



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

YUMAK VE SADAK – TÜRKİYE

(Başvuru no. 10226/03)

KARAR

STRAZBURG

8 Temmuz 2008

İşbu karar nihai olup şekli bazı düzeltmelere tabi tutulabilir.

USUL

Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Mehmet Yumak ve Resul Sadak ("başvuranlar") isimli iki Türk vatandaşı tarafından, 1 Mart 2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurudan (no. 10226/03) kaynaklanmaktadır.

Adli yardım verilen başvuranlar Diyarbakır Barosu avukatlarından T. Elçi tarafından temsil edilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

Başvuranlar sırasıyla 1962 ve 1959 doğumludurlar ve Şırnak'ta ikamet etmektedirler. 3 Kasım 2002 tarihli Milletvekili genel seçimlerinde Şırnak ilinde Demokratik Halk Partisi (DEHAP) adayları olarak seçime girmiş, ancak her ikisi de seçilmemiştir.

A. 3 Kasım 2002 tarihli Milletvekili seçimleri

Türkiye, 1999 yılında meydana gelen depremlerin ardından, Kasım 2000 ve Şubat 2001 tarihlerinde iki önemli ekonomik kriz yaşamıştır. Ardından, önce dönemin Başbakanının sağlık durumu, ardından üç partili koalisyon hükümetinde yaşanan çeşitli bölünmeler nedeniyle siyasi kriz yaşanmıştır.

Bu çerçevede, 31 Temmuz 2002 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi ("TBMM"), bir sonraki Milletvekili genel seçimlerinin 3 Kasım 2002'de yapılmasına karar vermiştir.

Eylül ayı başlarında, üç sol parti olan HADEP, EMEP ve SDP, "Emek, Barış ve Demokrasi Bloğu" oluşturmaya ve DEHAP adıyla yeni bir siyasi parti kurmaya karar vermiştir. Başvuranlar, seçim kampanyalarına Şırnak ilinde bu yeni partinin ilk sıradaki adayları olarak başlamışlardır.

Buna benzer seçim öncesi ittifaklar daha önce 1991 yılında kurulmuştu; Milliyetçi Çalışma Partisi (MÇP – MHP'nin halefi ve selefi) ve İslahatçı Demokrasi Partisi (IDP), Refah Partisi (RP) tarafından sunulan listeye katılarak kendi adayları için sandalye elde etmiş ve Halkın Emek Partisi (HEP – DEHAP'ın selefi) Sosyal Demokrat Halkçı Parti'nin (SHP) listesine dahil olarak Mecliste on sekiz sandalye kazanmıştır. Ulusal oyun yüzde onunu alması muhtemel gözükmeyen bazı partiler zaman zaman bu şekilde, Mecliste temsil hakkı elde etmektedirler: daha büyük bir partinin listesine girip seçildikten sonra partiden ayrılıp ya bağımsız milletvekilleriyle ya da başka bir partinin bayrağı altında kendi yollarına gitmektedirler.

3 Kasım 2002 seçimlerinin Şırnak'taki sonuçları DEHAP'ın 103.111 oydan 47.449'ünü aldığını, yani %45,95'lik bir yüzde sağladığını göstermiştir. Ancak, parti % 10 seçim barajını aşamadığı için başvuranlar Milletvekili seçilmemişlerdir. Şırnak iline ayrılan üç sandalye şu şekilde paylaşılmıştır: iki sandalyeyi oyların % 14,05'ini toplayan (14.460 oy) AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi, muhafazakar sağ parti) elde etmiş ve bir sandalyeyi de % 9,69 oy toplayan bağımsız aday Tatar elde etmiştir.

Seçimlere katılan on sekiz partiden sadece AKP ve CHP (Cumhuriyet Halk Partisi, sol parti) % 10 seçim barajını aşabilmiştir. Oyların % 34,26'sını alan AKP, TBMM'deki sandalyelerin % 66'sını, yani 363 sandalye kazanmıştır. Yüzde 19,4 oy alan CHP sandalyelerin % 33'ünü yani 178 sandalye kazanmıştır. Ayrıca dokuz bağımsız aday Milletvekili seçilmiştir.

Ancak, sadece %6.22 oranında oy alan DEHAP değil; aynı zamanda diğer pek çok siyasi parti Mecliste sandalye kazanamamıştır. Bu partilerin arasında, verilen oyların sırasıyla %9.54, %8.36, %7.25 ve %5.13'ünü alan Doğru Yol Partisi (DYP, merkez sağ), Milliyetçi Hareket Partisi (MHP, milliyetçi), Genç Parti (GP, merkezci) ve Anavatan Partisi (ANAP, merkez sağ) yer almaktadır.

Bu seçimlerin sonuçları, genel olarak büyük bir siyasi karışıklık olarak yorumlanmıştır. TBMM'de temsil edilmeyen seçmen oranı Türkiye'de rekor bir seviyeye ulaşmakla kalmamış (yaklaşık % 45) aynı zamanda oy kullanmama oranı (kayıtlı seçmenlerin % 22'si) 1980 yılından beri ilk kez % 20'yi aşmıştır. Sonuç olarak, seçim sonucunda oluşan TBMM, çok partili sistemin ilk kez uygulamaya konulduğu 1946 yılından bu yana en düşük temsil niteliği taşıyan Meclis olmuştur. Ayrıca, 1954 yılından beri ilk kez Mecliste sadece iki parti temsil edilmiştir.

Bazı yorumcular, TBMM'nin temsil niteliği taşınamasını açıklamak üzere yüksek seçim barajının varlığının ötesinde bazı faktörlerin toplu etkisine değinmişlerdir. Örneğin, ekonomik ve siyasi krize bağlı tepki oyları nedeniyle 1999 Milletvekili genel seçimlerinde sandalye elde eden beş parti, ki üçü 1999 - 2002 arasında koalisyon hükümeti kurmuşlardır, 2002 yılında % 10 baraja ulaşamamışlar ve dolayısıyla Mecliste temsil hakkı elde edememişlerdir. Benzer olarak, seçim öncesi koalisyon kurma girişimlerinin sonuç vermemesi nedeniyle oyların dağılması, sonuçlar üzerinde etkili olmuştur.

Bu seçimlerden sonra, Mecliste mutlak çoğunluğu sağlamış olan AKP, hükümet kurmuştur.

B. 22 Temmuz 2007 tarihli Milletvekili seçimleri (Daire kararını müteakip)

Mayıs 2007 başlarında, TBMM, genel seçime gidilmesine karar vermiş ve tarihi 22 Temmuz 2007 olarak belirlemiştir. Karar, 16 Mayıs 2007'de Ahmet Necdet Sezer'in yedi yıllık görev süresini tamamlamasının ardından, Mecliste yeni bir Cumhurbaşkanı seçilememesinin neden olduğu siyasi krizi müteakip verilmiştir. Olayların normal seyrinde bu seçimlerin, 4 Kasım 2007'de yapılması gerekmektedir.

On dört siyasi partinin katıldığı bu seçimlerin iki özelliği bulunmaktadır. Öncelikle, Cumhurbaşkanlığı krizinin ardından seçmenler arasında seferberlik gözlenmiş, zira katılım oranı % 84'e yükselmiştir. İkinci olarak, siyasi partiler %10'luk ulusal barajı aşabilmek için seçim öncesi iki stratejiye başvurmuştur. Demokratik Sol Parti (DSP), rakip parti CHP bayrağı altında oylamaya katılmış ve bu yolla 13 sandalye kazanmıştır. Demokratik Toplum Partisi (DTP, Kürt yanlısı, sol parti), bağımsız adaylarını "Bin Umut" etiketi altında takdim etmiştir. Ayrıca sol kanattan belirli Türk adayları desteklemiştir. EMEP, SDP ve ÖDP (Özgürlük ve Demokrasi Partisi, sosyalist parti) gibi diğer küçük sol kanat grupları da bu hareketi desteklemiştir. Altmıştan fazla bağımsız aday, yaklaşık kırk il seçim bölgesinde seçimlere katılmıştır.

Seçimlerde, AKP, CHP ve MHP, % 10 barajını geçmiştir. AKP, oyların % 46.58'ini alarak Meclisteki toplam sandalye sayısının % 62'sini elde etmiş ve 341 sandalye kazanmıştır. CHP, oyların % 20.88'ini alarak, Meclisteki toplam sandalye sayısının % 20.36'sını elde etmiş ve 112 sandalye kazanmıştır; ancak, yukarıda bahsedilen 13 Milletvekili, daha sonra CHP'den ayrılarak ilk partileri olan DSP'ye geri dönmüşlerdir. Oyların % 14.27'sini alan MHP, Meclisteki toplam sandalye sayısının % 12.9'unu elde etmiş, 71 sandalye kazanmıştır.

Bağımsızların güçlü çıkışı, 22 Temmuz 2007 seçimlerinin temel özelliklerinden birisi olmuştur. Bağımsızlar, 1980 yılında TBMM sahnesinden yok olmuşlar, ancak 1999 yılında üç kişi ile yeniden Mecliste görünmüşlerdir. 2002 yılında, toplam 260 bağımsız adaydan dokuz bağımsız Milletvekili seçilmiştir. 22 Temmuz 2007 seçimlerinde, seçilen bağımsız Milletvekili sayısı 27'dir. Yirmiden fazla "bin umut" adayı, oyların yaklaşık % 2.23'ünü alarak Meclise girmeye hak kazanmış ve seçimlerden sonra DTP'ye katılmıştır. (Meclis grubu oluşturabilmek için gerekli asgari sayı olan) 20 Milletvekili bulunan DTP, bu sayede bir Meclis grubu oluşturabilmiştir. Bağımsızlar arasında bir sosyalist (ÖDP eski başkanı), bir milliyetçi (Büyük Birlik Partisi eski başkanı) ve merkez sağıdan bir Milletvekili (ANAP eski başkanı) bulunmaktadır.

AKP hükümeti kurmuş ve yine Mecliste mutlak çoğunluğı elde etmiştir.

HUKUK

I. BÜYÜK DAİRE'NİN YARGI YETKİSİNİN KAPSAMI

AİHM, Daire'nin vermiş olduğı kararda şikâyetin şu şekilde ifade edildiğini gözlemlemektedir:

"Başvuranlar, milletvekili seçimlerinde % 10 seçim barajı uygulamasının, yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesinin özgürce ifade edilmesine müdahale oluşturduğı iddiasında bulunmuşlardır."

Başvuranlar, davaları Daire'de görülürken, aslen 3 Kasım 2002 tarihli seçimin sonuçlarına dayanarak, % 10 seçim barajından şikâyetçi olmuşlardır. Bu amaçla, çok partili seçim sistemine geçilen 1946 yılından bu yana Türkiye'de yapılan seçimlerle ilgili olarak kapsamlı bir inceleme yapmışlardır. Daha sonra, 20 Nisan 2007 tarihinde yapmış oldukları Büyük Daire talebinde, Daire'nin, vermiş olduğı kararda Türkiye'deki seçim sistemine ilişkin yapmış olduğı değerlendirmeyi eleştirerek, bu kararın Sözleşmeye Taraf Devlete seçim sisteminin oluşturulması ve işletilmesi konusunda çok geniş bir takdir yetkisi verdiğini ileri sürmüşlerdir.

Beş yargıçtan oluşan bir panelin, başvuranların davanın Büyük Daire'ye gönderilmesiyle ilgili taleplerini kabul ettiğı 9 Temmuz 2007 tarihinden sonra Türkiye'de erken seçim yapılmıştır.

7 Eylül 2007 tarihinde Büyük Daire'ye sunmuş oldukları görüşlerinde 22 Temmuz 2007 seçimleriyle ilgili uzunca yorumda bulunmalarına rağmen, başvuranların temsilcileri, 21 Kasım 2007 tarihinde yapılan duruşmada, 22 Temmuz 2007 seçimlerinden değil, 3 Kasım 2002 seçimlerinden kaynaklanan bir ihlal olduğı konusunda karara varılmasını sağlamak için başvuruda bulunulduğunu belirtmişlerdir.

Hükümet, duruşmada, başvuruların şikâyetlerinin Türkiye'nin anayasal yapısıyla ilgili olması nedeniyle, bu şikâyetlerin *actio popularis* olarak değerlendirilmeleri gerektiğini ileri sürmüş ve 22 Temmuz 2007 seçiminin genel sonuçlarının Daire'nin 30 Ocak 2007 tarihli kararındaki tespitlerini teyit ettiğini iddia etmiştir.

Bu nedenle, AİHM, Daire'nin vermiş olduğu kararın ardından gelişen olayları dikkate almadan, özellikle 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan seçim sonuçlarını incelemekle sınırlı kalıp kalmayacağına karar vererek, yapacağı dava incelemesinin kapsamını belirlemelidir.

AİHM, yerleşik içtihadına göre, Büyük Daire'ye gönderilen “davanın”, başvurunun daha önce Daire tarafından incelenen tüm yönlerini kapsadığını, bu nedenle davanın sadece kısmi olarak Büyük Daire'ye gönderilmesi için herhangi bir dayanak bulunmadığını hatırlatır (bkz, *Cumpănă ve Mazăre / Romanya*, no. 33348/96 ve *K. ve T. / Finlandiya*, no. 25702/94).

Büyük Daire'ye gönderilen “dava”, başvurunun kabuledilebilir bulunmuş olan halidir. Ancak, bu, Büyük Daire'nin, olağan Daire yargılamalarında olduğu gibi, örneğin AİHS'nin *in fine* (AİHM'ye “yargılamanın her aşamasında başvuruyu kabuledilemez bulup reddetme” hakkı tanıyan) 35. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak veya başvurunun kabuledilebilirliğine ilişkin konuların davanın esası ile birleştirildiği veya konunun esastan incelenmesi aşaması ile ilintili olduğu durumlarda, kabuledilebilirliğe ilişkin konuları inceleyemeyeceği anlamına gelmez.

AİHM, kuramsal olarak ulusal seçim yasasını inceleme yetkisi olmadığını, bu görevin öncelikle iç hukuku yorumlama ve uygulama konusunda yetkili ulusal makamlara, özellikle de mahkemelere düştüğünü gözlemlemektedir (bkz, örneğin, *Gitonas ve Diğerleri / Yunanistan*, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Hüküm ve Karar Raporları 1997-IV ve Brike / Letonya*, no. 47135/99). Ancak, sözkonusu davada, başvuruların davası *actio popularis* kapsamında değildir. 3 Kasım 2002 seçimlerinde, başvurular karşı çıktıkları seçim barajından doğrudan ve anında etkilenmişlerdir (bkz, *mutatis mutandis*, *Serge Moureaux ve Diğerleri / Belçika*, no. 9267/81). Daire, kararını 22 Temmuz 2007 seçimlerinden önce verdiği için, temelde 3 Kasım 2002 seçim sonuçlarını ve o dönemde Türkiye'nin içinde bulunduğu şartları dikkate almıştır. AİHM, davayı 3 Kasım 2002 tarihli Milletvekili seçimlerinin sonuçları ışığında inceleyecek, ancak, başvurular aday olmamışsa da, seçim barajının etkilerinin değerlendirilmesiyle bağlantılı olarak 22 Temmuz 2007 seçimlerini de dikkate alacaktır.

II. 1 NO.LU PROTOKOL'ÜN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvurular, Milletvekili seçimlerinde % 10 seçim barajının uygulanmasının, yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesinin özgürce ifade edilmesine müdahale oluşturduğu iddiasında bulunmuşlardır. Başvurular, bu şikâyetlerini 1 No.'lu Protokol'ün 3. maddesine dayandırmışlardır.

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla özgür seçimler yapmayı taahhüt ederler.”

A. Daire kararı

Daire, Milletvekili seçimlerinde uygulanan % 10 seçim barajının amacının, Mecliste aşırı ve güçten düşürücü bir bölünmeyi önleyerek hükümet istikrarını güçlendirmek olduğunu tespit etmiştir. Bu amacı gerçekleştirmenin gerekli ve orantılı olduğu da düşünülebilir. Buna göre, Daire “şikâyetle bulunulan yüksek baraj seviyesine rağmen Türkiye’nin, 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi hususunda geniş takdir yetkisini aşmadığı” sonucuna varmıştır (Daire kararının 66–79. paragrafları).

B. Tarafların iddiaları

1. Başvuranlar

Başvuranlar, Daire’nin özgür seçim hakkını kısıtlayıcı ve yüzeysel bir şekilde yorumladığını iddia ederek Daire’nin görüşlerine itiraz etmişlerdir.

Başvuranlar, ilk olarak, % 10 seçim barajının nüfusun büyük çoğunluğunun Mecliste temsile ilişkin tercihini ifade etmesini engellemesi nedeniyle, barajın seçimlere katılma hakkına ciddi bir müdahale oluşturduğunu ve 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi açısından meşru bir amaca hizmet etmediğini ileri sürmüşlerdir.

Bu bağlamda, başvuranlar, şikâyetle bulunulan tedbirin hükümet istikrarını sağlama amacına hizmet ettiği iddiasını reddetmişlerdir. Başvuranlar, 1980 darbesiyle iktidara gelen askeri mercilerin, 1970 ila 1980 yılları arasında Türkiye’de yaşanan sosyal ve siyasi huzursuzluğun ve bunun yol açtığı hükümet istikrarsızlığının suçunu o tarihte geçerli olan seçim sistemine yüklediklerini iddia etmişlerdir. Başvuranlara göre, Daire’nin, kararında, seçim barajı ile 1970’lerin Türkiye’sindeki siyasi durum arasında kurmuş olduğu illiyet bağı, yapay bir değerlendirmedir.

Başvuranlar, seçim barajı olmadan, nisbi temsil uygulanan dört seçimden ikisinin tek parti hükümetleri ile (1965 ve 1969 seçimleri), diğer ikisinin ise (1973 ve 1977 seçimleri) koalisyon hükümetleri ile sonuçlandığını vurgulamıştır.

Ayrıca, ulusal seçim barajını aşağı çekmenin veya kaldırmanın koalisyon hükümetiyle sonuçlanacağı ihtimali bertaraf edilmemiş olsa da, böyle bir sonuç zorunlu olarak hükümet istikrarsızlığı anlamına gelmez. Koalisyon hükümetleri, zaman zaman tek parti hükümetlerinden daha istikrarlı olmuşlardır.

Başvuranlar, sözkonusu istisnai tedbirin temsili demokrasiyi güçlendirdiği görüşünü savunmanın güç olduğunu iddia etmişlerdir. Avrupa Konseyi, demokrasiyi ve demokratik değerleri güçlendirmek için kurulmuştur. Sözleşmeye Taraf Devletlerin konuyla ilgili olarak geniş takdir yetkilerinin olmasına rağmen, devletler, adil temsil hakkını dikkate almaksızın, bir başka deyişle, nüfusun belirli bir kesimini siyasi yaşamın dışında bırakarak bu geniş yetkiyi sınırsız veya orantısız bir şekilde kullanamazlar.

Demokrasilerde Meclisin halka açık olması gereğinden hareketle, böylesine yüksek bir ulusal seçim barajı, temsili çok adaletsiz bir hale getirmiş ve hükümet için bir meşruiyet krizi ortaya çıkarmıştır. Açıkça görülüyor ki, verilen oyların yalnızca % 55’ini yansıtan bir Meclis, demokrasilerin dayandığı temsili meşruiyeti sağlayamamıştır. Başvuranlar, bu bağlamda, 1987, 1991, 1995 ve 1999 yıllarında yapılan Milletvekili seçimlerinde, Mecliste temsil edilmeyen partiler için verilen oyların oranının, sırasıyla, % 19.4 (yaklaşık 4.5 milyon oy), % 0.5 (yaklaşık 140.000 oy), % 14 (yaklaşık 4 milyon oy) ve % 18.3 (yaklaşık 6 milyon

oy) olduğunu belirtmişlerdir. 2002 seçimi sonuçları, bir “temsil krizi”ne yol açmıştır; çünkü oyların % 45.3’ü (yaklaşık 14.5 milyon oy) dikkate alınmamış ve Mecliste yansıtılmamıştır.

Başvuranlar, AİHM’nin şu faktörleri dikkate alması gerektiğini ileri sürmüşlerdir: ilk olarak, demokrasinin temel dayanağı olarak çoğulculuğun hayati önemi ve bunun sonucu olarak siyasi partilerin, özellikle de ülkenin belirli bir bölgesinin Mecliste sesini duyurmasını sağlamak için hareket eden partilerin önemi; ikinci olarak, Türkiye’de uygulanan seçim barajının Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında en yüksek orana sahip olması ve düzeltici tedbirler bulunmadığı için bu barajın bazı sosyal grupların kendilerini ifade etmelerini engellemesi; üçüncü ve son olarak, Türkiye’deki özel durum ve barajın uygulamadaki etkileri, yani belli bir bölgede konuşlanmış bir partinin TBMM’nde temsil edilememesi. Eğer bu faktörler dikkate alınmazsa, özgür seçim hakkı, devletlerin her birinin keyfi yorumuna maruz kalırdı ki bu devletler % 10’dan daha yüksek barajların savunulması için bu durumu kullanabilirlerdi.

Başvuranlar, ayrıca, % 10 seçim barajının Avrupa ortak standardına uygun olmadığını iddia etmişlerdir. Türkiye’de kabul edilen ulusal baraj, Avrupa’daki ve muhtemelen dünyadaki en yüksek barajdır. Eğer bu baraj diğer ülkelerde de uygulanıyor olsaydı, birçok köklü parti hükümette yer alamazdı; örneğin bu, Almanya’daki Özgür Demokratlar, İskandinavya’daki merkezîyetçi ve Hristiyan partiler, Hollanda’daki Yeşiller ve İtalya’daki merkez sol ve sağ için geçerli olabilirdi. Baraj uygulayan birçok ülkede, bu oran % 5’tir (2001 yılında Orta ve Doğu Avrupa’da ortalama % 4.25’tir). Bağımsız veya çok küçük partiler nedeniyle entegrasyona ilişkin ciddi sorunlar yaşayan ve parti temsiliyi dengelemeye ihtiyacı olan ülkeler bile iki kat daha yüksek baraj uygulamayı uygun görmemişlerdir. Başvuranlar, bir örnekle, 2002 seçimlerinde % 5’lik bir barajın, iki ulusal parti yerine, DEHAP dahil sekiz partinin (aday gösteren 18 partiden) Türk parlamentosunda sandalye kazanmasını sağlayabileceğini belirtmişlerdir.

Başvuranların veya partilerinin diğer üyelerinin bağımsız adaylar olarak seçimlere katılabilecekleri iddiası – ki bu Hükümet’in temel iddialarından ve Daire’nin kararını verirken dayandığı gerekçelerden biridir - siyasi sistem bağlamında partilerin rolünü göz ardı etmiştir. Ne bağımsız adaylıklar, ne de kurulan ittifaklar, bağımsız siyasi partilerin yerini alabilirler; çünkü, siyasi partiler demokrasinin temel öğeleri olarak önemli bir rol oynamaktadırlar. Kendi adlarıyla aday olan ve yalnızca kısıtlı kişisel ve mali kaynaklarını dayanak olarak alan adayların, önemli lojistik ve mali kaynaklara sahip partilerle yarışamayacağı çok açıktır.

Ayrıca, Türkiye’de bağımsız adaylar çok sayıda olumsuz kısıtlama ve şartlara maruz bırakılmışlardır. Örneğin, bağımsız adayların isimleri, sınır bölgelerine verilen oy pusulalarına basılmamakta, bu da sınırdaki oy kullanma merkezinde seçime katılmak amacıyla Türkiye sınırlarına giren kişilerin bağımsız adaylar için oy kullanamayacakları anlamına gelmektedir, ki bu durum, bağımsız adayların seçilme şansını büyük oranda azaltmıştır. Bütün siyasi partilerin radyo veya televizyonda seçim yayını yapma hakları olmasına rağmen, bağımsız adayların bunu yapamaması da ciddi bir dezavantajdır. Son olarak, seçmenlerin özgürce ve eşit bir şekilde, bağımsızlar yerine partiler tarafından temsil edilmeyi seçme hakları ve bütün partilerin eşit düzeyde yarışma hakkı, 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinde yer alan temel prensiplerdir.

Yüzde 10 seçim barajını aşmak için diğer siyasi partilerle koalisyon kurma olasılığıyla ilgili olarak, başvuranlar, 2839 sayılı Kanun’un 16. maddesinin, partilerin ortak liste halinde aday göstermelerini ve koalisyon kurarak Milletvekili seçimlerine katılmalarını engellediğini

belirtmişlerdir. Başvuranlar, ayrıca, giderek gücü artan milliyetçilikle kendisini belli eden siyasi atmosferin, bu tür koalisyonları imkânsız hale getirdiğini ileri sürmüşlerdir.

Başvuranlar, ayrıca, Siyasi Partiler Kanunu’nun 36. maddesi uyarınca, ülke genelinde teşkilatlanmamış olan bir siyasi partinin seçim için aday çıkaramayacağını belirtmişlerdir. Ayrıca, aynı kanun uyarınca, belirli bir etnik gruba veya bölgeye dayanan partilerin kurulması yasaktır. Bu kural, Türkiye’de hâkim olan resmi ideolojiyi yansıtmaktadır. Bölgesel partilerin kesin olarak reddi, açıkça, daha önce AİHM tarafından ifade edilen “çoğulculuk olmadan demokrasi olmaz” ilkesinin ciddi bir ihlalini oluşturmaktadır. Türk toplumunun geniş ve çok kültürlü yapısının göz önünde bulundurulması gerekmektedir ve başvurular ile üyesi oldukları partinin cezalandırılacağı kesindi; çünkü, ulusal politikaları savunarak ülke çapında destek arayışına girmiş olsalar bile, kendilerini destekleyecek olanlar, nüfusun belirli bir kesimiydi.

Başvuranların ifadelerine göre, seçilmiş partiler sistemine dayanan bir demokrasinin temel amaçlarından biri, seçmenleri tamamen veya büyük ölçüde belirli bir bölgede yerleşmiş olan siyasi partilerin, kısıtlamalara maruz kalmaksızın özgürce görev yapabilmesini ve seçilebilmesini ve kendileri için oy kullanan seçmenlerin eşit düzeyde temsil edilebilmelerini sağlamaktır. Eğer bu ilke uygulanmış olsaydı, DEHAP’ın Türkiye’nin güneydoğusunda kullanılan oyların % 45’inden fazlasını (yaklaşık iki milyon) elde ettiği halde Meclise girememesi, temsilin anlamını büyük ölçüde çarpıtacaktı. Ayrıca, ülke genelinde faaliyet gösterme yükümlülüğü, AİHM’nin yerleşik içtihadına aykırı olarak “Kürt sorunu”na ilişkin tartışmayı sistematik olarak göz ardı eden ve Türkiye’nin güneydoğusundaki halkın büyük çoğunluğunun iradesini özgürce ifade etmesini açıkça engelleyen bir siyasi kültür bağlamında görülebilir. Buna göre, sözkonusu bölgedeki seçmenlerin büyük çoğunluğunun iradelerini özgürce ifade etmesi, kasıtlı olarak engellenmiştir.

Daha somut bir dille, başvurular, 2002 Milletvekili seçimlerinde seçim barajı uygulanması nedeniyle, Kürt sorununa ilgisi ve bağlılığıyla bilinen DEHAP’ın, birçok seçim bölgesinde çok yüksek oranlar elde etmesine rağmen, parlamentoda tek bir sandalye bile kazanamadığını ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, DEHAP’ın halefi olan DTP’nin bağımsız adaylar ortaya koymasına rağmen, 22 Temmuz 2007 Milletvekili seçimlerinin sorunu çözmediğinin düşünülmemeyeceği görüşündedir. Kürtler tarafından desteklenen siyasi partilerin bağımsız adaylar ortaya koyması başlı başına bir handikaptır.

Sonuç olarak, başvurulara göre, 3 Kasım 2002 Milletvekili seçimlerinde, – üyesi oldukları parti olan - DEHAP’ın Şırnak seçim bölgesinde kullanılan oyların % 45.95’ini elde etmesine rağmen, % 10’luk ulusal baraj nedeniyle TBMM’ne seçilememeleri, 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesine aykırıdır. Başvuranlar, aşırı yüksek seçim barajının, amacı, yasama organının seçilmesinde halkın iradesini özgürce ifade etmesini sağlamak olan 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesiyle çeliştiğini iddia etmişlerdir. Ulusal baraj, toplumun bir kesimini, görüşlerini dile getiren bir parti tarafından bir gün Mecliste temsil edilebilme ihtimalinden mahrum bırakarak, bu hakkın özünü ortadan kaldırmıştır. Avrupa’daki seçim sistemleri arasında başka bir örneği olmayan ve belirli bir grubun haklarına yapılan bu tür ciddi ve sistematik bir müdahale, devlete tanınan takdir yetkisiyle mazur gösterilemez; dolayısıyla AİHS’nin açık bir ihlali sözkonusudur.

2. Hükümet

Hükümet, Büyük Daire'den, Daire'nin, AİHS'nin 1 No.lu Protokolü'nün 3. maddesinin ihlal edilmediği yönündeki kararını onaylamasını talep etmiştir.

Hükümet, Mecliste aşırı bölünmeyi önleyerek ülkedeki siyasi istikrarı sağlamak ve partileri genel olarak ülke çapında kabul gören politikalar önermeye teşvik ederek demokrasiyi ve siyasi partileri güçlendirmek amacıyla % 10'luk barajın düzenlendiğini ileri sürmüştür. Seçim barajı, demokrasinin çoğulculuk gibi temel ilkelerini ihlal etmemiştir. Aksine, bağımsız adayları % 10'luk barajdan muaf tutarak onların seçilmesini kolaylaştırmış ve çoğulculuğun toplumda yer etmesini mümkün kılmıştır. Hükümet, bu bağlamda, Türkiye'nin seçim barajı uygulamadığı 1961 – 1980 yılları arasında, on dokuz yıl içerisinde yirmi hükümet değişikliği olduğunu, ancak % 10'luk barajın uygulamada olduğu 1983 – 2007 yılları arasında yapılan yedi seçimin, üç koalisyon hükümeti, üç tek parti hükümeti ile sonuçlandığını vurgulamıştır. Bu rakamlar, seçim barajının hükümet istikrarı üzerinde olumlu etkileri olduğunu göstermektedir.

Hükümet, ayrıca, genel olarak ülke çapında kabul gören politikalar önermeyi reddetmenin ve yalnızca bir bölgeyi veya bir seçim bölgesini temsil ederek kendisini ülkenin geri kalan kısmından ayırmanın devletin üniter yapısına uygun olmadığını belirtmiştir. Bu noktada, Türkiye yalnız değildir. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika* kararı, dil grupları olan Belçika'da bile, milletvekilleri ile senatörlerin Belçika halkını temsil ettiğini göstermiştir. Benzer şekilde, Türk Anayasası'nın 80. maddesi, milletvekillerinin, toplumun tamamını temsil etmesini öngörmüştür.

Hükümet, sözkonusu barajın, kendi takdir yetkisinin kapsamına giren orantılı bir tedbir olduğu görüşündedir. Hükümet, özellikle, 22 Temmuz 2007 seçimleriyle de teyit edildiği gibi, başvuranların 3 Kasım 2002 seçimlerinde bağımsız adaylıklarını koymuş olmaları veya DEHAP'ın büyük partilerden bir veya daha fazlasıyla bir seçim koalisyonu oluşturmuş olması halinde seçilmiş olabileceklerini ileri sürmüştür.

Bu bağlamda, Hükümet, 22 Temmuz 2007 seçim sonuçlarının, Daire'nin 30 Ocak 2007 tarihli kararındaki tespitlerini doğruladığını belirtmiştir. Başvuranların üyesi oldukları partinin yerini aldığı ileri sürülen DTP'nin üyeleri, 2007 seçimlerinde bağımsız adaylıklarını koymuşlar ve bağımsızlar olarak ulusal baraja tabi olmadıkları için kolaylıkla seçilmişlerdir. Seçilmelerinden birkaç gün sonra, yeniden DTP'ye katılmışlar ve Mecliste bir grup oluşturmuşlardır. DTP, 2007 seçimlerinde barajı geçemeyeceğine karar verdikten sonra üyelerini bağımsız adaylığa teşvik etmiş ve Mecliste yirmi sandalye elde etmeyi başarmıştır. DTP'nin bağımsız adayları tarafından kazanılan toplam oy sayısının ulus genelinde kullanılan oyların yalnızca % 2.04'ünü yansıttığını, bunun da başvuranlar tarafından Avrupa ülkeleri arasında “ortak demokratik siyasi geleneğin” ifadesi olduğu iddia edilen % 5'lik barajı bile DTP'nin aşamayacağı anlamına geldiğini belirtmek gerekir. Eğer baraj daha düşük olsaydı (örneğin % 2), DTP kullanılan oyların % 2.04'ü ile en fazla bir veya iki sandalye kazanabilirdi. DTP, TBMM'de yirmi sandalye veya toplam sandalye sayısının % 3,6'sını kazanarak, Meclisteki temsil oranını en yüksek seviyeye çıkarmayı başarmıştır.

Ayrıca, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nun 16. maddesinde ortak liste halinde aday göstermek yasaklanmış olsa da, siyasi partiler büyük bir parti bünyesinde işbirliği yapabilirler. Örneğin, 1999 – 2002 yılları arasında iktidardaki koalisyonun bir üyesi olan DSP, 2002 seçimlerinde % 10'luk barajı geçememiştir. Bu nedenle, DSP, 2007 seçimlerinden önce, rakibi olan CHP ile işbirliği yapmış, böylece o partinin listesinde on üç sandalye elde etmeyi başarmıştır. Bunun sonucunda seçilen milletvekilleri CHP'den ayrılmış ve ilk partileri

olan DSP'ye geri dönmüşlerdir. 1991 seçimlerinde, başvuranların partisinin ilk hali olan HEP, bir başka partinin listelerinden bazı adaylarının seçilmesini sağlayabilmiştir.

2007 seçimlerinde uygulamaya konan iki seçenek – bağımsız aday olmak veya bir başka partinin listelerinden seçilebilmek için o partiyle işbirliği yapmak - düzeltici tedbirlerin en somut örnekleridir. Son seçimlerde bu düzeltici tedbirlere başvurmak, seçmenlerin % 85'inin Mecliste temsil edilebilmesini mümkün kılmıştır. Hükümet, bu seçeneklerin 2002'de kullanılmış olması halinde, sonuçların benzer olabileceğini ifade etmiştir.

Başvuranlar, kararın Büyük Daire'ye gönderilmesi taleplerinde, sırasıyla 2002 ve 2007 yıllarında, kendi siyasi partileri ile halefi DTP'nin Meclise alınmaması için % 10'luk barajın uygulandığını iddia etmişlerdir. Ancak, 2007 seçim sonuçları bu iddianın dayanaklı olmadığını kanıtlamıştır. DTP'nin Mecliste yirmi kişilik bir grubu vardır; bu nedenle, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca, ülke genelinde teşkilatlanma şartını yerine getirmese bile, DTP'nin bir sonraki seçime katılması garanti altına alınmıştır. 36. maddeye göre, Mecliste grubu olan siyasi partiler, ülke genelinde teşkilatlanma şartını yerine getirmemiş olsalar da, bir sonraki seçime katılabilirler.

Başvuranların, 30 Ocak 2007 tarihli Daire kararının, o tarihten sonra devletlerin kamuoyu yoklaması sonuçlarına göre katılım barajını yükseltmesine olanak tanıdığı yönünde yapmış olduğu iddialara Hükümet karşı çıkmıştır. Daire'nin muhakemesi, seçim barajının mevcut alternatifleri ile Anayasa Mahkemesi tarafından, birbirini tamamlayan “adil temsil” ve “hükümet istikrarı” ilkelerine dayanılarak yapılan değerlendirmenin, Daire tarafından gereği gibi dikkate alındığını açıkça göstermektedir. Daire, olası alternatifler ışığında, halkın düşüncesinin özgürce ifade edilmesinin engellenmediğine ve Hükümet'in takdir yetkisini aşmadığına karar vermiştir. 2007 seçim sonuçları Daire'nin kararını açıkça teyit etmiştir.

2007 seçim sonuçlarıyla ilgili olarak, Hükümet, ülke genelindeki seçmenlerin % 85'inin Mecliste temsil edildiği göz önünde bulundurulduğunda, adil temsil ilkesinin yeterince yerine getirildiği kanaatindedir. Ayrıca, daha küçük ve özellikle 22 Temmuz 2007 seçimlerinde DTP'li bağımsızların adaylıklarını koydukları illerde, seçilme şansı, daha büyük illerden veya seçim bölgelerinden daha yüksekti. Örneğin, İstanbul ili birinci seçim bölgesinden seçilebilmek için, bir adayın 111.750 oy alması gerekirken, Hakkari ilinden (Türkiye'nin güneydoğusu) seçilebilmek için 34.000 oy alması gerekli idi. İller arasındaki sandalye dağılımı, daha küçük iller için daha uygundu; bu da adil temsil hakkına saygının sağlanmasını mümkün kılmıştır.

Sonuç olarak, Hükümet, yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesinin özgürce açıklanmasının engellenmediği durumlarda, AİHS'ye taraf bir devletin seçim sistemi ile siyasi temsil sistemine ilişkin kanunların, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin yetki alanına girmediğini belirtmiştir. Milletvekili seçimlerinde siyasi partilere uygulanan % 10'luk baraj, Meclisteki temsilcilerinin seçiminde, halkın düşüncesinin özgürce açıklanmasını engellememiştir. Bu, 22 Temmuz 2007 seçimleri ile kanıtlanmıştır. Dolayısıyla, Daire'nin 30 Ocak 2007 tarihli kararının sonuçları doğrudur. Daire, AİHM'nin içtihadından sapmamış ve 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine yeni bir yorum getirmemiştir.

C. Müdahil tarafın görüşleri

Bir sivil toplum örgütü olan Uluslararası Azınlık Hakları Grubu başvurularla hemfikiridir. Uluslararası Azınlık Hakları Grubu, % 10'luk barajın Avrupa'daki en yüksek ulusal baraj olduğunu belirtmiştir. Bu baraj, yol açabileceği sorunları düzeltebilecek olan en ufak bir düzeltici tedbir getirilmeksizin yürürlüğe konmuştur. Baraj nedeniyle, bölgesel düzeyde çalışmalarını yürüten bir partinin Mecliste temsil edilmesi imkânsızdır. Bunun Türkiye'deki anlamı, Kürt partilerden hiçbirinin kendi bölgelerinde başvuruların 2002 yılında ulaştığı oranları (kullanılan oyların % 45'i) elde etmelerine rağmen, Meclise giremeyeceğidir. Hükümet'in % 10'luk baraja yönelik aldığı bütün tedbirlerin, kasıtlı bir dışlama politikası olduğu çok açıktır. Bu politika kasıtlı olmasa bile, etkileri aynı olacaktır.

Ayrıca, aşırı yüksek baraj, yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklamasını güvence altına alan AİHS'nin 1 No.lu Protokolü'nün 3. maddesinin amacına ters düşmektedir. Ulusal baraj, toplumun bir kesimini, görüşlerini dile getiren bir parti tarafından bir gün Mecliste temsil edilebilme ihtimalinden mahrum bırakarak, bu hakkın özünü ortadan kaldırmıştır. Belirli bir grubun haklarına yapılan bu tür ciddi ve sistematik bir müdahalenin Avrupa'daki seçim sistemleri arasında başka örneği yoktur. Bu müdahale, devlete tanınan takdir yetkisiyle haklı çıkarılamaz; bu nedenle de AİHS'nin açık bir ihlali söz konusudur.

D. AİHM'nin değerlendirmesi

1. AİHS içtihadı ile yerleşik genel ilkeler

(a) 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesiyle ilgili olarak AİHM tarafından uygulanan kriterler

AİHM, ilk olarak, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin etkili bir demokrasinin belirgin bir ilkesine yer verdiğini, bu nedenle de AİHS sisteminde asli önem taşıdığını vurgulamaktadır (bkz, *Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika*, A Serisi no. 113). Demokrasi, "Avrupa kamu düzeninin" temel bir ögesini oluşturmaktadır ve 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde güvence altına alınan haklar, hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulmasında ve korunmasında büyük önem taşımaktadır (bkz, *Ždanoka / Letonya*, no. 58278/00).

AİHM, sıklıkla, çoğulculuğun esas koruyucusu olan devletin rolünü vurgulamış ve bu rolü yerine getirirken, devletin, "yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklamasını sağlayacak koşullara uygun olarak" demokratik seçimler "düzenlemek" için pozitif tedbirler almak zorunda olduğunu belirtmiştir (bkz, *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda kaydedilen; *mutatis mutandis*, *Informationsverein Lentia ve Diğerleri / Avusturya*, A Serisi no. 276).

Özgür seçimler, ifade özgürlüğü ve özellikle siyasi tartışma özgürlüğü, bütün demokrasilerin temelini oluşturur (bkz, *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda kaydedilen; ve *Lingens / Avusturya*, A Serisi no. 103). "Yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklama hakkı", aynı zamanda dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü ve dolaylı olarak demokrasinin doğru bir şekilde işlemesi için gerekli bir dernek kurma şekli olan siyasi parti kurma özgürlüğünü güvence altına alan AİHS'nin 11. maddesiyle de bağlantılı olan bir konudur. Bir ülkenin halkında mevcut fikir akımlarını temsil eden siyasi partilerin sayısının çok olmaması halinde, halkın fikirlerini ifade edebilmesi tasavvur edilemez. Siyasi partiler, yalnızca siyasi kurumlar içerisinde değil, aynı zamanda medya sayesinde bu fikir akımlarını yansıtırken, demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasi tartışmaya yeri

doldurulamaz bir katkıda bulunmaktadırlar (bkz, *Lingens*, yukarıda kaydedilen; *Castells / İspanya*, A Serisi no. 236; ve *Birleşik Komünist Partisi / Türkiye, Raporlar 1998-I*).

Komisyon'un defalarca belirttiği gibi, "halkın düşüncesini özgürce açıklaması", bir ya da daha fazla adayın seçilmesinde baskı uygulanamayacağı ve bu seçimde, seçmenlerin bir partiye ya da diğerine oy vermeye aşırı şekilde itilmemeleri gerektiği anlamına gelmemektedir (bkz. *X/İngiltere*, no. 7140/75, 8 Ekim 1976 tarihli Komisyon kararı, DR 7, sayfa 96). Dolayısıyla, aday ya da parti tercihlerinde, seçmenlere hiçbir şekilde baskı uygulanmamalıdır. "Tercih" kelimesi, siyasi partilere, seçimlerde adaylarını sunma fırsatı verilmesi gerektiği anlamına gelmektedir (ibid.; bkz. *X/İzlanda*, no. 8941/80, 8 Aralık 1981 tarihli Komisyon kararı, DR 27, sayfa 156).

1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinin genel yorumu çerçevesinde, AİHM'nin içtihatında aşağıdaki ilkeler benimsenmiştir (bkz, diğer hususlar meyanında, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, sayfa 22 ve 23, §§ 46-51; *Ždanoka*, § 115; *Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, § 33, AİHM 2002-II; ve *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [BD], no. 74025/01, § 61, AİHM 2005-IX):

(i)1 No'lu Protokol'ün 3. maddesi, belirli bir hak ya da özgürlükten çok, Yüksek Sözleşmeci Tarafların, kişilerin fikirlerini özgürce ifade etmelerini garanti altına alan seçimler düzenleme yükümlülükleri şeklinde ifade edildiği için, ilk bakışta, hakları teminat altına alan diğer AİHS ve Ek Protokol maddelerinden farklı görünmektedir. Ancak, Protokol'ün 3. maddesine ilişkin hazırlık çalışmalarını (*travaux preparatoires*) ve hükmün, AİHS bağlamında yorumlanma şeklini bir bütün olarak göz önüne alan AİHM, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin, oy verme ve aday olma haklarını da içine alan kişi haklarını garanti altına aldığını tespit etmiştir (bkz. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*).

(ii)1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde yer alan haklar, mutlak değildir. "Zımni sınırlamalar" konması mümkündür ve Sözleşmeci Taraflara bu alanda geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır (bkz., *Matthews/İngiltere* [BD], no. 24833/94, § 63, AİHM 1999-I, ve *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, § 201, AİHM 2000-IV).

(iii)1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi bağlamındaki "zımni sınırlamalar" kavramı, bu madde ile güvence altına alınan haklara getirilen kısıtlamalar ile güdülen amacın bağlantısının belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. 3. maddede, 8.-11. maddelerde olduğu gibi meşru amaçlar spesifik bir liste olarak sayılmadığı cihetle Sözleşmeci Taraflar, bir kısıtlamayı mazur göstermek için bu listede yer almayan bir amaca atıfta bulunabilirler, yeter ki olayın şartlarında sözkonusu amaç, hukukun üstünlüğü ilkesi ve Sözleşme'nin genel amaçları ile uyumlu olsun. Bu, aynı zamanda AİHM'nin, 8.-11. maddeler kapsamında kullanılan geleneksel "gereklilik" veya "acil sosyal ihtiyaç" testlerini uygulamaması anlamına gelmektedir. AİHM, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine uygunluğu incelerken, temel olarak iki kritere odaklanmaktadır: keyfiliğin veya orantısallık eksikliğinin sözkonusu olup olmadığı ve kısıtlamanın, halkın görüşlerinin özgür ifadesine müdahale teşkil edip etmediği.

(iv)Her hal ve karda, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi'nin şartlarına riayet edilip edilmediği konusunda nihai olarak karar vermek AİHM'nin görevidir. Kısıtlamaların, sözkonusu hakları, esaslarına zarar verecek ya da etkinliklerini yitirmelerine neden olacak ölçüde sınırlamadığına, yasal bir amaç güdülerek getirildiklerine ve uygulanan yöntemlerin orantısız olmadığına ikna olmalıdır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, § 52). Özellikle, bu tür koşullar, yasamaya yönelik seçimlerinde halkın hür iradesini sınırlamamalı; başka bir

ifadeyle, genel oy kullanma hakkı vasıtasıyla halkın iradesini tespit etmeye yönelik seçim prosedürünün bütünlüğünü ve etkinliğini koruma ihtiyacını yansıtmalı veya bu ihtiyaca ters düşmemelidir. (*Hirst* (No. 2), § 62, *Hilbe/Liechtenstein* (karar), no. 31981/96, AİHM 1999-VI, ve *Melnychenko/Ukrayna*, no. 17707/02, § 56, AİHM 2004-X). Genel oy kullanma prensibinden şu ya da bu şekilde uzaklaşmak, yasama organının, dolayısıyla seçilenlerin ve yürürlüğe konan kanunların demokratik geçerliliğini zayıflatma riski taşımaktadır (bkz. *Hirst* (No. 2), § 62).

(v) 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin “pasif” unsuru olarak tanımlanabilecek seçime aday olarak katılma hakkı konusunda ise, AİHM, 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinin “aktif” unsuru olarak tanımlanabilecek oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamaları incelemesi gerektiği durumlara göre daha dikkatli davranmaktadır. Yukarıda bahsi geçen *Melnychenko* kararında (§ 57) AİHM, Milletvekili seçimlerine katılmak için aranacak şartların oy kullanmak için aranan şartlara göre daha katı olabileceğini gözlemlemişti. Bu noktada, devletlerin kuramsal olarak seçilme şartlarını belirlerken geniş bir takdir yetkisi bulunduğu doğru olmakla birlikte, AİHM bu hakların etkili olması ilkesi gereğince seçilme prosedürünün, keyfi kararların önünü alacak derecede teminat içermesi gerektiği görüşündedir. (ibid. § 59, bkz. ayrıca *mutatis mutandis*, *Podkolzina*, § 35).

(vi) Benzer şekilde, AİHM, halkın iradesi özgür ve demokratik şekilde ifade edildiği takdirde, demokratik düzen açısından mücbir sebep yoksa, müteakiben seçim sisteminin yapısı değiştirilmek suretiyle halkın seçiminin sorgulanamayacağını belirtmişti. (bkz. *Lykourazos/Yunanistan*, no. 33554/03, § 52, AİHM 2006-VIII).

(b) Seçim sistemleri ve barajları

AİHM, Sözleşmeciler Devletlerin, yasama organına ilişkin seçimlerde halkın özgür iradesine başvurmak üzere ne tür oy kullanılacağını belirlemede geniş bir takdir payına sahip olduklarını tekrarlar. Bu bakımdan, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde “halkın düşüncesinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde” “makul aralıklarla” ve “gizli oyla” düzenlenen “özgür” seçimlerin ötesinde şart yoktur. Bu şartlara bağlı kalarak, nisbi temsil veya bir ya da iki turlu çoğunluk oylaması gibi “belirli bir sistemin getirilmesi zorunluluğu” yaratmamaktadır (bkz. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, § 54).

Bu alana ilişkin kurallar, her bir devlete özgü tarihi ve siyasi unsurlara bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin seçim mevzuatları ile öngörülenlerin çeşitliliği muhtemel olasılıkların ne kadar çok olduğunu göstermektedir. Protokol'ün 3. maddesinin uygulanması yönünden her bir seçim mevzuatı ilgili ülkenin siyasi gelişimi ışığında değerlendirilmelidir, çünkü sistemlerin biri için kabul edilemeyecek özellikler, bir diğeri için, en azından seçilen sistem, “Meclis seçimlerinde halkın düşüncesinin özgürce ifade edilmesini” temin eden koşulları sağladığı sürece, kabul edilebilir olabilmelidir (bkz. *Py/Fransa*, no. 66289/01, § 46, AİHM 2005-I).

Ayrıca, seçim sistemlerinden bazı durumlarda, bir yandan halkın düşüncesini adil şekilde yansıtmak, diğer yandan yeterli derecede net ve tutarlı bir siyasi iradenin ortaya çıkmasını teşvik edecek düşünce akımlarına yön vermek gibi, bazen birbirleri ile çok da uyumlu olmayan amaçları gerçekleştirmeleri beklendiği unutulmamalıdır. 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde, tüm oyların seçim sonuçları açısından aynı önemi haiz ya da tüm adayların eşit derecede galibiyet şansına sahip olması gerektiği öngörülmemektedir. Bu

nedenle, hiçbir seçim sistemi “boşa giden oyları” ortadan kaldıramaz (bkz. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, § 54).

Seçim barajları hususunda, dava koşullarının mevcut dava koşullarına benzediği *Silvius Magnago* ve *Südtiroler Volkspartei/İtalya* kararında (no. 25035/94, 15 Nisan 1996 tarihli Komisyon kararı, DR 85-A, sayfa 116) Komisyon, “Temsilciler Meclisi üyelerinin kalan %25’lik kısmının seçilmesi için gerekli olan %4’lük barajın” ve hatta “nispeten yüksek bir baraj belirlemiş olan bir sistemin”, devletlerin sözkonusu husustaki geniş değerlendirme yetkisi dahilinde olduğu görüşünü açıklamıştır. Komisyon ayrıca benzer barajların, diğer Avrupa hukuk sistemlerinde de mevcut olduğunu belirtmiştir (bkz. *Etienne Tete/Fransa*, no. 11123/84, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde sandalye kazanmak için gereken %5’lik seçim barajına ilişkin 9 Aralık 1987 tarihli Komisyon kararı, DR 54, sayfa 68). Son olarak, Komisyon, seçim barajlarının yeterince temsil edilen seçmen görüşlerinin sıyrılmasını teşvik etmesi gerektiği kanaatindedir.

Federacion nacionalista Canaria/İspanya kararında (no. 56618/00, AİHM 2001-VI), AİHM Kanarya Adaları Özerk Yönetimi’nde kullanılan nisbi temsil sisteminin bir parçasını oluşturan seçim barajlarını incelemiştir. Alternatif olarak düzenlenen iki koşul mevcuttur: adaylar, belirli bir ada seçmenlerince kullanılan geçerli oyların en az %30’unu veya Özerk Yönetimin genelinde kullanılan oyların en az %6’sını almalıdır. AİHM, bu tür bir sistemin, “başvuran federasyon tarafından gösterilenlere benzer adayları men etmediğini, aksine daha küçük siyasi gruplara belirli derecede koruma sağladığını” gözlemlemiştir.

AİHM, son olarak, Milletvekili seçimlerinde uygulanan %5’lik baraja ilişkin diğerleri meyanında en son kararında (*Partija “Jaunie Demokrati”* ve *Partija “Mūsu Zeme”/Letonya*, no 10547/07 ve 34049/07, 29 Kasım 2007) temsili düşünce akımlarını yeterli derecede teşvik etmesi ve Mecliste aşırı bölünmeyi engellemesi nedeniyle, ilgili barajın, 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin gereklerine aykırı olduğuna karar verilemeyeceği kanısındadır.

2. Yukarıda kaydedilen ilkelerin mevcut davada uygulanması

AİHM, mevcut davada başvuranların, seçim listesinde bulundukları DEHAP’ın, Şırnak seçmenlerinden aldığı %45.95’lik oya rağmen 3 Kasım 2002 Milletvekili seçimlerinde TBMM’ye seçilmemeleri nedeniyle 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia ettiklerini belirtmektedir. Ulusal oyların %6.22’sini alan partilerinin, %10’luk seçim barajına ulaşamadığını ve dolayısıyla Mecliste temsil edilmekten mahrum bırakıldığını ifade etmişlerdir.

AİHM, ulusal barajın 2839 sayılı Kanun’un 33. maddesinde öngörüldüğünü ve Meclisteki sandalyelerin, ulusal düzeyde farklı listeler ve adaylar arasında ne şekilde paylaşılması gerektiğini belirlediğini gözlemlemektedir. Bu, 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, başvuranların seçim haklarına açıkça bir müdahale teşkil etmektedir ve bu hususta taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır.

Yukarıda kaydedilen ilkeler ışığında AİHM, öncelikle öngörülebilirliği taraflar arasında ihtilafa neden olmayan şikâyet konusu önlemin, yasal bir amaca hizmet edip etmediğini doğrulamalıdır. İkinci olarak, keyfilik olup olmadığını ve kullanılan yollar ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantısallık ilişkisinin mevcut olup olmadığını tespit etmelidir. Sözkonusu iki kriteri uygulayarak sözkonusu sınırlamanın, 1 No.lu Protokol’ün 3.

maddesi bağlamındaki bireysel fikirlerin özgürce ifade edilmesi hakkının özüne zarar verip vermediğine karar vermelidir.

(a) Yasal amaç

AIHM, diğer Sözleşme maddelerinin aksine, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin, kısıtlamalar ile gerçekleştirilmesi öngörülebilecek amaçları tanımlamadığını veya sınırlamadığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla belirli bir davanın koşullarında belirli bir amacın hukukun üstünlüğü ilkesine ve AIHS'nin genel amaçlarına uygun olması halinde, çeşitli amaçlar da bu maddeye uygun olabilmektedir.

Başvuranlar, halkın büyük kısmının Mecliste temsil edilmesine ilişkin tercihlerini açıklamasını engellemesi nedeniyle, barajın yasal bir amaca hizmet etmediğini belirtmiştir. Hükümet, barajın amacının Mecliste aşırı bölünmeyi önlemek ve böylece devletin istikrarını güçlendirmek olduğunu ileri sürerek iddiayı reddetmektedir.

AIHM'nin seçim sistemlerine ilişkin görevi, Milletvekili seçimlerine ilişkin mevzuatın etkisinin, bir takım kişileri ya da grupları ülkenin siyasi hayatına katılmaktan alıkoymak olup olmadığına (bkz. *Aziz/Kıbrıs*, no 69949/01, § 28, AIHM 2004-V), belirli bir seçim sisteminin yol açtığı tutarsızlıkların keyfi ya da köyü niyetli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ya da sistemin, diğerleri pahasına bir siyasi partiye ya da adaya seçim avantajı sağlayıp sağlamadığına karar vermektir (bkz., *X/İzlanda*).

AIHM, yüksek seçim barajlarının, seçmenlerin bir kısmının temsil edilmesine engel olabileceğini kabul etmektedir. Ancak, bu durum tek başına karar verilmesinde belirleyici değildir. Bu tür seçim barajları, yüksek bir baraj sözkonusu olduğunda küçük partilerin zarar görmesine neden olabilse de, bireysel fikirlerin özgürce ifade edilmesine izin verdiği kabul edilen nisbi sisteme gerekli bir düzenleme sağlayabilmektedir (bkz., *mutatis mutandis, Liberal Party, R ve P/İngiltere*, no 8765/79, 18 Aralık 1980 tarihli Komisyon kararı, DR 21, sayfa 225).

Türkiye'de %10'luk baraj, hangi seçim bölgesinde bulunduklarına bakılmaksızın tüm siyasi parti adaylarına fark gözetmeksizin uygulanan genel bir kuraldır. Seçim barajının uygulanmaya başlandığı 1983'den bu yana, çeşitli siyasi çizgilerde yer alan birçok parti, barajı aşamamış ve Mecliste temsil edilmemiştir. 3 Kasım 2002 seçimleri bu duruma bir örnektir; yalnızca DEHAP değil, başvuranın partisi ve birçok parti, özellikle (sırasıyla, kullanılan oyların %9.54, %8.36, %7.25 ve %5.13'ünü alan) DYP, MHP, GP ve ANAP Mecliste sandalye elde edememiştir. 1991 ve 2007'de DEHAP ile aynı siyasi çizgide olan bir grup aday, farklı bir siyasi partiden ya da bağımsız aday olarak Meclise girebilmiştir.

Ayrıca Türk seçim sistemi, birçok üye devletin seçim sistemi gibi, üniter devlet esasına dayanmaktadır. Anayasa'nın 80. maddesine uygun olarak, Milletvekilleri "kendilerini seçen bölgeleri ya da kişileri" değil, "bütün ulusu" temsil etmektedir; bu durum Türk Devleti'nin üniter yapısından kaynaklanmaktadır. Her il, Mecliste en az bir Milletvekili tarafından temsil edilmektedir. Kalan sandalyeler, şehirlerin nüfusuna göre dağıtılmaktadır; bu nedenle tüm ülke temsil edilmektedir. Burada, ülkenin anayasal yapısından kaynaklanan ve siyasi ve kurumsal kriterlere dayanarak yasa koyucu tarafından yapılmış bir tercih sözkonusudur. Türk seçim sistemi, bu haliyle, esasen bölgesel olarak yapılmış partilere, ülkenin geri kalan kısmında kazanılan oylardan bağımsız olarak Mecliste temsil imkânı sağlayan bir seçim sistemi benimseme yükümlülüğü getirmeyen 1 No.lu Protokol'ün 3.

maddesine aykırı değildir. Diğer yandan, ilgili mevzuatın, bu tür partilerin Mecliste temsil edilmesini önleme eğilimi göstermesi halinde sorun çıkabilir.

Son olarak, AİHS organları genel olarak, seçim barajlarının esasen ülke içindeki düşünce akımlarının yeterince temsili olanlarının ortaya çıkmasını teşvik etme amacı güttüğünü kabul etmektedir (bkz. *Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei*, ve *Etienne Tete*; bkz. *Partija “Jaunie Demokrati”* ve *Partija “Mūsu Zeme”*). Sonuç olarak AİHM, sözkonusu müdahalenin, Mecliste aşırı ve zayıflatıcı bölünmeyi önlemeye ve dolayısıyla hükümet istikrarını kuvvetlendirmeye yönelik meşru bir amacı olduğu yönündeki Daire kararına katılmaktadır.

(b) Orantısallık

Daire, kararında, Anayasa Mahkemesi’nin 18 Kasım 1995 tarihli kararına atıfta bulunularak, bu haliyle toplum içerisindeki siyasi alternatiflerin ortaya çıkmasını engelleyemeyeceği için, yüksek olmasına rağmen, seçim barajının ulusal makamların geniş takdir yetkisini aşmadığına kanaat getirmiştir. Başvuranlar bu karara itiraz etmişler, Hükümet, ise AİHM’den Daire’nin kararını onaylamasını istemiştir.

AİHM, Türkiye’de uygulanan %10’luk seçim barajının Avrupa’da uygulanan en yüksek seçim barajı olduğunu gözlemlemektedir. AİHM, sözkonusu barajın orantısız olmadığını doğrulamak amacıyla öncelikle seviyesini diğer Avrupa ülkelerinde uygulanan barajlarla karşılaştırarak değerlendirecektir. Ardından, telafi unsurlarını ve diğer teminatlarını inceleyecektir.

i. Karşılaştırmalı hukuk unsurları

Başvuranlar, mevcut davaya konu barajın, Avrupa ülkelerinin “ortak demokratik siyasi geleneklerine” uygun olmadığını düşünmektedir.

AİHM, seçim barajlarının Avrupa seçim sistemleri içinde kabul gördüğünü ve seçim türü ile kullanıldıkları şartlara göre değişen farklı türleri bulunduğunu gözlemlemektedir. Üye devletlerde kabul edilen seçim barajlarının incelenmesi sonucunda, Türkiye haricinde yalnızca üç devletin, yüksek seçim barajı kabul ettiğini anlaşılmaktadır. Liechtenstein seçim barajını %8, Rusya Federasyonu ve Gürcistan ise %7 olarak tespit etmiştir. Devletlerin üçte biri %5’lik, on üçü ise daha düşük bir seçim barajı belirlemiştir. Nisbi seçim sistemine sahip diğer devletler baraj uygulamamaktadır. Barajlar da bir partiye ya da koalisyona uygulanmalarına göre değişmektedir ve bir takım ülkeler, bağımsız adaylar için barajlar koymaktadır.

AİHM, ayrıca, Türk ulusal seçim barajının istisnai şekilde yüksek olduğunu ve aşağı çekilmesi gerektiğini ifade eden Avrupa Konseyi organlarının görüşlerine önem vermektedir. Demokraside temsil olgusu ve barajlar arasındaki çözülmez bağı vurgulayan 18 Nisan 2007 tarihli kararında, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, “yerleşik demokrasilerde genel seçimlerde %3’ten yüksek seçim barajı olmaması gerektiğine” işaret etmiştir. Bu görüş, Parlamenterler Meclisi’nin 1791 (2007) sayılı tavsiye kararında yinelenmiştir. Ayrıca, Parlamenterler Meclisi’nin Türkiye’ye ilişkin 1380 (2004) ve 1547 (2007) sayılı kararlarında ve AKPM’de geçici bir komisyon tarafından hazırlanan “Türkiye’deki genel seçimlere ilişkin görüşler (22 Temmuz 2007)” raporunda Avrupa Konseyi organları Türkiye’ye, diğerleri

meyanında, seçim kanunu'nu, %10'luk barajı aşağı çekecek şekilde düzenlemesini tavsiye etmiştir.

Ancak, seçim barajının etkileri, bir ülkeden diğerine değişiklik gösterebilir ve sistemler, farklı, hatta bazen karşıt siyasi amaçlar güdebilir. Bir sistem, partilerin Mecliste adil temsil edilmesine odaklanmışken, bir başka sistem, hükümeti kurmakla görevlendirilen partinin Milletvekillerinin mutlak çoğunluğuna sahip olabilmesi için Meclisin küçük partilere bölünmesini engellemeyi hedefleyebilir. Bu amaçların hiçbirinin, kendi içinde makul olmadığı söylenemez. Ayrıca, barajların oynadığı rol, seviyelerine ve her bir ülkedeki parti sistemine göre değişiklik göstermektedir. Düşük bir baraj, yalnızca çok küçük grupları dışarıda bırakır ve bu durumda istikrarlı çoğunlukların oluşması zordur, halbuki, parti sisteminde bölünmenin yüksek olduğu durumlarda, çok yüksek bir baraj, oyların önemli bir bölümünün temsil edilmemesine neden olur.

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin seçim yasalarında öngörülen durumların çeşitliliği, bu konuya ilişkin muhtemel seçeneklerin çeşitliliğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, AİHM, başvuranların savunduğu gibi %5'lik bir seçim barajının üye devletlerin genel uygulamasına daha uygun olduğunu kabul etmekle birlikte, hiçbir seçim barajını, kendisinin de dahil olduğu seçim sistemini göz önüne almadan değerlendiremeyeceği de açıktır. Ayrıca, her seçim yasasının ilgili ülkenin siyasi gelişimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği daha önceden belirtilmiştir. Bunun nedeni, sözkonusu sistem “yasama organı seçiminde halkın iradesinin özgürce ifadesini” garanti ettiği müddetçe, belli bir sistemce kabul edilemez olan detayların bir başka sistem çerçevesinde kabuledilebilir özellikte olabileceğidir (bkz., *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, § 54). AİHM, bu nedenle tartışma konusu sisteme getirilen telafiler ve diğer garantilerin etkilerini değerlendirmelidir.

ii. Telafiler ve diğer garantiler

Hükümet, Türk seçim sisteminde, seçim barajının olumsuz etkilerini dengeleyecek telafiler bulunduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, 22 Temmuz 2007 seçimlerinin teyit etmiş olduğu gibi, bağımsız adaylar olarak seçimlere katılmaları veya partileri DEHAP'ın diğer büyük partilerden biriyle seçim koalisyonu yapması halinde başvuranlar, 3 Kasım 2002 seçimlerinde seçilebilirlerdi.

AİHM, başvuranların, seçim stratejisinin yukarıda kaydedilen türlerine başvurmanın, kendilerine Meclise seçilme şansı verdiği yönündeki Hükümet iddiasına itiraz etmediğini not etmektedir. Ancak, başvuranlar, temsili demokrasilerde siyasi partilerin önemini vurgulayarak, ne bağımsız adayların ne de kurulan koalisyonların, demokrasinin temel unsurları olan bağımsız siyasi partilerin yerini alabileceğini ileri sürmüşlerdir.

Dolayısıyla, AİHM, Hükümet'in değindiği seçeneklerin, barajın olumsuz etkilerini azaltacak yollar olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar vermelidir.

Seçimlere bağımsız bir aday olarak katılma olasılığına ilişkin olarak AİHM, Daire kararının 71. paragrafında olduğu gibi, partiler tarafından siyasi tartışmaya yapılan yeri doldurulmaz katkıyı vurgulamaktadır. Bu siyasi oluşumlar, bir yandan vatandaşların, seçim tartışmasına katılmak için kullanabilecekleri bir araç görevini görürken, diğer yandan da çeşitli siyasi programlara desteğin ifade edileceği bir kürsü görevini görmektedir (bkz., *mutatis mutandis*, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri*, sayfa 17, paragraf 25). Bu nedenle, genellikle yerel olarak konuşlanmış bağımsız adaylar gibi, diğer siyasi aktörlerden

ayrılabilirler. AİHM, benzer şekilde, Türkiye’de bağımsız adayların, güvence parası yatırmalarının istenmesi, isimlerinin sınır kapılarına ve büyük havaalanlarına gönderilen oy pusulalarında yer almaması ve tüm siyasi partiler, televizyon ve radyo reklamına ayrılan sürede kendilerini ifade ederken seçim mesajları yayımlayamamaları gibi, siyasi partilere uygulanmayan bir dizi aleyhte kısıtlamalara ve koşullara maruz kaldığını tespit etmektedir.

Ancak, AİHM, bu yöntemin, uygulamada etkisiz olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Özellikle 22 Temmuz 2007 seçimlerinde, küçük partiler, bağımsız adaylar vasıtasıyla barajın olumsuz etkisinden kaçınmış ve bu yolla Mecliste sandalye kazanabilmişlerdir. Örneğin, DEHAP’ın varisi olan DTP, Mecliste yirmi sandalye kazandıktan sonra bir Meclis grubu oluşturabilmiştir.

Bu sonuç, esasen muhalefet partilerinin, kendi adları altında kendi adaylarını koymaktansa “bir parti tarafından desteklenen bağımsızlar” olarak adlandırılacak bir stratejiye yönelmelerinden kaynaklanmıştır. Bağımsızlara herhangi bir seçim barajı uygulanmaması, yukarıda kaydedilen kısıtlamalara rağmen bu seçim stratejisinin benimsenmesini kolaylaştırmıştır. Ancak, her hal ve karda, bir adayın resmi olarak kendi siyasi partisi tarafından sponsorluğunun yapılması durumu ile karşılaştırıldığında, bu durum, ehveni şer olarak nitelendirilebilir.

Aynı durum, diğer siyasi gruplarla bir seçim koalisyonu oluşturma olasılığı için de geçerlidir. AİHM, bu hususta 2839 sayılı Kanun’un 16. maddesinin, partilerin ortak liste sunmalarına ve yasal koalisyonlar oluşturarak genel seçimlere katılmalarına izin vermediğini belirtmektedir. Hükümet’in de belirtmiş olduğu gibi, siyasi partiler, bu yasağı aşmalarını sağlayan siyasi bir strateji geliştirmiştir. Bu stratejinin kullanılmasının, özellikle 1991 ve 2007 seçimlerinde somut sonuçları olmuştur. 20 Ekim 1991 seçimlerinden önce, iki büyük siyasi parti bayrağı altında iki koalisyon oluşturulmuştur. Bu şekilde DEHAP’ın selefi olan HEP’in de dahil olduğu bazı küçük partiler Mecliste on sekiz sandalye kazanmıştır. Aynı seçim stratejisi, 22 Temmuz 2007 seçimlerinde de meyvesini vermiştir.

Kabul edildiği üzere, 3 Kasım 2002 seçimlerinde verilen oyların %45.3’ünün (yaklaşık 14.5 milyon) Mecliste temsil edilmediği göz önünde bulundurulursa, bu seçim stratejilerinin yalnızca sınırlı bir etkisi olabilmektedir. Daire kararının 73. paragrafında da belirtilmiş olduğu gibi, seçmenlerin bu denli büyük bir kısmının Mecliste temsil edilmemesi, demokratik idare ve siyasi sorumluluğun ana unsuru olan ve gerçekten demokratik bir siyasi rejim arzusunu en iyi şekilde yansıtmaması gereken yasama organının, temsili bir demokraside oynadığını hayati rolle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, birçok araştırmacının belirtmiş olduğu gibi Kasım 2002 seçimlerinin, pek çok nedeni olan bir kriz atmosferinde gerçekleştiği belirtilmelidir (ekonomik ve siyasi krizler, depremler, vb). Bu bağlamda, 1999 seçimleri ardından Koalisyon Hükümeti kurmuş olan üç partinin, %10’luk seçim barajına ulaşamaması ve bu nedenle Mecliste temsil edilememeleri önemlidir.

Ayrıca, 1983’den bu yana yapılan Milletvekili seçimlerinin incelenmesi sonucunda, Kasım 2002 seçimlerinden sonra gözlemlenen temsil yetersizliğinin, esasında kısmen bağlamsal olabileceği ve yalnızca yüksek seçim barajına dayalı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu noktada, sözkonusu seçimler hariç, Mecliste temsil edilmeyen oyların oranının hiçbir zaman %19.4’ü geçmediği belirtilmelidir (1987’de %19.4, 1991’de %0.5, 1995’te %14 ve 1999’da %18). Bu oran, 22 Temmuz 2007 seçimlerinde %13.1’e düşmüştür.

Sonuç olarak, AİHM, seçim barajlarının amaçlarından biri olan Mecliste bölünmeyi önleme amacına ters düşmesine rağmen, %10'luk yüksek seçim barajından etkilenen siyasi partilerin, barajların pratikteki etkilerinden bazılarını azaltabilecek stratejiler geliştirdiğini belirtmektedir.

AİHM, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin bu hususa ilişkin rolüne önem vermektedir. 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, Anayasa Mahkemesi kararında demokratik devlet ve çoğulculuk ilkelerini temel alarak, her bir seçim bölgesi içerisinde "basit baraj" uygulama fikrini reddetmiştir. 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra, seçim sistemleri hususunda karar verirken, yasa koyucunun bu hususta sınırsız takdir yetkisi bulunmadığına ve "kişilerin fikirlerini özgürce ifade etmelerini kısıtlamaya yönelik, siyasi hayatı, bir siyasi partinin hegemonyasına sokan ya da çok partili sisteme zarar veren" tedbirler alamayacağına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 18 Kasım 1995 tarihli kararında, 1968 içtiihadını değiştirerek, şikâyet konusu barajın varlığının esasını, fonksiyonel olmayan ve Mecliste aşırı bölünmeyi önleyecek nisbi temsil ilkesine getirilen bir telafi olarak incelemiştir. Barajların, "seçme ve seçilme hakkını" kısıtladığını kabul etmekle birlikte, normal ölçüleri aşmadıkları sürece kabul edilebileceklerine hükmetmiş ve %10'luk seçim barajının, anayasal ilkelere uygun olduğuna karar vermiştir. Diğer yandan, "adil olarak temsil edilme" ilkesine atıfla, iller düzeyinde %25'lik bir seçim barajı uygulanmasını iptal etmiştir. Bu çerçevede, adil olarak temsil edilme ve hükümet istikrarına ilişkin anayasal ilkelerin, birbirlerini dengeleyecek ve tamamlayacak şekilde bağdaştırılmaları gerektiğini teyit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, adil olarak temsil edilme ve hükümet istikrarına ilişkin anayasal ilkeler arasında denge noktasını gözeterek, tartışma konusu seçim barajının aşırı etkilerini önlemek amacıyla yaptığı değerlendirme, sözkonusu barajın etkileri nedeniyle 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde öngörülen hakkın esasının ihlal edilmesine karşı bir güvence oluşturmaktadır.

iii. Sonuç

Sonuç olarak AİHM, genel olarak %10'luk seçim barajının aşırı yüksek olduğu kanısındadır. Bu bağlamda, barajın istisnai derecede yüksek seviyesini vurgulayan ve aşağı çekilmesini öneren Avrupa Konseyi organları ile mutabıktır ve bu oranın indirilmesini tavsiye etmektedir. Bu baraj siyasi partileri, seçim sürecinin şeffaflığına katkıda bulunmayan taktikler izlemeye mecbur bırakmaktadır. Ancak, mevcut davada, AİHM sözkonusu seçimlerin kendine özgü siyasi çerçevesi ışığında ve pratikteki etkilerini sınırlayan telafiler ve diğer garantilerle birlikte değerlendirildiğinde, barajın esas olarak başvuranlara 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi bağlamında tanınan hakkın esasına zarar verdiği hususunda ikna olmamıştır.

Dolayısıyla, söz konusu madde ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, AİHM

Dörde karşı on üç oyla, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edilmediğine *karar vermiştir.*

İşbu karar, İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 8 Temmuz 2008’de İnsan Hakları Binası’nda kamuya açık toplantıda açıklanmıştır.

AİHS’nin 45/2. maddesi ile AİHM İç Tüzüğü’nün 74/2. maddesi uyarınca Yargıç Tulkens, Vajic, Jaeger ve Sikuta’nın ortak muhalefet şerhi kararın ilişigindedir.

YARGIÇ TULKENS, VAJIC, JAEGER VE ŞİKUTA’NIN ORTAK MUHALEFET ŞERHİ

Hareket noktası olarak aynı ilkeleri esas almamıza rağmen, çoğunluğun 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin ihlal edilmediği yönünde vermiş olduğu karara katılmıyoruz.

1. Nisbi sistemde barajın gerekli görülmesi, seçim barajlarının esasen ülkede var olan düşünce akımlarının yeterince temsili olanlarını teşvik etme amacı güttüğü ve Mecliste aşırı ve zayıflatıcı bölünmeyi önlemeye imkân tanıdığı ölçüde, tek başına 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin ihlaline neden olmaz. Ancak, 1980 yılında uygulamaya konan % 10’luk seçim barajına (Avrupa’daki en yüksek oran) dayanan Türkiye’deki sistem, nüfusun büyük bir kesimini Mecliste temsil edilme imkânından yoksun bırakmaktadır.

1987, 1991, 1995 ve 1999 yıllarında yapılan Milletvekili seçimlerinde ortaya konduğu gibi, Mecliste temsil edilmeyen oyların oranı, sırasıyla, % 19.4 (yaklaşık 4.5 milyon oy), % 0.5 (yaklaşık 140.000 oy), % 14 (yaklaşık 4 milyon oy) ve % 18.3’tür (yaklaşık 6 milyon oy). 2002 seçimi sonuçları, bir “temsil krizi”ne yol açmıştır; çünkü, oyların % 45.3’ü (yaklaşık 14.5 milyon oy) dikkate alınmamış ve Mecliste yansıtılmamıştır.¹ AGİT’in bir raporuna göre, Türkiye’deki seçim sisteminde uygulanan % 10’luk baraj, bölgesel partilerin veya azınlık partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne girme ihtimallerini ortadan kaldırmakta ve nisbi sistemin asıl amacını yerine getirmemektedir.² Aslında, % 10’luk baraj, temsili demokrasinin özünü oluşturan, Mecliste eleştiri ve tartışmayı ortadan kaldırma eğilimindedir. AİHM’nin defalarca belirttiği gibi, çoğulculuk olmadan demokrasi olamaz (bkz, Özgürlük ve Demokrasi Partisi / Türkiye, no. 23885/94).

2. Hükümet, % 10’luk seçim barajının hükümet istikrarını sağlamak anlamında *meşru bir amaç* güttüğünü iddia etmiştir. Hükümete göre Türkiye’de bu baraj olmadan nisbi oy sisteminin uygulanması halinde, istikrarlı çoğunluklar sağlanamaz. AİHM, bu iddiayı incelemeyen veya herhangi bir eleştiriye tabi tutmadan kabul etmiştir. Ancak, bazılarının göre, Türkiye’nin tarihi bağlamında yapılan bir araştırma, bu amaç hakkında şüphe uyandırmaktadır

¹ R. ZIMBRON, “The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights”, 49 *Harvard International Journal Online* 10 (2007), <http://www.harvardilj.org/online/125>, s. 18.

² Bkz, ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE, OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS, *Assessment Report: Republic of Turkey Parliamentary Elections* (2002).

çünkü, böylesi yüksek bir baraj uygulamayan bir seçim sisteminde de güçlü hükümetlerin kurulması mümkün olabilir.³ Aksine, böylesi yüksek bir baraj, istikrardan çok kutuplaşmaya neden olmaktadır.

Ayrıca, günümüzde daha küçük gruplar, mevzuat boşluklarından yararlanmak suretiyle Mecliste temsil edilmektedirler (cf. *infra*, 4. madde). Dolayısıyla, bundan böyle kanunun amacının küçük grupları Meclisin dışında tutmak olduğu düşünülemez; çünkü geriye kalan tek etkinin seçim sürecinde barajı geçmesi kesin olmayan küçük partilerin şansını azaltmak olduğu görülmektedir. Bu partilerin ya müttefik bulmaları, ya da bağımsız adaylar göstererek ortadan kaybolmaları şarttır.

3. Müdahalenin *orantısallığına* ilişkin, çoğunluğun ilk argümanı 3 Kasım 2002 seçimlerinin, çoklu nedenlerden kaynaklanan gergin bir ortamda (ekonomik baskı, politik kriz ve deprem) yapılmış olmasıdır. Diğer bir deyişle, istisnai bir durum için istisnai bir çözüme gerek duyulmuştur.

Ancak, %10'luk seçim barajının yalnızca Kasım 2002 seçimlerinde kullanılmamış olması, ilk bakışta makul görünen bu iddiayı daha az ikna edici hale getirmektedir. Öncelikle, sistem çok daha erken, 1983'te, kabul edilmiştir. O tarihten bu yana farklı siyasi çizgiler izleyen çok sayıdaki siyasi parti, barajı geçememiş ve Mecliste sandalye sahibi olamamıştır. İkinci olarak, baraj 2002 seçimlerini müteakiben 22 Temmuz 2007 Meclis seçimleri sırasında da kullanılmıştır. Seçim sistemi reformlarının tartışılmakta olduğu doğrudur ancak bugüne kadar görünmez bir elin bu reformların meyve vermesine engel olduğu anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında çoğunluğun kararını etkileyen en önemli argümanın, yani 2002 seçimlerinin özel koşullarının, uygun bir argüman olmadığı kanısındayız.

4. Çoğunluğun ikinci iddiası, her koşulda ve genel hatlarıyla, aşırı buldukları %10'luk seçim barajının etkilerini sınırlayabilen “telafiler ve diğer garantiler” olarak adlandırdıkları kavramlara verdikleri öneme ilişkindir.

Ancak bunlar nedir? AİHM, bunların siyasi partilerin kullanmak durumunda bırakıldıkları ve seçim sürecinin şeffaflığına zarar veren “taktikler”⁴den ibaret olduklarını kabul etmektedir. Taktik, kelimenin tam anlamıyla *ruse de guerre* (savaş hilesi) ibaresinde kullanıldığı gibi hile demektir. Düzgün olarak işlemeyen demokratik bir sistem “taktikler” ile düzeltilebilir ve bu şekilde, AİHS'ye uygun kabul edilebilir mi?

Daha somut bir ifadeyle, Türk siyasi partileri, engelleri “atlamak” için seçim teknikleri geliştirmiştir. Bu teknikler, bir parti tarafından desteklenen (ancak seçilir seçilmez kendi partilerine yeniden geçen) bağımsız adaylar çıkarmayı veya bir partiden, diğer partinin listesine adaylar eklemeyi içermektedir. AİHM, bunun ehveni şer bir çözüm olduğunu teyit etmiştir. Ayrıca bu adaylar, siyasi partilere nazaran bir takım istenmeyen kısıtlamalara ve koşullara maruz kaldığı için bu tür bir sistemin sıkıntılarına da dikkat çekmektedir. Buna rağmen AİHM, sözde pratik sonuçları nedeniyle bu “taktikleri” kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, sonuca varmak için kullanılan yollar mübahtır.

Bu durumun ortaya çıkardığı siyasi etik sorununun yanı sıra, mantıken de kabul edilmesi bizim açımızdan güç görünmektedir çünkü AİHM, bu “taktiklerin” bu derece yüksek bir baraj konulmasına neden olan, Mecliste bölünmenin engellenmesinden ibaret meşru amaca

³ R. ZİMBRON, “The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, s. 13.

⁴Çev n: Orijinal metinde “stratagem” olarak geçmektedir.

ters düştüğünü kabul etmektedir. Ayrıca, bu telafiler ve garantiler, yalnızca siyasi değeriendirme ve anlaşmaların sonucudur ve gelecekte var olabileceklerine ilişkin bir istikrar veya güvence bulunmamaktadır. Türk Anayasası'na ve Türk seçim mevzuatına (2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 16. maddesi) aykırı olan bu uygulamalar, bugünden yarına değeriştirilebilir veya kaldırılabilir. Bu şartlar altında, bu tür telafilerin, AİHS açısından güvence olarak tanımlanabilmesini kabul etmek güçtür. Son olarak, AİHM, partilerin % 10 barajını aşmak için başka partilerin korumasını aramak ve bulmak zorunda kalmaları nedeniyle, bu tekniklerin partiler sistemi üzerindeki zararlı etkilerini incelememiştir. Partiler farklı düşünceleri temsil etmekte ve birleştirmektedir. Seçimlere bağımsızca katılmalarına yapılan, doğrudan veya dolaylı her müdahale, halkın düşüncesinin özgürce açıklanmasına hanel getirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiğı gibi, seçimler sırasında farklı partiler mevzuattaki boşluklardan yararlanarak gizli ittifaklar yaptıklarında bu durum gerçekteşmektedir. Bu ittifakları oluşturabilmek için, bir partinin adaylarının diğeri bir parti tarafından kabul edilmesi ve dahi onaylanması gerekmektedir, ki bu durum, partilerin, özellikle diğeri partilerin listelerinde aday gösterdiği temsilcileri bağlamında, özgürlüğünü tehdit etmektedir. Bir başka deyişle, bu, seçmenlerle "saklambaç" oynamak, dolayısıyla temel demokratik ilkeleri tehlikeye atmak anlamına gelmektedir

5. Avrupa'daki en yüksek baraja sahip olan, belli bir bölge veya ulusal azınlıkla özdeşleşen seçmenlerin büyük bir kısmının görüşleri ve çıkarlarını kaale almayan ve diğeri siyasi partilerle açık koalisyonlar kurmayı yasaklayan sözkonusu seçim sistemi, Devlet'e bırakılmış olan çok geniş takdir payını açıkça aşmakta ve AİHS'nin 1 No.lu Protokolünün 3. maddesinin hedef ve amacına ters düşmektedir. Profesör I. Budge tarafından kaydedildiğı gibi; "O dönem halen hassas durumda olan bir demokratik sistemi desteklemek için istisnai bir tedbir olarak haklı çıkarılabilecek olan durum, Türk demokrasisinin Avrupa Birliğı üyeliğı talebinde bulunulabilecek kadar istikrarlı ve olgun bulunduğı bugün, güçlkle haklı çıkarılabilir."⁵

6. Dolayısıyla, seçim sistemine ilişkin bu kısıtlamaların, sözkonusu hakları, özlere zarar verecek ve etkilerinden yoksun bırakacak derecede kısıtlamadığı konusunda ikna olmuş değiliz (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, 2 Mart 1987 tarihli karar). Yürürlükte olan sistemin ancak telafilerle birlikte AİHS standartlarıyla uyumlu olarak değeriendirilebileceğini kabul ederken, aynı zamanda bu telafilerin uygulanan "taktikler" sonucu ortaya çıktığını belirten çoğunluğun kendisi de, bir ölçüde benzer bir görüşü benimsemektedir.

Özgür seçimler, Avrupa'da adalet ve barışın temellerinden biridir; etkili siyasi/çoğulcu demokrasinin, dolayısıyla da hukukun üstünlüğünün ve insan haklarına bağı kalınmasının gelişiminde vazgeçilmezdir. Sadece AİHS'nin değil aynı zamanda tüm Avrupa Konseyi sisteminin temelini oluşturan bu temel hedeflere, AİHS ile uyumlu hale getirmek için hile ile aşılması gereken seçim kurallarına dayanarak nasıl ulaşılabileceğini anlamak güçtür. Dolayısıyla, seçim sistemine ilişkin gerekli reformları, açık ve şeffaf bir şekilde gerçekteştirerek bu doğrudan yapılacak reformlar – bizim görüşümüze göre – mevcut durumu AİHS ile uyumlu olarak iyileştirmek için uygun olan tek yol olacaktır.

⁵ Başvuranların görüşleri, 29 Ekim 2007 tarihinde Katiplik tarafından alınmıştır.