

# Fazilet Partisi'ni Kapatma Kararı Işığında Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi Sorunu

Mustafa Erdoğan\*

Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisi hakkındaki davayı iki yılı aşkın bir süre sonunda nihayet karara bağladı ve partiyi "laiklik karşıtı eylemlerin odağı" haline geldiği gerekçesiyle kapattı. Buna bağlı olarak yüksek mahkeme, eylemleriyle partinin kapatılmasına sebep olduklarına kanaat getirdiği, karar tarihinde halen milletvekili olan Nazlı Ilıcak ve Bekir Sobacı'nın milletvekilliklerinin düşmesine ve ayrıca eski milletvekilleri Merve Kavakçı, Mehmet Sılay ve Ramazan Yenidede'yle birlikte beş yıl siyasetten yasaklanmalarına karar verdi. Bu karara sadece üç üye muhalif kaldı ki bunların ismen belirtilmeleri gerektiği kanaatindeyim: Haşim Kılıç, Sacit Adalı ve Samia Akbulut.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı haklı olarak bütün ülkede yaygın bir hoşnutsuzluk yarattı. Medyada da, birkaç bağınaz ve karakter zaafıyla malul kişi dışında, akli başında ve vicdanları körelmemiş herkes Fazilet Partisi'nin kapatılması kararını hem hukuken yanlış hem de siyaseten isabetsiz buldu. O kadar ki, demokratik hassasiyetleri öyle pek de belirgin olmayan bazı kişiler bile Anayasa Mahkemesi'ni bu kararından dolayı eleştirdi. Mamafih, bu yaygın tepkinin ortaya çıkmasında, bu kararın Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği karşısın-

da Türkiye'yi zor durumda bırakacağı kaygısının etkili olduğu açıktır. Ayrıca, bu kararın Anayasa Mahkemesi'nin bağımsız iradesinin ürünü olmadığı ve özellikle askeri çevrelerin telkin ve baskıları sonucunda ortaya çıktığı da genel kanaat halindedir.

Bana öyle geliyor ki, Anayasa Mahkemesi'nin Fazilet Partisi'ni kapatmasının, ana istikametini statüko güçlerinin ("derin Devlet'in) belirlediği konjonktürle yakından ilgili olduğu kesin olmakla beraber, Mahkeme'ye doğrudan doğruya baskı yapılmış olduğunu kesin olarak bilemeyiz. Kaldı ki, bu nokta Türkiye'deki cari rejimin mahiyetinin teşhisi bakımından önemli olsa da, hukukî bakış açıdan daha önemli olan Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir kararı nasıl verebilmiş olduğudur. Yani, ilk planda muaheze edilmesi ve sorumlu tutulması gereken, şüphesiz hepsi de "reşit" ve "mümeyyiz" olan sekiz yüksek yargıcın kendisidir. Asıl mesele, bu zevatın mesleki donanımlarının ve entelektüel kapasitelerinin böyle bir görev için ne ölçüde yeterli olduğunun ve önyargıları ile hareket etmeye hakları bulunup bulunmadığının sorgulanmasıdır.

Bu da ancak kararın hukuki bir analiziyle mümkün olur. Gerçi gerekçeli karar henüz yayımlanmamıştır, ama kararın kamuya duyurulan haliyle de böyle bir değerlendirmeye tabi tutulmasında hiçbir sakınca yoktur. Kaldı ki,

\* Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Öğretim Üyesi.

önümüzdeki haftalarda yayımlanacak olan "gerekçeli" kararın bu konudaki ilk değerlendirmemizi geçersiz kılacağını da sanmıyorum. Çünkü, Mahkeme'nin yargısal tutumu hakkındaki şu ana kadarki gözlemlerimiz ve bilgilerimiz, bunun "mürettep" bir gerekçe olacağını açıkça göstermektedir. Yani, Mahkeme'nin yerleşik pratiğinde "gerekçe" denen şey, doğru-yanlış ön fikirlerin etkisi altında bir şekilde oluşmuş peşin yargıyı sözde haklı göstermek üzere sonradan uydurulur ve formüle edilir.

Şimdi, bu karar hakkındaki hukuki bakımdan önemli olan ilk gözlem ve değerlendirmelerimizi kayda geçirebiliriz:

1. Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisi'ni "kapatılmış bir partinin devamı" olduğu gerekçesiyle kapatmamakla doğru yapmıştır. Mahkeme bunu iki nedenle yapmış olabilir. Birincisi, Mahkeme bir partinin "devamı" olmanın anlamı konusunda daha önceki bazı kararlarında benimsemiş olduğu yorum tarzını muhafaza ediyordur. Bu, kısaca, birbirini izleyen partiler arasındaki sosyolojik devamlılık ve bir siyaset tarzı geleneğinin sürdürülmesi ile, teknik-hukuki anlamda devamlılık arasında bir ayırım yapıldığı anlamına gelir ki bu son derece isabetli bir hukuki anlayıştır. Bu ihtimal varit ise, bu demektir ki Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisi'nin Milli Nizam-Milli Selamet-Rehah Partisi çizgisinin sosyolojik ve siyaset geleneği anlamında devamı olmasının, onun kapatılmış Rehah Partisi'nin "başka bir ad altında yeniden kurulmuş" şekli olduğu anlamına gelmediği kanaatine ulaşmıştır.

İkinci ihtimal olarak, Anayasa Mahkemesi, aralarında bu satırların yazarının da bulunduğu bazı anayasa hukukçularının ısrarla dile getirdikleri bir görüşü benimsemiş olabilir. Buna göre, Anayasa her ne kadar "kapatılmış bir parti başka bir ad altında yeniden kurulamaz" demekteyse de, ne Anayasanın kendisi ne de Siyasi Partiler Kanunu buna aykırı bir durumun varlığı halinde ilgili partiye "kapatma" müeyyidesi uygulanmasını öngörmüştür. Eğer Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisi'nin, kapatılmış olan Rehah Partisi'nin devamı olduğu için kapatılmasına ilişkin Başsavcılık talebini bu nedenle yerinde görmemişse, bu sadece onun pozitif hukuku hiç değilse bu yönden

çığnememiş olduğunu gösterir ama bundan dolayı takdir edilmesi de gerekmez. Çünkü, aksine hareket etmesi zaten açıkça hukuka aykırı olurdu.

2. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin Fazilet Partisi'ni "laiklik karşıtı eylemlerin odağı" haline geldiği gerekçesiyle kapatmış olması açıkça hukuka aykırı olup, hiçbir maddi (olgusal) ve hukuki temeli bulunmamaktadır. Bu karar başlıca iki bakımdan yanlıştır. İlk olarak, "laiklik karşıtı" olduğu iddia edilen "eylemler" in -ki hepsi aslında sözlerden, ifadelerden ibarettir- hiçbirisi öyle değildir. Bunların çoğu başörtüsü yasağının yol açtığı özgürlük-süzlük durumunun endişe verici toplumsal sonuçlarının dile getirilmesiyle ilgilidir; yani aslında özgürlük talepleri niteliğindedirler ve milletvekilleri tarafından -çoğunlukla da Meclis kürsüsünde- dile getirilmişlerdir. Bir yasağın eleştirilmesi, özellikle de bu milletvekilleri tarafından yapılırsa, hiçbir demokratik anayasal düzene aykırı olamaz. Bir özgürlük talebi, barışçı yollardan dile getirildiği sürece, talebin konusunu oluşturan hak veya özgürlük pozitif hukuk tarafından henüz tanınmış olmasa bile laiklik veya demokrasi karşıtı sayılamaz. Kaldı ki Türk pozitif hukukunda üniversite öğrencilerinin başörtüsü takması zaten yasak değildir. Türkiye'de son yıllarda uygulanan başörtüsü yasağı yürürlükteki hukuk düzeninin bir gereği olmayıp, tamamıyla cari güç ilişkilerinin bir sonucudur; yani, bu yasağın varlığı *de jure* değil *de facto* bir durumdur.

İkinci olarak, üniversite öğrencilerinin başörtüsü takmaları pozitif hukuka aykırı olsaydı bile, bu, bu yasağın partililerce eleştirilmesini ve kaldırılmasının talep edilmesini demokratik bir sistemde laiklik karşıtı yapmazdı. Hadi bunu da bir yana bırakalım ve diyelim ki böyle bir eleştiri ve özgürlük talebi de laiklik karşıtı olsun. Böyle bir durumda dahi bazı milletvekillerinin veya parti üyelerinin münferiden bu kabil eleştirilerde bulunmaları onların partilerini bu eylemlerin "odağı" haline getirmez. Çünkü, bir örgütün herhangi bir faaliyetin "odağı" veya "mihrakı" olması demek, o faaliyetin o örgütün merkezinden kaynaklanması, bu merkezce yönlendirilmesi, sevk ve idare edilmesi ve bunun yoğunlukla ve karar-

lı/sürekli bir şekilde yapılması demektir. Dava dosyasındaki bilgiler böyle bir durumun Fazilet Partisi tüzel kişiliği bakımından söz konusu olmadığını açıkça göstermektedir. Bu konuda "odak" olması şöyle dursun, Fazilet Partisi birçok başka konuda olduğu gibi başörtüsü meselesinin de ısrarlı bir takipçisi olmamıştır; öyle ki bu parti son üç yıldır sistemin en "uysal" partisi olmuş, muhtemelen kapatılma korkusundan neredeyse hiçbir temel meselede net ve kararlı tutum alamamıştır.

Öyle anlaşılıyor ki, Mahkeme Merve Kavakçı'nın Fazilet Partisi'nden milletvekili seçilmiş olmasını -ki hukuken hala milletvekidir- ve bu sıfatla partisinin onu bir ölçüde desteklemiş olmasını da partinin "laiklik karşıtı eylemlerin odağı" haline geldiğinin bir "kanıtı" olarak değerlendirmiştir. Yani, Anayasa Mahkemesi'ne göre, başörtülü bir yurttaşın milletvekili seçilmesi ve başörtüsüyle and içmeye "kalkışmış" olması laikliğe aykırıdır. Bu da birçok bakımdan sakat bir anlayıştır. Bir kere, eğer "milli egemenlik" Türkiye'nin anayasal düzeninin -göstermelik değil de- sahici bir temel ilkesiyse, yetkilerinin meşru varlığı bu ilkeden doğan hiçbir anayasal organ -özel olarak Anayasa Mahkemesi- "millet" in seçme hakkına ambargo koyamaz. Merve Kavakçı'yı Fazilet Partisi aday göstermişse de onu seçmiş olan "Türk milleti"dir. Anayasa Mahkemesi bunu laikliğe aykırı buluyorsa, müeyyideyi Fazilet Partisi'ne değil, doğrudan doğruya "millet" in kendisine uygulamalı ve mesela milleti "iptal" etmeliydi. İkincisi, başörtülü bir milletvekili olamayacağına ve başörtüsüyle and içilemeyeceğine dair T.C. Anayasası'nda hiçbir hüküm yer almamaktadır. Böyle bir hüküm İktüzük'te de yoktur; bu, Meclisin geçenlerde İktüzüğe bu yolda bir yasak koymaya çalışmasından da açıkça anlaşılmaktadır. Kaldı ki, İktüzük'te başörtüsünü yasaklayan bir hüküm bulunsaydı bile bu Anayasaya açıkça aykırı olacağından yok hükmünde sayılmak gerekirdi. Çünkü, birer temel hak olan seçilme hakkını ve yurttaşların seçme hakkını ortadan kaldırma sonucu doğurabilecek bir işlemi yapmaya TBMM'nin yetkisi yoktur. Esasen, İktüzüğün amacı Meclis çalışmalarının düzenli bir biçimde yapılmasını sağlamak olduğundan, bu

prosedürel işlemle maddi bir hak geçersiz kılınamaz.

3. Bu karar Anayasa Mahkemesi'ndeki hakim çoğunluğun "demokratik bir sistemde laiklik" konusunda öteden beri sahip olduğu yanlış bilgi ve anlayışını sürdürdüğünü de göstermektedir. Yüksek mahkeme birçok kararında laikliği ne yazık ki totaliter biçimde yorumlayagelmiştir. Mahkemeye göre, laiklik devleti sınırlayan, özgürlükçü ve barışçı bir ilke olmayıp, devletin yurttaşlara belli bir hayat tarzını dayatmasını meşrulaştıran bir üst-ilkedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında hem laikliği dinin toplumsal ve kamusal-siyasal alana ilişkin taleplerinin kategorik olarak reddi olarak anlamakta ve dolayısıyla laikliğin devlete dinin toplumsal hayattaki tezahürlerini ortadan kaldırma yetkisi verdiğini düşünmekte, hem de onu anayasal düzenin birinci değeri mertebesine yükseltmektedir. Bu anlayışa göre, demokrasi de hukuk devleti de insan hakları da laikliğin izin verdiği ölçüde tanınması gereken ikincil değerlerdir.

Burada ilginç olan nokta, Anayasa Mahkemesi'nin otoriter (zaman zaman totaliter) tek parti döneminde oluşmuş olan "toplumsal mühendislik projesi olarak laiklik" doktrinini demokratik-çoğulcu siyaset ortamında da sürdürmekte inat etmesi ve bu anlayışın özgürlükçü-demokratik eleştirisini ısrarla görmezlikten gelmesidir. "Demokratik bir sistemde laiklik" konusunda son on-onbeş yılda Türkçe literatür bile hatırı sayılır ölçüde zenginleşmiş olmasına rağmen, Anayasa yargıçlarımız bu literatüre tümüyle gözlerini kapamaktadırlar. Üstelik, bu konudaki yeni kaynaklara ve bilgilere ulaşmak için, yüksek yargıçlarımızın en azından bu davada, ilave bir zahmete katlanmaları bile gerekmiyordu. Söz gelişi, Fazilet Partisi'nin savunmasında laikliğin çağdaş demokrasilerde nasıl anlaşılıp uygulandığı konusunda oldukça ayrıntılı bilgiler yer almasına rağmen, Mahkeme üyelerinin çoğunun bunları ya hiç okumadıkları ya da okudularsa da gözardı ettikleri anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan doğruya başörtüsü meselesiyle ilgili iki kararı ve Refah Partisi'nin kapatılması kararından sonra bu son kararıyla birlikte öyle bir

sonuç ortaya çıkmıştır ki, bu mesele adeta laikliğin kilit noktası haline gelmiştir. Mahkeme'in ulaştığı sonuç kısaca şöyle formüle edilebilir: "Başörtüsüne özgürlük istemek kategorik olarak laiklik -ve dolayısıyla anayasa- karşıtlığı demektir." Bu, hangi açıdan bakarsanız bakın külliye yanlı bir görüştür: antidemokratiktir, özgürlük karşıtıdır, laikliğe aykırıdır, savaşıdır. Antidemokratiktir, çünkü demokratik siyasetin alanını ve demokratik-siyasal aktörlerin hareket sahasını keyfi olarak daraltmaktadır; özgürlük karşıtıdır, çünkü baskıcı ve dayatmacıdır; laikliğe aykırıdır, çünkü dini tercihleri bastırmakta ve dine dayalı ayrımcılık yapmaktadır; nihayet savaşıdır, çünkü devletin toplumla kavga etmesini gerektirmekte ve bu haliyle toplumsal barış ve esenliği devletin kendisinin tahrip etmesine cevaz vermektedir.

4. Bu kapatma kararının milletvekilliklerinin düşürülmesine ve siyaset yasağı konmasına ilişkin kısmı, ilgili kişilerin tümü bakımından temelsizdir. Özel olarak, Nazlı Ilıcak'ın "laiklik karşıtı eylemleriyle partisinin kapatılmasına sebebiyet verenler"den olduğu gerekçesiyle bu müeyyidelere maruz bırakılması ciddiyetten uzak ve komik bir yargıdır. Hale bakınız ki, bir yüksek mahkeme cari rejimin "çağdaş yaşam biçimi" ve "çağdaş görünüm" ölçülerine tıpatıp uyan ve din temelli bir düzenden yana olmadığı, böyle bir çaba içine hiçbir zaman girişmediği herkesçe bilinen bir milletvekilinin milletvekilliğini düşürerek ve ona siyaset yasağı getirerek "laiklik"i koruduğunu sanıyor! Bu, şekilci hukuk anlayışının ne gibi saçma sonuçlar ortaya çıkarabileceğini gösteren tipik bir örnektir.

5. Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın "Ne yapalım, kanunlar bizi buna mecbur ediyor; böyle olmasını istemiyorsanız kanunları değiştirin" mealindeki açıklamasının hiçbir hukuki değeri yoktur. Türkiye'de Anayasa ve yasaların özgürlükçü olmadığı doğrudur, bundan -ve başka nedenlerden- dolayı pozitif hukukun iyileştirilmesi elbette bir zorunluluktur. Ama Fazilet Partisi'nin kapatılması kararıyla ilgili temel sorun, mevzuatın elverişsizliği değildir; sorun, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlükteki Anayasa ve kanunları bile otoriter ve dar-kafalı bir an-

layışla yorumlamasıdır. Çünkü, Anayasa Mahkememizin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Strasburg Mahkemesi'nin içtihatlarına uyma yükümlülüğünü bir yana bıraktık diyelim, yürürlükteki Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu karşısında bile Fazilet Partisi'nin kapatılmasını gerektiren hiçbir ciddi neden bulunmamaktadır. Ama tabii, bunu anlamak için de "yasa bilgisi"ne değil; meşruluk ve hukuku mevzuatla özdeşleştirmeyen bir hukuk nosyonuna, ciddi bir yorum ve hukuki argümantasyon tekniği bilgisine, ve nihayet özgürlük ve demokrasi duyarlılığına sahip olmak gerekiyor. Başka bir ifadeyle, meselemiz anayasa yargıçlarımızın çoğunun hukuk bilmemeleri, demokrasi bilmemeleri, siyaset ve anayasa teorisi bilmemeleri, laiklik bilmemeleridir. Öğrenmeye de niyetleri yok....

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin siyasi partiler konusundaki özgürlükçü-demokratik kararlarının Sözleşme'nin harfiyyen uygulanmasının sonucu olduğu mu sanılıyor? Gerçekte durum sanılandan çok farklıdır: "Siyasi parti" kavramına bile yer vermeyen bir Sözleşmeye dayanarak faaliyet yapan Strassburg Mahkemesi bu kararları evrensel anlayış ve ilkeler doğrultusunda örgütlenme ve ifade özgürlüğüne ilişkin hükümleri genişletici bir yoruma tabi tutmak suretiyle vermektedir. Türkiye'nin Anayasa yargıçları da eğer isterlerse ve bunun için gerekli entelektüel donanımı kazanmaya çalışırlarsa, Türk pozitif hukukunun özgürlükleri daraltan bünyesini gevşetebilirler. Yeter ki istesinler!...

Ayrıca, sayın Başkan'ın bu beyanını samimi bulmak da kolay değildir. Çünkü, eğer mesele Anayasa'nın ve kanunların düzeltilmesi ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi, siyasi partiler bakımından "odak"ı gayet makul şekilde tanımlayan ve onu uygulanabilir kılacak ölçütler getiren kanun değişikliğini yaptığı halde Anayasa Mahkemesi bunu niçin otoriter bir anlayışla iptal etmiştir?... Demek ki mesele mevzuatın elverişsizliğinden ziyade anayasa yargıçlarımızın özgürlüklerden hazzetmeyişleriyle ilgilidir.

6. Anayasa Mahkemesi'nin bu son kararı bir şeyi daha göstermiştir: Mahkeme üyelerinin çoğunun formasyonları yaptıkları iş için yeterli

olmadığı gibi, bu eksikliklerini telafi etmeye istekli de görünmüyorlar. Bilgiye kapalılar, mesleki tecrübeleri bile yok ve geniş görüşlülük hasletine sahip değiller. Kendilerine emanet edilmiş olan hayati görevi el yordamıyla yerine getirmeye çalışıyorlar ve bundan hiç de rahatsızlık duymuyorlar. Bunun içindir ki, Tür-

kiye'de özgürlüklerin önündeki engel "Anayasa'yı değiştirmeyen, gerekli yasaları çıkarmayan" parlamento değildir; asıl engel özgürlüklerin sistematik kısıyıcısı olmaktan rahatsızlık duymayan Anayasa Mahkemesi'nin ta kendisidir.

Anayasa Mahkemesi üyeliği meselesinin acilen ele alınmaya ihtiyacı var.



Adının da akla getirdiği gibi, bu kitabın ana teması özgürlüktür.

Toplumsal-siyasal örgütlenmenin birinci meselesi cebir kullanımını mümkün olan asgari düzeye indirmek suretiyle bireylerin özgürce seçe/tercihler yapma imkanlarını artırmaktır. Bu çerçevede, Türkiye'de özgürlüğü temel dert edinen bir düşünce adamının hukuk devletiyle ve sivil özgürlüklerle ilgili sorunları görmezlikten gelmesi; çeşitli anayasa tasavvurlarını, Avrupa'yla ilişkileri ve küreselleşme meselelerini irdelemekten kaçınması ve nihayet "hikmet-i hükümet" felsefesine ve "militan demokrasi" safkasına cepheden karşı çıkmaması elbette düşünülemez.

*Dersimiz Özgürlük* akademik ölçülere göre kaleme alınmış veya biçimsel olarak öyle olmasa da akademik müktesebatın daha belirgin olarak yansıdığı makaleler ile ülkemizin güncel toplumsal-siyasal sorunları hakkında yazılmış kısa yazıları bir araya getirmektedir.