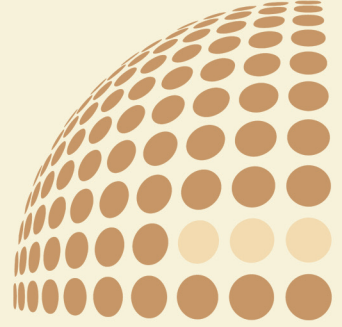


# SETA ANALİZ



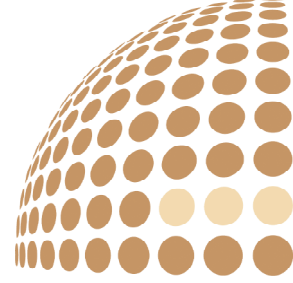
SETA | Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı | [www.setav.org](http://www.setav.org) | Ocak, 2009



## **BAŞÖRTÜSÜ, AK PARTİ VE LAİKLIK: ANAYASA MAHKEMESİNDEN İKİ KARAR BİR GEREKÇE**

ZÜHTÜ ARSLAN

# SETA ANALİZ



Sayı: 2 | Ocak, 2009

## BAŞÖRTÜSÜ, AK PARTİ VE LAİKLİK: ANAYASA MAHKEMESİNDEN İKİ KARAR BİR GEREKÇE

Zühtü Arslan

### İÇİNDEKİLER

ÖZET | 3

BAŞÖRTÜSÜ, AK PARTİ VE LAİKLİK | 4

I. ANAYASA MAHKEMESİNİN BAŞÖRTÜSÜ ISRARI | 5

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN AK PARTİ KARARI | 14

III. ORTAK GEREKÇE | 20

VI. SONUÇ VE ÖNERİLER | 22

## ÖZET

Türkiye’de siyasetin anahtar kelimelerinden biri hiç kuşkusuz laiklik olmuştur. 1937 yılından itibaren anayasal bir ilke haline gelen laikliğin tanımı ve gerekleri konusunda sürekli tartışma yaşanmıştır. Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, bu tartışmalı alanların belki de en yakıcısı olmuştur. Başörtüsü yasağı, sadece bazı öğrencilerin yüksek öğrenim hakkını kullanamaması sonucunu doğurmakla kalmamış, aynı zamanda yargı-siyaset ilişkisini de etkileyen bir meseleye dönüşmüştür. Bu yasağı kaldırmaya yönelik tüm yasal ve anayasal girişimler yargı engeline takılmıştır.

Diğer yandan, başörtüsü yasağına dair söylem ve eylemlerin siyasi bedeli de çok ağır olmuştur. Yasağın kalkması gerektiğini savunan iki siyasi parti laikliğe aykırı fillerin odağı haline geldikleri gerekçesiyle kapatılmıştır. Başörtüsünü üniversitelerde serbest bırakmak amacıyla yapılan anayasa değişikliğine destek veren iktidar partisi de kapatılmaktan bir oyla kurtulmuş, ancak hazine yardımından mahrum bırakılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin her iki durumda da temel gerekçesi laiklik olmuştur. Laikliği çağdaş bir “yaşam biçimi” olarak tanımlayan Mahkeme, dini inançlar gereği kullanılan başörtüsünü bu ilkenin gerekleriyle bağdaşmayan bir sembol olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, üniversitelerde başörtüsü serbestisi, örtünmeyenler üzerinde baskıya yol açabilecektir. Dolayısıyla başkalarının hakkını ve kamu düzenini korumak için başörtüsü özgürlüğünün kullandırılmaması gerekir.

Elinizdeki analiz, Anayasa Mahkemesinin son anayasa değişikliğinin iptaline ve AK Partinin devlet yardımından mahrum bırakılmasına ilişkin kararlarını incelemektedir. Gerekçeleri bir süre önce yayınlanan bu iki karar, hukuki ve siyasi boyutlarıyla değerlendirilmektedir. Sonuç olarak, bu iki kararın yargının siyaset üzerindeki vesayetini pekiştirmek suretiyle siyasal alanı daralttığı ve demokratik siyasetin toplumsal sorunları çözme kapasitesini torpillediği vurgulanmaktadır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin demokratik siyasette ve hukuk devleti anlayışında yol açtığı ağır tahribatın giderilebilmesi için neler yapılması gerektiğine dair özellikle karar alıcılara yönelik bazı önerilere yer verilmektedir.

## BAŞÖRTÜSÜ, AK PARTİ VE LAİKLİK: ANAYASA MAHKEMESİNDEN İKİ KARAR BİR GEREKÇE

Türk Anayasa Mahkemesi kurulduğu andan itibaren sürekli siyasi ve hukuki tartışmaların odağında olmuştur. Mahkeme, 27 Mayıs 1960 darbesinin ardından demokrasi korkusu üzerine inşa edilen ve hâlen temel parametreleri bakımından devam eden anayasal düzenin en önemli koruyucusu haline gelmiştir. Mahkemenin sadece kararları değil, aynı zamanda kritik dönemlerde yürütme ve yasama organlarına yönelik uyarıları da çok tartışılmıştır. Siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştırmaya yönelik girişimler üzerine yayınladığı basın bildirisıyla, bunun rejimi korumasız bırakacağını beyan etmesi ve “367 kararı”nı eleştirenlere Anayasayı yorumlama tekelinin sadece kendisine ait olduğunu hatırlatması bu uyarılardan sadece ikisidir. Anayasa Mahkemesi “yorum tekeli” iddiasıyla, siyasal sistemin işleyişine sık sık müdahale etmiş ve iktidar haritasının sınırlarını yeniden çizmiştir. Bu müdahaleler sonuçta temel hak ve özgürlüklerin alanını daraltmış ve demokratik siyasi irade üzerindeki bürokratik vesayeti pekiştirmiştir.

Mahkemenin bu bağlamda ele alınabilecek onlarca kararı vardır. Ancak, son anayasa değişikliklerinin iptaline ve iktidar partisinin hazine yardımından mahrum bırakılmasına ilişkin kararları özel bir öneme sahiptir. Bu kararlar, gerekçelerinin hukuki tutarlılığından ve değerinden ziyade, taşıdıkları siyasal ve anayasal anlam bakımından üzerinde durmayı hak etmektedir. Söz konusu kararların gerekçelerini anlamaya ve anlamlandırmaya yönelik bir okuma, demokratik siyasetin bundan sonraki iktidar alanını ve muhtemel eylem planlarını tartışmak için ön şarttır. Dolayısıyla, bu yazının amacı Mahkemenin bu iki kararda öne çıkardığı gerekçeleri analiz etmek suretiyle anayasal açılımlara dair tartışmalara katkıda bulunmaktır.

## I. ANAYASA MAHKEMESİNİN BAŞÖRTÜSÜ ISRARI

Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik yasal girişimlerin sonuç doğurmaması üzerine, anayasa koyucu bu meseleyi anayasa değişikliği yoluyla çözmek istemiştir. Burada amaç, Anayasa Mahkemesinin denetleyemeyeceği varsayılan bir normla uygulamadaki yasağı kaldırmaktır. Bu amaçla Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddenin 4. fıkrasına “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir. Böylece 10. maddenin son fıkrası şu hali almıştır: “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Anayasanın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesine de 6. fıkradan sonra gelmek üzere şu hükümler eklenmiştir: “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”

Anayasa Mahkemesine açılan davada, bu değişikliklerin yok hükmünde sayılması veya iptal edilmesi, ayrıca yürürlüğünün durdurulması istenmiştir.<sup>1</sup> “Yokluk” talebi reddedilmiştir. Mahkemeye göre, bu kanun “TBMM’nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır.” Ancak, iptal talebini incelerken Mahkeme fikrini değiştirmiş, bu kez Meclisin “teklif edilemez” nitelikte bir anayasa değişikliği yaptığını hükmetmiştir.

Mahkeme, bu anayasa değişikliklerini iptal ederken usul ve esas incelemesi yapmıştır. Usul yönünden yaptığı incelemede, (a) kurucu/kurulu iktidar ayırımından hareketle, parlamentonun asli kurucu iktidarın koyduğu “değişmezlik” kuralını ihlal ettiğini ve (b) bu ihlalin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceğini ileri sürmüştür. Esas bakımından da söz konusu değişikliklerin laiklikle bağdaşmadığına karar vermiştir. Mahkemenin bu gerekçelerine biraz daha yakından bakalım.

### 1. “Kurucu İktidar” ve Anayasa Değişikliklerinin Denetimi

Mahkemenin “teklif edilebilirlik” incelemesi, öğretilerde kaygan ve tartışmalı bir konu olan asli/tali kurucu iktidar meselesine dayandırılmıştır. Mahkeme yasama organı ile kurucu iktidarın ayrı olduğu ön kabulünden hareketle, parlamentonun kurucu iktidar karşısındaki hukuksal konumunu, dolayısıyla anayasayı değiştirme yetkisinin

Anayasa Mahkemesi “yorum tekeli” iddiasıyla, siyasal sistemin işleyişine sık sık müdahale etmiş ve iktidar haritasının sınırlarını yeniden çizmiştir.

1. E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.6.2008, Resmi Gazete, Sayı: 27032, Tarih: 22 Ekim 2008.

Mahkeme başörtüsü kararında bir yandan "kurulu iktidarın Anayasayla sınırlı olduğu"nu ifade ederken, diğer yandan kendisinin de bir kurulu iktidar olduğunu unutmakta ve anayasal sınırları tanımamaktadır.

sınırlarını ortaya koymaya çalışmıştır. Mahkemeye göre "asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir." Bunun, açıkça belirtilmese de, 1961 ve 1982 anayasalarının yapımında somutlaşan anti-demokratik kurucu iktidar tecrübesini esas alan bir tanım olduğu ortadadır. Mahkemenin Türkiye tecrübesinden hareketle yaptığı tanımı demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın nasıl olması gerektiğine dair şu değerlendirmesi takip etmektedir: "Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıcı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır." Mahkeme, olan ile olması gereken farkına dikkat çekmekte, ancak anti-demokratik ve hukuk dışı da olsa asli kurucu iradenin "önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa"nın, tüm kurum ve kuruluşların meşruiyetinin temelini oluşturacağını belirtmektedir.

Bu şekilde ortaya konan kurucu iktidar argümanında paradoksal bir yön vardır. Eğer, demokratik olmayan yollarla asli kurucu iktidar yetkisi kullanan organların yaptığı anayasa, demokratik şekilde oluşan bir yasama organını mutlak surette bağlayacaksa normal hukuk düzeni içinde bu anti-demokratik ve hukuk dışı irade varlığını yeni bir siyasal rejim kesintisine kadar devam ettirecek demektir. Bu durumda da "demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır" sözü sadece retorik bir değer taşıyacaktır. Demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi gerçekten halksa, halkın doğrudan ya da dolaylı olarak, anayasayı değiştirme veya tamamen yeni bir anayasa yapma yetkisi her zaman var demektir. Asli kurucu iktidar olan milletin, egemenliğini kullanıp, yeni bir anayasa yapabilmesi için siyasal rejimde bir kesintinin olması ya da hukuksal çerçeve dışına çıkılması da gerekmemektedir. Parlamento halkın iradesinin tecelli ettiği yer olarak her zaman kurucu iktidar yetkisi kullanabilir. Bu durumda da kurucu iktidarın asli/tali şeklindeki ayrımı anlamsız hale gelmektedir. Dolayısıyla, asli/tali kurucu iktidar ayrımının tamamen yapay, uygulamayı açıklamaya dönük ve arızı bir kavramsallaştırma olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi parlamentonun sadece kurulu değil, aynı zamanda kurucu iktidar olduğu gerçeğini dikkate almamıştır. Ancak, bir an için asli/tali kurucu iktidar ayrımının savunulabilir olduğu kabul edilse bile, Mahkemenin kendisinin bir kurulu iktidar olduğu gerçeğini göz ardı etmesi ilginçtir. Daha genel anlamda, her iki kararda da temel sorunlardan biri, Mahkemenin belirlediği ilkelerle ulaştığı sonuçlar arasında belirgin bir çelişkinin varlığıdır. Mahkeme başörtüsü kararında bir yandan "kurulu iktidarın Anayasayla sınırlı olduğu"nu ifade ederken, diğer yandan kendisinin de bir kurulu iktidar olduğunu unutmakta ve anayasal sınırları tanımamaktadır. Gerekçenin ilkeleri belirleyen kısmı, kendisini asli kurucu iktidarın ağız konumuna yükselten bir

organın, kurulu organ olarak gördüğü parlamentoya sınırlarını hatırlatma formatında kaleme alınmıştır.

AK Partiyle ilgili kararda da Mahkeme, egemenlik tartışmasını sürdürmüştür. Mahkemeye göre, “yetkilerin demokratik kurucu iktidar olan ulus tarafından kabul edilmiş Anayasaya ve doğrudan demokratik meşruiyete sahip yasa koyucunun iradesine uygun olarak kullanılması, egemenliğin ulusa ait oluşunun zorunlu bir sonucu olup, yetki kullanımını içeriksel olarak meşrulaştırmaktadır.”<sup>2</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi, başörtüsü kararında ve bu karara konu olan anayasa değişikliğini temel delil olarak kabul ettiği AK Parti kararında, bu demokratik prensibi hiçe saymıştır. Mahkeme, her iki kararda da yetkisini, ne demokratik kurucu iktidar olan milletin kabul ettiği Anayasaya ne de (ana)yasa koyucunun iradesine uygun olarak kullanmıştır.

Mahkeme, özellikle anayasa değişikliklerini iptal ederken Anayasanın birden fazla maddesini açıkça ihlal etmiştir.<sup>3</sup> Bu ihlallerden belki de en önemlisi, egemenlik konusundaki anayasal kuralın çiğnenmesidir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın ve anayasa koyucu iradenin kendisine vermediği bir yetkiyi kullanmış, kurulu organ olarak kurucu iktidarın çizdiği sınırlar dışına çıkmıştır. Mahkemenin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. madde Anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceğini, şekil denetiminin de “teklif ve oylama çokluğu ve ivedilikle görüşülmeme şartlarıyla sınırlı” olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, bu sınırı aşarak “teklif edilebilirlik” diye bir kavram üretilmiş, şekil görüntüsü altında esas denetimi yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda hiçbir zaman kurucu iktidarın iradesini kabul etmemiştir. 1961 Anayasası döneminde de Mahkeme, anayasa koyucunun iradesine rağmen, durumdan vazife çıkarmak suretiyle sürekli denetim alanını genişletmiştir. Mevcut Anayasanın anayasa değişikliği denetiminin şartlarını sınırlı sayım yoluyla belirten hükmü, Mahkemenin bu sınır tanımaz tavrına bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde daha önce verdiği kararlarda yetkisinin teklif ve oylama çoğunluğu ve iki kez görüşülme şartıyla sınırlı olduğunu kabul etmiş ve iptal istemlerini reddetmiştir. Mahkemeye göre, “Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.”<sup>4</sup>

2. E.2008/1 (Siyasi Parti kapatma), K. 2008/2, K.T. 30.7.2008, Resmi Gazete, Sayı: 2704, Tarih: 24 Ekim 2008.

3. Mahkeme, bu kararıyla Anayasanın şu maddelerini ihlal etmiştir: Madde 2 (demokratik hukuk devleti ilkesi), madde 6 (hiçbir organın kaynağını anayasadan almayan bir yetki kullanamayacağı), madde 11 (anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı), madde 148 (anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenemeyeceği) ve madde 153 (iptal kararlarının gereksiz açıklanamayacağı kuralı). Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Anayasanın kendisine vermediği “yürürlüğü durdurma” yetkisini bu davada da kullanmıştır.

1961 Anayasası  
döneminde  
de Mahkeme,  
anayasa  
koyucunun  
iradesine rağmen,  
durumdan  
vazife çıkarmak  
suretiyle sürekli  
denetim alanını  
genişletmiştir.

Anayasa  
koyucunun  
Anayasadaki  
"değiştirilemezlik"  
kuralının Anayasa  
Mahkemesine  
kesinlikle  
denetim yetkisi  
vermediğine  
dair iradesi,  
buradaki yasağın  
parlamentoya  
yönelik hukuki  
yaptırımının  
bulunmadığını  
göstermektedir.

Anayasa değişikliğine ilişkin son davada bu içtihatlar bir kenara bırakılarak, maddedeki şekil şartlarının tükenmiş olmadığına hükmedilmiştir. Mahkeme, 148. maddedeki "teklif çoğunluğu"nu, anlam ve yorum biliminin temel esaslarını alt üst etme pahasına "teklif... şartı" olarak okumuş, buradan hareketle olmayan bir "teklif edilebilirlik" şartı üretmiştir. Bunu yaparken Anayasa Mahkemesinin, anayasa koyucunun iradesini kesinlikle dikkate almadığı görülmektedir. Kurulu iktidar yetkisi kullanan organların kurucu iktidarın çizdiği sınırlar içinde hareket etmesini salık veren Mahkeme, nedense kurucu iktidarın bu konudaki iradesini araştırma zahmetine katlanmamıştır. Hâlbuki mevcut anayasayı hazırlamakla görevli Danışma Meclisinin tutanaklarına bakılsaydı, Anayasa Mahkemesine 4. madde üzerinden denetim yapma yetkisinin kesinlikle verilmediği görülecekti.

Danışma Meclisindeki görüşmeler sırasında bir üye (Kamer Genç) "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceğine dair ilkenin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması"na yönelik değişiklik önergesi sunmuş ve önergeyi gerekçelendirmek amacıyla şu soruyu sormuştur: "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna dair değişmezlik ilkesi değiştirilirse, o zaman kim buna engel olacak?" Anayasa Komisyonu sözcüsü Şener Akyol'un bu soruya cevabı kısa ve net olmuştur: "Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz 45 milyon buna karşı koyarız". Anayasa Komisyonunun bu kararlı tutumu karşısında Danışma Meclisi, Anayasa Mahkemesinin denetim alanını genişletmeye yönelik bu tür önergeleri reddetmiştir.<sup>5</sup>

Üstelik Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın karşıoy yazısından müzakerelerde bu meselenin gündeme geldiği anlaşılmaktadır. Anayasa hukuku ve siyaset bilimi derslerinde zorunlu okuma metinleri arasında yer alması gereken bu tarihi karşıoy yazısında, Danışma Meclisinin iradesinin "çaresizliği" değil, halka olan "inanç" ve "saygı"yı yansıttığına dikkat çekilmiştir. Mahkeme Başkanı, egemenliğin sahibi olan halkın tercihlerine saygı gösterilmesi gerektiğini, zira demokratik çoğunluğun yanlış talepler üzerinde uzlaşmasının zor olduğunu, ayrıca Meclisin egemenliğini kötüye kullanma ihtimalinin aynı ölçüde diğer devlet organları için de geçerli olduğunu hatırlatmıştır.<sup>6</sup>

Diğer yandan, Anayasanın 4. maddesinde ifadesini bulan değiştirilemezlik kuralının Anayasa Mahkemesine kesinlikle denetim yetkisi vermediğine dair iradesi, buradaki yasağın parlamentoya yönelik hukuki yaptırımının bulunmadığını göstermektedir. Nitekim yeni anayasa yapımı sürecinde Anayasanın 4. maddesinin yasama organını

4. E. 2007/72, K. 2007/68, K.T: 5.7.2007, Resmi Gazete, Sayı: 26606, Tarih: 07.08.2007.

5. *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, B.148, O.4, Tarih: 10.9.1982, s.192.

6. Haşim Kılıç, Karşıoy yazısı, E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.6.2008.

bağlamayacağı, özellikle Anayasanın 2. ve 3. maddelerinde değişiklikler yapılabileceği görüşü yaygın bir kabul görmektedir.<sup>7</sup> Esasen, anayasaların tarihselliği ve durumsallığı bu görüşü haklılaştırmaktadır. Demokratik rejimi kesintiye uğratan ve meşruiyeti kendinden menkul bir yönetimin değiştirilemez bazı kavramlar ilan etmek suretiyle sonraki nesillerin kurucu iradesine ipotek koyması kabul edilebilir değildir. Ergun Özbudun'un belirttiği gibi, "Hukuki metinler ne derse desin, hiçbir neslin, gelecek nesilleri ebediyen bağlama hususunda siyasi, felsefi ve ahlakî bir hakkı yoktur."<sup>8</sup>

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini iptal ederken usul açısından ileri sürdüğü iki argüman da temelsizdir. Daha da önemlisi, Mahkemenin bu kararı, tıpkı "367 kararı" gibi, tipik bir yargı darbesidir. Alec Stone Sweet, "yargı darbesi"ni mahkemelerin yorum yoluyla hukuk düzeninin normatif temellerinde radikal değişiklikler yaratan kararları için kullanmaktadır.<sup>9</sup> Bu anlamda Anayasa Mahkemesi, Anayasanın lafzına ve anayasa koyucunun açık amacına aykırı bir şekilde, zorlama bir yorum yaparak Türk anayasal düzeninin temel esaslarından birini değiştirmiştir. Bu kararlar birlikte egemenliğe ilişkin temel anayasal hüküm değiştirilmiş, Mahkeme yasama organının Anayasayı değiştirme yetkisine ortak olmuştur. Böylece, "negatif yasa koyucu" olarak işlev gören Anayasa Mahkemesi, bununla yetinmeyerek, kendisini adeta "pozitif anayasa koyuculuk" konumuna yükseltmiştir.

## 2. Başörtüsü, Siyasi İstismar ve Başkalarının Hakları

Anayasa Mahkemesi, "teklif edilebilirlik" diye Anayasada olmayan bir denetim şartı ürettiğinde ve anayasa değişikliklerini ilk üç maddedeki hükümler açısından da denetleyebileceğini söylediğinde artık esas denetimi kaçınılmaz hale gelmiştir. Çünkü bir anayasa değişikliğinin ilk üç maddedeki hükümleri değiştirip değiştirmediğini ancak kanunun esasına girerek belirlemek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de öyle yapmıştır. Böylece, Anayasanın 148. maddesi filen değiştirilmiş, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenemeyeceğine dair hüküm geçersiz kılınmıştır. Mahkeme kararını şöyle özetlemiştir: "Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde

Anayasa Mahkemesi, "teklif edilebilirlik" diye Anayasada olmayan bir denetim şartı ürettiğinde ve anayasa değişikliklerini ilk üç maddedeki hükümler açısından da denetleyebileceğini söylediğinde artık esas denetimi kaçınılmaz hale gelmiştir.

7. Örneğin Prof. Dr. Erdoğlan Teziç ve diğer hukukçulardan oluşan komisyonun 1992 yılında TÜSIAD için hazırladığı "Yeni Bir Anayasa İçin" başlıklı anayasa taslağı bu görüşü açıkça savunmaktadır. Taslağa göre, "yeni bir Anayasa hazırlama girişiminin başında, TBMM'nin bir Anayasa değişikliği yaparak, değişmezlik hükmünü daha önceki Cumhuriyet Anayasalarında olduğu gibi, 'Cumhuriyet' ilkesi ile sınırlı tutması" gerekmektedir (TBMM Başkanlığı'na Bazı Kurum ve Kuruluşlarca Verilmiş ve Ayrıca TBMM'deki Siyasi Partilerin Anayasa Değişikliğine İlişkin Hazırlık Çalışmaları ve Taslak Metinler, Ankara, 1993, ss.15-16). Ayrıca, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (2000) ve Türkiye Barolar Birliği (2001, 2007) tarafından hazırlanan taslaklarda da Anayasanın değiştirilmesi teklif dahi edilemez 2. ve 3. maddelerinde değişiklikler önerilmiştir. Bu konuda bkz. Ergun Özbudun, "Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerinin bağlayıcılığı I", *Zaman*, 15.12.2008.

8. Ergun Özbudun, "Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerinin bağlayıcılığı II", *Zaman*, 16.12.2008.

9. Alec Stone Sweet, "The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority", *German Law Journal*, Vol.8, No.10 (2007): 915-927. Bu konuda ayrıca bkz. Zühtü Arslan, "Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), ss.59-89.

Mahkeme,  
başörtüsüne ilişkin  
1989 ve 1991  
yıllarında verdiği  
kararlardaki  
açıklamalarına  
yeni bir şey  
eklememiştir.

yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”

Mahkeme, bu sonuca ulaşırken anayasa değişikliğinin neden yöntem bakımından siyasi istismara, içerik bakımından da başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açtığını tatmin edici ifadelerle açıklamamıştır. Özellikle siyasi istismar konusunda Mahkeme hiçbir somut gerekçe sunamamıştır. Mahkemeye göre, 10. ve 42. maddelerde yapılan değişikliklerin “hazırlanış ve kabul biçimi”, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasının gerektirdiği “temel zorunlulukları” dikkate almamıştır. Bu temel zorunlulukları da Mahkeme şöyle ifade etmektedir: “toplumsal sorunların... demokratik barışı ve uzlaşmayı esas alan yöntemlerle çözümünü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir”.

Anayasanın hangi hükmü toplumsal sorunların mutlaka uzlaşmayı esas alan yöntemlerle çözümünü zorunlu kılmaktadır? Ayrıca, uzlaşmanın kriteri nedir? Eğer Mahkeme “oybirliği”ni kastediyorsa, bu Anayasanın hiçbir hükmünde öngörülmediği gibi, hiçbir demokratik ülkede toplumsal sorunların çözümünde kullanılan bir yöntem de değildir. Kaldı ki, başörtüsü yasağı olarak yansıyan toplumsal sorunun çözümü konusunda çok büyük bir uzlaşma gerçekleşmiş, parlamentodaki üç farklı siyasi parti grubundan, diğer partilerden ve bağımsızlardan olmak üzere toplam 411 milletvekili dava konusu kanunu desteklemiştir. Bu oran parlamento üyelerinin dörtte üçüne tekabül etmektedir. Bu yüksek oran, toplumda başörtüsü yasağının kaldırılmasına yönelik kitlesel talebi de yansıtmaktadır. Kısacası, tıpkı “367 kararı”nda olduğu gibi, Mahkeme bu kararında da “uzlaşma” kavramını yanlış yorumlamış, üstelik bunu Anayasanın bir gereği olarak göstermiştir.

Mahkeme, başörtüsüne ilişkin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlardaki açıklamalarına yeni bir şey eklememiştir. Bu konuda belki de tek “olumlu” gelişme, başörtüsünün “bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı”nın konusu olabileceğinin kabul edilmesidir. Önceki kararlarında Mahkeme, “çağdaş görünüme aykırı giysi ve örtüler”in “özgürlük ve özerklikle ilgisi olmadığı”ni belirtmişti.<sup>10</sup> Sonucu etkilemese de, Mahkemenin bakış açısındaki bu küçük değişikliğin sebebi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin başörtüsünü din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olarak görmesidir. Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin izinden giderek, bu kez başörtüsü takmanın bir özgürlük olabileceğini kabul etmekte, ancak bunun başkalarının haklarını ve kamu düzenini

korumak için sınırlanabileceğini ileri sürmektedir. Mahkemeye göre "Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır."

Mahkeme, bu olasılığın ortaya çıkması durumunda kamu otoritesini kullananların başörtüsü özgürlüğüne sınırlama getiremeyeceğini, çünkü yapılan anayasal düzenlemede bu konudaki takdir yetkisinin tamamen yasa koyucuya bırakıldığını ve ülke nüfusunun çoğunluğunu belirli bir dine mensup olanların oluşturduğu düşünüldüğünde bu sınırlamanın yapılmasının güç olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, "Anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada yer alması, demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir."

Mahkemenin bu yaklaşımı en az üç nedenle yanlıştır. Birincisi, somut bir hak hiç bir tarihsel ve ampirik olguya dayanmayan, tamamen varsayımlara dayanan nedenlerle sınırlandırılmaz. Başörtüsü serbestisine, başkalarının üzerinde baskıya dönüşebileceği gerekçesiyle karşı çıkmak özgürlüklerin temel felsefesine aykırıdır. Her özgürlük, başkaları üzerinde baskı kurmak için kullanılabilir. Örneğin ifade ve örgütlenme özgürlükleri başkalarını aşağılamak, karalamak veya toprak bütünlüğünü ortadan kaldırmak için kullanılmaya müsaittir. Bu durumda söz konusu özgürlükleri tanımamak mı gerekiyor?

İkincisi, başörtüsü özgürlüğünü sınırlamanın tamamen yasa koyucunun takdir yetkisine bırakıldığı argümanı da yanlıştır. Anayasanın 14. maddesinde yer alan kötüye kullanma yasağı tüm hak ve özgürlüklerin kullanımı için geçerlidir. Dolayısıyla, üniversitelerde başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal edecek şekilde kullanılması durumunda kötüye kullanma yasağı devreye girecektir. Diyelim ki, bu sınırlamanın devreye girmesi yasa koyucunun müdahalesini gerektirmektedir. Bu durumda da, dava konusu 42. maddede yer alan "Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir" hükmü çerçevesinde mevcut 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ilgili maddeleri ve parlamentonun koyacağı yeni sınırlamalar söz konusu olacaktır.

Son olarak, Mahkemenin başörtüsü özgürlüğü düzenlenirken, azınlık inancına mensup olanların temel hak ve özgürlüklerinin de anayasal güvenceye bağlanması, bunun yasa koyucunun takdirine bırakılmaması gerektiği görüşü de Anayasanın öngördüğü temel haklar sistematiğiyle bağdaşmamaktadır. Anayasada güvenceye alınan hak ve

**Başörtüsü serbestisine, başkalarının üzerinde baskıya dönüşebileceği gerekçesiyle karşı çıkmak özgürlüklerin temel felsefesine aykırıdır.**

özgürlüklerin kullanımının, başkalarının haklarını ve kamu düzenini korumak gibi bazı nedenlerle sınırlanabileceği belirtilmektedir. Ancak burada da takdir yetkisi tamamen yasa koyucuya aittir. Sözelimi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. madde çoğunluğun bu özgürlüğü kullanması karşısında azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerini koruyan güvence mekanizmalarına doğrudan yer vermemektedir. Bu özgürlüğün, başkalarının haklarını koruma gerekçesiyle sınırlandırılması tamamen yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır.

“Başkalarının hakları ihlal edilebilir” ya da “kamu düzeni bozulabilir” diye bir özgürlüğün kullanımını mutlak surette yasaklamaya yönelik yaklaşım bizi totalitarizme götürür.

Kısaca, dava konusu anayasal kuralla güvenceye alınmak istenen özgürlüğün başkaları üzerinde baskı oluşturabileceği, bu durumda da çoğunluğu Müslüman olan bu ülkede yasa koyucunun bu özgürlüğü sınırlandırmada isteksiz davranacağı, dolayısıyla bu kuralın içerik olarak “başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması” ihtimalinin bulunduğu görüşü, olgulara değil tamamen korku ve varsayımlara dayanmaktadır. Oysa, meseleye hukuken bakan bir yargı organının, başörtüsü kullanan bireylere ve parlamentoya yönelik güvensizliğin beslediği varsayımlardan yola çıkmak yerine, başörtüsünün üniversitelerde serbest olduğu dönemlerde başkalarının haklarının ihlal edilip edilmediğine ve kamu düzeninin bozulup bozulmadığına bakması gerekirdi. Kaldı ki, “başkalarının hakları ihlal edilebilir” ya da “kamu düzeni bozulabilir” diye bir özgürlüğün kullanımını mutlak surette yasaklamaya yönelik yaklaşım bizi totalitarizme götürür. Bu durumda bireylere hiçbir hak ve özgürlüğün tanınmaması gerekir. Oysa özgürlük esas, sınırlama istisnadır. Bir hak kötüye kullanıldığında çözüm, onu tamamen ortadan kaldırmak değil, istismarı önleyecek ve sorumluları cezalandıracak idari tedbirleri almaktır.

Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlerken yapılan değişikliklerin mevcut duruma ilave bir husus getirip getirmediğini de incelememiştir. Anayasa değişikliklerinin gerekçesine ve Meclis’teki tartışmalara bakarak düzenlemenin başörtüsü yasağını kaldırmak amacına matuf olduğunu saptamıştır. Oysa Mahkeme, Yükseköğretim Kanununun Ek 17.maddesindeki “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir” hükmünün iptalini görüşürken kanun koyucunun amacını dikkate almamış, kanunun lafzını yorumlayarak ret kararı vermiştir. Mahkemeye göre, bu Ek madde üniversitelerde başörtüsünü serbest bırakmak amacıyla çıkarılmamıştır. Bazı üyeler bu çoğunluk görüşüne muhalif kalmış, Ek 17.maddenin üniversitelerde başörtüsünü serbest bıraktığını savunmuşlardır. İçlerinde daha sonra Cumhurbaşkanı seçilecek olan Ahmet Necdet Sezer’in de bulunduğu muhalif üyeler Mahkeme kararına, dava konusu kuralın üniversitelerde “kılık kıyafeti tümüyle serbest bıraktığı” gerekçeyle karşı çıkmışlardır. Bu üyelere göre, “bu serbesti dini inanç gereği giyilebilecek her türlü giysiyi ve bu arada ... türban veya başörtüsünü de serbest bırakmayı kapsamaktadır...”<sup>11</sup>

Mahkeme anayasa değişikliklerini incelerken maddelerin lafzından ziyade, hukuken bağlayıcı olmayan madde gerekçelerinden ve parlamentodaki tartışmalardan hareketle değişikliklerin başörtüsünü üniversitelerde serbest bıraktığı sonucuna ulaşmıştır. Hâlbuki Mahkemenin evvela yapması gereken dava konusu anayasa değişikliklerinin gerçekten Anayasada değişiklik yapıp yapmadığını araştırmaktı. Bunu yapsaydı, sonuç büyük olasılıkla iptal yerine “yorumlu ret” kararı olacaktı. Elbette, anayasa ihlali ve başörtüsü yasağı bakımından sonuç değişmeyecekti, fakat Mahkeme en azından 1991’deki yaklaşımıyla tutarlı davranmış olacaktı.

Gerçekten de Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklikler, mevcut hükümlere yeni hiçbir şey getirmemiştir. Değişiklikler, Anayasada zaten mevcut olan hükümleri açıklamak ve vurgulamaktan ibarettir. Örneğin 10. maddeye idare makamlarının “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” da kanun önünde eşitlik ilkesine uymak zorunda olmaları gerektiğini eklemenin hiçbir anlamı yoktur. Zaten mevcut haliyle idare makamları “bütün işlemlerinde” bu ilkeye uymak zorundadır. Bu ibare “kamu hizmetinden yararlanılması”nı da kapsamaktadır. Aynı şekilde 42. maddeye yapılan ilaveler de malumu ilamdan ibarettir. Bu maddenin ilk fıkrası zaten “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz” hükmünü içermektedir. Eğitim ve öğrenim hakkının yükseköğretim hakkını da kapsadığına kuşku yoktur. Ayrıca, “kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple” kişilerin yükseköğretim hakkından mahrum bırakılamayacağını ve “bu hakkın kullanımının sınırlarının kanunla belirleneceğini” söylemek de fazlalıktır. Yükseköğretim hakkı, diğer temel haklar gibi, zaten Anayasanın 13. maddesi uyarınca ancak kanunla sınırlanabilir. 42. maddenin ikinci fıkrasında da, “öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir” denmektedir. Bu, yükseköğretim hakkının da ancak kanunda açıkça yazılı bir sebeple sınırlandırılacağı ve kapsamının kanunla belirleneceği anlamına gelmektedir.

Peki, Mahkemenin anayasa değişikliklerini iptalinden sonra başörtüsü konusundaki hukuki durum nedir? Bu konuda başladığımız noktaya dönmüş durumdayız. Anayasanın 153. maddesi gereğince Mahkeme bir kanunu iptal ederken “kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez”. Mevcut durumda üniversitelerde hukuken başörtüsü yasağı yoktur, hiçbir zaman da olmamıştır. Anayasanın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Bu nedenle, başörtüsünün yasak olabilmesi için parlamentonun bu yönde bir irade beyan etmesi, yasaklamaya dair bir kanun çıkarması gerekir. Oysa yürürlükte tam tersi yönde bir kanun hükmü vardır. Anayasa Mahkemesinin iptal etmediği bu hükme göre, “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir”. Mahkemenin bu hükmü yorumlarken çizdiği yasak alanları hukuken bağlayıcı değildir. Nitekim bundan

Mevcut durumda üniversitelerde hukuken başörtüsü yasağı yoktur, hiçbir zaman da olmamıştır. Başörtüsünün yasak olabilmesi için parlamentonun bu yönde bir irade beyan etmesi, yasaklamaya dair bir kanun çıkarması gerekir.

Başörtüsünün  
“siyasal İslam”ın  
simgesi olduğu,  
dolayısıyla  
Cumhuriyetin  
temellerini  
yıkabileceği  
görüşü, hiçbir  
bilimsel veriye  
dayanmayan,  
tamamen  
korkuların ürünü  
bir faraziyedir.

dolayı Mahkemenin dört üyesi bu hükmün başörtüsünü serbest bıraktığını, bu nedenle “yorumlu ret” yerine iptal kararının verilmesi gerektiğini savunmuştur. Hatta bir muhalif üyeye göre, “ülkemizde, yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı tartışmalı olduğu gibi, çoğu kez de uygulanmamaktadır.”<sup>12</sup>

Başörtüsü konusunda demokratik siyaset ile yargı makamları arasında yaşanan çatışma, aslında hukuken olmayan bir yasağın idari ve yargısal olarak icat edilmesi, sonra üretilen bu yasağın yasama eliyle kaldırılmaya çalışılması, daha sonra da olmayan yasağı kaldırmaya çalışan yasa veya anayasa hükmünün iptal edilmesi gibi komik bir hal almaktadır. Ne var ki, bu komedi uygulamada bireylerin bu yasak yüzünden inançlarıyla eğitimleri arasında sıkışıp kalması ve eğitim hakkından mahrum bırakılması gibi bir trajediye dönüşmektedir.

Sonuç olarak, başörtüsü yasağı devlet seçkinlerinin korkularına dayanan psikolojik bir sorundur. Başörtüsünün “siyasal İslam”ın simgesi olduğu, dolayısıyla Cumhuriyetin temellerini yıkabileceği görüşü, hiçbir bilimsel veriye dayanmayan, tamamen korkuların ürünü bir faraziyedir. Bu tıpkı yükseklik korkusu gibidir. Bu korkuyu yenmenin yolu da korkunun objesiyle yüzleşmektir. Nitekim son dönemde ana muhalefet partisinin bu yöndeki açıklamaları, sorunun orta ve uzun vadede çözümü için umut verici girişimlerdir.

## II. ANAYASA MAHKEMESİNİN AK PARTİ KARARI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından, AK Parti hakkında “laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği savıyla” açılan kapatma davası 30 Temmuz 2008 tarihinde sonuçlanmıştır. İddianamede Cumhurbaşkanı'nın Dışişleri Bakanı sıfatıyla yayınladığı bazı genelgeler ve yaptığı konuşmalar da deliller arasında sayılmıştır. Odaklaşmayı gerçekleştiren en önemli delil olarak, üniversitelerde başörtüsünün serbest olmasına yönelik parti üyelerince değişik tarihlerde yapılan konuşmalar ve nihayet Meclis'te kabul edilen anayasa değişikliği gösterilmiştir. Davalı parti iddiaları reddederek, davanın siyasi nitelikte olduğunu, iktidarı döneminde demokratik laik Cumhuriyeti pekiştirici bir icraatın içinde olduğunu ve sonuç olarak laikliğe aykırı eylemlerin değil millete hizmetin odağı haline geldiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesinin AK Parti kararı, karmaşık duyguları yansıtmaları bakımından ilginç bir karardır. Davalı parti kıl payı kapatılmaktan kurtulmuştur. Mahkemenin kararı gerçekte azınlık kararıdır, çünkü sadece dört üye partinin devlet yardımından mahrum bırakılmasını istemiştir. Geri kalan üyelerden altısı partinin kapatılması, biri de kapatma isteminin reddi yönünde oy kullanmıştır. Mahkeme davalı partinin laiklik aleyhine fiillerin odağı olduğuna, ancak bu fiillerin kapatmayı gerektirecek kadar ağır olmaması nedeniyle hazine yardımından mahrumiyet yaptırımının uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin, dört üyenin görüşlerini ifade etmesi nedeniyle, Mahkemenin siyasi partilere bakışını gösterdiğini söylemek için henüz erkendir. Ancak yine de bu kararın, öncekilerden bazı noktalarda ayrıldığı görülmektedir.

### 1. Odaklaşmanın İki Hâli ve AK Parti

Daha önce odaklaşmanın kriterlerini belirlemeyip, sadece davalı partinin bazı söylem ve eylemlerini sıralayarak Anayasaya aykırı fiillerin odağı haline geldiğine karar veren Mahkeme bu kez farklı bir yol izlemiştir. Anayasa Mahkemesi, AK Parti kararında odaklaşmanın tanımını ve şartlarını ortaya koymuş, ancak eski alışkanlığını devam ettirerek davalı partinin bazı eylemlerinin neden odaklaşmaya sebep olduğunu açıklamamıştır.

Mahkemenin gerekçesinde iki farklı odaklaşma tanımı geliştirilmiştir. Birinci tanıma göre, odaklaşma siyasi partinin eylemlerinin “ancak Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere *temel esasları itibarıyla* aykırı olması, bu ilkeleri *ortadan kaldırmayı amaçlaması ve bu nitelikleriyle demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaya* durumunda” söz konusu olabilmektedir. Bu üç şartın birlikte gerçekleşmesiyle siyasi partinin odak haline geldiği, dolayısıyla kapatılabileceği söylenebilir. Anayasa Mahkemesine göre AK Parti, bu anlamda laikliğe aykırı fiillerin odağı haline gelmemiştir. Çünkü “davalı partinin laik düzeni ortadan kaldırma, laikliğin temel esaslarını zedeleme ve buna bağlı olarak demokratik düzeni ortadan kaldırma amacı” saptanamamıştır. Mahkeme, altı yıllık iktidar dönemindeki icraatlardan örnekler vererek şu sonuca ulaşmıştır: “davalı partinin sahip olduğu iktidar gücünü ülkenin çağdaş batı demokrasiler standardına kavuşması yönünde kullandığı açıktır.”

Böyle bir parti nasıl oluyor da laikliğe aykırı fiillerin odağı haline geliyor? Bu soruya cevap odaklaşmanın ikinci, tabir yerindeyse “light” tanımında yatıyor. Buna göre, bir siyasi parti laik anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlamasa ve bu anlamda demokratik düzen için “açık ve yakın tehlike” oluşturmaya da, laikliğe aykırı olarak görülen bazı söylem ve eylemler içindeyse odak haline gelebilir. Örneğin bir siyasi parti, ısrarla başörtüsünün üniversitelerde serbest bırakılmasını savunuyorsa ve bu

Anayasa Mahkemesi, AK Parti kararında odaklaşmanın tanımını ve şartlarını ortaya koymuş, ancak eski alışkanlığını devam ettirerek davalı partinin bazı eylemlerinin neden odaklaşmaya sebep olduğunu açıklamamıştır.

Din ve dince kutsal sayılan değerlerin kötüye kullanılması gibi son derece elastiki ve bizatihi istismara müsait bir kavramdan hareketle somut siyasi özgürlükleri sınırlamak doğru değildir.

yönde anayasa değişikliği sürecine katkıda bulunuyorsa o parti laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline gelebilir. Zira, burada laikliğe aykırı olduğu daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen bir dini simgenin (başörtüsünün) siyasi amaçlar için istismarı söz konusudur. Mahkemeye göre, AK Parti de bundan dolayı laikliğe aykırı fiillerin odağı haline gelmiştir.

Esasen burada "odaklaşma"dan değil, en fazla Anayasaya aykırı bazı söylem ve eylemlerin varlığından bahsedilebilir. Bu nedenle, Mahkemenin ikinci odak tanımı problemlidir. Ancak bu durum biraz da Anayasanın lafzından kaynaklanmaktadır. Anayasanın 69. maddesi, siyasi partilerin eylemlerinden dolayı kapatma ve hazine yardımından mahrumiyet yaptırımlarının her ikisini de odaklaşmanın sonucu olarak düzenlemiştir. Sıkıntı buradadır. Devlet yardımından mahrumiyet, odaklaşma şartına değil, "odaklaşmaya götüren eylemlerin saptanması" gibi daha farklı şartlara bağlanmalıdır. Zira odaklaşma, Anayasada korunan ilkelere aykırılığın en uç noktasıdır. Bir siyasi partinin, sözcüleri, laikliğe aykırı fiillerin odağı haline gelmesi, bu partinin düzenli ve sistematik olarak bu tür eylemlerin içinde olması, laiklik karşıtı uygulamaların merkezi haline dönüşmesi anlamına gelir. Anayasanın 69. maddesinde Anayasaya aykırı fiillerin "yoğun bir şekilde" ve "kararlılık içinde" işlenmesi gerektiğine dair hükümler de bunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi AK Parti hakkındaki kararında ilkesel düzeyde çok önemli tespitlerde bulunmuştur. Kararda modern demokrasilerin partiler demokrasisi olarak nitelendirildiği, çatışan fikirlerin ürünü olan siyasi partilerin toplumsal taleplerin taşıyıcısı oldukları, dolayısıyla siyasi partilerin farklı fikirleri tartışmaya açmasını engellemenin demokratik siyasetle bağdaşmayacağı vurgulanmıştır. Bu bağlamda "toplumda dinsel özgürlük taleplerinin ya da gereksinimlerin ortaya çıkması, siyasi partilerin bu sorunlara ilişkin politika belirlemesini gerektirebilir". Ancak Mahkemeye göre, bu talepler karşısında siyasi partiler politika belirlerken Anayasanın 24. maddesine uygun hareket ederek, dini ve dince kutsal sayılan değerleri siyasi istismar aracı haline getirmeme yükümlülüğüyle karşı karşıyadırlar.

Davalı partinin laikliğe aykırı eylemleri, (a) üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağını, (b) Kuran Kurslarına yönelik yaş kısıtlamasını ve (c) İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlamasını kaldırmayı amaçlayan girişimler olarak belirlenmiştir. Başörtüsü yasağının başlangıcı biraz daha gerilere gitmekle birlikte, din özgürlüğü ve eğitim hakkını sınırlandıran bu üç uygulamanın da esas itibarıyla "28 Şubat süreci" olarak bilinen olağanüstü dönemin ürünü olduğu bilinmektedir. Kendisini "muhafazakâr demokrat" olarak tanımlayan bir iktidar partisinin de bu yasak ve sınırlamaları kaldırmaya çalışmasından daha doğal bir şey olamaz. Kaldı ki, üniversitelerdeki başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik anayasa değişikliği iktidar partisinin bir eylemi

olarak da kabul edilemez. Bu değişiklikler, Mecliste grubu bulunan üç siyasi partinin, grubu bulunmayan diğer bazı partilerin ve bağımsız milletvekillerinin desteğiyle gerçekleşmiş olan bir yasama işlemidir. Eğer bu eylemden dolayı siyasi partilere hukuki bir sorumluluk yüklenebilecekse, bunun değişikliği destekleyen tüm siyasi partiler için geçerli olacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesi tüm bu yasakların ve sınırlamaların kaldırılmasına yönelik toplumsal taleplerin varlığını kabul etmekte, ancak davalı partinin bu sorunları laikliğe aykırı bir şekilde toplumun din duygularını istismar ederek çözme yoluna gittiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, "davalı partinin bu doğrultudaki siyasal mücadelesini laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında ortaya çıkan tercihe uygun biçimde yürüttüğü savunulamaz." Ne var ki, doğru siyasi mücadele yönteminin ne olması gerektiğine dair laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında ortaya çıkan bir tercihi bulunmamaktadır. Mahkemenin 24. maddenin son fıkrasındaki din istismarı yasağını kastettiği düşünülebilir. Din ve dince kutsal sayılan değerlerin kötüye kullanılması gibi son derece elastiki ve bizatihi istismara müsait bir kavramdan hareketle somut siyasi özgürlükleri sınırlamak doğru değildir. Mutlaka istismar yasağı kullanılacaksa, bunun dini duyguların nasıl siyasete alet edildiğinin ve bu suretle başkalarının somut hak ve özgürlüklerinin nasıl ihlal edildiğinin gösterilerek yapılması gerekirdi.

## 2. Mahkemeden Siyasete Nasihatler

Anayasa Mahkemesi anayasaya uygun siyasal mücadelenin nasıl yapılmaması gerektiğine dair bazı tespitlerde bulunmuştur. Örneğin bu tür tartışmalı sorunları siyasetin gündeminde ön sıralara taşımamak, temel sorun haline getirmemek gerekir. Mahkemeye göre, "bu sorunlar toplumda ayrışma ve gerginliklere yol açacak düzeyde siyasetin temel sorunu haline dönüştürülmüş, toplumun dinsel konulardaki duyarlılıkları yalın siyasal çıkar amacıyla araçsallaştırılmış, toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması güçleşmiştir."

Bu tespitin bir mahkeme kararında yer alıyor olması gerçekten tuftur. Demokratik siyasal sistemlerde bazı sorunların toplumda ayrışma ve gerginliklere yol açması normaldir. Esasen, demokrasilerde hemen her ciddi siyasi mesele kaçınılmaz olarak farklı pozisyonların oluşmasına ve bunlar arasında gerilimlerin yaşanmasına sebep olur. Ayrışmaların ve gerginliklerin olması, temel siyasi meselelere çözüm aranmasına engel değildir. Önemli olan, farklı kesimlerin bu temel sorunların çözümüne ilişkin usul kuralları, yaygın deyişle, oyunun kuralları üzerinde anlaşmalarıdır. Bu kurallar da Anayasa ve yasalarda açıkça belirtilmiştir.

Esasen,  
demokrasilerde  
hemen her ciddi  
siyasi mesele  
kaçınılmaz  
olarak farklı  
pozisyonların  
oluşmasına ve  
bunlar arasında  
gerilimlerin  
yaşanmasına  
sebeptir.

Türkiye’de  
ise Anayasa  
Mahkemesi tam  
tersi bir işlev  
görerek, iktidarın  
temel haklara  
yönelik yasak  
ve sınırlamaları  
kaldırma amacını  
güden eylemlerini  
etkisiz kılmaktadır.

Diğer yandan, hangi sorunların siyasetin temel meselesi olarak görülmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesinin veya herhangi bir yargı organının belirleyeceği bir konudur. Bu, siyasi alanda siyasi aktörlerin tercihleriyle belirlenecek bir durumdur. Mahkemeye göre, yasak ve sınırlamaların siyasetin temel sorunu haline getirilmesiyle birlikte “toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması güçleşmiştir.” Bunun doğru olmadığı, davalı siyasi partinin altı yıllık iktidarı boyunca başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik son anayasa değişikliğinden önce hiçbir girişimde bulunmadığı bilinmektedir. Ancak, bundan daha önemlisi, Anayasa Mahkemesinin böyle bir değerlendirmede bulunma yetkisini nereden aldığı sorusudur. Mahkeme, siyasi partilerin politika ve eylemlerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemekle yetkilidir. Hangi temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunların siyasetin gündeminde yer alması gerektiğine demokratik ülkelerde hükümetler karar verirler. Hükümeti oluşturan siyasi partiler, siyasetin gündemine taşıdıkları temel sorunların öncelik sıralaması ve bu sorunların çözümü konusunda demokratik hesap verebilirlik ilkesi gereğince halka hesap verirler. Ayrıca, muhalefet partileri de iktidarı bu tercihler konusunda eleştirebilir. Ancak, demokratik hesap verebilirliği bulunmayan mahkemeler, siyasi iktidarın temel sorunlar sıralamasını yanlış bulup, hukukilik yerine yerindelik denetimi yapamazlar.

Mahkemenin laiklik ilkesine aykırı olarak gördüğü eylemlerin hiçbiri amacına da ulaşmış değildir. Bu yasaklar ve sınırlamalar yerli yerinde durmaktadır. Bunda Anayasa Mahkemesinin katkısını teslim etmek gerekir. Anayasal demokrasilerde anayasa mahkemeleri, karşı çoğunlukçuluk bağlamında, siyasi iktidarların özgürlükleri sınırlayan keyfi eylemleri karşısında bireyleri korumak için kurulmuşlardır. Bu mahkemeleri fonksiyonel düzlemde meşrulaştıran, çoğunluk yönetiminin temel hak ve özgürlükleri keyfi şekilde sınırlama girişimlerini engellemeleridir. Türkiye’de ise Anayasa Mahkemesi tam tersi bir işlev görerek, iktidarın temel haklara yönelik yasak ve sınırlamaları kaldırma amacını güden eylemlerini etkisiz kılmaktadır. Bu da kaçınılmaz olarak, Anayasa Mahkemesinin meşruiyetini tartışmalı hale getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kararını haklılaştırmak için toplum-siyaset ilişkisi, toplumsal yabancılaşma ve bunun getirdiği meşruiyet krizi tartışmalarına da girmektedir. Gerekçedeki şu ifadelerin tartışılması gerekir: “Toplumsal sorunların ve ülkenin aşması gereken birçok engelin yoğunluğu ve karmaşıklığı dikkate alındığında, dinselliğin sırf siyasal mücadelede üstünlük sağlaması nedeniyle siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması, toplum ile toplumsallık ekseninde yürütülmesi gereken siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyebilir. Bu ilişkinin zedelenmesi siyaset ile toplum arasında yabancılaşmaya ve siyasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir. Bu sakınca, söz konusu eylemlerin devlet iktidarını kullanan bir parti tarafından işlenmesi durumunda daha da artar.”

Bu cümleler, siyaset sosyolojisi alanında yazılmış bir makalede yer almış olsaydı belli bir perspektifi ve tercihi yansıttığı gerekçesiyle anlaşılabilirdi. Ancak bir mahkeme kararının böyle bir siyasal/sosyolojik analize dayandırılması gerçekten ilginçtir. Üstelik bu analiz doğru da değildir. Bir kere, "dinselliğin siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması" ifadesi, toplum ve siyaset mühendisliğine yaslanan jakoben bir anlayışı yansıtmaktadır. Mahkeme, dinselliğin siyasal yaşamda yer alabileceğini, ancak bunun belli bir düzeyde, gerektiği kadar olmasını savunmaktadır. Peki, bunun düzeyini kim belirleyecek? Eğer, Anayasa Mahkemesi bu sınırı belirleyecekse, bunun için elinde hangi ölçütler bulunmaktadır? Bu soruların cevabı maalesef gerekçeli kararda yoktur.

İkincisi, "dinselliğin siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması" neden toplum ile siyaset arasındaki temsil ilişkisini zedelesin? Bu gerekliliği toplumsal dinamikler belirliyorsa, ki demokratik rejimlerde öyle olmalıdır, siyaset toplumsal talepleri dikkate alıyor, dolayısıyla temsilin gereğini yapıyor demektir. Başörtüsü somut olayında ortaya çıkan dinselliğin siyasal yaşamda yer alması, siyasetin toplumsal temsilinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesinin "gerektiğinden daha fazla" olarak gördüğü, dolayısıyla sınırlamak için uğruna Anayasayı bile ihlal ettiği başörtüsü özgürlüğü, toplum ile siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyen değil, bilakis bu ilişkiyi sağlayan ve kuvvetlendiren bir örnektir.

Üçüncüsü, Mahkemenin toplumun siyasete yabancılaşması ve meşruiyet krizine ilişkin sözleri de dava konusu eylemler dikkate alındığında yanlıştır. Mahkeme, yukarıda alıntıladığımız sözlerini tekrarlayarak şunu vurgulamaktadır: "Dinin ve dinsel duyguların istismarı nedeniyle laikliğe aykırı görülen davalı parti eylemlerinin toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırması yoluyla demokratik işleyişi engelleyebileceği ve anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabileceği inkâr edilemez." Bu cümlelerin, öncekiler gibi, hiçbir hukuki değeri yoktur. Bir siyasi partinin izlediği politikaların toplum tarafından nasıl algılandığı ve toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırıp yabancılaştırmadığı meselesi tamamen siyasi bir meseledir. Muhalefet partileri iktidar partisini böyle bir gerekçeyle eleştirebilirler. Toplum da kendisini devletten ve siyasetten uzaklaştıran bir siyasi partiyi seçim sandığında cezalandırabilir. Mahkeme, davalı partinin laikliğe aykırı görülen eylemlerinin, örneğin üniversitelerde başörtüsü serbestliğini sağlamaya yönelik anayasa değişikliğinin, neden toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırdığına dair herhangi bir açıklama da yapmamaktadır.

Kaldı ki, 28 Şubat sürecinde toplumun özellikle muhafazakâr kesimlerine yönelik yoğunlaşan yasaklama eylemlerinin toplumu devlete yabancılaştırdığı bir gerçektir. Sosyolojik araştırmalar, toplumu devletten uzaklaştıran asıl faktörün yasaklar olduğunu ortaya koymaktadır. Toplumun yaklaşık dörtte üçü üniversitelerdeki

Anayasa Mahkemesinin "gerektiğinden daha fazla" olarak gördüğü, dolayısıyla sınırlamak için uğruna Anayasayı bile ihlal ettiği başörtüsü özgürlüğü, toplum ile siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyen değil, bilakis bu ilişkiyi sağlayan ve kuvvetlendiren bir örnektir.

Anayasa  
Mahkemesi  
başörtüsü  
serbestisinin  
neden laikliğe  
aykırı olduğunu,  
ne anayasa  
değişikliğinin  
iptaline dair  
kararında ne de  
AK Parti kararında  
açıklamıştır.

başörtüsü yasağının kaldırılmasını istemektedir.<sup>13</sup> Bu talebe paralel şekilde parlamentoda milletvekillerinin dördte üçünün oyuyla bu yasağı kaldırmaya yönelik bir girişim, nasıl olur da toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırabilir? Küçük bir azınlık dışında toplumun tüm katmanlarında memnuniyet uyandıran bir anayasa değişikliği nasıl olur da demokratik işleyişi engelleyebilir ve anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir? Anayasa Mahkemesi bu soruları da cevapsız bırakmaktadır.

Toplumu devlete ve siyasete yabancılaştıran, dolayısıyla demokratik işleyişi engelleyerek meşruiyet krizine yol açan bizzat Anayasa Mahkemesinin hukuksal dayanaktan yoksun, anayasal hükümleri hiçe sayan ve sosyolojik gerçeklikleri göz ardı eden kararlarıdır. 22 Temmuz 2007 seçimlerinden önce verilen meşhur "367 kararı"ndan son anayasa değişikliklerinin iptali ve iktidar partisinin hazine yardımından mahrum bırakılması kararlarına kadar, Mahkemenin siyaseti paranteze alan ve demokratik işleyişi imkânsız hale getiren kararları, devlet ve toplum arasındaki bağı zayıflatmakta, toplumun devlet kurumlarına ve siyasetin çözüm kapasitesine yönelik inancını sarsmaktadır.

Burada meselenin esasına ilişkin soru(n) şudur: Laikliğe aykırı olarak gösterilen eylemler hangi nedenlerle bu ilkeye aykırılık teşkil etmektedir? Anayasa Mahkemesi başörtüsü serbestisinin neden laikliğe aykırı olduğunu, ne anayasa değişikliğinin iptaline dair kararında ne de AK Parti kararında açıklamıştır. Aynı durum, Kur'an eğitimi ve katsayı meselesi için de geçerlidir. Kararlarda varsayımlar üzerine kurulu bir akıl yürütme vardır. Bu eylemlerin laikliğe aykırı oldukları peşinen kabul edilmekte, diğer tüm sonuçlar da doğruluğu kendinden menkul bu ön varsayımlara dayandırılmaktadır. Oysa üniversitelerde başörtüsü serbestiyetini sağlamaya ve din eğitiminin önündeki engelleri kaldırmaya yönelik girişimler laikliğin bir gereği olarak da düşünülebilir. Nitekim davalı partiye ve anayasa değişikliğini destekleyen diğer siyasi partilere göre böyledir. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesinin laiklik anlayışını ele almak, bu kararların arkasında yatan esas gerekçeyi görmek bakımından kaçınılmazdır.

### III. ORTAK GEREKÇE: “SÖZ KONUSU LAİKLİKSE, GERİSİ TEFERRUATTIR”

Başlıkta laikliğin büyük “L” ile yazılması bilinçli bir tercihi yansıtmaktadır. Anayasa Mahkemesi istikrarlı bir şekilde, laikliğin “bize has” bir yorumunu yapmakta, bu ilkenin bir “yaşam biçimi”ni ifade ettiğini, Anayasanın imtiyazlı ilkesi olarak “özgürlüklere kısırdırlamayacağı”ni belirtmektedir. Bu anlayışa göre din, akılcılığın, bilimsel alanın dışında kalan ve mutlak hakikat iddialarını içeren dogmatik kurallar bütünüdür. Böyle olunca da dinin her türlü siyasal, hukuksal, hatta toplumsal tezahürüne sınırlama getirilmelidir. Çünkü dinin gerçek yeri bireylerin vicdanıdır.

Mahkeme, başörtüsüne serbestlik getirmeyi amaçlayan anayasa değişikliklerinin laiklik ilkesine aykırı olduğunu saptarken, laikliğin düşünsel temellerinin Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerine dayandığını belirtmiştir. Mahkemeye göre “akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümseir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır.” Başörtüsü, bu çağdaş görünüme aykırıdır, çünkü “laik evrensel değerler”in değil, mutlak hakikat iddiasına yaslanan dini inançların bir gereğidir. Mahkeme, AK Parti kararında da dinin gerçek yerinin bireylerin vicdanı olduğunu bir kez daha hatırlatmaktadır. Buna göre, laik bir düzende din “gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır.” Ancak, dinin gerçek yeri konusunda kafalar karışık görünmektedir. Mahkeme bir taraftan dinin gerçek yerinin bireylerin vicdanı olduğunu belirterek onun toplumsal yansımalarına karşı çıkarken, diğer yandan dinin “sosyal bir kurum” olduğunu, bu nedenle “toplumsallık ekseninde yürütülmesi gereken siyaset” alanında gerektiği kadar yer alabileceğini kabul etmektedir.

Mahkeme, laikliğin dogmaları ve mutlak hakikat iddialarını dışlayarak özgürlükçü bir siyasal yapıyı mümkün kıldığını ileri sürmektedir. Her iki kararda da özgürlüğün önündeki en büyük engelin siyasal yapıya hâkim olan dogmalar olduğu belirtilmektedir. Mahkemeye göre, bu yüzden “çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır...”

Bu cümle, aydınlanmacı anlayışın izlerini yansıtan, ancak daha ziyade postmodernist söylemin “hakikat iddiası” alerjisini içeren alaturka bir değerlendirmeyi ifade etmektedir. Bir kere, çağdaş demokrasilerin mutlak hakikat iddialarını reddettiği görüşü tartışmalıdır. Demokratik rejimlerin neredeyse tamamında dinsel veya seküler kökenli mutlak hakikatler vardır. Sözgelimi, bir ülkenin anayasasında değiştirilmesi

Anayasa Mahkemesi istikrarlı bir şekilde, laikliğin “bize has” bir yorumunu yapmakta, bu ilkenin bir “yaşam biçimi”ni ifade ettiğini ve Anayasanın imtiyazlı ilkesi olarak “özgürlüklere kısırdırlamayacağı”ni bildirmektedir.

teklif dahi edilemeyecek hükümlerin olması, o ülkede mutlak hakikat olarak kabul edilen dogmaların olduğunu göstermektedir. Bizzat Mahkemenin laiklik yorumu, onu tüm zamanların tartışmasız doğrusu olarak “mutlak hakikat”ın yansıması şeklinde gördüğünü göstermektedir. Bir yandan çağdaş demokrasilerin “mutlak hakikat iddiaları”nı reddettiğini söylemek, diğer yandan da 19. yüzyıldan kalma katı pozitivist anlayışa yaslanan bir laikliği mutlak hakikat olarak sunmak çelişkili bir tutumu yansıtmaktadır.

Bir yandan çağdaş demokrasilerin “mutlak hakikat iddiaları”nı reddettiğini söylemek, diğer yandan da 19. yüzyıldan kalma katı pozitivist anlayışa yaslanan bir laikliği mutlak hakikat olarak sunmak çelişkili bir tutumu yansıtmaktadır.

Mahkeme, daha önceki kararlarında olduğu gibi, AK Parti kararında da laikliği “ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi” olarak tanımlamıştır. Bir ilkenin yaşamın tüm boyutlarını düzenleme gücüne sahip olduğu ileri sürülüyorsa, bu bir mutlak hakikat iddiasıdır. Ayrıca “bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşam” da ne demek? İnsanların sosyo-kültürel değerlerinin, tercihlerinin ve bunlara dayanan yaşamlarının “bilimsel” olması zorunluluğu var mıdır? “Bilime dayanan yaşam”dan kasıt, dinsel karşıtlığı ya da en hafifinden din dışılık ise eğer, böyle bir yaşamın çağdaş demokrasilerin zorunlu kıldığı bir yaşam biçimi olmadığı ortadadır.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesinin inceleme konusu iki karardaki yanlış yaklaşımı esasen Mahkemenin yanlış laiklik anlayışına ısrarla bağlı kalmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme, bu derece otoriter ve sonuçları itibarıyla inanç özgürlüğünü baskılayan bir laiklik anlayışı yerine, bu ilkeyi devletin tüm inanç gruplarına eşit mesafede durmasını gerektiren bir siyasal nitelik olarak benimsemiş olsaydı, bugün yaşadığımız bazı sorunlar belki de hiç yaşanmayacaktı.

Mahkeme, otoriter laiklik anlayışının gereği olarak, laikliğin özgürlükçü yorumlarıyla temellendirilen girişimleri, bu ilkeye yönelik ciddi bir tehdit olarak algılamaktadır. Bu da militan demokrasiyle eklemlenen bir laiklik uygulamasına yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi, üniversitelerde başörtüsü özgürlüğü gibi demokratik laikliğin gereği olan uygulamaları, laikliğin doğasını değiştirecek ve onu işlevsiz kılacak çabalar olarak yorumlayabilmektedir. Mahkeme siyasalın hukuka önceliği ve üstünlüğü varsayımından hareketle, yürürlükteki anayasa normunu askıya almakta ve hukuk dışı bir varoluşsal refleksle laikliğe yönelik “saldırıları” püskürtmektedir. Böylece, Mahkeme tanımladığı laikliğe aykırı girişimleri tasfiye etmek için normun geçerli olmadığı bir “istisna hali”ne karar vermekte, kendisini de Schmittçi anlamda, bu istisnai duruma karar veren egemen konumuna yükseltmektedir.

## IV. SONUÇ VE ÖNERİLER

Anayasa Mahkemesinin incelediğimiz iki kararı, Türkiye’de iktidar haritasına müdahale ederek demokratik siyasetin alanını daraltmıştır. Anayasa değişikliğinin iptaline ilişkin kararla parlamentonun anayasa koyucu iradesine anayasal dayanağı olmayan bir ipotek konmuştur. İktidar partisi hakkındaki kararla da demokratik siyaset iktidarsızlaştırılarak, siyasi aktörlerin makro-politik alandaki temel sorunları çözme kapasitesi iğdiş edilmiştir.

İki kararın da arkasında otoriter ve pozitivist bir laiklik anlayışı yatmaktadır. Bu anlayışın gözden geçirilerek, laikliğin çoğulcu demokratik rejimin gerekleriyle uyumlu bir şekilde yeniden yorumlanması gerekmektedir. Laikliğin amacı, bireylerin hiçbir baskı altında kalmadan din ve vicdan özgürlüğünü kullanabilecekleri bir hukuki/siyasi düzenin kurulmasıdır. Bu nedenle, hak ve özgürlükler laikliği tehdit eden değil, bilakis güçlendiren ve ona gerçek işlevini hatırlatan değerlerdir. Bireylerin günlük yaşamlarında dindar veya dinsiz olması devleti ilgilendiren bir husus değildir. Devletin görevi, insanlara belli bir din anlayışını dayatmak da değildir. Laik devlet dinin, başkalarına zarar vermedikçe, toplumsal tezahürlerini sınırlamayan devlettir. Bu anlamda laik devlet, bireylerin inanç ve ibadet tercihlerine saygı gösteren, dahası bu tercihlerin yaşama geçmesi için her türlü kolaylığı sağlayan devlettir. Kısacası, otoriter laiklik anlayışının yerini demokratik ve özgürlükçü laikliğe bırakması gerekir.

Diğer yandan, başörtüsü veya Kürt meselesi gibi toplumun temel meselelerini çözmenin ön şartı bu konuların serbestçe tartışılacağı bir ortamın sağlanmasıdır. Bu meselelerin varlığından bahsedip, çözüm öneren siyasi partilerin yaptırım tehdidiyle karşı karşıya kaldığı bir anayasal düzende hiçbir toplumsal sorun çözülemez. Dolayısıyla, öncelikle toplumsal talepleri siyasal alana taşıyan siyasi partilerin kapatılma korkusundan kurtulmaları, Anayasa Mahkemesinin de özgürlükleri tırpanlayan bir organ olmaktan uzaklaşması gerekir.

Bu durum elbette uzun vadede demokratik kültürün yaygınlaşması ve pekişmesine bağlıdır. Ancak, anayasal düzeyde yapılabilecek değişiklikler de vardır. Bu değişiklikler konusundaki önerilerimizi satır başları itibariyle şu şekilde sıralayabiliriz.

- a. Anayasa Mahkemesinin yapısı ve yetkilerinde değişiklik yapılarak, bu kurumun diğer anayasal demokrasilerde olduğu gibi “kurulu iktidar” olarak Anayasa sınırları içerisinde kalması ve demokratik meşruiyete sahip bir kuruma dönüşmesi sağlanmalıdır. Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde parlamentonun söz sahibi kılınması, “negatif yasa koyucu” olarak hareket eden bu organın demokratik meşruiyeti için kaçınılmaz bir gerekliliktir.

**Başörtüsü veya Kürt meselesi gibi toplumun temel meselelerini çözmenin ön şartı bu konuların serbestçe tartışılacağı bir ortamın sağlanmasıdır.**

b. Siyasi partilerle ilgili kapatma davasının açılması zorlaştırılmalıdır. Bu bağlamda, siyasi partiler hakkında kapatma davası açılması, parlamentonun nitelikli çoğunlukla karar alması şartına bağlanmalıdır. Bir milletvekilinin dahi yargılanması için parlamentonun kararı gerekirken, yüzlerce milletvekilinin bağlı olduğu bir siyasi partinin yargılanmasında parlamentonun tamamen devre dışı bırakılması mantıklı değildir. Üstelik bir milletvekilinin yargılanması kurumsal anlamda yasama ve yürütme organlarının geleceğini etkilemezken, siyasi partilerin kapatılması bu organları yakından etkilemektedir.

c. Siyasi partileri kapatma kararı istisnai ve nihai çare olarak düşünülmelidir. Bu kapsamda, AİHM içtihadından ve Venedik Komisyonu'nun kriterlerinden yararlanılarak odak olma tanımı ya da daha genel anlamda parti kapatma kriterleri yeniden belirlenmelidir.

d. Kapatmadan önce "ihtar" veya "hazine yardımından mahrum bırakma" gibi kararlar verilmelidir. Anayasa Mahkemesi bir siyasi partinin fillerini kapatmayı gerektirecek yoğunlukta görmüyorsa "odak" tespiti yapmadan onu uyarabilmeli veya hazine yardımından mahrum bırakabilmelidir. Kapatmayı zorlaştırmanın bir diğer yolu da, kapatma için nisabi beşte üçten üçte ikiye yükseltmektir.

e. Kapatmanın sonucu uygulanan yaptırımlar yeniden düzenlenmelidir. Anayasaya göre, bir siyasi partinin kapatılmasına beyan veya eylemleriyle neden olanların milletvekilliği düşmekte ve/veya beş yıl süreyle bir siyasi partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi veya deneticisi olamamaktadır. Bir siyasi partinin kapatılması, onun tüzel kişiliğini sona erdiren ve mal varlığının hazineye devredilmesine neden olan başlı başına ağır bir yaptırımdır. Dolayısıyla, bunun dışında, ayrıca parti mensuplarını kapatmayla ilişkili olarak cezalandırmaya gerek yoktur.

Bu ve benzeri önerilerin hayata geçirilmesi, demokratik siyaseti bürokratik vesayetten kurtarmak, dolayısıyla demokratik hukuk devletini konsolide etmek için zorunludur. Demokratik hukuk devletinin tüm kural ve kurumlarıyla tesis edilmediği yerde laikliğin de gerçek işlevini yerine getirmesi mümkün değildir.







Türkiye’de 1937 yılından itibaren anayasal bir ilke haline gelen laikliğin tanımı ve gerekleri konusunda sürekli tartışma yaşanmıştır. Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, bu tartışmalı alanların belki de en yakıcısı olmuştur. Başörtüsü yasağı, sadece bazı öğrencilerin yüksek öğrenim hakkını kullanamaması sonucunu doğurmakla kalmamış, aynı zamanda yargı-siyaset ilişkisini de etkileyen bir meseleye dönüşmüştür. Bu yasağı kaldırmaya yönelik tüm yasal ve anayasal girişimler yargı engeline takılmıştır.

Diğer yandan, başörtüsü yasağına dair söylem ve eylemlerin siyasi bedeli de çok ağır olmuştur. Yasağın kalkması gerektiğini savunan iki siyasi parti laikliğe aykırı fiillerin odağı haline geldikleri gerekçesiyle kapatılmıştır. Başörtüsünü üniversitelerde serbest bırakmak amacıyla yapılan anayasa değişikliğine destek veren iktidar partisi de kapatılmaktan bir oyla kurtulmuş, ancak hazine yardımıyla mahrum bırakılmıştır.

Elinizdeki analiz, Anayasa Mahkemesinin son anayasa değişikliğinin iptaline ve AK Partinin devlet yardımıyla mahrum bırakılmasına ilişkin kararlarını incelemektedir. Gerekçeleri bir süre önce yayınlanan bu iki karar, hukuki ve siyasi boyutlarıyla değerlendirilmektedir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi’nden mezun oldu. Yüksek Lisans ve Doktora çalışmalarını İngiltere’de Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yaptı. Halen Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi’nde ve Başkent Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümünde dersler vermektedir. Eserlerinden bazıları şunlardır: Anayasa Teorisi (2005), Constitutional Law of Turkey (2004, ortak yazar), “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi” (2008), “Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey” (2007).