa Mahkemesi SPK’daki yasakları değil SPK m. 101’de de tekrar edilen anayasa m. 68/4’teki ilkeleri ihlal eden partileri kapatacaktır. Böylece SPK’daki hükümlerini esas alınarak partilerin kapatılması engellenerek kapatılma kurumu anayasal kimliğe kavuşturulmuş oldu.

⁵⁸² Karar için bkz., AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1988/2, K. 1988/1, K.T. 8.12.1988.

izlemediğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre parti bir sınıf diktatörlüğü değil, sadece bir sınıfın iktidarını istemektedir. Bu ise çoğulcu demokrasiler açısından bir aykırılık teşkil etmeyecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin demokrasinin korunması kapsamında ele alınabilecek bir diğer kararı Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılması kararıdır⁵⁸³. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın iddianamesinde partiye yönelttiği ve bu sebeple kapatılmasını istediği suçlamalardan biri parti programındaki düzenlemelerle partinin komünist bir düzen kurmak istemesi ve bu amaçla demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlamasıdır. Anayasa Mahkemesi kararında ilk olarak savcının iddianamesi ve davalı partinin savunmasındaki Marksizm ve komünizmle alakalı temel kavramları açıklamış, akabinde davalı partinin demokrasiyi ortadan kaldırmayan bir komünizm anlayışı (eurokomünizm) benimsediğine, Sosyalist Parti kararında olduğu gibi partinin bir sınıf egemenliği (diktatörlüğü) değil bir sınıf iktidarı hedeflediğine ve parti programındaki düzenlemelerin demokrasiye uygunluğuna hükmetmiştir. Bunun sonucunda ise Mahkeme partinin anayasa m. 68/4 ve SPK m. 78/c kapsamında bir sınıf diktatörlüğü kurma amacı taşıması sebebiyle kapatılması talebini reddetmiştir. Dolayısıyla Türk Anayasa Mahkemesi komünizm (sosyalizm) ideolojisini benimseyen bir partinin kapatılması için programında bir diktatörlük kurma amacı taşıması gerekliliğini yinelemiştir. Partinin kapatılmasına yönelik olarak Sosyalist Parti kararına benzeyen bu komünizm (sosyalizm) değerlendirmesinden ziyade bu davanın en önemli sonucu TBKP'nin isminde SPK m. 96/f.2 hükmü gereğince yasaklı “Komünist” ismini taşıdığı gerekçesiyle partinin kapatılması olmuştur. Böylece parti programında onlarca kuralla sınırları çizilen komünizm, parti kapatma gerekçesi olmazken, söz konusu parti sadece “komünist” ibaresi nedeniyle kapatılmak zorunda kalınmıştır. Hiç şüphesiz bunda Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımından ziyade karara uygulamak durumunda olduğu SPK'nın Anayasa m. 68/4'e uygunluğu tartışmalı yasağı etkili olmuştur⁵⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi demokratik düzenin korunması kapsamında laiklik ilkesinin ihlali nedeniyle önemli ve tartışmalı kararlar vermiştir. Bu kararların içerisinde en

⁵⁸³ Karar için bkz., AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1990/1, K. 1991/1, K.T. 16.7.1991.

⁵⁸⁴ Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 222; SPK'daki yasaklara binaen partilerin kapatılacağını düzenleyen m. 101 hükmünün kaldırılmasıyla birlikte *Türkiye Komünist Partisi'ne* “komünist” ibaresinin parti isminde taşıdığı gerekçesiyle daha önce açılan kapatma davası reddedilmiştir.

önemlisi Refah Partisi'nin kapatılması kararıdır⁵⁸⁵. Zira bu partinin kapatılması kararı AİHM tarafından da demokrasiye uygun görülmüş ve laiklik ilkesine aykırı hareket eden partilerin kapatılması demokratik düzenin korunması kapsamında evrensel düzeyde ele alınmaya başlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında her şeyden önce laiklik ilkesini tanımlamış ve Türkiye için önemine değinmiştir. Mahkemeye göre laiklik *“ortaçağ doğmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşam biçimidir.”* Mahkeme için laiklik sadece devlet işleriyle din işlerinin ayrılması değil bunlardan öte *“düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması”* ya da *“boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamı”*dır⁵⁸⁶. Mahkeme Türkiye'deki laiklik ilkesinin özgün olduğunu savunmuş ve bu ilkenin Türkiye için önemine *“Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerinden”*; *“Türkiye Cumhuriyeti'nde 'ümme't'ten, 'ulus'a geçmenin de itici gücü”*; *“Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama biçimi ve insanlık ideali”* gibi ifadelerle vurgu yapmıştır⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

⁵⁸⁶ Türk Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesini şu cümlelerle tanımlamaktadır: *“Lâiklik”, ortaçağ doğmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik yorumları yapılsa da, lâikliğin gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-din ve inanç ayrımını gerekli kılarak din ve vicdan özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda, siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende ise din, siyasallaşmadan kurtarılır; yönetim aracı olmaktan çıkarılır; gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Dünya işlerinin lâik hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi, çağdaş demokrasilerin dayandığı temellerden biridir. Kamusal düzenlemelerin dinî kurallara göre yapılması düşünülemez. Düzenlemelerin kaynağı dinî kurallar olamaz.”* Bkz., AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

⁵⁸⁷ Türk Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ilkesinin Türkiye için önemi konusunda şunları söylemiştir: *“Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerinden olan lâiklik ilkesi ile, devletin akla ve bilim kurallarına göre kurumlaşması amaçlanmıştır. Karşılıklı saygı, hoşgörü ve anlayışa katkıda bulunan lâiklik, ulusal birliğin de temelini oluşturmuştur. Düşünce ve inanç özgürlüğü, kişileri ve toplum kesimlerini birbirine güvenle bağlayan, uluslaşmayı sağlayan, ulusal dayanışmayı da güçlendiren, özgür düşünce ve inanç, çağdaş uygarlığa yöneliş, ulusal yaşamda önemli aşamalardır. Lâikliğin, insana, dine saygısı, dinî kendi yerinde tutan anlayışı, akla, bilime, sanata, çağdaş yönetim biçimine ve tüm uygar gereklere kapıyı açmıştır. Demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır. Çağdaşlığın göstergesi olan bu ilke, Türkiye Cumhuriyeti'nde 'ümme't'ten, 'ulus'a geçmenin de itici gücü olmuştur.*

Anayasa Mahkemesi kararında ayrıca laiklik ilkesi ile demokrasi arasındaki ilişkiye de sıkça vurgu yapmış, her iki kavramı sık sık beraber zikretmiştir. Mahkemeye göre laiklik “demokrasi anlayışının ... temeli”; “ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ... dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi” ve ayrıca “demokrasiye geçişin aracı”dır⁵⁸⁸. Yine Mahkemeye göre; “Siyasî partilerin demokratik siyasî yaşamın vazgeçilmez öğeleri olmaları, devlet örgütü ve kamu hizmetleriyle yoğun ilişki içinde bulunmaları, onların her istediklerini yapabilecekleri anlamına gelmez. Siyasal partilerin baskı ve engellerden uzak kalmalarını sağlamaya yönelik kurulma ve çalışma özgürlüğü, Anayasa ve bu alanı düzenleyen yasalarla sınırlıdır.”⁵⁸⁹. Kararın başka bir yerinde ise siyasi demokratik düzene aykırı siyasi partilerin kapatılması şu şekilde savunulmuştur: “Demokratik yaşamı tehdit eden, ondan yoksun kalmaya yol açacak eylemlere girişen veya bu tür amaçları taşıyan siyasal partilerin kapatılmaları doğal karşılanmalıdır. Tersine düşünce, başka biçim ve adla gerçekleştirilmesi olanaksız sakıncalı amaçların siyasal parti kimliğiyle gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur.”⁵⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi Refah Partisi’nin laiklik ilkesine ve dolayısıyla demokratik düzene aykırı hareket ettiğini parti başkanı, başkan yardımcıları, üst düzey yöneticileri ve üyelerinin çeşitli zaman ve mekânlarda söylediği eylem ve ifadeler neticesinde ulaşmıştır. Mahkeme tüm bu eylem ve söylemleri, esasında Refah Partisi’nin İslam dinine dayalı bir devlet yani bir şariat devleti kurmak istemesi sonucuna bağlamıştır. Mahkemeye göre “Refah Partisi Genel Başkanı ile Genel Başkan Yardımcıları ve milletvekillerinden

Lâiklik ilkesinin kabulü ile dogmatik değerlerin yerine akla ve bilime dayanan değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik inançlara sahip olanlar, birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece, iç barış sağlanarak yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyeti’ni kuran Türk Ulusu’nun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, gücünü lâiklikten almış; milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış; Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Anayasa’da da bu ilkenin değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Lâiklik devlet etkinliklerinde dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek çağdaşlaşmayı hızlandırmıştır. Lâiklik, din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama biçimi ve insanlık idealidir. Lâik düzende, özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanç olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.”. Bkz., AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

⁵⁸⁸ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

⁵⁸⁹ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

⁵⁹⁰ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

kimilerinin, lâiklik karşıtı beyan ve davranışlarıyla, demokratik hak ve özgürlükleri, demokrasiyi ortadan kaldıracak olan şeriat düzeninin getirilmesi için araç olarak kullandıkları anlaşılmıştır.”⁵⁹¹. Şeriat ise mahkemeye göre demokrasinin zıttıdır⁵⁹². Bunun sonucu olarak Refah Partisi üyeleri, eylem ve söylemleriyle demokratik düzeni ortadan kaldırmayı amaçladığından söz konusu demokratik düzeni korumak adına parti, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. Sonuç olarak Türk Anayasa Mahkemesi demokrasi ve laiklik ilkesi arasındaki sıkı bir bağ kurmuş ve laiklik ilkesinin korunmasını demokrasinin korunmasıyla müsvi görmüştür. Türk Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı hem AİHM tarafından hem de militan demokrasi anlayışı doktrini tarafından genel kabul görmüştür.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin laiklik ilkesine ilişkin kararları hem ulusal hem de uluslararası mecrada çok fazla ses getirse de mahkemenin en fazla kapatma kararı gerekçesi Türk devletinin ülkesiyle ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün ihlal edilmesi olmuştur. Kararların ekseriyetinde dava konusu partilerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin üniter devlet yapısını bozarak federal bir devlete dönüştürmeyi ve ayrı bir Kürt federe devleti kurmayı hedeflediği ve böylece devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal ettiği; Türk milleti içerisinde bir takım ayrıcalıklara sahip bir Kürt azınlık oluşturmayı amaçlayarak ise ülkenin milletiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal ettiği savunulmuştur⁵⁹³. Ancak devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünün ihlal edilmesinin demokratik düzenin korunması kapsamında değerlendirilmesi isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere federal devlet talebi ve bu yöndeki eylem ve söylemler ülkenin demokratik düzenine değil ulusal siyasi düzenin ihlaline yöneliktir. Milletiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal ise ülkenin eşitliğe dayanan toplum yapısını zedeleyeceği için demokratik düzene aykırılık teşkil edecek dolayısıyla bu tür partilerin

⁵⁹¹ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

⁵⁹² Öder, “Turkey”, 304.

⁵⁹³ Anayasa Mahkemesi’nin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle kapatılan partilerin kapatma gerekçelerinde; Türkiye’de doğu sorununun kürt sorunu olarak ifade edilmesinin azınlık yaratma çabası ile devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne zarar verme amacını taşıdığı; anadil ve kültür eğitiminin sağlanması taleplerini azınlık yaratma çabası ile devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne zarar verme amacı taşıdığı; Türk ulusunun Türk ve Kürt ulusu şeklinde ikiye bölünüp ifade edilmesi, Kürtlerin ezilen bir ulus olarak gösterilmesi ve Kürtlere kendi kaderlerini tayin hakkı verileceğinin savunulmasının bölücülük olduğu ve bunun devlete karşı ayaklanma ve ayrı devlet kurma amacı taşıdığı; Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla azınlık yaratarak ulus bütünlüğünün bozulacağı gibi hususlar ön plana çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün ihlaline ilişkin kararları için bkz., Ercan, “Anayasa Mahkemesi Kararları”, 54 vd.

kapatılması demokratik düzenin korunması kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ihlal eden partilerin bu yöndeki eylem ve söylemlerinin bütünlüğü mezkûr şekilde ikili bir ayırım yapmayı ve militan demokrasi anlayışı noktasında değerlendirmede bulunmayı zorlaştırmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının birçoğunda partilerin terör örgütleriyle olan ilişkisi özellikle PKK terör örgütüne destek verdikleri yönündeki tespitler de gerekçe olarak vurgulanagelmıştır. Örneğin; Anayasa Mahkemesi Halkın Demokrasi Partisinin kapatılması kararında parti başkanı da dâhil olmak üzere yöneticilerinin PKK'ya ve PKK terör örgütünün başı olan Abdullah Öcalan'a yönelik övgü ve destek beyanları, bu amaçla yaptıkları eylemler sebebiyle terör örgütü ve parti arasında bir bağlantı ve dayanışma olduğuna kanaat getirerek partinin kapatılmasına karar vermiştir.

2.3.2.3.1.4. Diğer Hususlar

Bir siyasi parti şayet m. 68 ve 69'daki şartlara aykırılık taşıyorsa Türk Anayasa Mahkemesi bu parti hakkında kapatma kararı verebilir. Ancak anayasa m. 69/f.7'de siyasi parti kapatmaya alaternatif bir tedbir daha düzenlenmiştir. Buna göre "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.". Bu düzenlemeyle birlikte bir siyasi parti m. 68/4'te korunan ilkelere karşı söylem ve eylemleri odak haline gelse dahi o parti kapatılamayabilecektir. Burada mahkemenin bir takdir hakkı vardır⁵⁹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenleme sadece devlet yardımı alan partileri ilgilendirmekte, devlet yardımı alamayan partiler için bir anlam ifade etmemektedir. Diğer taraftan söz konusu tedbir demokratik düzeni koruma kapsamında da etkili sonuçlar doğurmamaktadır. Zira bir siyasi partinin devlet yardımından mahrum bırakılması, o partinin demokratik düzene zarar vermesini ya da onu yıkmaya yönelik faaliyetlerde bulunmasını engellemez. Siyasi partiler devlet yardımı olmadan da bağış ve diğer gelir kaynaklarıyla da faaliyetlerini devam ettirebilirler.

Siyasi partilerle ilgili olarak belirlmesi gereken bir diğer husus Siyasi Partiler Kanunu'nda yer alan ihtar müeyyidesine ilişkindir. Siyasi Partiler Kanunu m. 104/f.2.'ye göre

⁵⁹⁴ Nitekim 2008 yılında Adalet ve Kalkınma Partisi'ne karşı laikliğe aykırı fiillerin odağı haline geldiği gerekçesiyle açılan kapatma davasında Türk Anayasa Mahkemesi partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiğine hükmetmiş ancak partinin kapatılması yerine devlet yardımının yarısından yoksun bırakılmasına karar vermiştir. Karar için bkz., AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 2008/1, K. 2008/2, K.T. 30.7.2008.

bir siyasi parti, kanunun 101. maddesi dışındaki yasaklarına aykırı hareket ederse o partiye Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından ihtar kararı verilebilir. Kanunun 101. maddesi anayasada yer alan yasakları tekrar etmektedir. Buna göre bir siyasi parti anayasadaki yasakları ihlal ederse o parti hakkında kapatma ya da devlet yardımından yoksun bırakma kararı verilebilecekken, anayasadaki yasaklar dışında Siyasi Partiler Kanunu'nda yer alan yasakları ihlal eden bir parti hakkında sadece ihtar kararı verilebilecektir. Siyasi Partiler Kanunu'nda yer alan bu ihtar tedbiri demokrasi düşmanı siyasi partiler için etkili bir müdahale aracı değildir. Zira bu ihtarla rağmen Siyasi Partiler Kanunu m. 101 dışındaki hükümlere muhalefet eden partilere yapılacak başka bir tedbir bulunmamaktadır. Kanaatimizce yukarıda da belirtildiği üzere anayasada siyasi partiler için var olan yasakların kapsamını genişleten ve yeni yasaklar getiren Siyasi Partiler Kanunu'ndaki söz konusu anayasaya aykırı yasakların ve bu yasaklar için öngörülen ihtar tedbirinin kaldırılması gerekmektedir.

2.3.2.3.2. Dernek Yasakları

T.C. Anayasası m. 33'te dernek kurma hürriyetini düzenlenmektedir. Hükmün ilk fıkrasında herkesin bir dernek kurma, bir derneğe üye olmaya ya da ayrılmaya hakkı olduğu düzenlenmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında ise bir derneğin; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller ise yasakoyucuya bırakılmıştır. Söz konusu düzenleme bu haliyle demokratik düzeninin korunmasına yönelik olarak siyasi derneklere yönelik herhangi bir yasak ve bu yasağı ihlal eden dernekler için bir anayasal tedbir getirmemiştir⁵⁹⁵. Sadece derneklerin bir takım

⁵⁹⁵ T.C. Anayasası m. 33'te 1995 yılına değin derneklerin siyasi aktivitelerde bulunması tamamen yasaklanmıştı. O dönem söz konusu hükmün 4. fıkrası şu şekildeydi: "Dernekler ... siyasi amaç güdemezler, siyasî faaliyette bulunamazlar, siyasî partilerden destek göremez ve onlara destek olamazlar, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemezler.". Söz konusu bu hüküm 1995 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile ilga edilmiştir. Bkz., 23/7/1995 Tarihli ve 4121 Sayılı Kanun; Söz konusu kanunun m. 33/f.4'ü ilga eden maddenin gerekçesinde siyasi dernekler ve bunların önemi konusunda şu ifadeler kullanılmıştır: "... derneklerin kendi amaçları doğrultusunda faaliyet gösterirken siyasi iktidar mücadelesine katılma işlevine sahip olmadıkları açıktır. Bununla beraber, toplum içindeki her faaliyetin siyasi iktidar mücadelesi ile ilişkili olduğu ve bu mücadeleyi etkilediği aynı derecede doğrudur. Bu bağlamda, bir derneğin siyasi iktidarın ve iktidardaki veya muhalefetteki siyasi partilerin faaliyetlerini dernek olarak kendi amaçlarına yardımcı olup olmadığı hususunda beğenmeleri veya eleştirmeleri tamamıyla normal olup, bu beğeni veya eleştirilerden Hükümetin, Meclisin ve seçmen topluluğunun şu veya bu yönde etkilenmesi de doğaldır. Bunun gibi, derneklerin bu çerçeve içinde diğer derneklerle, siyasi

genel sebeplere binaen sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Son olarak söz konusu yasal düzenlemelere aykırı hareket eden derneklerin kapatılmasına mahkemelerin karar vereceği ancak sınırlı durum ve belli şartlarda idari mercilerin de kapatma kararı verebileceği hüküm altına alınmıştır.

2.3.2.4. Değerlendirme

T.C. Anayasası, Federal Almanya Anayasası gibi geçmiş diktatörlüklere ya da demokraside yaşanan acı deneyimlere karşı bir tepki anayasası değildir. Buna rağmen 1980 darbesi sonrası asli kurucu iktidar, demokratik düzeni koruyacak önemli düzenlemeler ihdas etmiştir. Bu düzenlemelerle militan demokrasi anlayışı T.C. Anayasası'nda benimsenen bir demokrasi anlayışı olmuştur.

Anayasada demokratik düzeni korumaya yönelik ilk düzenleme değiştirilemez madde hükmüdür. Söz konusu hükümde her ne kadar açıkça demokratik düzen kavramı geçmese de devletin demokratik Cumhuriyet olan devlet yapısı ile insan haklarına saygılı devlet anlayışı gibi bir takım ilke ve esasların koruma altına alınmasıyla demokratik düzenin koruma altına alındığı kabul edilmelidir. Buna göre tali kurucu iktidar anayasanın 175. maddesindeki anayasa değişikliğine ilişkin şartlara riayet ederek devletin demokratik düzenini ortadan kaldıracak ya da ona zarar verecek değişiklikler yapamayacaktır. Bu sebeple militan demokrasi anlayışının bir aracı olarak değiştirilemez madde hükmünün T.C. Anayasası'nda mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

T.C. Anayasası'nda demokratik düzeni koruyan bir diğer araç siyasi parti yasaklarıdır. Anayasanın 68 ve 69. Maddelerinde düzenlenen siyasi parti yasakları ile anayasakoyucu devletin demokratik cumhuriyet yapısı ile demokratik düzen kapsamında tespit edilen birçok ilke ve esaslara aykırı hareket eden siyasi partilerin kapatılacağını düzenlemiştir. Böylece T.C. Anayasası militan demokrasi anlayışının bir diğer aracı olan siyasi parti yasaklarını da benimsemiş bulunmaktadır. Belirtilmesi gereken bir husus var ki bir siyasi partinin, daha çok devletin siyasi yapısını ilgilendiren devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ihlal nedeniyle kapatılması durumunda bunun militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. T.C. Anayasası'na göre bir siyasi

partilerle, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla ortak harekete girişmeleri de olağandır. Bu gerekçeyle esasen uygulanmasına imkân olmayan dördüncü fıkradaki bu yasakların kaldırılması tamamiyle yerindedir.”. Bkz., Yılmazoğlu ve Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 191.

partinin kapatılabilmesi için m. 68/f.4'te yer alan ilkelere aykırılığın odağı haline gelmesi gerekmektedir. Ancak bu şart gerçekleşse dahi parti hakkında kapatma kararı yerine hazine yardımından yoksun bırakma tedbiri uygulanabilmektedir. Yine SPK'da siyasi partilere ihtar müeyyidesi düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerin militan demokrasi anlayışı çerçevesinde demokratik düzeni koruyabilecek etkili tedbirler olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında bakıldığında ise demokrasinin korunması ve bu yüzden siyasi partilerin kapatılması gerekliliğinin sıkça vurgulandığı görülmektedir. Örneğin mahkeme bir kararında partilerin kapatılma gerekçesini şu sözlerle açıklamaktadır⁵⁹⁶: “Demokratik yaşamı tehdit eden, ondan yoksun kalmaya yol açacak eylemlere girişen veya bu tür amaçları taşıyan siyasal partilerin kapatılmaları doğal karşılanmalıdır. Tersine düşünce, başka biçim ve adla gerçekleştirilmesi olanaksız sakıncalı amaçların siyasal parti kimliğiyle gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur.” Anayasa mahkemesi başka bir kararında ise militan demokrasi anlayışının ruhuna uygun olarak “Amaçlarına ulaşmak için demokrasi ile hak ve özgürlükleri araç olarak kullandıkları kanıtlanan siyasi partilerin; bu eylemleri nedeniyle kapatılmalarında yukarıda belirtilen Anayasa ve ulusalüstü kurallara aykırılık yoktur.” ifadelerini kullanmıştır⁵⁹⁷. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin kapatılmasını düzenleyen anayasanın 68 ve 69. hükümlerine bakış açısı ise şu şekildedir⁵⁹⁸: “... Bu düzenlemelerle, temel hak ve özgürlükler arasında öncelikli bir yere sahip olan düşünceyi açıklama özgürlüğünün örgütlü biçimde yaşama geçirilmesinde önemli bir yere sahip olan siyasi partilere, Anayasal güvence en geniş biçimiyle sağlanırken, onların varlık nedeni olan demokratik rejimin, korunması ve devamı ile tüm kurum ve kurallarıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için kimi sınırlamalar getirilmesi gerekli görülmüş, bu sınırlamalara uyulmamasının yaptırımı ise 69. maddede düzenlenmiştir.”. Anayasa Mahkemesi söz konusu düşüncelerle birlikte militan demokrasi anlayışını her ne kadar ismen zikretmese

⁵⁹⁶ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998; Anayasa Mahkemesi'nin benzer yönde görüşleri için bkz. AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1992/1, K. 1993/1, K.T. 14.7.1993; Benzer yönde görüşleri için bkz., AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1993/2, K. 1993/3, K.T. 30.11.1993; AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1992/2, K. 1994/1, K.T. 10.2.1994; AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1993/3, K. 1994/1, K.T. 10.2.1994; E. 1995/1, K. 1996/1, K.T. 19.3.1996.

⁵⁹⁷ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

⁵⁹⁸ AnyMahk. (Siyasi Parti Kapatma), E. 2003/21, K. 2003/13, K.T. 1.4.2003.

de⁵⁹⁹ Türk Anayasal düzeninde varlığını kabul etmiş bulunmaktadır. Nitekim mahkemenin demokratik düzen kapsamında yukarıda tespit edilen ilkeleri ihlal ettiği gerekçesiyle yani militan demokrasi anlayışı çerçevesinde birçok siyasi kapatma kararı bulunmaktadır⁶⁰⁰. Türk Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu ve yukarıda değinilen kararlardan yola çıkılarak şu tespitler yapılabilir:

- Türk Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar daha çok laiklik ilkesini ihlal ile devletin ülkesiyle ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal eden partiler etrafında şekillenmiştir.

- Türk Anayasa Mahkemesi kapatma kararlarında anayasaya aykırı olan SPK hükümlerine sıkça başvurmuştur. Örneğin parti programları ve eylemleri anayasaya aykırı olmasa dahi komünist ibaresini parti isminde taşıdığı için TBKP kapatılmıştır. Daha sonra anayasa ve SPK'da yapılan düzenlemelerle parti kapatma sadece anayasadaki yasaklarla sınırlı kalmıştır.

- Türk Anayasa Mahkemesi kapatma davalarında partilerin demokratik düzene zarar verme yani başarı potansiyellerini dikkate almamıştır.

- Türk Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma tedbirine son çare olarak başvurmamış, alternatif tedbirlere yönelmemiştir. Ancak mahkeme 2008 yılında Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) hakkında açılan kapatma davasında laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiğini tespit ettiği partinin kapatılması yerine hazine yardımının kesilmesine hükmetmiştir.

Türkiye, kapatılan siyasi partiler sayısı bakımından dünya genelinde ilk sıralardadır. Ancak belirtmek gerekir ki Türk Anayasa Mahkemesi'nin demokratik düzeni korumak adına vermiş olduğu bu kapatma kararlarında demokratik düzeni korumak

⁵⁹⁹ Anayasa Mahkemesi kararlarında militan demokrasi kavramını kullanmasa da Refah partisi davasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı "mücadeleci demokrasi" kavramı ile militan demokrasi anlayışına başvurmuştur. Başsavcılık söz konusu yargılamada öncelikle militan demokrasi anlayışının kısa bir tarihçesinden bahsetmiş daha sonra militan demokrasi anlayışını uygulayan ülkelerden ve AİHM'in yaklaşımından örnekler vermiş ve parti kapatmanın gerekliliği üzerinde durmuştur. Davalı Refah Partisi ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın militan demokrasi anlayışı yaklaşımına karşılık militan demokrasi anlayışının İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ertesindeki atmosfere bağlı olarak ve Almanya'ya özgür şartlar çerçevesinde ortaya çıktığını savunarak, söz konusu dava çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini iddia etmiştir; Benzer şekilde Fazilet Partisi davasında da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı iddialarını gerekçelendirirken militan demokrasi anlayışını argüman olarak ileri sürmüştür. AnyMahk., E. 1999/2, K. 2001/2, K.T. 22.6.2001.

⁶⁰⁰

saikiyle hareket edip etmediği meselesi yani kararların meşruiyeti Türk Anayasa hukuku ve siyaset bilimi doktrinde her zaman tartışma konusu olmuştur. Bu konu hakkında değerlendirme, mahkeme kararlarının herbirinin detaylı bir analizini gerektirecek olup bunun çalışmanın maksadı ve amacını aşacağı açıktır. Diğer taraftan Türkiye’de siyasi parti yasakları tedbirine 2008 yılında AKP hakkında açılan parti kapatma davası sonrasında başvurulmamıştır. Daha sonraki süreçte siyasi partilerin kapatılmasının zorlaştırılması noktasında teşebbüste bulunulmuşsa bu gerçekleşmemiştir⁶⁰¹. Buna mukabil Türk kamuoyunda dönem dönem kimi siyasi partilerin kapatılması konusu gündeme gelmeye devam etmektedir⁶⁰².

Militan demokrasi anlayışının bir diğer anayasal aracı olan dernek yasakları T.C. Anayasası’nda yer almamaktadır. Anayasada açıkça dernek kurma hürriyeti tanınsa da demokratik düzeni özellikle demokrasi düşmanı siyasi derneklere karşı koruyacak bir anayasal tedbir öngörülmemiş, konu yasakoyucuya bırakılmıştır. Dolayısıyla T.C. Anayasası’nda militan demokrasi anlayışının dernek yasakları çerçevesinde mevcut olmadığı söylenmelidir.

Sonuç olarak T.C. Anayasası’nda demokratik düzen hem değiştirilemez maddeler hükmü hem de siyasi parti yasakları ile şüphe götürmez ve kapsamlı bir şekilde korunmaktadır. Uygulamaya da yansıyan bu durum T.C. Anayasası’nda tıpkı Federal Almanya Anayasası’nda olduğu gibi güçlü bir militan demokrasi anlayışının var olduğunu göstermektedir.

⁶⁰¹ 2010 yılında TBMM’ye gelen bir anayasa değişikliği teklifinde siyasi partiler hakkında kapatma davasının, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın talebi üzerine, TBMM’de grubu bulunan her siyasi partinin 5’er üye ile temsil edildiği bir komisyonun üye tam sayısının üçte 2 çoğunluğu ve gizli oyla vereceği izin üzerine açılması öngörülmüyordu. Ancak değişiklik teklifi TBMM tarafından kabul edilmemiştir. Bkz., Hürriyet, “Parti kapatma maddesine ret”, 03.05.2010. (Erişim Tarihi: 17.02.2020) <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/parti-kapatma-maddesine-ret-14607511>

⁶⁰² Bu yönde basında çıkan haberlerden birkaçı için bkz., Amerikanın Sesi, “Bahçeli: ‘HDP Kapatılsın’, 11.12.2020. (Erişim Tarihi: 10.01.2021) <https://www.amerikaninsesi.com/a/bahceli-hdp-kapatilsin/5696111.html>; Sputnik, “İki ismin vekillığının düşürülmesi başlangıç, HDP’ye kapatma davası açılmalı”, 08.06.2020. (Erişim Tarihi: 10.08.2020) <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202006081042210768-perincek-iki-ismin-vekilliginin-dusurulmesi-baslangic-hdpye-kapatma-davasi-acilmali/>

2.3.3. Fransa Anayasası

2.3.3.1. Genel Olarak

Fransa anayasacılık tarihinde ülkedeki iç karışıklıklar ve savaşlar nedeniyle bir türlü istikrar yakalanamamıştır⁶⁰³. 1791 Fransa Anayasası Fransız Devriminin akabinde, Avrupa’da yürürlüğe giren ikinci anayasa (Polonya Anayasası’ndan sonra) olmasına rağmen, bu anayasadan sonra on beşe yakın yeni anayasa yapıp yürürlüğe girmiştir. Ancak buna rağmen Fransa’nın, Fransız devrimiyle başlayan demokrasi geleneğini kesintiyle uğramadan anayasal boyutta devam ettirdiği kabul edilmektedir⁶⁰⁴.

Fransa’da yürürlükte olan anayasa V. Cumhuriyet Anayasası olarak da bilinen 1958 Anayasası’dır⁶⁰⁵. Söz konusu Anayasa 1958 yılında Fransa’da artan iç karışıklıklar özellikle Cezayir ayaklanmaları neticesinde kendisine ülkede istikrarı sağlama görevi verilen Charles de Gaulle tarafından hazırlanmış ve anayasa halkoylamasında %80 civarında bir oyla kabul edilmiştir. 1958 Anayasası’nda demokratik ilkeler ve temel haklar önemli bir yer tutmaktadır. Anayasanın ilk maddesinde devletin laik, demokratik bir Cumhuriyet olduğu düzenlenmekte ve kanun önünde eşitlik ilkesine vurgu yapılmaktadır. Anayasanın egemenlik kenar adını taşıyan birinci başlığın 2. maddesinde “halkın, halk tarafından ve halk için yönetimidir” şeklinde demokrasi tanımı yer almaktadır⁶⁰⁶. 3. maddede ise egemenliğin halka ait olduğu açıkça vurgulanmaktadır. Bu düzenlemelerle beraber Fransız Anayasası’nın demokratik bir düzene sahip olduğu söylenebilir.

2.3.3.2. Değiştirilemez Maddeler Hükmü

Fransız Anayasası m. 89’da anayasa değişikliği konusu düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin beşinci fıkrasında değiştirilemez madde hükmü yer almaktadır⁶⁰⁷.

⁶⁰³ Claire-Lise Buis, “France”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 75.

⁶⁰⁴ Klamt, *Die Europäische Union*, 85.

⁶⁰⁵ 1958 Fransa Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçe’ye çevrilmiştir. 1958 Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz., T.C. Adalet Bakanlığı, *Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin anayasaları: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya* (çev. Belirtilmemiş), <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>, Erişim Tarihi: 04.03.2020, ss. 169-207.

⁶⁰⁶ T.C. Adalet Bakanlığı (Fransa Anayasası), 173.

⁶⁰⁷ Fransa Anayasa m. 89/f.5 hükmü şöyledir: “Hükümetin Cumhuriyet niteliği değişiklik konusu yapılamaz.”. Bkz., T.C. Adalet Bakanlığı (Fransa Anayasası), 205.

Hükme göre devletin Cumhuriyet olan devlet şekli anayasa değişikliğine konu yapılamamaktadır⁶⁰⁸. Burada açıkça Cumhuriyetin korunmasından bahsedilmiş demokratik düzenin korunmasından bahsedilmemiştir. Devletin şekline ilişkin getirilen bu düzenlemenin demokratik düzeni kapsayıp kapsamadığı yani bu hükümle demokratik düzenin de koruma altına alınıp alınmadığı meselesi doktrinde tartışmalıdır⁶⁰⁹. Doktrinde bir görüş Cumhuriyet kavramının kapsamına demokrasiyi dahil etmemekte ve pozitivist bir yaklaşımla Cumhuriyeti sadece monarşinin tersi bir kavram olarak ele almaktadır⁶¹⁰. Buna karşın doktrinde hakim görüş Anayasanın ilk maddesinde devletin demokratik bir Cumhuriyet olduğunu açıkça vurgulayan hükmüne atıfta bulunarak değiştirilemez madde kapsamına demokrasiyi de dahil etmektedir⁶¹¹. Buna göre maddede zikredilen Cumhuriyet kavramı, sadece monarşinin ya da aristokrasinin değil aynı zamanda otoriter rejimlerin de zıttı olarak demokrasiyi de ifade eder⁶¹². Gerçekten de anayasakoyucunun anayasada anayasa değişikliği yoluyla bir monarşinin getirilmesini yasaklayıp buna karşın anayasa değişikliği yoluyla anti-demokratik bir rejime izin vermesi çok tutarlı bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla devletin “demokratik Cumhuriyet” yapısının soyut bir Cumhuriyet kavramı olarak ele alınmaması daha tutarlı gözükmektedir. Sonuç olarak Fransa Anayasası’nda açıkça zikredilmese de demokratik düzenin değiştirilemez madde ile koruma altına alındığı söylenebilir.

2.3.3.3. Örgütlenme Yasakları

Fransız Anayasası m. 4’te siyasi partilere ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. M. 4/f.1, c.1’de siyasi partilerin ve siyasal grupların oy vermenin tecellisine katkıda bulunacağı kabul edilmekte ve m. 4/f.1, c. 2’de ise siyasi partilerin serbestçe kurulacağı ve serbestçe faaliyette bulunacağı düzenlenmektedir. Böylece Fransız Anayasası siyasi partilere ilişkin anayasal bir güvence getirmektedir. Anayasa m. 4/f.1,c.3’te ise siyasi partilerin egemenlik ve demokrasi ilkelerine saygı göstermek zorunda oldukları düzenlenmektedir. Ancak bu düzenleme de dâhil olmak üzere⁶¹³ anayasada demokratik

⁶⁰⁸ Söz konusu düzenlemenin hem III. Cumhuriyet hem de IV. Cumhuriyet Anayasalarında da olduğu yönünde bkz., Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 114.

⁶⁰⁹ Fransız doktrinindeki söz konusu tartışmalar için bkz., Buis, “France”, 81-84.

⁶¹⁰ Bu görüşte olan yazarlar için bkz., Buis, “France”, 82, dn. 13’te zikredilen yazarlar.

⁶¹¹ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 162.

⁶¹² Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 162.

⁶¹³ Anayasa m. 4/f.1, c.3’te siyasi partilere ilişkin demokratik ilkelere saygı yükümlülüğünün Fransız doktrininde siyasi parti yasakları için bir temel olup olmadığı tartışılmış, hatta söz konusu hüküm

düzene düşman olan siyasi partilere yönelik olarak herhangi bir yasak, bir tedbir öngörülmüş değildir⁶¹⁴. Fransız Anayasası 1958 yılında yürürlüğe girerken özellikle komünist partilere yönelik olarak bir takım anayasal tedbirlerin getirilmesi önerilse de bu öneri kabul edilmemiş ve siyasi partilere ilişkin anayasal hüküm bu haliyle kalmıştır⁶¹⁵.

Fransız Anayasası'nda ayrıca siyasi partiler dışında genel olarak derneklere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki düzenlemeler yasakoyucuya bırakılmıştır.

Sonuç olarak Fransa Anayasası'nda siyasi partiler de dâhil olmak üzere demokratik düzeni korumak adına siyasi örgütlenmelere ilişkin herhangi bir anayasal tedbir yer almamaktadır. Ancak bu Fransa demokrasisinde, demokratik düzenin siyasi örgütlenmelere karşı korunmadığı anlamına gelmemektedir. Bu noktada hem siyasi partiler hem de dernekler açısından alınacak tedbirler kanunla düzenlenmiştir⁶¹⁶. Nitekim 1901 yılında yürürlüğe girmiş olan bir dernekler yasası bulunmaktadır⁶¹⁷.

potansiyel bir militan demokrasi anlayışı hükmü olarak nitelendirilmiştir. Ancak Fransız doktrininde kabul gören görüş söz konusu düzenlemenin militan demokrasi anlayışı aracı olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir. Bu yönde bkz., Klamt, *Die Europäische Union*, 86.

⁶¹⁴ Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 157; Klamt, *Die Europäische Union*, 87; Küçük, *Siyasi Partiler*, 32; Buis Fransız anayasakoyucunun siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin bu çekinceli tavrını anayasanın başındaki isim olan lider de Gaulle'nin mevcut siyasi ortama duyduğu güvensizliğe bağlamaktadır. Bkz., Buis, "France", 89.

⁶¹⁵ Buis, "France", 89; Anayasa komisyonunda söz konusu öneri ve bu öneri üzerine yapılan tartışmalar için bkz., Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 158 vd.

⁶¹⁶ Anayasada örgütlenmelere ilişkin tedbirlerin yasada düzenleneceğine dair bir atıf hükmü yer almamaktadır. Ancak bu noktada bir ihtilaf söz konusu değildir, zira konuyla ilgili yasa çıkarılmıştır. Bkz., Klamt, *Die Europäische Union*, 88; Fransa'da dernek yasakları ve uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz., Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 163 vd; Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 142-151.

⁶¹⁷ Fransa'da 1901 yılında yürürlüğe giren ve 1936 yılında önemli değişiklikler geçiren söz konusu dernekler yasasının siyasi partileri de kapsadığı kabul edilmektedir. Bu yasaya göre siyasi partiler de dahil olmak üzere derneklerin devletin ülke bütünlüğüne ve Cumhuriyet olan devlet şekline saldırma niyetinde olması durumunda kapatılmasına idari makamlar tarafından karar verilebilmektedir (m. 3). Bu kararlara karşı *Conseil d'Etat*'a temyiz başvurusu yapılabilir. Bunun yanında devlet başkanı da bir siyasi partinin feshine karar verebilmektedir. Söz konusu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten günümüze birçok siyasi hareket hakkında kapatma kararı verilmiştir. Bunların sonuncusu Ağustos 2002 yılında devlet başkanı Jacques Chirac'ın aşırı sağ *Unité Radicale* adlı örgütü kapatması kararıdır. Söz konusu yasa kapsamında derneklere ilişkin alınacak tedbirler önleyici değildir. Bu noktada dernekler tarafından verilen devletin bütünlüğüne ve Cumhuriyet olan devlet şekline yönelik bir zararın mevcudiyeti aranır. Geçmişten günümüze birçok kez uygulanan örgütlenme yasakları idare tarafından kötüye kullanıldığı gerekçesiyle Fransız doktrini tarafından eleştirilmekte ve söz konusu yasakların anayasal düzeyde olması gerektiği savunulmaktadır. Fransa'da söz konusu yasa kapsamında uygulanan yasaklar ve bunların militan demokrasi kapsamında değerlendirmesi için bkz., Buis, "France", 89-91.

2.3.3.4. Değerlendirme

Yukarıda anlatılan Fransız Anayasası'ndaki düzenlemeler ışığında Fransa Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının çok sınırlı bir şekilde var olduğu kabul edilmelidir. Fransa Anayasası'nı militan demokrasi anlayışına yaklaştıran tek argüman değiştirilemez madde ile cumhuriyetin korunmasıdır. Her ne kadar doktrinde farklı görüşler olsa da cumhuriyet kavramının kapsamına demokrasinin de girdiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan Fransız Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının aracı olarak değerlendirebileceğimiz siyasi örgütlenmelere ilişkin herhangi bir yasak düzenlenmemiştir. Sonuç olarak Fransa Anayasası açısından militan demokrasi anlayışı sınırlı bir şekilde varlık arz eden, yabancı bir kavramdır. Öyle ki bugün militan demokrasi anlayışının birçok dilde karşılığı olmasına rağmen Fransızca'da bir karşılığı bulunmamakta, konu Fransız doktrinde akademik tartışma konusu yapılmamaktadır⁶¹⁸.

2.3.4. İtalya Anayasası

2.3.4.1. Genel Olarak

Militan demokrasi anlayışının doğmasına sebep olan gelişmelerden birinin İtalya'da Mussolini ile faşizmin demokratik yollarla iktidara gelişi olduğu yukarıda anlatıldı. Gerçekten de Birinci Dünya Savaşı sonrasında Benito Mussolini ve Ulusal Faşist Parti ülkenin içinde bulunduğu iç karışıklığı fırsat bilerek demokrasiyi bir sıçrama tahtası olarak kullanmış ve demokratik düzeni faşist diktatörlüğe çevirmeyi başarmıştır. Ancak ülke Almanya ile aynı kaderi paylaşmış ve sebep oldukları İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1948 Anayasası'yla⁶¹⁹ birlikte demokrasiye geri dönüş yapmıştır⁶²⁰.

İtalyan Anayasası da devletin demokratik bir Cumhuriyet olduğu yönündeki hükümle başlamaktadır. İlk maddenin ikinci fıkrasında ise “Egemenlik halka aittir ve halk bu egemenliği Anayasanın şekilleri ve sınırları içinde kullanır.” hükmü yer almaktadır⁶²¹.

⁶¹⁸ Buis, “France”, 76.

⁶¹⁹ 1948 İtalya Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir. 1958 Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz., T.C. Adalet Bakanlığı, *Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin anayasaları: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya* (çev. Belirtilmemiş), <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>, Erişim Tarihi: 04.03.2020, ss. 319-353.

⁶²⁰ Chiara Maria Pacini and Daniela Romée Piccio, “Party Regulation in Italy and its effects”, *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, 26 (2012): 1.

⁶²¹ T.C. Adalet Bakanlığı (İtalya Anayasası), 323.

Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin, insanın dokunulmaz temel haklarını tanıyacağı; 3. maddesinde ise kanun önünde eşitlik ilkeleri kabul edilmiştir. Bunlar dışında İtalyan Anayasası vatandaşlarına genel oy hakkı tanımış, nispi temsil sistemini getirmiş, parlamentoyu güçlendirmiştir⁶²². Bu düzenlemelerle birlikte İtalyan Anayasası'nın demokratik bir düzen kurduğu kabul edilmelidir.

2.3.4.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü

İtalyan Anayasası'nda değiştirilemez maddeler hükümü 139. maddede düzenlenmiştir. Maddede devletin Cumhuriyet olan devlet şeklinin anayasa değişikliğine konu olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm bu haliyle Fransa Anayasası m. 89/5 hükmüyle benzerlik arz etmektedir. Tıpkı Fransa Anayasası'nda olduğu gibi İtalya Anayasası'na ilişkin olarak da doktrinde Cumhuriyet kavramının demokrasiyi kapsayıp kapsamadığı diğer bir ifadeyle değiştirilemez maddeler ile demokratik düzenin korunup korunmadığı tartışması vardır. Doktrinde hakim görüş haklı olarak (tıpkı Fransa anayasası m. 89/5 hükmü için belirtildiği üzere) Cumhuriyet kavramının sadece monarşi karşıtı bir devlet şekli olarak ele alınamayacağı aynı zamanda demokrasiyi de kapsadığını ileri sürmektedir⁶²³. Zira İtalya Anayasası'nın ilk maddesinde devlet şeklinin “demokratik” bir Cumhuriyet olduğu vurgulanmakta ve demokrasi ile Cumhuriyet arasında anayasada bir bağ kurulmaktadır⁶²⁴. Diğer taraftan bu görüşte olan yazarlara göre anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyet kavramının kapsamına ilişkin yaklaşımla anayasanın Cumhuriyeti salt bir devlet şekli olarak anlamadığı ve demokrasiyle ilişkilendirdiği varsayımını ileri sürmektedir⁶²⁵. Bu sebeple Cumhuriyet ilkesinin değiştirilemez ilke olarak kabulü, sadece monarşi ya da aristokrasinin değil aynı zamanda demokrasinin zıttı olarak diktatörlüklerin ve totaliter rejimlerin de gelmesini

⁶²² Pacini and Piccio, “Party Regulation in Italy”, 1.

⁶²³ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 189; Thiel, “Comperative Aspects”, 393-394; Cumhuriyet prensibinin, dolaylı olarak demokratik düzeni de koruduğu ve anayasanın demokratik kurumları da ihtiva eden genel ilkeleriyle (m. 1-12) bağlantılı olduğu yönünde bkz., Klamt, “Militant Democracy”, 143.

⁶²⁴ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 189; Klamt, *Die Europäische Union*, 95.

⁶²⁵ Klamt, *Die Europäische Union*, 95.

engellemektedir⁶²⁶. Sonuç olarak İtalyan Anayasası'nda açıkça olmasa da demokratik düzeninin değiştirilemez madde hükmüyle güvence altına alındığı kabul edilmektedir⁶²⁷.

2.3.4.3. Örgütlenme Yasakları

2.3.4.3.1. Siyasi Partilere İlişkin Yasaklar

İtalyan Anayasası'nın 49. maddesinde siyasi partilere ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. İtalya Anayasası bu düzenlemeyle birlikte kurumsal olarak siyasi partileri anayasaya dâhil eden ilk batı Avrupa ülkesidir⁶²⁸. Söz konusu düzenleme tek fıkradan oluşmakta ve bu fıkroda siyasi parti kurma hakkı şu şekilde ifade edilmektedir: “Her vatandaş, demokratik yollarla ulusal politikaların belirlenmesine katkıda bulunmak amacıyla serbestçe parti kurma hakkına sahiptir.”⁶²⁹. İtalya Anayasası bu düzenlemeyle birlikte modern demokrasilerin en önemli aktörlerinden olan siyasi partileri anayasal güvence altına almış ve siyasi partilere verdiği önemi göstermiştir. Ancak söz konusu hüküm dışında anayasada genel olarak siyasi parti rejimine ilişkin herhangi bir başka düzenleme⁶³⁰ yer almamaktadır⁶³¹. Buna paralel olarak anayasada siyasi partileri sınırlandıran ya da yasaklayan herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Anayasanın 49. maddesinde siyasi partilerin ulusal politikaların belirlenmesine “demokratik yollarla” katılacağı zikredilmesine karşın partilerin mutlaka “demokratik amaçlar” taşıması gerektiği vurgulanmamıştır. Bu sebeple doktrinde hâkim görüş, Anayasanın 49. maddesi kapsamında anti-demokratik hareketler için de olsa herhangi bir sınırlama ya da tedbirin söz konusu olmadığı yönündedir⁶³². Nitekim uygulamada da aşırılıkçı rejimlere oldukça

⁶²⁶ Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 189; Klamt, *Die Europäische Union*, 95.

⁶²⁷ Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 189; Klamt, *Die Europäische Union*, 95; Buna karşın doktrinde İtalya Anayasası, devletin Cumhuriyet olan devlet şekli dışında her türlü anayasa değişikliğine açık bir anayasa olduğu, anayasada öngörülen politik çoğulculuğun çok geniş kapsamlı olduğu ve bunlara bağlı olarak başta Weimar Anayasası olmak üzere tarihi tecrübeleri yeteri kadar yansıtmadığı noktasında eleştirilmektedir. Bu yöndeki görüşler için bkz., Klamt, “Militant Democracy”, s.143.

⁶²⁸ Klamt, *Die Europäische Union*, 94; Klamt, “Militant Democracy”, 143.

⁶²⁹ T.C. Adalet Bakanlığı, 331.

⁶³⁰ Anayasada siyasi partilerle ilişkilendirilebilecek diğer düzenleme ise Anayasada m. 98'de güvenlik güçlerinin siyasi parti üyeliklerine sınırlama getirilebileceğine ilişkin düzenlemedir.

⁶³¹ Anayasa m. 49 hükmünde açıkça bir uygulama yasasına atıf yapılmasa da doktrinde söz konusu hükmün parti yasası çıkarılmasına engel teşkil etmeyeceği savunulmaktadır. Bkz., Klamt, *Die Europäische Union*, 97-98; İtalya'da yürürlükte bir siyasi parti yasası da bulunmamaktadır. Bkz., Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 185; Pacini and Piccio, “Party Regulation in Italy”, 1.

⁶³² Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 186, 188; Klamt, *Die Europäische Union*, 97-98; Klamt, “Militant Democracy”, 144; İtalya'da anayasa m. 49 hükmüyle demokrasi düşmanlarının yasaklandığı yönünde farklı gerekçelere dayanan azınlık görüşleri bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak doktrinin

müsamahalı davranılmıştır. Böylece Neo-faşist nitelikteki siyasi partilerle⁶³³ demokrasi taraftarı olmayan komünist partiler⁶³⁴ girdikleri seçimlerde önemli oy oranları elde ederek temsilciler meclisine ve senatoya girebilmiştir.

İtalya Anayasası'nda siyasi partilere ilişkin genel bir yasak olmasa da Anayasanın geçici XII. maddesinde dikkat çekici bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre İkinci Dünya Savaşı öncesi Mussolini önderliğinde İtalya'da totaliter bir diktatörlük kuran Ulusal Faşist Parti herhangi bir şekilde yeniden kurulamayacaktır⁶³⁵. Burada Ulusal Faşist Parti'nin ideolojisini taşıyacak herhangi bir partinin kurulması durumunda kapatılabileceği ifade edilmektedir⁶³⁶. Ancak günümüze değin bu yasağa istinaden kapatılmış bir faşist parti söz konusu değildir⁶³⁷. Yukarıda da belirtildiği üzere aşırı sağ ve faşist hareketlerin seçimlerde önemli başarılar elde ettiği dikkate alınırsa söz konusu düzenlemenin etkin bir şekilde uygulandığı söylenemez⁶³⁸. Diğer taraftan söz konusu yasak sadece faşizm ile sınırlıdır⁶³⁹. Faşizm dışındaki aşırılıkçı hareketler söz konusu yasak kapsamında değerlendirilemeyecektir⁶⁴⁰.

farklı görüşleri için bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 187-188; Klamt, *Die Europäische Union*, 97.

⁶³³ Örneğin kısa adı MSI-DN olan Movimento sociale Italiano-Destra Nazionale (İtalyan Sosyal Hareketi) isimli neo-faşist parti ülke için girmiş olduğu birçok seçimde hem temsilciler meclisinde hem de Cumhuriyet senatosunda %10'lara varan oy oranlarına ulaşarak milletvekili çıkarmayı başarabilmiştir. Bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 185; Parti hakkında bkz. Wikipedia, Italian Social Movement, https://en.wikipedia.org/wiki/Italian_Social_Movement?oldformat=true, Erişim Tarihi: 01.02.2020.

⁶³⁴ Örneğin kısa adı PCI olan Partito Comunista Italiano (İtalyan Komünist Partisi) demokratik değerlere bağlı olmadığı dönemlerde dahi ülkede %30'lari aşan oylar almış ve birçok kez temsilciler meclisinde en yüksek oy alan ikinci parti olmayı başarabilmiştir. Bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 186-187; Parti hakkında bkz., Wikipedia, Italian Communist Party, https://en.wikipedia.org/wiki/Italian_Communist_Party?oldformat=true, Erişim Tarihi: 01.02.2020.

⁶³⁵ Müller, "Militant Democracy", 1261; Niesen, "Anti-extremism", 83.

⁶³⁶ İtalya Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında Faşizmin savunulması ya da desteklenmesini anayasal düzene saldırı teşkil edeceği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmaktadır. Karar için bkz., Stefano Ceccanti and Francesco Clementi, "Italy", in *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 212, dn. 12.

⁶³⁷ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 185.

⁶³⁸ Klamt, *Die Europäische Union*, 98.

⁶³⁹ Bu sebeple İtalya Anayasası'nın siyasi partiler açısından anti-faşist olmakla birlikte anti-totaliter olmadığı kabul edilmektedir. Bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 188; Klamt, *Die Europäische Union*, 98.

⁶⁴⁰ Klamt, *Die Europäische Union*, 98; Niesen, "Anti-extremism", 83.

2.3.4.3.2. Derneklere İlişkin Yasaklar

İtalyan Anayasası m. 18/f.1’de dernek kurma hürriyeti “Ceza Kanunu’nun bireylere yasaklamadığı amaçlar için, vatandaşlar izin almadan, serbestçe dernek kurma hakkına sahiptir”⁶⁴¹ şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükümle anayasal güvenceye alınan dernek kurma hürriyetinin sınırı olarak sadece Ceza Kanunu belirlenmiştir. Buna göre Ceza Kanunu kapsamında yasaklanan yani suç teşkil eden bir amaç için kurulan dernekler dışındaki tüm derneklere izin verilmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında özel olarak yasaklanan dernek türleri yer almaktadır. Buna göre, “Gizli dernekler ve askeri nitelikli örgütler aracılığıyla dolaylı da olsa siyasi amaçlar peşinde giden dernekler yasaktır.”⁶⁴². Söz konusu hükümde gizli ve askeri örgütlerce desteklenen siyasi nitelikteki dernekler açıkça yasaklanmaktadır. Doktrinde bu iki dernek türüne getirilen yasağın Mussolini’nin iktidara gelmeden önce paramiliter örgütlenmesine benzer faşist örgütlenmelerin ortaya çıkmasını engellemek amaçlı olduğu savunulmaktadır⁶⁴³. Bu teleolojik yorumla birlikte söz konusu hükmün demokrasi düşmanı paramiliter siyasi dernekleri engellemek istediği sonucu çıkmaktadır. Ancak Mussolini’nin paramiliter örgütlenmesine benzer yapılanmama olmaması dışında İtalya’da dernek kurma hürriyeti noktasında herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Nitekim İtalya Anayasa Mahkemesi dernek hürriyeti ile ilgili olarak bir kararında, özgür bir devlette demokratik yollarla olması kaydıyla mevcut politik düzeni değiştirme amacı taşıyan derneklerin de teminat altında olduğuna hükmetmiş ve yasaklayıcı madde hükmünün kapsamını dar yorumlamıştır⁶⁴⁴.

2.3.4.4. Değerlendirme

Söz konusu tüm düzenlemelere genel olarak bakıldığında İtalya Anayasası’nda Federal Almanya Anayasası gibi militan demokrasi anlayışının tam anlamıyla benimsendiğini söylemek güçtür. Her ne kadar İtalya iki dünya savaşı arasında Mussolini diktatörlüğü ile militan demokrasi anlayışına zemin hazırlayan bir ülke olsa da 1948 Anayasası’nda bu duruma Federal Almanya Anayasası kadar aktif bir reaksiyon

⁶⁴¹ T.C. Adalet Bakanlığı, 325.

⁶⁴² T.C. Adalet Bakanlığı, 325.

⁶⁴³ Klamt, *Die Europäische Union*, 96; Klamt, “Militant Democracy”, 144.

⁶⁴⁴ Karar için bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 186.

gösterilmemiştir⁶⁴⁵. Buna karşın devletin Cumhuriyet olan şeklinin korunmasına yönelik değiştirilemez madde hükmü, Ulusal Faşist Partiye ilişkin getirilen siyasi parti yasağı ve paramiliter dernek yasağına ilişkin hükmün mevcudiyeti karşısında İtalya Anayasası'nda sınırlı da olsa militan demokrasi anlayışının varlığı kabul edilmelidir⁶⁴⁶.

2.3.5. Avusturya Anayasası

2.3.5.1. Genel Olarak

Birinci Dünya Savaşı'nda mağlup ittifak devletleri arasında yer alan Avusturya tarihi süreç içerisinde iç karışıklıklara, diktatörlüklere ve Hitler rejimine tanıklık etmiştir. İkinci dünya savaşında müttefik devletler tarafından işgal edilen ülke ancak 1955 yılında bağımsızlığına kavuşabilmiştir⁶⁴⁷. Ülke, İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanya ve İtalya gibi yeni bir anayasa kabul etmemiş, Birinci Dünya Savaşı sonrası kabul edilen ve daha sonrasında önemli değişiklikler geçiren 1920 Avusturya Anayasası'nı (Bundes-Verfassungsgesetz, B-VG) tekrar yürürlüğe sokmuştur⁶⁴⁸. Ancak ülkenin anayasal düzeni sadece bu anayasadan oluşmayan kompleks bir yapı arz etmektedir⁶⁴⁹. Avusturya'da 1920

⁶⁴⁵ Doktrinde İtalya Anayasası'ndaki militan demokrasi anlayışının bu noksanlığının kurucu babalar tarafından bilinçli olarak tercih edildiği, demokrasi düşmanlarıyla mücadelenin sadece politik saha ile sınırlı bırakıldığı yorumu yapılmaktadır. Bu konu hakkında bkz., Ceccanti and Clementi, "Italy", 209-210, 217; Benzer yönde bkz., Klamt, *Die Europäische Union*, 99.

⁶⁴⁶ Klamt, *Die Europäische Union*, 96; Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 185.

⁶⁴⁷ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 189; Birinci Dünya Savaşı'nda mağlup ittifak devletleri arasında yer alan Avusturya-Macaristan İmparatorluğu savaş sonrası dağılmasıyla birlikte Avusturya ve Macaristan iki ayrı devlet olarak varlıklarını sürdürmüşlerdir. Avusturya, imparatorluğun dağılmasından sonra oluşturduğu geçici ulusal meclis ile ülkede demokratik bir Cumhuriyetin temellerini atmıştır. Cumhuriyetin ilk Anayasası 1 Ekim 1920 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu anayasa ile birlikte ülkede demokratik Cumhuriyete dayanan bir Federal devlet kurulmuştur. Söz konusu anayasa ülkede artan iç karışıklıklar nedeniyle 1929 yılında önemli değişiklikler geçirmiştir. Ancak ülkenin anayasal demokratik düzeni istikrara kavuşamamış özellikle 1930'lu yıllarda artan faşist hareketler neticesinde 1933 yılında dönemin şansölyesi Dollfuß ülkede otoriter bir rejim kurmuştur. Ancak bu diktatörlük Dollfuß'un nazi taraftarlarınca öldürülmesiyle 1934'te sona ermiştir. Daha sonra ülke Nazi diktatörlüğünün egemenliği altına girmiş, 1938 yılında ise Hitler ülkeyi işgal etmiştir. Böylece 1920 anayasasıyla başlayan ilk cumhuriyet dönemi sona ermiştir. İkinci Dünya Savaşı'nda müttefik devletler tarafından işgal edilen ülkede, müttefik devletlerin kontrolünde ikinci cumhuriyet ilan edilmiş ve 1920 Anayasası 1 Mayıs 1945 tarihinde yeniden yürürlüğe sokulmuştur. Ülke 15 Mayıs 1955 tarihinde müttefik devletlerle imzalanan antlaşma sonrası işgalden kurtularak bağımsız bir devlet olmuştur. Bkz., Klamt, "Militant Democracy", 141.

⁶⁴⁸ Andreas Auprich, "Austria", in *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 45; Klamt, *Die Europäische Union*, 100; Klamt, "Militant Democracy", 141; Avusturya Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir. 1958 Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz., T.C. Adalet Bakanlığı, *Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin anayasaları: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya* (çev. Belirtilmemiş), <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>, Erişim Tarihi: 04.03.2020, ss. 3-98.

⁶⁴⁹ Klamt, *Die Europäische Union*, 101.

Anayasası dışında anayasa değerinde olan birçok yasa yürürlüktedir⁶⁵⁰. Gerçekten 1867 yılında Avusturya Kayzeri I. Franz Joseph tarafından yürürlüğe sokulan ve temel haklar kataloğu içeren 1867 Devlet Temel Yasası (Staatsgrundgesetz)⁶⁵¹, Birinci Dünya Savaşı Sonrası İmzalanan 1919 St. Germain antlaşması, İkinci Dünya Savaşı sonrası müttefik devletlerle imzalanan ve ülkenin bağımsızlığa kavuşmasını sağlayan 1955 Avusturya Bağımsızlık Antlaşması (Austrian Independence Treaty)⁶⁵², 1995 yılında ülkenin AB’ye üye olmasıyla birlikte imzalanan AB antlaşmaları ve 1958 yılında onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ülkenin anayasal düzeninin en önemli unsurlarını teşkil etmektedir. Bunlar arasında 1867 Devlet Temel Yasası ile AİHS, ülkede temel hakları güvence altına alan düzenlemeler olarak önem arz etmektedir. Zira Avusturya Anayasası’nda güvence altına alınan bir temel haklar kataloğu bulunmamaktadır⁶⁵³.

Avusturya Anayasa düzeninin en temel unsuru olan Avusturya Anayasası’nın (B-VG) ilk maddesi benzer Avrupa devleti anayasalarında olduğu gibi devletin demokratik bir Cumhuriyet olduğuna dair hükümle başlamaktadır⁶⁵⁴. Anayasanın 7. maddesi ise herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşitliği düzenlemektedir⁶⁵⁵. Diğer

⁶⁵⁰ Klamt, “Militant Democracy”, 141; Avusturya Anayasası (B-VG) m. 44/2e göre “Anayasal kanun” ve “anayasal hüküm” ayrımı söz konusudur. Söz konusu maddedeki şekil ve usul şartları yerine getirildiği takdirde Anayasa (B-VG) düzeyinde Anayasal Kanunlar çıkarılabilmektedir. Bu konu hakkında bkz., Klamt, *Die Europäische Union*, 101, dn. 434.

⁶⁵¹ 1867 Devlet Temel Yasası’nın (Staatsgrundgesetz) Almanca metnine erişmek için bkz., <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000006>, Erişim Tarihi: 01.03.2020.

⁶⁵² Avusturya Bağımsızlık Antlaşması (Austrian Independence Treaty) isminin yanında Avusturya Devlet antlaşması (Austrian State Treaty) olarak da bilinen söz konusu antlaşma Avusturya Anayasa düzeninin temel belgelerinden biridir. Bkz., Auprich, “Austria”, 45; Söz konusu antlaşma metninin İngilizce ve Almanca versiyonu için bkz. https://www.cvce.eu/en/obj/state_treaty_for_the_re_establishment_of_an_independent_and_democratic_austria_vienna_15_may_1955-en-5c586461-7528-4a74-92c3-d3eba73c2d7d.html, Erişim Tarihi: 01.03.2020.

⁶⁵³ Auprich, “Austria”, 45.

⁶⁵⁴ Avusturya Anayasası m. 1 şu şekildedir: “Avusturya demokratik bir Cumhuriyettir. Kanunlar yetkisini halktan alırlar.”. Bkz., T.C. Adalet Bakanlığı (Avusturya Anayasası), 5.

⁶⁵⁵ Avusturya Anayasası’nın 7. maddesi şu şekildedir: “(1)Tüm yurttaşlar (Avusturyalılar) kanun önünde eşittir. Hiç kimse doğum, cinsiyet, varlık, sınıf veya din sebebiyle ayrıcalıklı muamele görmez. Engeli sebebiyle hiç kimseye ayrımcılık yapılmaz. (federasyon, eyaletler ve belediyeler olarak) Cumhuriyet kendisini engelliler ve engelli olmayanların hayatın her alanında eşit muameleye tabi tutulmalarını sağlamaya adanmıştır. (2) Federasyon, eyaletler ve belediyeler erkek ve kadınların gerçekten eşit olduğu fikrini paylaşmaktadır. Mevcut eşitsizliklerin giderilmesi başta olmak üzere, kadınlar ve erkekler arasındaki eşitliğin fiilen sağlanmasına dönük önlemler uygundur. (3) Resmi atamalar makam sahibinin cinsiyeti belirtilerek yapılabilir. Unvanlar, akademik dereceler ve meslek tarifleri için de aynısı geçerlidir. (4) Federal ordu mensupları dâhil, kamu çalışanlarının siyasi haklarını herhangi bir kısıtlama olmaksızın kullanabilmeleri teminat altındadır.”. Bkz., T.C. Adalet Bakanlığı (Avusturya Anayasası), 6.

tarafından parlamento ikili yapıdadır ve biri halk tarafından dört yılda bir yapılan seçimlerden seçilen temsilcilerden oluşan Ulusal Konsey (Nationalrat) ve diğeri eyaletlerin temsilcilerinden oluşan Federal Konsey'den (Bundesrat) oluşmaktadır⁶⁵⁶. 1955 Avusturya Bağımsızlık Antlaşması'nın 8. maddesinde ise Avusturya devletinin, gizli oyla seçimlere dayanan demokratik bir hükümete sahip olacağı ve tüm vatandaşlara özgür, eşit ve genel oy hakkı ve ayrıca ırk, cinsiyet, dil, din veya siyasi görüş ayrımı yapmaksızın kamu görevine seçilme hakkını garanti edeceği hüküm altına almıştır. Bunlar dışında Avusturya kabul ettiği diğer anayasal düzenlemeler ve özellikle temel haklara ilişkin imzaladığı antlaşmalarla demokratik düzeni bir düzen kurmuştur.

2.3.5.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü

Avusturya Anayasası'na (B-VG) incelendiğinde, bu anayasada değiştirilemez maddeler hükmüne ilişkin bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Yani ülkenin demokratik düzeni dâhil olmak üzere anayasada değişiklik yapılması yasaklanan bir hüküm ihdas edilmemiştir. Tam tersine anayasa m. 44/3'e⁶⁵⁷ göre tüm Anayasanın değiştirilebilmesi ihtimali dahi vardır⁶⁵⁸. Bu noktada tek engel ise öngörülen usul ve şekle ilişkin kurallardır⁶⁵⁹. Bu usul ve şekil kuralları iktidar tarafından sağlanırsa ülkede demokratik düzen ortadan kaldırılabilir⁶⁶⁰. Avusturya Anayasası bu haliyle Hitler'in iktidara gelişinde etkisi olan ve değer göreceli demokrasi anlayışının tatbik edildiği Weimar Anayasası'na benzemektedir. Bunda iki dünya savaşı arası dönemde değer göreceli demokrasi anlayışını savunan yazarların başında gelen ve Avusturya Anayasası'nı hazırlanmasına katkıda bulunan Hans Kelsen'in etkisi vardır⁶⁶¹. Sonuç olarak anayasada demokrasi başta olmak üzere herhangi bir ilke veya esas değiştirilemez

⁶⁵⁶ Auprich, "Austria", 45.

⁶⁵⁷ Anayasa m. 44/3 metni şu şekildedir: "Federal Anayasanın genelinde yapılacak her türlü bütüncül değişiklik, 42'nci maddede belirtilen usulün tamamlanmasından sonra ve her halükarda değişikliğin Federal Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasından önce, tüm ulus genelinde halk oylamasına sunulur. Ancak, Federal Anayasada yapılacak tüm kısmi değişikliklerde ancak Milli Konsey ya da Federal Konsey üyelerinin üçte birinin talebiyle referandum gereklidir.". T.C. Adalet Bakanlığı (Avusturya Anayasası), 34.

⁶⁵⁸ Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 190; Klamt, "Militant Democracy", 142.

⁶⁵⁹ Avusturya doktrininde azınlıkta kalan bir görüşün demokrasi ilkesi dahi değiştirilemez bir takım ilkeler olduğunu savunmasına karşılık hakim görüşün bunu kabul etmediği yönünde bkz., Auprich, "Austria", 51.

⁶⁶⁰ Auprich, "Austria", 51; Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 190; Klamt, *Die Europäische Union*, 101.

⁶⁶¹ Auprich, "Austria", 45-46.

madde olarak düzenlenmemiş sadece anayasa değişikliği için yasal bir çerçeve oluşturulmakla yetinilmiştir. Söz konusu bu sebeplere binaen doktrinde Avusturya Anayasası “tarafsız demokrasi”nin tipik bir örneği olarak kabul edilmektedir⁶⁶².

2.3.5.3. Örgütlenme Yasakları

Avusturya Anayasası’nda (B-VG) muhtelif yerlerde zikredilse de siyasi partilere ilişkin genel bir düzenleme söz konusu değildir. 1876 Devlet Temel Yasası m. 12’de⁶⁶³ dernek kurma hürriyetinden bahsedilse de bu yasa da siyasi partilere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Avusturya’da siyasi partilere ilişkin bu mevzuat boşluğu 1975 yılında yürürlüğe giren anayasal düzeydeki Partiler Yasası (Parteiengesetz)⁶⁶⁴ ile doldurulmuş ve siyasi partilerin statüsü tespit edilmiştir. Söz konusu anayasal düzeydeki yasa da siyasi parti kurulmasının serbest olduğu düzenlenmiş ve siyasi partilerin demokrasiler için önemi vurgulanmıştır⁶⁶⁵. Ancak bu düzenlemede, siyasi partilere ilişkin herhangi bir tedbir, yasak öngörülmemiştir⁶⁶⁶.

Siyasi partiler için ifade edilen söz konusu durum dernekler için de geçerlidir. Anayasada ismen zikredilse de derneklerle ilgili bir düzenleme söz konusu değildir. Buna karşılık anayasal düzenin bir unsuru olan 1876 Devlet Temel Yasası m. 12’de Avusturya vatandaşlarının dernek kurma hakkı olduğu ve dernek kurma hakkının yasa ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2002 yılında derneklerle ilgili olarak bir yasa (Vereinsgesetz) çıkarılmıştır⁶⁶⁷. Ancak bu yasa da dâhil olmak üzere mevzuatta antidemokratik dernekleri engellemeye yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁶⁸.

⁶⁶² Auprich, “Austria”, 45-46; Burada ifade edilen tarafsızlık kavramının değer göreceli demokrasi anlayışını ifade ettiği açıktır.

⁶⁶³ 1876 Devlet Temel Yasası m. 12 metni şu şekildedir: “Avusturya vatandaşları toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımı kanunla düzenlenir”.

⁶⁶⁴ Partiler Yasasının (Parteiengesetz) Almanca metnine erişmek için bkz., <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000562&FassungVom=2012-06-25>, Erişim Tarihi: 04.03.2020.

⁶⁶⁵ Auprich, “Austria”, 47-48.

⁶⁶⁶ Venice Commission, *Guidelines on Prohibition*, 15.

⁶⁶⁷ Söz konusu yasanın Almanca metnine erişmek için bkz., Bundesgesetz über Vereine (Vereinsgesetz) https://www.legislationline.org/download/id/7526/file/Austria_Associations_Act_2002_am2015_de.pdf, Erişim Tarihi: 04.04.2020.

⁶⁶⁸ Klamt, “Militant Democracy”, 142.

Anayasada siyasi parti ve derneklere ilişkin herhangi bir yasak öngörülmesine de 1945 yılında yürürlüğe giren anayasal düzeydeki Yasaklama Kanunu (Verbotsgesetz)⁶⁶⁹ ile 1955 Avusturya Bağımsızlık Antlaşması'nın kimi hükümleri örgütlenme hürriyeti açısından önemli düzenlemeler içermektedir. Yasaklama Kanunu (Verbotsgesetz) Hitler'in Partisi NSDAP'nin ülkedeki tüm örgütsel varlığının ortadan kaldırıldığını düzenlemekte ve bunların tekrardan kurulmasını yasaklamaktadır (m. 1). Kanunda sadece Nazi partisi değil Nazilerden esinlenerek ortaya çıkacak tüm aktiviteler yasaklanmaktadır (m. 3). Hiç şüphesiz yürürlükte olan söz konusu düzenlemeyle Nazi ve türevi olabilecek parti ve derneklerin anayasal düzende açıkça yasaklandığı söylenebilir⁶⁷⁰. Benzer bir düzenleme anayasal düzenin başka bir unsuru olan 1955 Avusturya Bağımsızlık Antlaşmasında karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu antlaşmanın Nazi örgütlerin kapatılması kenar başlıklı 9. maddesinde, Avusturya'nın Nazileri ve Nazilerle bağlantılı olan tüm siyasi, ekonomik ve paramiliter yapılandırmaları ortadan kaldıracağı ve söz konusu yapılanmanın tekrardan dirilmesini önleyeceği garanti altına alınmaktadır⁶⁷¹.

2.3.5.4. Değerlendirme

Avusturya Anayasası 1920 yılında Weimar Anayasası döneminde değer göreceli demokrasi anlayışını savunan yazarlardan biri olan Hans Kelsen tarafından demokrasiye düşman dahi olsa tüm politik görüşlere açık bir anayasa formunda düzenlenmiştir⁶⁷². Bu kapsamda söz konusu anayasa demokratik düzeni koruyacak değiştirilemez maddeler hükmüne sahip olmadığı gibi siyasi parti ve dernekler açısından da genel yasaklama rejimine sahip değildir. Buna karşılık Avusturya Anayasası (B-VG) dışında yürürlüğe giren ve anayasal düzenin bir parçası olan diğer belgelerle oldukça dar kapsamlı da olsa demokrasi düşmanlarına yasaklamalar getirilmiştir. Gerçekten Avusturya Anayasa düzeninde sadece Nazi ve türevi ideolojilerle sınırlı olan bir parti ve dernek kapatma rejimi bulunmaktadır⁶⁷³. Nazi ve türevlerine getirilen yasaklamalar Hitler diktatörlüğünü

⁶⁶⁹ Yasaklama Kanununun (Verbotsgesetz) Almanca metnine erişmek için bkz., <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000207>, Erişim Tarihi: 02.03.2020.

⁶⁷⁰ Klamt, *Die Europäische Union*, 103-104; Beimenbetov, "A comparative", 86.

⁶⁷¹ Auprich, "Austria", 47.

⁶⁷² Auprich, "Austria", 54.

⁶⁷³ Ülkede diktatoryal bir komünist partinin varlığı halinde bunu engelleyecek herhangi bir anayasal düzenleme söz konusu değildir. Nitekim ülkede 1947-1950 yıllarında darbeye kalkıştığı halde Avusturya Komünist Partisi'nin kapatılması söz konusu olmamıştır. Söz konusu anayasal

yaşamış bir ülke açısından önemlidir ancak demokratik düzeni demokratik yollarla ortadan kaldırmak isteyecek diğer partilere açık kapı bırakılmıştır. Bu sebeple doktrinde Avusturya’da militan demokrasi anlayışının varlığını kabul etmeyen⁶⁷⁴ ya da militanlığını sınırda bulan⁶⁷⁵ yazarlar bulunmaktadır. Kanaatimizce Avusturya Anayasası’nda yer alan düzenlemeyi tamamen militan demokrasi anlayışının kapsamı dışına çıkarmak isabetli değildir. Uygulama alanı sınırlı da olsa Avusturya Anayasası’nda demokratik düzene düşman olan anti demokratik bir siyasi cephe (parti) hedef alınmış ve yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu dar uygulama alanıyla Avusturya Anayasası’nda sınırlı da olsa militan demokrasi anlayışının varlığını kabul etmek gerekir⁶⁷⁶.

2.3.6. Portekiz Anayasası

2.3.6.1. Genel Olarak

Portekiz, 700 yılı aşan monarşi geçmişini 1910 yılında Cumhuriyete geçiş yaparak sona erdirmiştir⁶⁷⁷. Ancak bu geçiş Portekiz için istikrarsız bir sürecin başlangıcı olmuştur. Ülkede Cumhuriyetin ilanından sonra on altı yıl boyunca dokuz başkan ve kırk beş farklı hükümet değişmiştir⁶⁷⁸. 1926 yılına gelindiğinde ülkede artan iç karışıklıklar ve ekonomik problemler sonucu askeri darbe yapılmış ve devletin başına António de Oliveira Salazar getirilmiştir. Salazar, 1968 yılına kadar ülkeyi diktatörlükle yönetmiştir. Bu rejim altında 1933 yılında yeni bir anayasa da ihdas etmiştir. Salazar ın ölümünden sonra yerine geçen Marcello Caetano da diktatörlük rejimini devam ettirmiştir. 1974 yılında asker tarafından yapılan ve “karanfil devrimi” olarak bilinen kansız darbeyle Portekiz’in demokratik Cumhuriyet dönemine geçiş süreci başlamıştır⁶⁷⁹. Bu kapsamda 2 Nisan 1976 tarihinde yeni Portekiz Anayasası yürürlüğe girmiştir⁶⁸⁰.

düzenlemeler sadece nazi ve türevi partilerin kapatılmasıyla sınırlı kalmıştır. Bkz., Auprich, “Austria”, 47.

⁶⁷⁴ Auprich, “Austria”, 47, 54.

⁶⁷⁵ Thiel, Avusturya Anayasası’ndaki mevcut yasaklamaların kısıtlı olması sebebiyle Avusturya Anayasası’nın militanlığını sınırda kabul etmektedir. Bkz., Thiel, “Comperative Aspects”, 389-390.

⁶⁷⁶ Naziler için getirilen söz konusu sınırlı düzenlemeyle birlikte Avusturya Anayasası’nın militan demokrasi anlayışının özel bir şekli olduğu yönünde bkz., Klamt, “Militant Democracy”, 143.

⁶⁷⁷ Klamt, “Militant Democracy”, 147.

⁶⁷⁸ Klamt, *Die Europäische Union*, 157; Klamt, “Militant Democracy”, 147.

⁶⁷⁹ Klamt, *Die Europäische Union*, 157.

⁶⁸⁰ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 197; 1976 Portekiz Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçe’ye çevrilmiştir. 1958 Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz., T.C. Adalet Bakanlığı, *Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin anayasaları: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya* (çev. Belirtilmemiş), <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>, Erişim Tarihi: 04.03.2020, ss. 439-531.

Anayasanın başlangıcında kurucu meclisin “demokrasinin temel ilkelerini yerleştirme, hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir devletin önceliğini hüküm altına alma” kararını onayladığı ifadesi yer almaktadır. Anayasanın ilk maddesinde devletin halk iradesine dayanan Cumhuriyet olduğu hüküm altına alınırken, 2. maddesinde Cumhuriyetin hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir devlet olduğu düzenlenmektedir. Anayasanın 3. maddesinde egemenliğin halka ait olduğu vurgulanmış ve Anayasanın devletin görevlerini düzenleyen 9. maddesinde devletin görevleri arasında demokratik devlet ilkesine saygıyı güvence altına alma ve demokrasiyi koruma görevleri zikredilmiştir. Böylece Portekiz Anayasası, söz konusu hükümlerle uzun süren diktatörlük geçmişiinden sonra demokratik bir düzen kurmuştur.

2.3.6.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü

Portekiz Anayasası’nda anayasa değişikliği konusu m. 284-289 hükümleri arasında ele alınmıştır. Değiştirilemez maddeler hükümü ise “değişikliğin sınırlandırıldığı konular” kenar başlıklı 288. maddede düzenlenmiştir⁶⁸¹. Portekiz Anayasası’nın söz konusu hükmünde on dört bentten oluşan bir değiştirilemez maddeler kataloğu oluşturulmuştur. Söz konusu katalog içerisinde (b) yönetim şeklinin Cumhuriyet olması, (d) vatandaşın özgürlükleri ve teminatları, (i) siyasi partiler ve demokratik muhalefet hakkını da içeren çoğul ifade ve siyasi örgütlenme gibi hususlar düzenlenmektedir. Başta (i) bendi olmak üzere söz konusu düzenlemelerle birlikte Portekiz Anayasası, açıkça demokratik düzenin anayasa değişikliği yoluyla ortadan kaldırılmasının önünü

⁶⁸¹ Portekiz Anayasası m. 288 hükümü şu şekildedir: “Anayasada değişiklik yapan kanunlar şunlara saygı gösterir:

- a) Ulusal bağımsızlık ve Devletin birliği;
- b) Yönetim şeklinin Cumhuriyet olması;
- c) Kilise ve Devlet arasındaki ayrım;
- d) Vatandaşların hakları, özgürlükleri ve teminatları;
- e) İşçilerin, işçi komiteleri ve sendikaların hakları;
- f) Üretim araçlarının mülkiyetine, kamu, özel ve kooperatif ve sosyal sektörlerin sahip olması;
- g) Karma ekonomi çerçevesinde var olan ekonomik planlara olan gereksinim;
- h) Egemenlik yetkisi kullanan organların, özerklik bölgesi organlarının ve yerel yönetim organlarının seçimle gelinen görevlerine genel, gizli ve periyodik seçimle atamalar; ve nispi temsil sistemi;
- i) Siyasi partiler ve demokratik muhalefet hakkını da içeren çoğul ifade ve siyasi örgütlenme;
- j) Egemenlik yetkisini kullanan organların ayrılığı ve birbirine bağımlılığı;
- l) Hukuk kurallarının anayasaya pozitif uygunluk ve ihmal yönünden aykırılık incelemesine tabiliği;
- m) Mahkemelerin bağımsızlığı;
- n) Yerel yönetimlerin özerkliği;
- o) Azor adaları ve Madeira takımadalarının siyasi ve idari özerkliği.”. T.C. Adalet Bakanlığı, 528-529.

kapatmıştır⁶⁸². Dolayısıyla demokrasi düşmanları mecliste anayasa değişikliği için gerekli çoğunluğa erişse de demokratik düzeni ortadan kaldırarak yasal bir darbe gerçekleştiremeyecektir.

2.3.6.3. Örgütlenmelere İlişkin Yasaklar

Portekiz’de diktatörlükler dönemi boyunca siyasi partiler yasaklı kalmıştır⁶⁸³. 1976 yılında demokratik Cumhuriyet dönemine dönüş yapılırken yeni anayasada siyasi partilere de yer verilmiştir. Siyasi partiler rejimi Anayasanın temel ilkeleri düzenleyen ilk bölümünde m. 10/f.2’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde partilerin halkın iradesinin örgütlenmesine ve ifadesine katkıda bulundukları ifade edilmekte ve bu yapılırken ulusal bağımsızlık ilkelerine, Devletin birliğine ve siyasal demokrasiye saygı göstermeleri şart koşulmaktadır. Böylece siyasi partiler için çizilen sınırlardan birini demokrasi teşkil etmektedir. Bu bağlamda bir siyasi partinin eylemleri demokratik ilkelere aykırılık teşkil ederse Anayasa Mahkemesi söz konusu partinin kapatılmasına karar verebilecektir. Bu husus Anayasanın m. 223/f.2 e bendinde düzenlenmiştir. Portekiz’de mevzuata göre bir siyasi partinin kapatılması için alışılmışın dışında olarak her vatandaş ya da her savcı başvuru yapabilmektedir⁶⁸⁴.

Portekiz Anayasası’nın 46. maddesinde derneklere ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında izinsiz dernek kurma hürriyeti, ikinci fıkrasında ise derneklerin faaliyetlerini serbestçe yapabileceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükmün 4. fıkrasında bazı derneklerin varlıkları yasaklanmıştır. Bunlar; silahlı dernekler, askeri, askerileştirilmiş veya milis türü dernekler ve ırkçı veya faşist ideolojiye sahip derneklerdir. Her ne kadar madde hükmünde demokratik düzeni korumaya yönelik olarak derneklere ilişkin genel düzenleme olmasa da anayasada özellikle demokrasiyle bağdaşmayan ırkçı ve faşist ideolojiye sahip derneklere karşı önleyici bir tedbir alınmıştır⁶⁸⁵. Bu ideolojilere sahip olduğu anlaşılan dernekler m. 46/f.2 gereği genel mahkemeler tarafından feshedebilecektir. Böylece Portekiz Anayasası siyasi partilerin

⁶⁸² Klamt, *Die Europäische Union*, 161; Klamt, “Militant Democracy”, 148.

⁶⁸³ Klamt, *Die Europäische Union*, 158.

⁶⁸⁴ Klamt, *Die Europäische Union*, 159.

⁶⁸⁵ Klamt, *Die Europäische Union*, 158.

yanında genel olarak dernekler için de militan demokrasi anlayışı kapsamında tedbirler öngörmüştür⁶⁸⁶.

2.3.6.4. Değerlendirme

Portekiz Anayasası'nda hem değiştirilemez maddeler hükmü hem de siyasi örgütlenmelere ilişkin yasaklar düzenlenmiştir. Hem değiştirilemez maddeler hükmü hem de örgütlenme yasakları ülkede yasal yollarla demokratik düzeni ortadan kaldırmak isteyen demokrasi düşmanlarına karşı önleyici nitelikte tedbirlerdir. Dolayısıyla Portekiz Anayasası, ülkenin uzun süren diktatörlük geçmişine tepki olarak kurmuş olduğu demokratik düzeni koruyan militan demokrasi anlayışı araçlarına sahiptir. Bu yönüyle kendisiyle aynı kaderi paylaşan ancak anayasal boyutta militan demokrasi anlayışı araçlarına yer vermeyen İspanya'dan ayrılmaktadır⁶⁸⁷. Demokrasinin korunmasına yönelik olarak açıkça düzenlenen bu araçlarla birlikte Portekiz'de güçlü bir militan demokrasi anlayışının var olduğu söylenebilir.

2.3.7. Yunanistan Anayasası

2.3.7.1. Genel Olarak

Yunanistan İkinci Dünya Savaşı sırasında önce İtalya daha sonra Almanya'nın egemenliği altına girmiş, sonrasında ise iç savaşlara sahne olmuştur. 1967 yılında Yunanistan'da Albaylar Cuntası adı verilen bir grup asker tarafından darbe yapılmış ve ülke 1974 yılına kadar askeri diktatörlükle yönetilmiştir. Askeri diktatörlüğün yıkılmasına müteakiben 9 Haziran 1975 yılında demokratik bir anayasa kabul edilmiştir⁶⁸⁸.

Yunanistan Anayasası'nın birinci maddesinin ilk fıkrası, devlet şeklinin parlamenter Cumhuriyet olduğu cümlesi ile başlamaktadır. İkinci fıkrada devletin kaynağının halk egemenliği olduğu, 3. fıkrada tüm iktidarların halktan kaynaklandığı vurgulanmaktadır. Anayasanın 4 ve devamı maddelerinde temel hak ve hürriyetler ayrıntılı sayılabilecek şekilde düzenlenmiştir. Bu ve benzeri düzenlemelerle Yunanistan Anayasası'nın demokrasiyi bir değer olarak benimsediği ve demokratik bir düzen kurduğu açıktır.

⁶⁸⁶ Klamt, *Die Europäische Union*, 159.

⁶⁸⁷ Klamt, *Die Europäische Union*, 162.

⁶⁸⁸ Boverter, *Grenzen politischer Freiheit*, 195.

2.3.7.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü

Yunanistan Anayasası'nın 110. maddesinde değiştirilemez maddeler hükümü yer almaktadır. Bu hükme göre tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmesi yasak olan hükümler; Devlet şeklinin Parlamenter Cumhuriyet olduğunu düzenleyen ilk madde ile 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “insan onuru”; 4. maddenin 1, 4 ve 7. fıkralarındaki “eşitlik ilkesi”; 5. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “kişiliğin özgürce geliştirilmesi”; yine 5. maddenin 3. Fıkrasında düzenlenen “kişisel hürriyet”; 13. maddenin 1. fıkrasındaki “din özgürlüğü” ve 26. maddedeki “yasama yetkileri”ni düzenleyen hükümlerdir. Yunanistan Anayasası'nda büyük bir çoğunluğu temel haklara ilişkin olan uzun bir liste değiştirilemez maddeler kapsamına alınmıştır. Anayasada bir yandan ilk maddeler temel haklara ayrılırken diğer taraftan değiştirilemez maddeler hükümü ile bunlar güvence altına alınmıştır. Ancak konumuz açısından önemli olan temel haklarla birlikte devletin parlamenter Cumhuriyet olan devlet şeklinin de değiştirilemez maddeler arasında zikredilmiş olmasıdır. Her ne kadar hükümde açıkça demokrasi kavramı zikredilmese de söz konusu hüküm genel olarak ele alındığında ve devletin şeklini düzenleyen ilk maddede parlamenter Cumhuriyetin demokratik yapısının vurgulanması nedeniyle bu hükmün demokratik düzeni de koruduğu kabul edilmelidir⁶⁸⁹.

2.3.7.3. Örgütlenme Yasakları

Yunan Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının aracı olan örgütlenme yasaklarına ilişkin olarak m. 29/f.1'de siyasi partilere ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Hükme göre “oy verme hakkına sahip Yunan vatandaşları, örgütlenmesi ve faaliyetleri demokratik yönetimin özgür işleyişine hizmet etmesi gereken siyasi partileri özgürce kurabilir ve bunlara katılabilirler”. Söz konusu hükümde partilerin örgütlenmesi ve eylemlerinin demokratik yönetimin özgür işleyişine uygun olmasının aranması, siyasi partilerin demokratik çizgide faaliyetlerini sürdürmesi noktasında genel bir sınırlandırma anlamına gelmektedir. Dolayısıyla burada partiler için bir yasak olmadığı doktrinde kabul edilmektedir⁶⁹⁰. Nitekim Anayasanın hazırlanış sürecinde demokratik rejimi demokratik

⁶⁸⁹ Klamt, *Die Europäische Union*, 150-151; Klamt, “Militant Democracy”, 149; Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 196.

⁶⁹⁰ Klamt, *Die Europäische Union*, 152; Klamt, “Militant Democracy”, 150; Benzer yönde bkz., Venice Commission, *Guidelines on Prohibition*, 15; Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, söz konusu düzenleme yapılırken Almanya Anayasası'ndan esinlenildiği ancak hükümde Almanya Anayasası

araçları kullanarak yıkmak isteyen totaliter hareketlere karşı anayasada bir siyasi parti yasağı düzenlenmesi meselesi tartışılmış ancak bu öneri anayasakoyucu tarafından kabul görmemiş, bu noktada liberal bir çizgi izlenmiştir⁶⁹¹.

Yunanistan Anayasası'nda derneklere ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Anayasa m. 12'de Yunanlıların önceden izin almadan dernek kurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede derneklerin ancak kanunlara veya tüzüklerine aykırı hareket ettiklerinde kapatılacağı düzenlenmekte ve kapatma kararı genel mahkemelere bırakılmaktadır.

2.3.7.4. Değerlendirme

Yunanistan diğer birçok Avrupa ülkesi gibi diktatörlük geçmişine sahip ülkelerden biridir. Yunanistan Anayasası'nın bu noktada bu geçmişine reaksiyon göstermesi beklense de bunu sadece değiştirilemez maddeler ile gerçekleştirmiştir. Kendisiyle benzer kaderi paylaşan Portekiz'in anayasal olarak düzenlendiği örgütlenme yasaklarına karşılık Yunanistan, örgütlenme yasaklarına anayasasında yer vermemiştir. Gerçekten Yunanistan Anayasası'nda militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek ne parti yasağı ne de dernek yasağı bulunmaktadır. Burada aşırılıkçı siyasi partilere gösterilecek toleransla bunların liberal demokratik düzene adapte olmalarının beklendiği söylenebilir. Sonuç olarak Yunanistan Anayasası'nda politik aktörlere karşı aktif bir şekilde müdahaleci olmayan sınırlı bir militan demokrasi anlayışının benimsendiği söylenebilir.

2.3.8. Polonya Anayasası

2.3.8.1. Genel Olarak

Polonya 1791 yılında kabul ettiği yazılı anayasa ile Avrupa'nın ilk modern demokratik anayasasını kabul eden ülke olup anayasa tarihi açısından ayrı bir öneme sahiptir. Ülke İkinci Dünya Savaşı sırasında Hitler Almanya'sının ve Sovyet Rusya'nın egemenliği altına girmiştir. Sonraki süreçte ise ülke iç karışıklıklarla mücadele etmiş ve

gibi bir siyasi parti yasağına yer verilmediğini belirtmektedir. Bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 195.

⁶⁹¹ Klamt, *Die Europäische Union*, 152.

uzun süre komünizmle yönetilmiştir. Polonya'nın şu an yürürlükte olan anayasası 17 Ekim 1997 yılında yürürlüğe giren anayasadır⁶⁹².

Polonya Anayasası komünist düzen yerine demokratik bir hukuk devleti düzeni kurmuştur. Anayasa Cumhuriyetin tüm vatandaşların ortak iyiliği olacağı yönünde hükümle başlarken, anayasanın ikinci maddesinde ülkenin hukuka dayanan ve sosyal adalet ilkelerini uygulayan demokratik bir devlet olduğu düzenlenmiştir. Anayasanın 30 ve devamı maddelerinde ise temel hak ve hürriyetler düzenleme altına alınmaktadır. Polonya Anayasası'nda bu ve benzeri demokratik kurum ve araçlar düzenlenerek demokrasi bir değer olarak benimsenmiş ve Polonya'da Avrupa'nın en genç demokratik düzenlerinden biri kurulmuştur.

2.3.8.2. Değiştirilemez Maddeler

Polonya Anayasası'nda demokratik düzenin anayasa değişikliği yoluyla ortadan kaldırılmasını engelleyecek bir değiştirilemez maddeler hükmü bulunmamaktadır. Anayasanın değiştirilmesi m. 235'te düzenlenmiş olup hükümde anayasa değişikliğini zorlaştırmaya nitelikte karar yeter sayıları ve usuller öngörülmüştür. Sonuç olarak anayasada demokratik düzenin kaldırılması da dâhil anayasa değişikliğine dair herhangi bir maddi sınır getirilmemiş; anayasa, anayasa değişikliği için öngörülen şekli ve usul şartlarını yerine getiren demokrasi düşmanlarına açık hale gelmiştir.

2.3.8.3. Örgütlenme Yasakları

Polonya Anayasası'nda örgütlenme yasakları kapsamında değerlendirilebilecek hükümler bulunmaktadır. Bunların ilki Anayasanın "Cumhuriyet" başlıklı birinci bölümünde düzenlenen siyasi partilere ilişkin düzenlenen 11. madde hükmüdür. Polonya Anayasası m. 11/f.1 şu şekildedir: "Polonya Cumhuriyeti siyasi partilerin kurulması ve işlev görmesi için özgürlük sağlar. Siyasi partiler gönüllülük esasına ve Polonya vatandaşlarının eşitliği üzerine kurulur, amaçları Devlet politikasının biçimlendirilmesini demokratik yollarla etkilemektir."⁶⁹³. Söz konusu madde ile devlet politikasını

⁶⁹² 1997 Polonya Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir. 1958 Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz., T.C. Adalet Bakanlığı, *Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin anayasaları: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya* (çev. Belirtilmemiş), <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>, Erişim Tarihi: 04.03.2020, ss. 385-438.

⁶⁹³ T.C. Adalet Bakanlığı, 392.

biçimlendirme aracı olarak görülen siyasi partilerin kurulması ve faaliyette bulunması anayasal teminat altına alınmıştır.

Siyasi parti yasakları ise anayasanın 13. maddesinde düzenlenmektedir. Madde metni şu şekildedir: “Programları totaliter yöntemler ve Nazizm, faşizm ve komünizmin faaliyet usulleri üzerine kurulu ve bunun yanı sıra, programları veya faaliyetleri ırk veya ulusal nefret, güç elde etmek veya devlet politikasını etkilemek için şiddet kullanımını tasvip eden veya kendi yapı ve üyeliklerini gizleyen siyasi partiler ve diğer örgütler yasaktır.”⁶⁹⁴. Söz konusu düzenleme ile açıkça demokratik düzene düşman partiler yasaklanmıştır. Yasaklanan bu siyasi partiler iki grup altında incelenebilir. İlk olarak doğrudan demokrasi düşmanı olduğu bilinen ve ülkenin geçmişinde tecrübe ettiği totaliter ideolojiler hedef alınmıştır. Buna göre Nazizm, faşizm ve komünizm faaliyet usulleri üzerine kurulu siyasi partiler hükümde açıkça yasaklanmıştır. Yasakların ikinci kısmında ise Nazizm, faşizm ve komünizm faaliyet usulleri üzerine kurulmayıp anayasanın kurduğu demokratik düzene zarar verecek ya da onu yıkmaya yönelik ideoloji ve hareketler üzerine kurulu siyasi partiler hedef alınmıştır. Buna göre ırkçılık yapan, nefreti ve şiddeti teşvik eden partiler de yasaklanmıştır. Böylece Polonya Anayasası demokratik düzeni korumaya yönelik olarak oldukça geniş kapsamlı bir siyasi partiler yasağı öngörmüştür. Söz konusu yasaklar kapsamında hareket eden partilerin kapatılması yetkisi Polonya Anayasa Mahkemesi’ne aittir (m. 188/4).

Polonya Anayasası’nda örgütlenme yasakları kapsamında ele alınması gereken bir diğer hüküm dernek yasaklarını düzenleyen m. 58/2 hükmüdür. Siyasi partileri özel olarak yasaklayan anayasa, genel anlamda dernekleri de yasaklamaktadır. Hükme göre amaçları ve faaliyetleri anayasaya ve yasaya aykırı olan dernekler yasaktır. Hiç şüphesiz anayasal olarak düzenlenen demokratik düzene aykırı hareket eden derneklerin anayasaya aykırı hareket ettiği değerlendirilmesi yapılabilir. Anayasa ve yasaya aykırı dernekler hakkında yaptırımlar ise yerel mahkemelere aittir. Buna göre mahkeme, anayasa ve yasaya aykırı derneklerin tesciline izin vermeyeceği gibi yasak kapsamında bu derneklerin yapacağı faaliyetlerini men etme kararı da alabilmektedir.

2.3.8.4. Değerlendirme

⁶⁹⁴ T.C. Adalet Bakanlığı, 392.

Polonya Anayasası'na militan demokrasi anlayışı çerçevesinden bakıldığında söz konusu anayasada değiştirilemez maddeler hükmünün olmadığı görülmektedir. Böylece anayasanın demokratik ilkeleri olmak üzere birçok ilke ve esasının hatta anayasanın tamamının kaldırılabilme ihtimali bulunmaktadır. Buna karşılık, Polonya Anayasası Anti demokratik geçmişine tepki olarak⁶⁹⁵ kapsamlı bir örgütlenme yasağına yer vermiştir. Bu örgütlenme yasağı kapsamında Nazizm, faşizm ve komünizm gibi demokrasi karşıtı aşırılıkçı ideolojiler ile diğer anti demokratik düşünce ve ideolojilere sahip partilerin kapatılacağı hüküm altına alınmış ve böylece demokratik düzen koruma altına alınmıştır. Benzer şekilde derneklere ilişkin getirilen anayasaya aykırı olma yasağı da yine demokratik düzeni korumaya yönelik getirilen bir diğer örgütlenme yasağıdır. Her ne kadar değiştirilemez maddeler hükmü söz konusu olmasa da örgütlenme yasakları ile Polonya Anayasası militan demokrasi anlayışını benimseyen bir anayasadır.

2.3.9. İspanya Anayasası

2.3.9.1. Genel Olarak

İspanya, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra siyasi istikrarı yakalayamayan bir diğer Avrupa ülkesidir. Ülkede krallıklar ardından ise kısa süreli diktatörlükler döneminden sonra artan iç karışıklıklar 1936-1939 yılında bir iç savaşa dönüşmüştür. Bu iç savaşta yönetimi ele geçiren General Franco 1975 yılında ölümüne kadar giden süreçte ülkeyi diktatörlük rejimi altında yönetmiştir⁶⁹⁶. Franco diktatörlüğü sonrası demokratik bir rejime geçmeye karar veren ülke, hazırlanan yeni demokratik anayasayı 1978 yılında %88'lik oyla kabul etmiştir⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Bu tepkisellik Anayasanın başlangıcında “... Anavatanımızda temel özgürlüklerin ve insan haklarının ihlal edildiği geçmişteki acı deneyimleri unutmadan ...” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. T.C. Adalet Bakanlığı, 389.

⁶⁹⁶ Klamt, *Die Europäische Union*, 117; Klamt, “Militant Democracy”, 145; Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 197; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 126-127; Joan Solanes Mullor and Aida Torres Pérez, “The Constitution of Spain: The Challenges for the Constitutional Order Under European and Global Governance”, in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, eds., Anneli Albi and Samo Bardutzky, (Berlin-Heidelberg: Asser Press - Springer Open, 2019), 544.

⁶⁹⁷ Klamt, *Die Europäische Union*, 117-118; Klamt, “Militant Democracy”, 145; Mullor and Pérez, “The Constitution of Spain”, 544; 1978 İspanya Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir. 1958 Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz., T.C. Adalet Bakanlığı, *Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin anayasaları: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya* (çev. Belirtilmemiş), <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>, Erişim Tarihi: 04.03.2020, ss. 533-583.

Anayasanın başlangıç kısmında da İspanyol halkının “... bir arada demokratik yaşama güvencesi vermek” ve “... demokratik ileri bir toplum oluşturmak” iradesi anayasanın sebepleri olarak gösterilmiştir⁶⁹⁸. Anayasa’nın ilk maddesinde anayasanın İspanya’yı, “ ... hukukun üstünlüğüne bağlı, kanun düzeni, özgürlük, adalet, eşitlik ve siyasi çoğulculuğun en yüksek değerlerini savunan sosyal ve demokratik bir Devlet”⁶⁹⁹ olarak kuracağı düzenlenmektedir. Anayasanın 2. maddesinde egemenliğin halka ait olduğu; 3. maddesinde ise devlet şeklinin parlamenter monarşi olduğu düzenlenmektedir. Bu ve demokratik kurumlara ilişkin diğer düzenlemeleriyle İspanya Anayasası’yla anayasal demokratik bir düzen kurulduğu söylenebilir⁷⁰⁰.

2.3.9.2. Değiştirilemez Maddeler Hükümü

İspanya Anayasası’nda demokratik düzeni koruyacak bir değiştirilemez maddeler hükmü yoktur⁷⁰¹. Tam aksine m. 168’de⁷⁰² anayasanın demokratik devlet olduğunu düzenleyen ilk hükmü de dâhil olmak üzere anayasanın tamamının değiştirilmesine imkân veren bir anayasa değişikliği süreci öngörülmüştür. Dolayısıyla söz konusu anayasada, anayasanın (ve dolayısıyla demokratik düzenin) değiştirilmek suretiyle kaldırılmasının önüne engel olarak sadece usul ve şekil şartları bulunmaktadır⁷⁰³.

2.3.9.3. Örgütlenme Yasakları

2.3.9.3.1. Siyasi Parti Yasakları

İspanya Anayasası’nda örgütlenme yasakları kapsamında değerlendirilebilecek hükümler de bulunmaktadır. İlk olarak siyasi partilerle ilgili anayasanın 6. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: “Siyasi partiler siyasi çoğulculuğun ifadesidir; halk iradesinin

⁶⁹⁸ Prado, “Spain”, 246.

⁶⁹⁹ T.C. Adalet Bakanlığı, 539.

⁷⁰⁰ Klamt, *Die Europäische Union*, 118; Mullor and Pérez, “The Constitution of Spain”, 545.

⁷⁰¹ Prado, “Spain”, 247; Klamt, *Die Europäische Union*, 117; Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 198.

⁷⁰² Anayasa değişikliğini düzenleyen m. 168 hükmü şu şekildedir: “(1) Anayasanın topluca değiştirilmesi veya Başlangıç Başlığı, Başlık I, Bölüm İki, Kesim 1 veya Başlık II’yi etkileyen kısmi bir değişiklik önerilirse, esas her bir Meclisin üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla onaylanır ve Parlamento derhal fesholur. (2) Seçilmiş Meclisler kararı onaylar ve her iki Meclisin üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla onaylanması gereken yeni Anayasametnini inceler. (3) Değişiklik Parlamento (Cortes Generales) tarafından kabul edildikten sonra onaylanmak üzere referanduma götürülür.”. T.C. Adalet Bakanlığı, 577-578.

⁷⁰³ Bourne, “The proscription of parties”, 18; Demokratik düzeni ya da anayasanın tamamının değiştirilmesi teorik olarak mümkün olsa da öngörülen usul ve şekil şartları nedeniyle pratikte oldukça zor olduğu yönünde bkz., Klamt, *Stretbare Demokratie*, 119.

oluşumu ve ifadesine katkıda bulunurlar ve siyasi katılımın temel araçlarıdır. Anayasa ve kanunlara saygı koşuluyla kurulmaları ve faaliyet göstermeleri serbesttir. İçyapıları ve faaliyetleri demokratik olmalıdır.”⁷⁰⁴. Söz konusu hükmün ilk cümlesi siyasi partilerin demokrasiler için önemini vurgularken ikinci cümlesinde siyasi partilerin anayasa ve kanunlara riayeti aranmaktadır. Hükmün son cümlesinde ise siyasi partilerin faaliyetlerini demokratik yollarla devam ettirmeleri şart koşulmaktadır. Hükme bakıldığında demokratik düzenle mücadele edecek partilere ilişkin olarak herhangi bir tedbir öngörülmemiştir⁷⁰⁵. Hükmün 2. cümlesinde yer alan anayasa ve kanunlara saygı koşulu ile 3. cümlede yer alan partilerin içyapıları ve faaliyetlerinin demokratik olma koşulunun demokratik düzeni korumaya yönelik hükümler olduğu düşünülebilirse de bunlar daha çok partilerin işleyişi, içyapısı ve örgütlenmesine yönelik olup dışa dönük eylemler için geçerli değildir. Diğer taraftan değiştirilemez maddeler hükmünün anayasada yer almayışı ve söz konusu m. 6’nın ilk cümlesinde siyasi çoğulculuktan bahsedilmesi ile anayasakoyucunun siyasi partilere ilişkin anti-demokratik eylem yasaklarından özellikle imtina ettiği kabul edilmektedir⁷⁰⁶. Buna paralel olarak İspanya Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda anayasada yasaklayıcı herhangi bir unsurun olmadığını tespit etmiş ve siyasi partilere vatandaş ve kamu otoriterlerinden daha fazla yükümlülük yüklenemeyeceğine karar vermiştir⁷⁰⁷. Böylece İspanya’da, anayasadan kaynaklı olarak siyasi partilere ideolojileri ve amaçları ne olursa olsun politik bir tarafsızlıkla yaklaşılmıştır⁷⁰⁸. Sonuç olarak İspanya Anayasası’nda demokratik düzeni korumak adına bir siyasi parti yasağı söz konusu değildir.

Siyasi partilere ilişkin her ne kadar İspanya Anayasası’nda bir tedbir yer almasa da tarihi süreç içerisinde yaşanan siyasi gelişmelere bağlı olarak kanun düzeyinde siyasi partilere ilişkin tedbirler alınmıştır. Öneme binaen bu tedbirlere değinmekte fayda bulunmaktadır. İspanya Anayasası’ndan önce 1978 yılında yürürlüğe girmiş olan Siyasi Partiler Kanunu’nda (Act 54/1978), tıpkı anayasa gibi sadece siyasi partilerin örgütlenmesinin demokratik ilkelere uygun olması gerektiği düzenlemiş ve partilerin suç

⁷⁰⁴ T.C. Adalet Bakanlığı, 539.

⁷⁰⁵ Bourne, “The proscription of parties”, 17-18.

⁷⁰⁶ Klamt, *Die Europäische Union*, 120-121.

⁷⁰⁷ Prado, “Spain”, 248-249; Klamt, “Militant Democracy”, 145.

⁷⁰⁸ Prado, “Spain”, 249; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 131.

teşkil edecek eylemlerinin yasaklandığı kabul edilmiştir⁷⁰⁹. Söz konusu kanuna göre bir partinin kapatılabilmesi ancak o partinin bir suç örgütüne dönüşmesi durumunda mümkün olacaktır. Dolayısıyla üyeleri suç işlemediği sürece bir siyasi parti ne kadar anti-demokratik olursa olsun söz konusu kanun kapsamında da kapatılabilmesi mümkün olamamıştır. Ancak bir yandan ayrılıkçı Bask Yurdu ve Özgürlük (Euskadi Ta Askatasuna - ETA) terör örgütünün terör saldırıları diğer yandan bu örgütle bağlantısı olduğu düşünülen Batasuna Partisi'nin küçümsenemeyecek başarılar elde etmesi söz konusu partiyle ceza hukuku dışında yollarla mücadele edilmesi arayışına itmiştir. Bu kapsamda 2002 yılında siyasi partiler kanununda etraflıca değişiklikler yapılmıştır⁷¹⁰. Bu değişikliklerle birlikte partilerin dışa yansıyan eylemleri de yasaklanmış ve ağır ve tekrarlı bir biçimde demokratik ilkelere zarar veren ya da özgürlükçü demokratik sistemi bozan ya da kaldıran partilerin kapatılacağı hüküm altına alınmıştır. Özellikle anayasal düzeni bozmak amacıyla terör örgütlerine yardım etmek ve siyasi destek vermek kapatma sebebi olarak sayılmıştır⁷¹¹. Ancak kanunun getirdiği en önemli özelliklerden biri terör örgütlerine sempati besleyen, onlara zımni destek veren partilerin de kapatılabilecek olmasıdır⁷¹². Söz konusu bu değişiklikler, anayasada olmayan bir yasak getirdiği ve bu sebeple anayasaya aykırı olduğu gibi gerekçelerle eleştirilmiş ve bu değişikliklere itiraz edilmiştir. Ancak tüm itirazlara rağmen söz konusu kanun yürürlükte kalmıştır. Kanunun ilk ve en önemli uygulaması Bask bölgesi ayrılıkçı ETA terör örgütüne destek veren Batasuna Partisi'nin 2003 yılında kapatılması ile olmuştur⁷¹³. Partinin kapatılmasında partinin ETA ile açık bağlantıları dışında örgütün yapmış olduğu bombalı saldırıları kınamayarak söz konusu örgüte zımni destek vermesi de gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Söz konusu kararı İspanya Anayasa Mahkemesi onanmış daha sonra ise karar AİHM tarafından AİHS'e aykırı bulunmamıştır. Böylece anayasada olmayan siyasi parti yasakları kanun düzeyinde 2002 yılında yürürlüğe girmiş ve 2003 yılında uygulanmıştır.

⁷⁰⁹ Klamt, *Die Europäische Union*, 121; Söz konusu kanunun siyasi partilere yönelik olarak hiç uygulanmadığı ve bunun en büyük örneğinin başından beri Bask bölgesi ayrılıkçı terör örgütü ETA'nın destekçisi olan Batasuna Partisi'ne gösterilen toleransta görüleceği yönünde bkz., Prado, 248.

⁷¹⁰ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 132.

⁷¹¹ Klamt, *Die Europäische Union*, 121-122.

⁷¹² Prado, "Spain", 251.

⁷¹³ Batasuna Partisi'nin kapatılması hakkında detaylı bilgi için bkz., Prado, "Spain", 249 vd.; Klamt, *Die Europäische Union*, 123-126.

2.3.9.3.2. Derneklere İlişkin Yasaklar

İspanya Anayasası'nda derneklere ilişkin de düzenleme söz konusudur. Anayasanın 21. maddesinde dernek kurma hakkı anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin 3. fıkrasında suç amacı güden derneklerin yasa dışı olduğu ifade edilmiş, 5. fıkrada ise gizli ve askeri derneklerin yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Derneklerin kapatılması yetkisi mahkemelere aittir.

İspanya Anayasası m. 21'de açıkça demokratik düzene aykırı derneklerin kapatılacağına dair bir düzenleme söz konusu değildir. Her ne kadar İtalya Anayasası'nda gizli ve yarı askeri dernekler faşizmle ilişkilendirilip anti-demokratik olarak nitelendirilseler de, İspanya Anayasası kapsamında bu yorum yapılmamaktadır. İspanya Anayasası'nın siyasi partilere ilişkin toleranslı tavrı karşısında derneklere ilişkin düzenlemenin de dar yorumlanması isabetli gözükmemektedir.

2.3.9.4. Değerlendirme

Aktarılan bilgiler ışığında İspanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışının araçlarından ne değiştirilemez maddeler hükmü ne de örgütlenme yasağına ilişkin düzenlemelerin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Anayasanın hazırlanış sürecinde Federal Almanya Anayasası'ndaki gibi bir siyasi parti yasağı ve hatta bireylere ilişkin yasakların (temel hakların etkisizleştirilmesi) anayasada düzenlenmesi tartışılmışsa da bunlar anayasal boyutta hayata geçmemiştir⁷¹⁴. Dolayısıyla İspanya Anayasa koyucu, militan demokrasi anlayışından bilinçli bir şekilde imtina etmiştir. Anayasada militan demokrasi anlayışı kapsamında tedbirlerin olmamasından dolayı oluşabilecek tehlikelerin ise siyasi irade ve toplum, hukuk ve demokrasi kültürüyle aşılması hedeflenmiştir. Ülkede, yürürlükte olan anayasanın ülkeyi sosyal ve demokratik hukukun üstünlüğüne tabi bir devlet olarak koruyacağına dair yaygın bir inanç vardır. Öyle ki söz konusu anayasa ilk 25 yılında sadece Avrupa Birliği'ne entegrasyon sürecinde değişikliğe uğramıştır⁷¹⁵. Buna karşılık 12 Eylül Terör saldırılarının dünya genelinde yarattığı terör korkusu ve ayrılıkçı terör örgütü ETA'nın eylemleri nedeniyle kanun düzeyinde siyasi partilere bir

⁷¹⁴ Klamt, *Die Europäische Union*, 121; Klamt, *Militant Democracy*, 145, 147; Tyulkina, "Australian Constitutional Law", 526.

⁷¹⁵ Klamt, *Die Europäische Union*, 120; Klamt, "Militant Democracy", 146; Mullor and Pérez, "The Constitution of Spain", 545.

takım tedbirler getirilmiştir⁷¹⁶. Söz konusu kanunla ilk olarak suça karışan ya da terörü destekleyen veya terörü teşvik eden partilerin yasaklanması öngörülmüştür. Ancak bu yasaklama tedbirlerini militan demokrasi anlayışı ile ilişkilendirmek oldukça güçtür. Zira mezkur siyasi partiler demokratik düzenle demokratik yollarla değil başta suç teşkil eden anti-demokratik yollarla mücadele etmektedir. Buna karşın söz konusu kanunda teröre zımni destek veren ya da onlara sempati duyan partilerin yani açıkça anti-demokratik faaliyetlerde bulunmayan partilerin de yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla teröre zımni destek veren ya da onlara sempati duyan bunun yanında politik arenada demokratik mücadelesini sürdüren partilerin kapatılmasının militan demokrasi anlayışı ile ilişkilendirilebilmesinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak İspanya Anayasası iç karışıklıklara ve askeri diktatörlükler geçmişine rağmen demokrasisi militan bir anayasaya sahip değildir. Sadece siyasi partiler açısından militan demokrasi anlayışı kapsamına dahil edilebilecek bir kanun mevcuttur.

2.3.10. ABD Anayasası

2.3.10.1. Genel Olarak

Anayasacılık tarihinin ilk yazılı anayasası olarak bilinen 1787 ABD Anayasası⁷¹⁷ yapılan değişikliklerle günümüze kadar gelebilen çerçeve nitelikte bir anayasadır. Anayasa, bir yanda federal bir Cumhuriyetin genel çerçevesini çizerken bir yandan da sınırlı hükümet olgusu idealini yansıtmaktadır⁷¹⁸. Her ne kadar tarihi süreç içerisinde özellikle zencilerin, siyasi ve toplumsal hayattan belirli derecelerle tecrit edilmesi gibi anti-demokratik uygulamalara kaynaklık etse de günümüze gelindiğinde mevcut haliyle ABD anayasasının demokratik ilkeler üzerine kurulduğu söylenebilir. “Biz, Birleşik Devletler Halkı” ifadesiyle başlayan anayasada, düzenli aralıklarla yapılan seçimlerle halk tarafından seçilen iki kanatlı bir parlamento ve devlet başkanı öngörülmüştür. Diğer taraftan söz konusu anayasada ilk halinde olmayıp daha sonra eklenen bir haklar bildirgesi bulunmaktadır. Yine Anayasa’da daha sonra yapılan eklemelerle ırk, renk ve cinsiyet ayrımı olmaksızın herkese eşit oy hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla tüm bu

⁷¹⁶ Klamt, *Die Europäische Union*, 122.

⁷¹⁷ ABD Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz., Amerika Hakkında - Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, Erişim Tarihi: 04.02.2020.

⁷¹⁸ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 80.

düzenlemelerle birlikte ABD Anayasası'nın demokratik bir anayasa olduğu ve demokratik bir düzen kurduğu söylenebilir⁷¹⁹.

2.3.10.2. Değiştirilemez Maddeler Hükmü

ABD Anayasası'nın 5. maddesinde anayasa değişikliği süreci öngörülmüştür⁷²⁰. Buna göre kongrenin her iki kanadının üye tam sayısının üçte ikisi ya da eyaletlerin üçte ikisi anayasa değişikliği teklifinde bulunabilmekte, söz konusu teklif eyaletlerin dörtte üçü tarafından kabul edildiğinde söz konusu değişiklik yürürlüğe girebilmektedir. Bu nitelikli yeter sayılarla birlikte ABD Anayasasının katı bir anayasa formuna sahip olduğu söylenebilir⁷²¹. Ancak anayasada, anayasa değişikliğinin içeriksel sınırını teşkil edecek herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde Anayasanın çeşitli yerlerindeki kimi hükümlerin değiştirilemez maddeler kapsamında olduğu yorumları yapılsa da anayasada açıkça bir yasak olmadığından söz konusu yorumlar dayanaksız kalmaktadır⁷²².

⁷¹⁹ Ntekim ABD Anayasası'nın kurucu babalarından olan ve haklar bildirgesini kaleme alan yazarlardan biri olan Thomas Jefferson anayasanın demokratik kimliğini şu şekilde ifade edecektir: “Toplumun mutlak gücünü emanet etmek için halkın kendisinden daha sağlam bir kasa bilmiyorum”.

⁷²⁰ ABD Anayasası'nda anayasa değişikliğini düzenleyen 5. madde hükmü şu şekildedir: “Kongre, her iki meclisin üçte iki çoğunluğu gerekli gördüğünde, bu Anayasa'da değişiklik önerebilir, ya da eyaletlerin üçte ikisinin yasama meclislerinin başvurusu üzerine değişiklik önermek üzere bir konvansyon toplayabilir; her iki durumda da, değişiklikler eyaletlerin dörtte üçünün yasama meclisleri veya eyaletlerin dörtte üçündeki konvansyonlar tarafından – bu iki onaylama şekline biri Kongre tarafından önerilebilir – onaylandığı takdirde her bakımdan ve her konuda bu Anayasa'nın parçası olacak ve geçerli sayılacaktır; ancak, [binsekizyüz yılından önce hiç bir değişiklik birinci maddenin dokuzuncu bölümünün birinci ve dördüncü bentlerini hiç bir şekilde etkilemeyecek; ve] rızası olmaksızın hiç bir eyalet Senato'daki eşit oy hakkından yoksun bırakılmayacaktır.”. Bkz., Amerika Hakkında - Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, m. 5.

⁷²¹ Bunun sonucu olarak 220 yılı aşkın süredir ABD Anayasası'nda ekleme şeklinde sadece 27 kez anayasa değişikliği yapılmıştır. Bu değişikliklerin ilk 10 maddesi 1791 yılında anayasaya eklenen temel haklar listesine aittir. Bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 153.

⁷²² Bu noktada özellikle ABD Anayasası'nın 4. maddenin 4. bölümünde yer alan “Birleşik Devletler bu Birlikteki her eyalete Cumhuriyet türü yönetim şeklini garanti edecek” şeklindeki hükmün anayasa değişikliği için içeriksel bir sınır olduğu ve en azından eyaletler açısından Cumhuriyet yönetim şeklinin değiştirilemez maddeler arasında bulunduğu yorumu yapılmaktadır. Bkz., Fox and Nolte, “Intolerant Democracies”, 24-25, dn. 109; ABD Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında devletin Cumhuriyet olan niteliğine ilişkin meselenin kongreye ait bir mesele olduğu şeklinde yorumda bulunmuş ve anayasanın maddi bir sınır içerdiği yaklaşımını kabul etmemiştir. Bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 154; Nitekim anayasanın kurucu babalarından Alexander Hamilton da Cumhuriyetçi devlet şeklinin temel prensibi, halka kendi mutluluğu ile tutarsız olduğunda yerleşik anayasayı değiştirebilme ya da kaldırabilme hakkını vermelidir düşüncesini savunmuştur. Bkz., Issacharoff, “Fragile Democracies”, 1412; Fox and Nolte, “Intolerant Democracies”, 24-25; ABD'nin Cumhuriyet olan devlet şeklinin yanısıra doktrinde 5. Maddenin sonunda yer alan “rızası olmaksızın hiç bir eyalet Senato'daki eşit oy hakkından yoksun bırakılmayacaktır.” hükmünü değiştirilemez maddeler kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 154.

Sonuç olarak ABD Anayasası'nda devletin demokratik düzenini korumaya yönelik olarak herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bunun sonucu olarak demokrasi düşmanı siyasi gruplar anayasa değişikliği yoluyla anayasanın kurduğu demokratik düzeni ortadan kaldıracaklardır.

2.3.10.3. Örgütlenme Yasakları

ABD Anayasası'nda temel hakları düzenleyen ek Haklar Bildirgesi içerisinde siyasi partiler ve dernek kurma hürriyeti ya da genel olarak örgütlenme hürriyetine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu durum ABD anayasal düzeninde örgütlenme hürriyetinin olmadığı anlamına gelmemekte, ek 1. maddede⁷²³ yer alan ifade hürriyetine ilişkin düzenleme ile örgütlenme hürriyetinin varlığı kabul edilmektedir⁷²⁴. Dolayısıyla bu ek maddeyle birlikte anayasada hem siyasi partilerin hem de derneklerin güvence altına alındığı kabul edilmektedir⁷²⁵. Söz konusu madde metninde örgütlenme hürriyeti kapsamında demokratik düzeni koruyacak herhangi bir önleyici düzenlemeye yer verilmemiş hatta kongrenin bu yönde sınırlayıcı bir kanun yapamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla ABD Anayasası'ndaki bu düzenlemeyle birlikte siyasi parti ve derneklere ceza hukuku kapsamında suç teşkil eden eylemlerde bulunmadıkları sürece müdahale edilebilecek anayasal-yasal bir zemin oluşturulmamıştır⁷²⁶.

Her ne kadar ABD'de anayasasında siyasi parti ve dernekler açısından oldukça geniş bir serbesti olsa da uygulama geçmişinde siyasi parti ve dernekler için hem önleyici nitelikte hem de ceza hukuku kapsamında bir takım kanunlar çıkarılmıştır. Daha çok sıcak ve soğuk savaş döneminde ülkede var olan komünizm korkusu neticesinde çıkarılan bu kanunlar doğrudan veya dolaylı olarak komünizmi hedef alan ve cezai ya da idari gözetimi ve teşhiri öngören anayasallığı tartışmalı kanunlar olmuştur. Bunlara Voorhis

⁷²³ ABD Anayasası ek 1. Maddesi şu şekildedir: “Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyet neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır.”. Bkz., Amerika Hakkında - Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, ek 1. madde.

⁷²⁴ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 87; Fox and Nolte, “Intolerant Democracies”, 25; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 259.

⁷²⁵ Flümann, *Streitbare Demokratie*, 259-260.

⁷²⁶ Flümann, *Streitbare Demokratie*, 260.

Act (1940)⁷²⁷, Smith Act (1940)⁷²⁸, Internal Security Act (1950)⁷²⁹ ve aşağıda ayrıca değineceğimiz Communist Control Act (1954) örnek gösterilebilir. Bu kanunlar kapsamında ülkede örgütler kapatılmış, binlerce kişi komünizmle ilişkilendirildiği için fişlenmiş, işlerinden olmuş, vatandaşlıktan çıkarılmış, para ve hapis cezası dâhil olmak üzere çeşitli müeyyidelerle karşılaşmıştır. Özellikle ABD’li senatör McCharty’nin 1940’lı yılların sonundan 1950’li yılların sonuna değin sürdürdüğü komünizm mücadelesi o dönem toplumun geneline yayılan bir cadı avına dönüşmüştür⁷³⁰. Dolayısıyla komünizmle topyekûn mücadele amacı taşıyan ve genellikle cezai nitelikte olan bu kanunların militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmesi zor olsa da özellikle demokrasiyi korumak adına atılacak adımların kötüye kullanılması durumunda

⁷²⁷ 17 Ekim 1940 tarihinde yürürlüğe giren yasa, yasayı teklif eden senatör Jerry Voorhis’in ismiyle anılmaktadır. Yasaya göre yurt dışı kontrollü olan ya da güç, şiddet, askeri tedbir veya tehditler kullanarak devlet yönetiminin ya da alt unsurlarının, denetlenmesi, yürütülmesi, ele geçirilmesi veya devrilmesini amaçladığı tespit edilen siyasi ve askeri örgütlerin Adalet Bakanlığı nezdinde bir sicile kaydedilmesini öngörmektedir. Böylece bu yasayla birlikte bir teşhir sistemi kurulmuş, başta gelir ve giderleri olmak üzere örgütlenmelerin sıkı takibinin yapılması hedeflenmiştir. Kanun hakkında bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 95.

⁷²⁸ 28 Haziran 1940 yılında yürürlüğe giren yasa, yasayı teklif eden senatör Howard W. Smith’in ismiyle anılmaktadır. Yasa politik düzenin şiddetle devrilmesini bireysel ya da organize bir şekilde propagandasının yapılmasını ya da bunun öğretimini suç saymaktadır. Yasa ile politik düzeni şiddete dayanarak yıkmayı propaganda ve eğitim yoluyla teşvik edenlere hapis ve para cezası öngörülmüştür. Dolayısıyla söz konusu kanun bir ceza kanunu hüviyetindedir. Kanun hakkında bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 95-96; Yüksek Mahkeme’nin söz konusu kanun kapsamında uygulanan tedbirlere yaklaşımı farklı olmuştur. Mahkeme 1951 yılında Dennis v. United States kararında söz konusu kanun kapsamında yapılan mahkûmiyetleri onarken, 1957 yılında Yates v. United States kararında eylemin savunulması ile soyut doktrinin savunulması ayrımı yaparak kanunun salt düşünceye dayalı olarak uygulamasını reddetmiştir. Söz konusu kararlar hakkında bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 114-123; Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 87; Söz konusu kanun metnine ulaşmak için bkz., https://www.ruhr-uni-bochum.de/gna/Quellensammlung/09/09_smithact_1940.htm, Erişim Tarihi: 02.02.2020.

⁷²⁹ 23 Eylül 1950 tarihinde yürürlüğe giren ve teklifi hazırlayanlardan biri olan senatör McCarran’ın ismiyle de anılan yasa İkinci Dünya Savaşı sonrasında Rusya ile artan gerilim ve Rusya’nın yayılmacılığı ile meydana gelen Kore savaşı neticesinde komünizmle mücadele amacıyla yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yasayla 1940 Voorhis Act’a benzer şekilde komünist örgütlerin ve bu örgütlerle bağlantısı olanların Adalet Bakanlığı’na kayıt yaptırması öngörülmüştür. Hakkında suçlama bulunan örgüt ve kişileri takip için ayrıca Zararlı Faaliyetleri Denetim Kurulu oluşturulmuş, devlet başkanına acil durumlarda alıkoyma ve tutuklama yetkisi verilmiştir. Kanunla korunan amaç ülkede totaliter bir diktatörlüğün kurularak demokratik Cumhuriyet düzenini yıkılmasını engellemektir. Söz konusu örgütlerle bağlantısı oldukları tespit edilenler ya da haklarında verilen tedbirlere riayet etmeyenler vatandaşlıktan çıkarılmış ya da ülkeye giriş çıkışları engellenmiştir. Kanun hakkında bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 97-100; Mark V. Tushnet, “United States of America”, in *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, ed., Markus Thiel, (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 365-366; Söz konusu kanun metnine ulaşmak için bkz., https://www.ruhr-uni-bochum.de/gna/Quellensammlung/10/10_mccarraninternalsecurityact_1950.htm, Erişim Tarihi: 02.3.2020.

⁷³⁰ McCharty döneminde komünizmle yapılan mücadele hakkında bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 87.

doğuracağı sonuçlar açısından söz konusu kanunların uygulaması önem arz etmektedir. Söz konusu kanunlar içerisinde 1954 yılında çıkarılan Communist Control Act isimli kanun ayrı bir öneme sahiptir.

12 Ağustos 1954 yılında yürürlüğe giren kanun her ne kadar “Komünist Kontrol” ismini taşısa da doğrudan ABD Komünist Partisi’ne (Communist Party of the United States of America, CPUSA) karşı çıkarılmış bir yasadır⁷³¹. Yasa partinin ABD’nin demokratik düzenini ortadan kaldırmayı amaçladığını ve özetle demokratik kurumlarla temel hakları bu amaç uğruna bir araç olarak kullandığını tespit etmektedir⁷³². Dolayısıyla söz konusu yasayla birlikte diğer yasalardan farklı olarak, partinin demokrasiyi devirerek bir komünist diktatörlüğü kurma amacını engellemek için sadece şiddet ve kuvvete başvurusu şart koşulmamıştır. Partiyi bu şekilde demokrasi düşmanı ilan eden söz konusu yasayla parti hukuk dışı olarak nitelendirilmiştir⁷³³. Partinin hukuk dışı ilan edilmesi partinin kapatılması sonucunu doğurmamış ancak hem federal düzeyde hem de eyalet düzeyinde partinin hiçbir hak ve ayrıcalıktan yararlanamayacağı kabul edilmiştir.

2.3.10.4. Değerlendirme

Yukarıda aktarılan bilgiler ışığında ABD Anayasası’nda anayasal düzeyde bir militan demokrasi anlayışının varlığından söz edilemez⁷³⁴. Kanun düzeyinde ise Communist Control Act (1954) isimli kanun militan demokrasi anlayışının sınırlı bir örneği olarak gösterilebilir. Sınırlı bir örnektir çünkü bir taraftan sadece komünizme yöneliktir diğer taraftan söz konusu kanun hala yürürlükte olmasına rağmen sadece yürürlüğe girdiği dönemde uygulanmıştır. Günümüzde kanunun etkisi kalmamıştır. Nitekim komünizm ideolojisini benimseyen bir parti olan ABD Komünist Partisi (Communist Party of the United States of America, CPUSA) hâlihazırda varlığını devam ettirmektedir. Sonuç olarak ABD Anayasası demokrasi anlayışı militan bir anayasa değildir. Yasal düzeyde ise geçmişte çok sınırlı ve anayasallığı tartışmalı bir militan demokrasi anlayışı uygulaması söz konusu olmuştur.

⁷³¹ Söz konusu kanun hakkında bkz., Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 100-102.

⁷³² Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 101.

⁷³³ Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 101.

⁷³⁴ Tushnet, “United States of America”, 357, 376; Boventer, *Grenzen politischer Freiheit*, 80.

2.4. Militan Demokrasi Anlayışının Uluslararası Boyutu

İkinci Dünya Savaşı sonrasında ülke anayasalarının militan demokrasi anlayışına olan temayülü uluslararası boyutta da kendini göstermiştir. Bir yanda imzalanan uluslararası antlaşmalar ve teşekkül eden uluslararası örgütlenmelerle demokratik değerleri esas alan adımlar atılmış diğer taraftan bu demokratik değerleri koruyacak mekanizmalar geliştirilmiştir⁷³⁵. Böylece sözleşmeyle kurulan ortak demokratik düzen ve anlayışa düşman kişi ve devletlerin mezkur düzene zarar vermeleri engellenmek istenmiştir.

Bu noktada ilk olarak BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi incelenebilir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, tıpkı yayınlandığı dönemde yürürlüğe giren birçok ülke anayasası gibi iki dünya savaşı arasında ortaya çıkan diktatörlüklere karşı BM'nin ortaya koyduğu tepkisel bir sözleşmedir. Bildirgenin 30. maddesi bu tepkiyi en iyi ifade eden, hükümlerden biridir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Bu bildirgenin hiçbir hükmü, herhangi bir devlet, topluluk ya da kişiye, Bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir davranışa girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir anlamında yorumlanamaz.”. Bu hükümle birlikte bildirgedeki hükümlerin, devlet, topluluk ya da kişi nezdinde kötüye kullanılması açıkça yasaklanmıştır. Ancak BM bildirgesinin taraf devletler nezdinde herhangi bir bağlayıcılığı veya zorlayıcı etkisinin olmaması söz konusu bu düzenlemenin ihlali durumunda herhangi bir sonuç doğmamasına neden olmaktadır⁷³⁶. Diğer taraftan BM bünyesinde kararları bağlayıcı bir denetim mekanizması da bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin militan demokrasi anlayışı ile sadece amaç noktasında bir benzerlik arz ettiği söylenmelidir.

BM Bildirgesine karşılık militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek düzenlemeleri barındıran ve taraf devlet ve kişileri bağlayan uluslararası belgelere de rastlanılmaktadır. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Antlaşmaları örnek olarak zikredilebilir. Gerçekten de her iki belge bir yandan uluslararası boyutta demokratik değerleri korurken diğer taraftan bu değerlerin zarar görmesini engelleyecek tedbirler barındırmakta ya da bu yönde ulusal hukuka etki

⁷³⁵ Tyulkina, “Inherent Democratic Quality”, 242.

⁷³⁶ İlyas Doğan, “Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi”, içinde *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, ed. İlyas Doğan, (Ankara: Astana Yayınları, 2019), 36.

etmektedir. Bu sebeple her iki belge aşağıda militan demokrasi anlayışının uluslararası boyutu olarak örnek kabilinden incelenecektir.

Belirtmek gerekir ki militan demokrasi anlayışının anayasal-yasal boyutu ile uluslararası boyutunun hem uygulanması hem de sonuçları bakımından eş değer görülmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle militan demokrasi anlayışının anayasal-yasal boyutunu tespit ederken vurguladığımız özelliklerin uluslararası boyutta aranması pek mantıklı olmayacaktır. Zira uluslararası arena, politik figürlerin demokratik düzene zarar vermeye yönelik politik mücadele verebildiği bir alan değildir. Dolayısıyla aşağıda incelenecek uluslararası belgelerde militan demokrasi anlayışının demokratik düzeni/değerleri koruması ve önleyicilik olmak üzere iki özelliği nazar-ı itibara alınacaktır.

2.4.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Militan Demokrasi Anlayışı

2.4.1.1. Genel Olarak

Avrupa Konseyi nezdinde 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanıp 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren⁷³⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁷³⁸, temel hakların uluslararası boyutta korunması açısından oldukça önemli sözleşmelerden biridir⁷³⁹. BM İnsan Hakları Evrensel bildirgesinden esinlenilerek⁷⁴⁰ hazırlanan sözleşmeyle birlikte daha çok kişi ve siyasi haklardan oluşan bir temel haklar kataloğu oluşturulmuştur⁷⁴¹. Taraf devletler antlaşmayı imzalayarak söz konusu temel hakları iç hukukta güvence altına alacaklarını taahhüt etmişlerdir⁷⁴². AİHS'in taraf devletlerin iç hukukuna nasıl

⁷³⁷ William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 8-9.

⁷³⁸ Çalışmanın bundan sonraki kısmında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHS ya da Sözleşme olarak ifade edilecektir; Sözleşmenin Türkçe metnine erişmek için bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2020.

⁷³⁹ AİHS'in ünyanın en etkili insan hakları rejimi olduğu yönünde bkz., Sulejmanova, “Populism”, 20; Sözleşmeyle birlikte insan haklarının uluslararası düzeyde fiilen korunması alanında yeni bir çağın başladığı yönünde bkz., Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 10.

⁷⁴⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, 10.

⁷⁴¹ Doğan, 36; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 70; Avrupa Konseyi sosyal hakları ayrı uluslararası belge olan Avrupa Sosyal Şartı içerisinde ele almıştır. Bu yönde bkz., Gözübüyük ve Gölcüklü, 11.

⁷⁴² Sözleşmenin 1. maddesinde söz konusu taahhüt ifade edilmektedir: “Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

tatbik edileceği söz konusu devletlerin anayasal-yasal düzenini ilgilendiren bir meseledir⁷⁴³. Yine iç hukukun bir parçası haline getirilen AİHS'in, ülkenin normlar hiyerarşisinde ne konumda olacağı da ülkeden ülkeye değişen uygulamalarla farklılık göstermektedir⁷⁴⁴. Ancak ne şekilde ve ne boyutta uygulanırsa uygulansın AİHS taraf devletlerin iç hukuk düzenlerinin bir parçasını teşkil edecektir.

Bununla birlikte AİHS'i diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran en önemli yönü devletlerin taahhütlerini yerine getirip getirmeyeceklerini denetleyen bir denetim mekanizması öngörmüş olmasıdır⁷⁴⁵. Bu denetim mekanizmasını yerine getirecek organ, sözleşmenin 19⁷⁴⁶ ve devamı maddeleriyle kuruluşu, yapısı ve denetim usulü düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir⁷⁴⁷(AİHM)⁷⁴⁸. AİHM'in yapacağı denetim, sözleşme kapsamındaki temel hakları ihlal eden taraf devletlerin vatandaşları ve taraf devletlerin yapacakları bireysel başvuru yoluyla gerçekleştirilir⁷⁴⁹. AİHM'in ilgili

⁷⁴³ Uluslararası sözleşmelerin iç hukukun parçası haline gelmesi noktasında iki farklı uygulama vardır. Dualist (ikici) uygulamada iç hukuk ve uluslararası hukuk düzeni birbirinden bağımsızdır. Bu uygulamada uluslararası hukuk düzeninin iç hukukun parçası haline gelebilmesi için iç hukuk tarafından bir atıf ya da bir aktarma yapılması gerekmektedir. Danimarka, İzlanda, Norveç gibi ülkelerde görülen bu uygulamada uluslararası hukukun iç hukukun parçası haline gelebilmesi genellikle yasama tasarrufu ile olur. Monist uygulamada ise uluslararası hukuk yürürlüğe girdiği anda iç hukukun bir parçası olmaktadır. Bu noktada iç hukuk tarafından uluslararası hukuka bir atıf ya da aktarma yapılması gerekmemektedir. Bkz., Gözübüyük ve Gölcüklü, 19; Doğan, 58-59; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017), 478-479.

⁷⁴⁴ Bu noktada devletlerin yasal düzenlemeleri konuya farklı yaklaşmaktadır. Devletlerin kimisi anayasadan üstün konumda, kimisi anayasal konumda, kimisi anayasa ve kanun arası bir konumda kabul ederken kimisi de kanun düzeyinde uluslararası sözleşmeleri kabul etmektedir; Bkz., Gözübüyük ve Gölcüklü, 16, 20.

⁷⁴⁵ Küçük, *Siyasi Partiler*, 39; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 71.

⁷⁴⁶ Sözleşmenin 19. maddesi AİHM'in kuruluşunu düzenlemektedir. Madde hükmü şu şekildedir: “Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar’a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle “Mahkeme” olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar.”.

⁷⁴⁷ Çalışmanın bundan sonraki kısmında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHM ya da Mahkeme olarak ifade edilecektir.

⁷⁴⁸ AİHS'in ilk şeklinde denetim mekanizması Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şeklinde ikili bir yapıyla yerine getirilmiştir. Bu ikili yapıya zaman zaman Avrupa Konseyi'nin yürütmeye organı olan Bakanlar Komitesi de iştirak etmiştir. Komisyonun görevi daha çok başvuru hakkında soruşturma yapmak ve danışma niteliğinde görüşler bildirmektir. Bağlayıcı karar alma yetkisi Avrupa İnsan Hakları divanı ve Bakanlar Konseyi'ne aitti. Denetim mekanizmasının bu yapısı AİHS Ek 11 nolu protokolle sona erdirilmiş ve denetleme yetkisi tek organa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Bkz., Gözübüyük ve Gölcüklü, 24-26; Doğan, 36; Gözler, *İnsan Hakları*, 497-499.

⁷⁴⁹ AİHM'e bireysel başvuru yolu 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz., Gözübüyük ve Gölcüklü, 10.

başvurular üzerine vereceği kararlar taraf devletler için bağlayıcı niteliktedir⁷⁵⁰. Taraf devletler Mahkeme tarafından karar verilen hak ihlallerini giderici yollara başvurmak durumundadır. AİHM'in söz konusu kararları başvuruya konu somut olaylarda doğuracağı sonuçlarının yanısıra diğer ülkelere de benzer olay ve durumlara tatbik edilecek düzenlemeler yapılması noktasında yol gösterici nitelikte olacaktır. Diğer taraftan AİHM, AİHS hükümlerini kararlarında yorumlayarak, söz konusu hükümlerin kapsamını ve uygulamasını belirleyecek, soyut ve genel olan düzenlemeleri somutlaştıracaktır⁷⁵¹.

AİHS'in diğer uluslararası sözleşmelerden ayrılan bir diğer yönü sözleşme bünyesinde tüm taraf devletlerin demokratik düzenleriyle birlikte belli standartlara sahip uluslararası bir demokratik düzen oluşturmaları ve bu düzeni koruyacak araçlara yer vermesidir⁷⁵². Gerçekten de AİHS ile Avrupa devletlerinin ortak mirasını, ortak değerlerini yansıtan ve ortak anlayış, saygı çerçevesinde bireylerin temel haklarını güvence altına alan bir toplum düzeni oluşturulmak istenmiş ve bu düzene Avrupa Kamu Düzeni adı verilmiştir⁷⁵³. İnsan hakları ile demokrasi arasındaki sıkı bağ sebebiyle bu toplum düzeninin merkezinde demokrasi görülmüştür. AİHM'e göre sözleşmeyle uyumlu tek yönetim modeli demokrasidir⁷⁵⁴ ve sözleşme demokratik bir toplumun ideallerini teşvik etmek ve sürdürmek için tasarlanmıştır⁷⁵⁵. AİHM'e göre sözleşme kapsamında demokrasi; çoğulculuk, hoşgörü, açık görüşlülük⁷⁵⁶ gibi anlamlara gelmekte ve sözleşme

⁷⁵⁰ AİHM kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen m. 46/f.1 hükmü şu şekildedir: "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler".

⁷⁵¹ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 23; Küçük, *Siyasi Partiler*, 39.

⁷⁵² Joseph Zand und Hayri Keser, "Democracy is one of the Main Features of the European Convention on Human Rights", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/4 (2013): 184.

⁷⁵³ Avrupa Kamu Düzeni, ilk defa Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından *Austria v. Italy* başvurusuna ilişkin raporda dile getirilmiştir. Söz konusu raporda Avrupa Konseyi'nin sözleşmeyle birlikte "... ortak siyasi gelenek, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü mirasını korumak amacıyla Avrupa'nın özgür demokrasileri için ortak bir kamu düzeni" kurulmasını amaçladığından bahsedilmiştir. Rapora erişmek için bkz., ECHR, *Austria v. Italy* (Komisyon), 788/60, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-115598&filename=AUSTRIA%20v.%20ITALY.pdf>, Erişim Tarihi: 05.02.2020, 18.

⁷⁵⁴ ECHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Appl. No: 133/1996/752/951, 30/01/1998, p. 45 (çev. T.C. Dışişleri Bakanlığı, 1998); ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13.02.2003, p. 86; ECHR, *Church of Scientology Moscow v. Russia*, Appl. No: 18147/02, 24/09/2007, p. 74.

⁷⁵⁵ ECHR, *Bączkowski and Others v. Poland*, Appl. No: 1543/06, 03/05/2007, p. 61.

⁷⁵⁶ ECHR, *Handyside v. The United Kingdom*, Appl. No: 5493/72, 7.12.1976, p. 49; ECHR, *Gerger v. Turkey*, Appl. No: 24919/94, 08/07/1999, p. 46; ECHR, *Gorzelić and Others v. Poland* [GC], Appl. No: 44158/98, 17/02/2004, p. 90; ECHR, *Bączkowski and Others v. Poland*, p. 63.

kapsamındaki demokrasiyle toplumsal bütünlüğe önem verilmektedir⁷⁵⁷. AİHS kapsamında demokrasi salt bir çoğunluk yönetimi olarak görülmemektedir. Azınlıklara adil ve uygun muamele edilmesini sağlayan ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını önleyen bir dengeyi öngörmektedir⁷⁵⁸. Dolayısıyla temel haklar ile demokrasi varlık arz ederken, demokrasi ile temel haklar güvence altına alınmaktadır.

AİHS ile İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası boyutta oluşturulan demokratik düzen, sözleşmenin bir tepki sözleşmesi olduğunu göstermektedir. Tıpkı anayasal demokrasiler gibi AİHS ile de geçmiş dönemin totaliter rejimlerine ve bu rejimlerin demokrasiyi kullanmalarına bir reaksiyon söz konusudur⁷⁵⁹. Bunun sonucunda AİHS bir yandan demokratik düzen oluşturma hedefi taşıırken diğer yandan demokrasi düşmanlarının bu hedefi ortadan kaldırma tehlikesine yönelik endişeyi de bünyesinde barındırmaktadır. Bu hem AİHS'in hazırlanış sürecinde, hem sözleşme metninde hem de AİHM kararlarında çok net bir şekilde gözlemlenmektedir.

AİHS'in hazırlanma sürecine ilişkin müzakere kayıtlarında sözleşmenin hedefleri olarak “totalitarizmin yeniden doğuşunu önlemek”, “insanlarımızı diktatörlerden korumak”, “tüm ülkelerimizde yaşam biçimimizi zayıflatmaya yönelik sinsi girişimlere karşı direnişi güçlendirmek” şeklinde hedeflerden bahsedilmektedir⁷⁶⁰. Dolayısıyla AİHS, tıpkı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra birçok anayasal demokraside olduğu gibi demokratik düzen içerisinde demokratik kurum ve araçlarla temel hakları kötüye kullanan ve demokratik düzene zarar veren anti-demokratik hareketlerin doğmasını engellemeyi amaçlamaktadır⁷⁶¹.

AİHS metnine bakıldığında bu amaca uygun olarak oluşturulan demokratik düzeni koruyucu hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerin başında sözleşme

⁷⁵⁷ ECHR, Ouranio Toxo and Others v. Greece, Appl. No: 74989/01, 20/10/2005, p. 42.

⁷⁵⁸ ECHR, Chassagnou and Others v. France [GC], Appl. No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, p. 112.

⁷⁵⁹ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 228; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 58; Zand und Keser, “Democracy is one of the Main Features”, 185; Sözleşmenin özellikle komünist tehdit korkusu üzerine inşa edildiği, demokrasi ve insan hakları kavramlarının da bu korku üzerine inşa edildiği yönünde bkz., Mehmet Çatlı, *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2018), 11.

⁷⁶⁰ Joseph Zand, “The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights,” *University of Baltimore Journal of International Law*, 5/2 (2017): 198; Zand und Keser, “Democracy is one of the Main Features”, 186.

⁷⁶¹ Besirevic, “A Short Guide”, 247.

kapsamındaki hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan m. 17 hükmü gelmektedir⁷⁶². Demokratik düzeni korumaya yönelik ihdas edildiği kabul edilen bu düzenlemenin uygulaması kapsamında AİHM, temel hakkı kötüye kullanan başvuruçunun kendi hakkının ihlal edildiği yönündeki taleplerini dinlemeden başvuruyu reddetmektedir. AİHS'in kurduğu demokratik düzeni korumaya yönelik bir düzenleme olarak m. 17, sözleşme kapsamında militan demokrasi anlayışının varlığını göstermektedir. Ancak AİHS'te militan demokrasi anlayışı çerçevesinde ele alınabilecek hüküm sadece m. 17 değildir. AİHS'in ifade hürriyetini düzenleyen ve örgütlenme hürriyetini de kapsadığı kabul edilen m. 11 hükmü de bu noktada önem arz etmektedir. Madde hükmünde demokratik düzenin korunmasına yönelik olarak bir örgütlenme yasağı söz konusu değildir. Ancak AİHM'in başvurulara konu parti kapatma kararlarına ilişkin olarak m. 11 kapsamında yaptığı değerlendirme ve içtihatlar, sözleşme düzeyinde militan demokrasi anlayışının bir aracı olan örgütlenme yasaklarına bakış açısını göstermektedir.

Aşağıda AİHS'in oluşturduğu demokratik düzeni koruyan ve militan demokrasi anlayışının varlığı açısından önem arz eden söz konusu m. 17 ile m. 11 hükümleri, AİHM'in düzenlemelere bakış açısı ve örnek kararları da aktararak incelenecektir. Böylece AİHS kapsamında militan demokrasi anlayışının genel bir çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. AİHS kapsamında militan demokrasi anlayışının genel çerçevesinin çizilmesi sözleşmenin ülke içindeki ulusal düzenlemeleri de etkileyeceği gerçeği karşısında önem arz etmektedir. AİHS'in benimsediği militan demokrasi anlayışı hem başvuruya konu olaylar açısından hem de genel olarak taraf devletlerin anayasal militan demokrasileri açısından yol gösterici nitelikte olacaktır.

2.4.1.2. AİHS 17. Madde Hükmü

AİHS'te hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan m. 17 hükmü militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek önemli bir düzenlemedir. Madde hükmü şu şekildedir:

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde

⁷⁶² Besirevic, “A Short Guide”, 247-248; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 59.

sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”⁷⁶³.

Hakları kötüye kullanma yasağı kenar başlıklı bu hükmün temel amacı sözleşme kapsamındaki kişi ya da grupların sözleşmenin dayandığı başta demokrasi olmak üzere değerleri yok etmek amacıyla sözleşmedeki temel hakları kullanmalarını engellemektir⁷⁶⁴. Buna göre temel hakları ve demokrasiyi ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetleri işleyen kişi ya da gruplar, sözleşmedeki herhangi bir hükmün güvencesinden yararlanmayı talep edemezler. Dolayısıyla AİHS m. 17’de yer alan kötüye kullanma yasağı kimi ülke anayasalarında olduğu gibi herhangi bir sonuç doğurmayan sembolik ya da hukuken etkisiz bir kötüye kullanma yasağı değildir. AİHM, şayet bir başvurunun bir hakkı kötüye kullandığını tespit ederse başvurunun iddia ettiği üzere sözleşme kapsamında bir hak ihlalinin var olup olmadığı incelemesine girmemekte, doğrudan m. 17 hükmüne başvurarak, başvuruları reddetmektedir. Örneğin; Nasyonal Sosyalist bir devlet kurma amacı için çeşitli toplantılar tertip eden ya da bu amaçla örgütlenmeye gidenlere devlet otoritesi tarafından yapılacak müdahale sebebiyle, bu kişilerin AİHS m. 11’de yer alan toplantı ve örgütlenme hürriyetinin koruma kapsamına girmesi söz konusu olmayacaktır.

Hükmün kişiye bakan yönü olduğu kadar devlete bakan yönü de vardır. Söz konusu hüküm devletlerin sözleşmede düzenlenen hakları yine sözleşmede düzenlenen sınırları aşacak şekilde kısıtlamalarını engellemektedir⁷⁶⁵.

Hükümde doğrudan demokrasilerin korunmasından bahsedilmese de demokrasinin temel haklarla olan ilişkisi ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin temel hakları en etkili koruyan yönetim modeli olarak demokrasiyi görmesi gerçeği karşısında sözleşmenin bu hükmüyle demokratik düzeni koruduğu kabul edilmektedir⁷⁶⁶. Nitekim AİHM birçok kararında açıkça m. 17’nin demokrasinin

⁷⁶³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 13.

⁷⁶⁴ Molier and Rijpkema, “Germany’s New Militant Democracy Regime”, 402; Gözübüyük ve Gölcüklü, 413; Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), 94; ECHR, Lawless v. Ireland (no. 3 - “the Law”), Appl. No: 332/57, 01/07/1961, p. 7; ECHR, Orban and Others v. France, Appl. No: 20985/05, 15/01/2009, p. 33.

⁷⁶⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, 413; Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 97; Küçük, *Siyasi Partiler*, 45.

⁷⁶⁶ Federico Losurdo, “The Prohibition of the Abuse of Rights in the Judicial Dialogue in Europe”, (Erişim Tarihi 04.15.2020),

kendisini savunabilmesiyle ilişkili olduğunu vurgulamıştır⁷⁶⁷. AİHS'in demokrasi ve temel hakları korumaya yönelik olarak getirdiği bu kötüye kullanma yasağının temel amacı tıpkı Federal Almanya Anayasası'nda olduğu gibi iki dünya savaşı arasında ortaya çıkan ve siyasi parti şemsiyesi altında örgütlenip demokrasiyi ortadan kaldıran totaliter rejimlerin veya diğer aşırılıkçı grupların yeniden tezahür etmesini engellemektir⁷⁶⁸. Tüm bu bilgiler ışığında söz konusu m. 17 hükmünün AİHS kapsamında militan demokrasi anlayışının en önemli göstergesi olduğu kabul edilmelidir⁷⁶⁹.

AİHM'in m. 17 ve militan demokrasi anlayışı çerçevesinde vermiş olduğu kararlara *German Communist Party v. Germany davası*⁷⁷⁰ örnek olarak gösterilebilir⁷⁷¹. Söz konusu karara konu olayda Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD) isimli parti, kapatma kararıyla birlikte sözleşmenin 9, 10 ve 11. maddelerinin ihlal edildiğini savunmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu söz konusu maddelerin başvurucunun iddia ettiği şekilde ihlal edilmediğini değerlendirmeden önce konuyu doğrudan 17. madde kapsamında ele almıştır. Komisyon yapmış olduğu değerlendirmede partinin anayasal araçları kullanarak yönetimi ele geçirmeyi hedeflediği, partinin amacının proletarya devrimi ve proletarya diktatörlüğü ile komünist bir rejim kurmak olduğu gözlemlerinde bulunmuştur. Komisyona göre böyle bir diktatörlük ise sözleşmenin kurduğu düzenle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla komisyon başvuruyu m. 17 kapsamında değerlendirmiş, başvurucunun sözleşmede güvence altına alınan haklara dayanamayacağına hükmederek

https://www.academia.edu/3405707/THE_PROHIBITION_OF_THE_ABUSE_OF_RIGHTS_IN_THE_JUDICIAL_DIALOGUE_IN_EUROPE, 8; Nitekim AİHM bir kararında kötüye kullanma yasağı ve demokrasinin korunması arasındaki bağı “İfade özgürlüğünün kötüye kullanılması demokrasi ve insan haklarıyla bağdaşmaz ve başkalarının haklarını ihlal eder.” yaklaşımıyla açıkça vurgulamıştır. Bkz., Witzsch v. Germany (kabul edilebilirlik kararı), 7485/03; Başka bir kararında ise “Hiç kimse, Demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak veya yok etmek için Sözleşme'nin hükümlerine dayanamaz” demektedir. Bkz., Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 99.

⁷⁶⁷ AİHM'in bu yönde kararları için bkz., ECHR, Vogt v. Germany, Appl. No: 17851/91, 26.09.1995, p. 51 ve 59; ECHR, Ždanoka v. Latvia [GC], Appl. No: 58278/00, 16.03.2006, p. 100; ECHR, Perinçek v. Switzerland [GC], Appl. No: 27510/08, 15/10/2015, p. 242.

⁷⁶⁸ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 23-24, 249; Walter, “Interactions between”, 82; Gözler, *İnsan Hakları*, 314; ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 99; ECHR, Paksas v. Lithuania [GC], Appl. No: 34932/04, 16/01/2011, p. 8.

⁷⁶⁹ Walter, “Interactions between”, 87; Tyulkina, “Inherent Democratic Quality”, 243; Sulejmanova, “Populism”, 31.

⁷⁷⁰ German Communist Party v. Germany (Komisyon), no: 250/57.

⁷⁷¹ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 230.

başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AİHM bu kararıyla söz konusu partinin komünizmle ilişkilendirilen faaliyetlerini ifade hürriyeti ve örgütlenme hürriyeti kapsamında değerlendirmemiştir.

AİHM'in bu yaklaşımı sadece siyasi partiler açısından değil faşizm ve diktatoryal komünizm gibi aşırılıkçı ideolojileri benimseyen siyasi nitelikteki dernekler⁷⁷² ve bireylerin yaptığı başvurularda da⁷⁷³ (her ne kadar militan demokrasi anlayışı kapsamında olmasa da) kendini göstermiştir.

Sonuç olarak AİHM, militan demokrasi anlayışı çerçevesinde demokrasiye tamamen düşman olarak değerlendirdiği komünizm ve faşizm tehlikesine karşı, sözleşmenin tanıdığı hak güvencelerini devre dışı bırakmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki aşağıda m. 11 çerçevesinde örnek verilen kararlarda da görüleceği üzere AİHM'in komünizme bakış açısı tarihi süreç içerisinde tıpkı ülke uygulamalarında olduğu gibi değişiklik göstermiştir. Günümüzde komünist hareketlerin demokrasiye entegre olmasıyla birlikte (eurokomünizm) AİHM, komünist parti ve bireylerin başvurularında doğrudan m. 17'ye dayanarak başvuruları reddetmemekte, sözleşmenin diğer maddeleri kapsamında başvuruyu ele almaktadır.

2.4.1.3. AİHS 11. Madde Hükmü

AİHS m. 11'de toplantı ve örgütlenme hürriyeti düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrası örgütlenme hürriyetini bir temel hak olarak tanımaktadır: “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.”⁷⁷⁴.

AİHS m. 11 toplantı ve dernek kurma özgürlüğü kenar başlığını taşımakta ve madde içerisinde dernek ile sendikalardan bahsedilmekte, buna karşın siyasi partiler zikredilmemektedir. Ancak sözleşmede siyasi partilere doğrudan bir atıf olmaması siyasi

⁷⁷² Örnek olarak X v. Italy davası gösterilebilir. Dava faşizm ideolojisinden ilham alan ve Nazilerin amblemlerini kullanan siyasi nitelikte bir derneğe ilişkindir. Derneğin kapatılması üzerine davalının AİHM'e yaptığı başvuru Komisyon tarafından m. 17 kapsamında kabul edilemez bulunmuş ve başta sözleşmenin 11. maddesi olmak üzere diğer hükümleri çerçevesinde incelenmemiştir. Bkz., ECHR, X v. Italy (Komisyon), Appl. No: 6741, 21.05.1976.

⁷⁷³ Örneğin Glasenapp v. Germany davasında Almanya'da kapatılan Almanya Komünist Partisi'nin destekçisi olması hasebiyle kalıcı öğretmenlik pozisyonu verilmesi reddedilen öğretmenin başvurusu, AİHM tarafından ifade hürriyeti ihlali kapsamında görülmemiş ve m. 17 gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Bkz., ECHR, Glasenapp v. Germany, Appl. No: 9228/80, 28/08/1986.

⁷⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11.

partilerin sözleşmede kapsam dışı bırakıldığı anlamına gelmemektedir. AİHM vermiş olduğu birçok kararda örgütlenme hürriyetini düzenleyen 11. madde hükmünün aynı zamanda siyasi partileri de kapsadığını kabul etmiş, madde lafzından yola çıkarak söz konusu hükmün siyasi partilere uygulanamayacağına yönelik itirazları reddetmiştir⁷⁷⁵. Gerçekten de çoğulcu demokrasiyi benimseyen bir sözleşmenin siyasi partileri kapsam dışı bırakması düşünülemezdi. Zira günümüz demokrasilerde halk yönetime siyasi partilerle katılmakta, azınlık politik alanda sesini siyasi partilerle duyurmaktadır. Bu sebeplerle mahkeme siyasi partileri çoğulculuğun garantisi olarak görmekte, onlar olmadan demokrasilerin olmayacağını savunmaktadır⁷⁷⁶.

AİHM'e göre örgütlenme hürriyeti çoğulcu demokrasilerde kilit rol oynamaktadır. Çoğulcu demokrasilerde bireysel çıkarlar zaman zaman grupların çıkarlarına tabi olmak zorunda olsa da, demokrasi sadece çoğunluğun görüşlerinin her zaman geçerli olması gerektiği anlamına gelmez⁷⁷⁷. Azınlıklara adil ve uygun muamele edilmesini sağlayan ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını önleyen bir denge sağlanmalıdır. İşte örgütlenme hürriyeti bu dengeyi sağlayacak ve azınlıkların kendilerini ifade etmelerine, korumalarına ve geliştirmelerine olanak sağlayacaktır⁷⁷⁸. AİHS m. 11'de düzenlenen örgütlenme hürriyeti; 9. maddede⁷⁷⁹ düzenlenen düşünce, vicdan ve din

⁷⁷⁵ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, p. 25; Ouranio Toxo and Others v. Greece, p. 34.

⁷⁷⁶ Refah Partisi and Others v. Turkey, p. 88–89; Partidul Comunistilor (Nepecearisti) and Ungureanu v. Romania, 46626/99, p. 45.

⁷⁷⁷ Chassagnou and Others v. France [GC], p. 112

⁷⁷⁸ Gorzelik and Others v. Poland [GC], p. 93

⁷⁷⁹ AİHS m. 9 hükmü şu şekildedir: “1. “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10-11.

hürriyeti ve 10. maddede⁷⁸⁰ düzenlenen ifade hürriyeti ile de yakından ilişkilidir⁷⁸¹. Örgütlenme hürriyeti sağlanırken bunun geniş tabana yayılması çoğulcu demokrasiler açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla mahkeme 9. ve 10. maddelerle inanç ve ifade hürriyetinin güvence altına alınmasını örgütlenme hürriyetinin amaçlarından biri olarak kabul etmektedir⁷⁸². Mahkeme, kararlarında örgütlenme hürriyetinin otonom rolü olduğunu düşünse de başvuruları sıklıkla 9 ve 10. maddelerle birlikte ele almaktadır.

2.4.1.3.1. Örgütlenme Hürriyetinin Sınırları ve AİHM’in İçtihadı Sınırlama Şartları

Örgütlenme hürriyeti (ve siyasi partiler) 11. madde kapsamında bir temel hak olarak tanınsa da sınırsız değildir. Taraf devletler 11. maddenin ikinci fıkrasındaki sebeplere dayanarak örgütlenme hürriyetini ve dolayısıyla siyasi partileri sınırlandırabilir⁷⁸³. Söz konusu fıkra göre örgütlenme hürriyeti (başta siyasi partiler) devletler tarafından ancak bu hükümde yer alan “ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebepleriyle sınırlandırılabilir.

⁷⁸⁰ AİHS m. 10 hükmü şu şekildedir: “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11; AİHM kararlarında ifade özgürlüğü hakkında bkz., Cengiz Gül, “AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri”, *EÜHFD*, 14/1 (2019): 105-128.

⁷⁸¹ Scahabas, 483.

⁷⁸² ECHR, *Vörður Ólafsson v. Iceland*, Appl. No: 20161/06, 27/04/2010, p. 46; ECHR, *Chassagnou and Others v. France* [GC], p. 103; ECHR, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, Appl. No: 7601/76 ve 7806/77, 13/08/1981, p. 57; ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepecești) and Ungureanu v. Romania*, p. 44; ECHR, *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* [GC], Appl. No: 23885/94, 08/12/1999, p. 37; ECHR, *Zhechev v. Bulgaria*, Appl. No: 57045/00, 21/06/2007, p. 33.

⁷⁸³ AİHS m. 11/f.2 şu şekildedir: “Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11-12.

AİHM, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey davasından günümüze AİHS m. 8, 9, 10 ve 11. maddelerine ilişkin davalarda söz konusu maddelerde yer alan sınırlamalara ilişkin bir takım şartlar aramakta, bu sınırlara da bir sınır çizmektedir⁷⁸⁴. Dolayısıyla siyasi partiler de dâhil olmak üzere örgütlenme hürriyeti de m. 11/f.2'deki sebeplere binaen sınırlandırılırken mahkemenin getirdiği şartlara riayet edilecektir. Buna göre mahkeme devletlerin demokrasiyi korumak adına siyasi partilere yapmış olduğu müdahalelerin sözleşme kapsamında haklı sayılabilmesi için **kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik** olmak üzere üç şartın varlığını aramaktadır.

Kanunilik şartı müdahalenin bir kanuni dayanağının olmasının gerekliliğini ifade etmektedir. Mahkeme kanunilik şartını oldukça geniş yorumlamaktadır. Buna göre normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde olmayan hatta yazılı olmayıp mahkemeler tarafından yorumlanıp uygulanan yazısız kurallar dahi bu şartı karşılamaktadır⁷⁸⁵. Ancak mahkeme bu kanuni dayanağın erişilebilir ve öngörülebilir olmasını ve vatandaşın davranışlarını düzenleyebilmesini sağlayacak yeterli hassasiyetle formüle edilmesini şart koşmaktadır⁷⁸⁶. Şayet müdahalenin kanuni dayanağı yoksa esasa geçmeden başvuru reddedilecektir.

Başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağının olduğu tespit edilirse sonraki aşama olarak müdahalenin **meşru bir amaçla** yapılıp yapılmadığına bakılacaktır. Bu kapsamda m. 11/f.2'de öngörülen sınırlama sebeplerinin varlığı gözetilecektir⁷⁸⁷. Buna göre bir siyasi partiye ancak ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle müdahale edilebilir. Bu

⁷⁸⁴ Fransje Molenaar, “The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation”, *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, 4 (2010): 8.

⁷⁸⁵ ECHR, Leyla Şahin v. Turkey [GC], Appl. No: 44774/98, 10.10.2005, p. 88; ECHR, Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands [GC], Appl. No: 38224/03, 14/09/2010, p. 83.

⁷⁸⁶ ECHR, Rekvényi v. Hungary [GC], 25390/94, 20/05/1999, p. 34; ECHR, Mkrtchyan v. Armenia, Appl. No: 6562/03, 11/07/2007, p. 39; ECHR, Association of Citizens Radko and Paunkovski v. ‘the former Yugoslav Republic of Macedonia’, Appl. No: 74651/01, 15/01/2009, p. 64; ECHR, Gorzelik and Others v. Poland [GC], p. 64; ECHR, N.F. v. Italy, Appl. No: 37119/97, 02/08/2001, p. 29.

⁷⁸⁷ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, 511-512; Küçük, *Siyasi Partiler*, 41; Hazar, “Siyasi Partilerin Kapatılması”, 80.

sebepler sınırlı olarak tek tek tespit edilmiş olup geniş yorumlanmamaktadır⁷⁸⁸. Diğer bir ifadeyle bu sebepler dışında bir sebebe dayanılarak bir siyasi partiye müdahale edilmemelidir.

Şayet siyasi partiye müdahale meşru bir amaçla yapılmışsa daha sonrasında mahkeme söz konusu müdahalenin **demokratik bir toplum için gereklilik** şartını aramaktadır⁷⁸⁹. Demokratik toplumda gereklilik şartı ile taraf devletin sınırlama yaparken hak sahibi ve bir bütün olarak toplumun rekabet eden çıkarları arasında adil bir dengeyi gözetip gözetmediği değerlendirilmektedir⁷⁹⁰. Mahkeme siyasi partilere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığını tespit ederken o tedbir için “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın” varlığını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle siyasi partilere yönelik olarak sınırlandırmalar, m. 11/f.2’de yer alan sınırlama sebepleri çerçevesinde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığına cevap teşkil edecek nitelikte olmalıdır⁷⁹¹. AİHM örgütlenme hürriyetine m. 11/f.2’deki sebepler çerçevesinde yapılacak sınırlamalarda aranacak olan zorlayıcı toplumsal ihtiyacı belirlemede taraf devletlere takdir marjı tanımıştır⁷⁹². Diğer taraftan mahkeme bir örgütlenmeye yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması için müdahale ile müdahalenin dayandırıldığı meşru amaç arasında bir denge de aranmaktadır⁷⁹³. Müdahale ile meşru amaç orantılı olmalı, taraf devletlerin müdahale gerekçeleri ilgili ve yeterli olmalıdır. Şayet taraf devletin almış olduğu tedbir yerine aynı amaca götürecek daha az ciddi tedbirler söz konusuysa bu durumda uygulanan tedbir ölçülü olmayacak ve kapatma yönündeki karar demokratik toplum düzeni için gerekli olmayacaktır.

⁷⁸⁸ ECHR, Sidiropoulos and Others v. Greece, Appl. No: 57/1997/841/1047, 10/07/1998, p. 37-39; ECHR, Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Appl. No: 29221/95 ve 29225/95, 2.01.2001, p. 84; ECHR, Galstyan v. Armenia, Appl. No: 26986/03, 15/11/2007, p. 114.

⁷⁸⁹ AİHS kapsamında demokratik toplum düzeninin gerekleri hakkında bkz., Çatlı, *Demokratik Toplum*, 5 vd.; Ayrıca bkz., Hazar, “Siyasi Partilerin Kapatılması”, 81 vd.

⁷⁹⁰ ECHR, Keegan v. Ireland, Appl. No: 16969/90, 26/05/1994, p. 49.

⁷⁹¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, 378; Küçük, *Siyasi Partiler*, 43.

⁷⁹² Gözübüyük ve Gölcüklü, 378; Küçük, *Siyasi Partiler*, 43.

⁷⁹³ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, 516; Kutlay Telli, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Siyasi Partiler Rejimi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 72.

2.4.1.3.2. Militan Demokrasi Anlayışı Çerçevesinde AİHM'in 11. Madde Hükümü Kapsamında Kararlarına Örnekler

AİHM'in, AİHS m. 11 kapsamında vermiş olduğu birçok karar bulunmaktadır⁷⁹⁴. Aşağıda özellikle militan demokrasi anlayışı çerçevesinde siyasi parti yasaklarına ilişkin önem arz eden birkaç kararı değerlendirilecektir.

AİHM'in siyasi parti yasaklarına ilişkin incelenecek ilk kararı komünist (Marksist) ideolojiyi benimseyen partilerin kapatılmasına ilişkindir. Yukarıda belirtildiği üzere AİHM (komisyon dönemi), *German Communist Party (KPD) v. Germany* kararında diktatoryal komünizmi savunan KPD'nin başvurusunu doğrudan m. 17 kapsamında görerek reddetmiş, AİHS m. 11 ve diğer hükümler çerçevesinde inceleme gereği duymamıştır. Ancak mahkemenin komünizm ideolojisini benimseyen partilere bakış açısı komünizmin günümüze gelinen süreçte diktatörlük temelli ideolojisinden uzaklaşıp demokrasiye uyum sağlamasıyla değişiklik göstermiştir. Mahkeme açıkça diktatörlüğü savunmayan komünist partilerin salt komünizmi benimsediği gerekçesiyle kapatılmasında zorlayıcı bir toplumsal gereklilik görmemektedir. Bu noktada örnek olarak *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania* kararı gösterilebilir⁷⁹⁵. Başvurucu Romanya'da kurulmuş bir komünist parti olup aktif siyasi faaliyette bulunmak için parti siciline kayıt talebinde bulunmuş ancak bu talep davalı devletin ilgili makamları tarafından reddedilmiştir⁷⁹⁶. Romanya 1989 yılına kadar totaliter komünist rejimle yönetilmiş bir ülkedir⁷⁹⁷. Bu sebeple başvuru komünist partinin parti kaydı talebi, Romanya mahkemeleri tarafından yeni bir komünist partinin demokratik zemin içerisinde teşekkül etmesine izin vermemek adına kabul edilmemiştir⁷⁹⁸. Ancak mahkeme hükümetin bu gerekçesini uygun bulmamış, bazı demokratik ülkelerde Marksist ideolojiye bağlı komünist partilerin varlığını da işaret ederek partinin

⁷⁹⁴ AİHM komisyon döneminden sonra tek yetkili denetleme makamı olarak taraf devletlerce kapatılan toplam on iki partinin başvurusunu karara bağlamıştır. Mahkeme'nin bu noktada karara bağladığı ilk dava *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* kararı iken, bu on iki karardan sadece ikisini sözleşmeye uygun görmüştür. Bunlar *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* ve *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain* kararlarıdır. Bkz., Cavanaugh and Hughes, "Rethinking What is Necessary", 640-641.

⁷⁹⁵ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, Appl. No: 46626/99, 3.02.2005.

⁷⁹⁶ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 9-16.

⁷⁹⁷ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 58.

⁷⁹⁸ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 13, 53.

programını değerlendirmiştir⁷⁹⁹. Mahkeme parti programında şiddetin teşvik edilmesi veya demokratik ilkelerin herhangi bir şekilde reddedilmesi ya da “demokratik toplum”la çelişen “proletarya diktatörlüğü” için bir çağrı olarak düşünülebilecek hiçbir bulguya rastlamamıştır⁸⁰⁰. Dolayısıyla mahkeme parti kaydı talebinin reddi için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın olmadığına hükmetmiş ve parti kayıt talebinin reddini m. 11’e aykırı bulmuştur⁸⁰¹.

AİHM’in parti kapatma kararları arasında önem arz eden bir diğer içtihadı bir partinin sadece isminden, tüzüğünden ya da programından yola çıkılarak kapatılmasında m. 11 kapsamında zorlayıcı toplumsal gerekliliğin olmadığına ilişkindir. Mahkemeye göre partinin kapatılması için tüm bunların yanında parti organlarının, üye ve yöneticilerinin söylem ve eylemlerinin bir bütünlük içerisinde değerlendirilip karar verilmesi gerekmektedir. Bu noktada *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* davası örnek gösterilebilir. Başvurucu Türkiye’de kurulmuş olan Türkiye Birleşik Komünist Partisi’dir. Partinin Türk mahkemelerince kapatılma gerekçelerinden biri de isminde “komünist” ifadesinin bulunmasıdır. Ancak AİHM’e göre bir siyasi partinin isim seçimi ilke olarak, diğer ilgili ve yeterli koşulların yokluğunda, kapatma kadar sert bir tedbiri haklı göstermemektedir. *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* davasında mahkeme başvuru partinin isminde geçen komünist ibaresinin Türkiye tarafından kapatma gerekçesi olarak kabul edilmesini şu cümlelerle kabul edilemez bulmuştur: “... TBKP'nin "komünist" adını seçerek, Türk toplumu veya devleti için gerçek bir tehlike oluşturan bir politikayı benimsemiş olduğunu gösteren somut kanıtlar olmaksızın, sadece ismin partinin kapatılması için yeterli sebep olduğu kabul edilemez”⁸⁰².

AİHM’in siyasi parti yasakları kapsamında ele alınması gereken bir diğer içtihadı bir siyasi partinin ülkenin siyasi ve idari düzeninde değişiklik yapılmasına ilişkin taleplerine yöneliktir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere anayasal düzen, demokratik düzen

⁷⁹⁹ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 58.

⁸⁰⁰ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 54; AİHM benzer yaklaşımı *Tsonev v. Bulgaria* davasında da göstermiştir. Komünist olduğu gerekçesiyle parti kaydı reddedilen partinin, parti programında isminin aksine herhangi bir sosyal sınıfın üstünlüğünü savunmadığını, tüzüğünde “devrimci” (revolutionary) ibaresi geçse de bunun devlet için bir tehdit oluşturmadığını savunmuştur. Bkz., ECHR, *Tsonev v. Bulgaria*, Appl. No: 45963/99, 13/07/2006.

⁸⁰¹ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 58.

⁸⁰² ECHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, p. 54.

ile ülkenin siyasi ve idari düzenini de kapsayan geniş bir kavramdır. Mahkeme, bir parti şayet ülkenin demokratik düzeninin değil de siyasi ve idari düzeninin değişmesini istiyorsa (barışçıl yollarla) o partinin kapatılmasında m. 11 kapsamında zorlayıcı toplumsal gereklilik söz konusu olmamaktadır. Buna göre örneğin, bir partinin ülkenin federasyon ya da üniter devlete dönüşümü yönündeki talepleri sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. AİHM'in bu noktadaki yaklaşımı *Socialist Party and Others v. Turkey* davasında görülmektedir⁸⁰³. Mahkeme bu davada, davalı Sosyalist Parti'nin kapatılma gerekçelerinden biri olan Türkiye'de Kürtlerin kendi içinde bağımsız olduğu bir federasyon kurulması yönündeki hedeflerini değerlendirme konusu yapmıştır. AİHM'e göre federasyon talebinde bulunan bir partinin şiddeti teşvik etmediği ya da demokratik düzene zarar vermediği sürece kapatılması sözleşmeye uygun değildir⁸⁰⁴. Mahkeme bu kararıyla her şeyden önce anayasal düzenin unsurlarından olan demokratik düzeni ve bu düzenin diğer unsurlarını birbirinden ayırmaktadır⁸⁰⁵. Mahkeme, ülkenin anayasal siyasi ve idari kimliğinde değişimi talep eden partinin talebini sözleşme kapsamında görmektedir⁸⁰⁶. Zira bu talepler ülkenin siyasi ve idari düzenini değiştirmeye yönelik olup demokratik düzene zarar vermemektedir. Ancak aksi ihtimalde yani demokratik düzenin değişmesini talep eden bir partinin söz konusu olması durumunda o partinin kapatılması demokratik bir toplumda gereklilik arz edecektir⁸⁰⁷. Böylece AİHM Türkiye'de yukarıda aktardığımız üzere siyasi parti kapatma nedenlerinden biri olan “devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal” nedeninin dolaylı olarak sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmiştir⁸⁰⁸. AİHM'in şiddete başvurmeyen partilerin kapatılmasında sadece demokratik düzeni değiştirmeye yönelik talepleri haklı gerekçe olarak gözetmesi, AİHS bünyesinde militan demokrasi anlayışının varlığının vurgulanması açısından oldukça önemlidir⁸⁰⁹.

⁸⁰³ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, Appl. No: 20/1997/804/1007, 25.05.1998.

⁸⁰⁴ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, p. 47.

⁸⁰⁵ Telli, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 90.

⁸⁰⁶ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, p. 47.

⁸⁰⁷ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, p. 47.

⁸⁰⁸ Mahkemenin bu kararıyla birlikte sözleşmeye taraf bir ülkenin, mevcut siyasi ve idari düzenini değiştirmeyi öneren partilere karşı artık parti kapatma tedbirinin uygulamaması ya da başka bir tedbire başvurusu gerektiği yönünde bkz., Telli, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 91.

⁸⁰⁹ Doktrinde Telli Mahkemenin ülkenin siyasi ve idari düzenini değiştirmeyi planlayan siyasi partilere karşı millitan demokrasi anlayışı yerine liberal demokrasi anlayışını, demokratik düzene karşı çıkan partilere ise militan demokrasi anlayışını benimsediğini savunmaktadır; Telli, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 91; Kanaatimizce bu değerlendirme isabetli değildir. Zira AİHM, ülkenin siyasi ve idari yapısını değiştirmeyi planlayan partilerin kapatılmasını da sözleşme kapsamında görseydi burada mahkemenin militan demokrasi anlayışını benimsediğini söylemek yine mümkün olamayacaktı. Zira

AİHM'in bir siyasi partinin kapatılmasında kapatılma gerekçesi olarak sıkça başvurduğu argümanlardan biri “şiddet” unsurudur. AİHM sözleşme bünyesinde bir siyasi partinin eylem ve söylemleri ülke için ne kadar sert ve rahatsız edici olursa olsun bunların ifade edilmesini demokratik toplumun kapsamında görmektedir⁸¹⁰. Ancak mahkeme özgür eleştiri ve muhalefet ortamının şiddet içermesi ya da şiddete veya teröre çağrı, teşvik, övgü ya da nefret söylemi içermesi durumunda bunun sözleşmenin güvencesi dışında olacağını kabul etmektedir⁸¹¹. AİHM şiddet argümanına kararlarının birçoğunda başvurmaktadır. Örneğin, Mahkeme HADEP and Demir v. Turkey davasında başvuru partinin, Türk güvenlik güçlerinin terör örgütü PKK ile olan mücadelesini “kirli savaş” olarak nitelendirmesini, hükümetin politikalarına yönelik sert bir eleştiri olarak değerlendirmiş, şiddetle ilişkilendirmemiştir⁸¹². Ancak belirtmek gerekir ki AİHM'in siyasi parti kapatma kararlarında şiddeti bir gerekçe olarak gözetmesi her ne kadar partilerin özgürlük sahasını oldukça genişletse de bu durum militan demokrasi anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Zira demokrasi düşmanı siyasi partilerin politik alana girmesi, amaçlarını şiddetle değil demokratik kurum ve araçlarla yerine getirmek istemeleri sebebiyledir. Militan demokrasi anlayışı ise yukarıda birçok kez vurgulandığı üzere demokratik düzen çerisinde sadece demokratik kurum ve araçları kullanarak demokratik düzeni değiştirmeyi amaçlayan bu kişi ya da kişilerin amaçlarına ulaşmalarını engellemektedir. Dolayısıyla AİHM'in içtihatları çerçevesinde şiddete dayalı mücadelenin engellenmesi, militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilememelidir.

AİHM'in militan demokrasi anlayışı çerçevesinde ele alınabilecek içtihatlarından bir diğeri ise ayrılıkçı ve bölücü olduğu gerekçesiyle kapatılan partilerin yaptığı başvurulardır. Mahkeme bu başvurulara ilişkin kararlarında özellikle kapatılan partilerin azınlık yarattığı yönündeki taraf devletin iddiaları için doğrudan ve somut ifade ve eylemler aramakta, birtakım tabirler üzerinden bu yönde yapılan yorumları kabul etmemektedir. Mahkeme, TBKP V. Türkiye kararında, taraf devlet mercilerinin parti programından hareketle partinin bölücü bir parti olduğu, Kürt “halkı” ve “ulusu” ve Kürt

militan demokrasi anlayışı zaten anayasal düzenin bir unsuru olan demokratik düzeni koruma altına alan bir anlayıştır. Demokratik düzen dışındaki unsurların korunması orada militan demokrasi anlayışının varlığını göstermez.

⁸¹⁰ Hazar, “Siyasi Partilerin Kapatılması”, 87.

⁸¹¹ Hazar, “Siyasi Partilerin Kapatılması”, 87-88.

⁸¹² ECHR, HADEP and Demir v. Turkey, Appl. No: 28003/03, 14.12.2010, p. 70.

“vatandaşlar” gibi tabirlerle bir Kürt azınlık oluşturmaya hedeflediği dolayısıyla devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal ettiği gerekçeleriyle kapatılmasına karar verildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, TBKP’nin programında, Kürt “halkı” ve “ulusu” ve Kürt “vatandaşlar” gibi ifadeler kullanılsa da, Kürtlerin “azınlık” olarak nitelendirilmediğine ve Türk nüfusunun geri kalanından ayrılmaları bir yana, varlıklarının tanınması dışında, özel muamele yapılması veya haklar verilmesi gibi bir talepte dahi bulunulmadığına dikkat çekmiştir. Diğer taraftan Mahkeme partinin programında yer alan Kürtlerin kendi kaderini tayin hakkı meselesinde ise şiddet unsurunun eksikliğini ön plana çıkarmış, partinin meseleyi diyalogla çözmeyi hedeflediğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre demokrasinin temel niteliklerinden birinin, ülke sorunlarının diyalog yoluyla çözülmesi imkânını sunabilmesi olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme bu nedenle, siyasi bir gruba, sırf ülke nüfusunun bir kesiminin durumunu kamuoyu önünde tartışmak istediği ve demokratik kurallara uygun olarak, ilgili herkesi tatmin edebilecek çözümler bulmak amacıyla, ulusun siyasi yaşamında yer almayı amaçladığı gerekçesiyle engel olunmasının haklı görülemeyeceği kanısına varmıştır. Sonuç olarak Mahkeme bu sebeplerle kapatma kararının AİHS m. 11’e aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁸¹³

AİHM’in militan demokrasi anlayışı kapsamında önem arz eden bir diğer içtihadı teröre zımni destek veren partilere ilişkindir. Mahkeme teröre açıktan olmasa da zımni destek veren partilerin kapatılmasında zorlayıcı toplumsal gerekliliğin olabileceğine hükmetmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere mahkeme şiddete ya da teröre açıktan destek veren ifade ve eylemleri sözleşme kapsamında değerlendirmemektedir. Buna karşılık mahkeme terörizmin doğurduğu toplumsal ve siyasi zararlara paralel olarak terörizmi kınamayan, eleştirmeyen, sessiz kalan partilerin kapatılmasında da zorlayıcı toplumsal gereklilik olduğunu kabul etmektedir. Bu noktada *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain* davası önemli bir örnektir⁸¹⁴. Davalı Herri Batasuna Partisi, o dönem İspanya’da birçok terör faaliyetinde bulunan ve yüzlerce sivilin ölümünden sorumlu tutulan Bask bölgesi ayrılıkçı terör örgütü ETA’nın faaliyetlerine destek verdiği gerekçesiyle kapatılmıştır. Bunun üzerine parti AİHM’e başvurmuştur. AİHM başvuru partinin terör örgütü ETA’ya olan desteğini bir toplumsal cepheleşme oluşturan unsurlar ve ETA’nın faaliyetlerine zımnen destek oluşturan unsurlar olarak iki başlık altında

⁸¹³ ECHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, p. 56.

⁸¹⁴ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, Appl. No: 25803/04 ve 25817/ 04, 30.06.2009.

incelemiştir. Bu kapsamda partinin ETA mahkûmlarına destek mitinginde destek sloganları atması, “mücadele tek yoldur”, “siz faşistler, asıl teröristlersiniz” ya da “çok yaşa ETA ordusu” gibi tehditkâr ifadeler kullanması; parti temsilcilerinin gazetelerde ETA’ya destek beyanlarında bulunması gibi hususlar neticesinde mahkeme partinin şiddete başvurma yolunu dışlamadığını savunmuştur⁸¹⁵. Ancak Mahkeme bu şekilde partinin açık söylem ve eylemlerini değil aynı zamanda zımni olan eylem ve söylemlerin de dikkate almaktadır. Buna göre partinin ETA’nın saldırıları, terör eylemleri noktasında sessiz kalmasını, bunları kınamamasını da açık söylem ve eylemlerle eşdeğer tutmuştur⁸¹⁶. Mahkemeye göre bir politikacının duruşu kapsamına sadece eylem ve ifadeleri değil aynı zamanda ihmalkar davranışları ve sessiz kalması da girmektedir⁸¹⁷. Tüm bu söylem ve ifadeler ışığında partinin kapatılması noktasında “zorlayıcı toplumsal ihtiyacın” var olduğuna hükmetmiş ve sözleşme m. 11’in ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸¹⁸. AİHM’in söz konusu kararıyla birlikte tam anlamıyla militan demokrasi anlayışının varlığını kabul etmek mümkün değildir. Zira mahkeme kararına gerekçe olarak sadece davalı parti üyelerinin teröre zımni desteklerini değil aynı zamanda şiddet içeren eylem ve söylemlerini de esas almıştır. Şiddete başvuran partilerin kapatılması ise yukarıda da değindiğimiz üzere militan demokrasi anlayışı kapsamında düşünülemez. Ancak teröre zımni destek veren bir partinin şiddete başvurmaya da terörizmle aynı amacı güttüğü için demokratik düzene bir tehdit oluşturacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla teröre zımni destek veren partilerin kapatılmasına yönelik AİHM’in yaklaşımını militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

AİHM’in militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirilebilecek bir diğer kararı *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* davasında verilmiştir⁸¹⁹. Davalı Refah Partisi Türk Anayasa Mahkemesi tarafından laiklik ilkesinin odağı haline

⁸¹⁵ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 85 (çev. Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012).

⁸¹⁶ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 88.

⁸¹⁷ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 88.

⁸¹⁸ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 94-95.

⁸¹⁹ ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [C], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31.07.2001; ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13.02.2003; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* davası doktrinde siyasi partilerin kapatılması rejimi, laiklik ilkesi ve militan demokrasi anlayışı gibi farklı çerçevelerde sıkça inceleme konusu yapılmaktadır. Bkz., Cavanaugh and Hughes, “Rethinking What is Necessary”, 640 vd..

geldiği gerekçesiyle kapatılmıştır. Bunun üzerine parti AİHM'e sözleşmenin başta 11. maddesi olmak üzere çeşitli maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle başvurmuştur. AİHM, davada Türkiye'nin şeriatla yönetilen Osmanlı Devleti'nden sonra tüm dinleri kendi özel uygulama alanıyla bırakan laiklik ilkesini seçtiğini belirtmiş ve bu ilkenin Türkiye için önemine değinmiştir⁸²⁰. Mahkemeye göre laiklik ilkesi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları ve demokrasiye saygı ilkeleriyle uyum içinde bulunan devletin temel ilkelerinden biridir⁸²¹. Mahkeme başvuru partinin üst düzey yöneticilerinin çeşitli vesilelerle dile getirdikleri ve parti tarafından benimsendiğine kanaat getirdiği beyan ve eylemlerle⁸²², inanca göre ayırım yapan çok hukuklu bir sistem, şeriat düzeni ve politik bir mücadele yöntemi olarak cihadı savundukları sonucuna ulaşmıştır⁸²³. Mahkemeye göre çok hukuklu sistem kişileri dine göre kategorize edeceğinden⁸²⁴, şeriat ise siyasi çoğulculuğu ve kimi temel hakları reddettiğinden dolayı sözleşmenin benimsediği demokratik düzenle bağdaşmamaktadır⁸²⁵. Yine mahkeme partinin "cihad" adı verilen ve iktidarı ele geçirmek için şiddete başvurmayı da öngören siyasi mücadeleyi açıkça reddetmediğini ifade etmiştir⁸²⁶. Tüm bu sebeplere istinaden mahkeme partinin

⁸²⁰ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 125.

⁸²¹ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], p. 52; ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 93.

⁸²² ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 113-115.

⁸²³ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 116.

⁸²⁴ "... Mahkeme Refah'ın çok hukuklu bir sistem olması gerektiği yönündeki önerisinin bireyler arasındaki tüm hukuki ilişkilerde dini temel alan bir ayırma yol açacağını, herkesi dini inançlarına göre kategorize edeceğini ve kişiye birey olmasından dolayı değil de bir dini akıma bağlılığından dolayı hak ve özgürlükler tanıyacağını düşünmektedir." ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], p. 70 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.02.2020); ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 119.

⁸²⁵ "Mahkeme, Anayasa Mahkemesi gibi, dinin öngördüğü dogmaları ve ilahi kuralları yansıtan şeriatın durağan ve değişmez nitelikte olduğunu düşünmektedir. Siyasi alanda çoğulculuk ya da kamu özgürlüklerinin sürekli evrilmesi gibi ilkelerin şeriatla yeri yoktur. Mahkeme, birlikte dikkate alındığında, şeriatın getirilmesine açıkça atıf içeren söz konusu ifadelerin demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmadığına dikkat çeker. Bir yandan özellikle ceza hukuku ve ceza yargılaması usulü, kadınların hukuki statüsüne ilişkin kuralları ve özel ve kamusal yaşam alanlarına dini buyruklar uyarınca müdahale etme biçimi bakımından Sözleşme değerleriyle açıkça farklılık gösteren şeriata dayalı bir rejimi desteklerken bir yandan da insan haklarına ve demokrasiye saygılı olduğunu söylemek zordur. Mahkemeye göre, eylemleri Sözleşmeye taraf bir Devlette şeriatı yerleştirme amacı taşıyan bir siyasi parti Sözleşmenin bütününe vurgulayan demokratik idealle bağdaşan bir oluşum olarak görülemez." ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], p. 72 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.02.2020); ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 123.

⁸²⁶ "Refah liderleri siyasi bir araç olarak kuvvet kullanımı ya da şiddet çağrısında bulunmasalar da, kendilerine karşı gelen politikacılara karşı kuvvet kullanımı olasılığını açıkça onaylayan Refah üyelerinden kendilerini ayıracak pratik adımları derhal atmamışlardır. Sonuç olarak, iktidarı ele geçirmek ve onu korumak için şiddet içeren yöntemlere başvurma olasılığına ilişkin açıklamalardaki belirsizliği giderememişlerdir." ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], p.

kapatılmasına yönelik zorlayıcı toplumsal gerekliliğin oluştuğuna hükmetmiş ve partinin kapatılmasını m. 11'e aykırı görmemiştir⁸²⁷. AİHM'in laiklik ilkesi çerçevesinde vermiş olduğu bu karar militan demokrasi anlayışı açısından oldukça önemlidir. Zira bu kararla birlikte günümüzde laiklik karşıtı partilerin kapatılması da militan demokrasi anlayışı çerçevesinde görülmektedir. Gerçekten de mahkemenin laiklik ilkesini demokrasi için bir güvence olarak görmesi, her ikisini bir bütün olarak değerlendirmesiyle birlikte laiklik ilkesini ihlal ettiği iddia edilen partilerin aynı zamanda demokratik düzene de karşı olduğu sonucu çıkmaktadır. Mahkeme Refah Partisi'nin laiklik ve dolayısıyla demokrasi düşmanlığına daha çok şiddete dayanmayan bir takım eylem ve söylemleri üzerinden ulaşmıştır. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre demokratik yollarla dahi olsun ülkeye din temelli yönetimin gelmesini talep eden, bunu parti programı ve hedefi yapan bir partinin kapatılması da demokratik toplum düzeni için gerekli olacaktır. Sonuç olarak Mahkeme kararında her ne kadar militan demokrasiye doğrudan atıf yapmasa da anti-laik partilerin kapatılmasını militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirmektedir. Doktrinde Moore mahkemenin mezkûr davada yaptığı şu yorumu buna delil olarak göstermektedir⁸²⁸: "Sözleşme ve demokrasi arasındaki gayet açık ilişki karşısında, hiç kimse demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak ya da yok etmek amacıyla Sözleşme hükümlerine dayanamaz. Çoğulculuk ve demokrasi, bir bütün olarak ülkede daha kapsamlı bir istikrar ortamının güvence altına alınması için bazen özgürlüklerine kimi sınırlamalar getirilmesini kabul etmek zorunda olan bireylerle birey grupları tarafından verilen çeşitli tavizleri gerektiren bir uzlaşuya dayalıdır"⁸²⁹.

2.4.2. Avrupa Birliği Antlaşması Kapsamında Militan Demokrasi Anlayışı

Avrupa Birliği Antlaşması⁸³⁰, 14 Aralık 2007 yılında yürürlüğe giren Lisbon Antlaşmasıyla beraber önemli değişiklikler geçirmiştir⁸³¹. Bu değişikliklerin başında

73 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.02.2020); ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 131.

⁸²⁷ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 135-136.

⁸²⁸ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 240.

⁸²⁹ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 99 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.04.2020).

⁸³⁰ Çalışmanın bundan sonraki kısmında Avrupa Birliği Antlaşması, AB Antlaşması ya da Antlaşma olarak ifade edilecektir.

⁸³¹ AB Antlaşması'nın Türkçe çevirisi bulunmaktadır. Bkz., Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ankara 2011, <https://www.ab.gov.tr/46106.html>, Erişim Tarihi: 06.04.2020.

demokrasi başta olmak üzere birtakım değerlerin korunmasına yönelik olarak düzenlenen önleyici mekanizma gelmektedir⁸³². Önleyicilik vasfı nedeniyle militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek söz konusu mekanizma AB Antlaşması m. 7/f.1’de yer almaktadır.

Herşeyden önce AB Antlaşması’nın 2. maddesinde tüm üye devletler için ortak bir takım değerler tespit edilmiştir. Hüküm şu şekildedir⁸³³: “Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır.”. Madde metninde zikredilen demokrasi ilkesi ve demokrasiyle bağlantılı diğer ilke ve esaslar ile AB bünyesinde bir demokratik düzen kurulmak istenmiştir⁸³⁴. Bu düzen tıpkı AİHS ve ülke anayasaları iki dünya savaşı arasında ortaya çıkan diktatörlüklere bir tepkiyi ifade etmektedir⁸³⁵. Ancak AB Antlaşması’nda söz konusu düzen belirli ilkeler etrafında zikredilmekle kalmamış aynı zamanda bu düzeni koruyacak bir takım düzenlemelere de yer verilmiştir.

Bu düzenlemelerin başında Antlaşmanın öngördüğü demokratik düzenin ihlalinin önlemek için ihdas edilmiş olan m. 7/f.1 hükmü gelmektedir. AB Antlaşması m. 7/f.1’e göre üye devletlerin üçte birinin ya da Avrupa Parlamentosu’nun veya Avrupa Komisyonu’nun gerekçeli önerisi üzerine AB Konseyi Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini de aldıktan sonra, 2. maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ciddi biçimde *ihlaline yönelik açık bir risk* bulunduğunu üyelerinin beşte dört çoğunluğuyla tespit edebilir⁸³⁶. Bu tespit yapılmadan önce AB Konseyi üye devleti dinlenir ve üye devlete tavsiyelerde bulunabilir. Lizbon Antlaşmasıyla birlikte AB

⁸³² AB Antlaşması’nda var olan değerlerin korunmasına yönelik mekanizmalar hakkında bir çalışma için bkz., Mehmet Hanifi Bayram, “Avrupa Birliği’nin Dayandığı Değerlerin Korunması”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6/11 (2018): 67-82.

⁸³³ Avrupa Birliği Genel Sekreterliği (AB Antlaşması), 3.

⁸³⁴ Tyulkina, “Inherent Democratic Quality”, 242.

⁸³⁵ Olsen, “Liberal Democratic”, 169.

⁸³⁶ AB Antlaşması m. 7/f.1 hükmü şu şekildedir: “Konsey, üye devletlerin üçte birinin, Avrupa Parlamentosu’nun veya Avrupa Komisyonu’nun gerekçeli önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini aldıktan sonra, 2. maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ciddi biçimde ihlaline yönelik açık bir risk bulunduğunu üyelerinin beşte dört çoğunluğuyla tespit edebilir. Konsey, bu tespiti yapmadan önce ilgili üye devleti dinler ve aynı usule göre hareket ederek bu devlete tavsiyelerde bulunabilir.”. Bkz., Avrupa Birliği Genel Sekreterliği (AB Antlaşması), 5.

Antlaşmasına dâhil eden bu hüküm esasında önleyici bir tedbirdir⁸³⁷. Buna göre demokratik düzenin ihlaline yönelik olarak muhtemel bir tehlikenin söz konusu devletle girilecek diyalog neticesinde henüz doğmadan önlenmesi amaçlanmaktadır⁸³⁸. Söz konusu hükmün hem demokratik değerleri koruması hem de önleyicilik niteliği nedeniyle militan demokrasi anlayışının uluslararası boyutu kapsamında değerlendirilebilir. AB Antlaşması kapsamındaki militan demokrasi anlayışının önemi ise muhatabın vatandaş değil doğrudan AB üyesi devlet olmasıdır.

Militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek söz konusu hükmün uygulamada çok etkili sonuçlar doğurduğunu söylemek güçtür⁸³⁹. Özellikle son yıllarda Macaristan ve Polonya'ya karşı başta yargı bağımsızlığını ihlal ve mültecilere karşı kötü muamele nedeniyle söz konusu prosedür başlatılmıştır⁸⁴⁰. Ancak her iki ülke açısından olumlu sonuçlar gözlenmemiştir⁸⁴¹.

⁸³⁷ Olsen, "Liberal Democratic", 175; Bu önleyici tedbirin AB Antlaşması'na dâhil edilmesinin arka planında 2000 yılında AB bünyesinde yaşanan Avusturya krizi yatmaktadır. 2000 yılında Avusturya'da aşırı sağ parti Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ) hükümette yer almıştır. Bunun üzerine AB üyesi kimi ülkeler Lizbon Antlaşması'ndan önce var olan ve ancak bir ihlalin varlığı durumunda uygulanabilecek olan 7. maddeyi işletmek istemiştir. Ancak söz konusu maddede bir ihlalin varlığı arandığından buna karşılık henüz ortada somut bir ihlal söz konusu olmadığından hüküm devreye sokulamamıştır. Bunun üzerine AB üyesi on dört ülke Avusturya'ya karşı birlikte hareket etmiş ve Avusturya ile diplomatik ilişkileri keserek bireysel tepkide bulunmuştur. Söz konusu kriz hakkında bkz., Bayram, "Avrupa Birliği", 70-71; Walter, "Interactions between", 86.

⁸³⁸ Bayram, "Avrupa Birliği", 71.

⁸³⁹ Söz konusu tedbirlerin etkisizliği konusunda bir değerlendirme için bkz., Olsen, "Liberal Democratic", 175 vd..

⁸⁴⁰ Söz konusu prosedür ilk kez Polonya'ya karşı yargı bağımsızlığını ihlal ve göçmen politikaları nedeniyle işletilmiştir. Bkz., Milliyet, "AB'de bir ilk: 7. madde ilk kez devreye sokuldu!", 20.12.2017. (Erişim Tarihi: 10.04.2020) <https://www.milliyet.com.tr/dunya/ab-de-bir-ilk-7-madde-ilk-kez-devreye-sokuldu-2576433>; Benzer prosedür daha sonra yine benzer gerekçelerle Macaristan'a karşı da işletilmiştir. Bkz., BBC, "Avrupa Parlamentosu, AB üyesi Macaristan'a soruşturma başlatıyor", 17.05.2017. (10.04.2020) <https://www.bbc.com/turkce/39951609>

⁸⁴¹ Bkz., <https://tr.euronews.com/2020/01/16/ap-polonya-ve-macaristan-hukukun-ustunlugunde-geriye-gitti>, Erişim Tarihi: 15.04.2020; AB Antlaşması m.7/f.1 getirilen önleyici mekanizmanın uygulamadaki yetersizliği nedeniyle AB Antlaşmaları kapsamında ilave prosedürler yürürlüğe sokulmuştur. Bunların başında 2014 yılında AB Komisyonu tarafından kabul edilen "Hukukun Üstünlüğünü Güçlendirmek İçin Yeni Bir AB Çerçevesi" (A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law) örnek gösterilebilir. Bu ilave prosedürün İngilizce metni için bkz., A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52014DC0158>, Erişim Tarihi: 05.03.2020; AB Antlaşmaları m.7/f.1'i tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilen bu yeni prosedürle AB Komisyonu etkin bir şekilde hareket ederek m. 2'de düzenlenen değerlerin ihlalinin önlemeye çalışacaktır. Buna göre AB Komisyonu muhatap üye devlete ilk olarak uyarıda akabinde tavsiyelerde bulunacaktır. Şayet belirli bir süre içerisinde söz konusu tavsiyelere uyulmazsa m. 7'de yer alan mekanizmalar işletilebilecektir. Konuyla ilgili bkz., Walter, "Interactions between", 88; Bayram, "Avrupa Birliği", 76-77; Olsen, "Liberal Democratic", 176-177.

Son olarak belirtmek gerekir ki şayet AB üyesi devletlerin m. 2’de yer alan değerleri ihlal etmesi önlenemezse bu durumda söz konusu üye ülkelere antlaşma m. 7/f.3 kapsamında bir takım tedbirler uygulanabilir. Söz konusu tedbirler kapsamında AB Konseyi, ilgili üye devletin hükümet temsilcisinin Konsey’deki oy hakları da dâhil olmak üzere, Antlaşmalar’ın bu üye devlete uygulanmasından kaynaklanan haklardan bazılarının askıya alınmasına oybirliği ile karar verebilmektedir⁸⁴². Ancak oybirliği şartı sebebiyle söz konusu tedbirlerin uygulanabilmesi pratikte pek mümkün gözükmemektedir⁸⁴³.

Sonuç olarak AB Antlaşması’yla AB çerçevesinde demokratik düzenin zarar görmesini önlemek amacıyla pozitif bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemenin hiç şüphesiz özellikleri ve uygulaması tamamen farklı olan ulusal düzenlemelerdeki militan demokrasi anlayışı kapsamında ele alınması mümkün değildir⁸⁴⁴. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere en azından demokratik düzeni koruma ve önleyicilik vasfı nedeniyle militan demokrasi anlayışının uluslararası örneklerinden biri olarak değerlendirilebilir.

2.5. Militan Demokrasi Anlayışının Muhatabı Olarak Demokrasi Düşmanları ve Bunların Tarihi Süreç İçerisindeki Değişimleri

Militan demokrasi anlayışının uygulama alanının kapsamı geçmişten günümüze genişleyerek gelmiştir. Demokrasiye düşman ideolojiler ve bu ideolojilerin takipçileri tarihi seyir içerisinde farklılıklar arz etmiştir. Bir taraftan geçmişte anti-demokratik olduğu kabul edilen ideolojiler geçirdikleri dönüşümlerle artık demokrasi için tehdit olmaktan çıkarken ya da tehdit olma etkisini yitirirken diğer taraftan değişen siyasi ve toplumsal yapılarla birlikte yeni demokrasi düşmanı ideolojiler ortaya çıkmıştır⁸⁴⁵.

⁸⁴² AB Antlaşması m.7/f.3’te düzenlenen söz konusu tedbirlerin uygulanabilmesinin şartları m. 7/f.2’de düzenlenmektedir. Hüküm şu şekildedir: “Avrupa Birliği Konseyi, üye devletlerin üçte birinin veya Avrupa Komisyonu’nun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini aldıktan sonra, 2. maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ciddi ve sürekli biçimde ihlal edildiğini, ilgili üye devleti gözlemlerini sunmak üzere davet ettikten sonra, oybirliğiyle tespit edebilir.”.

⁸⁴³ Örneğin yukarıda bahsi geçen ve haklarında m. 7’deki prosedür başlatılan Macaristan ve Polonya birbirlerini destekleyeceklerini ifade etmişlerdir. Dolayısıyla oy birliği şartı gerçekleşmeyeceğinden haklarında m. 7/f.3’teki tedbirlerin uygulanma ihtimali de mümkün olmayacaktır. Bkz., <https://tr.euronews.com/2018/09/13/polonya-dan-ab-ye-karsi-macaristan-a-destek>, Erişim Tarihi: 09.04.2020.

⁸⁴⁴ Walter, “Interactions between”, 88-89.

⁸⁴⁵ Thiel militan demokrasi anlayışının kapsam bakımından dinamikliğini “her jenerasyon kendi hastalığına sahiptir” cümlesiyle vurgulamaktadır. Bkz., Thiel, “Comperative Aspects”, 379.

Militan demokrasi anlayışının kapsamı buna bağlı olarak genişlemiştir ve hâlihazırda genişlemeye devam etmektedir⁸⁴⁶. Günümüzde modern militan demokrasi anlayışının muhataplarının sadece faşizm ve komünizm olmadığı kabul edilmektedir. Özellikle ülke uygulamaları ve AİHM kararlarının da etkisiyle yeni demokrasi düşmanları ve bu düşmanlara uygulanacak tedbirler militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmektedir.

Militan demokrasi anlayışının doğuşuna sebep olan etkenlerden biri olarak Weimar Almanya'sında Nazilerin iktidara gelişi olduğu yukarıda aktarıldı. Nazizm'in İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde birden ortadan kalkması beklenemezdi. Dolayısıyla militan demokrasi anlayışının uygulamada ilk muhatapları demokratik düzen düşmanı Nazizm'in halefi niteliğinde olan siyasi partiler olmuştur⁸⁴⁷. Ancak faşist hareketler sadece Nazizm ile sınırlı kalmamıştır. Nazizm dışında aşırı sağ faşist hareketlere her zaman rastlanılmaktadır. 20. yüzyılın sonlarından günümüze değin ortaya çıkan ve etkisini hem toplumsal sahada hem de siyasi arenada arttıran neo-faşist (neo Naziler) hareketler de günümüzde militan demokrasi anlayışının muhatabı olarak ele alınmaktadır.

Militan demokrasi anlayışı kapsamında olan bir diğer muhatap komünizmi benimseyen siyasi hareketler olmuştur. Özellikle soğuk savaş döneminde Sovyetler Birliği güdümlü olduğu düşünülen başta batı Avrupa'daki olmak üzere yeni demokrasileri ortadan kaldırmayı hedeflediğine inanılan komünist hareketler de militan demokrasi anlayışının muhatapları konumuna gelmiştir⁸⁴⁸. Hatta Sovyetler Birliği dağılana kadar militan demokrasi anlayışı daha çok komünizm çerçevesinde ele alınmıştır. Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla etkisini yitiren komünizm bir tehlike olarak görülme de özellikle Sovyetler Birliği sonrası kurulan yeni doğu ve orta Avrupa demokrasilerinde komünizm bir geçiş süreci tehdidi olarak algılanmaya ve militan demokrasi anlayışının konusu kapsamında tartışılmaya devam edilmiştir⁸⁴⁹. 21. yüzyıla gelindiğinde ise komünist partilerin varlıklarını devam ettirdiği gözlemlenmektedir. Ancak söz konusu partilerin çoğunluğu bir sınıf diktatörlüğü kurmak yerine demokrasiye uyum sağlayan ve

⁸⁴⁶ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 177; Tyulkina, "Australian Constitutional Law", 526.

⁸⁴⁷ Sulejmanova, "Populism", 11; Accetti and Zuckerman, "What's Wrong", 190.

⁸⁴⁸ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 15, 44; Accetti and Zuckerman, "What's Wrong", 190.

⁸⁴⁹ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 15, 44; Tyulkina, "Australian Constitutional Law", 523.

eurokomünizm⁸⁵⁰ olarak ifade edilen yeni komünizm formunu benimsemiş, diktatoryal komünizm yani bir sınıfın başka bir sınıf üzerinde egemenliği hedeflerini terk etmiştir⁸⁵¹. Dolayısıyla artık eurokomünizm kapsamında olan komünist partiler günümüzde militan demokrasi anlayışı kapsamında demokrasi düşmanı partiler olarak görülmemektedir.

Yakın zamana kadar militan demokrasi anlayışı faşizm ve komünizmle mücadele olarak uygulanmış ve anlayışın kapsamı bu şekilde belirlenmiştir. Ancak 20. yüzyılın başlarından itibaren ulusal ve uluslararası siyasi gelişmeler militan demokrasi anlayışının uygulanacağı hedeflerin kapsamında önemli değişimler meydana getirmiş ve militan demokrasi anlayışının kapsamı genişlemiştir⁸⁵². Bu noktada ilk olarak laiklik karşıtı hareketlerin militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmesi gösterilebilir⁸⁵³. Laiklik ilkesinin demokratik toplumlarda dini inancın sınırlarını çizen ve liberal demokrasi anlayışı ile sıkı bir ilişki içerisinde olan bir ilke olarak görülmesi anti-laiklere yapılan önleyici müdahalelerin de militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmesine neden olmuştur. Bu noktada özellikle laiklik ilkesini benimseyen Fransa ve Türkiye’deki önleyici tedbirler⁸⁵⁴ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konuya yaklaşımı belirleyici olmuştur⁸⁵⁵. Örneğin yukarıda aktarıldığı üzere Türkiye’de Refah Partisi, demokratik düzenle bağdaşmayan şeriat düzeni hedeflediği gerekçesiyle kapatılmış ve söz konusu gerekçe Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenerek partinin kapatılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygun bulunmuştur. Ancak laiklik ilkesi günümüzde kesin sınırları çizilen bir ilke olmayıp, bu ilkeyi ihlal ettiği iddia edilen eylem ve söylemlerin gerçekten de demokrasi için bir tehdit

⁸⁵⁰ Eurokomünizm hakkında bkz., Orhan Tuna, “Avrupa Komünizmi”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 43 (Prof. Dr. S. F. Ülgener’e Armağan), İstanbul 1987, 261-281.

⁸⁵¹ Hakyemez, *Militan Demokrasi*, 60; Eurokomünizmin demokratik ve çoğunlukçu yeni bir sosyalizm türü olduğu yönünde bkz., Tuna, 271.

⁸⁵² Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 177; Militan demokrasi anlayışının faşist ve komünist aktörlere yönelik dar bir odak noktasından, her türlü aşırılıkçı tehdide karşı çok daha geniş bir önlem yelpazesine dönüştüğü yönünde bkz., Angela K. Bourne, “The proscription of parties and the problem of ‘militant democracy’”, (Erişim Tarihi 05.05.2020), <http://www.dundee.ac.uk/politics/research/csepp/>, 4; Soğuk savaşın sona ermesiyle, demokrasi düşmanlarının arttığı ve demokrasi düşmanı tanımının yapılmasının güçleştiği yönünde bkz., Müller, “Militant Democracy” s. 1255; Klasik anlamda faşizm ve komünizmin artık politik olarak modasının geçtiği ve ciddi anlamda destek bulmadığı yönünde bkz., Bligh, “Defending Democracy”, 1325.

⁸⁵³ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 178; Tyulkina, “Militant Democracy”, 81; Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 45; Accetti and Zuckerman, “What’s Wrong”, 190.

⁸⁵⁴ Müller, “Militant Democracy”, 1256; Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 178.

⁸⁵⁵ Müller, “Militant Democracy”, 1256.

oluşturup oluşturmadığı sorunludur ve bu durum uygulanacak olan tedbirler açısından meşruiyet sorununu doğurmaktadır⁸⁵⁶. Nitekim günümüzde laiklik ilkesiyle ilgili tartışmaların odağında laiklik ilkesinin demokratik düzendeki yeri ve anlamından ziyade laiklik ilkesi şemsiyesi altında uygulanan anti-demokratik yaklaşımlar yer almaktadır.

Militan demokrasi anlayışının muhatapları kapsamına teröre zımni destek veren hareketler de dâhil edilebilir. Öncelikle tekrar etmek gerekir ki terörle mücadelenin amacı demokratik düzeni korumak olsa dahi terörle mücadele, militan demokrasi anlayışı ile ilişkilendirilemez. Özellikle kimi devletlerin ABD’de ikiz kulelere yapılan 11 Eylül saldırıları sonrasında radikal dinci terör örgütlerine karşı başlattıkları terörle mücadele faaliyetleri doktrinde kimi yazarlarca militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirilmektedir⁸⁵⁷. Böylece söz konusu faaliyetlere militan demokrasi anlayışı ile bir meşruiyet kazandırılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu yaklaşım kanaatimizce isabetli değildir. Herşeyden önce militan demokrasi anlayışı kapsamındaki tedbirlerin ceza hukuku tedbirlerinden ayrılmasına yönelik yukarıdaki tespitler hiç şüphesiz terörle mücadele kapsamında uygulanacak tedbirler için de geçerlidir. Buna göre terörle mücadele, demokratik düzeni demokrasinin kurum ve araçlarıyla değil terör eylemleriyle yani yıkıcı nitelikteki şiddet eylemleriyle yıkmayı hedefleyenleri muhatap alır⁸⁵⁸. Militan demokrasi anlayışı ise demokratik düzene yine demokrasinin kurum ve araçlarıyla zarar verenlerle mücadele eder. Terör eylemlerinin niteliği gereği bu eylemleri gerçekleştiren kişilere karşı ceza⁸⁵⁹ ya da idari tedbirler tatbik edilir yani terörle mücadele söz konusu tedbirlerle gerçekleştirilir⁸⁶⁰. Ancak militan demokrasi anlayışı kapsamındaki tedbirler cezai nitelikte olan ya da bastırıcı nitelikte tedbirler değildir. Diğer taraftan günümüzde terör eylemleri daha çok uluslararası niteliklidir yani dış kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak militan demokrasi anlayışı iç tehditlerle mücadele eder⁸⁶¹. Bu sebeplerle terörle mücadele kapsamında uygulanacak tedbirler militan demokrasi anlayışı

⁸⁵⁶ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 178; Laiklik ilkesinin söz konusu muğlaklığı nedeniyle bu ilkenin “militan demokrasi anlayışının yeni ve kompleks alanı” olduğu yönünde bkz., Müller, “Militant Democracy”, 1256.

⁸⁵⁷ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 16; Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 178.

⁸⁵⁸ Müller, “Militant Democracy”, 1256; Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 179.

⁸⁵⁹ Terörle mücadele kapsamında Almanya ve Fransa’da çıkarılan yasalar hakkında bkz., Canu, *Der Schutz der Demokratie*, 124-128.

⁸⁶⁰ Besirevic, “A Short Guide”, 245.

⁸⁶¹ Thiel, “Comperative Aspects”, 380; Klamt, “Militant Democracy”, 153.

kapsamında değerlendirilemez⁸⁶². Bunun sonucu olarak bir siyasi örgütlenme bir terör eyleminin failiyse, bir terör örgütüne ya da terör eylemlerine açıktan destek veriyor ya da teşvik ediyorsa o örgütlenmeye uygulanacak tedbirler militan demokrasi anlayışı kapsamında ele alınmamalıdır. Ancak burada başta siyasi partiler olmak üzere siyasi örgütlenmelerin terör örgütleriyle kurdukları zımni bağa ayrı bir parantez açmak gerekir. Buna göre demokratik mücadelesini sürdüren ancak bir terör örgütüyle aralarında zımni bir bağ kuran siyasi partilere karşı uygulanacak tedbirler militan demokrasi anlayışı kapsamında ele alınabilir. Siyasi örgütlenmeler ülkede cezai ve idari bir takım tedbirlerle karşılaşmamak için teröre olan desteklerini açıktan değil zımnen gerçekleştirebilmektedir. Böylece terör örgütleriyle aynı amaca sahip olan siyasi partiler tıpkı faşist ve komünist partiler gibi mücadelelerini sözde demokratik ve yasal yollardan sürdürmektedir. Şayet söz konusu siyasi partiler muktedir olurlarsa terör örgütünün terör eylemleriyle gerçekleştirmek istedikleri amacı demokratik yollarla gerçekleştirmeleri söz konusu olacaktır. Mezkûr zımni bağın nasıl var olacağı noktasında normatif bir takım kıstaslar üretmek mümkün değildir⁸⁶³. Bu bağ her somut olayda çeşitli delillerle gerekçelendirilebilecektir. Örneğin, bir terör saldırısını açıkça kınamayan ya da üyelerinin bir terör örgütü üyesini anma etkinliğine katıldığı siyasi partiler ile terör örgütleri arasında bir bağdan bahsedilebilir. İşte terör örgütüyle zımni bir şekilde bağlantısı olan, terör örgütünün hedefini demokratik kurum ve araçlarla gerçekleştirmeye çalışan siyasi partilerin kapatılması da militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu noktada örnek olarak yukarıda da incelenmiş olan İspanya’da ayrılıkçı terör örgütü ETA’ya destek veren Batasuna Partisi’nin kapatılması gösterilebilir. Batasuna Partisi’nin kapatılma gerekçelerinden biri partinin terör örgütü ETA’yla arasındaki zımni bağdır⁸⁶⁴. Parti üyeleri açık bir şekilde ETA’ya destek vermese bile parti üyelerinin terör eylemlerini kınamaması, terör örgütünün amblemlerinin kullanılması,

⁸⁶² Besirevic, “A Short Guide”, 245; Capoccia, “Militant Democracy”, 209; Thiel, “Comperative Aspects”, 380; Klamt, “Militant Democracy”, 153; ABD’ye yapılan 11 Eylül saldırıları sonrası şiddete başvuran demokrasi düşmanlarına yapılacak mdahaleleri meşrulaştırmak için militan demokrasi anlayışına başvurulmakta, böylece militan demokrasi anlayışı sadece demokratik yollarla değil şiddete dayalı yollarla mücadele edenleri de kapsamına alacak şekilde genişletilmeye çalışılmaktadır. Bu yöndeki tartışmalar için bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 103-104.

⁸⁶³ Şiddet yanlısı demokrasi düşmanı gruplar ile yasal yollarla hareket eden demokrasi düşmanı gruplar arasında bir ayırım yapmanın, kesin bir çizgi çizmenin her zaman mümkün olmadığı yönünde bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 104.

⁸⁶⁴ Prado, “Spain”, 251.

devletin terörle mücadelesinin eleştirilmesi gibi hususlar parti kapatılmasında gerekçe olmuş ve bu gerekçeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun görülmüştür⁸⁶⁵.

Yukarıda zikredilen demokratik düzen düşmanı siyasi hareketler hiç şüphesiz belirtilen şekillerle sınırlı değildir. Farklı şekillerde ortaya çıkan ve demokratik düzene zarar vermek isteyen hareketler söz konusu olabilir. Bu noktada halk arasında cinsiyet, etnik kimlik, inanç ve benzeri hususlarda ayrımcılığı ya da bir sınıfın başka bir sınıf üzerinde egemenlik kurduğu bir düzeni hedefleyen hareketler de demokrasi düşmanı hareketler olarak zikredilebilir⁸⁶⁶. Söz konusu hareketlerin demokratik düzene zarar verecek mezkûr amaçları nedeniyle kapatılması ya da bunlar hakkında çeşitli önleyici tedbirler alınması militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki bir siyasi partinin herhangi bir sebeple kapatılmasının militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilmesi için yukarıda aktarılan militan demokrasi anlayışının özelliklerinin mevcut olması gerekmektedir. Örneğin bir parti, devletin demokratik düzenine halel getirmeden devletin federatif düzeninin üniter devlete dönüşmesini savunuyorsa o partinin kapatılması militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Başka bir örnekte bir siyasi parti şiddeti desteklediği ya da teşvik ettiği için kapatılıyorsa bu kapatma militan demokrasi anlayışı kapsamında ele alınmamalıdır. Tekraren belirtmek gerekir ki militan demokrasi anlayışı siyasi örgütlenmelere yönelik her türlü müdahale anlamına gelmez.

Sonuç olarak militan demokrasi anlayışı günümüzde sadece Nazizm, faşizm ya da diktatoryal komünizm gibi demokratik düzeni yıkmayı hedefleyen totaliter ideolojileri takip edenleri değil, aynı zamanda başta laiklik karşıtı ve terör gruplarını zımnen destekleyen siyasi hareketler olmak üzere demokrasiye düşman olan ve demokratik arenada mücadele veren diğer siyasi örgütlenmeleri de kapsamaktadır.

2.6. Militan Demokrasi Anlayışının Kötüye Kullanılması

Militan demokrasi anlayışı ile temel haklara müdahale etme ve politik karar alma süreçlerinin sınırlandırılması ne kadar meşru görülse de bu anlayış bir takım riskleri de

⁸⁶⁵ Zeynep Hazar, “Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”, *YBHD*, 3/1 (2018): 90-91.

⁸⁶⁶ Bligh, “Defending Democracy”, 1338.

beraberinde getirmektedir. Militan demokrasi anlayışı demokrasiyi korumak bahanesiyle, siyasi muhalefetin veya düşman görülen ideolojilerin zayıflatılmasına ya da ortadan kaldırılmasına gidecek bir süreç vesile olabileceği ileri sürülebilir. Böylece demokrasiyi koruma amacı taşıyan militan demokrasi anlayışı tam tersine demokrasinin zarar görmesine ya da yıkılmasına neden olabilir. Bu ise klasik demokrasi anlayışının paradokslarını çözmek için ileri sürülen militan demokrasi anlayışının bilfiil kendisinin bir paradoksa dönüşmesine neden olacaktır. Militan demokrasi anlayışına ilişkin bu risk hem doktrinde kabul edilmiş hem de uygulamada da örneklerine rastlanılmıştır⁸⁶⁷.

Doktrinde *Harvey*, siyasi partilerin politik alanının kapsamının çok sıkı tutulması ve bu kapsama uymayan partilerin saf dışı bırakılmasının siyasi çoğulculuğu tehlikeye atacağını ve özellikle bu durumun anayasal statüde olması durumunda a priori bir oligarşinin ortaya çıkacağını savunmaktadır⁸⁶⁸. Yazara göre militan demokrasi anlayışı bünyesinde anti demokratiklik etiketinin egemen ulusal ideolojiye karşı çıkmaktan başka politik aktivizmi olmayanları yasaklamak için sıklıkla bir bahane olarak kullanılma ihtimali (şüphesi) her zaman vardır⁸⁶⁹. Başka bir yazar *Issacharoff* ise militan demokrasi anlayışı kapsamında doğabilecek olası risklerin polis gücünün yerel düşmanlara keyfi kullanımından daha büyük tehlikeler doğuracağı görüşündedir ve yazar bu tehlikeyi stabil demokrasiler için de kabul etmektedir⁸⁷⁰. Doktrinde *Macklem* militan demokrasi anlayışına ilişkin mevzuatta yer alan muğlak düzenlemelerin ve otoritelere açık uçlu verilen yetkilendirmelerin söz konusu riski daha çok ortaya çıkaracağını savunmaktadır⁸⁷¹. *Tyulkina* ise militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılabilme ihtimalini militan demokrasi anlayışının demokrasi düşmanlarına doğru “ağını çok geniş atabilir” ve “demokrasinin sürdürülebilmesi için gerekenden daha fazlasını yakalayabilir”

⁸⁶⁷ Müller, “Protecting Popular Self-Government”, 253; Müller, “Individual”, 18; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 227; Kaltwasser, ““Militant Democracy””, 86 vd.; Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 175-177; Militan demokrasi anlayışının fikir babası Loewenstein’in militan demokrasi anlayışının uygulamasına yönelik muhtemel tehlike ve dezavantajlara karşı bizleri uyarmadığı ve bu hususta alınacak önlemler noktasında konuyu Anayasa hukuku teorisyenlerine bıraktığı yönünde bkz., Tyulkina, “Militant Democracy”, 75; Benzer yönde, Kaltwasser, “Militant Democracy”, 89; Kaltwasser, militan demokrasi anlayışının söz konusu paradoksunu ikili bir sınıflandırmayla incelemektedir. Bunlardan ilki demokrasinin kendini yıkması paradoksu (the paradox of democratic self-destruction), diğeri ise demokrasinin kendisine zarar vermesi paradoksu (the paradox of democratic self-injury) dur. Bunlar için bkz., Kaltwasser, “Militant Democracy”, 86 vd..

⁸⁶⁸ Harvey, “Militant democracy”, 409.

⁸⁶⁹ Harvey, “Militant democracy”, 409.

⁸⁷⁰ Issacharoff, “Fragile Democracies”, 1467.

⁸⁷¹ Macklem, “Militant Democracy”, 494.

cümleleriyle ortaya koymaktadır⁸⁷². *Accetti and Zuckermann* ise militan demokrasi anlayışının kimin demokrasi düşmanı kimin demokrasi dostu olduğu noktasında verilecek kararların keyfilik niteliği taşıdığını ileri sürmektedir⁸⁷³. Yazarlara göre bu keyfilik neticesinde esasında demokrasiye düşman olmayan siyasi muhalifler dahi demokrasinin dışına itilebilmektedir. Bu ise demokrasinin özünün ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir⁸⁷⁴. Doktrinde *Müller* ise militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılabileceğini bu durumda gerçek bir paradoksa yol açacağını savunmaktadır⁸⁷⁵. Yazara göre hükümetler demokrasi düşmanlarıyla mücadele ettiklerini düşündükleri kimi zamanlar demokrasiye zarar vermekte ve aslında ortadan kaldırmak istedikleri demokrasi düşmanlarına dönüşebilmektedir⁸⁷⁶.

Militan demokrasi anlayışına ait riske ilişkin dile getirilen tüm bu endişeler esasında anlayışın kendisiyle değil uygulanmasıyla alakalıdır. Tıpkı muktedirlerin eline verilip kötüye kullanılan diğer demokratik araçlar gibi militan demokrasi anlayışının araçları da amacı dışında kullanılabilir⁸⁷⁷. Nitekim tarihi süreç içerisinde örneklerine de rastlayabileceğimiz üzere militan demokrasi anlayışı muhalefeti susturmak ve sindirmek amaçlı kullanılmakta, ideolojik rekabetin acımasız birer silahı haline dönüşebilmektedir. Yukarıda Harvey'in de belirttiği üzere meşru muhalefet bir anda anti-demokratik etiketi yiyebilmektedir. Özellikle militan demokrasi anlayışında karar vericinin hükümet olduğu durumlarda bu durum kendisini daha belirgin göstermektedir. Böylece demokratik rejimler demokrasiyi korumak bahanesiyle otoriter hatta diktatoryal rejimlere dönüşmektedir⁸⁷⁸.

Militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılmasının tarihi süreç içerisinde uygulamalarına da rastlanmaktadır. Bunların belki de en önemlisi ABD'de bir dönem ortaya çıkan ABD'li senatör Joseph McCarthy'nin öncülüğünü yaptığı ve McChartycilik olarak anılan aktif komünist düşmanlığıdır. Senatör McCharty ülke genelinde komünizme karşı geçmişten gelen tedirginliği ve korkuyu kullanarak birçok kişiyi komünist ve vatan

⁸⁷² Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 29.

⁸⁷³ Accetti and Zuckermann, 183.

⁸⁷⁴ Accetti and Zuckermann, 183.

⁸⁷⁵ Müller, "Protecting Popular Self-Government", 253.

⁸⁷⁶ Müller, "Protecting Popular Self-Government", 253; Benzer yönde bkz., Kaltwasser, "Militant Democracy", 86 vd.

⁸⁷⁷ Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 35.

⁸⁷⁸ Kaltwasser, "Militant Democracy", 86.

haini olmakla suçlamış, listeler yayınlamış ve bu konuda kamuoyu oluşturmaya başarmıştır. ABD’de soğuk savaş döneminde özellikle Kore savaşının patlak vermesiyle birlikte ülkenin komünizme olan düşmanlığı had safhaya ulaşmış ve bunun neticesinde 1950 İç Güvenlik kanunu çıkarılmıştır. Kanunla birlikte meclis bünyesinde kurulan ve McCharty’nin de başkanlığını yaptığı Zararlı Faaliyetler Denetim Kurulu, toplumun ve devletin tüm kademelerinde komünizmle uzaktan yakından alaka kurulan herkesin fişlenmesine, suçlanmasına, görevden alınmasına, hapse girmesine neden olmuştur. Söz konusu cadı avından on binlerce kişi etkilenmiştir. Amaçlarından biri ABD demokrasisini korumak olan ve McChartycilik olarak şöhret bulan⁸⁷⁹ bu anti-demokratik süreç, militan demokrasi anlayışı kötüye kullanıldığında doğuracağı sonuçlar açısından ibretlik bir örnektir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki demokrasiyi koruyan militan demokrasi anlayışı uygulamalarına başvuran demokratik rejimler ile anti-demokratik rejimler arasında ince bir çizgi vardır⁸⁸⁰. Demokratik rejimler, demokrasiyi korumak nam ve hesabına bu ince çizgiyi aşarak demokrasiyi ortadan kaldırmaktadır⁸⁸¹. Bu geçiş dönemi demokrasilerinde olduğu gibi stabil demokrasiler için de geçerlidir. Buna karşılık doktrinde militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılması önleyecek üzerinde uzlaşmış genel geçer bir yöntem kabul edilmiş değildir⁸⁸². Diğer bir ifadeyle militan demokrasi anlayışı kapsamında yapılacak müdahalenin ne zaman muhalefeti susturma amaçlı olacağının tespiti ve bunun ne şekilde önleneceğinin normatif bir şekilde belirlenmesi mümkün görülmemiştir. Şüphesiz her ülke kendi şartları çerçevesinde bunu önlemenin hukuki yollarını arayıp uygulayacaktır. Ancak yine de doktrinde militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılmasının önlenmesine yönelik bir takım öneriler ileri sürülmektedir. Bu önerilerden ilki militan demokrasi anlayışına ilişkin mevzuat temelinin yasal boyuttan anayasa boyutuna çıkarılmasıdır⁸⁸³. Yani tüm militan demokrasi anlayışı araçlarının anayasal düzeyde yer almasıdır. Yukarıda militan demokrasi anlayışının anayasal-yasal boyutunu tartışılırken vurgulandığı üzere militan demokrasi anlayışının araçlarının yasal boyutta kalması mecliste çoğunluğu elinde bulunduran iktidar partisi

⁸⁷⁹ Müller, “Militant Democracy”, 1255.

⁸⁸⁰ Kaltwasser, “Militant Democracy”, 88.

⁸⁸¹ Kaltwasser bu demokratik rejimleri paranoyak rejimler olarak ifade etmektedir. Bkz., Kaltwasser, “Militant Democracy”, 88.

⁸⁸² Tyulkina, *Undemocratic Political Parties*, 30; Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 177.

⁸⁸³ Müller, “Protecting Popular Self-Government”, 253.

tarafından kolaylıkla kötüye kullanılabilir. Buna karşılık militan demokrasi anlayışının anayasal boyutta yer alması özellikle katı anayasalarda anayasa değişikliği sürecinin zor ya da kimi durumlarda imkansız olması ya da anayasa değişikliği sürecinde kamuoyunun dikkatinin daha yoğun olması sebebiyle güvence teşkil edecektir. Önerilen tedbirlerden bir diğeri militan demokrasi anlayışının araçlarını uygulama yetkisinin yasama ve yürütme organlarından alınıp siyasi baskılardan uzak kurumlara tevdi edilmesidir. Bu noktada akla ilk olarak tıpkı Almanya ve Türkiye’de olduğu gibi söz konusu yetkinin Anayasa Mahkemesi’ne verilmesi gelmektedir⁸⁸⁴. Siyasi baskılardan izole olduğu sürece⁸⁸⁵ anayasaların bekçisi olarak kabul edilen anayasa mahkemeleri militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılması karşısında önemli bir güvence olacaktır. Militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılmasına karşı bir diğer öneri ise uluslararası denetimdir⁸⁸⁶. Özellikle uluslararası mahkemelerin vereceği kararlar ile devletlerin militan demokrasi anlayışı kapsamında yaptığı müdahalelerin gerekçelerinin demokrasiyi ne kadar korumaya yönelik olduğu netleştirilebilir. Bu noktada AİHM önemli bir örnektir. AİHS’e taraf devletlerin militan demokrasi anlayışı kapsamında temel hak müdahaleleri mahkeme tarafından denetlenebilmekte, ülke aleyhine kararlar verilebilmektedir. Nitekim AİHM’in kurulduğu tarihten günümüze kadar özellikle siyasi partilerin kapatılması noktasında önemli bir içtihat zenginliği oluşmuştur.

⁸⁸⁴ Müller, “Militant Democracy”, 1266; *Rensmann Alman Anayasası’nın kurucu babalarının militan demokrasi anlayışının olası kötüye kullanılması durumunun bilincinde hareket ettiğini savunmaktadır. Bu noktada Hitler dönemindeki Gleichschaltung (standartizasyon) yani partilerin tek tipleştirilmesi politikasının yeniden yaşanmasını engelleme çabası içine girilmiştir. Yazara göre bu noktada alınan en önemli tedbir ise siyasi partilerin kapatılması kurumunun siyasi organlara değil de Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne verilmiş olmasıdır. Bkz., Rensmann, “Procedural Fairness”, 1118-1119.*

⁸⁸⁵ “Militan olma kararı verecek makamların -ki çoğunlukla Anayasa Mahkemesi’dir- , çoğunluğun savunmasız azınlıkları hedef aldığı veya partilerin rakiplerini yasadışı ilan etmeye başladığı bir durumdan kaçınmak için hem halktan hem de parti-politik baskılardan izole edilmesi gerekiyor.”. Bkz., Müller, “Individual”, 19.

⁸⁸⁶ Macklem, “Militant Democracy”, 494.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ ANAYASAL BOYUTUNUN BİR ÖRNEĞİ OLARAK TEMEL HAKLARIN ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ

3.1. Etkisizleşme Kavramı

3.1.1. Etkisizleşmenin Anlamı

Etkisizleşme ilk kez özel hukukta ortaya çıkan bir kavramdır⁸⁸⁷. Söz konusu kavram hakkın kötüye kullanılması ve buna bağlı olarak çelişkili davranış yasağına dayandırılarak medeni hukuk doktrini tarafından geliştirilmiştir. Buna göre medeni hukukta etkisizleşme, kullanılması belirli bir süreye tabi olmayan hakların çok uzun süre geçtikten sonra artık ileri sürülemeyeceği anlamına gelmektedir⁸⁸⁸.

Özel hukukta ortaya çıkan etkisizleşme kurumu daha sonra Alman Anayasa koyucuları tarafından anayasaya da alınmıştır. Ancak etkisizleşme kurumu anayasada düzenlenirken onun özel hukukta ifade ettiği anlamın bütünüyle dışına çıkılmış, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kurucu kararına bağlı olan, kendine ait şekil ve usul kuralları bulunan ve sonuçları itibarıyla oldukça kapsamlı olan özel bir anayasal tedbire dönüşmüştür.

Etkisizleşme, Federal Almanya Anayasası'nın⁸⁸⁹ 18. maddesinde hükme bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükümden etkisizleşmenin ne anlama geldiği

⁸⁸⁷ Etkisizleştirilmesi kurumunun temelleri ve benzerlikleri nedeniyle doktrinde sıkça incelenmektedir. Bkz. Dieter Wilke, “Die Verwirkung der Pressefreiheit und das strafrechtliche Berufsverbot” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Freien Universität, 1963), 41.

⁸⁸⁸ Özel hukukta etkisizleşme (Verwirkung) örneğin, bir alacak hakkı, def'i hakkı veya yenilik doğuran hak sahibinin bir süre hareketsiz kalarak hakkını kullanmaması veya diğer davranışları ile muhatapta hakkın artık kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven yaratması durumunda hak sahibinin hakkını kullanma imkanını kaybetmesi olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu yönde bkz., Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 405.

⁸⁸⁹ Çalışmanın bu bölümünde Federal Almanya Anayasası “Almanya Anayasası”, “anayasa” ve “AlmAny..” olarak ifade edilecektir.

anlaşılmamaktadır. Zira hükümde sadece “etkisizleştirilir” ifadesi geçmektedir. Oysa Federal Almanya Anayasası’nın öncülü niteliğindeki bazı eyalet anayasaları (1947 Rheinl.-Pfalz Eyalet Any. m. 133; 1947 Baden Eyalet Any. m. 123) ile Federal Almanya Anayasası’nın taslağı Herrenschimsee taslağında “etkisizleştirilir” yerine “ilgili temel hakka dayanma hakkı etkisizleştirilir” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir⁸⁹⁰. Bu ifadeye göre etkisizleşme, bir temel hakkın özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele için kötüye kullanılması durumunda ilgili temel hak sahibinin artık o temel hakka dayanamaması anlamına gelmektedir. Ancak taslaktaki bu ifade Federal Almanya Anayasası’na kısaltılarak alınmıştır. Böyle bir kısaltmanın nedeni bilinmese de “etkisizleştirilir” ifadesi ile “ilgili temel hakka dayanma hakkı etkisizleştirilir” ifadelerinin eşdeğer olduğu kabul edilmektedir⁸⁹¹. Nitekim anayasa hazırlanırken, dönemin meclis Prensip Komisyonu başkanı *Mangoldt*, etkisizleşmenin ilgilinin kötüye kullanılmış temel hakka artık dayanamaması anlamına geldiğini ifade etmiştir⁸⁹². Tüm bu açıklamalar neticesinde anayasa hukukunda etkisizleşmenin anlamının, özel hukuktan tamamen farklı olarak, ilgilinin Anayasa Mahkemesi kararıyla ilgili temel hakka artık dayanamaması olduğu söylenebilir.

3.1.2. Terminoloji Sorunu

Federal Almanya Anayasası’nın 18. maddesinde söz konusu kurum “*Verwirkung von Grundrechten*” olarak ifade edilmektedir. Kurum konuyla ilgili yazılmış Türkçe çalışmalarda veya anayasa tercümelerinde “Temel Hakların Düşmesi”⁸⁹³ veya “Temel Hakların Kaybettirilmesi”⁸⁹⁴ şeklinde karşılık bulmuştur. Ancak “*verwirkung*” ifadesine verilen anlamlardan kaynaklı olarak ileri sürülen bu farklı kavram tercihleri kanaatimizce isabetli değildir. Aşağıda etraflıca inceleneceği üzere AlmAny. m. 18 kapsamında Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin temel haklara ilişkin vereceği karar, temel hakkın hukuk âleminden kaybolması ya da düşmesi şeklinde herhangi bir sonuca neden olmamaktadır. Bu sebeplerle kavramda yer alan “*Verwirkung*” ifadesine verilen “düşme”

⁸⁹⁰ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 74.

⁸⁹¹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 74.

⁸⁹² Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 74.

⁸⁹³ Oğuz Şimşek, “Federal Alman Anayasa Hukuku’nda Temel Hakların Düşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 5/1 (2003): 94-112; Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000), 45-48.

⁸⁹⁴ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 222-223; Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller), m. 18; Gözler, *İnsan Hakları* s. 313.

veya “kaybettirilme” gibi ifadeler kurumun anlamını tam olarak yansıtmamaktadır. Bu kavramlar yerine çalışmada “verwirkung” kavramının özel hukuktaki karşılığı olarak Türkçe çalışmalarda kullanılan “etkisizleşme” kavramı tercih edilmiştir⁸⁹⁵. Gerçekten de AlmAny. m. 18’de yer alan kurumun işletilmesi neticesinde bir temel hakkın, temel hak olarak sadece devlete karşı ileri sürülebilme etkisi zayıflamakta, onun dışında temel hakkın varlığı her yönüyle devam etmektedir.

Çalışmada etkisizleşme kavramı tercih edilse de özel hukuktaki etkisizleşmenin aksine Federal Almanya Anayasası m. 18’de kendiliğinden sonuçları ortaya çıkan bir kurum söz konusu değildir. Etkisizleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için Anayasa Mahkemesi’nin belirli bir temel hak veya haklara yönelik olarak etkisizleşme kararı alması gerekmektedir. Dolayısıyla çalışmada AlmAny. m. 18’de düzenlenen kurum “Temel Hakların Etkisizleştirilmesi” olarak ifade edilmiştir.

3.2. Militan Demokrasi Anlayışının Bir Aracı Olarak Temel Hakların Etkisizleştirilmesi

Temel hakların etkisizleştirilmesi militan demokrasi anlayışının anayasal araçlarından biridir⁸⁹⁶. Söz konusu araç, militan demokrasi anlayışının diğer anayasal araçları olan değiştirilemez maddeler ve örgütlenme yasakları gibi Weimar Anayasası’nın savunmasızlığına, bu anayasa döneminde benimsenen değer göreceli demokrasi anlayışına ve Hitler’e karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır⁸⁹⁷. Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu, militan demokrasi anlayışının gerekliliği noktasında Alman anayasakoyucunun en önemli düzenlemelerinden biridir. Nitekim bu husus m. 18’in (taslağın 20. maddesi) gerekçesinde açıkça şu şekilde ifade edilmiştir⁸⁹⁸: “Madde 20, siyasi temel hakları özgürlükçü ve demokratik temel düzenle mücadele için kötüye kullananlara karşı acilen gerekli olan etkisizleştirmeyi düzenlemektedir. Hiç şüphe yok ki bu noktada dikkatsiz olan her demokrasi intihara meyilli olma tehlikesi içindedir. ...”

⁸⁹⁵ Buz, *Medeni Hukukta*, 405.

⁸⁹⁶ Papir und Durner, “Streitbare Demokratie”, 349; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 4; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 750-751; Wittreck, “Artikel 18”, 1686; Epping, *Grundrechte*, 479.

⁸⁹⁷ Walter Krebs, “Art. 18 – Verwirkung von Grundrechten”, in *Grundgesetz Kommentar Band 1*, hrsg., Ingo von Münch und Philip Kunig, (München: C.H. Beck, 2012), 1328; Seiters, “Art. 18”, 1192; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 751-752; Haller, “Grundrechtsverwirkung”, 4; Söz konusu hükmün sadece Hitler diktatörlüğüne değil anayasanın yürürlüğe girdiği dönemde var olan Stalinizme karşı da olduğu yönünde bkz. Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 4.

⁸⁹⁸ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten Konferenz der Westlichen Besatzungszonen, *Bericht über den Verfassungskonvent*, 22.

Temel hakların etkisizleştirilmesi, çalışmanın birinci bölümünde belirlenen militan demokrasi anlayışının temel özelliklerini bünyesinde taşımaktadır. Herşeyden önce bu kurum Federal Almanya Anayasası'nda "özgürlükçü demokratik temel düzen" olarak ifade edilen demokratik düzeni korumaya yöneliktir. Diğer taraftan bu kurum demokratik düzene temel hak ve hürriyetleri kötüye kullanarak zarar vermek isteyen kişilerle mücadeleyi amaçlayan anayasal bir tedbirdir. Usul ve detayları ilgili mevzuatta tanzim edilmiştir. Yine bu tedbir önleyici niteliktedir⁸⁹⁹. Temel hakların etkisizleştirilmesi temel hak sahibinin suç teşkil eden bir eylemine getirilmiş bir cezalandırma hükmü olmadığı gibi demokrasi düşmanı bireyin eylemlerine karşılık bir misilleme ya da bir düşünceyi bastırma aracı da değildir⁹⁰⁰. Son olarak temel hakların etkisizleştirilmesiyle bireyler politik katılım sürecinin dışına itilmekte, bu noktada sahip oldukları anayasal teminatlardan mahrum kalmaktadırlar.

Temel hakların etkisizleştirilmesi, militan demokrasi anlayışı kapsamında, Federal Almanya Anayasası'nda demokrasi düşmanlarıyla aktif mücadeleyi öngören siyasi parti yasakları (m. 21/f.2) ve dernek yasaklarıyla (m. 9/f.2) bir bütünlük oluşturmaktadır⁹⁰¹. Ancak temel hakların etkisizleştirilmesi demokrasi düşmanı bireye yönelik olması yönüyle diğer yasaklardan ayrılmaktadır. Gerçekten de siyasi parti ve dernek yasaklarıyla siyasi örgütlenmeler hedef alınırken temel hakların etkisizleştirilmesiyle temel haklarını özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanan birey hedef alınmaktadır⁹⁰². Böylece etkisizleştirilme ile bireyin özgürlükçü demokratik temel düzene zarar vermesinin ya da onu yıkmasının engellenmesi

⁸⁹⁹ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 47; Seitzers, "Art. 18", 1192; Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 1, 40; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 245; Thiel, *Verwirkung von Grundrechten*, 129; Haller, "Grundrechtsverwirkung", 14; Glaeser temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunu "kamu hukuku kapsamında anayasayı koruyan önleyici hüküm" olarak nitelemektedir. Bkz., Glaser, *Grundrechtsverwirkung*, 758.

⁹⁰⁰ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 132; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 245; Krebs, "Art. 18", 1335; Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 120.

⁹⁰¹ Seitzers, "Art. 18", 1192; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 752; Glaeser, *Missbrauch*, 30; Şimşek, "Federal Alman Anayasa Hukuku", 98; Christian Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991), 76.

⁹⁰² Markus Thiel, "Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG", in *Wehrhafte Demokratie*, hrsg., Markus Thiel, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 129; Wittreck, "Artikel 18", 1686; Şimşek, 99; Peterek, "Verfahren in den Fällen", 791; Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 66.

amaçlanmaktadır⁹⁰³. Başka bir ifadeyle Hitler ve Mussolini gibi aşırılıkçı ideolojileri demokrasinin yerine hâkim sistem yapmak isteyen bireylere karşı anayasal bir tedbir getirilmiştir⁹⁰⁴.

Militan demokrasi anlayışının temel özelliklerini bünyesinde barındıran bu kurum Federal Almanya Anayasası'na özgüdür⁹⁰⁵. Federal Almanya Anayasası dışında başka herhangi bir ülkenin anayasal ya da yasal düzeninde söz konusu kuruma yer verilmemiştir⁹⁰⁶. Bireylerin temel haklarını kötüye kullanmasını yasaklayan ülke anayasaları olsa da bu anayasalarda söz konusu yasağı ihlal edenlere yönelik temel hakların etkisizleştirilmesi gibi bir tedbire yer verilmemiştir. Bu durum Almanya Anayasal düzeninin Weimar Anayasası ve bu anayasa döneminde yaşanan acı tecrübelerle karşı kararlı duruşunun önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir⁹⁰⁷. Böylece Almanya, ikinci dünya savaşı sonrası kurduğu yeni demokratik düzenini sadece örgütlenmelere değil bireylere karşı da koruma altına alarak olası tüm tehditlerin önünü kapatmak istemiştir⁹⁰⁸.

3.3. Federal Almanya Anayasası Yürürlüğe Girmeden Önce Temel Hakların Etkisizleştirilmesine Benzer ve Öncül Nitelik Arz Eden Düzenlemeler

3.3.1. Genel Olarak

Temel hakların etkisizleştirilmesinin Federal Almanya Anayasası'nda düzenlenmesiyle söz konusu kurum ilk defa bir ülke anayasasında düzenlemeye kavuşmuştur⁹⁰⁹. Her ne kadar Federal Almanya Anayasası'ndan daha önce Weimar Anayasası'nda OHAL döneminde hakların askıya alınması⁹¹⁰ ile temel hakların kötüye

⁹⁰³ Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 6; Seitzers, "Art. 18", 1192; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 759; Wittreck, "Artikel 18", 1686; BVerfGE 25, 44, p. 54; BVerfGE 25, 88, p.23; BVerfGE 38, 23, p. 9, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv038023.html>, E.T. 15.02.2020.

⁹⁰⁴ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 5; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 759.

⁹⁰⁵ Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 750.

⁹⁰⁶ Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 750; Hermann Kessler, "Die Grundrechtsverwirkung des Artikels 18 GG" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Johannes Gutenberg Universität, 1952), 25; Hans Klemmer, "Verwirkung von Grundrechten" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Bonn, 1954), 5.

⁹⁰⁷ Müller, "Individual", 23.

⁹⁰⁸ Glaeser, *Missbrauch*, 25.

⁹⁰⁹ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 1; Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 1; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 750; Wittreck, "Artikel 18", 1676.

⁹¹⁰ Weimar Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'na kamu güvenliği ve düzeninin bozulması ve tehdit edilmesi durumunda bazı temel hak ve hürriyetleri yürürlük dışı bırakabilme yetkisi (OHAL yetkisi) veren m. 48/f.2 hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme doktrinde temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun

kullanılmasını yasaklayan insan hakları belgeleri⁹¹¹, uluslararası metinler⁹¹² ve bazı ülke anayasaları⁹¹³ olsa da bunlarda temel hakların etkisizleştirilmesi gibi bir kurum ihdas edilmemiştir⁹¹⁴. Buna karşılık söz konusu kurum, Federal Almanya Anayasası'nda düzenlenmeden önce kimi Almanya eyalet anayasalarında yer alan düzenlemelerin temel hakların etkisizleştirilmesiyle benzerlik arz ettiği, hatta Baden Eyalet Anayasası'nda etkisizleştirilme kurumuna yer verildiği ve söz konusu Eyalet Anayasalarındaki

temellerinden biri olarak zikredilebilmektedir. Bu yönde yazarlar için bkz., Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 750; Weimar Anayasası'nda OHAL yetkisini düzenleyen m. 48/f.2 hükmü şu şekildedir: "*Eğer Federal Alman devletinde kamu güvenliği ve düzeni ciddi şekilde zarar görür ya da tehdit edilirse Cumhurbaşkanı, kamu güvenliği ve düzenini eski hale getirmek için gerektiğinde silahlı kuvvetlerin yardımıyla gerekli tüm önlemleri alır. Bu amaçla geçici olarak madde 114, 115, 117, 118, 123. 124 ve 153'te zikredilen temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen yürürlük dışı kalmasına izin verilir.*" Madde metninde zikredilen Cumhurbaşkanı'nın yürürlük dışı bırakabileceği temel haklar şunlardır: Kişi Özgürlüğü (m. 114), ikamet özgürlüğü (m. 115), mektup, posta, telgraf ve uzaktan konuşmanın gizliliği (m. 117), düşünce özgürlüğü (m. 118), toplanma hürriyeti (m. 123), dernek hürriyeti (m. 124) ve mülkiyet hürriyeti (m. 124). OHAL yetkisine ilişkin söz konusu düzenleme bu haliyle temel hakların etkisizleştirilmesi kurumuna benzemektedir. Ancak söz konusu yetki kapsamında temel hakların yürürlük dışı bırakılması ancak kamu düzeninin bozulduğu kitlesel eylemlerde mümkündür. Yani ortada hakların askıya alınabilmesini gerektirecek hadiselerin cereyan etmesi gerekmektedir. Ancak temel hakların etkisizleştirilmesi özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verecek hadiselerin cereyan etmeden önlenmesini amaçlamaktadır yani mezkûr hükmün aksine önleyici niteliktedir. Diğer taraftan Weimar Anayasası m. 48/2 hükmü kitlesel eylemlere yönelik olarak ilan ve bireysel tedbirleri aşan bir yönetim usulüdür. Ancak temel hakların etkisizleştirilmesinde muhatap özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele eden bireydir. Bir başka fark ise Weimar Anayasası m. 48/2'de temel hakları askıya alma yetkisi Cumhurbaşkanının takdirinde iken temel hakların etkisizleştirilmesine Anayasa Mahkemesi karar vermektedir. Diğer taraftan Temel Hakların etkisizleştirilmesinde Weimar Anayasası m. 48/f.2'nin aksine bir temel hak yürürlük dışı kalmamakta sadece kamusal müdahalelere karşı etkisini yitirmektedir. Benzer yönde bkz., Wittreck, "Artikel 18", 1677.

⁹¹¹ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi m. 11 hükmünde temel hakların kullanımı kötüye kullanmama şartı ile serbest bırakılmıştır: "Düşüncelerin ve inançların serbestçe dışavurumu en değerli insan haklarından bir tanesidir. Her bir yurttaş yasaların belirlediği durumlarda bu özgürlüklerin kötüye kullanımından sorumlu olmak şartı ile bu ifadelerini özgürce konuşabilir, yazabilir ve yayınlatabilir." Söz konusu bildirgenin içeriğine Türkçe erişim için bkz., https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi?oldform=at=true, Erişim Tarihi: 01.05.2020.

⁹¹² 10 Aralık 1948 tarihli BM Genel Kurul toplantısında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesinde kötüye kullanma şu şekilde yasaklanmaktadır: "İşbu Beyannamenin hiçbir hükmü içinde ilan olunan hak ve hürriyetlerin bir devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya bilfiil bunu işlemeye her hangi bir hak getirir mahiyette yorumlanamaz." BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Türkçe metnine erişmek için bkz., https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_TIHB.htm, Erişim Tarihi: 01.05.2020.

⁹¹³ Almanya Anayasası yürürlüğe girmeden önce kimi ülke anayasalarında temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu olmasa da temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan düzenlemelere rastlanılmaktadır. Bunlardan 1937 tarihli İrlanda Anayasası'nın 40. maddesi, 1946 tarihli Brezilya Anayasası'nın 141. maddesi, 1946 tarihli Yugoslavya Anayasası'nın 43. maddesi, 1946 tarihli Arnavutluk Anayasası'nın 34. maddesi ve 1948 tarihli Çekoslovakya Anayasası'nın 37. maddesi, temel hakların ülkelerin anayasal düzenini değiştirmeye yönelik olarak kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Bkz., Klemmer, *Verwirkungs*, 4.

⁹¹⁴ Seiters, "Art. 18", rn. 1; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 750.

düzenlemelerin Federal Almanya Anayasası m. 18'e zemin hazırladığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bunların incelenmesi bahse konu düzenlemenin anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

3.3.2. Almanya Anayasası Yürürlüğe Girmeden Önce Yürürlükteki Federal Almanya Eyalet Anayasalarındaki Düzenlemeler

İkinci Dünya Savaşı sonrası Federal Almanya Anayasası hazırlanma aşamasında iken o dönem yürürlükte olan, Federal Almanya eyalet anayasalarının bir kısmında temel hakların etkisizleştirilmesi kurumuna benzeyen en azından temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan⁹¹⁵ ve bu cihetle Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesine temel teşkil eden hükümler yer almıştır⁹¹⁶. Bu eyalet anayasalarından birisi 1 Aralık 1946 tarihli Hessen Eyalet Anayasası'dır⁹¹⁷. Hessen Eyalet Anayasası'nın 17. maddesi şu düzenlemeyi içermektedir⁹¹⁸: “(1) Anayasal düzene saldıran ya da tehdit eden kimse fikrini açıklama hürriyetine, toplantı ve dernek kurma hürriyetine ve ayrıca bilimsel ya da sanatsal çalışmaların yayılması hürriyetine dayanamaz. (2) Şartların mevcut olup olmadığını şikâyet başvurusuyla eyalet anayasa mahkemesi belirler.”. Hessen Eyalet Anayasası'nın 17. maddesinde zikredilen bu kötüye kullanma yasağının kapsamı 18. maddeyle biraz daha genişletilmiştir. Söz konusu maddeye göre; “Gençliği koruyan yasaları çiğneyenler özgür ifade hürriyeti, bilimsel ya da sanatsal çalışmaların yayılması ve özgür bilgilendirme hakkına dayanamaz.”. Hessen Eyalet Anayasası'nda yer alan mezkûr iki hükümle temel hakların kötüye kullanılması yasaklanmıştır⁹¹⁹. Ancak söz

⁹¹⁵ Temel hakların kötüye kullanılmasının yasaklanması Almanya'nın eyalet anayasalarında daha eskiye dayanmaktadır. 19. yüzyılda kimi eyalet anayasalarında bazı temel hakların kullanımı ancak kötüye kullanma yasağına ilişkin yasalara uygun olma şartıyla serbest bırakılmıştır. Örneğin; 1818 Bavyera Anayasası'nın başlangıç kısmında ve 1894 Bremen Anayasası'nın 13. başlığında ifade hürriyetinin; 1819 Württemberg Anayasası'nın 28. başlığı, 1820 Hessen Anayasası'nın 35. maddesi ve 1831 Saksonya Anayasası'nın 35. başlığında ise basın ve kitap basım-yayım hürriyetinin ancak kötüye kullanma yasağına ilişkin yasalara uygun olması şartıyla serbest olduğu vurgulanmıştır. Bkz., Seitzers, “Art. 18”, 1188.

⁹¹⁶ Alman Anayasası yürürlüğe girmeden önce eyalet anayasalarında yer alan söz konusu düzenlemeler Temel Hakların Etkisizleştirilmesi kurumunun temelleri ve benzerlikleri nedeniyle doktrinde sıkça incelenmektedir. Bkz. Wilke, “Die Verwirkung”, 47-56; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 24-25; Klemmer, *Verwirkung*, 5; Seitzers, “Art. 18”, s.1189-1190.

⁹¹⁷ Hessen Eyalet Anayasası'nın Almanca metnine erişmek için bkz., <http://www.verfassungen.de/he/index.htm>, Erişim Tarihi: 14.04.2020.

⁹¹⁸ Seitzers, “Art. 18”, 1189; Wilke, “Die Verwirkung”, 47.

⁹¹⁹ Her ne kadar madde metinlerinde doğrudan “kötüye kullanma” ifadesi geçmese de “anayasal düzene saldıran ya da tehdit eden” ve “gençliği koruyan yasaları çiğneyenler” ifadeleriyle temel hakların amaç ve sınırı dışında kötüye kullanılması durumları ifade edilmektedir.

konusu eyalet anayasasında bu kötüye kullanma eylemleri “etkisizleşme” gibi ileriye dönük sonuçları olacak bir müeyyideye bağlanmamış, sadece belli şartlarda hükümlerde zikredilen temel haklara somut olayda dayanılamayacağı düzenlenmiştir⁹²⁰. Buna rağmen Hessen Eyalet Anayasası’nın bu iki hükmünün Federal Almanya Anayasası’nın 18. maddesi için ilk çıkış noktası olduğu kabul edilmektedir⁹²¹.

Hessen Eyalet Anayasası’ndaki mezkur düzenlemelere benzer hükümlere 15 Aralık 1947 tarihli Saarland Eyalet Anayasası⁹²² ve 18 Mayıs 1947 tarihli Rheinland-Pfalz Eyalet Anayasası’nda⁹²³ da rastlanmaktadır.

11 Kasım 1953 tarihli Baden-Württemberg anayasası ile yürürlükten kaldırılan 18 Mayıs 1947 tarihli Baden Eyalet Anayasası’nın⁹²⁴ 124. maddesinde ise şu düzenleme yer almaktaydı:

Kim anayasayla vatandaşlara garanti edilmiş temel hak ve hürriyetleri, bu temel hak ve hürriyetlere karşı kötüye kullanma teşebbüsünde bulunursa, kendisi anayasanın dışında kalır ve devletin meşru müdafaa eylemlerine karşı anayasal temel hak ve hürriyetlere dayanma hakkı etkisizleştirilir. Gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleme yetkisi eyalet anayasa mahkemesine aittir.

Bu düzenleme oldukça önemlidir. Zira bu hüküm, Federal Almanya anayasa tarihinde etkisizleştirilme kavramının ilk defa kullanıldığı anayasal belgedir⁹²⁵. Tıpkı Federal Almanya Anayasası m. 18’de olduğu gibi burada da ilk olarak temel hakların

⁹²⁰ Wilke, “Die Verwirkung”, 48.

⁹²¹ Wilke, “Die Verwirkung”, 47-48.

⁹²² 15 Aralık 1947 tarihli Saarland Eyalet Anayasası’nın söz konusu 19. maddesi şu şekildedir: “Özgürlükçü demokratik düzene saldıran ya da tehdit eden kimse fikrini açıklama hürriyetine, toplantı ve dernek kurma hürriyetine ve ayrıca bilimsel ya da sanatsal çalışmaların yayılması hürriyetine dayanamaz.”. Saarland Eyalet Anayasası’nın Almanca metnine erişmek için bkz., <http://www.verfassungen.de/saar/verf47.htm>, Erişim Tarihi: 14.04.2020.

⁹²³ 18 Mayıs 1947 tarihli Rheinland-Pfalz Eyalet Anayasası’nın 15 Mart 1991 tarihinde kaldırılan 133. maddesinde şöyle bir düzenleme yer almaktaydı: “Kim toplum yaşamının ahlaki ve politik temellerini, özellikle anayasal özgürlük ve hakları, güç kullanarak ya da hakkın verdiği yetkilerin kötüye kullanımıyla ihlal ederse ya da ortadan kaldırırsa cezai takibat yapılır ve temel haklarına dayanamaz.

Partiler ya da diğer derneklerin program ya da evrakları yukarıda zikredilen amaçlara hizmet ediyorsa, ya da onların üye veya önemli sayıdaki taraftarı kamuya zarar verecek mezkur faaliyetlere teşebbüs ediyorsa, eyalet hükümetinin ve eyalet meclisinin birlikte talebiyle bu partilerin seçimlere ya da oylamalara katılması engellenir.”. Rheinland-Pfalz Eyalet Anayasası’nın Almanca metnine erişmek için bkz., <http://www.verfassungen.de/rp/index.htm>, Erişim Tarihi: 14.04.2020.

⁹²⁴ 11 Kasım 1953 tarihli Baden-Württemberg anayasası ile yürürlükten kaldırılan 18 Mayıs 1947 tarihli Baden Eyalet Anayasası’nın Almanca metnine erişmek için bkz., <http://www.verfassungen.de/bw/baden/verf47-i.htm>, Erişim Tarihi: 15.04.2020.

⁹²⁵ Seitzers, “Art. 18”, 1189; Wittreck, “Artikel 18”, 1684.

kötüye kullanılması yasaklanmış, akabinde ise bu yasağa uymayan kimselerin temel haklarının eyalet Anayasa Mahkemesi tarafından etkisizleştirileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesinde düzenlenen “Temel Hakların Etkisizleştirilmesi” kurumunun öncülü, 1947 tarihli Baden Eyalet Anayasası'nın 124. maddesidir⁹²⁶. Buna karşılık her iki düzenlemenin tamamen aynı olduğu da söylenemez. Örneğin, Federal Almanya Anayasası'nın 18. Maddesinde temel hakların “özgürlükçü demokratik temel düzene” karşı kötüye kullanılması şartı aranırken, Baden Eyalet Anayasası'nda “temel hak ve hürriyetlere” karşı kullanılması şartı aranmıştır. Yine Federal Almanya Anayasası'nda belirli sayıda temel haklar etkisizleştirilebilirken, Baden Eyalet Anayasası'nda tüm temel hakların etkisizleştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu farklara rağmen Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesinin hazırlanışında 1947 tarihli Baden Eyalet Anayasası'nın 124. maddesi etkili olmuş hatta söz konusu hüküm m. 18'in prototipini oluşturmuştur⁹²⁷.

Yukarıda zikredilen eyalet anayasaları, İkinci Dünya Savaşı'ndan hemen sonra Federal Almanya Anayasası henüz yürürlüğe girmeden ihdas edilen eyalet anayasalarıdır⁹²⁸. Bakıldığında bu anayasalarda temel hakların etkisizleştirilmesi kurumuna benzeyen birçok düzenleme yer almıştır. Eyaletler, temel hakların etkisizleştirilmesine benzeyen ve hatta etkisizleştirilme kavramını ilk defa kullanan bu hükümlerle Hitler'e ve Weimar Anayasası dönemine tepki göstermişlerdir⁹²⁹. Dolayısıyla Alman kamu hukuku doktrinde eyalet anayasalarındaki söz konusu hükümlerin etkisizleştirilme kurumunun Federal Almanya Anayasası'nda düzenlenmesine zemin hazırladığı kabul edilmektedir⁹³⁰.

3.4. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Federal Almanya Anayasası'nda Düzenlenme Süreci

İkinci Dünya Savaşı sonrası Batı Almanya yeni anayasa çalışmalarına başlamıştır. Bu kapsamda Bavyera eyaletinde yer alan Herrenchiessee Sarayı'nda bu işle görevlendirilen anayasa hukukçuları bir dizi toplantı yapmıştır. Bu toplantı sonucu ortaya çıkan anayasa taslağı (Herrenchiessee Taslağı) meclise sunulmuştur. Söz konusu bu

⁹²⁶ Wilke, “Die Verwirkung”, 50.

⁹²⁷ Wilke, “Die Verwirkung”, 50, 57.

⁹²⁸ Kessler, “Die Grundrechtsverwirkung”, 26.

⁹²⁹ Glaeser, Missbaruch, 23.

⁹³⁰ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 750.

taslakta daha sonra Federal Almanya Anayasası'nın (GG) 18. maddesinde düzenlenecek olan temel hakların etkisizleştirilmesi hükmüne de yer verilmiştir. Söz konusu taslakta, 1947 tarihli Baden Eyalet Anayasası'nın 124. maddesinin örnek alındığı açık olan⁹³¹ etkisizleştirme hükmü şu şekilde düzenlenmiştir⁹³²:

1. Kim düşüncüyü açıklama hürriyetini (m. 7/f.1.), basın hürriyetini (m. 7/f.2), toplanma hürriyetini (m. 8) ya da örgütlenme hürriyetini (m. 9) özgürlükçü ve demokratik temel düzene karşı kötüye kullanırsa, bu temel hakka dayanma hakkı etkisizleştirilir. 2. Etkisizleştirme için şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini şikâyet üzerine Anayasa Mahkemesi karar verir.

Meclise sunulan anayasa tasarısı, meclisin Prensip Komisyonu (Grundsatzausschuß), Redaksiyon Komisyonu (Redaktionsausschuß) ve Genel Komisyon'da (Hauptausschuß) ele alınmış ve temel hakların etkisizleştirilmesi hükmü yapılan tartışmalar neticesinde bir dizi değişikliğe uğramıştır. Tartışmaların odağını daha çok hükme yeni etkisizleştirilebilir temel hakların ilave edilip edilmemesi ve etkisizleştirme kararı vermede yetkili organın Anayasa Mahkemesi olup olmaması oluşturmıştır.

Meclis Prensip Komisyonu'nun 30 Kasım 1948 tarihli oturumunda temel hakların etkisizleştirilmesi kapsamında hangi temel hakların yer alması gerektiği tartışılmıştır. Bu kapsamda yapılan ilk değişiklik eğitim hürriyetinin de etkisizleştirilebilir haklar kapsamına alınması olmuştur⁹³³. Buna göre Prensip Komisyonu'nun kabul ettiği ilk taslak şu şekilde ortaya çıkmıştır⁹³⁴: *“Her kim düşüncüyü açıklama hürriyetini, özellikle basın hürriyetini, eğitim hürriyetini, toplanma hürriyetini, ya da dernek hürriyetini özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanırsa, o kişinin söz konusu temel hakkı etkisizleştirilir.”* Söz konusu bu taslakta eğitim hürriyetinin etkisizleştirilebilir temel haklara dahil edilmesinin yanısıra göze çarpan önemli değişiklik meclise sunulan Herrenchiessee Taslağı'ndan farklı olarak Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin düzenlenmemiş olmasıdır. Bu hususta gerekçe olarak yetki konusunun yargı bölümünde

⁹³¹ Wilke, “Die Verwirkung”, 57.

⁹³² Klaus Berto von Doemming, Rudolf Werner Fuesslein und Werner Matz, “Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes”, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, hrsg. Gerhard Leibholz und Hermann v. Mangoldt, (Tübingen: J.C.B. Mohr Siebeck, 1951), 170; Klemmer, *Verwirkungs*, 6; Seitzers, “Art. 18”, 1191; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 1.

⁹³³ Kessler, “Die Grundrechtsverwirkung”, 27.

⁹³⁴ Doemming, Fuesslein und Matz, “Entstehungsgeschichte”, 172; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 29.

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkiler başlığı altında ayrıca tartışılması gerekliliği ileri sürülmüştür⁹³⁵.

Genel Komisyonu'nun 4 Aralık 1948 tarihli oturumunun ilk birleşiminde CDU/CSU fraksiyonunun önerisi üzerine mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği hürriyeti etkisizleştirme hükmüne dâhil edilmiştir⁹³⁶.

Redaksiyon Komisyonuna tekrar gelen etkisizleştirme hükmüyle ilgili olarak komisyon bir dizi değişikliklik önerisi hazırlamıştır. Buna göre etkisizleştirme hükmü ve şartları ayrı bir maddede (m. 20b) ihdas edilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi açıkça etkisizleştirme kararını verecek yetkili organ olarak belirlenmiştir. Ayrıntılar ise federal yasalara bırakılmıştır. Redaksiyon Komisyonu yaptığı bu değişiklikle etkisizleştirme kararını idari mercilere bırakmamış tıpkı meclise sunulan ilk taslaktaki gibi yetkiyi doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir. Zira kurul temel hakları yürürlükten kaldırmaya eşdeğer olan böyle bir yetkinin basit bir idari işlemle kullanılmasını uygun görmemiştir. Yine yerel mahkemelerin bu idari işlemlere karşı yeterli olamayacağı düşünülmüştür. Bu sebeplerle etkisizleştirme kararını verme yetkisi temel hakların bir güvencesi olarak Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır⁹³⁷.

Genel Komisyon, 11 Ocak 1949 tarihli 32. oturumunda Redaksiyon Komisyonu'nun özellikle anayasa mahkemesinin yetkisiyle ilgili önerisiyle meşgul olmuştur. Yapılan tartışmalarda bir grup, etkisizleştirme kararı verme yetkisinin idari mercilere verilmesi gerektiğini savunurken bir diğer grup bu yetkinin Anayasa Mahkemesi'nde kalması gerektiğini savunmuştur. Örneğin milletvekili *Mangoldt*, etkisizleştirme kararı verme yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi durumunda kavramın etkisini kaybedeceğini bu sebeple de söz konusu yetkinin idari mercilere verilmesi gerektiğini, idari mercilerin keyfi etkisizleştirme kararlarına karşı ise yargı yolu teminatının sağlanabileceğini ifade etmiştir. Milletvekillerinden *Bergsträsser* ise yetkinin Anayasa Mahkemesi'nde olması gerektiğini savunarak buna karşı çıkmıştır. Yapılan bu

⁹³⁵ Doemming, Füsslein und Matz, "Entstehungsgeschichte", 172; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 30; Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 1.

⁹³⁶ Doemming, Füsslein und Matz, "Entstehungsgeschichte", 172; Kessler, "Die Grundrechtsverwirkung", 28; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 30; Klemmer, *Verwirkungs*, 7.

⁹³⁷ Doemming, Füsslein und Matz, "Entstehungsgeschichte", 173; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 30.

tartışmalar neticesinde Redaksiyon Komisyonu'nun etkisizleştirme kararı yetkisini Anayasa Mahkemesi'ne veren önerisi kabul edilmemiştir⁹³⁸.

19 Ocak 1949 tarihinde yapılan Prensip Komisyonu oturumunda ise tekrar bir yetki tartışması ortaya çıkmış, milletvekili Mangoldt, etkisizleştirme kararında Anayasa Mahkemesi'nin yetkili olmaması gerektiğini savunurken⁹³⁹, milletvekili Dehler Anayasa Mahkemesi'nin yetkili olması gerektiğini ileri sürerek buna karşı çıkmıştır⁹⁴⁰. Dehler'in görüşü yapılan oylamada 13'e karşı 7 oyla uygun bulunmuş ve taslağın ilgili hükmüne (m. 20b/f.2) şu cümle eklenmiştir⁹⁴¹: “*Etkisizleştirme ve onun kapsamı Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenir.*”. Böylece etkisizleştirme kararı verme yetkisi Herrenchiemseer taslağı ve daha sonra Redaksiyon Komisyonu'nun önerisine uygun olarak Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

⁹³⁸ Doemming, Füsslein und Matz, “Entstehungsgeschichte”, 173; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 30.

⁹³⁹ Milletvekili Mangoldt, etkisizleştirme kararında Anayasa Mahkemesi'nin değil idarenin yetkili olması gerektiğini şu sözlerle gerekçelendirmiştir: “Prensip komisyonu, bu ilave önerinin benimsenmemesi gerektiğini şu gerekçeler nedeniyle düşünmedi. Anayasa Mahkemesinde yargılamalar her zaman oldukça uzun sürmektedir. Ancak bir temel hak ya da hürriyetin özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanılması söz konusu olursa, bu durumda çok uzun süre beklenilmemeli aksine hemen müdahale edilmelidir. Yapılacak müdahale ilgili kişiyi müdahaleye karşı koyacak araçlardan yoksun bıraktığı anlamına gelemez. İlgili, genel idari yargılama hükümleriyle kolaylıkla söz konusu müdahaleyi idari mahkemelere taşıyabilir. Belki Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir davada son aşamada karar vermesi – ki bunun anayasanın farklı bir bölümünde bu ayrıyeten düzenlenmesi gerekir– öngörülebilir. Hepimiz en azından sadece Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla etkisizleştirmenin gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğu konusunda hem fikir olmuşuzdur.” Bkz., Doemming, Füsslein und Matz, “Entstehungsgeschichte”, 174; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 31; Klemmer, *Verwirkungs*, 7-8.

⁹⁴⁰ Milletvekili Dehler Anayasa Mahkemesi'nin yetkili olması gerektiğini şu gerekçelerle savunmuştur: “Aksi durumlarda temel hakların etkisizleştirilmesi hükmünün etkileri kestirilemeyeceği için, bu öneri hiç şüphesiz gerekli gözükmektedir. Temel hakların herhangi birini ihlal eden kişi, uygulamada hukuk dışına itilmiş olur. Her bir idari makam kişinin temel haklarını inkar etmeye kalkışır. Bu durumda ilgili kişi mahkemeye başvurmak ve hakkını nasıl ve ne zaman tekrar geri alacağını gözetmek zorunda kalacaktır. Aynı şey bir insan grubuna karşı da gerçekleşebilir. Bir polis dairesi şunu söyleyebilir: Sen bir temel hakka zarar verdin, şimdi ifade hürriyetine sahip değilsin, sen toplanma hürriyetine sahip değilsin, senin bu hakkın etkisizleşti. Bu polis dairesinin takdiri olurdu. Polis herkesi yasa dışı yapabilir. Bu yüzden böylesine kapsamlı bir temel hak kaybının sadece Anayasa Mahkemesi tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin Redaksiyon Kurulu'nun taslağını destekliyorum. Sadece Anayasa Mahkemesi hak kaybının kapsamı ve süresini düzenleyebilir. Bana göre diğer öneri oldukça muğlak ve belirsiz.” Bkz., Doemming/Füsslein/Matz, 174; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 31; Klemmer, *Verwirkungs*, 7-8.

⁹⁴¹ Doemming, Füsslein und Matz, “Entstehungsgeschichte”, 174; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 32; Klemmer, *Verwirkungs*, 8.

8 Şubat 1949 ve 2 Mayıs 1949 yılında Genel Komisyon’da yapılan görüşmelerde sığınma hakkı ve mülkiyet hakkı da etkisizleştirilen haklara dâhil edilmiştir⁹⁴². Etkisizleştirme kararı verme yetkisinin Anayasa Mahkemesi’nden alınması itirazı farklı zamanlarda yinelense de bu hususta bir değişiklik yapılmamıştır⁹⁴³. Oluşan taslak 5 Mayıs 1949 tarihinde Genel komisyon tarafından nihai olarak kabul edilmiş ve hüküm üzerinde bir daha tartışma yapılmamıştır. Daha sonra hüküm Federal Almanya Anayasası’nın (GG) 18. maddesinde yürürlüğe girmiştir⁹⁴⁴. Hükümün nihai hali şu şekilde olmuştur⁹⁴⁵:

“Kim düşüncüyü açıklama hürriyetini, özellikle basın hürriyetini (m. 5/f.1), eğitim hürriyetini (m. 5/f.3), toplanma hürriyetini (m. 8), örgütlenme hürriyetini (m. 9), mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliğini (m. 10), mülkiyet hakkını (m. 14), ya da sığınma hakkını (m. 16a) özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele için kötüye kullanırsa, bu temel hakları etkisizleştirilir. Etkisizleştirme ve onun kapsamına Alman Federal Mahkeme tarafından karar verilir.”.

Federal Almanya Anayasası’nın 18. maddesinin bu oluşum sürecine bakıldığında üç nokta üzerinde durulduğu ve bu noktalarda çeşitli değişiklikler yapıldığı görülmektedir⁹⁴⁶. İlk olarak etkisizleştirilebilen temel hakların sayısı nihai metne kadar artmış, en son sığınma ve mülkiyet hakkı da etkisizleştirilebilir temel haklara ilave edilmiştir. Diğer taraftan ise ilk taslak metninde “... temel haklara dayanma hakkı etkisizleştirilir” şeklinde olan ifade “... temel hakları etkisizleştirilir” olarak değiştirilmiştir⁹⁴⁷. Son olarak etkisizleştirme kararını kimin vereceği konusunda idari mercilerin keyfi hareket edebileceği ve bunun sonuçlarının ağır olacağı endişesi ağır basmış ve yargıya güvenilerek yetki, taslağın ilk halinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi’nde bırakılmıştır⁹⁴⁸.

⁹⁴² Doemming, Füsslein und Matz, “Entstehungsgeschichte”, 175-176; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 32-33; Klemmer, *Verwirkungs*, 7.

⁹⁴³ Bu oturumda CDU fraksiyonundan milletvekili *Mangoldt*, etkisizleştirme yetkisinin Anayasa Mahkemesi’nden alınması önerisini Anayasa Mahkemesi’nin yavaş karar vereceği gerekçesiyle yinelemiştir. Ancak bu öneri kabul görmemiştir. Milletvekillerinden *Schmid*, Anayasa Mahkemesi hızlı yargılama yaparak ihtiyadi tedbir kararı alabileceği savunmasında bulunmuştur. Bkz., Doemming, Füsslein und Matz, “Entstehungsgeschichte”, 175; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 33.

⁹⁴⁴ Doemming, Füsslein und Matz, “Entstehungsgeschichte”, 176; Kessler, “Die Grundrechtsverwirkung”, 28; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 33.

⁹⁴⁵ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

⁹⁴⁶ Seitzers, “Art. 18”, 1192.

⁹⁴⁷ Seitzers, “Art. 18”, 1192.

⁹⁴⁸ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 33; Seitzers, “Art. 18”, 1192.

3.5. Temel Hakların Etkisizleştirilmesinde Korunan Hukuki Yarar: Özgürlükçü Demokratik Temel Düzen

Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesine göre, temel hakların etkisizleştirilebilmesi için söz konusu temel hakların özgürlükçü demokratik düzenle mücadele için kötüye kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla m. 18'de korunan hukuki yarar "özgürlükçü demokratik temel düzendir"⁹⁴⁹.

Almanya anayasal düzeninin bir parçası olan özgürlükçü demokratik temel düzen⁹⁵⁰, Federal Almanya Anayasası'nda sadece temel hakların etkisizleştirilmesi kurumuyla değil aynı zamanda siyasi parti yasakları ve dernek yasaklarıyla da korunan bir değerdir. Diğer bir ifadeyle özgürlükçü demokratik temel düzen, militan demokrasi anlayışının araçları ile koruma altına alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde Federal Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışı incelenirken bu düzenin ne ifade ettiği üzerinde etraflıca durulmuştur. Kısaca tekrar etmek gerekirse özgürlükçü demokratik temel düzen kavramının içeriğine ilişkin olarak anayasa ve diğer mevzuatta herhangi bir tanım yer yer almazken Anayasa Mahkemesi tarihi süreç içerisinde özgürlükçü demokratik temel düzenle ilgili üç farklı karar vermiştir. Mahkemenin 2017 yılında verdiği son kararında özgürlükçü demokratik temel düzen, insan onuru, demokrasi prensibi ve hukuk devleti ilkesi şeklinde üç alt ilkeyle açıklamıştır. Buna göre AlmAny. m. 18 ile insan onuru, demokrasi prensibi ve hukuk devleti ilkesi korunmaktadır. AlmAny. m. 18'de zikredilen temel haklar bu üç unsurla mücadele için kötüye kullanıldığında etkisizleştirilebilecektir Örneğin; bir kişi basın hürriyetini anti-semitik veya ırkçılık üzerine yayın yapmak amacıyla kullanırsa insan onuruyla dolayısıyla özgürlükçü demokratik toplum düzeniyle mücadele ettiği kabul edilebilecektir. Başka bir örneğe göre, demokrasiye düşman bir totaliter rejim savunucusu da bu düşüncesini kitlelere yayarsa yine özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele ettiği ileri sürülebilir. Hiç şüphesiz temel hakların etkisizleştirilmesi sürecinde hangi hallerde bu üç unsura karşı mücadele edilmiş olacağının tespiti Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin takdirindedir.

⁹⁴⁹ Glaeser, Grundrechtverwirkung, 752; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 249.

⁹⁵⁰ Özgürlükçü demokratik temel düzenin anayasal düzenin bir parçası olması sebebiyle temel hakların etkisizleştirilmesi hükmü önleyici anayasa koruma hükmü olarak da nitelendirilmektedir. Bkz., Glaeser, *Missbrauch*, 59.

3.6. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Hükümünün Tipiklik Unsurları

Temel hakların etkisizleştirilmesini düzenleyen 18. maddenin “*Kim düşünceyi açıklama hürriyetini, özellikle basın hürriyetini (m. 5/f.1), eğitim hürriyetini (m. 5/f.3), toplanma hürriyetini (m. 8), örgütlenme hürriyetini (m. 9), mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliğini (m. 10), mülkiyet hakkını (m. 14), ya da sığınma hakkını (m. 16a) özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanırsa ...*”⁹⁵¹ şeklinde olan ilk cümlesinin ilk kısmı etkisizleştirme hükmünün tipiklik unsurlarını ihtiva etmektedir⁹⁵². Madde metninde yer alan “kim” ifadesi ile etkisizleştirme hükmünün kişi unsurunun yani hükmün muhatabının; sıralanan temel haklarla etkisizleştirilebilecek temel haklar unsurunun; son kısımda ise özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele ve kötüye kullanma unsurunun dolayısıyla dört tipiklik unsurunun varlığı kabul edilebilir. Bununla birlikte Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarında ortaya koyduğu “davalının tehlikeliliği” adı altında ek bir tipiklik unsuru daha bulunmaktadır. Aşağıda sırasıyla etkisizleştirme hükmünün söz konusu tipiklik unsurları ve daha sonra Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin aradığı ek tipiklik unsuru incelenmiştir.

3.6.1. Etkisizleştirme Hükümünde Muhatap

Federal Almanya Anayasasının 18. maddesinde düzenlenen etkisizleştirme hükmünün muhatabı etkisizleştirilecek temel hakka sahip olan kişidir⁹⁵³. Dolayısıyla m. 18’de zikredilen temel hakları taşıyan kimsenin o temel hakları etkisizleştirilebilir. Bu, etkisizleştirmenin kişi unsuru olarak da ifade edilebilir. Etkisizleştirmenin kişi unsuruyla ilgili olarak bir takım genel ve istisnai hususlar söz konusudur.

Her şeyden önce etkisizleştirme hükmünün muhatabı her gerçek kişidir⁹⁵⁴. Anayasa m. 18’deki temel hakları taşıyan her ferdin o temel hakları etkisizleştirilebilir.

⁹⁵¹ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

⁹⁵² Wilke, “Die Verwirkung”, 15.

⁹⁵³ Michael Brenner, “GG Art. 18”, in *Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz Kommentar Band 2*, hrsg., Peter M. Huber und Andreas Voßkuhle, (München: C.H. Beck, 2018), rn. 25; Martin Pagenkopf, “Art. 18”, in *Grundgesetz Kommentar*, hrsg., Michael Sachs, (München: C. H. Beck, 2018), 748; Seitzers, “Art. 18”, 1195; Krebs, “Art. 18”, 1330; Wittreck, “Artikel 18”, 1689; Haller, “Grundrechtsverwirkung”, 24; Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 69.

⁹⁵⁴ Stern, *Das Staatsrecht*, 972; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 57; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 25, 82; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 759; Pagenkopf, “Art. 18”, 748; Seitzers, “Art. 18”, 1195; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 25; Wittreck, “Artikel 18”, 1689; Krebs, “Art. 18”, 1330; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 135.

Buna hem Alman vatandaşları hem de yabancı vatandaşlar dâhildir⁹⁵⁵. Ancak m. 18’de zikredilen temel haklardan kaynaklı olarak ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. İlk olarak etkisizleştirilebilen temel haklardan olan toplanma hürriyeti (m. 8/f.1) ve örgütlenme hürriyeti (m. 9/f.1) sadece “Alman vatandaşlarına” tanınmış olup, Alman vatandaşı olmayan yabancılar bu hakların taşıyıcı olamamaktadır⁹⁵⁶. Bu sebeple yabancılar için bu hakların etkisizleştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan etkisizleştirilebilen temel haklardan olan sığınma hakkı (m. 16a) sadece yabancılara tanınan bir temel hak olduğundan sadece yabancılar için bu hakkın etkisizleştirilmesi söz konusu olacaktır⁹⁵⁷.

Federal Almanya Anayasası’nda bir milletvekili ya da Cumhurbaşkanı’nın temel hakkının etkisizleştirilmesi için farklı bir usul öngörülmüştür. Federal Almanya Anayasası’nın m. 46/f.3 hükmüne göre Federal Meclis (Bundestag) üyesi bir milletvekilinin kişisel bir hürriyetinin kısıtlanması ya da hakkında etkisizleştirme davası açılabilmesi için Federal Meclis’in (Bundestag) onayı gerekmektedir⁹⁵⁸. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise Federal Meclis’in (Bundestag) talebi üzerine de bir milletvekili hakkında etkisizleştirme davası açılabilceği düzenlenmektedir. Söz konusu bu düzenlemeler, Anayasa m. 60/f.4 hükmünün yaptığı açık atıf gereği ayniyile Cumhurbaşkanı için de geçerlidir. Yani Cumhurbaşkanı hakkında da etkisizleştirme davası açılabilmesi için Federal Meclis’in (Bundestag) onayı gerekmekte diğer taraftan Federal Meclis

⁹⁵⁵ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 759; Kessler, “Die Grundrechtsverwirkung”, 51; Pagenkopf, “Art. 18”, 748; Seitzers, “Art. 18”, 1195; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 25; Krebs, “Art. 18”, 1330.

⁹⁵⁶ Stern, *Das Staatsrecht*, 972; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 82; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 26; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 759; Pagenkopf, “Art. 18”, 748; Seitzers, “Art. 18”, 1195; Krebs, “Art. 18”, 1330; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 135; Temel haklar açısından “yabancı” kavramına Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşlarının girip girmediği konusu Alman doktrinde tartışmalıdır. Zira Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 18. maddesinde uyrukluktan kaynaklanan her türlü ayrımcılığın yasak olduğu belirtilmiştir. Söz konusu bu antlaşmanın Avrupa üyesi ülkelerde uygulama önceliği bulunmaktadır. Dolayısıyla doktrinde kabul gören görüş, Almanya Anayasası’nda temel haklar bakımından Alman vatandaşları ile diğer AB üyesi ülke vatandaşları eşit konumdadır. Dolayısıyla AB üyesi olan vatandaşların etkisizleştirilebilecek toplanma hürriyeti ve örgütlenme hürriyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz., Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 57; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 801.

⁹⁵⁷ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 57; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 26; Pagenkopf, “Art. 18”, 748; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 759; Seitzers, “Art. 18”, 1195; Krebs, “Art. 18”, 1330.

⁹⁵⁸ Wittreck, “Artikel 18”, 1689; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 136; Benzer şekilde Federal Almanya’yı oluşturan eyaletlerin milletvekilleri hakkında etkisizleştirme sürecinin başlatılabilmesi için o eyalet meclislerinin onay vermesi gerekmektedir. Bkz., Kessler, “Die Grundrechtsverwirkung”, 52.

(Bundestag) kendisi de Cumhurbaşkanı hakkında etkisizleştirilme davası açabilmektedir⁹⁵⁹.

Gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler de temel hak sahibi olabilir⁹⁶⁰. Federal Almanya Anayasası'nın 19/f.3 hükmünde özlere uygun olduğu sürece temel hakların tüzel kişiler için de geçerli olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla doktrinde tüzel kişiler için de etkisizleştirme hükmünün tatbik edilebileceği ileri sürülmektedir⁹⁶¹. Özellikle etkisizleştirilebilecek temel haklardan olan örgütlenme hürriyeti (m. 9/f.2) bu noktada önem arz etmektedir⁹⁶². Bunun dışında tüzel kişilerin ifade ve eğitim hürriyeti, toplanma hürriyeti, mektup-posta ve telekomünikasyon hürriyetine sahip olabileceği ve bunların da etkisizleştirilebileceği belirtilmektedir⁹⁶³. Hak ehliyeti olmayan tüzel kişilerin etkisizleştirilmeye muhatap olup olmayacakları tartışmalı olsa da bunların da temel haklarının etkisizleştirilebileceği savunulmaktadır⁹⁶⁴.

3.6.2. Etkisizleştirme Konusu Temel Haklar

Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesinde hangi hakların etkisizleştirilebileceği tek tek zikredilmiştir. Diğer bir ifadeyle hangi hakların özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanılıp etkisizleştirme müeyyidesine konu olacağı madde hükmünde tek tek sayılmıştır. AlmAny. m. 18'e göre etkisizleştirilebilir temel haklar şunlardır: *düşünceyi açıklama hürriyeti özellikle basın hürriyeti (m. 5/f.1), eğitim hürriyeti (m. 5/f.3), toplanma hürriyeti (m. 8), örgütlenme hürriyeti (m. 9), mektup,*

⁹⁵⁹ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 57; Thiel, "Die Verwirkung von Grundrechten", 136.

⁹⁶⁰ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 28, 82; Brenner, "GG Art. 18", rn. 27; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 759; Pagenkopf, "Art. 18", 748; Seitzers, "Art. 18", 1195; Wittreck, "Artikel 18", 1690.

⁹⁶¹ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 82; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 759; Kessler, "Die Grundrechtsverwirkung", 51; Haller, "Grundrechtsverwirkung", 25; Seitzers, "Art. 18", 1195; Gerhard Hönsch, "Die Verwirkung von Grundrechten nach Art.18 GG und das Monopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 GG" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Universität Hamburg, 1962), 73; Brenner, "GG Art. 18", rn. 27; Pagenkopf, "Art. 18", 748; Seitzers, "Art. 18", 1195; Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun sadece gerçek kişilere işletilebileceği yönünde karşı görüş için bkz., Konrad Hesse, "Bedeutung der Grundrechte", in *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg., Ernst Benda, Werner Maihofer und Hans-Jochen Vogel, (Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994), 157.

⁹⁶² Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 58

⁹⁶³ Hönsch, "Die Verwirkung", 74.

⁹⁶⁴ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 58.

posta ve telekomünikasyonun gizliliği (m. 10), mülkiyet hakkı (m. 14), sığınma hakkı (m. 16a).

Etkisizleştirilebilir temel hakların tek tek zikredildiği bu temel haklar yukarıda madde hükmünün oluşum sürecinde de görüldüğü üzere genişleyerek nihai haline ulaşmıştır⁹⁶⁵. Doktrinde söz konusu kataloğun tahdidi (numerus clausus) nitelikte olduğu yani maddede zikredilen temel haklar dışında başka hiçbir temel hakkın etkisizleştirilemeyeceği kabul edilmektedir⁹⁶⁶. Ancak madde hükmünde geçen “düşünceyi açıklama hürriyeti *özellikle* basın hürriyeti” ifadesindeki “*özellikle*” kelimesi doktrinde kapsam tartışmasına yol açmıştır. Doktrinde bir görüş “*özellikle*” kelimesinin sadece düşünceyi açıklama hürriyeti ile basın hürriyeti arasındaki ilişkiyi vurguladığını, etkisizleştirilebilir temel haklar kataloğunun kesin olduğunu dolayısıyla kapsam noktasında herhangi bir yoruma gidilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁶⁷. Buna karşılık doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş, burada geçen “*özellikle*” ifadesini örnek verici olarak değerlendirilmekte ve dolayısıyla basın hürriyetinin maddede düşünceyi açıklama hürriyetinin bir örneği olarak kabul etmektedir⁹⁶⁸. Buna göre düşünceyi açıklama hürriyetinin kapsamına girecek anayasadaki diğer temel hakların da etkisizleştirilebilir temel hakların arasına dahil edilmesi gerekmektedir. Etkisizleştirilebilecek diğer hakların tespiti noktasında düşünce hürriyeti kenar başlığını taşıyan ve düşüncenin oluşumundan yayılmasına kadar tüm süreci koruyan m. 5/f.1⁹⁶⁹ hükmü önemlidir. Maddede düşünceyi açıklama hürriyeti ve basın hürriyeti dışında

⁹⁶⁵ Yukarıda da belirtildiği üzere Alman Anayasası’nın ilk taslağı olan Herrenchimesee taslağı’nda olmayan eğitim hürriyeti, mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği, mülkiyet hakkı ve sığınma hakkı taslak parlamentoda görüşülürken eklenmiştir. Konuyla ilgili yukarıda bkz. “I. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Almanya Anayasası’nda Düzenlenme Süreci” başlığı.

⁹⁶⁶ Otto Model und Klaus Müller, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar für Studium und Praxis* (Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1996), 256; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 43; Seiders, “Art. 18”, 1196; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 10; Wittreck, “Artikel 18”, 1690; Krebs, “Art. 18”, 1331; Kessler, “Die Grundrechtsverwirkung”, 52; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 768; Seiders, “Art. 18”, 1196; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 17; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 239-240; Heller, 67; Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin de benzer yönde bir kararı için bkz., BVerfGE 25, 88, p. 21.

⁹⁶⁷ Brenner, “GG Art. 18”, rn. 38; Wittreck, “Artikel 18”, 1690.

⁹⁶⁸ Glaeser, Missbaruch, 116; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 11; Krebs, “Art. 18”, 1331; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 21.

⁹⁶⁹ AlmAny.. m. 5/f.1 hükmü şu şekildedir: “Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engele uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır. Sansür uygulanamaz.”. Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

düşünceyi yayma hürriyeti, bilgi edinme hürriyeti ve radyo televizyon ve film ile haber verme hürriyeti düzenlenmektedir. Doktrindeki hâkim görüş, bunlardan düşünceyi yayma hürriyetini (m. 5/f.1,c.1) ile radyo-televizyon-film ile haber verme hürriyetini (m. 5/f.1,c.2) düşünceyi “açıklama” hürriyeti kapsamında değerlendirmekte⁹⁷⁰ ve bunları da etkisizleştirilebilir temel haklar kataloğuna dâhil etmektedir⁹⁷¹. Bu genişletici yorumun temelinde iki gerekçe vardır⁹⁷²: Bunlardan ilki anayasakoyucunun politik iletişimi sağlayan temel hakları etkisizleştirilebilir temel haklar olarak kabul etme yönündeki iradesidir. Basın hürriyeti tercih edildiyse en az basın kadar insanlar üzerinde etkisi olan ve düşüncenin radyo-televizyon ve film ile açıklanması anlamına gelen radyo-televizyon-film ile haber verme hürriyeti de evleviyetle etkisizleştirilebilir haklardan sayılmalıdır. Diğer gerekçe ise Federal Almanya Anayasası’nın ilk taslağı olan Herrenschimsee Taslağı’nda “özellikle” ifadesinin geçmemesidir. Yukarıda da anlatıldığı üzere taslakta “özellikle” ifadesi yer almamakta düşünceyi açıklama ve basın hürriyeti ayrı birer etkisizleştirilebilir hak olarak zikredilmektedir. Özellikle ifadesi anayasaya daha sonra eklenmiştir. Anayasakoyucunun yaptığı bu değişiklik düşünceyi açıklama hürriyetinin görünüm şekillerini sadece basın hürriyeti ile sınırlı tutmak istememesi şeklinde yorumlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu genişletici yorum sadece düşünceyi açıklama hürriyetine yöneliktir. Zira “özellikle” ifadesi düşünceyi açıklama hürriyeti ile beraber zikredilmiştir. Dolayısıyla diğer etkisizleştirilebilir temel haklar için herhangi bir genişletici yoruma gidilmesi mümkün değildir⁹⁷³.

⁹⁷⁰ Anayasa m. 5/f.1’de bilgi edinme hürriyeti de düzenlenmektedir. Bilgi edinme hürriyeti genel olarak düşünce hürriyeti için önem arz etse de, düşüncenin “açıklanması” durumu değil tam aksine düşüncenin “alınması” durumu söz konusu olduğu için, doktrinde düşünceyi açıklama hürriyeti kapsamında değerlendirilmemekte ve etkisizleştirilebilir haklar kapsamına alınmamaktadır. Bu yönde bkz., Glaeser, Missbaruch, 116; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 11; Stettner, 73; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 21; Hans D. Jarass und Bodo Pieroth *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, (München: C. H. Beck, 2016), 480.

⁹⁷¹ Glaeser, Missbaruch, 116; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 11; Krebs, “Art. 18”, 1331; Jarass und Pieroth, *Grundgesetz*, 479.

⁹⁷² Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 11.

⁹⁷³ Glaeser, Missbaruch, 116; Gerçekten doktrinde, etkisizleştirilebilir temel haklar arasında sayılan eğitim hürriyetinin (m. 5/f. 3) m. 5/f. 3’te ifade edilen araştırma ve sanat hürriyetini kapsamadığı dolayısıyla araştırma ve sanat hürriyetinin etkisizleştirilemeyeceği kabul edilmektedir. Zira araştırma hürriyeti, eğitim hürriyetinin bir parçası olarak görülmemektedir. Sanat özgürlüğü de bu fıkra da bilim özgürlüğünün yanında düzenlenmiş ayrı bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde bkz., Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 13; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 21a; Diğer taraftan doktrinde m. 18’de ifade edilen mülkiyet hakkının anayasa m. 14’te garanti edilen miras hakkını kapsamadığı dolayısıyla miras hakkının etkisizleştirilemeyeceği ifade edilmektedir. Zira her ne kadar her iki temel hak arasında içsel bir bağlantı bulunsa da miras hakkının, mülkiyet hakkının özel bir durumu olmadığı

Söz konusu listeye ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer husus ise hakların bir kısmının etkisizleştirilmeye müsait olup olmadığıyla ilgilidir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere anayasakoyucu bireylerin politik katılımını sağlayacak, düşünce ve ideolojilerini dışa yansıtır yayabilecekleri temel hakları listeye dâhil etmiştir. Dolayısıyla listede yer alan temel hakların politik yönü olan “temel iletişim hakları” olduğu söylenebilir⁹⁷⁴. Ancak söz konusu listede yer alan temel haklardan mülkiyet hakkı (m. 14) ve sığınma hakkının (m. 16a) politik yönü olan iletişim hakları olduğunu söylemek güçtür⁹⁷⁵. Bununla birlikte doktrinde bu haklar politik yönü olan diğer haklara yardımcı ya da onlara hizmet eden haklar olarak değerlendirilmekte ve bu yönüyle etkisizleştirilme kapsamına gireceği kabul edilmektedir⁹⁷⁶. Örneğin, bir medya patronunun sahip olduğu medya kuruluşlarını özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele amacı güden bir siyasi harekete tahsis etmesi durumunda medya patronu, bizzat özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele etmese de mücadele eden gruba yardımcı olduğundan onun mülkiyet hakkı etkisizleştirilebilecektir.

Günümüz Alman doktrininde söz konusu listenin kapsamı ve temel hakların niteliği noktasındaki farklı görüşlerin yanısıra listeye dâhil edilmesi gereken temel haklar olduğunu savunan görüşler de vardır. Bu görüşler kapsamında ilk fıkrasında din ve vicdan hürriyeti ikinci fıkrasında dinin uygulamasını güvence altına alan 4. madde⁹⁷⁷ hükmü ön plana çıkmaktadır. Özellikle son yıllarda Avrupa’da artan terör saldırılarıyla birlikte bu

ileri sürülmektedir. Bkz., Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 13-14; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 21a; Buna karşılık miras hakkının mülkiyet hakkının genel garantisi altında olduğu dolayısıyla miras hakkının da etkisizleştirilebileceği yönünde aksi görüş için bkz. Butzer, Beckschire Kommentar, rn. 7.1.

⁹⁷⁴ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 762-763; Krebs, “Art. 18”, 1331; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 37 vd.; Pagenkopf, “Art. 18”, 748-749; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 21; Wittreck, “Artikel 18”, 1678.

⁹⁷⁵ Wittreck, “Artikel 18”, 1692; Glaeser bu iki politik yönü olmayan temel hakların yanına mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği (m. 10) temel hakkını da eklemektedir. Bkz., Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 767; Sığınma hakkının özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele amacıyla kötüye kullanılmasının tasarlanabilir olmadığı ve sığınma hakkının etkisizleştirilmesinin Alman yetkililerinin AlmAnay. m. 1/1’e aykırı olarak sığınmacıyı onu takip edene teslim etmesine neden olacağı gerekçeleriyle bu hakkın etkisizleştirilebilir olmadığı yönünde detaylı bir inceleme için bkz., Peter Lerche, “Das Asylrecht ist unverwirkbar”, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, hrsg. Horst Ehmke, Carlo Schmid, Hans Scharoun, (Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1969), 199-214.

⁹⁷⁶ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 767; Mülkiyet hakkı için bu yönde bkz., Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 21a.

⁹⁷⁷ AlmAny. m. 4/f.1 ve f.2 hükmü şu şekildedir: “(1) Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz. (2) Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.”. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

hükmün m. 18 kapsamına alınması hem doktrinde hem de uygulamada siyasi partiler tarafından savunulmaktadır. Esasen m. 4'ün, m. 18 kapsamına alınması noktasındaki yaklaşım yeni değildir. Yukarıda da zikredildiği üzere⁹⁷⁸ bu husus hükmün oluşum sürecinde de dile getirilmiş ancak kabul edilmemiştir. Günümüz Alman doktrininde *Pagenkopf*, geçmişte kültür çatışmasına neden olmamak adına reddedilen bu önerinin günümüzün değişen şartları nedeniyle tekrar gündeme alınması gerektiğini savunmaktadır⁹⁷⁹. Yazara göre günümüzde dini fanatikler, siyasi aşırılık yanlıları ve saldırgan dini liderler, dinin uygulanması kisvesi altında özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadeleye girmektedir⁹⁸⁰. Diğer taraftan yazar, m. 4'ün m. 18 kapsamına alınmasına engel herhangi bir anayasal çekince olmadığını da savunmaktadır⁹⁸¹. Uygulamada da yazarın bu görüşüne paralel şekilde bir takım girişimler olmuştur. Aşırı sağ parti Almanya için Altenratif Partisi (Alternative für Deutschland – AfD), 2018 yılında bir anayasa değişikliği teklifi vererek dinin uygulanmasını güvence altına alan m. 4/f.2 hükmünün m. 18 kapsamına dâhil edilmesini talep etmiştir⁹⁸². Ancak bu değişiklik teklifi, Federal Meclis'teki (Bundestag) diğer parti grupları tarafından, genel olarak teklifin yetersiz olduğu ve değişiklikle istenilen amaca ulaşılamayacağı gibi gerekçelerle reddedilmiştir⁹⁸³.

⁹⁷⁸ Bkz., “IV. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Almanya Anayasası'nda Düzenlenme Süreci” başlığı.

⁹⁷⁹ Pagenkopf, “Art. 18”, 749.

⁹⁸⁰ Pagenkopf, “Art. 18”, 749.

⁹⁸¹ Pagenkopf, “Art. 18”, 749.

⁹⁸² AfD parti grubu adına milletvekili Stephan Brandner tarafından 24 Eylül 2018 tarihinde verilen anayasa değişikliği teklifine Federal Meclisin (Bundestag) internet sitesinden erişilebilir. Bkz., Entwurf eines Vierundsechzigsten Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Gesetz zur Erweiterung der Verwirkungsregelung des Artikels 18 des Grundgesetzes um die ungestörte Religionsausübung des Artikels 4 Absatz 2 des Grundgesetzes, Drucksache 19/4484, (Erişim Tarihi: 17.11.2019), <https://www.bundestag.de/drucksachen>; Söz konusu anayasa değişikliği teklifi sadece temel haklar kataloğunda değil aynı zamanda Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda da bir değişiklik teklifi getirmiştir. Buna göre temel hakların etkisizleştirilmesi başvurusu yapma yetkisi olanlar arasına yerel mahkemeler de dahil edilmiştir.

⁹⁸³ Federal Meclis'te (Bundestag) söz konusu anayasa değişikliği teklifi 3 Nisan 2019'da görüşülüp karara bağlanmıştır. Teklife ilişkin görüşme zaptına Federal Meclisin (Bundestag) internet sitesinden erişilebilir. Bkz., “Zu dem Gesetzentwurf des Abgeordneten Stephan Brandner und der Fraktion der AfD”, Drucksache 19/9026, (Erişim Tarihi 17.11.2019), <https://www.bundestag.de/drucksachen>; Teklifi veren AfD parti grubu teklife ilişkin görüşmelerde tekliflerini doktrinde yukarıda aktarılan *Pagenkopf*'un görüşlerini aynıyle zikredek savunmuşlardır; AfD partisinin söz konusu teklifinin arka planında İslam düşmanlığı olduğu yönünde bkz., Justinian L. Mantoan, “Die AfD will für ihre Ziele am Grundgesetz schrauben”, *Bochumer Stadt- und Studierendenzzeitung*, 01.10.2018. (Erişim Tarihi 17.11.2019) <https://www.bszone.de/artikel/die-afd-will-f%C3%BCr-ihre-ziele-am-grundgesetz-schrauben>

Sonuç olarak doktrinde kabul gören görüşle etkisizleştirilebilir haklar kataloğunda açıkça yer almadığı halde düşünceyi yayma hürriyeti (m. 5/f.1,c.1) ve radyo-televizyon-film ile haber verme hürriyeti (m. 5/f.1,c.2) de etkisizleştirilebilir temel haklar arasında kabul edilmekte ve böylece olan hukuk bakımından kataloğun nihai hali şu şekilde değerlendirilmektedir⁹⁸⁴:

Düşünceyi açıklama hürriyeti; düşünceyi yayma hürriyeti (m. 5/f.1,c.1); basın hürriyeti (m. 5/f.1); radyo-televizyon-film ile haber verme hürriyeti (m. 5/f.1,c.2); eğitim hürriyeti (m. 5/f.3); toplanma hürriyeti (m. 8); örgütlenme hürriyeti (m. 9); mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği (m. 10); mülkiyet hakkı (m. 14) ve sığınma hakkı (m. 16a).

3.6.3. Özgürlükçü Demokratik Temel Düzenle “Mücadele”

Federal Almanya Anayasası m. 18’e göre, maddedeki temel hakların etkisizleştirilebilmesi, bu temel hakların özgürlükçü demokratik temel düzenle “mücadele için” kötüye kullanılmasına bağlıdır⁹⁸⁵. Yani m. 18’de zikredilen temel hakların sahibi özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele amacına sahip olmalıdır. Ancak ne anayasa m. 18’de ne de demokratik düzeni koruyan anayasanın m. 21 (siyasi parti yasağı) ve m. 9 (dernek yasağı) hükümlerinde⁹⁸⁶ mücadele kavramından ne anlaşılması gerektiği yönünde herhangi bir tanım yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi de günümüze değin m. 18 kapsamında yapılan başvurular için verdiği kararlarında “mücadele” kavramını tanımlamamıştır. Mücadele kavramının içeriğinin belirlenmesi tıpkı özgürlükçü demokratik temel düzen kavramında olduğu gibi oldukça önemlidir. Zira kişilerin dışı vurdukları düşünce ve eylemlerin ne zaman özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele teşkil edeceğini bilmeleri hukuki güvenlik açısından elzemdir. Diğer taraftan mücadele kavramının anlamının doğru tespit edilmesi temel haklar ile özgürlükçü demokratik temel düzen arasındaki sıkı ilişkinin doğru bir şekilde kurulması açısından da gereklidir⁹⁸⁷. Zira mücadele kavramı geniş yorumlanırsa etkisizleştirilme kurumu ile

⁹⁸⁴ Glaeser, Missbaruch, 117.

⁹⁸⁵ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 54; Model und Müller, *Grundgesetz*, 257 vd.; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 21; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 28; Pagenkopf, “Art. 18”, 749; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 760; Theodor Maunz, “Verwirkung von Grundrechten”, in *Wege und Verfahren des Verfassungs Lebens - Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, hrsg. Peter Badura und Rupert Scholz, (München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993), 286.

⁹⁸⁶ Bu hükümlerde yer alan mücadele kavramının m. 18’deki mücadele kavramından herhangi bir farkı olmadığı yönünde bkz., Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 761; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 65.

⁹⁸⁷ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 64

temel haklara daha sık müdahale edilebilecek; dar yorumlanır ise özgürlükçü demokratik temel düzene karşı ihlallerin önü açılacak ve temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu uygulama alanı sınırlanacaktır.

Doktrinde mücadele kavramının “saldırgan, agresif yaklaşım” anlamında olduğu yönünde fikir birliği vardır⁹⁸⁸. Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında mücadeleyi planlı, agresif bir tutum olarak ele almıştır⁹⁸⁹. Ancak yaklaşımın saldırgan veya agresif olması yetmez, aynı zamanda bu yaklaşımın özgürlükçü demokratik temel düzene zarar vermeye ya da onu yıkmaya yönelik olması gerekmektedir⁹⁹⁰. Mevcut düzene karşı cephe alan bu mücadele fiziki bir mücadeleden ziyade fikri bir mücadeledir. Zira yukarıda da değinildiği üzere etkisizleştirilebilir temel haklar (mülkiyet ve sığınma hakkı dışında) insanların birbirleriyle iletişim kumalarına sebep olan temel iletişim haklarını kapsamakta olup fiziki mücadeleye konu olabilecek temel haklar değildir⁹⁹¹.

3.6.4. Temel Hakların Kötüye Kullanılması

Temel hakların etkisizleştirilmesinin bir diğer tipiklik unsuru, kötüye kullanmadır⁹⁹². AlmAny. m. 18’e göre Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin etkisizleştirme kararı verebilmesi için maddede zikredilen temel hakların özgürlükçü

⁹⁸⁸ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 54; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 66; Glaeser, *Missbrauch*, 71; Seitzers, “Art. 18”, 1199; Wittreck, “Artikel 18”, 1693; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 32; Krebs, “Art. 18”, 1333; Model und Müller, *Grundgesetz*, 258, rn. 7; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 23; Pagenkopf, “Art. 18”, 749; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 760; Seitzers, “Art. 18”, 1199; Epping, *Grundrechte*, 479; Mücadele kavramının devamlılık arz eden agresif antidemokratik propagandayı ifade ettiği yönünde bkz., Flümann, *Streitbare Demokratie*, 255.

⁹⁸⁹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Komünist Partisi’nin (KPD) kapatılması davasında özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadeleyi şu şekilde ele almaktadır: “*Bir parti özgürlükçü demokratik temel düzenin en üstün prensiplerini tanııyorsa, reddediyorsa, bu prensiplere farklı karşılık veriyorsa dahi anayasa aykırı değildir. Daha ziyade mevcut düzene karşı aktif olarak mücadelecı, agresif bir tutum içerisinde olmalıdır; bu tutum düzenin işleyişine planlı bir şekilde zarar vermeli, ilerleyen süreçte bu düzeni yıkmayı hedeflemelidir.*”, Karar için bkz., BVerfGE 5, 85, p. 251.

⁹⁹⁰ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 54; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 66; Glaeser, *Missbrauch*, 72; Krebs, “Art. 18”, 1333; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 23; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 760; Seitzers, “Art. 18”, 1199-1200; Federal Alman Anayasa Mahkemesi de KPD’nin kapatılması davasında siyasi parti yasaklarını düzenleyen anayasa m. 21/f.2 kapsamında “mücadele” kavramını “... mevcut düzene karşı ortaya çıkması gereken, bu düzenin işleyişine planlı bir şekilde zarar vermeye ve ilerleyen süreçte bu düzenin kendisini yıkmayı isteyen kavgacı, agresif davranış ...” olarak tanımlamıştır., BVerfGE 5, 85, p. 251.

⁹⁹¹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 54; Glaeser, *Missbrauch*, 71; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 33; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 761; Struth, *Hassrede und Freiheit*, 245; Thiel, “Germany”, 117.

⁹⁹² Temel Hakların Etkisizleştirilmesinin bir tipiklik unsuru olarak temel hakların kötüye kullanılması hakkında detaylı bir inceleme için bkz., Glaeser, *Missbrauch*, 73-159.

demokratik temel düzenle mücadele amacıyla kötüye kullanılması gerekmektedir. Kötüye kullanma kavramı da muhtevasının tespiti güç bir diğer tipiklik unsurdur.

Bir hakkın kötüye kullanılması ve bunun yasaklanmasının tarihi Roma Hukuku'na kadar uzanmaktadır. Roma Hukuku'nda daha çok "hile defî" ile işletilen bu kurum kıta Avrupası hukuk sistemine de geçmiştir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde kötüye kullanma yasağı dürüstlük ilkesinin altında bir temel ilke olarak medeni hukukun önemli bir kavramı haline gelmiştir⁹⁹³. Daha sonra kamu hukukunda da yer alan kötüye kullanma yasağı sonrasında birçok Avrupa Anayasası ve uluslararası belgelerde kendine yer bulmuştur⁹⁹⁴.

Alman kamu hukuku doktrinde m. 18'in tipiklik unsuru olarak kötüye kullanma⁹⁹⁵, mücadele kavramıyla birlikte değerlendirilmektedir. Buna göre bir temel hakkın özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele⁹⁹⁶ amacıyla kullanılması durumunda o temel hakkın aynı zamanda kötüye kullanılmış olacağı Alman Kamu Hukuku doktrini tarafından ittifakla kabul edilmektedir⁹⁹⁷. Dolayısıyla "kötüye kullanma" kavramı ile "mücadele" kavramı arasında sıkı bir ilişki kurulmaktadır. Örneğin m. 18'de zikredilen basın hürriyeti özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verecek şekilde kullanılırsa, bu hak aynı zamanda kötüye kullanılmış olacaktır⁹⁹⁸.

Mücadele ve kötüye kullanma kavramlarıyla bağlantılı olarak muhatabın ehliyet ve kastına ilişkin hususlarında belirtilmesi gerekir. Herşeyden önce doktrinde Temel

⁹⁹³ Özel hukukta temel hakların kötüye kullanılması için bkz., Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 11-13.

⁹⁹⁴ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 71-72; Kamu hukukunda kötüye kullanma için bkz., Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 13-16; Hakların kötüye kullanılmasının genel teorisi için bkz., Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, 121 vd..

⁹⁹⁵ Temel hakların etkisizleştirilmesinin bir unsuru olarak kötüye kullanma ve bu konudaki tartışmalar için bkz., Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 71 vd..

⁹⁹⁶ Kötüye kullanmanın diğer temel hak sahiplerinin menfaatlerini ihlal, toplumun menfaatlerini ihlal ve devletin menfaatlerini ihlal şeklinde üç farklı yönü olduğu ve temel hakların etkisizleştirilmesinde devletin menfaatlerinin ihlal edildiği yönünde bkz., Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 33 vd..

⁹⁹⁷ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 44; Model und Müller, *Grundgesetz*, 257, rn. 5; Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 24; Seitzers, "Art. 18", 1196-1197; Brenner, "GG Art. 18", rn. 34; Wilke, "Die Verwirkung", 25-26; Pagenkopf, "Art. 18", 749; Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 120.

⁹⁹⁸ Doktrinde mücadele ve kötüye kullanma arasındaki bu sebep sonuç ilişkisi nedeniyle, etkisizleştirilme kararı verilirken bir tipiklik unsuru olarak ayrıca kötüye kullanma unsurunun incelenmesinin gereksiz olduğu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşte olan yazarlara göre bir hakkın özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele amacıyla kullanılıp kötüye kullanılma teşkil etmeyeceği bir halden bahsedebilmek mümkün değildir. Bu yönde bkz., Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 44; Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 24; Brenner, "GG Art. 18", rn. 34..

hakların etkisizleştirilmesi kapsamında değerlendirilecek olan temel hakları kötüye kullanarak yapılacak mücadelenin suç teşkil etmesinin gerekmeyeceği kabul edilmektedir⁹⁹⁹. Bu temel hakların etkisizleştirilmesinin bir suçla mücadele aracı olmaması ve özgürlükçü demokratik temel düzene yönelik tehlikenin önlemeye yönelik amacının tabii bir sonucudur. Buna bağlı olarak hak hamilinin ceza hukuku kapsamında ceza ehliyetine sahip olması şartı da bulunmamaktadır¹⁰⁰⁰. Kusurluluk konusunda ise doktrinde özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadelenin sadece kasten işlenebileceği görüşü hâkimdir¹⁰⁰¹. Buradaki kasttan anlaşılması gereken ise hiç şüphesiz özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme ya da bu düzeni yıkmaya yönelik olan “doğal eylem iradesi” dir¹⁰⁰².

3.6.5. Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin Aradığı Ek Tipiklik Unsuru: Davalının Tehlikeliliği

Temel hakların etkisizleştirilmesine ilişkin olarak yukarıda zikredilen tipiklik unsurları m. 18 metninden çıkarılan unsurlardır. Ancak Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi bireyin madde metninde zikredilen temel hakları özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanmasını o bireyin temel haklarının etkisizleştirilebilmesi için yeterli görmemekte ve maddede açıkça zikredilmeyen ilave bir tipiklik unsuru olarak davalının tehlikeliliğini aramaktadır¹⁰⁰³. Mahkemeye göre bireyin temel haklarının

⁹⁹⁹ Rudolf Echterhölter, “Zur Problematik des Art. 18 GG”, *Juristen Zeitung*, 8/21 (1953): 657; Günter Dürig, “Die Verwirkung von Grundrechten nach Artikel 18 des Grundgesetzes: Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre”, *Juristen Zeitung*, 7/17 (1952): 516; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 46; Seitzers, “Art. 18”, rn. 21.

¹⁰⁰⁰ Echterhölter, “Zur Problematik des Art. 18 GG”, 657; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 46.

¹⁰⁰¹ Seitzers, “Art. 18”, rn. 21; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 35. Burada ilgilinin somut olayda kasten davranmak zorunda kalmasının özgürlükçü temel düzenle mücadele için temel hakların kullanılmasının amaçsal yönünden meydana geldiği yönünde bkz. Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 45.

¹⁰⁰² Echterhölter, “Zur Problematik des Art. 18 GG”, 657; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 45; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 35; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 23.

¹⁰⁰³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi günümüze değin yapılan dört temel hakların etkisizleştirilmesi başvurusunu davalının tehlikeliliği olmadığı gerekçesiyle yeterli dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. Bkz., BVerfGE 11, 282, p. 3, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011282.html>, E.T. 21.02.2020; BVerfGE 38, 23, p. 8; BVerfG 2 BvA 1/92 ve BVerfG 2 BvA 2/92, Mitteilung vom 30. 7. 1996 – 43/96, <https://lexetius.com/1996,517>, E.T. 11.02.2020; Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun tipiklik unsuru olarak kabul ettiği davalının tehlikeliliği doktrin tarafından da benimsenmiştir. Bkz., Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 49; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 32; Wittreck, “Artikel 18”, 1694; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 32; Pagenkopf, “Art. 18”, 749; Glaser, Grundrechtsverwirkung, rn. 16, 760; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 23; Seitzers davalının tehlikeliliğini Anayasa m. 18 metninde yer almadığı için yazılı olmayan tipiklik unsuru olarak incelemektedir. Bkz. Seitzers, “Art. 18”, 1200.

etkisizleştirilebilmesi için diğer tipiklik şartlarının yanı sıra o kişinin özgürlükçü demokratik temel düzen için gelecekte bir tehlike arz etmesi gereklidir. Buna göre etkisizleştirme kararı verilebilmesi için mahkemede şayet davalı engellenmezse onun gelecekte özgürlükçü demokratik düzene zarar vereceği ya da onu yıkacağı yönünde bir öngörü oluşmalıdır.

Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında, davalının tehlikeliliğini tespit ederken iki hususunun varlığını gözetmektedir. Bunlar, davalının tehlikeliliğinin etkisizleştirme davası açıldıktan sonra mevcut (güncel) olması ve davalının tehlikeliliğinin ciddi olmasıdır. Anayasa Mahkemesi, davalının özgürlükçü demokratik temel düzen için tehlikeliliğinin dava açıldıktan sonra var olmasını yani güncel olmasını aramaktadır. Mahkeme kararlarında, davacının “başvuru yapıldıktan sonra”¹⁰⁰⁴ ya da “hâlihazırda”¹⁰⁰⁵ davalının tehlikeliliğinin ispatlamasını istemiştir. Bu noktada mahkeme davacının, etkisizleştirilme davası açılmadan önce davalının özgürlükçü demokratik temel düzene karşı yaptığı mücadeleyi ispatlamasını yeterli görmemiştir¹⁰⁰⁶. Diğer taraftan mahkeme etkisizleştirme kararı verilebilmesi için davalının tehlikeliliğinin ciddi olmasını da aramaktadır. Buna göre mahkeme davalının tehlikeliliğinin ispatlanması kadar bunların politik olarak karşılık bulmasını yani ciddi olmasını da gerekli görmektedir. Gerçekten mahkeme bir kararında hakkında etkisizleştirilme davası açılan gazetecinin davaya konu yazılarının dava sürecinde politik olarak bir karşılığının oluşmadığını tespit etmiş ve davalının yazılarını davalının tehlikeliliği açısından ciddi bulmamıştır¹⁰⁰⁷. Tehlikenin ciddiliği ile ilgili olarak hak sahibinin mücadelesinin başarı şansının dikkate alınıp alınmayacağı hususu da değerlendirilmelidir. Doktrinde hakim görüş hak sahibinin mücadelesinin ciddi olmasını yeterli görmekte henüz sonuçlanmadan bir mücadelenin başarılı ya da başarısız olacağının değerlendirilemeyeceğini savunarak başarılı olma kriterini reddetmektedir¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁴ BVerfGE 11, 282, p. 3.

¹⁰⁰⁵ BVerfGE 38, 23, p. 7.

¹⁰⁰⁶ Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 67; Geçmişte yapılan eylemlerin özgürlükçü demokratik temel düzene karşı mevcut bir tehlikenin var olup olmadığını tespit ederken bir emare olarak dikkate alınabileceği yönünde bkz., Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 49; Wittreck, “Artikel 18”, 1694; Epping, *Grundrechte*, 480.

¹⁰⁰⁷ BVerfGE 38, 23, p. 10.

¹⁰⁰⁸ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 761; Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 69; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 54.

3.7. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Davası

Federal Almanya Anayasası m. 18’de Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin etkisizleştirme kararını nasıl vereceğine yani etkisizleştirilme davasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Sadece 18. madde hükmünün son cümlesinde “Etkisizleştirme ve onun kapsamına Alman Federal Mahkeme tarafından karar verilir” ifadesi geçmektedir. Bu düzenlemeden hareketle doktrinde etkisizleştirilme kararına ilişkin dava sürecinin yasakoyucuya bırakıldığı kabul edilmektedir¹⁰⁰⁹. Nitekim Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 36 ila 42. maddeleri arası etkisizleştirme kararına ilişkin dava sürecine ayrılmıştır¹⁰¹⁰. Çalışmanın bundan sonraki kısmında Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 36 ila 42. maddeleri arasındaki hükümleri takip edilerek etkisizleştirilme davasının usulü, etkisizleştirilme kararı ve sonuçları doktrinin konuyla ilgili görüşleri dikkate alınarak açıklanacaktır.

3.7.1. Yetkili Mahkeme

Federal Almanya Anayasası m. 18/c.2’ye göre etkisizleştirme davasında yetkili mahkeme Federal Federal Alman Anayasa Mahkemesi’dir. Mahkemenin bu kapsamda bir yetki tekeli söz konusudur¹⁰¹¹. Diğer bir ifadeyle temel hakların etkisizleştirilmesi kararını diğer mahkemeler veya idari makamlar veremez¹⁰¹². Yasalarla Anayasa Mahkemesi dışındaki organlara yetkilendirme yapılması ya da Anayasa Mahkemesi’nin yetki tekelinin sınırlandırılması da mümkün değildir¹⁰¹³. Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne ait bu yetki tekelinin temel amacı, yukarıda m. 18 hükmünün kurucu meclisteki tartışmalarında da görüldüğü üzere, aleyhine etkisizleştirme başvurusu yapılacak kişinin hukuki güvenliğini sağlamaktır¹⁰¹⁴. Zira etkisizleştirme, aşağıda da görüleceği üzere doğrudan temel hakları ilgilendiren ve bu haklara müdahaleyi gerektiren sonucunda temel hakların anayasal güvencesini zayıflatan bir anayasal tedbirdir.

¹⁰⁰⁹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 78.

¹⁰¹⁰ Wittreck, “Artikel 18”, 1694; Krebs, “Art. 18”, 1334; Söz konusu kanun maddeleriyle öngülen temel hakların etkisizleştirilmesi sürecinin sui generis bir yargılama olduğu yönünde bkz. Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 46.

¹⁰¹¹ Wittreck, “Artikel 18”, 1696; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 61; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 19; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 9; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 766; Glaeser, *Missbrauch*, 168; Krebs, “Art. 18”, 1333.

¹⁰¹² Glaeser, *Missbrauch*, 169; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 61; Wittreck, “Artikel 18”, 1696.

¹⁰¹³ Yasalarla başka organlara Temel Hakların Etkisizleştirilmesi kararı verme yetkisinin verilmesinin anayasaya aykırı olacağı yönünde bkz., Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 77; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 61.

¹⁰¹⁴ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 76.

Böylesine önemli bir tedbirin derece mahkemelerine ya da idari mercilere verilmesinin, etkisizleştirme kararının kötüye kullanılmasına ve temel hakların keyfi ihlallerine neden olacağı düşünülerek merci olarak münhasıran Federal Alman Anayasa Mahkemesi belirlenmiştir.

3.7.2. Dava Başvurusu

Federal Alman Anayasa Mahkemesi etkisizleştirme kararını bir yargılama, bir dava sonucunda vermektedir. Mahkemenin bu davayı re ‘sen başlatması mümkün değildir¹⁰¹⁵. Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nde etkisizleştirilme davasının görülebilmesi için başvuru hakkına sahip olanların bir başvuru yapması gereklidir¹⁰¹⁶.

AlmAnyMahK. m. 36’da etkisizleştirilme davası için başvuruda bulunma hakkına sahip olanlar tek tek sayılmıştır. Buna göre etkisizleştirilme davası için başvuruda bulunabilecek olanlar *Federal Meclis (Bundestag)*, *Federal Hükümet (Bundesregierung)* ve *Eyalet Hükümeti (Landesregierung)*dir. Hükümde başvuru hakkına sahip olanlar tahdidi olarak belirlenmiştir. Bu sayılanlar dışında federal ya da eyalet düzeyinde herhangi bir organ başvuru hakkına sahip değildir¹⁰¹⁷. Örneğin zikredilen organlar arasında sayılmayan Federal Konsey (Bundesrat) etkisizleştirilme davası için başvuruda bulunamayacaktır¹⁰¹⁸. Başvuru hakkına sahip olan organların daha önce yapılmış bir başvuruya iştirak edip edemeyecekleri konusunda kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrinde haklı çıkarları gerekçelendirmek kaydıyla başvuru hakkı sahiplerinin birbirlerinin başvurusuna iştirak edebilecekleri kabul edilmektedir¹⁰¹⁹.

Federal Meclis etkisizleştirilme davası başvurusunu mecliste alacağı bir kararla verir. Bu karar için anayasada herhangi bir çoğunluk öngörülmediğinden oyların çoğunluğu yeterlidir (AlmAnyMahK. m. 42/f.2, c.1). Şayet etkisizleştirilme başvurusu bir milletvekili aleyhinde yapılıyorsa yukarıda da zikredildiği üzere Federal meclisin izin

¹⁰¹⁵ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 79; Krebs, “Art. 18”, 1334; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 796.

¹⁰¹⁶ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 79; Krebs, “Art. 18”, 1334.

¹⁰¹⁷ Brenner, “GG Art. 18”, rn. 62.

¹⁰¹⁸ Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 796; Yasanın hazırlanış sürecinde temel hakların etkisizleştirilmesi davası için başvuru yapma hakkına sahip olanlar arasında Bundesrat (Federal konsey) da zikredilmiştir. Ancak yasanın nihai metnine Bundesrat (Federal konsey) dâhil edilmemiştir. Doktrinde bu durum redaksiyon hatası olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde bkz., Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 68.

¹⁰¹⁹ Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 797.

vermesi gerekmektedir. Bu durumda hem Federal Meclis'in basit çoğunlukla hem etkisizleştirilme başvurusuna izin kararı vermesi hem de etkisizleştirilme başvurusu yapılması yönünde karar vermesi söz konusu olacaktır¹⁰²⁰.

Federal Hükümetin etkisizleştirilme başvurusu için kabine toplantısında bir karar alması gerekmektedir. Federal Hükümet Teşkilat Düzeni Kanunu¹⁰²¹ m. 24/f.2'ye göre bu karar için oy çoğunluğu yeterlidir. Şayet oylar eşit çıkarsa başkanın oyuna göre karar alınır.

Eyalet hükümetleri şartları kendi hukuk sistemlerince belirlenmek üzere Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne etkisizleştirilme başvurusu yapabilir¹⁰²².

Etkisizleştirilme davasının açılabilmesi için başvuru hakkına sahip olanlar bu haklarını kullanıp kullanmama noktasında serbesttir¹⁰²³. AlmAnyMahK. m. 36 hükmü “başvuru yapabilir” hükmüyle bu serbestiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla başvuru hakkı sahibi devlet organları, etkisizleştirilmenin tipiklik unsurlarının gerçekleştiğine kani olsalar da başvurudan imtina edebilirler. Buradaki takdir tamamen politiktir ve denetlenebilir değildir¹⁰²⁴. Ceza muhakemesinde olduğu gibi burada kamu davasının mecburiliği ilkesinden diğer bir ifadeyle dava zorunluluğundan bahsedilemez. Etkisizleştirilme davasının başvurusunda takdir serbestisi, yapılan başvurunun geri alınmasında da kabul edilmektedir. Kanunda açık bir hüküm yer almasa da başvuru kendilerine tanınan takdir marjı çerçevesinde etkisizleştirilme başvurusunu etkisizleştirilme kararı açıklanana değin geri çekebilirler.

Etkisizleştirilme başvurusu etkisizleştirilebilir temel haklarla ilişkilendirilmelidir ve yeterli olgularla desteklenmelidir¹⁰²⁵. Ayrıca doktrinde AlmAnyMahK. m. 23/f.1'de düzenlenen başvuruların yazılı ve gerekçeli olması ön koşulunun etkisizleştirilme davası

¹⁰²⁰ Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 797.

¹⁰²¹ Kanuna erişmek için bkz., Geschäftsordnung der Bundesregierung, (Erişim Tarihi: 01.05.2020), <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/geschaeftsordnung-der-bundesregierung-459846>

¹⁰²² Açıkça bir sınırlama söz konusu olmadığından bir eyalet hükümeti sadece kendi eyaletinde ikamet eden vatandaşlar aleyhine değil diğer eyaletlerde ikamet eden vatandaşlar aleyhine de başvuru yapabilir. Bu yönde bkz., Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 47.

¹⁰²³ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 81; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 141; Krebs, “Art. 18”, s. 1334.

¹⁰²⁴ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 81; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 225; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 798.

¹⁰²⁵ Stern, *Das Staatsrecht*, 972.

başvurularında da geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁰²⁶. Son olarak etkisizleştirilme davasının açılması herhangi bir süreye bağlı değildir¹⁰²⁷.

3.7.3. Ön Soruşturma (Vorverfahren)

3.7.3.1. Genel Olarak

Etkisizleştirilme dava süreci, etkisizleştirilme davasına başvurmaya yetkili organların başvurusuyla doğrudan başlamamaktadır. Anayasa Mahkemesi başvuru üzerine detayları AlmAnyMahK. m. 37’de düzenlenen bir ön soruşturma süreci başlatmaktadır¹⁰²⁸. Etkisizleştirilme davasına başlamadan hemen önce yapılan bu ön soruşturmanın amacı hem Anayasa Mahkemesi’nin iş yükünü azaltmak hem de davalının haklarını koruma altına almaktır¹⁰²⁹.

Ön soruşturma sürecinde mahkeme ilk olarak başvurucunun dilekçesini davalı tarafa gönderir ve kendini savunması için davalıya belirli bir süre verir (AlmAnyMahK. m. 37). Süre noktasında madde hükmünde herhangi bir düzenleme olmadığından, sürenin ne kadar olacağını mahkeme takdir etmektedir. Ancak verilecek sürenin her halükarda adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek düzeyde olması gerektiği savunulmaktadır¹⁰³⁰.

Verilen sürenin sonunda mahkemenin iki farklı yönde karar alma ihtimali söz konusudur. Bunlar, başvurunun geçersiz olması ya da başvurunun yeterli dayanaktan yoksun olması sebebiyle ret kararı veya davanın devamına ilişkin karardır (AlmAnyMahK. m. 37).

3.7.3.2. Başvurunun reddi kararı

Mahkeme ön soruşturma neticesinde başvurunun geçersiz olduğuna ya da yeterli gerekçelendirilmediğine karar verirse veyahut da davanın devamı için karar yeter sayı sağlanamazsa bu durumda başvuru sonlanmış olmaktadır¹⁰³¹. Bu kararlar davalı lehine olduğu için senato üyelerinin basit çoğunluğunun kararı yeterlidir.

¹⁰²⁶ Stern, *Das Staatsrecht*, 972; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 796.

¹⁰²⁷ Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 46.

¹⁰²⁸ Söz konusu sürecin zorunlu olduğu yönünde bkz., Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 766.

¹⁰²⁹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 83; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 49; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 800; Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 70.

¹⁰³⁰ Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 802.

¹⁰³¹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 83.

Ön soruşturma neticesinde verilecek olan başvurunun reddi kararı esasa ilişkin bir karar olmadığından aynı kişi hakkında yeniden etkisizleştirilme başvuru yapılması mümkündür.

3.7.3.3. Davanın Devam Ettirilmesi Kararı

Mahkeme başvurunun geçerli olduğuna ve yeterli gerekçelendirildiğine kanaat getirir ve gerekli yeter sayı ile davanın devamına karar verirse bu durumda bir sonraki aşama olan ön inceleme (voruntersuchung) aşamasına geçilmektedir. Davanın devamına yönelik karar, davalının aleyhine olacağı için senato üyelerinin en az üçte ikisinin davanın devamı yönünde oy kullanması gerekmektedir¹⁰³².

3.7.4. Arama ve El koyma Kararı

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin etkisizleştirilme davasında sahip olduğu yetkilerden biri arama ve el koyma kararı alma yetkisidir. AlmAnyMahK. m. 38'de düzenlenen bu iki yetki etkisizleştirilme davasını görmekle yetkili olan ikinci senato tarafından kullanılmaktadır. AlmAnyMahK. m. 38/f.1'e göre, arama ve el koymanın, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre yapılması gerekmektedir.

AlmAnyMahK. m. 38/f.1'de, "başvuru yapıldıktan sonra" arama ve el koymaya karar verilebileceği düzenlenmektedir. Söz konusu bu hüküm doktrinde iki farklı şekilde yorumlanmıştır. Doktrinde hâkim görüş söz konusu hükmün uygulanabilmesi için yeterli şekilde gerekçelendirilmesi gerektiğini, bunun ancak ön soruşturma (vorverfahren) sonrası mahkemenin davanın devamına hükmetmesi durumunda mümkün olduğunu dolayısıyla da ancak bu süreçten sonra arama ve el koyma kararı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁰³³. Azınlıkta kalan görüş ise madde hükmünün lafzına bağlı kalarak arama ve el koyma kararının başvuru yapıldıktan sonra verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰³⁴. Bu görüşe göre arama ve el koyma kararı için, şayet davanın devamına

¹⁰³² AlmAnyMahK. m. 15/f.4,c.1'e göre yapılacak yargılamalarda davalı aleyhine alınacak kararlarda her durumda ilgili senatonun üye tam sayısının en az üçte ikisinin oyu gereklidir. Anayasa Mahkemesi'nde senatolar sekiz üyeden oluştuğuna göre iki den fazla üye karşı çıktığında şart sağlanmamış olacaktır. Bkz., Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 83.

¹⁰³³ Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 766; Peterek, "Verfahren in den Fällen", 806; "Bu önlemler başvurunun kabul edilebilir olmasını ve BVerfG açısından yeterince gerekçelendirilmesini gerektirir. Kural olarak, bu nedenle yalnızca ön soruşturma sonuçlandıktan sonra değerlendirilecektir." Bkz., Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 50.

¹⁰³⁴ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 84; Brenner, "GG Art. 18", rn. 62.

yönelik karar beklenirse davalıya uzun süren ön soruşturma sürecinde ispat araçlarını ortadan kaldırma fırsatı verilmiş olunmaktadır. Bu yüzden de söz konusu görüşe göre arama ve el koyma kararı verilecekse bunun başvuru yapıldıktan sonra verilmesi ve böylece ispat araçlarının güvence altına alınması gerekir¹⁰³⁵. Kanaatimizce bu hususta azınlıkta kalan görüş tercih edilmelidir. Zira etkisizleştirme davasının ön soruşturması dahi uygulamada gözlemlenebileceği üzere yıllarca sürebilmekte, bu ise davalının delilleri ortadan kaldırmasına imkan tanımaktadır. Dolayısıyla arama ve el koyma kararının davanın devamı kararından sonra verilebileceğini kabul etmek yerine davacıların başvurusundan hemen sonra verilmesinin kabul edilmesi daha tutarlı gözükmektedir.

Mahkeme, arama ve el koyma kararına re'sen karar karar verebileceği gibi tarafların talebi üzerine de karar verebilir¹⁰³⁶. Arama kararı etkisizleştirme kararına konu olabilecek delillerin araştırılması, el koyma ise bu delillerin korunmasını ifade etmektedir¹⁰³⁷. Arama ve el koymanın amacı genel olarak yargılamaya konu delillerin güvence altına alınmasıdır¹⁰³⁸. Verilecek arama ve el koyma kararlarında alınan kararın amacı, yöntemi ve sınırları iyi belirlenmelidir¹⁰³⁹. Kararlar acil durumlar dışında yazılı olmalıdır.

3.7.5. Mahkemenin Esasa İlişkin Kararı

3.7.5.1. Ön İnceleme (Voruntersuchung) Kararı

Etkisizleştirilme başvurusu mahkeme tarafından geçerli ve yeterli gerekçelendirilmiş bulunur ve gerekli nitelikli çoğunluğa erişilirse davanın sözlü duruşma aşamasına geçilir. Ancak bu sözlü duruşmaya hazırlık olması amacıyla Anayasa Mahkemesi bir ön inceleme (Voruntersuchung) kararı alabilir¹⁰⁴⁰. AlmAnyMahK. m. 38/f.2'de düzenlenen bu aşama sözlü duruşma için hazırlığı ifade etmektedir¹⁰⁴¹. Ön inceleme aşamasında esasa ilişkin karar verecek olan ikinci senatodan değil birinci

¹⁰³⁵ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 84.

¹⁰³⁶ Peterek, "Verfahren in den Fällen", 807.

¹⁰³⁷ Peterek, "Verfahren in den Fällen", 808.

¹⁰³⁸ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 84.

¹⁰³⁹ Peterek, "Verfahren in den Fällen", 808.

¹⁰⁴⁰ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 85; Peterek, "Verfahren in den Fällen", 808.

¹⁰⁴¹ Ön inceleme aşaması benzer şekilde Cumhurbaşkanlığı'nın suçlanmasını düzenleyen m. 54 ve parti yasasını düzenleyen m. 47'de de düzenlenmiştir.

senatodan belirlenecek bir hâkim görevlendirilmektedir (AlmAnyMahK. m. 38/2)¹⁰⁴². Böylece esasa ilişkin karar verecek senato ile ön inceleme aşaması birbirinden ayrılarak daha objektif bir karar verme süreci amaçlanmıştır¹⁰⁴³. Esasa ilişkin karara yönelik tespitler ve tartışmalı konular bu aşamada ele alınmaktadır. Ön incelemeyi yapacak hâkim her türlü delil, bilgi ve belgeye ulaşabilir; bilirkişi ve tanıkları dinleyebilir.

3.7.5.2. Etkisizleştirme Kararı

3.7.5.2.1. Genel Olarak

Sözlü duruşma sonrasında mahkemede dava konusu temel hakların etkisizleştirilmesi kanaati oluşursa bu durumda mahkeme temel hakların etkisizleştirilmesi kararı verir. Etkisizleştirme kararı davalı aleyhine bir sonuç doğuracağı için davayı gören ikinci senatonun bu yönde karar alabilmesi üyelerin üçte iki çoğunluğuna bağlıdır (AlmAnyMahK. m. 15/f.4, c.1). Bu ise sekiz üyeden oluşan senatonun altı üyesinin etkisizleştirme yönünde karar vermesini gerektirmektedir¹⁰⁴⁴.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin etkisizleştirme kararını verirken “davalının söz konusu temel hakkının/haklarının etkisizleştirildiğinin tespitine karar verildi” şeklinde bir ifade kullanacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴⁵. Mahkeme kararında bir ya da birden fazla temel hakkı etkisizleştirdiğini ya da bir hakkın sadece bir yönünü (düşünce hürriyetinin sadece basın hürriyeti kısmı gibi) etkisizleştirdiğini açıkça belirtmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁶.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi etkisizleştirilme davası devam ederken bir ihtiyati tedbir kararı verebilir (AlmAnyMahK. m. 32). Buna göre davalının davaya konu temel hakkı geçici olarak etkisizleştirilebilir. Böylece davalı yargılama bitene kadar söz konusu hakka dayanamaz. Mahkemenin geçici etkisizleştirme kararının kapsamını da belirlemesi gerekmektedir¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴² Ön inceleme aşaması için diğer senatodan hâkim görevlendirilmesinin amacı, esasa ilişkin karar verecek hâkimlerden birinin ayrıyeten ön inceleme yapması durumunda yoğun mesai harcaması ve zaman darlığından dolayı esasa ilişkin kararda etkili rol alamayacak olmasıdır. Bu yönde bkz., Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 85.

¹⁰⁴³ Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 808-809.

¹⁰⁴⁴ Brenner, “GG Art. 18”, rn. 63.

¹⁰⁴⁵ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 91.

¹⁰⁴⁶ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 91.

¹⁰⁴⁷ Brenner, “GG Art. 18”, rn. 64.

3.7.5.2.2. Etkisizleştirme Kararının Hukuki Etkisi

AlmAnyMahK. m. 39/f.1,c.1’de etkisizleştirilme kararına ilişkin olarak “...Federal Alman Anayasa Mahkemesi hangi temel hakların etkisizleştirildiğini tespit eder” ifadesi yer almaktadır. Hükmün bu ifadesinden etkisizleştirilme kararının bir tespit kararı olduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak doktrinde bu görüş kabul görmemektedir¹⁰⁴⁸. Zira usul kanunlarında “tespit” kavramıyla kurucu etkinin işaret edilmesi olağan sayılmaktadır. Diğer taraftan Federal Almanya Anayasası m. 18’e göre etkisizleştirme kararının kurucu etkisi açık olduğundan, haklı olarak söz konusu kanun maddesinin anayasal hükümle çelişmeyeceği bu sebeple de ilgili hükmün ifadesinden etkisizleştirmeye yönelik kararın bir tespit kararı olduğu çıkarımı yapılamayacağı savunulmaktadır¹⁰⁴⁹. Dolayısıyla doktrinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin kötüye kullanılan belirli temel hakların etkisizleştirilmesine yönelik olarak verdiği karar açıklayıcı değil kurucu etki doğuran bir karar olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵⁰.

Diğer taraftan etkisizleştirme kararı geçmişe değil geleceğe etkilidir (ex nunc)¹⁰⁵¹. Zira yukarıda da bahsettiğimiz üzere Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin içtihadıyla etkisizleştirmenin tipiklik unsurlarından biri davalının gelecekte özgürlükçü demokratik toplum düzeni için yaratacağı tehlikeliliktir. AlmAny. m. 18 hükmünün temel amacı bu tehlikeliliği önlemektir. Söz konusu önleyici niteliğin ise geriye etkili olmaması gerekmektedir.

3.7.5.2.3. Etkisizleştirme Kararının Kapsamı

Federal Almanya Anayasası m. 18’de Anayasa Mahkemesi’nin etkisizleştirme ve onun kapsamına karar vereceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi etkisizleştirmenin gerekli olduğu yönünde karar verdikten sonra

¹⁰⁴⁸ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 87; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 65; Stern, *Das Staatsrecht*, 965; Stern, Art. 18, rn. 25.

¹⁰⁴⁹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 87.

¹⁰⁵⁰ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 87; Glaeser, *Grundrechtverwirkung*, 770-771; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 65; Stern, *Das Staatsrecht*, 965; Stern, Art. 18, rn. 25; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 25; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 153; Haller, “Grundrechtsverwirkung”, 20; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 810.

¹⁰⁵¹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 88; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 65; Glaeser, *Grundrechtverwirkung*, 766; Glaeser, *Missbrauch*, 173; Stern, *Das Staatsrecht*, 965; Stern, Art. 18, rn. 25; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 25; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 153; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 810; Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 124.

etkisizleştirmenin kapsamını tayin etmesi gerekmektedir. Ancak mahkemenin etkisizleştirme kararının kapsamı noktasında nelere karar vereceği noktasında anayasada herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda anayasakoyucunun konuyu yasakoyucuya bıraktığı anlaşılmaktadır. Yasa koyucu ise bu hususu AlmAnyMahK.’nın 39/f. 1, c. 1, c. 2, c.3 ve f. 2’de hükümlerinde düzenlemiştir. Bu düzenlemelere göre Anayasa Mahkemesi etkisizleştirme kararının mahiyetine karar vermesinin yanı sıra ilave bir takım tedbirler getirebilme yetkisine de sahiptir¹⁰⁵².

AlmAnyMahK. m. 39/f.1,c.1’e göre mahkeme öncelikle hangi temel hakkı etkisizleştirdiğini tespit etmelidir. Bu noktada doktrinde etkisizleştirme kararının sadece kötüye kullanılan temel hak için mi geçerli olacağı yoksa m. 18’deki diğer hakları da kapsayıp kapsamayacağı tartışması söz konusudur. Doktrinde bir görüşe göre m. 18’deki temel haklardan biri kötüye kullanıldığında kendiliğinden diğer m. 18’deki temel haklar da etkisizleşmiş olur. Buna temel gerekçe ise Anayasa m. 18 hükmünde “kötüye kullanılan temel hak etkisizleştirilir” ifadesi yerine “bu temel haklar etkisizleştirilir” ifadesinin geçmesi gösterilmektedir¹⁰⁵³. Doktrinde başka bir görüş ise temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun geniş yorumlanması durumunda temel haklar rejiminin amaçlanandan fazla zarar göreceğini savunmakta ve kötüye kullanma ve etkisizleşme arasında sıkı bağ kurarak sadece kötüye kullanılan temel hakkın etkisizleştirilebileceğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce AlmAnyMahK. m. 39/f.1, c.1 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde kötüye kullanılan temel hakla birlikte diğer hakların da etkisizleşip etkisizleşmeyeceği noktasında Anayasa Mahkemesi’nin takdir yetkisi olduğu kabul edilmelidir. Zira AlmAnyMahK.’nın söz konusu hükmünde “... Federal Alman Anayasa Mahkemesi davalının hangi temel haklarının etkisizleşeceğini tespit eder” hükmü yer almaktadır. Buna göre Federal Alman Anayasa Mahkemesinin etkisizleştirme kararı, ölçülü olmak kaydıyla etkisizleştirilebilir temel haklardan biri, birkaçı veya hepsini kapsayabilir¹⁰⁵⁴. Diğer taraftan etkisizleştirmeye konu temel haklardan hepsinin etkisizleştirilmesi söz konusuysa davalının tehlikeliliği bunu gerçekten gerektirmeli ve ölçülülük ilkesine özenle uyulmalıdır¹⁰⁵⁵. Diğer taraftan etkisizleştirme kararı

¹⁰⁵² Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 92; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 65; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 770-771; Stern, *Das Staatsrecht*, 965.

¹⁰⁵³ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 38 vd..

¹⁰⁵⁴ Stern, *Das Staatsrecht*, 968; Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 70.

¹⁰⁵⁵ Stern, *Das Staatsrecht*, 968.

etkisizleştirmeye konu temel hakkın sadece bir kısmı bakımından da verilebilir¹⁰⁵⁶. Örneğin anayasa m. 5 hükmü kapsamında düşünceyi açıklama hürriyetinin tamamı yerine sadece basın hürriyeti; anayasa m. 8 hükmü kapsamında toplanma hürriyetinin tamamı yerine sadece açık havada yapılacak toplantı hürriyeti bakımından etkisizleştirme kararı verilebilir¹⁰⁵⁷.

Anayasa Mahkemesinin etkisizleştirme kararı kapsamında, davaya konu temel hakkın ne kadar süre etkisizleşeceğini de belirlemesi gerekir. Başka bir deyişle davaya konu temel hakkın etkisizleştirilmesi belirli bir süreye bağlı olarak yapılması gerekir¹⁰⁵⁸. Etkisizleştirilme kararının süresi noktasında Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne takdir yetkisi tanınmıştır¹⁰⁵⁹. AlmAnyMahK. m. 39/f.1,c,2'ye göre Anayasa Mahkemesi etkisizleştirme kararını en az 1 (bir) yıl olmak üzere karara bağlayabilir. Anayasa Mahkemesi, başvuru üzerine bu süreyi kısaltabilir ya da kısmen veya tamamen kaldırabilir (AlmAnyMahK. m. 40/c.1).

AlmAnyMahK. m. 39,f.1/c. 3'e göre Anayasa Mahkemesi etkisizleştirilemeyen temel haklara zarar vermediği sürece davalıya süresi ve niteliği belirlenmiş bir takım sınırlamalar yükleyebilir. Burada amaç temel hakkın etkisizleştirilmesiyle temel hakkın anayasal güvencesinin kaldırılmasının yanında sınırlı da olsa o temel hakkın kullanımına ilişkin bir takım sınırlamalar da getirmektir¹⁰⁶⁰. Örneğin, basın hürriyeti etkisizleştirilen bir kişinin bir gazetede editör olarak çalışması ya da toplanma hürriyeti etkisizleştirilen bir kişinin belirli bir takım toplantılara katılması yasaklanabilir¹⁰⁶¹.

AlmAnyMahK. m. 39/f.2'de ise Anayasa Mahkemesi'ne davalının bazı hak ve yetkilerini etkisizleştirilme süresi boyunca olmak kaydıyla askıya alma yetkisi verilmiştir. Buna göre etkisizleştirilme hükmünün süresiyle sınırlı olmak üzere Anayasa Mahkemesi davalının seçme ve seçilme hakkını, kamu hizmetine girme ehliyetini kaldırabilir. Ayrıca tüzel kişi hakkında etkisizleştirilme kararı başvurusu söz konusuysa bu durumda Anayasa Mahkemesi o tüzel kişinin feshine hükmedebilir. Söz konusu düzenleme ile seçme ve

¹⁰⁵⁶ Stern, *Das Staatsrecht*, 969; Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 91.

¹⁰⁵⁷ Stern, *Das Staatsrecht*, 969; Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 91.

¹⁰⁵⁸ Brenner, "GG Art. 18", rn. 65; Stern, *Das Staatsrecht*, 970.

¹⁰⁵⁹ Stern, *Das Staatsrecht*, 970; Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 70-71.

¹⁰⁶⁰ Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 29.

¹⁰⁶¹ Örnekler için bkz., Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 29; Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 71.

seçilme hakkı ile kamu hizmetine girme hakkından yoksun bırakma ve tüzel kişilerin feshi etkisizleştirilebilen temel haklardan sayılmasa bile bunlar askıya alınarak özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele eden birinin aktif politikaya katılması engellenmek istenmiştir¹⁰⁶².

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun yukarıda açıklanan düzenlemelerinden de anlaşılacağı üzere etkisizleştirme kararının kapsamını tayin etme hususunda Federal Alman Anayasa Mahkemesine çok geniş yetkiler verilmiştir¹⁰⁶³. Böylece Alman kamu hukuku doktrininin tabiri ile Anayasa Mahkemesi “temel hakların etkisizleştirilmesi uygulamasının efendisi” olmuştur¹⁰⁶⁴. Fakat mahkemeye tanınan bu yetki mutlak, sınırsız bir yetki değildir. Ne AlmAny. m. 18’de ne de AlmAnyMahK. m. 39’da ifade edilmiş olmakla birlikte mahkemenin söz konusu yetkileri ve takdir hakkını kullanırken aşırılık yasağını (ölçülülük ilkesini) dikkate alması gereklidir¹⁰⁶⁵. Diğer taraftan mahkeme, hükmüne dâhil ettiği tüm sınırlamaları sarih bir biçimde kararında belirtmelidir¹⁰⁶⁶.

3.8. Temel Hakların Etkisizleştirilmesinin Hukuki Sonuçları

3.8.1. Etkisizleştirilen Temel Hak ve Hak Sahibi Bakımından Sonuçları

Temel hakların etkisizleştirilmesi aksi görüşler¹⁰⁶⁷ olsa da bir temel hakkın tamamen ortadan kaldırılması, o temel hakkın hiç yokmuş gibi kabul edilmesi ya da kaybedilmesi anlamına gelmemektedir¹⁰⁶⁸. Böyle bir sonuca AlmAny. m. 1/1, 2 veya m.

¹⁰⁶² Alman Kamu Hukuku doktrinde *Pestalozza*, bazı haklardan yoksun bırakma kararının etkisizleştirilebilir temel hakları sayılı bir şekilde zikreden anayasa m. 18’e aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bu yönde bkz., *Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht*, 72; Benzer yönde bkz., Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 769; Wittreck, “Artikel 18”, 1695; Bu görüşe karşıt görüş olarak Brenner, AlmAnyMahK. m. 39/2’ye göre verilen bir yoksun bırakma kararının etkisizleştirme kararı olmadığını ileri sürmüştür. Yazara göre söz konusu hüküm ile daha ziyade aktif ve pasif seçim hakkının kaybı düzenlenmiştir. Bkz. Brenner, “GG Art. 18”, rn. 69.

¹⁰⁶³ Stern, *Das Staatsrecht*, 968.

¹⁰⁶⁴ Stern, *Das Staatsrecht*, 968; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 92.

¹⁰⁶⁵ Glaeser, Grundrechtverwirkung, 771; Stern, *Das Staatsrecht*, 968; Wittreck, “Artikel 18”, 1697; Seitzers, “Art. 18”, 1202-1203; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 52.

¹⁰⁶⁶ Glaeser, Grundrechtverwirkung, 771; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 65.

¹⁰⁶⁷ Temel hakların etkisizleştirilmesini bir temel hakkın tamamen ortadan kalkması olarak yorumlayan yazarlar için bkz., Kurt Georg Wernicke, “Art. 18”, in: *Bonner Kommentar*, 11 (Aktaran: Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 140); Stern, Art. 18, rn. 26; Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 135.

¹⁰⁶⁸ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 69, 75; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 767; Wittreck, “Artikel 18”, 1696; Stern, *Das Staatsrecht*, 962-963; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 53; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 26; Krebs, “Art. 18”, 1335; Şimşek, “Federal Alman Anayasa Hukuku”, 111.

19/2 hükümlerinin m. 18 ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda ulaşılmaktadır¹⁰⁶⁹. Gerçekten AlmAny. m. 1/1’de tüm devlet erkinin saygı göstermek ve korumakla yükümlü olduğu insan onur ve haysiyetinden; m. 1/2’de ise dokunulamaz ve devredilemez insan haklarından söz edilmiştir. Dolayısıyla hem AlmAny. m. 18 uyarınca etkisizleşen temel hakkın tamamen ortadan kalkacağını kabul edip hem de AlmAny. m. 1/2 uyarınca insan haklarının dokunulamaz olduğundan söz etmek çelişkilidir¹⁰⁷⁰. AlmAny. m. 19/II’de ise bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Yine AlmAny. m. 18 hükmünün bu hükümden de bağımsız olarak değerlendirilip, m. 18 uyarınca etkisizleştirilen bir temel hakkın bütünüyle ortadan kaldırılacağından söz etmek mümkün değildir¹⁰⁷¹.

Temel hakların etkisizleştirilmesi kararıyla sadece kişinin mevzubahis temel hakkının politik yönü etkisizleştirilmektedir¹⁰⁷². Bu ise o kişinin temel hakkı politik olarak kullandığında kendisine yönelecek devlet müdahalelerine karşı o hakkın anayasal güvencesinden mahrum kalması anlamına gelmektedir¹⁰⁷³. Yani ilgili kişi etkisizleşen temel hakkına yönelik olarak bir devlet müdahalesi olduğunda o hakkın anayasal güvencesini ileri sürememektedir¹⁰⁷⁴. Böylece kişinin temel hak statüsünde bir eksilme, azalma söz konusu olmaktadır¹⁰⁷⁵. Temel hak statüsünde ortaya çıkan bu etkisizleşme o temel hakkın kullanımını engellememektedir. Diğer bir ifadeyle temel hak sahibi etkisizleşen temel hakkını politik olarak da dâhil olmak üzere kullanmaya devam edebilir¹⁰⁷⁶. Burada sadece etkisizleşen temel hakkın politik kullanımı neticesinde

¹⁰⁶⁹ Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 26; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 767-768; Krebs, “Art. 18”, 1335.

¹⁰⁷⁰ Brenner, “GG Art. 18”, rn. 53; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 767-768; Seitzers, “Art. 18”, rn. 32, 1201; Aksi görüşte Stern, Art. 18, rn. 26.

¹⁰⁷¹ Glaeser, Grundrechtverwirkung, 767; Doktrinde aksi görüşte olan bir yazar AlmAny. m. 19/II’de düzenlenen bir temel hakkın özüne dokunulamayacağı hususunun anayasakoyucuyu bağlamadığını ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Stern, Art. 18, rn. 26.

¹⁰⁷² Brenner, “GG Art. 18”, rn. 61; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 70; Seitzers, “Art. 18”, 1201; Papier und Durner, “Streitbare Demokratie”, 349; Etkisizleştirme kararıyla temel hakkı etkisizleştirilen kişinin aktif politik bir davranışta bulunmasına hükmedilemez. Etkisizleştirme kararıyla sadece ilgili kişinin politik olarak kaçınma yükümlülüğüne karar verilebilir. Bu yönde bkz. Glaeser, Grundrechtverwirkung, 768.

¹⁰⁷³ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 75; Seitzers, “Art. 18”, rn. 31, 1201; Stern, *Das Staatsrecht*, 966; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 767; Şimşek, “Federal Alman Anayasa Hukuku”, 100.

¹⁰⁷⁴ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 69, 75; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 60; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 26; Stern, *Das Staatsrecht*, 965; Wittreck, “Artikel 18”, 1696.

¹⁰⁷⁵ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 69; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 53; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 767.

¹⁰⁷⁶ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 74-75; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 29.

devletin müdahalelerine karşı ileri sürülebilecek anayasal güvencenin yokluğu söz konusudur¹⁰⁷⁷.

Diğer taraftan temel hakkın politik saha dışındaki kullanımlarında kişinin anayasal güvencesi ise tam anlamıyla devam etmektedir¹⁰⁷⁸. Diğer bir ifadeyle hakların özel hukuk ilişkileri kapsamında anayasal güvencelerinde herhangi bir değişim söz konusu olmamaktadır¹⁰⁷⁹. Örneğin mülkiyet hakkı etkisizleştirilen bir kişinin üçüncü kişilere karşı mülkiyet hakkı kapsamındaki hak ve iddialarını ileri sürmesinde herhangi bir eksilme söz konusu olmamaktadır¹⁰⁸⁰.

Temel hakların etkisizleştirilmesinin kişi bakımından ortaya çıkan mezkûr sonuçlarıyla birlikte kişinin tamamen hukukdışı olmadığı, vatandaşlıktan uzaklaştırılmadığı sadece depolitize (Entpolitisierung) edildiği kabul edilmektedir¹⁰⁸¹. Etkisizleştirme kararı veren mahkemenin de kararının hüküm kısmında “davalının politik faaliyetlerinde artık söz konusu temel hakka dayanmasına izin verilmemektedir” şeklinde bir cümleye yer vereceği ileri sürülmektedir.¹⁰⁸²

3.8.2. Devletin Egemenlik Organları Açısından Sonuçları

Temel hakları etkisizleştirilen kişinin, etkisizleştirilen temel hak bakımından, devlet gücü karşısında güvencesi altında bulunabileceği bir temel hakkı söz konusu değildir. Dolayısıyla Federal Almanya Anayasası m. 1/f.3’te yer alan ve temel hakların yasama, yürütme ve yargı için bağlayıcı olduğuna dair hüküm artık hakkı etkisizleştirilen kişi için geçici olarak ortadan kalkmaktadır¹⁰⁸³.

Etkisizleştirme kararı yasama, yürütme ve yargı için ayrı ayrı sonuç doğurmaktadır. Aşağıda sırasıyla bunlar incelenecektir.

¹⁰⁷⁷ Stern temel hakların yasama, yürütme ve yargıyı bağlayacağını düzenleyen Alman Anayasası m. 1/f.3 hükmüne atıf yaparak “temel hakların etkisizleştirilmesiyle ilgili kişi için m. 1/f.3’ün koruma etkisi askıya alınmıştır” yorumunda bulunmaktadır. Bkz., Stern, *Das Staatsrecht*, 966; Benzer bir yorum için bkz., Wittreck, “Artikel 18”, 1689.

¹⁰⁷⁸ Glaeser, *Grundrechtverwirkung*, 767; Seitzers, “Art. 18”, 1201.

¹⁰⁷⁹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 23.

¹⁰⁸⁰ Örnek için bkz., Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 23.

¹⁰⁸¹ Seitzers, “Art. 18”, 1201; Krebs, “Art. 18”, 1335; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 10, 16, 70; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 6; Şimşek, “Federal Alman Anayasa Hukuku”, 100, 112; Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 66.

¹⁰⁸² Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 92.

¹⁰⁸³ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 75; Stern, *Das Staatsrecht*, 966; Stern, Art. 18, rn. 27; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 27.

3.8.2.1. Yasama Açısından Sonuçları

Temel haklarla ilgili olarak anayasada yer alan ve yasama organını bağlayan koruyucu hükümler etkisizleştirme kararı sonrasında etkisizleşen hak için artık yasama organı bakımından zayıflamaktadır¹⁰⁸⁴. Dolayısıyla yasama organı, hakkında etkisizleştirme kararı verilen kişi veya kişilerin temel hakları hakkında, diğer vatandaşlardan daha fazla müdahaleci ya da sınırlayıcı düzenlemeler yapabilmektedir¹⁰⁸⁵. Diğer bir ifadeyle etkisizleşen temel haklar, etkisizleşmenin anlamı ve kapsamına uygun olduğu ölçüde yasa koyucunun takdiri düzenleme alanına girer¹⁰⁸⁶. Buna paralel olarak temel hakkı etkisizleştirilen kişi, yasa koyucunun düzenlemelerine karşı temel hakkının anayasal güvencesini ileri sürememektedir¹⁰⁸⁷. Bu şekilde yasa koyucunun temel hakkı etkisizleştirilen kişilerin temel hakları üzerinde daha fazla müdahale etme yetkisine sahip olması, etkisizleştirmenin en önemli sonucu olarak kabul edilmektedir¹⁰⁸⁸.

Yasama organı etkisizleştirilen temel haklarla ilgili olarak önleyici veya tepkisel türde düzenlemeler yapabilir¹⁰⁸⁹. Yasa koyucunun önceden etkisizleştirmenin hukuki sonuçlarıyla ilgili yaptığı soyut genel düzenlemeler önleyici nitelikte düzenlemelerdir¹⁰⁹⁰. Yasa koyucu tepkisel türde düzenleme olarak ise hakkında etkisizleştirme kararı verilmiş kişiye özel kanun çıkarabilir¹⁰⁹¹. Ancak AlmAny. m. 19/1 hükmü dolayısıyla yasama organının temel haklarla ilgili olarak kişiye özel yasa çıkarma yetkisinin anayasaya

¹⁰⁸⁴ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 95; Stern, *Das Staatsrecht*, 966; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 27; Bu sınırlayıcı hükümlerin başında temel hakların yasama, yürütme ve yargıyı bağlayacağını düzenleyen m. 1/f.3 hükmü gelmektedir. Etkisizleştirilme kararıyla birlikte yasama organı artık bu hükümle bağlı olmadan etkisizleşen temel hakla ilgili tasarruflarda bulunabilecektir. Bu yönde bkz., Kessler, “Die Grundrechtsverwirkung”, 98.

¹⁰⁸⁵ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 95; Bu durumda da yasama organının keyfilik yasağına uymak zorunda olduğu yönünde bkz. Stern, Art. 18, rn. 27; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 27.

¹⁰⁸⁶ Yasalar temel haklara tabii iken etkisizleşmeyle birlikte temel hakların yasalara tabii olduğu yönünde bkz., Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 143.

¹⁰⁸⁷ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 95; Stern, *Das Staatsrecht*, 966.

¹⁰⁸⁸ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 96.

¹⁰⁸⁹ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 96; Stern, *Das Staatsrecht*, 966; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 771; Haller, “Grundrechtsverwirkung”, 95.

¹⁰⁹⁰ Stern, *Das Staatsrecht*, 966; Glaeser, Grundrechtverwirkung, 771.

¹⁰⁹¹ Glaeser, Grundrechtverwirkung, 771; Bu kapsamda doktrinde örneğin “Hitler Yasası” çıkarılabildiği denilmektedir. Ancak şu ana kadar tepkisel nitelikte kişiye özel bir yasa çıkarılmamıştır. Zira henüz hiç kimse hakkında etkisizleştirme kararı verilmemiştir. Bkz. Stern, *Das Staatsrecht*, 966; Açıkça kişiye özel yasa çıkarmanın soyut, genel nitelikte bir yasa çıkarmaktan daha doğru olduğu; zira kişiye özel yasalarda kişiye yüklenen yükümlülüklerin daha kolay gerçekleştirilebileceği yönünde bkz. Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 96.

uygunluğu hususunda tereddütler bulunmaktadır¹⁰⁹². Zira AlmAny. m. 19/1’de “Bu Anayasaya göre, bir temel hakkın bir yasayla veya bir yasaya dayanarak sınırlandırılması halinde, bu yasanın olaya sınırlı olmayıp genel nitelikte olması şarttır.”¹⁰⁹³ hükmü düzenlenmiştir. Bununla birlikte doktrindeki genel kabul, hakkında etkisizleştirme kararı verilmiş kişiye özel çıkarılan yasanın, AlmAny. m. 19/1 hükmü bağlamında anayasaya aykırı olmadığı yönündedir¹⁰⁹⁴. Zira doktrinde AlmAny. m. 19/1’in tüm temel hakları ilgilendiren genel nitelikte bir hüküm olduğu ancak temel hakkın etkisizleştirilmesi kurumunun tüm temel hakları ilgilendiren genel nitelikte bir sınırlandırma kurumu olmadığı dolayısıyla temel hakların etkisizleştirilmesi durumunda anayasanın m. 19/f.1 hükmünün geçerli olmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹⁵. Diğer taraftan doktrinde AlmAny. m. 19/1 hükmünün kişiye özel yasa çıkarmayı engellemeyi amaçladığı ancak AlmAny. m. 18’e göre verilen temel hakların etkisizleştirilmesi kararının niteliği gereği kişiye özel olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁹⁶. Bu gerekçelerle de AlmAny. m. 18 hükmü, m. 19/1 hükmünün anayasal düzeyde bir istisnası olarak değerlendirilmekte¹⁰⁹⁷ ve hakkında etkisizleştirme kararı verilmiş kişiye özel kanun çıkarılabilmesi anayasaya uygun bulunmaktadır. Ancak bu durumda da bütün insanların yasa önünde eşit olduğunu düzenleyen AlmAny. m. 3/f.1 hükmü uyarınca, keyfi davranma yasağına uygun hareket edilmesi gerekmektedir¹⁰⁹⁸.

3.8.2.2. Yürütme Açısından Sonuçları

Temel hakların etkisizleştirilmesinin yürütme açısından sonuçları, temel hakları etkisizleştirilen kişiye karşı idarenin nasıl bir tutum içerisinde bulunacağını ifade etmektedir.

¹⁰⁹² Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 97.

¹⁰⁹³ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

¹⁰⁹⁴ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 97; Stern, *Das Staatsrecht*, 967.

¹⁰⁹⁵ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 97.

¹⁰⁹⁶ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 97.

¹⁰⁹⁷ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 97.

¹⁰⁹⁸ Stern, *Das Staatsrecht*, 967; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 98; Doktrinde AlmAny.. m. 3/1’de düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin m. 18 anlamında etkisizleştirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Ipsen, *Grundrechte II*, 152.

Federal Almanya Anayasası m. 20/f.3'te¹⁰⁹⁹ yürütmenin yasaya bağlılığı ilkesi düzenlenmiştir¹¹⁰⁰. Söz konusu ilkeye göre yürütme organı işlem ve eylemlerinde yasa ve hukuka bağlıdır. Fakat bu ilkenin yürütme organının etkisizleştirme kararı sonrası ilgili kişiye yapacağı müdahaleler açısından geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır¹¹⁰¹. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Etkisizleştirme kararıyla birlikte etkisizleştirilen temel hakkın tamamen kaybedileceğini savunan bir görüşe göre kamu makamları, etkisizleştirme kararıyla birlikte, temel hakkı etkisizleştirilen kişiye karşı herhangi bir anayasal ve yasal sınırlamaya tabii olmadan harekete geçebilir, önleyici müdahalelerde bulunabilir¹¹⁰². Söz konusu görüşe göre kamu makamlarının yapacağı bu müdahalelerde onları bağlayacak herhangi bir yasal sınırlama söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle etkisizleştirme kararıyla birlikte idarenin yasaya bağlılık ilkesi artık ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık doktrindeki hâkim görüşe göre, temel hakların etkisizleştirilmesi durumunda da yürütmenin yasaya bağlılığı ilkesi geçerliliğini devam ettirmektedir¹¹⁰³. Zira etkisizleştirme kararıyla birlikte etkisizleştirilen temel hakka ilişkin sadece anayasal güvence geçici olarak durdurulmaktadır. Ancak bunun dışında normal anayasal düzen geçerli olmaya devam etmektedir¹¹⁰⁴. AlmAny. m. 20/III'te düzenlenen yürütmenin yasaya bağlılığı ilkesi bizzat temel haklarla ilgili değil; genel ve bağımsız olarak düzenlenmiş bir anayasal ilkedir. Dolayısıyla bir temel hak etkisizleştirilse bile söz konusu ilkenin geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁰⁵. Diğer bir ifadeyle yürütme temel hakkı etkisizleştirilen kişiye karşı müdahale edebilme noktasında yasa ve hukuka bağlı olmaya devam etmektedir. Buna göre yürütmenin, etkisizleştirilebilir temel hakka

¹⁰⁹⁹ AlmAny.. m. 20/f.3 hükmü şu şekildedir: “Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır.” bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

¹¹⁰⁰ Seitzers, “Art. 18”, rn. 38; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 56.

¹¹⁰¹ Seitzers, “Art. 18”, rn. 39.

¹¹⁰² Kurt Georg Wernicke, “Art. 18”, in: *Bonner Kommentar*, 11 (Aktaran: Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung*, 140).

¹¹⁰³ Stern, *Das Staatsrecht*, 967; Glaeser, *Missbrauch*, 232; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 105; Seitzers, “Art. 18”, 1203; Glaeser, *Grundrechtverwirkung*, 772; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 148; Willi Geiger, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12 März 1951 – Kommentar* (Berlin und Frankfurt: Verlag Franz Vahlen, 1952), 146.

¹¹⁰⁴ Geiger, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 146; Stern, *Das Staatsrecht*, 967.

¹¹⁰⁵ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 105.

karşı müdahalelerde yasaya bağılılığı devam edecek ancak yapılacak bu müdahaleye karşı hak sahibi temel hakkın anayasal güvencesini ileri süremeyecektir.

Temel hakkın etkisizleştirildiği durumlarda da yürütmenin yasaya bağılılığı kabul edilmekle birlikte AlmAnyMahK. m. 39/1, c. 4 hükmü bu noktada tartışmalı bir düzenleme içermektedir. AlmAnyMahK. m. 39/1, c. 3'te yukarıda ifade edildiği üzere Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin davalıya belirli sınırlar koyabileceği düzenlenirken hemen akabinde AlmAnyMahK. m. 39/1, c. 4'te bu sınırlamalar kapsamında idari mercilerin davalıya müdahale etmek için ayrı bir kanuni temele ihtiyaçları bulunmadığı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükmün lafzından etkisizleştirme kararı kapsamında konulan sınırlamalarla ilgili olarak yürütmenin yasaya bağılılığı ilkesinin ortadan kaldırıldığı ve söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak AlmAnyMahK. m. 39/I, c. 4'teki düzenleme anayasaya aykırı değildir¹¹⁰⁶. Zira AlmAny. m. 18/2'de etkisizleştirme kararının kapsamının Anayasa Mahkemesi tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bu hükmün somutlaştırılması ise Anayasa Mahkemesi Kanunu'na bırakılmıştır¹¹⁰⁷. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi Kanunu'ndaki bu düzenleme ile yürütmenin yasaya bağılılığı ilkesi ortadan kaldırılmamış bilakis burada yürütmenin yasaya bağılılığı ilkesi onaylanmıştır¹¹⁰⁸. Başka bir deyişle söz konusu düzenlemede idarenin ayrı bir kanuni temele ihtiyacı bulunmadığı ifade edilmek suretiyle, yapılan düzenlemenin idare bakımından yasal dayanak teşkil ettiği ifade edilmek istenmiştir¹¹⁰⁹. Bu kapsamda söz konusu düzenlemenin etkisizleştirme kararının icrasıyla ilgili olarak düzenlenmiş, uygulama bakımından önemli bir hüküm olduğu kabul edilmelidir¹¹¹⁰.

Sonuç olarak temel hakkı etkisizleştirilen kişiye yönelik olarak yürütme, yapacağı müdahalelerde, yasaya bağılılık ilkesi çerçevesinde hareket etmeye devam edecektir. Ancak yürütmenin etkisizleştirme kararı kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kişi için alacağı ilave sınırlandırma kararlar çerçevesinde artık yasaya bağılılık ilkesi

¹¹⁰⁶ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 106.

¹¹⁰⁷ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 106.

¹¹⁰⁸ Aynı yönde Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 107; Stern, *Das Staatsrecht*, 967.

¹¹⁰⁹ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 107. Bu sebeple yürütmenin etkisizleştirme kararını icra edebilmesi için Anayasa Mahkemesinin etkisizleştirmenin kapsamını belirlerken somut icra kurallarını da koyması gerekmektedir. Bu icra kuralları ise Anayasa Mahkemesine AlmAny. m. 18/c.2 ve AlmAnyMahK. m. 39/I hükümleri gereğince verilen yetki dolayısıyla yürütmenin harekete geçmesi için gerekli yasal temelin yerine geçmektedir. Bu yönde bkz. Seitzers, "Art. 18", 1203-1204.

¹¹¹⁰ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 107.

çerçevesinde hareket etmesine gerek olmayacaktır. Örneğin, toplanma hürriyeti etkisizleştirilen kişinin bu hürriyetine karşı yürütme organı ancak yasal düzenlemeler çerçevesinde müdahale edebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi etkisizleşme kararına ilaveten kişinin kapalı alanlarda yapılacak toplantılara katılımını açıkça yasaklamışsa bu durumda yürütme yasal düzenlemelere raiyet etmeden kişinin toplantıya katılmasını engelleyecek her türlü tedbiri alabilir.

3.8.2.3. Yargı Açısından Sonuçları

Temel hakkı etkisizleştirilen kişi yargıda da temel hakkına dayanamamaktadır¹¹¹¹. Zira etkisizleştirilen bir temel hakkın varlığı negatif bir dava şartı olarak kabul edilmektedir¹¹¹². Herhangi bir kanun yolunda etkisizleştirilen bir temel hak dava konusuysa ihlal edilen bir hak iddiası yokluğundan dolayı dava esasa girilmeden reddedilecektir¹¹¹³. Aynı şekilde ihlal edildiği iddia edilen temel hak daha önce bir etkisizleştirme davasının konusu olmuşsa yapılan anayasal şikâyet kabul edilmeyecektir. Fakat AlmAnyMahK. m. 40 anlamında etkisizleştirmenin ortadan kaldırılması talebi söz konusu ise o zaman farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir¹¹¹⁴.

3.9. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Federal Almanya Anayasası'ndaki Diğer Militan Demokrasi Anlayışı Araçlarıyla İlişkisi

İkinci bölümde görüldüğü üzere Federal Almanya Anayasası'nda demokratik düzen m. 79 ile değiştirilemez bir değer olarak benimsenmiş, siyasi parti yasakları (m. 21/f.2), dernek yasakları (m. 9/f.2) ve temel hakların etkisizleştirilmesiyle (m. 18) düşmanlarına karşı aktif bir şekilde koruma altına alınmıştır. Demokrasi düşmanlarıyla aktif üçlü mücadelenin ayaklarından biri olan temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun uygulamada siyasi parti ve dernek yasaklarıyla yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Zira temel hakların etkisizleştirilmesinde hakkı etkisizleştirilecek muhatap gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilmektedir. Dolayısıyla tüzel kişi

¹¹¹¹ Stern, *Das Staatsrecht*, 967; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 109; Gleaser, rn. 40, 772.

¹¹¹² Stern, *Das Staatsrecht*, 967; Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 109; Gleaser, Grundrechtverwirkung, rn. 40, 772.

¹¹¹³ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 110; Gleaser, Grundrechtverwirkung, rn. 40; Stern, Art. 18, rn. 27.

¹¹¹⁴ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 110.

olarak dernek ve siyasi partiler hakkında da etkisizleştirilme davası açılıp açılmayacağı tartışması gündeme gelmektedir.

Federal Almanya Anayasası m. 9/2’de derneklere ilişkin olarak “Amaç ve etkinlikleri ceza yasalarına aykırı olan, Anayasa düzenine veya halkların anlaşması düşüncesine karşı yönelen dernekler yasaktır.” hükmü düzenlenmiştir¹¹¹⁵. Anayasal düzene aykırı hareket eden bir derneğin feshine dernekler kanunu m. 3/f.2 hükmü çerçevesinde İçişleri Bakanlığı ve ilgili eyalet mercileri karar verebilmektedir. Dernek yasaklarına ilişkin anayasa m. 9/f.2’de geçen “anayasal düzen” kavramının özgürlükçü demokratik temel düzen kavramından daha geniş bir kavram olup özgürlükçü demokratik temel düzen kavramının yanı sıra sosyal devlet prensibi ve federal devlet prensibi gibi başka anayasal ilkeleri de kapsadığı yukarıda söylendi. Derneklerin feshine ilişkin bu düzenlemenin yanısıra temel hakların etkisizleştirilmesinde tüzel kişilerin de temel haklarının etkisizleştirilebileceği ve etkisizleştirilme sonrası bu derneklerin feshinin söz konusu olabileceği kabul edildiğinden, özgürlükçü demokratik düzene aykırı hareket bir derneğe ilişkin olarak m. 9/2 hükmü ile AlmAny. m. 18 hükmünün kesişmesi gündeme gelmesi söz konusudur¹¹¹⁶. Dolayısıyla bu durumda hangi hükme öncelik verileceği sorusuna cevap verilmesi önem arz etmektedir.

Konuyla ilgili olarak doktrinde farklı görüşler olsa da hâkim görüş temel hakların etkisizleştirilmesi kurumuyla dernek yasaklarının yanyana uygulanabileceği yönündedir¹¹¹⁷. Gerçekten de dernek yasakları idarenin takdirinde olan ve demokratik düzeni aşan bir koruma alanına sahip bir kurum iken, temel hakların etkisizleştirilmesi Anayasa Mahkemesi’nin kararına bağlı olan, belli bir yargılama prosedürü gerektiren ve demokratik düzeni koruma altına alan bir kurumdur. Dolayısıyla her iki düzenlemenin

¹¹¹⁵ Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

¹¹¹⁶ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 115; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 77.

¹¹¹⁷ Seitzers, “Art. 18”, 1205; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 759; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 37; Wittreck, “Artikel 18”, 1691; Hakim görüşün aksine doktrinde bu konuda farklı düşünen iki ayrı grup yazar vardır. 1. grup dernek yasaklarının (m. 9/f.2) temel hakların etkisizleştirilmesi hükmü karşısında özel hüküm olduğu (lex specialis) olduğu ve bu sebeple dernek yasağı ilkesine öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktadır. aynı anda yani yanyana tatbik edilebileceği yönünde bkz., Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 116; Brenner, “GG Art. 18”, rn. 77; Stern, *Das Staatsrecht*, 981; 2. grup ise temel hakların etkisizleştirilmesi (m. 18) hükmünün dernek yasakları (m. 9/f.2) hükmü karşısında özel hüküm (lex specialis) olduğu görüşündedir ve m. 18’in uygulanmasını savunmaktadır. Bkz., Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht Band I* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1953), 255.

birbirinden ayrı olduğu ve aralarında özellik-genellik ilişkisi olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele eden bir derneğe karşı her iki kurum da işletilebilecek olup bu noktada ilgili mercilerin şüphesiz takdir hakkı bulunmaktadır¹¹¹⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki anayasa m. 9/f.2 hükmü gereği feshedilen bir derneğin üyeleri hakkında temel hakların etkisizleştirilebilmesi hükmünün uygulanmasında ise herhangi bir engel söz konusu değildir¹¹¹⁹.

Dernek yasaklarının yanı sıra siyasi parti yasaklarını düzenleyen m. 21/f.2 hükmü için de benzer bir durum söz konusudur. Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2’de özgürlükçü demokratik temel düzeni zedeleme veya ortadan kaldırma eğilimi gösteren siyasi partilerin anayasaya aykırı olduğu ve Anayasaya aykırılık hakkında Federal Alman Anayasa Mahkemesinin karar vereceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla özgürlükçü demokratik temel düzene aykırı hareket ettiği iddia edilen bir parti için hem m. 21/f.2 hem de m. 18 hükmünün işletilmesi ihtimali bulunmaktadır. Ancak doktrinde hakim görüş dernek yasakları hükmünün askine siyasi parti yasaklarının temel hakların etkisizleştirilmesi hükmü karşısında özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olduğu dolayısıyla siyasi parti yasakları hükmüne öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹²⁰. Gerçekten de siyasi parti yasakları tıpkı temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi’nde işletilmesi gereken bir yargılama süreci öngörmekte ve demokratik düzeni korumayı hedeflemektedir. Ayrıca her iki kurumun işletilmesiyle siyasi partilerin feshine karar verilebilmektedir. Dolayısıyla birçok açıdan benzer olan bu iki hüküm arasında tüm kişileri değil doğrudan siyasi partileri muhatap alan, anayasakoyucu tarafından siyasi partilere tanınan imtiyazın bir sonucu olan siyasi parti yasağı kurumuna öncelik verilmesi tutarlı gözükmektedir. Son olarak tıpkı dernek yasaklarında olduğu gibi siyasi parti yasağı uygulanan bir siyasi

¹¹¹⁸ Dürig/Klein, derneklerin kapatılması sürecinin temel hakların etkisizleştirilmesi sürecine nazaran daha az kapsamlı ve kısa sürebileceği dolayısıyla derneklerin kapatılmasında pratik gerekçelerle dernek kapatma yasağını düzenleyen m. 9/f.2’ye öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz., Dürig/Klein, rn. 82.

¹¹¹⁹ Brenner, “GG Art. 18”, rn. 78; Stern, *Das Staatsrecht*, 981; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 759; Stern, rn. 36; Seitzers, “Art. 18”, 1204; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 40.

¹¹²⁰ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 119; Stern, rn. 39; Seitzers, “Art. 18”, 1205; Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 759; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, 163.

partinin üyeleri hakkında da temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun işletilebilmesinde herhangi bir engel söz konusu değildir¹¹²¹.

3.10. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Uygulaması ve Etkililiği

3.10.1. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Uygulaması

Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun uygulamada çok fazla karşılığı olmamıştır¹¹²². Federal Almanya Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana Federal Alman Anayasa Mahkemesi dört kişi hakkında etkisizleştirme davasını karara bağlamış ancak bunların hiçbirinde davalının temel haklarının etkisizleştirilmesine karar vermemiştir¹¹²³.

Bu davaların ilki 28 Nisan 1952 tarihinde Otto Ernst Remer'e karşı ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek özgürlüğüne ilişkin temel hakların etkisizleştirilmesi ve buna ilave olarak seçme-seçilme ve kamu hizmetine girme hakkının kaldırılması talebiyle Federal Hükümet tarafından açılmıştır¹¹²⁴. Davalı 1952 yılında kapatılan Nazi partisi SRP'nin ikinci adamı olup konuşmaları nedeniyle beş ay hapis cezasına da çarptırılmıştır¹¹²⁵. Federal Hükümet, başvuru gerekçesinde davalının parti yöneticiliği yaptığı 1951 ve 1952 yıllarında etkisizleştirilmesi istenen temel hakları birçok kamuya açık propaganda konuşmalarıyla özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullandığını ileri sürmüştü; davalı ise bu iddiaları reddetmiştir¹¹²⁶. Sekiz yıl süren¹¹²⁷ dava sonunda mahkeme hükümetin davalının özgürlükçü demokratik temel düzen için tehlikeliliğinin hali hazırda devam ettiğine yönelik yeni olgular ileri süremediğini ve davalının savunmasına da cevap veremediğini açıklamıştır¹¹²⁸. Bu gerekçeyle mahkeme

¹¹²¹ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 120; Seitzers, "Art. 18", 1204; Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 40; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 759.

¹¹²² Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 2; Seitzers, "Art. 18", 1194; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 775; Wittreck, "Artikel 18", 1687; Krebs, "Art. 18", 1328; Thiel, "Die Verwirkung von Grundrechten", 130; Peterek, "Verfahren in den Fällen", 792.

¹¹²³ Seitzers, "Art. 18", 1194; Krebs, "Art. 18", 1328; Wittreck, "Artikel 18", 1687; Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 7; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 775.

¹¹²⁴ BVerfGE 11, 282.

¹¹²⁵ BVerfGE 11, 282, p. 2.

¹¹²⁶ BVerfGE 11, 282, p. 1.

¹¹²⁷ 28 Nisan 1952 tarihinde açılan dava Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 25 Temmuz 1960 tarihinde karara bağlanmıştır.

¹¹²⁸ BVerfGE 11, 282, p. 3.

davanın açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiş ve reddedilmesine karar vermiştir¹¹²⁹.

İkinci etkisizleştirilme davası ise 20 Mart 1969 tarihinde Deutschen National-Zeitung gazetesinin editörü Dr. Gerhard Frey ve gazeteyi yayınlayan Druckschriften und Zeitungsverlag GmbH isimli şirketin, ifade özgürlüğünün özellikle de basın özgürlüğünün etkisizleştirilmesi bunlara ilave tedbir olarak davalı Dr. Frey'in etkisizleştirilme davası süresi boyunca seçme-seçilme hakkının ve kamu hizmetine girme hakkının askıya alınması ile şirketin feshedilmesi talepleriyle Federal Hükümet tarafından açılmıştır¹¹³⁰. Federal hükümet başvuru gerekçesinde davalıların yaptığı nasyonalist, antisemitist ve ırkçı yayınlarla hem içerde hem de dışarda büyük yankı uyandırdığını savunmuştur¹¹³¹. Hükümete göre davalılar bir yandan anti-semitizimi canlandırmaya çalışarak diğer yandan da ülkenin devlet formuna cephe alarak düşünciyi açıklama ve basın hürriyetini özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanmıştır¹¹³². Davacı hükümet bunu ispatlamak için gazetenin 1964-1969 yılları arasında yayınlanan sayılarından haber, yorum ve makale örnekleri sunmuş; davalılar ise hükümetin söz konusu iddialarını dava öncesi ve sonrası yayınlarına dayandırdıkları delillerle reddetmiştir. Mahkeme davalının bu itirazlarına karşılık Federal Hükümetin, davalının hâlihazırda özgürlükçü demokratik temel düzeni için tehlikeliliğine yönelik olarak güncel olgular ileri süremediğini savunmuş ve başvurunun yeterli dayanaktan yoksun olduğuna karar vererek¹¹³³ davayı reddetmiştir¹¹³⁴. Başvurudan beş yıl sonra¹¹³⁵ Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından oybirliği ile alınan kararın gerekçesinde yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Federal Almanya Anayasası m. 18'de yer almayan davalının tehlikeliliği unsurunu üzerinde durulmuş, davanın başlangıcında davacı tarafından ileri sürülen tehlikeliliğin hala var olduğunun hükümet tarafından ispatlanamadığı vurgulanmıştır¹¹³⁶.

¹¹²⁹ BVerfGE 11, 282, p. 5.

¹¹³⁰ BVerfGE 38, 23.

¹¹³¹ BVerfGE 38, 23, p. 5.

¹¹³² BVerfGE 38, 23, p. 5.

¹¹³³ BVerfGE 38, 23, p. 8.

¹¹³⁴ BVerfGE 38, 23, p. 10.

¹¹³⁵ 20 Mart 1969 tarihinde açılan dava Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 2 Temmuz 1974 tarihinde karara bağlanmıştır.

¹¹³⁶ BVerfGE 38, 23, p. 9-10.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin etkisizleştirmeye ilişkin son iki kararı ise siyasetçiler Thomas Dienel ve Hans Reisz'a ilişkindir¹¹³⁷. Davalılardan Thomas Dienel, 1990-91 yıllarında aşırı sağ Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) adlı partide görev yapmış, 1992 yılında kuruculuğunu ve liderliğini yaptığı Neonazi parti Deutsch-Nationale Partei (DNP) adlı parti ile birlikte açıkça ırkçılık ve anti-semitizm savunuculuğu yapmıştır. Davalılardan Thomas Dienel hakkında halkı galeyana teşvik ve hareket suçlarından hapis cezası verilmişse de şartlı tahliye ile serbest bırakılmıştır¹¹³⁸. Davalılardan Hans Reisz ise National Sammlung (NS), Freiheitlichen Deutschen Arbeiterpartei (FAP), Deutsches Hessen (DH), Gesinnungsgemeinschaft der Neuen Front (GdNF) gibi birçok Neonazi parti ve örgütlenmede üst düzey görevler üstlenmiş, anti-semitizm ve yabancı düşmanlığına yönelik eylemlerde bulunmuştur¹¹³⁹. Federal Hükümet 9 Aralık 1992 tarihinde söz konusu iki siyasetçinin düşünceyi açıklama hürriyeti, basın hürriyeti, toplanma hürriyeti ve dernek hürriyetlerinin etkisizleştirilmesini ve bunlara ilave tedbir olarak etkisizleştirilme süresi boyunca seçilme haklarının askıya alınmasını talep etmiştir¹¹⁴⁰. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Federal Hükümetin yaptığı etkisizleştirme başvurusuna ilişkin olarak kırk dört ay sonra ret kararı vermiş, ancak her iki başvuru için ortak kararın yazılı gerekçesini açıklamamıştır¹¹⁴¹. Karara ilişkin basın duyurusunda başvurunun diğer reddedilen başvurulara benzer şekilde “açıkça yeterli dayanaktan yoksun” olduğu gerekçesiyle reddedildiği belirtilmiştir¹¹⁴². Anayasa Mahkemesi yine aynı basın duyurusunda bu ortak kararına ilişkin olarak diğer kararlarında olduğu gibi davalıların özgürlükçü demokratik temel düzen için hâlihazırda tehlikeli olduklarının hükümet tarafından ispatlanamadığını

¹¹³⁷ Kararlar için bkz. BVerfG 2 BvA 1/92 ve BVerfG 2 BvA 2/92.

¹¹³⁸ Verfassungsschutzbericht 1992, hrsg. vom Bundesminister des Innern, <https://verfassungsschutzberichte.de/bund/1992>, Erişim Tarihi: 04.05.2020, 102.

¹¹³⁹ Verfassungsschutzbericht 1992, 102.

¹¹⁴⁰ Verfassungsschutzbericht 1992; Federal Hükümet, söz konusu iki siyasetçi hakkında etkisizleştirilme davası için harekete geçiren saikin 23 Kasım 1992 tarihinde Almanya'nın Mölln kentinde neo-nazilerin Türk kökenli bir ailenin evini yakarak 3 (üç) kişiyi öldürmesi olduğu yönünde bir değerlendirme için bkz., “Rechtsextremisten behalten Grundrechte”, (Erişim Tarihi: 05.05.2020), <https://www.welt.de/print-welt/article658710/Rechtsextremisten-behalten-Grundrechte.html>

¹¹⁴¹ Seitzers, “Art. 18”, 1195, dn. 33; Wittreck, “Artikel 18”, 1687, dn. 105; BVerfG, Mitteilung vom 30. 7. 1996 – 43/96.

¹¹⁴² Söz konusu iki karara ilişkin basın duyurusu için bkz., BVerfG, Mitteilung vom 30. 7. 1996 – 43/96, <https://lexetius.com/1996,517>, Erişim Tarihi: 05.05.2020.

vurgulamış ve ayrıca ceza mahkemelerinin davalılar hakkında verdiği şartlı tahliye kararına ilişkin gerekçeleri de bu noktada argüman olarak ileri sürmüştür¹¹⁴³.

Anayasa Mahkemesi dört ayrı kişi için yapılan başvuruların tümünü ön soruşturma (AlmAnyMahK. m. 37) aşamasında reddetmiştir¹¹⁴⁴. Ret kararlarının ortak gerekçesi ise başvuruların “yeterli dayanaktan yoksun” olmasıdır. Mahkeme yukarıda da açıklandığı üzere etkisizleştirilme kararı için davalının özgürlükçü demokratik düzen için güncel tehlikeliliği şartını aramaktadır. Karar aşamasında bu şartın varlığının davacılar tarafından ispat edilememesi nedeniyle davalar henüz ilk aşamasında reddedilmek zorunda kalmıştır.

3.10.2. Temel Hakların Hakların Etkisizleştirilmesi Kurumunun Etkililiği

Anayasanın hazırlanış sürecinde temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun demokrasi düşmanlarına yönelik “keskin bir silah” (scharfe Waffe) olması umuluyordu¹¹⁴⁵. Ancak kurum umulduğu gibi etkili bir silaha dönüşmemiş ve günümüze değin sonuçsuz kalan dört başvuruya zayıf bir tedbir izlenimi vermiştir. Gerçi militan demokrasi anlayışının yaygın olan diğer bir aracı siyasi parti yasaklarına Almanya’da sadece altı kez başvurulup ve bunların sadece ikisinde parti kapatma kararı çıktığı düşünülürse etkisizleştirme kurumunun uygulamasının siyasi parti yasaklarına nispeten zayıf olduğu söylenemez. Ancak bireyi hedef alan bir tedbirin uygulamada daha çok yansımalarının olması haklı olarak beklenmektedir. Doktrinde temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun uygulamadaki zayıflığı noktasında bir takım görüşler ileri sürülmüştür.

İlk olarak devleti koruma altına alan kanun hükümleri özellikle ceza kanunu hükümleri demokratik düzenle mücadele eden bireyler için yeterli görülmektedir¹¹⁴⁶. Zira ceza kanunlarında özgürlükçü demokratik temel düzeni korumaya yönelik (her ne kadar önleyici olmasa da) müeyyideler yer almaktadır. Olağan ve yaygın olan ceza hukuku

¹¹⁴³ BVerfG, Mitteilung vom 30. 7. 1996 – 43/96.

¹¹⁴⁴ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 2, dn. 3; Seitzers, “Art. 18”, 1194.

¹¹⁴⁵ Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, 775-776.

¹¹⁴⁶ Dürig und Klein, “GG Art. 18”, rn. 2, dn. 3; Von Coelln, “Artikel 18 GG”, rn. 7; Krebs, “Art. 18”, 1341; Thiel, “Die Verwirkung von Grundrechten”, s. 130; Peterek, “Verfahren in den Fällen”, 792-793.

tedbirleri olağandışı görülen temel hakların etkisizleştirilmesi sürecine göre daha tercih edilir olmuştur.

Diğer bir sebep ise hem davacı idarenin (genellikle Federal Hükümet) hem de Anayasa Mahkemesi'nin uzun yargılama sürecinden dolayı temel hakların etkisizleştirilmesinin uygulanmasına yönelik isteksizliğidir¹¹⁴⁷. Gerçekten de tarihi süreç içerisinde yapılan başvurulara bakıldığında sekiz yıla kadar uzayan yargılamalar mevcuttur. Etkisizleştirme davalarının en büyük handikaplarından biri olarak bu uzayan dava süreçleri gösterilmektedir¹¹⁴⁸. Doktrinde bu uzayan dava süreçlerinin nedeni olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü gösterilmiştir¹¹⁴⁹. Mahkemenin etkisizleştirme davalarında karar için hem delil toplaması hem de kapsamlı bir soruşturma yürütmek zorunda olması etkisizleştirme davalarına gereken önemi vermemelerine neden olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵⁰. Davaları açan Federal Hükümet ise etkisizleştirme davaları açıldıktan sonra uzayan dava süreçleri nedeniyle davaları takip etmemiş, davalının savunmasından sonra mahkemenin talep ettiği davalının tehlikeliliği unsurunu ispatlama girişiminde bulunmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki davacılar davalının tehlikeliliğini ispatlama girişiminde bulunsalardı dahi muhtemelen uzun yargılama süreci sırasında bu girişimler herhangi bir sonuç doğurmayacaktı. Gerçekten de haklarında etkisizleştirilme başvurusu yapılan siyasiler dava sürecinde ya emekli olmuş, ya hapis cezası almış ya da eski güçlerini kaybetmişlerdir¹¹⁵¹. Diğer bir ifadeyle davalılar özgürlükçü demokratik temel düzen için bir tehlike arz etmekten uzaklaşmışlardır. Sonuç olarak etkisizleştirme davaları usul hukuku noktasında oldukça sorunlu bir şekilde doğmuş ve ilerlemiştir¹¹⁵².

Temel hakların etkisizleştirilmesinin uygulamadaki zayıflığı doktrinde söz konusu kurumun sembolik olduğu yönünde yorumlara sebep olmuştur¹¹⁵³. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Herşeyden önce bugün temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun zayıflığı noktasında temel sebep olarak ileri sürülen ceza hukuku tedbirlerinin

¹¹⁴⁷ Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 776.

¹¹⁴⁸ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 2, dn. 3; Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 776.

¹¹⁴⁹ Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 776; Peterek, "Verfahren in den Fällen", 793.

¹¹⁵⁰ Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 776.

¹¹⁵¹ Müller, "Individual", 24.

¹¹⁵² Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", 776.

¹¹⁵³ Wittreck, "Artikel 18", 1688; Papier und Durner, "Streitbare Demokratie", 350; Klamt, "Militant Democracy", 139.

her zaman etkili sonuçlar vereceği kabul edilemez. Diğer bir ifadeyle demokratik düzeni yıkmaya ya da ona zarar vermeye yönelik her siyasi temayülün suç teşkil edeceği yönünde genel geçer bir varsayımda bulunmak güçtür. Özellikle günümüz hukuk devletlerinde ifade hürriyetine verilen önem ve artan özgürlükçü yaşam standartları demokratik düzene yönelik bireysel eylem ve söylemlerde her zaman hürriyeti bağlayıcı cezalara başvurmayı zorunlu kılmamaktadır. Bu noktada demokratik düzeni korumak adına önleyici bir tedbir olarak temel hakların etkisizleştirilmesi yoluna başvuru daha isabetli bir tercih olarak değerlendirilebilir¹¹⁵⁴. Nitekim yukarıda da aktarıldığı üzere İspanya’da terör örgütleriyle bağlantısı olan Batasuna Partisi ve üyelerine yönelik olarak başlatılan cezai takibatlar etkili sonuçlar doğurmamış ve siyasi partiler yasasının yürürlüğe girmesi ile siyasi parti önleyici bir tedbir olarak yasaklanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun işlevsel hale getirilebilmesi için geçmişten günümüze var olan ve yukarıda zikredilen şekli ve usuli engellerin ve zorlukların kaldırılması gerekmektedir.

Bu noktada ilk çözüm yolu olarak Anayasa Mahkemesi’nin iş yükünü hafifletmek adına temel hakkı etkisizleştirilecek kişi hakkında soruşturmayı bir savcılık makamının yürütmesi ileri sürülebilir. Böylece mahkeme delil toplama, delilleri güvence altına alma ve soruşturma kapsamındaki diğer görevleri yapma yükünden kurtulabilir. Anayasa Mahkemesi sadece savcılığın topladığı deliller üzerinden karar tesis edebilir.

Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunu işlevsel hale getirecek başka bir çözüm yolu olarak Anayasa Mahkemesi’nin üye sayısının arattırılarak sadece etkisizleştirilme davasına bakan bölümlerin oluşturulmasıdır. Böylece Anayasa Mahkemesi’nin diğer davalarla birlikte artan iş yükü azalacak ve ilgili birim etkisizleştirme kurumu üzerinde uzmanlaşabilecektir.

Temel hakların etkisizleştirilmesi uygulamada etkin olamayıp bir takım reformlara ihtiyaç duysa da kurumun mevcut haliyle dahi birtakım fonksiyonlara sahip olduğu da ayrıca kabul edilmelidir. Herşeyden önce temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu anayasal bir demokrasi için demokrasilerin, temel hakların ve herşeyden önce bireyin önemini göstermektedir. Diğer taraftan hükümle temel hakların kullanımının

¹¹⁵⁴ Ceza hukuku tedbirlerinin bastırıcı olduğu ve temel hakların etkisizleştirilmesi gibi özel bir amaca yönelik önleyici bir tedbir olmadığı yönünde bkz., Haller, “Grundrechtsverwirkung”, 14.

sınırsız olmadığı gösterilmekte ve bireye sınırsız haklar verildiği zaman ortaya çıkacak tehlikelere işaret edilmektedir¹¹⁵⁵. Etkisizleştirilmenin en önemli fonksiyonlarından biri ise demokrasi düşmanlarına bir ihtar ve uyarı anlamına gelmesidir¹¹⁵⁶. Diğer bir ifadeyle hükmün gizli bir güvenlik fonksiyonu bulunmaktadır. Buna göre devletin demokratik düzene bağlı olduğu, totaliter rejimlere karşı olduğu, temel hakların kullanımının bir sınırının olduğu bu hükümle birlikte ortaya koyulmaktadır. Hüküm demokrasi düşmanı olmayanlara ise bir hatırlatma fonksiyonuna sahiptir ki bu demokrasi düşmanı olmayanların temel haklarını ancak özgürlükçü demokratik temel düzene uygun olarak kullanmaları gerektiğini hatırlatır¹¹⁵⁷. Dolayısıyla bu düzenleme anayasanın benimsediği temel hak anlayışının da sınırlarını çizer¹¹⁵⁸. Tüm bu sebeplere istinaden doktrinde kurumun fevkalade önemli bir yere sahip olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır¹¹⁵⁹.

3.11. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Uygulanabilirliği

Temel hakların etkisizleştirilmesi Federal Almanya Anayasası'na özgü bir kurumdur. Diğer ülke anayasalarında benzer bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da benzer şekilde temel hakların kötüye kullanılması yasaklansa da etkisizleştirme gibi bir müeyyide öngörülmemiştir. Ancak bu kurum Türkiye Cumhuriyeti anayasacılık tarihine çok yabancı bir kurum değildir. Türkiye Cumhuriyeti'nin yürürlükteki anayasası ihdas edilirken Federal Alman Anayasası'ndan mülhem etkisizleştirme kurumu da taslak metne dâhil edilmiş ancak nihai taslak metinden

¹¹⁵⁵ Glaser, Grundrechtsverwirkung, 776-777.

¹¹⁵⁶ Papier und Durner, "Streitbare Demokratie", 350; Krebs, "Art. 18", 1341; Wittreck, "Artikel 18", 1688; Peterek, "Verfahren in den Fällen", 793; Bethge temel hakların etkisizleştirilmesi bu özelliğini bir askeri denizcilik terimi olan "fleet in being" (donanma varlığı) doktrini ile açıklamaktadır. Bkz., Bethge, HSTGR 9, Rn. 161; Benzer şekilde bkz., Von Coelln, "Artikel 18 GG", rn. 7; Buna göre bir donanma düşmanla karşılaşp zayıf verme ve yenilme riskini göze almak yerine limanda donanmasını bekletip düşmana gözdağı vermeli ve onun hareket kabiliyetini sınırlamalıdır. Doktrin hakkında bkz., Fleet in being, https://en.wikipedia.org/wiki/Fleet_in_being?oldformat=true, Erişim Tarihi: 02.04.2020.

¹¹⁵⁷ Wittreck, "Artikel 18", 1688.

¹¹⁵⁸ Ayrıca doktrinde Wittreck söz konusu düzenlemenin dışa bakan yönünde olduğunu vurgulamakta militan demokrasi anlayışının diğer araçlarıyla beraber m. 18'in önemini şu şekilde aktarmaktadır: "... Federal Cumhuriyet'in madde 9/II, m. 18 ve 21/II GG ile özellikle liberal demokrasinin neo-Nazi düşmanlarına karşı harekete geçmeye ilişkin verdiği söz, uluslararası trafiğe eşit bir üye olarak yeniden katılma çabalarının taahhüdünü oluşturmaktadır.". Bkz., Wittreck, "Artikel 18", 1688; Yazar göre m. 18'i Federal Almanya'nın savaş sonrası geçmişe ait izleri silme ve yeni uluslararası demokratik düzene katılma isteğinin bir emaresi olarak değerlendirmektedir.

¹¹⁵⁹ Dürig und Klein, "GG Art. 18", rn. 2.

ıkarılmıştır. Çalışmanın bundan sonraki kısmında yukarıda açıklanan temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için uygulanabilirliği ele alınacaktır. Ancak onun öncesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nının temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. Maddesi aktarılacaktır.

3.11.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Temel Hakların Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması

T.C. Anayasası m. 14'te temel hakların kötüye kullanılması yasağı düzenlenmektedir. *Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılamaması* kenar başlıklı madde metni şu şekildedir: “(1) *Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin lkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.* (2) *Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.* (3) *Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*”

Söz konusu hüküm 2001 yılında değişikliğe uğrayarak, kısaltılıp sadeleştirilmiş ve nihai haline gelmiştir. Maddenin ilk fıkrasında temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında genel ve soyut bir düzenleme yapılmıştır. Son fıkrada ise ilk iki fıkraya aykırı hareket edenlere karşı müeyyidelerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan ilk fıkra birçok açıdan AlmAny. m. 18'den farklıdır. İlk olarak T.C. Any. m. 14/f.1 anayasadaki tüm temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklanmışken AlmAny. m. 18'te sadece politik katılıma imkân sağlayacak temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklanmıştır. Bir diğer fark her iki düzenlemede korunan değerin kapsamına ilişkindir. Temel hakların etkisizleştirilmesinde korunan değer özgürlükçü demokratik temel düzendir. T.C. Any. m. 14/f.1'de korunan değer ise, Devletin lkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ile insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyettir. T.C. Anayasası'nda korunan değerin kapsamının bu şekilde geniş olması anayasakoyucuyu tüm temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklamaya itmiştir. T.C. Any. m. 14/f.1'de korunan değerler arasında

tıpkı temel hakların etkisizleştirilmesinde olduğu gibi demokratik Cumhuriyet şekli de vardır. Dolayısıyla her iki hükmün demokratik düzeni koruduğu söylenebilir. Ancak T.C. Any. m. 14/f.1 sadece demokratik düzeni değil anayasal düzenin diğer unsurlarını yani devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ve laik Cumhuriyet yapısını da koruma altına almıştır. T.C. Any. m. 14/f.1’deki yaklaşım, anayasakoyucunun anayasanın geneline yayılan anayasal düzeni korumaya yönelik tavrının yansımalarından biridir¹¹⁶⁰.

Belirtmek gerekir ki her iki düzenlemenin muhatapları arasında bir farklılık söz konusu değildir. Buna göre her iki anayasada da temel hakları kötüye kullanan gerçek ve tüzel kişiler hedef alınmaktadır.

Temel hakların etkisizleştirilmesi ile T.C. Anayasası m. 14/f.1 arasındaki en temel fark ise kötüye kullanma yasağına ilişkin müeyyide konusundadır. Temel hakların etkisizleştirilmesi, temel hakları kötüye kullanan kişiye açılan bir dava neticesinde söz konusu kişinin haklarını yasama, yürütme ve yargıya karşı güvencesiz bir konuma getiren bir anayasal tedbirdir. Oysa T.C. Anayasası m. 14’te temel hakları kötüye kullanan kişiye uygulanacak herhangi bir anayasal tedbir öngörülmemiş, 3. fıkrayla müeyyide konusu kanuni düzenlemelere bırakılmıştır. Böylece T.C. Anayasası m. 14 hükmü, demokratik düzeni koruyan bir militan demokrasi anlayışı aracı hüviyetine sahip olamamıştır¹¹⁶¹.

Her ne kadar m. 14 hükmü temel hakların etkisizleştirilmesi gibi bir anayasal müeyyideye sahip olmasa da söz konusu hükmün oluşum sürecinde, etkisizleştirilme hükmü gündeme gelmiştir. Anayasa metninin ilk taslağını hazırlayan kurucu meclisten Danışma Meclisi’nin MGK’ya gönderdiği taslak metninin 13. maddesinin ilk iki fıkrasında temel hakların etkisizleştirilmesi temel hak kaybı olarak şu şekilde düzenlenmiştir¹¹⁶²: “(1) Bu Anayasa’da yer alan hak ve özgürlüklerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti’nin ve Cumhuriyetin

¹¹⁶⁰ İkinci bölümde Türkiye’de siyasi parti yasaklarını incelerken vurgulandığı üzere siyasi parti yasaklarına ilişkin olarak korunan değerleri düzenleyen m. 68/4 hükmü de benzer şekilde demokratik düzeni aşan bir değerler listesi benimsemiştir.

¹¹⁶¹ T.C. Anayasası m. 14’te düzenlenen temel hakların kötüye kullanılması yasağı benzer şekilde Yunanistan Anayasası’nda da yer almakta ve bu anayasada da temel hakların etkisizleştirilmesi gibi bir düzenleme yer almamaktadır. Yunanistan Anayasası’ndaki söz konusu düzenleme ve bu düzenleme etrafındaki tartışmalar için bkz., Prodromos Dagtoglou, “Der Mißbrauch von Grundrechten in der griechischen Theorie und Praxis”, in *Der Mißbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, hrsg. Julia Iliopoulos-Strangas, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1989), 103-116.

¹¹⁶² Danışma Meclisinin söz konusu taslak metni için bkz., Yılmazoğlu ve Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 73.

varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve özgürlükleri yok etmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak ya da sair herhangi bir yoldan komünizme, faşizme veya dinî temellere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz; bu amaçla kullananlar, kötüye kullandıkları o hak ve özgürlüğü kaybederler. Hak kaybı hükmü mahkemelerce verilir. (2) Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik eden gerçek ve tüzel kişilerle topluluklar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

Temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan bu taslak metin mevcut 14. madde hükmünden oldukça geniş bir korunan değer listesi oluşturmuştur. Her ne kadar söz konusu hükümde demokratik düzen korunan değer olarak ismen zikredilmese de demokratik düzen kapsamında değerlendirilebilecek diğer hususlar ile bu düzen koruma altına alınmıştır. Hükümde anayasanın mevcut 14. madde hükmünden farklı olarak temel hakların kötüye kullanılarak komünist ve faşist bir devletin kurulmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Hükmün en önemli tarafı ise ilk fıkranın sonunda temel hakları kötüye kullananların temel haklarının etkisizleştirileceği¹¹⁶³ ve buna mahkemelerin karar vereceğinin düzenlenmesidir. Burada danışma meclisi açıkça Federal Almanya Anayasası m. 18’den mülhem bir etkisizleştirme kurumu düzenleme istemiştir. Ancak hükümde Federal Almanya Anayasası’ndan farklı olarak etkisizleştirilme kararını verme yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne değil genel mahkemelere bırakılmıştır. Madde metninin 2. fıkrasında ise temel hakları kötüye kullananlara karşılık uygulanacak tedbirlerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İlk fıkrada bu tedbir hâlihazırda benimsendiği için bu fıkra hükmü ilk fıkıyla çelişmiştir.

Danışma Meclisinin hazırladığı bu taslak metin MGK tarafından reddedilmiştir. MGK teklifi ret gerekçesi olarak söz konusu düzenlemede tüm temel hakların etkisizleştirilebileceğini ancak tüm temel hakların etkisizleştirilmeye konu olamayacağını, Türk Anayasa Hukuku tarihinde o tarihe değin böyle bir sisteme yer

¹¹⁶³ Taslak metinde “etkisizleştirme” yerine “kaybetme” kavramı tercih edilmiştir. Bu kavramın isabetli bir tercih olmadığı yukarıda açıklandı. Bkz. “I. Etkisizleştirme Kavramı” başlığı.

verilmediğini ve temel hakları söz konusu madde metnine aykırı olarak kullananlara karşı ceza hukuku hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmüştür¹¹⁶⁴.

Temel hakların etkisizleştirilmesi veya benzeri bir anayasal tedbirden yoksun olan T.C. Anayasası m. 14 hükmü bu haliyle bireylere yönelik bir uyarı hükmü olmanın ve anayasanın temel ilkelerini yansıtmanın ötesinde bir anlam ifade etmemektedir.

3.11.2. Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Açısından Uygulanabilirliği

Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumu sadece Federal Almanya Anayasası'na özgü olan ancak uygulaması olmayan bir temel hak sınırlandırma rejimidir. Dolayısıyla konunun bir başka ülke anayasası için uygulanabilirliğinin ne gibi sonuçlar doğuracağı noktasında elimizde Federal Almanya Anayasası ve doktrinin görüşleri dışında referans alınabilecek veriler bulunmamaktadır. Kanaatimizce yukarıda temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun usul ve şekil sorunları aşılar ve Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu düzenleme sağlıklı bir şekilde tatbik edilirse bu kurumun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda mad. 14'ün bir müeyyidesi olarak uygulanabilmesi mümkündür.

Bu kapsamda her şeyden önce temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. maddenin tıpkı Federal Almanya Anayasası mad. 18'de olduğu gibi sadece demokratik düzene karşı kullanılacak politik katılım hakları kapsamı yani kapsamının daraltılması gerekmektedir. Bu noktada özellikle Federal Almanya Anayasası mad. 18'de düzenlenen demokratik düzene karşı kullanılabilirliği tartışmalı olan mülkiyet

¹¹⁶⁴ MGK Anayasa Komisyonu'nun değişiklik gerekçesi şu şekildedir: "Maddenin birinci fıkrasında yer alan "Bu amaçla kullananlar, kötüye kullandıkları o hak ve hürriyeti kaybederler. Hak kaybı hükmü mahkemelerce verilir" şeklindeki hüküm, madde metninden çıkarılmıştır. Tetkik edilen yabancı devlet anayasalarından Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 18 inci maddesinde buna benzer bir hüküm yer almaktadır. Ancak Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 18 inci maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin tamamı için değil, bazı temel hak ve hürriyetler sayılmak suretiyle ve bunların hür demokratik temel düzene karşı kötüye kullanılması halinde kaybedileceği; hakkın kaybına ve bunun ölçüsüne Federal Alman Anayasa Mahkemesinin karar verebileceği şeklinde düzenleme yapıldığı görülmüştür. Danışma Meclisince kabul edilen madde metninde, temel hak ve hürriyetlerin özellikleri itibariyle kaybının söz konusu olamayacağı bir gerçektir. Kaldı ki, Türk Anayasa Hukukunda da bugüne kadar böyle bir sisteme yer verilmediği gibi, temel hak ve hürriyetleri bu madde hükümlerine aykırı bir biçimde kullananlar, ceza kanunlarının hükümlerine aykırı bir biçimde kullananlar, ceza kanunlarının hükümlerine göre tecziye edebileceklerinden anılan hüküm madde metninden çıkarılmıştır. Maddede yapılan diğer değişiklikler ise redaksiyon niteliğindedir." Gerekçe için bkz., Yılmazoğlu ve Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 74 vd..

ve sığınma haklarının kötüye kullanılabilir yasaklar kapsamında çıkarılması gerekmektedir.

Federal Almanya Anayasası mad. 18'e göre Temel Hakların Etkisizleştirilmesi kararı verme yetkisi sadece Federal Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Bu yetki tekeli konusu, düzenlemenin oluşum süreci içerisinde sıkça tartışılmış ancak yetkinin kötüye kullanılabilmesi endişesi karşısında sadece Federal Anayasa Mahkemesi yetkili kılınmıştır. Kanaatimizce Türkiye Cumhuriyeti Anayasası çerçevesinde böyle bir kurumun düzenlenmesi durumunda da tek yetkili makamın Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin olması isabetli olacaktır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin yetki tekeli kötüye kullanmaması ve özellikle bu kurumu bir baskı aracına dönüştürmemesi gerekliliği açıktır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yapılacak düzenlemede temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun ne gibi sonuçlar doğuracağı iyi tespit edilmeli ve Federal Almanya mevzuatında düzenlenen ve tartışmalı olan Anayasa Mahkemesi'nin ek yetkileri hususu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'ne tanınmamalıdır.

Federal Almanya'da temel hakların etkisizleştirilmesinin zayıf uygulamasının ana nedenlerinden biri olarak görülen usul ve şekil zorluklarının da, olası Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yapılacak düzenlemelerde iyileştirilmesi gerekmektedir. Bu noktada özellikle Anayasa Mahkemesi'nde temel hakların etkisizleştirilmesi için ayrı bir komisyon veya bölüm kurulması, temel hakların etkisizleştirilmesi davasının soruşturma için münhasır bir makamın (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı gibi) görevlendirilmesi bu noktada isabetli olacaktır.

SONUÇ

İnsanlığın en büyük kazanımlarından biri olarak kabul edilen demokrasi yirminci yüzyılın ikinci yarısında insanlığın en büyük trajedilerine sebep olan diktatörlüklerin müsebbibi olarak görülmüştür. Bu diktatörlüklerin demokrasi araçlarını kullanarak iktidara gelmesi demokrasilerin çok yönlü korunmasının gerekliliğini doğurmuştur. İşte bu gerekliliğin sonuçlarından biri olarak ortaya çıkan militan demokrasi anlayışı demokrasinin kendisini hukuki bir takım tedbirlerle korumasını ifade etmektedir. Başta Loewenstein olmak üzere iki dünya savaşı arasındaki teorisyenler tarafından temelleri atılan bu anlayış, İkinci Dünya Savaşı sonrası uygulamaya geçmiş ve tarihi süreç içerisinde modern anlamına kavuşmuştur.

Militan demokrasi anlayışı, günümüzde kabul gören evrensel bir demokrasi yaklaşımıdır. Ancak bu anlayışı kırılganlıkları gerekçesiyle sadece geçiş dönemi demokrasilerine özgü gören ya da tamamen reddeden özgürlükçü yaklaşımlar da vardır. Militan demokrasi anlayışına mesafeli yaklaşan bu görüşlerin temelinde temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamalar nedeniyle militanlaşan demokrasinin kendi temel ilkeleriyle çelişmesi gösterilmektedir. Ancak bu yaklaşımların isabetli yaklaşımlar olduğunu söylemek güçtür. Zira her şeyden önce tarihte demokrasinin geniş tolerans gösterdiğinde bunun ne gibi sonuçlar doğuracağını acı örnekleri bulunmaktadır. Weimar Anayasası dönemi bu noktada bir ibret vesikası olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu durum Weimar Almanya'sına özgü bir durum olarak değerlendirilmemelidir. İnsan iradesini devlet yönetiminde üstün irade olarak gören demokrasi, daima halkın konjonktürel şartlara bağlı olarak anti demokratik hareketlere temayülüyle yüzleşmek zorundadır. Demokrasinin çok sesli toplum ve siyaset yapısı içerisinde kimi düşünce,

ideoloji ve inanç sistemlerinin demokrasiyle çatışma içinde olması kaçınılmazdır. Nitekim günümüzde savundukları ideolojilerle demokrasiye düşman olan siyasi hareketlerin demokratik arenada etkin olmaya başladıkları gözlemlenmektedir. Örneğin, demokrasiyi temel ilkelerinden biri olarak kabul eden Avrupa Birliği'nin üye ülkelerinden Macaristan ve Polonya'da son zamanlarda anti-demokratik olduğu tartışılan hükümetler işbaşındadır. Yine Hollanda, Yunanistan ve artık demokrasinin yerleşik hale geldiği kabul edilebilecek olan Almanya gibi ülkelerde aşırı sağ (faşist) partiler hem yerel hem de ulusal düzlemde önemli başarılar elde etmektedir. Diğer taraftan uzun yıllar diktatörlükle yönetildikten sonra demokrasiye geçiş yapan ve bu geçiş sürecinde militan demokrasi anlayışına soğuk bakan İspanya gibi ülkeler ise son zamanlarda karşılaştıkları tehditler nedeniyle militan demokrasi anlayışı araçlarına başvurmak durumunda kalmışlardır. Bu örnekler çoğaltılabilir. Burada vurgulanması gereken demokrasinin er ya da geç kendini savunacak merhaleye gelecek olmasıdır. Bu tespitten sonra sorulması gereken soru ise bu savunmanın ne şekilde olacağıdır. Demokrasiyi savunma siyasi, toplumsal ve hukuki olmak üzere çok boyutludur ve bir bütünlük arz etmektedir. İşte militan demokrasi anlayışı bu bütüncül demokrasiyi koruma zincirinin tamamını değil sadece bir halkasını teşkil etmektedir. Buna göre militan demokrasi anlayışı demokrasinin belirli sınırlar içerisinde hukuken korunması anlamına gelmektedir.

Demokrasinin hukuken korunması anlamına gelen militan demokrasi anlayışı, bugün evrensel bir demokrasi anlayışı olarak benimsense de bu anlayışın genel geçer bir çerçevesi yoktur. Diğer bir ifadeyle militan demokrasi nedir, özellikleri nelerdir sorusuna her demokrasiyi kapsayacak kapsamlı cevaplar verebilmek pek mümkün değildir. Her ülkenin kendi iç dinamikleri ve demokrasiye olan yaklaşımları genel geçer bir militan demokrasi anlayışı çerçevesi çizilmesine izin vermemektedir. Ancak tüm bu zorluklara rağmen çalışmada militan demokrasi anlayışının doğuşunu hazırlayan sebepler, teorik arka planı ve modern dönem yazarların tanımlarından yola çıkılarak bir takım temel özellikler tespit edilmiştir. Buna göre anayasal düzeni koruması, sadece demokratik araçları kullanarak demokrasiyi yıkmak isteyen demokrasi düşmanlarını hedef alması, demokrasi düşmanlarıyla anayasal-yasal tedbirlerle mücadele etmesi, önleyici nitelikte olması, demokrasi düşmanlarının politik katılım haklarını sınırlandırması ya da onları karar alma sürecinin dışına itmesi militan demokrasi anlayışının temel özellikleridir. Bu özellikler çerçevesinde militan demokrasi anlayışının siyasi ve toplumsal koruma

mekanizmalarından ayrıldığı, hukuki koruma mekanizmaları içerisinde ise sınırlı bir alanı ifade ettiği söylenebilir. Dolayısıyla militan demokrasi anlayışı, sahip olduğu bu özellikleriyle demokrasinin sui generis bir koruma alanını ifade etmektedir.

Sui generis bir demokrasiyi koruma anlayışı olan militan demokrasi anlayışının uygulama yönüne bakıldığında anlayışın yasal boyutundan ziyade anayasal boyutunun ön plana çıktığı görülmektedir. Militan demokrasi anlayışı kapsamındaki tedbirlerin anayasalarda yer alması militan demokrasi anlayışının anayasal boyutunu ifade etmektedir. Anayasalarda herhangi bir anayasal tedbirin militan demokrasi anlayışı tedbiri olduğu açıkça belirtilmemektedir. Doktrinde ise militan demokrasi anlayışı kapsamındaki tedbirlerin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Bu konuda söz konusu anlayışın doğuşundan günümüze tutarlı cevaplar verilebilmiş değildir. Çalışmada militan demokrasi anlayışının temel özelliklerini haiz olan ve doktrinde üzerinde fikir birliği bulunan değiştirilemez maddeler hükmü, örgütlenme yasakları (siyasi parti ve dernek yasakları) ve temel hakların etkisizleştirilmesi militan demokrasi anlayışının anayasal tedbirleri olarak tespit edilmiştir. Bu araçların tespiti yapılırken doktrinde ileri sürülen direnme hakkı, OHAL tedbirleri, memurların sadakat yükümlülükleri, ceza hukuku tedbirleri gibi diğer hukuki tedbirler de inceleme konusu yapılmış ancak bunların militan demokrasi anlayışı ile uyumsuz olduğu ortaya konularak söz konusu tedbirler militan demokrasi anlayışının araçları kapsamı dışında bırakılmıştır. Tespit edilen militan demokrasi anlayışı araçları içerisinde özellikle siyasi parti yasakları ayrı bir önem arz etmektedir. Modern demokrasilerin vazgeçilmez aygıtlarından olan siyasi partiler geçmişten günümüze kitlelerin devlet yönetimine katılmalarındaki en büyük araçlardan biridir. Dolayısıyla siyasi partilere karşı uygulanacak yaptırımlar da aynı şekilde ses getirmektedir. Siyasi partilere yönelik yaptırımlar arasında özellikle siyasi partilerin kapatılması yaygın başvurulmuş hatta kimi yazarlarca militan demokrasi anlayışı ile aynileştirilen bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Militan demokrasi anlayışının başta siyasi parti yasakları olmak üzere anayasal araçları tespit edildikten sonra bu araçların test edilebileceği örnek kabilinden on demokratik ülke anayasası çalışmada incelenmiştir. İnceleme sonucunda militan demokrasi anlayışı araçlarının ihdas edilmesi düzeyine göre kimi anayasaların militan demokrasi anlayışını taşımayan anayasalar olduğu belirlenirken, kimi anayasalar düşük dereceli, kimi anayasalar ise katı olarak ifade edilebilecek düzeyde militan demokrasi

anlayışını benimseyen anayasalar olarak kabul edilmiştir. Militan demokrasi anlayışını benimsemeyen anayasalar, militan demokrasi anlayışının araçlarını barındırmayan anayasalardır. Bu anayasalara sahip ülkeler özgürlükçü bir iradeyle demokrasi düşmanlarının demokratik sürecin olağan işleyişinde düzeleceğine inanmakta, önleyici tedbirlere tevessül etmemektedir. Ancak bu ülkeler her ne kadar anayasal boyutta militan demokrasi anlayışı araçlarına yer vermese de zamanla yasal boyutta bu araçlara yer vermek zorunda kalmışlar ve bu yasal düzenlemeleri etkin bir şekilde uygulamışlardır. Dolayısıyla bu ülkelerin militan demokrasi anlayışını benimsememeleri tarihi süreç içerisinde tersi bir duruma dönüşmüştür. Kimi ülke anayasaları ise militan demokrasi anlayışı araçlarına sınırlı bir şekilde yer vermiştir. Bu ülke anayasalarında militan demokrasi anlayışını benimseyen anayasalar gibi temel haklara yönelik önleyici tedbirlere yer verilmemekle birlikte, bu ülkeler özellikle geçmiş deneyimlere bir tepki olarak söz konusu tedbirleri sınırlı bir şekilde tatbik etmek durumunda kalmışlardır. Katı düzeyde militan demokrasi anlayışını benimseyen anayasalar ise militan demokrasi anlayışı araçlarına kapsamlı bir şekilde yer veren anayasalardır. Bu anayasalarda en azından siyasi parti yasakları ve değiştirilemez madde hükümleriyle demokratik düzen koruma altına alınmaktadır. Söz konusu anayasalar katı militan olmakla birlikte bu militanlığın uygulamaya dönemsel ve konjektürel şartlara bağlı olarak farklı şekillerde yansıdığı gözlemlenmektedir. Örneğin Almanya'da İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde savaşın etkisi altında iki parti kapatılırken, daha sonraki süreçte bu yola başvurulmamış hatta Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla bu süreç daha da zorlaştırılmıştır. Benzer şekilde Türkiye'de tarihi süreç içerisinde kapatılan onlarca partiye karşılık son dönemde siyasi parti yasaklarına başvurulmamış hatta anayasal olarak siyasi partilerin kapatılmasının daha da zorlaştırılması teşebbüsünde bulunulmuştur. Ancak bu dönemsel farklılıklara ve uygulama zayıflığına rağmen militan demokrasi anlayışı anayasalarda varlığını devam ettirmekte, Huntington'un karşı dalga olarak ifade ettiği olası anti-demokratikleşme hareketlerine karşı teyakkuzda bekletilmektedir.

Günümüzde militan demokrasi anlayışının anayasal boyutu kadar uluslararası boyutu da söz konusudur. Her ne kadar uluslararası arenada tıpkı ülkelerde olduğu gibi bir siyasi parti ya da dernek yasağı ya da temel hakların etkisizleştirilmesi gibi bir kurumun işletilme ihtimali söz konusu olmasa da iç hukuka etki eden uluslararası örgüt ve belgelerdeki kimi uygulama ve düzenlemeler militan demokrasi anlayışını da

ilgilendirmektedir. Bu minvalde en önemli örnek, demokrasiyi temel ilkelerden biri olarak kabul eden AİHS ve bu sözleşme kapsamında AİHM'in kararlarıdır. Söz konusu sözleşme ve mahkemenin vermiş olduğu kararlar başta siyasi parti yasakları olmak üzere hem birey hem de devlet için birtakım sınırlar çizmekte, şartlar koşmaktadır. AİHS'te bu yöndeki düzenlemelerin başında 17. madde hükmü gelmektedir. Temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan bu hüküm kapsamında AİHM, Nazizm ve diktatoryal komünizm gibi açık bir şekilde demokratik düzenle bağdaşmayan ideolojileri takip eden hareketlerin hak ihlalinin giderilmesine yönelik başvurularını reddetmiştir. Böylece militan demokrasi anlayışının ilk dönemlerinde olduğu gibi demokrasi düşmanı Nazizm ve komünizme cephe alınmıştır. Dolayısıyla AİHS m. 17 ile Nazizm ve komünizme karşı cephe alınması, demokratik düzenin korunmasının hedeflenmesi ve demokrasi düşmanlarının sözleşmenin koruma kapsamı dışına çıkarılması bu hükmün militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Diğer taraftan AİHM'in, AİHS m. 11 yani örgütlenme hürriyeti kapsamında vermiş olduğu kararlar da militan demokrasi anlayışının en önemli araçlarından biri olan siyasi parti yasaklarını ilgilendirmesi açısından önemlidir. Mahkeme AİHS m. 11 kapsamında vermiş olduğu bu kararlarında siyasi partilerin kapatılmasında şiddeti bir sınır olarak ele aldığı görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki demokratik düzenle şiddetle ya da şiddete destek vererek mücadele edenlere yönelik tedbirlerin militan demokrasi anlayışı zaviyesinden ele alınması mümkün gözükmemektedir. Ancak mahkemenin teröre zımni destek veren partilerin kapatılmasını da sözleşmeye uygun gördüğü kararları militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirilebilir. Zira bu durumda bir siyasi partinin şiddet ve terörle ilişkilendirilecek açık bir bağlantısı söz konusu olmamakta terör örgütleriyle bir amaç ortaklığı söz konusu olmaktadır. Ancak mahkemenin bu noktada tutarlı davranmadığını da ifade etmek gerekir. Zira İspanya'da Batasuna Partisi'nin kapatılmasında parti üyelerinin terör eylemlerine karşı sessiz kalmasını dahi kapatmada haklı gerekçe olarak gören mahkeme Türkiye'de terör örgütü PKK'ya farklı şekillerde destek veren parti ve üyelerinin bu yöndeki söylem ve eylemlerini ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir. Diğer taraftan mahkeme demokratik düzenle açıkça çelişir gördüğü şeriat düzenini savunan partilerin kapatılmasını sözleşmeye aykırı görmemiştir. Böylece doktrindeki görüşlere paralel olarak laiklik karşıtı olan partilerin aynı zamanda demokrasi karşıtı olduğu kabul edilmiştir. Mahkemenin bu içtihatlarının militan

demokrasi anlayışının modern anlamına kavuşmasında önemli etkileri olmuştur. Militan demokrasi anlayışının uluslararası boyutu ile ilgili olarak bir diğer örnek AB antlaşmaları çerçevesindedir. Ancak burada muhatap birey değil devlettir. Buna göre demokrasiye aykırı hareket eden devletlere AB bünyesinde birtakım yaptırımlar uygulanma ihtimali vardır. Ancak aranan ağır şartlar sebebiyle bu yaptırımlar çok fazla uygulamaya geçememektedir.

Militan demokrasi anlayışının anayasal ve uluslararası boyutuyla uygulamaya geçmesiyle birlikte günümüzde militan demokrasi anlayışı tedbirlerinin uygulanacağı muhatapların kapsamı da değişime uğramıştır. Nazizm ve diktatöryal komünizm gibi demokrasi düşmanlarına karşı uygulanmak üzere doğan militan demokrasi anlayışı günümüzde demokrasiyle sıkı ilişki içerisinde olan laiklik ilkesi karşıtlarına da uygulanmaktadır. Aynı şekilde terör örgütleriyle zımni bir bağ kuran yani bir amaç ortaklığı olan siyasi hareketlere karşı uygulanacak önleyici tedbirler de militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla faşizm ve diktatöryal komünizm, anti-laik hareketler, terörle zımni bağlantısı olanlar günümüz militan demokrasi anlayışının muhatap aldığı demokrasi düşmanlarıdır. Şüphesiz bunlar sınırlı değildir. Değişen şartlara paralel olarak demokrasinin temel ilkelerini ortadan kaldırmaya ya da onlara zarar vermeye çalışan ve bunu demokratik yollarla yapmayı hedefleyen yeni demokrasi düşmanları ortaya çıkabilecektir.

Militan demokrasi anlayışı, demokrasiyi savunma amacıyla ortaya çıkan bir anlayış olsa da muktedirler tarafından kötüye kullanılarak siyasi bir mücadelenin aracı haline dönüştürülebilmektedir. Böylece militan demokrasi anlayışı korumaya çalıştığı demokrasiye bizzat kendisi zarar vererek bir paradoksa sebep olabilmektedir. Militan demokrasi anlayışını reddedenlerin en büyük gerekçelerinden biri olan bu tehlike doktrinde de ele alınan konulardan biridir. Bu noktada önerilen çözüm önerilerinden ilki militan demokrasi anlayışı tedbirlerinin sadece anayasalarda düzenlenmesidir. Gerçekten de militan demokrasi anlayışı tedbirlerinin kanunlara taşınması durumunda bunların mecliste çoğunluğu elinde bulunduran yürütme tarafından kötüye kullanılma riski her zaman vardır. Örneğin, Türkiye’de anayasada yer alan siyasi parti yasakları çıkarılan bir kanunla anayasaya aykırı olarak genişletilmiş ve bu kanun kapsamında onlarca parti kapatılmıştır. Yine ABD’de çıkarılan komünizm karşıtı yasalar militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılmasının ibretlik vesikaları olmuştur. Militan demokrasi

anlayışının değiştirilmesi her açıdan daha zor olan anayasalarda kalması kötüye kullanıma riskinin azaltılması açısından önem arz etmektedir. Başka bir çözüm önerisi ise militan demokrasi anlayışı tedbirlerinin siyasi karar mercileri yerine siyasi baskılardan izole bir anayasa mahkemesine bırakılmasıdır. Nitekim çalışmada incelenen kimi ülke anayasalarına bakıldığında özellikle siyasi parti yasaklarının uygulamasının anayasa mahkemesine bırakıldığı görülmektedir. Ancak siyasi baskılardan uzak kalamayan, partiler üzerinde politik bir alan oluşturmaya çalışan anayasa mahkemelerinin demokratik düzeni koruyamayacağı tam aksine bu düzene zarar vereceği açıktır. Nitekim siyasi parti yasaklarına sıkça başvuran Türkiye’de bu durum sıkça gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Siyasi partiler dışında kalan derneklere ilişkin yaptırımlar ise kimi ülkelerde yerel mahkemelere kimi ülkelerde idari mercilere bırakılmıştır. İdari mercilerin yetkili olduğu durumlarda kötüye kullanma riskinin daha çok olacağı açıktır. Örneğin Almanya’da anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten günümüze yüzlerce dernek kapatılmıştır. Kapatılan bu derneklerin hepsinin gerçekten de anayasal düzene aykırı oldukları için kapatıldıklarını söyleyebilmek idarenin geniş takdir yetkisi karşısında mümkün değildir. Dolayısıyla siyasi parti dışındaki derneklerin kapatılmasının idari makamlar yerine yerel mahkemelere bırakılması kötüye kullanma riskinin en aza indirilmesi açısından tercihe şayandır. Diğer bir çözüm önerisi olarak ise iç hukukta militan demokrasi anlayışı uygulaması üzerinde uluslararası örgüt ve yargı mercilerinin etkinliği gösterilebilir. Şüphesiz iç hukuka etki ettiği sürece birey ve devletlerin demokratik düzene aykırı hareket etmesini önleyecek uluslararası tedbirler de olumlu sonuçlar doğuracaktır. Bunun günümüzde örneklerinden biri olarak AIHS kapsamındaki koruma mekanizması örnek gösterilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki tıpkı Anayasa Mahkemelerinde olduğu gibi uluslararası mahkeme ve kurumların da vesayetçi bir yapıdan uzak durmaları gerekir. Şayet uluslararası mahkeme ve kurumlar taraf devlet ve bireyleri belirli bir politik alanın içine hapsediyorsa yine militan demokrasi anlayışı paradoksundan bahsedebilmek mümkün olacaktır.

Militan demokrasi anlayışının anayasal araçları örgütlenme yasakları ve değiştirilemez maddeler hükmü dışında bir diğer anayasal aracı temel hakların etkisizleştirilmesidir. Temel hakların etkisizleştirilmesi doğrudan demokrasi düşmanı bireyi muhatap alan bir militan demokrasi anlayışı aracıdır. Bu kurum, 1949 Federal Almanya Anayasası m. 18’de düzenlenen ve sadece Federal Almanya Anayasası’na özgü

olan bir kurumdur. Söz konusu kuruma göre temel hakları Federal Almanya Anayasası'nın öngördüğü özgürlükçü demokratik temel düzene karşı kötüye kullanan kişilerin m. 18'de zikredilen temel hakları etkisizleştirilebilmektedir. Etkisizleştirilme kararı bir dava sonucunda münhasıran Anayasa Mahkemesi tarafından verilmektedir. Bu davanın usul ve esasları başta Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu olmak üzere ilgili mevzuatta düzenlenmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin vereceği etkisizleştirme kararı hem temel hak sahibi açısından hem de yasama, yürütme ve yargı açısından birtakım sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda temel hakkı etkisizleştirilen kişi, etkisizleştirme kararıyla birlikte etkisizleşen temel hakkı tamamen kaybetmemekte, hukuk dışı bir pozisyona düşmemektedir. Temel hakkı etkisizleştirilen kişi sadece devlete karşı o hakkın anayasal güvencesinden belirli bir süre mahrum kalmaktadır. Bu kapsamda yasama, yürütme ve yargı mercileri ilgili kişi hakkında kısıtlayıcı ve müdahaleci kararlar alabilirken, hak sahibinin buna karşı dermeyeran edebileceği bir anayasal güvence söz konusu olamamaktadır. Başka bir deyişle temel hakkı etkisizleştirilen kişi etkisizleştirilen temel hakka ilişkin yapılacak müdahalelerde artık o hakkın anayasal güvencesine dayanamamaktadır. Ancak etkisizleşen hak veya haklar dışındaki temel hakların varlığı ve anayasal güvencesi hem devlete hem de özel kişilere karşı varlığını devam ettirmektedir.

Temel hakların etkisizleştirilmesi, uygulaması çok fazla olmayan bir militan demokrasi anlayışı aracıdır. Ancak bu araçla ilgili olarak özellikle Alman kamu hukuku doktrininde birçok eser neşredilmiş ve konu üzerinde çokça tartışma bulunmaktadır. Dolayısıyla etkisizleştirilme günümüze kadar uygulama ve mevzuatlardan ziyade doktrin görüşleriyle şekillenmiştir. Temel hakların etkisizleştirilmesi kurumunun uygulamada pek fazla karşılık bulmaması noktasında ceza hukuku tedbirlerinin yeterli görülmesi, Anayasa Mahkemesi ve davacı makamların davayı sürdürmedeki isteksizliği ve uzayan dava süreçlerinde davalıların tehlikeliliğinin ispatındaki güçlükler gibi argümanlar ileri sürülmüştür. Bu sebeple temel hakların etkisizleştirilmesini sembolik bir kurum olarak değerlendiren görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce söz konusu kurumu salt sembolik bir kurum olarak kabul etmek çok isabetli bir yaklaşım değildir. Kurumun etkililiğini arttıracak bir takım çözüm yolları ve reformlarla kurum etkili bir demokrasiyi savunma aracına dönüşebilecektir. Etkisizleştirme davasında Anayasa Mahkemesi'nin soruşturma aşamasındaki iş yükünü azaltacak bir soruşturma makamına yer verilmesi veya davaların

daha kısa sürede ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi için mahkemenin üye sayısının artırılarak sadece etkisizleştirilme davasına bakan birimlerinin oluşturulması bu noktada çözüm yolları olarak kabul edilebilir. Ancak bu çözüm yolları tatbik edilmeden dahi hüküm mevcut haliyle bir takım fonksiyonlara sahiptir. Temel hakların etkisizleştirilmesi militan demokrasi anlayışının bir aracı olarak demokrasi düşmanlarına bir uyarı ve demokrasiye bağlılık anlamını taşımakta, mevcut hukuk düzeninin demokrasiye düşman olanları koruma altına almadığı mesajını net bir şekilde vermektedir. Diğer taraftan söz konusu kurum ilgili temel hakların taşıyıcısı konumundaki vatandaşlara temel hakların nasıl kullanılacağı noktasında bir yol haritası çizmekte ve temel hakların demokratik düzene uygun kullanılması gerektiğini hatırlatmaktadır. Sonuç olarak yeni Hitler ve Mussolini'lerin demokratik düzende ortaya çıkmamasını hedefleyen temel hakların etkisizleştirilmesi tarihi arka planı, usul ve esasları, sonuçları ve uygulaması, temel haklar ve militan demokrasi anlayışı açısından önemi nedeniyle oldukça spesifik ve ilgi çekici bir kurumdur.

Temel hakların etkisizleştirilmesi sadece Federal Almanya Anayasası'na özgüdür. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da dâhil olmak üzere diğer ülkelerin anayasalarında böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için temel hakların etkisizleştirilmesi çok yabancı bir kurum değildir. Zira etkisizleştirme yürürlükte anayasanın oluşum sürecinde tartışılmış ancak nihai metne dâhil edilmemiştir. Kanatımızca temel hakların etkisizleştirilmesinin Federal Almanya'daki şekli ve usule ilişkin sorunlar giderildiği takdirde böyle bir düzenleme Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için de kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- Accetti, Carlo Invernizzi and Ian Zuckerman. “What’s Wrong with Militant Democracy?”. *Political Studies*. 65 (2017): 182-199.
- Akın, İlhan. *Kamu Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Aktan, Coşkun Can. “Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm”. *Amme İdaresi Dergisi*. 28/1 (1995): 1-32.
- Akyel, Recai. “Türkiye’de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 6/12 (2018): 115-154.
- Alkan, Haluk ve Müzeyyen Eroğlu. “Türk Cumhuriyetlerinde Siyasal Partiler: Kazakistan ve Özbekistan Siyasal Parti Sistemleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”. *OAKA*. 6/12 (2011): 68-87.
- Amerikanın Sesi. “Bahçeli: “HDP Kapatılsın”, 11.12.2020. (Erişim Tarihi 10.04.2020) <https://www.amerikaninsesi.com/a/bahceli-hdp-kapatilsin/5696111.html>
- Anschütz, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. Bad Homburg vor der Höhe: Hermann Gentner Verlag, 1960.
- Apelt, Willibalt. *Geschichte der Weimarer Verfassung*. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1964.
- Aral, Vecdi. *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.
- Armağan, Servet. “Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu”. *İÜMHAD*. 4/6 (1970): 191-230.
- Armaoğlu, Fahri. *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi 1914-1995*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007.
- Augusteijn, Joost, Hijzen, Constant and Mark Leon de Vries. “Introduction: Democracy, the Nation State, and Their Adversaries”. In *Historical Perspectives on Democracies and their Adversaries*, editors Joost Augusteijn, Constant Hijzen and Mark Leon de Vries, 3-15. Amsterdam: Palgrave Macmillan, 2019.
- Auprich, Andreas. “Austria”. In *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 37-58. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Avineri, Shlomo. “Introduction”. In *Militant Democracy*, editor Andras Sojo, 1-14. Utrecht: Eleven International Publishing, 2004.

- Backes, Uwe. *Schutz des Staates*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1998.
- Bauer-Kirsch, Angela. “Herrenchiemsee der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, 2005.
- Bayram, Mehmet Hanifi. “Avrupa Birliği’nin Dayandığı Değerlerin Korunması”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 6/11 (2018): 67-82.
- BBC. “Avrupa Parlamentosu, AB üyesi Macaristan'a soruşturma başlatıyor”, 17.05.2017. (10.04.2020) <https://www.bbc.com/turkce/39951609>
- Beimenbetov, Serik. “A comparative analysis of ‘Defensive Democracy’: a cross-national assesment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, University of Exeter, 2014.
- Bendersky, Joseph W.. *A Concise History of Nazi Germany*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2014.
- Berman, Sheri. *Democracy and dictatorship in Europe: From the Ancien Régime to the Present Day*. New York: Oxford University Press, 2019.
- Besirevic, Violeta. “A Short Guide to Militant Democracy: Some Remarks on the Straousbourg Jurisprudence”. In *European Yearbook on Human Rights*, eds. Wolfgang Benedek, Florence Benoît-Rohmer, Wolfram Karl, Manfred Nowak, 243-258. Vienna: NW Verlag, 2012.
- Bligh, Gur. “Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 46/5 (2013): 1321-1379.
- Bourne, Angela K.. “Democratisation and the Illegalisation of Political Parties in Europe”. *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*. 7 (2011): 1-26.
- Bourne, Angela K.. “The proscription of parties and the problem of 'miltant democracy’”. Erişim Tarihi 05.05.2020, <http://www.dundee.ac.uk/politics/research/csepp/>
- Boventer, Gregor Paul. *Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat: Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1985.

- Bracher, Karl Dietrich. "Überlegungen zu Verfassung und Scheitern der Weimarer Republik". In *Weimar und die Deutsche Verfassung*, herausgeber Andreas Rödter, 55-65. Stuttgart: Klett-Cotta, 1999.
- Bredt, Johann Victor. "Der Weg der Verfassungsänderung". *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 82/3 (1927): 437-456.
- Brenner, Michael. "GG Art. 18". In *Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz Kommentar Band 2*, herausgeber Peter M. Huber ve Andreas Voßkuhle, rn. 1-96. München: C.H. Beck, 2018.
- Buis, Claire-Lise. "France". In *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, editör Markus Thiel, 75-108. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Bulla, Eckart. "Die Lehre von der streitbaren Demokratie: Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht". *Archiv des öffentlichen Rechts*. 98/3 (1973): 340-360.
- Buratti, Andrea. *Western Constitutionalism*. Cham: Springer Nature Switzerland AG and G.Giappichelli Editore, 2019.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Caldwell, Peter C.. *Popular Sovereignty and The Crisis of German Constitutional Law*. Durham and London: Duke University Press, 1997.
- Cambridge Online Dictionary, (Cambridge Online Sözlük: Cambridge University Press, 2019), "Militant", <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/militant>
- Canu, Isabelle. *Der Schutz der Demokratie in Deutschland und Frankreich*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1997.
- Capoccia, Giovanni. "Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation". *Annual Review of Law and Social Science*. 9/1 (2013): 207-226. (Kısaltma: Capoccia, Militant Democracy).
- Capoccia, Giovanni. *Defending Democracy*. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 2005.
- Cavanaugh, Kathleen and Edel Hughels. "Rethinking What is Necessary in a Democratic Society: Militant Democracy and the Turkish State". *Human Rights Quarterly*. 38/3 (2016): 623-654.

- Çatlı, Mehmet. *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Ceccanti, Stefano and Francesco Clementi. “Italy”. In *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, editör Markus Thiel, 209-218. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Cliteur, Paul and Bastiaan Rijpkema. “The Foundations of Militant Democracy”. In *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, editors A. Ellian and G. Molier, 227-272. Dordrecht: Republic of Letters Publishing, 2012.
- Dagtolglou, Prodromos. “Der Mißbrauch von Grundrechten in der griechischen Theorie und Praxis”. In *Der Mißbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, herausgeber Julia Iliopoulos-Strangas, 103-116. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1989.
- Die Welt. “Rechtsextremisten behalten Grundrechte”. Erişim Tarihi 05.05.2020, <https://www.welt.de/print-welt/article658710/Rechtsextremisten-behalten-Grundrechte.html>
- Die Verfassung des Deutschen Reiches ("Weimarer Reichsverfassung"). Erişim Tarihi 01.02.2020, <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>
- Doemming, Klaus Berto von, Fuesslein Rudolf Werner und Werner Matz. “Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes”. In *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, editörler Gerhard Leibholz und Hermann v. Mangoldt, 171-176. Tübingen: J.C.B. Mohr Siebeck, 1951.
- Doğan, İlyas. “Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi”. İçinde *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, editör İlyas Doğan, 33-62. Ankara: Astana Yayınları, 2019.
- Dreyer, Michael. “Weimar als wehrhafte Demokratie – ein unterschätztes Vorbild”. In *Die Weimarer Verfassung Wert und Wirkung für die Demokratie*, editör Friedrich-Ebert-Stiftung Landesbüro Thüringen, 161-189. Berlin: Wagemann Medien GmbH, 2009.
- Dürig Günter und Hans H. Klein. “GG Art. 18”. In *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar Band III Art. 17-28*, herausgeber Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz, Hans H. Klein, rn. 1-144. München: Verlag C. H. Beck, 2018.

- Dürig, Günter. “Die Verwirkung von Grundrechten nach Artikel 18 des Grundgesetzes: Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre”. *Juristen Zeitung*. 7/17 (1952): 513-518.
- Echterhölter, Rudolf. “Zur Problematik des Art. 18 GG”. *Juristen Zeitung*. 8/21 (1953): 656-658.
- Entwurf eines Vierundsechzigsten Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Gesetz zur Erweiterung der Verwirkungsregelung des Artikels 18 des Grundgesetzes um die ungestörte Religionsausübung des Artikels 4 Absatz 2 des Grundgesetzes, Drucksache 19/4484, (Erişim Tarihi 17.11.2019), <https://www.bundestag.de/drucksachen>.
- Epping, Volker. *Grundrechte*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2015.
- Ercan, Mehmet Sercan. “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3/1 (2016): 49-70.
- Erdoğan, Mustafa. “Siyasi Partiler, Devlet ve Demokrasi”. *Liberal Düşünce Dergisi*. 6/22 (2001): 59-66.
- Feisel, Franca. “Is the spectre of Weimar still haunting?: 'Militant democracy' and party proscription in contemporary Germany”. *MaRBL e Research Papers*. 3 (2017): 1-17.
- Flümann, Gereon. *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten*. Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2015.
- Fox, Gregory H. and Georg Nolte. “Intolerant Democracies”. *Harvard International Law Journal*. 36/1 (1995): 1-70.
- Gallwas, Hans-Ulrich. *Der Missbrauch von Grundrechten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.
- Geiger, Willi. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12 März 1951 – Kommentar*. Berlin und Frankfurt: Verlag Franz Vahlen, 1952.
- Geschäftsordnung der Bundesregierung. Erişim Tarihi 01.05.2020, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/geschaeftsordnung-der-bundesregierung-459846>

- Glaeser, Walter Schmitt. “Grundrechtsverwirkung”. In *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band III*, herausgeber Detlef Merten und Hans Jürgen Papier, 749-779. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2009.
- Glaeser, Schmitt. *Mißbrauch und Verwirkung der Grundrechte im politischen Meinungskampf*. Bad Homburg-Berlin-Zürich: Verlag Gehlen, 1968.
- Gören, Zafer. *Temel Hak Genel Teorisi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Göztepe, Ece. “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi””. *İÜHFM*, 73/1 (2015): 129-180.
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Gül, Cengiz. “AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri”. *EÜHFD*, 14/1 (2019): 105-128.
- Grimm, Dieter. *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte*. Heidelberg: Kleine Schriften–Stiftung Reichspräsident Friedrich Ebert Gedenkstätte, 1992.
- Groh, Kathrin. “Zwischen Skylla und Charybdis: Die Streitbare Demokratie”. In *Weimars lange Schatten – Weimar als Argument nach 1945*, herausgeber Christoph Gusy, 425-454. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- Grzeszick, Bernd. “GG Art. 20”. In *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar Band III Art. 17-28*, herausgeber Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz und Hans H. Klein, rn. 1-66. München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- Gusy, Christoph. “Die freiheitliche demokratische Grundordnung”. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, herausgeber P. Badura, K. Hesse, P. Lerche, 279-310. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1980.
- Gusy, Christoph. *Weimar - die Wehrlose Republik?*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.

- Haller, Ernst Friedrich. “Grundrechtsverwirkung und Zuständigkeitsmonopol des Bundesverfassungsgerichts”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eberhard-Karls Universität, 1963.
- Harvey, Paul. “Militant democracy and the European Convention on Human Rights”. *European Law Review*. (2004): 407-420.
- Hazar, Zeynep. “Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”. *YBHD*. 3/1 (2018): 73-106.
- Heinemann, Jan. “Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG”. In *Wehrhafte Demokratie*, herausgeber Markus Thiel, 99-128. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Heper, Yunus. *Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2015.
- Hesse, Konrad. “Bedeutung der Grundrechte”. In *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, herausgeber Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, 127-160. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994.
- Hett, Benjamin Carter. *Demokrasinin Ölümü: Hitler’in Yükselişi ve Weimar Cumhuriyeti’nin Çöküşü*, Çeviren Ahmet Kar, İstanbul: Profil Kitap, 2019.
- Holtfrerich, Carl-Ludwig. “Politische Kultur und ökonomische Probleme der Weimarer Republik aus heutiger Sicht”. In *Weimar und die Deutsche Verfassung*, herausgeber Andreas Rödder, 25-53. Stuttgart: Klett-Cotta, 1999.
- Hönsch, Gerhard. “Die Verwirkung von Grundrechten nach Art.18 GG und das Monopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 GG”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Hamburg, 1962.
- Huber, Ernst Rudolf. *Bewahrung und Wandlung: Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
- Huber, Ernst Rudolf. *Deutsche Verfassungsgeschichte Seit 1789 - Band VI Die Weimarer Reichsverfassung*. Stuttgart – Berlin – Köln - Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1981.
- Huber, Ernst Rudolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht Band I*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1953.

- Huntington, Samuel Phillips. *Üçüncü Dalga – Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çeviren Ergun Özbudun, Ankara: Yetkin Yayınları, 1991.
- Hürriyet. “Parti kapatma maddesine ret”, 03.05.2010. (Erişim Tarihi 17.02.2020)
<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/parti-kapatma-maddesine-ret-14607511>
- Issacharoff, Samuel. “Fragile Democracies”. *Harvard Law Review*. 120/6 (2007): 1407-1467.
- Jahrreiß, Hermann. “Demokratie. Selbstbewußtheit - Selbstgefährdung – Selbstschutz (Zur deutschen Verfassungsproblematik seit 1945)”. *Festschrift Richard Thoma zum 75. Geburtstag am 19. Dezember 1949 - J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)*. (1950): 71-91.
- Jarass, Hans D. und Bodo Pieroth. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*. München: C. H. Beck, 2016.
- Jaschke, Hans-Gerd. “Die Zukunft der ‘streitbaren Demokratie’”. *Totalitarismus und Demokratie*. 1 (2004): 109-123.
- Jasper, Gotthard. “Der Geist von Weimar - Die Grundentscheidungen der Weimarer Verfassung und ihre Bewährung”. In *Die Weimarer Republik: Das Schwere Erbe Band I 1918-1923*, editörler Theo Stammen und Everhard Holtmann, 147-190. München: Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit, 1992.
- Jasper, Gotthard. *Der Schutz der Republik*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963.
- Jellinek, Walter. “Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz”. *VVDStRL*. (1950): 3-66.
- Kaltwasser, Cristóbal Rovira. “Militant Democracy Versus Populism”. In *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), editors Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, 80-101. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Kelsen, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Aalen: Scientia Verlag, 1963.
- Keser, Hayri. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Kessler, Hermann. “Die Grundrechtsverwirkung des Artikels 18 GG”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Johannes Gutenberg Universität, 1952.

- Kirshner, Alexander S.. *Militan Demokrasi*, Çeviren Ferit Burak Aydar, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.
- Klamt, Martin. “Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions”. In *Explorations in Legal Cultures*, editors Fred Bruinsma and David Nelken, 133-159. Gravenhage: Reed Business BV, 2007.
- Klamt, Martin. *Die Europäische Union als Streitbare Demokratie Rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee*. München: Herbert Utz Verlag, 2012.
- Klemmer, Hans. “Verwirkungs von Grundrechten”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Bonn, 1954.
- Krebs, Walter. “Art. 18 – Verwirkung von Grundrechten”. In *Grundgesetz Kommentar Band 1*, herausgeber Ingo von Münch und Philip Kunig, 1327-1342. München: C.H. Beck, 2012.
- Krohn, Claus-Dieter. *Intellectuals in Exile: Refugee Scholars and the New School for Social Research*. Massachusetts: University of Massachusetts Press, 1993.
- Krüper, Julian. “Entscheidungsanmerkungs (BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13)”. *Zeitschrift für das Juristische Studium*. 3 (2017): 365-369.
- Kutscha, Martin. *Verfassung und streitbare Demokratie*, Köln: Pahl-Rugenstein Verlag, 1979.
- Küçük, Adnan. *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005.
- Lameyer, Johannes. *Streitbare Demokratie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.
- Lerche, Peter. “Das Asylrecht ist unverwirkbar”. In *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, herausgeber Horst Ehmke, Carlo Schmid, Hans Scharoun, 199-214. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1969.
- Loewenstein, Karl. “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I”. *The American Political Science Review*. 29/4 (1935): 571-593.
- Loewenstein, Karl. “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe II”. *The American Political Science Review*. 29/5 (1935): 755-784.
- Loewenstein, Karl. “Militant Democracy and Fundamental Rights I”. *The American Political Science Review*. 31/3 (1937): 417-432.

- Loewenstein, Karl. "Militant Democracy and Fundamental Rights II". *The American Political Science Review*. 31/4 (1937): 638-658.
- Losurdo, Federico. "The Prohibition of the Abuse of Rights in the Judicial Dialogue in Europe". Erişim Tarihi 04.15.2020, https://www.academia.edu/3405707/THE_PROHIBITION_OF_THE_ABUSE_OF_RIGHTS_IN_THE_JUDICIAL_DIALOGUE_IN_EUROPE
- Macklem, Patrick. "Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe". *Constellations - Blackwell Publishing*. 19/4 (2012): 575-590.
- Macklem, Patrick. "Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination". *International Journal of Constitutional Law*. 4/3 (2006): 488-516.
- Maftan, Miles Roger. "Fighting Fire with Fire": A Normative Exploration of the Militant Democracy Principle". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Central European University Department of Political Science, 2018.
- Malkopoulou, Anthoula and Ludvig Norman. "Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives". *Political Studies*. 66/2 (2018): 442-458.
- Mann, Michael. *Fascists*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- Mannheim, Karl. *Diagnose Unserer Zeit - Gedanken Eines Soziologen*, Çeviren Fritz Blum, Zürich-Wien-Konstanz: Europa Verlag, 1951.
- Mannheim, Karl. *Diagnosis of Our Time*. London: Kegan Paul and Co., Ltd., 1943.
- Mantoan, Justinian L.. "Die AfD will für ihre Ziele am Grundgesetz schrauben", Bochumer Stadt- und Studierendenzzeitung, 01.10.2018. (Erişim Tarihi 17.11.2019) <https://www.bszonline.de/artikel/die-afd-will-f%C3%BCr-ihre-ziele-am-grundgesetz-schrauben>
- Maunz, Theodor. "Verwirkung von Grundrechten". In *Wege und Verfahren des Verfassungs Lebens - Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, herausgeber Peter Badura und Rupert Scholz, 281-288. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993.
- Meier, Horst. *Parteiverbote und demokratische Republik: Zur Interpretation und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

- Milliyet. “AB’de bir ilk: 7. madde ilk kez devreye sokuldu!”, 20.12.2017. (Erişim Tarihi 10.04.2020) <https://www.milliyet.com.tr/dunya/ab-de-bir-ilk-7-madde-ilk-kez-devreye-sokuldu-2576433>
- Model Otto und Klaus Müller. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar für Studium und Praxis*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1996.
- Molenaar, Fransje. “The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation”. *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*. 4 (2010): 1-59.
- Molier, Gelijn and Bastiaan Rijpkema. “Germany’s New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court’s ‘Potentiality’ Criterion for Party Bans”. *European Constitutional Law Review*. 14/2 (2018): 394-409.
- Morree, Paulien Elsbeth. *Rights and Wrongs under the ECHR – The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Intersentia, 2016.
- Müller, Jan-Werner. “Individual Militant Democracy”. In *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), herausgeber Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, 16-42. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.
- Müller, Jan-Werner. “Militant Democracy”. In *The Oxford of Comparative Constitutional Law*, editors Michel Rosenfeld and Andras Sajó, 1253-1270. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Müller, Jan-Werner. “Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy”. *Annual Review of Political Science*. 19 (2016): 249-265.
- Mullor, Joan Solanes and Aida Torres Pérez. “The Constitution of Spain: The Challenges for the Constitutional Order Under European and Global Governance”. In *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, editors Anneli Albi and Samo Bardutzky, 543-590. Berlin-Heidelberg: Asser Press - Springer Open, 2019.

- Nal, Sebahattin. *Demokratik Toplum Düzeni ve Parti Yasakları*. İstanbul: Gündoğan Yayınları, 2016.
- Neuberger, Benjamin. “Israel”. In *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 183-207. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Niesen, Peter. “Anti-extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties”. *Annual of German and European Law*. (2003): 81-112.
- Olsen, Tore Vincents. “Liberal Democratic Sanctions in the EU”. In *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), editors Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, 167-187. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.
- Oxford Lexico Online Dictionary, (Oxford University Press, 2019), “Militant”, <https://www.lexico.com/definition/militant>
- Öder, Bertil Emrah. “Turkey”. In *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 263-310. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Özbudun, Ergun. *Siyasal Partiler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Özcan, Hüseyin ve Murat Yanık. *Siyasi Partiler Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2007.
- Pacini, Chiara Maria and Daniela Romée Piccio. “Party Regulation in Italy and its effects”. *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*. 26 (2012): 1-23.
- Pagenkopf, Martin. “Art. 18”. In *Grundgesetz Kommentar*, herausgeber Michael Sachs, 745-752. München: C. H. Beck, 2018.
- Papier, Hans-Jürgen und Wolfgang Durner. “Streitbare Demokratie”. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, herausgeber Peter Badura, Udo di Fabio und Gerhard Robbers, 340-371. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Perinçek, Doğu. “Federal Almanya Siyasi Partiler Kanunu”. *AÜHFD*. 24/1 (1967): 105-123.
- Perinçek, Doğu. *Anayasa ve Siyasi Partiler Rejimi*. İstanbul: Kaynak Yayınları, 2008.
- Pestalozza, Christian. *Verfassungsprozeßrecht*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991.

- Peterek, Jörg. “Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 1 [Verwirkung von Grundrechten]”. In *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, herausgeber Christian Burkiczak, Franz-Wilhelm Dollinger und Frank Schorkopf, 788-824. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.
- Plache, Ben. “Soldiers for Democracy: Karl Loewenstein, John H. Herz, Militant Democracy and the Defense of the Democratic State”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Virginia Commonwealth University, 2013.
- Popper, Karl. *Açık Toplum ve Düşmanları - C. 1 Platon*, Çeviren Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1989.
- Popper, Karl. *Açık Toplum ve Düşmanları - C. 2 Hegel, Marx ve sonrası*, Çeviren Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1989.
- Prado, Carlos Vidal. “Spain”. In *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 243-262. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Radbruch, Gustav. “Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934)”. In *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 3*, herausgeber Arthur Kaufmann, 17-23. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990. (Kısaltma: Radbruch, Rechtsphilosophie).
- Radbruch, Gustav. *Kulturlehre des Sozialismus*. Berlin: Arani Verlag, 1949.
- Rensmann, Thilo. “Procedural Fairness in a Militant Democracy: ‘The Uprising of the Decent’ Fails Before the Federal Constitutional Court”. *German Law Journal*. 4/11 (2003): 1117-1136.
- Rijkema, Bastiaan. *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*, Çeviren Anna Asbury, London and New York: Routledge, 2018.
- Roach, Kent. “Anti-Terrorism and Militant Democracy: Some Western and Eastern Responses”. In *Militant Democracy*, editor Andras Sojo, 171-207. Utrecht: Eleven International Publishing, 2004.
- Rödder, Andreas. “Nähe und Ferne der Vergangenheit – Zur politischen Kultur der Weimarer Republik Kommentar”. In *Weimar und die deutsche Verfassung - zur Geschichte und Aktualität von 1919*, herausgeber Andreas Rödder, 67-88. Stuttgart: Klett-Cotta, 1999.
- Rödder, Andreas. “Weimar und die deutsche Verfassung eine Zeitreise durch die Geschichte”. In *Weimar und die deutsche Verfassung - zur Geschichte und*

Aktualität von 1919, herausgeber Andreas Rödder, 11-24. Stuttgart: Klett-Cotta, 1999.

Rumens, Stefan and Koen Abts. “Defending Democracy: The Concentric Containment of Political Extremism”. *Political Studies*. 58 (2010): 649-665.

Sağlam, Fazıl. *Anayasa Hukuku Ders Notları*. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.

Sajo Andras and Renata Uitz. *The Constitution of Freedom - An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Sajo, Andras. “Emotional Politics”. *Constellations - Blackwell Publishing Ltd.*. 19/4 (2012): 562-574.

Sajo, Andras, “Militant Constitutionalism”. In *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), editors Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, 208-228. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.

Sajo, Andras. “Militant Democracy and Transition towards Democracy”. In *Militant Democracy*. editor Andras Sajo, 209-230. Utrecht: Eleven International Publishing, 2004.

Sakaguchi, Shojiro. “Japan”. In *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 219-242. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.

Sattler, Andreas. *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982.

Schabas, William A.. *The European Convention on Human Rights - A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Scherb, Armin. *Der Bürger in der Streitbaren Demokratie*. Wiesbaden: Vs Verlag für Sozialwissenschaften, 2008.

Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

Schmitt, Carl. *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çeviren Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul: İthaki Yayınları, 2018. (Kısaltma: Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet).

Schmitt, Carl. *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, Çeviren A. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2017.

- Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1928.
- Schneider, Hans. “Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933”. *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*. 3 (1953): 197-221.
- Schneider, Hans. “Die Reichsverfassung vom 11. August 1919”. In *Handbuch des Staatsrecht – Band I Historische Grundlagen*, herausgeber Josef Isensee und Paul Kirchhof, 177-234. Heidelberg: C. F. Müller, 2005. (Kısaltma: Schneider, Die Reichsverfassung).
- Schnelle, Eva Marie. *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung - Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.
- Seiters, Stephan. “Art. 18 - Verwirkung von Grundrechten”. In *Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, herausgeber Dieter C. Umbach und Thomas Clemens, 1787-1208. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2002.
- Sontheimer, Von Kurt. “Das Jahrhundert des Faschismus - Von Weimar zu Hitler”. *Der Spiegel*. 33 (1999): 63-73.
- Söllner, Alfons. *Deutsche Politikwissenschaftler in der Emigration*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1996.
- Sputnik. “İki ismin vekilliğinin düşürülmesi başlangıç, HDP’ye kapatma davası açılmalı”, 08.06.2020. (Erişim Tarihi 10.08.2020) <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202006081042210768-perincek-iki-ismin-vekilliginin-dusurulmesi-baslangic-hdpye-kapatma-davasi-acilmali/>
- Stern, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/2 - Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994.
- Storer, Colin. *Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi*, Çeviren Sedef Özge, İstanbul: İletişim Yayınları, 2015.
- Streinz, Rudolf. “GG Art. 21”. In *Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz Kommentar Band 2*, herausgeber Peter M. Huber ve Andreas Voßkuhle, rn. 1-257. München: C.H. Beck, 2018.
- Struth, Anna Katharina. *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung*. Heidelberg: Springer, 2019.

- Sulejmanova, Marija. "Populism and Militant Democracy – Case Study of Germany, Bulgaria and Jurisprudence of the European Court of Human Rights". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, 2017.
- Şimşek, Oğuz. "Federal Alman Anayasa Hukuku'nda Temel Hakların Düşmesi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. 5/1 (2003): 94-112.
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, (TDK Online Sözlük: Türk Dil Kurumu, 2019), "Militan" <https://sozluk.gov.tr/>
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, (TDK Online Sözlük: Türk Dil Kurumu, 2019), "Mücadele", <https://sozluk.gov.tr/>.
- Teitel, Ruti. "Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives". *Michigan Journal of International Law*. 29/1 (2007): 49-70.
- Telli, Kutlay. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Siyasi Partiler Rejimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- The Constitution of the German Empire of August 11, 1919 (Weimar Constitution), (Erişim Tarihi 01.02.2020), http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=3937&language=english
- Thiel, Markus. "Comperative Aspects". In *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 379-424. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Thiel, Markus. "Das Verbot verfassungswidriger Parteien". In *Wehrhafte Demokratie*, editör Markus Thiel, 173-207. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Thiel, Markus. "Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG". In *Wehrhafte Demokratie*, herausgeber Markus Thiel, 129-172. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Thiel, Markus. "Germany". In *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 109-145. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Thiel, Markus. "Zur Einführung: Die „wehrhafte Demokratie" als verfassungsrechtliche Grundentscheidung Wehrhafte Demokratie". In *Wehrhafte Demokratie*, herausgeber Markus Thiel, 1-24. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Tillmans, Reiner. "Wehrhaftigkeit durch Werthaftigkeit - der ethische Grundkonsens als Existenzvoraussetzung des freiheitlichen Staates". In *Wehrhafte Demokratie*, editör Markus Thiel, 25-55. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

- Tögel, Akif. “Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye’nin Yeni Anayasası için Öneriler”. *TAAD*. 7/27 (2016): 757-792.
- Tushnet, Mark V.. “United States of America”. In *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, editor Markus Thiel, 357-377. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Tyulkina, Svetlana. “Militant Democracy as an Inherent Democratic Quality”. In *Militant Democracy and Its Critics* (epub versiyon), editors Anthoula Malkopoulou and Alexander S. Kirshner, 229-267. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.
- Tyulkina, Svetlana. “Militant Democracy: An Alien Concept for Australian Constitutional Law?”. *Adelaide Law Review*. 36/2 (2015): 517-539.
- Tyulkina, Svetlana. *Militant Democracy - Undemocratic Political Parties and Beyond*. London and New York: Routledge, 2015.
- Tyulkina, Svetlana. “Militant Democracy”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Central European University Department of Legal Studies, 2011.
- Unruh, Peter. *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- Uygun, Oktay. “Mücadeleci Demokrasi ve Siyasal Partilerin Kapatılması”. İçinde *Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları*, editör Ulrike Dufner, 256-273.
- Vaan, Michiel de. *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*. Leiden-Boston: Brill Publ., 2008.
- Vaut, Simon vd. *Ekonomi ve Sosyal Demokrasi*, Çeviren Recai Hallaç, Bonn: Friedrich Ebert Vakfı Sosyal Demokrasi Akademisi, 2014.
- Venice Commission. *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*. Venice: Venice Comission, 1999.
- Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten Konferenz der Westlichen Besatzungszonen. *Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948*. München: Richard Pflaum Verlag, 1948.
- Vinx, Lars. “Democratic Equality and Militant Democracy”. *Constellations*. (2020): 1-17.

- Von Coelln, Christian. "Artikel 18 GG". In *Grundrechte-Kommentar*, herausgeber Klaus Stern und Florian Becker, rn. 1-56. Köln: Wolters Kluwer Deutschland GmbH – JURION, 2016.
- Walter, Christian. "Interactions between International and National Norms: Towards an Internationalized Concept of Militant Democracy". In *Militant Democracy – Political Science, Law and Philosophy*, editörler Afshin Ellian and Bastiaan Rijpkema, 79-95. Switzerland: Springer, 2018.
- Wilke, Dieter. "Die Verwirkung der Pressefreiheit und das strafrechtliche Berufsverbot". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freien Universität Berlin, 1963.
- Wise, Judith. "Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party". *The University of Chiago Law School Roundtable*. 5/1 (1998): 301-343.
- Wittreck, Fabian. "Artikel 18 – Grundrechtsverwirkung". In *Grundgesetz Kommentar Band 1*, herausgeber Horst Dreier, 1673-1699. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre ve İsmail Emrah Perdecioğlu. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019.
- Yokuş, Sevtap. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Zacharias, Diana. "Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG". In *Wehrhafte Demokratie*, herausgeber Markus Thiel, 57-97. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Zand, Joseph. "The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights,". *University of Baltimore Journal of International Law*. 5/2 (2017): 195-227.
- Zippelius, Reinhold. *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*. München: Verlag C.H.Beck, 2006.
- Zand, Joseph and Hayri Keser. "Democracy is one of the Main Features of the European Convention on Human Rights". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17/4 (2013): 183-222.
- Zu dem Gesetzentwurf des Abgeordneten Stephan Brandner und der Fraktion der AfD",
Drucksache 19/9026. Erişim Tarihi 17.11.2019,
<https://www.bundestag.de/drucksachen>.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa	Mahkemesi	K.	1988/1	(8	Aralık	1988).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1988/1/1						
Anayasa	Mahkemesi	K.	1991/1	(16	Temmuz	1991).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1991/1/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1991/2	(24	Eylül	1991).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1991/2/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1992/1	(10	Temmuz	1992).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1992/1/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1993/1	(14	Temmuz	1993).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1993/1/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1993/2	(23	Kasım	1993).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1993/2/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1993/3	(30	Kasım	1993).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1993/3/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1994/1	(10	Şubat	1994).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1994/1/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1994/2	(16	Haziran	1994).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1994/2/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1994/3	(13	Eylül	1994).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1994/3/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1995/1	(19	Temmuz	1995).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1995/1/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1996/1	(19	Mart	1996).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1996/1/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1997/1	(14	Şubat	1997).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1997/1/1						
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1997/2	(18	Şubat	1997).
https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1997/2/1						

Anayasa	Mahkemesi.	K.	1998/1	(16	Ocak	1998).
			https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1998/1/1			
Anayasa	Mahkemesi.	K.	1999/1	(26	Şubat	1999).
			https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/1999/1/1			
Anayasa	Mahkemesi.	K.	2001/2	(22	Haziran	2001).
			https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/2001/2/1			
Anayasa	Mahkemesi.	K.	2003/1	(13	Mart	2003).
			https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/2003/1/1			
Anayasa	Mahkemesi.	K.	2003/13	(1	Nisan	2003).
			https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/2003/13/2			
Anayasa	Mahkemesi.	K.	2008/116	(5	Haziran	2008).
			https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2008/116?KararNo=2008%2F116			
Anayasa	Mahkemesi.	K.	2008/2	(30	Temmuz	2008).
			https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/2008/2/1			
Anayasa	Mahkemesi.	K.	2009/4	(11	Aralık	2009).
			https://siyasipartikarlar.anayasa.gov.tr/SP/2009/4/1			

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 11, 282, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011282.html>, E.T. 21.02.2020.

BVerfGE 144, 20, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv144020.html>, E.T. 15.02.2020.

BVerfGE 2, 1, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>, E.T. 21.01.2020.

BVerfGE 25, 44, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv025044.html>, E.T. 20.12.2019.

BVerfGE 25, 88, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv025088.html>, E.T. 21.12.2019.

BVerfGE 38, 23, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv038023.html>, E.T. 15.02.2020.

BVerfGE 28, 36, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv028036.html>, E.T. 21.12.2019.

BVerfGE 28, 51, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv028051.html>, E.T. 21.12.2019.

BVerfGE 30, 1, <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv030001.html>, E.T. 22.12.2019.

BVerfGE 39, 334, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039334.html>, E.T. 25.01.2020.

BVerfGE 5, 85, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, E.T. 20.12.2019.

BVerfGE 91, 262, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091262.html>, E.T. 07.02.2020.

BVerfGE 91, 276, <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv091276.html>, E.T. 07.02.2020.

BVerfGE, 39, 334, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039334.html>, E.T. 07.03.2020.

BVerfGE, 5, 85, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, E.T. 07.03.2020

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

ECHR, Association of Citizens Radko and Paunkovski v. ‘the former Yugoslav Republic of Macedonia’, Appl. No: 74651/01, 15/01/2009

ECHR, Austria v. Italy (Komisyon), 788/60

ECHR, Bączkowski and Others v. Poland, Appl. No: 1543/06, 03/05/2007

ECHR, Chassagnou and Others v. France [GC], Appl. No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999

ECHR, Church of Scientology Moscow v. Russia, Appl. No: 18147/02, 24/09/2007

ECHR, Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey [GC], Appl. No: 23885/94, 08/12/1999

ECHR, Galstyan v. Armenia, Appl. No: 26986/03, 15/11/2007

ECHR, Gerger v. Turkey, Appl. No: 24919/94, 08/07/1999

ECHR, Glasenapp v. Germany, Appl. No: 9228/80, 28/08/1986

ECHR, Gorzelik and Others v. Poland [GC], Appl. No: 44158/98, 17/02/2004

ECHR, HADEP and Demir v. Turkey, Appl. No: 28003/03, 14.12.2010

ECHR, Handyside v. The United Kingdom, Appl. No: 5493/72, 7.12.1976

ECHR, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Appl. No: 25803/04 ve 25817/ 04, 30.06.2009

ECHR, Keegan v. Ireland, Appl. No: 16969/90, 26/05/1994

ECHR, Lawless v. Ireland (no. 3 - “the Law”), Appl. No: 332/57, 01/07/1961

ECHR, Leyla Şahin v. Turkey [GC], Appl. No: 44774/98, 10.10.2005

ECHR, Mkrtchyan v. Armenia, Appl. No: 6562/03, 11/07/2007

ECHR, N.F. v. Italy, Appl. No: 37119/97, 02/08/2001

ECHR, Orban and Others v. France, Appl. No: 20985/05, 15/01/2009

ECHR, Ouranio Toxo and Others v. Greece, Appl. No: 74989/01, 20/10/2005

ECHR, Paksas v. Lithuania [GC], Appl. No: 34932/04, 16/01/2011

ECHR, Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania, Appl. No: 46626/99, 3.02.2005

ECHR, Perinçek v. Switzerland [GC], Appl. No: 27510/08, 15/10/2015

ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31.07.2001

ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13.02.2003

ECHR, Rekvényi v. Hungary [GC], 25390/94, 20/05/1999

ECHR, Republican Party of Russia v. Russia, Appl. No: 12976/07, 12.04.2011

ECHR, Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands [GC], Appl. No: 38224/03, 14/09/2010

ECHR, Sidiropoulos and Others v. Greece, Appl. No: 57/1997/841/1047, 10/07/1998

ECHR, Socialist Party and Others v. Turkey, Appl. No: 20/1997/804/1007, 25.05.1998

ECHR, Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Appl. No: 29221/95 ve 29225/95, 2.01.2001

ECHR, Tsonev v. Bulgaria, Appl. No: 45963/99, 13/07/2006.

ECHR, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Appl. No: 133/1996/752/951, 30/01/1998

ECHR, Vogt v. Germany, Appl. No: 17851/91, 26.09.1995

ECHR, Vona v. Hungary, APPL. NO: 35943/10, 09/07/2013

ECHR, Vörður Ólafsson v. Iceland, Appl. No: 20161/06, 27/04/2010

ECHR, X v. Italy (Komisyon), Appl. No: 6741, 21.05.1976

ECHR, Young, James and Webster v. the United Kingdom, Appl. No: 7601/76 ve 7806/77, 13/08/1981

ECHR, Ždanoka v. Latvia [GC], Appl. No: 58278/00, 16.03.2006

ECHR, Zhechev v. Bulgaria, Appl. No: 57045/00, 21/06/2007