
Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine

Zühtü Arslan

Türkiye’de yargının siyasal iktidar karşısında mevzi kazanmasında ve nüfuz alanını genişletmesinde laiklik ilkesi işlevsel bir rol oynamaktadır. Laikliğin, güç mücadelesinde taraflardan birine verdiği lojistik destek, bir yandan bu kavramın yarı-kutsal bir şekilde algılanmasından, diğer yandan da karşı-çoğunlukçu yaklaşımın temel payandası olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Laikliğin bu kapsamlı ve ideolojik algılanışı, (a) devlet seçkinlerinin bürokratik kanallar yoluyla (özellikle de yargı bürokrasisi üzerinden) siyasal iktidar üzerinde sıkı bir denetim ve kontrol uygulamasını ve (b) din ve vicdan özgürlüğünün alanının daraltılmasını beraberinde getirmektedir.

Bu yazı, iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde demokrasi, juristokrasi ve laiklik kavramlarının anlamları üzerinde kısaca durulacak ve bu kavramların birbiriyle ilişkisi irdelenecektir. Burada, laikliğin Türkiye gibi ülkelerde demokrasiden çok jüristokrasiye hizmet ettiği argümanına yer verilecektir. İkinci bölüm, bu argümanın yargı kararlarından ve yüksek yargı organlarının politik çıkışlarından hareketle temellendirilmesine ayrılmıştır. Bu bölümde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin laiklik kavramına yaklaşımları açıklanmaya çalışılacaktır. Sonuç kısmında ise, Türkiye’nin jüristokrasiden demokrasiye geçişinin militan laiklik anlayışından özgürlükçü ve çoğulcu laiklik anlayışına geçişle mümkün olabileceği görüşü vurgulanacaktır.

Jüristokrasi ile Demokrasi Arasında Laiklik

Kelime anlamıyla “halkın yönetimi” demek olan demokrasi, Eski Yunan’dan beri tartışılan bir kavramdır. Abraham Lincoln’a atfedilen meşhur bir demokrasi tanımı

Doç. Dr., P.A. Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

Liberal Düşünce, Cilt:10, No:38-39, Bahar-Yaz 2005, s. 45-54.

vardır. Buna göre demokrasi, “halkın, halk için halk tarafından yönetilmesi”dir. Burada ayırtedici unsur, halkın yönetimin sadece nesnesi değil aynı zamanda öznesi olmasıdır. Zira en koyu diktatörlüklerde bile halk nesnedir ve yöneticiler baskı politikalarının “halk için” olduğunu ileri sürmüşlerdir. Halkın (ya da yönetilenlerin) aynı zamanda özne olması, hukuksal ve siyasal meşruiyet için vazgeçilmez bir unsurdur. Bir çok siyaset teorisini yönetilenlerin yasalara itaat yükümlülüğünü, bu grubun aynı zamanda söz konusu yasaların yapıcısı olduğu düşüncesine dayandırmışlardır. Bu düşüncenin pratikteki yansımaları ve açmazları bir yana, halkın özneliği çoğunluk üzerinden gerçekleşmektedir. Başka bir ifadeyle, demokrasi son tahlilde çoğunluğun söz sahibi olduğu bir yönetim şeklidir. Nitekim Avrupa Birliği Anayasa Taslağını hazırlamakla görevlendirilen Konvansiyon’un hazırladığı Taslağın epigrafında Tukidides’in meşhur bir sözü vardır. Tukidides şöyle diyor: “Anayasamıza ... demokrasi adı verilir; çünkü iktidar azınlığın değil, çoğunluğun elindedir”.

Diğer yandan, modern demokrasi anlayışı çoğunluğun kayıtsız şartsız yönetimi anlamına da gelmemektedir. İktidarın syozlaştırıcı doğasından hareketle liberal anayasacılık, çoğunluğa dayanan siyasal iktidarı sınırlandırma araçları üretmiştir. Bunun sonucunda da ortaya liberal demokrasi çıkmıştır. Şu halde liberal demokrasi, siyasal karar alma mekanizmasında büyük ölçüde çoğunluğun (halk iradesinin) belirleyici olduğu, ancak halk iradesinin bireysel hak ve özgürlüklerle sınırlandırıldığı bir yönetim anlayışını ifade etmektedir.

Mahkemeler, özellikle anayasa mahkemeleri, liberal demokrasilerin anayasal sınırlar içerisinde kalmasını sağlayan kurumlardır. Başka bir ifadeyle, “çoğunluk despotizmi” olarak bilinen tehlikeyi önleme misyonu mahkemelere aittir. Bu anlamda yargı, siyasal iktidarın yozlaşarak hak ve özgürlükleri tırpanlayıcı tutumlarını firenleme işlevi görmektedirler. Bu haliyle, demokrasinin liberalleştirilmesi ya da anayasallaştırılması büyük ölçüde yargının hak-eksenli yaklaşımıyla mümkün olabilmektedir. Ancak yargı, bazen siyasal iktidarı özgürlükler lehine sınırlandırma gücünü yanlış yönde kullanmakta ve iktidarın kullanımına ortak olmaya çalışmaktadır. Bu da yargıyı siyasal alanın aktörlerinden biri haline getirmektedir.

Normalde halk iradesine yaslanan siyasal iktidarın alması gereken kararların, gitgide yargıçlar tarafından alınması “siyasetin yargısallaşması” olarak ifade edilmektedir. Yargının siyasete müdahalesi ve siyasal kararlara ortak olması demokratik rejimlerde patolojik bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bazılarına göre bu durum, demokrasiden jüristokrasiye (ya da jüdiokrasiye) geçişi ifade etmektedir. Jüristokrasi, yargıçlar hükümeti anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, jüristokraside siyasal iktidar seçimle işbaşına gelen siyasi kadrolara değil, siyasal anlamda hesapverebilirlik özelliği bulunmayan yargıçlara aittir. Bu anlamda bu yazının başlığında yer alan “jüristokratik demokrasi” ifadesi aslında paradoksaldır, zira jüristokrasi oligarşik bir anlayışı yansıtmaktadır. Demokrasinin temel hedefi ise, en azından teorik olarak, belli bir grubun değil, halkın yönetimde söz sahibi olmasını sağlamaktır.

Jüristokrasinin Türkiye gibi ideolojik devlet kimliği öne çıkan ülkelerde besle(n)-

dıkları temel değerlerler “anayasa ötesi” ilkelerdir. Laiklik bunlardan biri ve belki de en önemlisidir. Demokrasiden jüristokrasiye geçişte (ya da tersinden ifadeyle, jüristokrasiden bir türlü demokrasiye geçilememişinde) laiklik araçsal bir işlev görmektedir. Laiklik ya da anglo-sakson dünyasındaki adıyla sekülerizm, din ile devlet arasındaki ilişkiyi açıklamak üzere kullanılan bir kavramdır. Bu kavramın tarihsel gelişimini bir kenara bırakacak olursak, bugün liberal demokrasilerde iki farklı laiklik anlayışının varlığından bahsedilebilir. Bunlardan birincisi, daha çok Fransa ile özdeşleştirilen ve “militan” veya “monolitik” laiklik olarak adlandırılan anlayıştır. Militan laikliğin en önemli özelliği, devlet ile din arasındaki kesin ve kalın çizgilerin çizilmesidir. Ancak bu laiklik anlayışı, Türkiye gibi ülkelerde, din-devlet ayrılığında bir ayağın aksamasına yol açmıştır. Din buralarda devlet tarafından kontrol altında tutulan, ancak devlete ve siyasete etki etmesi istenmeyen bir kurum olarak görülmektedir. Bunun arkasında yatan kaygı, dinin siyasal rejime yönelik bir muhalefeti besleme potansiyeline sahip olduğunun düşünülmesidir. Bu nedenle, din sadece devletten değil, aynı zamanda siyasetten de uzak tutulması gerekli bir unsur olarak kabul edilmiştir. Dine karşı bu “kuşkucu” ve “ihtiyatlı” yaklaşım, onun toplumsal ve siyasal alandaki her türlü tezahürüne karşı adeta otomatik bir refleks yaratmıştır. Militan ve pozitifist laiklik, bu yönüyle sadece dinin devlete müdahale etmesini engelleyen bir kavram değil, fakat aynı zamanda toplumu dönüştüren ya da klasik ifadesiyle “çağdaşlaştıran” bir ilke haline gelmiştir.

Militan laiklik anlayışının karşısında, daha çok Anglo-Sakson dünyasının esnek din-devlet ilişkileri geleneğine yaslanan, “çoğulcu laiklik” anlayışı vardır. Laikliğin çoğulcu yorumu, din-devlet ilişkilerindeki biçimsel ayrılıktan ziyade, bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasını öne çıkarmaktadır. Bu laiklik anlayışı, çokkültürlü bir toplum modelinin temel dayanaklarından biri olarak kabul edilmektedir. Devletin farklı kültürel ve dinsel gruplar karşısında tarafsız olması, bireylerin din ve vicdan özgürlüklerine prensip itibarıyla müdahale etmemesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu iki laiklik anlayışından hangisini benimsediği çok açık değildir. Bazı kararlarda, laikliğin “çoğulcu” yorumunu yaparak, din ve vicdan özgürlüğüne yönelik kısıtlamaları Sözleşme’ye aykırı bulmakta, bazı kararlarda ise “militan laiklik” uygulamalarını Sözleşme’nin temel değerleriyle uyumlu bulmaktadır. Esasen, Strasbourg organlarının laiklik konusunda kafası karışıktır. Dahası Avrupa’nın bu konuda kafası karışıktır. Bir tarafta savunulan çokkültürcülük ve özgürlükler gibi değerler, diğer tarafta global siyasal düzenin sistematik olarak pompaladığı korkular var. Bu ikisi arasında sıkışıp kalan herkes gibi Avrupa siyasal aklı da bir “akıl tutulması” yaşıyor.¹

Gerçekten de Avrupa, Fransa’nın başını çektiği “militan laiklik” anlayışı ile İngiltere’nin “çoğulcu sekülerizmi” arasındaki gerilimi yaşamaktadır. John Gray, bu gerilimden ikincisinin galip çıkacağından emin görünmektedir. Ona göre, Fransız tipi “monolitik laiklik” anlayışı, “bugün Avrupa’nın pek çok bölgesinde geçerlilik kazan-

¹ Bkz. Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü*, (Ankara: LDT ve Avrupa Komisyonu, 2005).

miş olan çokkültürlü toplumlarla tutarsızlık içinde”dir. Gray’a göre, çoğulcu laiklik ya da “modus vivendi” (ortak yaşam tarzı) yaklaşımı Avrupa’ya daha uygundur, zira bunun benimsenmesi için “kilise ile devlet arasına her yerde kalın bir duvar örmek gerekmiyor..”. Ancak, Avrupa’nın Gray gibi post-liberal ve post-seküler aydınları için durum bundan ibaret değildir. Bu model, kilisenin artık “tehlike” olmaktan çıktığı Avrupa’lı gelişmiş ülkeler için geçerlidir. Diğerlerinin ise “monolitik laiklik” anlayışına daha bir süre bağlı kalmalarında sayısız fayda vardır. İşte John Gray’ın sözlerinin devamı: “Gene de böyle yapmak (kilise ile devlet arasına kalın bir duvar örmek) her zaman yanlış olmaz. Örneğin, siyasal İslamcılarla laik devlet fikri arasında devlet iktidarı için bir mücadelenin yaşandığı Türkiye’de böyle yapmak doğru olabilir. Orada, bu duvarda bir delik açmanın istikrarsızlığa yol açacağına ilişkin iddialar olabilir.”²

Bu entelektüel yaklaşım, Avrupa’nın özellikle post-11 Eylül döneminde “global tehdit” konumuna yükselen İslam sözkonusu olduğunda devletin dinsel özgürlükler alanına müdahale etmesini ve dini tezahürleri sınırlayarak kontrol etmesini “anlaşıla” karşılamasını çok iyi açıklamaktadır.

Ulusal-Global Jüristokrasi ve Laiklik

Türkiye’de yargı, bilhassa da anayasa yargısı, bireylerin hak ve özgürlükleri karşısında cari sistemi koruyucu ve tahkim edici bir rol oynamaktadır. Böyle olunca da mahkemeler, çoğu kez özgürlükleri genişletici yöndeki yasal düzenlemeleri geçersiz kılmaya çalışmaktadırlar. Mülkiyet hakkı, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi alanlarda bu engelleyici yargısal tutumun çok sayıda örneğine rastlamak mümkündür. Yasama organının hak ve özgürlüklerin alanını genişletici tasarrufları karşısında yargının böylesine daraltıcı ve engelleyici bir politika benimsemesi, bir yandan liberalizmin diğer yandan da demokrasinin gelişimini olumsuz yönde etkilemektedir.

Türkiye’de başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek mahkemelerin laiklik ve demokrasinin militan versiyonlarına bağlılıkları, jüristokratik eğilimleri körüklemektedir. Laiklik burada hak ve özgürlüklerin sınırını belirleyen bir üst-hukuk normu olarak algılanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre, laiklik ilkesine aykırı hak ve özgürlüklerden bahsedilemez. Zira “anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur”.³ Anayasa Mahkemesi militan laiklik anlayışını da şu şekilde formüle etmektedir: “Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz”.⁴ Mahkeme’ye göre, “laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın laiklik ilkesini özenle koru-

² John Gray, “Monolitik Laiklik Bugünün Avrupa’sına Uymaz”, *New Perspectives Quarterly Türkiye*, Cilt 6, Sayı 2 (2004), s.11.

³ E.1989/1, K.1989/12, K.T.7.3.1989, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* (AMKD), Sayı 25, s.150.

⁴ *AMKD*, 25, s.152.

mayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıtlanmasına olanak tanımamıştır.”⁵

Elbette burada asıl önem kazanan nokta, mahkemelerin laiklik ilkesini nasıl tanımladıklarıdır. Başka bir ifadeyle, Anayasanın “ayrıcalıklı” ilkesi olan laiklik hangi davranışlara (ya da haklara) izin vermekte, hangilerini yasaklamaktadır? Anayasa Mahkemesi, laikliğin anlamı konusunda kurulduğundan beri istikrarlı bir içtihat hukuku geliştirdiğini her fırsatta hatırlatmaktadır. Bu kararlara göre laiklik ilkesinin gerekleri şunlardır:

“a- Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,

b- Aralarında ayırım gözetilmeksizin bütün dinlerin anayasal güvence altına alınması,

c- Dinin bireyin manevî yaşamını aşarak, toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde; kamu düzeni, güvenliği ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması,

d- Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla devlete, dinsel hak ve özgürlükler konusunda denetim yetkisi tanınması.”⁶

Bu laiklik formülasyonunda dikkat çeken husus şudur: Din hiç bir şekilde devlet işlerinde etkili olmayacaktır, ancak devlet din üzerinde her zaman kontrol ve denetim yetkisine sahip olacaktır. Burada “din, mensuplarına bırakılmayacak kadar ciddi bir mesele” olarak algılanmaktadır. Bu laiklik anlayışından hareketle, Diyanet İşleri Başkanlığı’nın devlet kurumu olması, okullarda din kültürü derslerinin zorunlu olması ve nüfus cüzdanlarında din hanesinin bulunması gibi uygulamalar laiklik ilkesiyle bağdaştırılabilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1979 ve 1995 tarihlerinde verdiği kararlarda nüfus cüzdanlarında ve nüfus kütüklerinde din hanesinin bulunmasını zorunlu kılan yasal hükümleri anayasa(lar)daki laiklik hükmüne aykırı bulmamıştır.⁷

Anayasa Mahkemesi, laikliğin din ve vicdan özgürlüğünü koruyucu boyutuna da vurgu yapmaktadır. Ancak, Mahkeme bazı meseleleri din ve vicdan özgürlüğünün konusu olarak görmemektedir. Mahkemeye göre, “laiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu...vicdan özgürlüğü konusu da değildir”.⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Leyla Şahin* kararında Türk Anayasa Mahkemesi’nden ayrıldığı belki de tek nokta budur. AIHM’ye göre, üniversitelerde başörtüsü takmaya yönelik yasak Sözleşmenin 9.maddesinde korunan din ve vicdan özgürlüğünü (dinini açığa vurma hakkını) sınırlamaya yönelik bir müdahaledir. Ancak, Strasbourg Mahkemesi’ne göre bu müdahale, 9. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama nedenlerine dayanan haklı bir müdahaledir, dolayısıyla

⁵ AMKD, 25, s. 158.

⁶ E. 1995/17, K. 1995/16, K.T : 21.6.1995. Anayasa Mahkemesi, daha önceki bir kararında bu gereklerden ikincisini şu şekilde ifade etmişti: “(b) Dinin, bireyin manvî yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması.” Bkz. AMKD, 25, s.146.

⁷ E. 1979/9, K.1979/44, K.T: 27/11/1979; E.1995/17, K. 1995/16, K.T : 21.6.1995.

⁸ AMKD, 25, s.154.

Sözleşmeye aykırı değildir.⁹

Hem ulusal mahkemeler hem de Strasbourg Mahkemesi, laiklik kavramını yorumlarken dinin esasları hakkında da değerlendirmeler yapmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi, 1989 tarihli “başörtüsü kararı”nda İslam ile laiklik arasındaki ilişkiyi şu şekilde ifade etmiştir:

“Dinler, doğaları gereği lâik değillerdir. Ancak lâikliğe karşı olmaları da zorunlu değildir. Başka dinlere, dinsel inancı olmayanlara hoşgörüsü olanaklıdır ve İslâm dininde, özellikle Türklerin İslâmiyeti kabulünden sonra, bu soylu yaklaşımın tarihsel örnekleri çoktur. Her tür aşırılık, bağnazlık ve zorlamaya uzak kalmayı, kolaylık ve ölçülülüğü öngören İslâm dini, zamanı gelişmeleri, koşulları gözetmeyen, akla dayanan yorum ve değerlendirmelerden kaçınmayı gerektirir.”¹⁰

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi başörtüsü takmayı ne “çağın gerekleri” ne de “dinin gerekleri” ile bağdaştırmaktadır. Mahkeme konuşuyor:

“Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Çağa, güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinir. Dinî, çağdışı, güne ters düşen bir kurum olarak tanıtan, başörtüsü kullanımında belli biçim ve zorunluluk, vicdan ve dinsel inanç özgürlükleriyle uyuşmamaktadır.”¹¹

Diğer yandan, yargı kararlarında laiklik ile eşitlik, çoğulculuk ve tarafsızlık gibi kavramlar arasında organik bir bağlantı kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, üniversitelerde başörtüsü serbestisini Anayasanın 10.maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır. Mahkeme’ye göre, “dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bir tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır”.¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hem *Dahlab/İsviçre*, hem de *Leyla Şahin/Türkiye* kararında başörtüsünü kadın erkek eşitliği, hoşgörü ve ayrımcılık yasağı gibi değerlerle bağdaştıramadığını belirtmiştir. Özellikle *Leyla Şahin* kararının, devlet seçkinleri ve ilahiyatçılar tarafından dikkatlice okunması gerekir. Yetkililer, din-devlet ilişkilerinin nasıl olması gerektiğini, kanunun nasıl anlaşılması gerektiğini ve kökten(din)cilikle mücadelede nelere dikkat edilmesi gerektiğini karardan öğrenebilirler. Örneğin Mahkeme, siyasilere “Türkiye’de bütün olarak topluma kendi dinsel sembollerini ve dinsel öğretilere dayanan bir toplum anlayışını dayatmaya çalışan aşırı siyasal hareketlerin bulunduğunu gözden uzak tutmamak”(par. 109) gerektiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca Mahkeme, “üniversite yetkililerinin bütün bir karar alma sürecinde başörtülü öğrencilerin üniversiteye girmelerini yasaklamaktan ziyade... ilgili öğrencilerle sürekli diyalog kurarak gelişen duruma uyum sağlama yollarını aradıklarına” dikkat çekerek, “ikna odaları” politikasına yönelik takdirlerini sunmakta-

⁹ Bkz. *Leyla Şahin/Türkiye*, B.N. 44774/98, K.T. 29 Haziran 2004, par. 71. Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü*, s.167.

¹⁰ AMKD, 25, s.157.

¹¹ AMKD, 25, s.154.

¹² AMKD, 25, s.153.

dır (par. 113). Diğer yandan, başörtüsünün cinsiyet eşitliğine aykırı ve proselitist potansiyele sahip bir ilahi emir olduğuna (par.98), Müslüman öğrencilerin üniversitelerde “İslam dininin rutinleri olan dini vazifelerini ifa etme bakımından serbest oldukları”na (par.111), dolayısıyla başörtüsünün bu dini vazifelerden birisi olmadığına dair Strasbourg Mahkemesi’nin “fetvaları” teolojik bakımdan ufuk açıcı olabilir...

Bu özcü laiklik anlayışı, laikliği demokratik çoğulculuğa ve din özgürlüğünün korunmasına katkıda bulunacak bir araç olarak görmemektedir. Laiklik, toplumu dönüştürücü bir ilke olarak görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun *Aydar* kararında çoğunluk görüşü laikliği “tüm zamanların doğrusu ve değiştirilemezi” olarak nitelendirmektedir. Kendisi değiştirilemez olan bu ilke, bireyi ve toplumu değiştirme hedefine kilitlenmiştir. “Laiklik”, Anayasa Mahkemesi’ne göre, “düşünsel yapının değiştirilmesidir. Çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur.”¹³ Yine Mahkeme’ye göre, laiklik basit anlamda din-devlet ayrılığı olarak kabul edilemez. Mahkeme, laikliğin amacını şu şekilde açıklamıştır:

“...(L)âiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar... Lâiklik, dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir.”¹⁴

Anayasa Mahkemesi, laikliği “demokrasiye geçişin aracı” olarak nitelendirmiştir. Ancak, burada Mahkeme’nin demokrasi anlayışı ve bu iki kavram arasındaki teorik ilişki üzerinde durulmayacaktır. Bu, başka bir çalışmanın konusudur. Burada sadece, laiklik ile siyasetin yargısallaşması arasındaki bağlantı üzerinde kısaca durmaya çalışacağım. Laikliğin demokrasiye geçişin bir aracı olup olmadığı tartışması bir yana, onun jüristokrasiye geçişin önemli bir aracı olduğu söylenebilir. Türk siyasal hayatının kabaca gözden geçirilmesi bile, bu argümanı temellendirmeye yetecek malzemeler sunabilir.

Yargının laiklik üzerinden siyasal iktidara meydan okuyuşu iki zeminde ortaya çıkmaktadır. Birincisi, yüksek yargı organları yasama organının özgürlüklerin alanını genişletici adımlarını, ya yasaları iptal ederek ya da onları sınırlayıcı şekilde yorumlayarak, geçersiz kılmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın başörtüsüyle ilgili kararları ile Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nun eski 312.Maddesine ilişkin karar ve yorumları bu yaklaşımın tipik örneklerini göstermektedir. İkincisi, yüksek yargı organları belli aralıklarla yaptıkları açıklamalarla siyasal iktidara meydan okuyucu bir tavır içerisine girmektedirler. Yüksek yargı organlarının hemen her kuruluş yıldönümünde yapılan konuşmalarda, siyasal iktidarlara laiklik konusunda uyarılar yapılmaktadır.

¹³ AMKD, 25, s.155.

¹⁴ AMKD, 25, s.147.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin son üç çıkışından bahsetmek yerinde olacaktır. İlk olarak, 2001 yılı anayasa değişiklikleri Parlamentoda görüşülürken, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatmayı güçleştiren öneriler karşısında yayınladığı ve “muhtıra” olarak gazetelere yansıyan açıklaması jüristokratik refleksin tipik örneklerinden birini teşkil etmektedir.¹⁵ Anayasa Mahkemesi bu “basın duyurusu”nda siyasileri şu şekilde uyarmıştır:

“Demokratik rejimin kimi tutum ve davranışlarla tehlikeye düşürülmesi durumunda herhangi bir yaptırım uygulanmamasının onu yok edebileceği gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bağlamda Anayasa'mızda bir yaptırım olarak düzenlenen parti kapatılmasının olanaksız hale getirilmesinin demokratik cumhuriyeti korumasız bırakacağı tartışmasızdır. 69. maddede öngörülen değişiklikle partilerin kapatılabilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin 11 olan üye tam sayısının üçte ikisinin, mahkememizin parti yasaklarıyla düşünce ve siyasi örgütlenme özgürlüğü arasındaki hassas dengeyi kurması ve korumasına elverişli olmadığı açıktır. Ayrıca bu oylama biçimi dört oyun yedi oya egemen olması gibi demokratik olmayan bir sonuç doğurmasının yanı sıra parti kapatma davaları yönünden Anayasa ile bağdaşmayan bir ayrıcalık oluşturmaktadır”.¹⁶

Nitekim bu uyarıdan sonra anayasa değişikliği girişimleri bir süreliğine askıya alınmış, daha sonra da parti kapatmalarda üçte iki nitelikli çoğunluk aranması şeklindeki öneri beşte üç olarak değiştirilmiştir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 2004 yılında hazırlayarak iktidar ve muhalefet partilerine sunduğu Anayasa Mahkemesinin görevleri ve yapısıyla ilgili Anayasa değişikliği önerisi de jüristokratik eğilimleri yansıtmaktadır. Bu önerinin gerekçesine göre Anayasa Mahkemesi'ne “üye seçimi, yargı bağımsızlığı ilkesi esas alınmak ve ulusal iradenin de katkısı sağlanmak üzere yüksek yargı organları, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı arasında paylaştırılmıştır.” Bu paylaştırmada “aslan payı” 11 üyeye yüksek yargıya aittir. Meclis 4, Cumhurbaşkanı da 2 üye seçecektir. TBMM on yedi üyeden sadece dördünü, üstelik dolaylı olarak, seçebilecekken, yüksek yargı organları onbir üyeyi doğrudan belirleyecektir. Milli iradeye güvensizlik üzerine dayanan 1961 Anayasası bile Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte birinin TBMM tarafından seçilmesini öngörmekteydi. 1961 Anayasası hazırlanırken Meclise bu yetkinin verilmesine karşı çıkanlar olmuştur. Anayasa Komisyonu Başkanı Muammer Aksoy, bütün üyelerin yargı tarafından belirlenmesi yönündeki taleplere şu şekilde cevap vermiştir:

“Mevcut modern anayasaların hiçbirisinde yargı organları tarafından seçilen üyelere, huzurunuzda getirilmiş olan tasarıdaki kadar geniş yer verilmemiştir. Niçin bunu yaptık? Memleketin özelliğini düşündük te onun için!..Pek tabiidir ki, bütün azaların da hakimlerden seçilmesi ve bir hakimler hakimiyetinin kurulması caiz değildir. “Hukuk Devleti” başkadır, “Hakimler Devleti” başkadır... Dünyanın hiçbir yerinde kabul edilmemiş bu kadar aşırı bir hal suretini, Anayasa Mahkemesi'ni ilk defa tedvin edecek bir memlekette kabul etmek, çok tehlikeli gelişmelere yol açabilir.”¹⁷

¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin “basın duyurusu”nun eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), ss.207-213.

¹⁶ *Radikal*, 23.01.2001.

1961 Anayasasını hazırlayanların bile “jüristokrasiye yol açar” gerekçesiyle kabul etmedikleri bir yaklaşımı, mevcut Anayasa Mahkemesi’nin benimsediği görmektedir.¹⁸

Son olarak, Anayasa Mahkemesi Başkanının son anayasa yargısı sempozyumundaki açış konuşmasının son kısmı laiklik konusunda yasama ve yürütme organlarına yönelik uyarılara ayrılmıştır. Bu konuşmada, özetle, başörtüsü konusundaki ulusal mahkemeler ve Strasbourg Mahkemesi’nin kararlarından sonra yasama organının yasal ve anayasal düzenleme yapamayacağı belirtilmektedir.¹⁹ Bazı bürokratik kurumların ve Cumhurbaşkanının aynı konuda daha önce yaptıkları değerlendirmelerden de beslenen bu açıklama (ya da meydan okuma), jüristokratik eğilimlerin hangi boyutlara ulaştığını gösteren simgesel bir değere sahiptir.

Ulusal yüksek mahkemelerin ve Strasbourg Mahkemesi’nin başörtüsü kararlarından sonra artık yasal ve anayasal düzenleme yapılmayacağına dair görüş, siyasal ve hukuksal dayanaktan yoksundur. Evvela, bu görüş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmemiş bir kararından yola çıkmaktadır. Büyük Daire’nin *Leyla Şahin* kararı henüz sonuçlanmamıştır. İkincisi, karar kesinleşmiş olsa ve Daire kararı doğrultusunda sonuçlanmış olsa bile, bu durum yasal veya anayasal değişiklik yapmayı engellemeyecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hakları ve özgürlükleri korumada asgari bir güvence sağlamakta, bu asgari düzeyin üzerinde taraf Devletlerin ayrıca koruyucu hükümlere yer vermesini teşvik etmektedir. Nitekim, Sözleşme’nin 53.maddesine göre, “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlayamaz veya onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.”

Sözleşme organlarının ihlal bulmadığı bir çok kararın ardından taraf devletler hu-

¹⁷ Kazım Öztürk, *İzablı, Gerekeçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları İle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Cilt III, (Ankara: İş Bankası Kültür Yayınları, 1966), s.3717- 3718. Aksoy, bu görüşünü diğer ülkelerden örnekler vererek şöyle açıklıyordu: “Modern anayasalardan İtalyan Anayasasında, büyük bir adım olarak, üyelerin üçte birinin hakimler tarafından seçilmesi esası kabul edilmiştir. Biz bununla da yetinmedik; çoğunluğun hakimler tarafından seçilmesi gibi daha ileri, daha cesur bir adım attık. Ama bunu da kafi görmeyerek, bütün üyeleri hakimlere seçtirmek ve genel olarak milli iradeyi temsil eden- yasama organına veya tarafsız Cumhurbaşkanına, azınlığı teşkil edecek miktarda üye seçme yetkisini dahi tanımamak, ikinci bir ekstrem’e gitmek, ifrattan tefride düşmek demektir.” (ss.3717-3718)

¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin reform önerisi hakkında eleştirel bir değerlendirme için bkz. Zühtü Arslan, “Türk Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma: Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Hukuk ve Adalet*, Sayı 2, (Nisan-Haziran 2004), ss.145-153. Anayasa Mahkemesi’nin yeniden yapılandırılmasına ilişkin alternatif modeller için bkz. Ahmet İyimaya, “Anayasa Mahkemesinin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü (Türk Modeline Eleştirel Bir Yaklaşım)”, *Türk Hukuk Kurumu 71.Kuruluş Yılı Armağanı*, (Ankara, 2005), ss.5-52.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, siyasal iktidarı şu sözlerle uyarmıştır: “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin başörtüsüne ilişkin istikrar bulmuş kararları varken, kimi yazılı ve görsel yayın organlarınc bu konunun gündemde tutulmaya çalışılması, kimi siyasal partiler yetkililerince de, yasal düzenlemeler yapılarak, türbanla öğrenim yapma olanağının tanınacağı yolunda beyanlarda bulunulması, bu konudaki yargı içtihatlarını bilmemekten kaynaklanmıyorsa, din duygularını kullanarak siyasi avantaj sağlamaya yöneliktir. Anayasa’daki laik düzenlemeler kaldığı sürece, türbanlı kızların yükseköğretim kurumlarına öğrenci sıfatıyla, öğrenimlerinden sonra da resmi dairelere kamu görevlisi olarak girmelerini sağlayacak tüm yasal düzenlemeler Anayasa’ya aykırı olacaktır. Hatta bu konuda Anayasa’ya kural konulsa bile bu kez, Anayasa’nın bu yeni kuralı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygun olmayacaktır”. Konuşmanın tam metni için bkz. www.anayasa.gov.tr

kuksal düzenlemelerle başvuru konusu sınırlamayı kaldırmışlardır. Burada, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9.madde ile ilişkili iki örnek vermek istiyorum. Birincisi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun *X/Birleşik Krallık* kararıdır. İngiltere'nin Sihler dahil herkes için motosiklet kullanırken kask takma mecburiyeti getiren düzenlemesi Komisyon tarafından 9.maddenin ihlali olarak görülmemiştir. Buna rağmen İngiltere, dava devam ederken Sihleri kask takmaktan muaf tutan bir yasal düzenleme yapmış, daha sonra da aynı muafiyeti inşaat alanlarında kask takma uygulamasını da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Benzer şekilde, AİHM'nin ihlal bulmadığı 1996 tarihli *Valsamis/Yunanistan* kararından sonra da taraf devlet değişikliğe gitmiştir. Bu davada, Yehova Şahidi ebeveynin çocuklarını dini inançlarından dolayı "milli gün" yürüyüşüne göndermemesi gündeme gelmiştir. Bundan dolayı okul yönetimi tarafından çocuğa verilen disiplin cezasını Mahkeme, Sözleşme'yi ihlal edici nitelikte bulmamıştır. Buna rağmen Yunanistan, 1998 yılında Yehova Şahitleri'nin çocuklarını "milli gün" yürüyüşlerine katılmaktan muaf tutan bir düzenleme yapmıştır.²⁰

Şu halde, Strasbourg Mahkemesi'nin ihlal bulmadığı kararlardan sonra yasal ve anayasal düzenleme yapılamayacağı görüşünün hiçbir dayanağı yoktur. Meselenin bir de ironik tarafı vardır. Bu görüşü savunan yargı organı, yıllardır Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal bulduğu siyasi parti kararlarına rağmen parti kapatmaya devam etmektedir.

Sonuç Yerine

Türkiye'de liberal demokrasinin pekişmesinin önündeki en önemli engellerden biri demokratik siyasetin alanının daraltılmasıdır. Siyasetin bürokratik güçlerce kuşatılmışlığı, beraberinde siyasetin bağımsızlığı sorununu getirmektedir. Bürokratik kuşatılmışlığın çok önemli boyutunu oluşturan jüristokrasi, genelde Avrupa siyasal mekanında özelde ise Türkiye'de "demokrasi açığı" nı körükleyici bir etki yaratmaktadır. Yargının gitgide daha fazla sosyal ve siyasal meseleye el atması ve daha da önemlisi yasama iradesine ipotek koymaya çalışması ciddi bir demokratik meşruiyet sorununu doğurmaktadır.

Türkiye'de yargının jüristokratik temayülleri demokratik siyaseti tehdit edecek boyutlara ulaşmıştır. Burada özellikle laiklik ilkesinin "monolitik" yorumu, din ve vicdan, ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin daraltılmasında ve demokratik siyasetin iktidarsızlaştırılmasında araçsal bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, jüristokratik Cumhuriyetten demokratik Cumhuriyete geçiş, laiklik ilkesinin özgürlükçü ve çoğulcu yorumunun benimsenmesine bağlıdır. Bu geçiş, aynı zamanda, siyasal iradenin bürokratik meydan okuma karşısında özür dileyici (apolegetik) bir tavırdan sıyrılarak, demokratik iktidarı kullanma yeteneğini sergilemesine bağlıdır.

* Bu yazı, Liberal Düşünce Topluluğu tarafından 14-15 Mayıs 2005 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Özgürlük ve Demokrasi Sempozyumu"nda sunulan bildirinin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş şeklidir.

²⁰ Bkz. Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü*, ss.67-69.