

**T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ BİLİM DALI**

**YARGISAL AKTİVİZM: TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ
ÖRNEĞİ**

DOKTORA TEZİ

MUHAMMET ERDAL OKUTAN

Aralık, 2019

**T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ BİLİM DALI**

**YARGISAL AKTİVİZM: TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ
ÖRNEĞİ**

DOKTORA TEZİ

MUHAMMET ERDAL OKUTAN

DANIŞMAN

Prof. Dr. ALİM YILMAZ

Aralık, 2019

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim.



Muhammet Erdal OKUTAN

Danışmanlığını yaptığım işbu tezin tamamen öğrencinin çalışması olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığını taahhüt ederim.



Prof. Dr. Alim YILMAZ

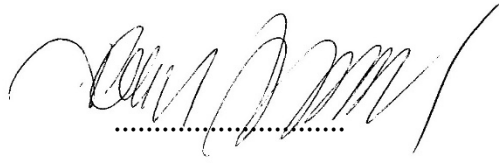
ONAY SAYFASI

Muhammet Erdal Okutan tarafından hazırlanan ‘Yargısal Aktivizm: Türk Anayasa Mahkemesi Örneği’ başlıklı doktora tezi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalında hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ İMZA

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Alim YILMAZ



Kurumu: İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Prof. Dr. Ahmet Nohutçu



Kurumu: İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Dr. Öğr. Ü. Fatmanil Döner



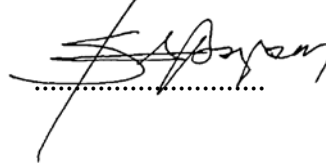
Kurumu: İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk Alkan



Kurumu: İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet Kemal Bayram



Kurumu: Marmara Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 18/12/2019

ÖZET

SİYASAL AKTİVİZM: TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ ÖRNEĞİ

Okutan, Muhammet Erdal

Doktora Tezi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi ABD, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Programı

Danışman: Prof. Dr. Alim YILMAZ

Aralık, 2019, 212 + xi Sayfa

Genelde anayasal denetim, özelde anayasa mahkemeleri hukuk devleti ve demokrasinin olmazsa olmaz kurumlarından bir tanesidir. Dünyada farklı coğrafyalarda farklı zaman dilimlerinde görülmeye başlayan anayasal denetim, artık neredeyse tüm siyasal sistemlerde mevcut bir kurum haline gelmektedir. Özellikle demokrasiye geçiş dönemleri sonrasında tesis edilen anayasa mahkemeleri, yasama ve yürütmenin aşkın güç kullanımını sınırlandırarak, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması için hayati bir kurumdur. Ancak bazılarına göre anayasa mahkemeleri, demokrasiye geçiş sürecinin ardından eski iktidar sahiplerinin ideolojik hegemonyalarını korumak için tesis edilmiş stratejik siyasal bir faaliyetin ürünüdür. Türk Anayasa Mahkemesi, Türk siyasal hayatında yaşanan demokrasiye geçiş sürecinin hemen sonrasında olmasa dahi, demokratik hayatın daha onuncu yılında yaşanan askeri darbe sonrası tesis edilmiştir. Mahkeme günümüze kadar birçok yapısal değişiklik geçirmiştir. Bunlardan en önemlisi ise 2010 yılındaki anayasal değişikliklerle olmuştur. Bu tez siyasetin yargısallaşmasını Türk Anayasa Mahkemesi örneğiyle tartışmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesi benimsediği ideoloji temelli paradigma ve 2010 sonrasında Mahkemenin yaşamış olduğu paradigma değişimi analiz edilmeye çalışılmıştır. Mahkeme kararlarında hem ideoloji eksenli hem de hak temelli paradigmanın göstergeleri içerik analizi yöntemiyle sorgulanmaktadır. Bununla birlikte çalışma kapsamında Mahkeme başkanının konuşmalarının yorumlayıcı analizi yapılmış; bir hakim üye ve iki kıdemli raportör ile yarı yapılandırılmış elit görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Bu yöntemle Mahkemenin 2010 öncesinde tutumu ve özellikle de 2010 yılında yaşadığı paradigma değişimi incelenmiştir. Sonuç olarak, Türk Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesinde devleti özellikle devletin bölünmez bütünlüğü ve laiklik konularında koruyarak ideoloji

temelli bir paradigma benimsediği; 2010 anayasal değişiklikler sonrasında Mahkeme hak temelli bir paradigma benimsemeye başladığı bulgulanmıştır.

SUMMARY

JUDICIAL ACTIVISM: THE CASE OF TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

Okutan, Muhammet Erdal

Ph.D. Dissertation, Political Science and Public Administration

Supervisor: Prof. Dr. Alim YILMAZ

December, 2019, 212 + xi pages

Judicial review in general, constitutional courts in particular are one of the indispensable institutions of the rule of law and democracy. Judicial review, which has started to be in effect in different time zones in different geographies around the world, is now becoming a widespread institution in almost all political systems. Constitutional courts, established especially after the transition to democracy, are a vital institution for the protection of individual rights and freedoms by limiting the excessive use of force of legislative and executive powers. Some argue, however, that the constitutional courts are the product of a strategic political activity and established to protect the ideological hegemony of the ex-power holders after the transition to democracy. The Turkish Constitutional Court was established even if not immediately after the transition to democracy in Turkish political life, but after the military coup in the tenth year of democratic life. The court has undergone several structural changes to date. The most important of these was the constitutional amendments in 2010. This thesis discusses the judicialization of politics with the case of the Turkish Constitutional Court. The ideology-based paradigm adopted by the Turkish Constitutional Court before 2010 and the paradigm change experienced by the Court after 2010 is tried to be analyzed. The indicators of both ideology-based and rights-based paradigms are questioned by content analysis of court cases. In addition, the study conducts an interpretive analysis of the President's speeches and semi-structured elite interviews were conducted with one judge of the Court and two senior rapporteurs. Through this method, the attitude of the Court before 2010 and especially the paradigm shift experienced in 2010 were examined. In conclusion, the Turkish Constitutional Court adopted an ideology-based paradigm prior to 2010 for the hegemonic preservation of the state, in particular on the indivisible integrity and secularism of the

state. Following the constitutional changes in 2010, the Court adopts a rights-based paradigm to protect basic human rights and freedoms.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
BÖLÜM II: SİYASETİN YARGISALLAŞMASI: LİTERATÜR ÖZETİ	16
2.1 İKTİDARDAKİ KAYMANIN TARİHİ.....	17
2.2 SİYASETİN YARGISALLAŞMASI.....	21
2.3 YARGISAL AKTİVİZM VE MAHKEMENİN YORUM TEKELİ	26
2.4 YARGISAL SİYASET	30
2.4.1 Salt Bir Hukuki Organ Olarak Mahkemeler	31
2.4.2 Siyasal Güce Sahip Mahkemeler	34
2.4.3 Anayasa Mahkemesi ve Siyasetin Yargısallaşması	37
BÖLÜM III: TEORİK ÇERÇEVE: SİYASETİN YARGISALLAŞMASI: FARKLI YAKLAŞIMLAR.....	41
3.1 SİYASAL BİR STRATEJİ OLARAK ANAYASAL DENETİM.....	46
3.2 ANAYASAL DENETİM VE BİREYSEL HAKLAR.....	56
BÖLÜM IV: TÜRKİYE'DE ANAYASAL DENETİM.....	66
4.1 TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ'NİN OLUŞUMU	66
4.2 TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE SİYASETİN YARGISALLAŞMASI	72
4.3 1982-2010 ARASI ÖRNEK OLAY İNCELEMELERİ.....	86
4.3.1 Devletin Bölünmez Bütünlüğüne Aykırı Faaliyetlerden Dolayı Parti Kapatma Davaları	86
4.3.1.1 Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP).....	87
4.3.1.2 Sosyalist Parti (SP).....	89
4.3.1.3 Halkın Emek Partisi (HEP)	90
4.3.1.4 Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)	92
4.3.1.5 Sosyalist Türkiye Partisi (STP).....	94
4.3.1.6 Demokrasi Partisi (DEP).....	95
4.3.1.7 Sosyalist Birlik Partisi (SBP).....	97
4.3.1.8 Demokrasi ve Değişim Partisi (DDP).....	99
4.3.1.9 Emek Partisi (EP).....	100
4.3.1.10 Demokratik Kitle Partisi (DKP).....	102
4.3.1.11 Halkın Demokrasi Partisi (HADEP)	105
4.3.1.12 Demokratik Toplum Partisi (DTP)	107
4.3.2 Bölünmez Bütünlük Gerekçesiyle Kapatılan Partilerin Genel Değerlendirilmesi.....	111

4.3.3 Laiklik İlkesini İhlal Ettiği Gerekçesiyle Kapatılan veya Ceza Alan Siyasi Partiler.....	121
4.3.3.1 Milli Nizam Partisi.....	121
4.3.3.2 Huzur Partisi	125
4.3.3.3 Refah Partisi (RP)	127
4.3.3.4 Fazilet Partisi (FP).....	131
4.3.3.5 Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti)	134
4.3.3.6 Başörtüsü Kararları	138
4.3.3.6.1 Mahkemenin birinci başörtüsü kararı.....	138
4.3.3.6.2 Mahkemenin ikinci başörtüsü kararı	139
4.3.3.6.3 Mahkemenin üçüncü başörtüsü kararı.....	140
4.3.3.7 367 Kararı.....	143
4.3.4 Mahkemenin Laiklik Konusundaki Seçici Aktivizmi	145
4.4 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ VE ANAYASA MAHKEMESİNDEKİ YENİ YAKLAŞIM	152
4.4.1 Abdullah Öcalan’ın Kitabının Toplatılma Davası	152
4.4.2 Twitter.com ve youtube.com Kararları.....	157
4.4.2.1 Davanın kabul edilip görüşülmesi.....	158
4.4.2.2 Davanın incelenmesi	160
4.4.3 4+4+4 Kararı.....	165
4.5 TUTUM DEĞİŞİKLİĞİ.....	169
4.5.1 MAHKEME BAŞKANI, ÜYE VE RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞLERİ 173	
4.5.1.1 Mahkeme Başkanının Konuşmaları	174
4.5.1.2 Yüz Yüze Derinlemesine Görüşmeler	181
SONUÇ.....	192
KAYNAKÇA	202

GİRİŞ

Anayasa mahkemeleri bir taraftan hukuk devletinin önemli bir bileşeni olmakla birlikte, bazı ülkelerde kurucu devlet elitlerinin iktidarı kaybetseler bile, temel kurucu ideolojilerinin sürdürülebilmeleri için önemli bir kurum olmuştur. 1960 darbesinde sonra yazılan ve en demokratik olduğu iddia edilen 1961 Anayasası'yla kurulan Türk Anayasa Mahkemesi, geçen süreçte Ran Hirchl'in (2004) tabiriyle hegemonyayı koruma organı olduğu veya Ginsburg'un (2003) kavramsallaştırması ile kurucu ideolojinin garantörü olduğu iddia edilmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi özellikle laiklik ve devletin bölünmez bütünlüğü konularında siyasal aktivist bir tutum sergileyerek yetki alanını aşan bir davranış biçimiyle, siyaseti devlet elitlerinin kurucu ideolojileri çerçevesinde şekillendirmeye çalışmıştır.

Yargısal aktivist politika oluşturma, bazen yargıçlar devleti (Hirschl, 2004), bazen yargısallaşma (Koopmans, 2003) ve bazen de siyasetin yargısallaşması (Hirschl, 2008) olarak tanımlanmaktadır. Siyasetin yargısallaşması kavramı, mahkemelerin veya hâkimlerin yetki alanlarının politikacıların ve/veya yöneticilerin alanına doğru genişlemesi, yani karar verme haklarının yasama organına aktarılması anlamına gelmektedir (Tate ve Vallinder, 1995). Yargısal aktivizmi bazıları hukuki meşruiyeti azaltacak bir ihtimal olarak eleştirirken, bazıları bu süreci demokrasinin ve sivil-liberal hakların zaferi olarak yorumlamaktadır.

Yargının güçlendirilmesinin ilk amacı, yürütmeyi sınırlandırmaktır; yeni anayasalcılık ortamında yargısal denetimin genişlemesi için siyasal alanda yeni bir saha açılmıştır. İlk olarak ABD anayasalcılığını inceleyen kuramcılar, yürütme gücünün sınırlama amacıyla yapılan faaliyetlerin, daha sonraki dönemlerde yargısal gücün küresel olarak genişlemesinin yolunu açtığını ileri sürmektedir (Hirschl, 2008: 94). Yürütme ve yasama gücünün genişletilmesi, bazı açılardan demokrasinin en önemli bileşenlerinden olan liberal ve sivil haklara yönelik bazı önemli tehditler içermekteydi. Bu nedenle özellikle yönetim rejiminde değişikliğe giden ülkelerde, yargısal denetim yapacak güçlü bir organın inşa edilmesi, sivil ve bireysel hakların

korunması için hayati önem taşıyordu. Birinci ve İkinci Dünya Savaşı, Sovyet Rusya'nın yıkılması ve yerel düzeyde gelişen darbelerin ardından, bazı ülkeler anayasal sistemlerine yargısal denetim sistemi eklemişlerdir. Ginsburg (2003: 261-262) yargısal denetim ve demokrasinin birlikte gelişebileceğini hatta geliştiğini- ve yargı denetiminin büyük oranda demokratikleşmenin ve siyasal güç bölüşümünün bir ürünü olduğunu savunmaktadır Dahası, yargısal denetimin aşkın gücün merkezileşmesini ve kullanılmasını engelleyebileceğini ileri sürmektedir. Bunun aksine bazıları da yargı gücünün genişlemesinin demokrasi için bir tehlike oluşturabileceğini savunmaktadır (Tate ve Vallinder, 1995).

Yargısal denetimin en önemli araçlarından biri de anayasa mahkemeleri olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa mahkemeleri bazı durumlarda siyasi kararlar için son onay organı olmaları münasebetiyle yasama sürecinden tamamen ayrılamazlar. Bu nedenle, anayasal denetim süreci anayasa mahkemelerini siyasetten ayırmak suretiyle anlamaya çalışmak eksik kalacaktır. Bu bağlamda yargısal denetimin ortaya çıkışını, bunu hazırlayan siyasal durumlar göz önüne alınmadan değerlendirmek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır (Hirschl, 2008: 97). Guarneri ve Pederzoli'ye (2002) göre hâkimlerin gücü, sadece anayasa mahkemelerinin anayasallık konusundaki kanunları kontrol etmeye yönelik yargı denetimi gücünü değil, aynı zamanda, siyasal elitlerin kontrolünü sağlayacak belirleyici yollarla siyasal alana müdahale ederek siyasetin yargısallaşmasını artırmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin bahsedilen siyasal kuruluşu, demokrasiye geçiş öncesi seçkinlerin kendi siyasi güçlerinin, seçimler sonrası da sürdürülebilmesine yönelik olarak kendi çıkarlarını ve/veya ideolojilerinin korunmasına yönelik olduğunu öne süren sigorta tezi veya hegemonyayı koruma tezi olarak tanımlanabilir. Bu tezler, dünyanın değişik bölgelerinde siyasal geçiş ve rejim değişiklikleri dönemlerinde yargı gücünün kurulmasında tutarlı bir açıklama sağlamaktadır.

Hirschl (2004: 108-110) yargının güçlendirilmesinin geçiş dönemi öncesindeki devlet elitlerinin halk desteğindeki ciddi erozyona bağlı olarak çevresel grupların ve taleplerin giderek artan etkisine karşı kendi politika tercihlerini devam ettirmeye ve yaşatmaya yönelik yeni organlar kurabileceklerinin savunmaktadır. Hegemonik seçkinler ve onların siyasi temsilcileri, yeni dönemde (a) seçimleri

kaybetme ihtimalleri olduğuunda veya dünya görüşlerinin (ideolojilerinin) giderek tehdit edildiğini hissettiğinde ve (b) mahkemelerin hegemonik elitlerin laik, ideolojik ve kültürel eğilimleri doğrultusunda karar vereceklerini düşündüğünde kendi güçlerini de sınırlayacak bir yargısal denetim kurma eğiliminde olduklarını belirtmektedir.

Bu bağlamda Türkiye'nin anayasal denetim süreçlerine bakıldığında, Türkiye gibi toplumun çoğunun dini hassasiyetlerle örölü bir dokuya sahip özelliklere sahip olduğu ölkelerde, devlet elitleri anti-seküler popüler güçleri uyumlaştırarak baskı altına alma politikasıyla güçlü anayasa mahkemeleri kurmuşlardır Anayasa ve anayasa mahkemeleri rejimi meşrulaştıran unsurlar olduğu için, anayasa mahkemeleri, gittikçe yaygınlaşan teokratik ilkelere karşı nispeten laiklik, modernizm ve evrenselciliğin koruyucuları olarak görülebilir. Vesayetlerine ek olarak, anayasa mahkemeleri, din ve devlet sorununun bulunduğu ölkelerde sekülerizasyon ajanları haline gelmiştir (Hirschl, 2008: 95-101). Kısacası anayasa mahkemeleri demokratik karar alma süreçlerine bağlı stratejik dezavantajları bulunan ekonomik ve yargısal seçkinlerle uyumlu menfaatleri paylaşan hegemonik, ancak tehdit altındaki siyasi seçkinler tarafından üstlenilen kasıtlı bir stratejinin sonucu ortaya çıkmışlardır.

Buna ek olarak, bir ülkenin anayasasında korunan değerlerin halk arasında yaygın olan değerlerle çeliştiği durumlarda “siyasetin yargısallaşmasının daha olası olduğunu” ifade edilmektedir (Hirschl, 2008: 106). Türkiye’de din ve devletin anayasa tarafından keskin bir şekilde ayrılması ve bunun aksine, Türklerin çoğunun kendini adanmış Müslüman olarak tanımladığı ve bir örnek olarak gösterdiği düşünüldüğünde, anayasa mahkemesinin siyasetin yargısallaşması için önemli bir araç olduğu söylemi anlam kazanmaktadır. Bu nedenle, Hirschl’in hegemonik koruma tezi, Türkiye’nin 1960 darbesi ve sonrasında gelişen süreçte Anayasa Mahkemesi için geçerli olmaktadır. Özbudun’a (2006:213-222) göre, bu model Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve işlevini tanımlamak için kavramsal bir çerçeve önermektedir. Tez, hakların güçlendirilmesi yoluyla yargının güçlendirilmesinin, hegemonyacı sosyo-politik güçlerin egemenliklerini koruma ve politika tercihleri/ideolojileri için çoğunlukçu karar alma süreçlerini kendi yararları doğrultusunda faaliyet gösteremese de güvence altına alacak verimli bir kurumsal yol sağlayabileceğini savunmaktadır (Hirschl, 2008: 96).

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın uygulanmasında esasen devlet elitlerinin kendisini yaratan ve güçlendiren beklentiler doğrultusunda hareket ettiği iddia edilebilir. Bu tutum, parti kapatma davalarında en açık şekilde görünmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu'nun sert bir yorumuyla İslamcı ve etnik Kürt siyasi partilerini tutarlı bir şekilde kapatmıştır. Bu nedenle, ulusal ve üniter devlet ile Kemalist düşünce sisteminin iki temel direği olan laiklik ilkesine mutlak öncelik vermiştir (Özbudun, 2006:220). Mahkeme, devlet elitlerinin hegemonik muhafızları veya ideolojilerinin ideolojisini sigortalayarak İslami siyasal partilere karşı güçlü, laik ideolojiyi ve Kürt siyasi hareketine karşı da devletin bölünmez bütünlüğünü kuvvetle savunmuştur.

Devlet elitlerinin, çevrenin bu taleplerine karşı olan güvensizliği, seçilmiş ve atanmışlar arasındaki bölünmeyi net bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu güvensizlik yüksek yargı organlarının kurulmasıyla sonuçlanmıştır. Asker darbelerden sonra kışkalarına geri dönmeden önce, bu uzmanlaşmış mahkemelere devletin kurucu ideolojisini ve devlet elitlerinin hayat görüşünü diğer koruyucuları haline getirmişlerdir. Mahkemeler de milli ve üniter devleti ile Kemalist düşünce sisteminin iki temel direği olan laiklik ve milletin bölünmez bütünlüğü ilkesine mutlak öncelik vermişlerdir. Anayasa Mahkemesinin 'hak eksenli' bir paradigmanın aksine 'ideoloji eksenli' paradigma benimsemesinin nedeni bu bakış açısıyla açıklanabilmektedir (Arslan, 2002: 9-11).

Siyasal elitlerin yürütme ve yasama yetkilerini sınırlandırmak amacıyla 1982 anayasası ile kurulan vesayet organı, sadece Anayasa Mahkemesi değildir. Milli Güvenlik Mahkemesi de devlet elitlerinin hegemonyasını, Türk devletinin ideoloji ve demokrasisinin koruyucusu ve güçlü bir kurumdu (Hale, 1994). 1982 tarihli Türk Anayasası, yargısal aktivizme uygun birçok yasal hüküm içermektedir. Anayasanın devletin temel özelliklerini tanımlayan ve değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen ilk üç maddesi, milli birlik ve adalet gibi tanımlanması zor ve geniş olan kavramları içermektedir. Ayrıca anayasanın ikinci maddesi, Atatürk milliyetçiliği, insan haklarına saygı, hukuk devleti, demokratik devlet, laik devlet, sosyal devlet gibi belirleyici şekillerde tanımlanabilecek kavramları içermektedir. Giriş bölümünde, "Türk milli çıkarları", "Türk tarihi ve ahlak değerleri", "Atatürk milliyetçiliği, ilkeler, reformlar ve modernizm" gibi kavramları tanımlamaları da muğlaktır. Bu tür geniş ve muğlak

kavramların Anayasa Mahkemesine bir aktivist duruşu için büyük imkânlar sağladığı açıktır.

Mahkemenin yargısal aktivist ve ideoloji eksenli tutumu çoğu zamanlarda parti kapatmalarında ve hatta bazı durumlarda anayasa değişikliklerinin içeriğini inceleyerek kararlarında gözlemlenebilir. Örneğin, 1961 ve 1982 Anayasası bu yetkiyi Türkiye Anayasa Mahkemesine vermemesine rağmen, Mahkeme kendine anayasa değişikliğinin anayasallığını denetleme yetkisini vermiştir (367 kararı olarak bilinen, Cumhurbaşkanlığı seçimi için gerekli toplantı yeter sayısını 367 olarak belirleyen karar gibi); Mahkeme, değişikliğin anayasanın ikinci maddesiyle çeliştiğini savunarak anayasa değişikliğini iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi, E.1970/1, K.1970/31, 16.6.1970). Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın ikinci maddesine (insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti) karşı olarak düşündüğü herhangi bir anayasa değişikliğini iptal edebilecek yetkiyi kendinde görebilmekle birlikte, Anayasa mahkemesi, bu gerekçelerle anayasa değişikliklerini biçim ve içerik açısından kontrol etme yetkisini de kendisini vermiş oluyordu (Özbudun, 2007: 258-268).

Kendini devletin koruyucusu olarak gören devlet elitleri, kendilerini milli çıkarların koruyucusu olarak görmekle kalmamakta, siyasi seçkinleri de bölücü, kişisel ve geçici çıkarların oportünist temsilcileri oldukları konusunda şüpheleri bulunmaktaydı. Özbudun'a (2005:340-345) göre, hakların anayasallaştırılması açısından hegemonik devlet elitleri ile diğerleri arasında çıkar ve statü çatışması bulunmaktadır. Özbudun, Türkiye Anayasa Mahkemesinin kuruluş amacı olarak, neredeyse her zaman, hegemonik devlet elitlerinin siyasi ideolojilerini ve çıkarlarını koruduğunu belirtmektedir. Türkiye Anayasa Mahkemesi, karar mekanizmalarını benimseyerek, seçilmiş siyasiler ve atanmışlar (devlet elitleri) arasındaki çatışmanın odağındadır; bunun sonucunda Mahkemenin tutumu, devlet elitlerinin beklentilerine cevap verme yönünde olmuştur.

Türkiye Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtildiği gibi; laiklik, devlet ve devletçilik bölünmezliği konusunda seçici aktivist bir tutum izlemiştir (Özbudun, 2006: 319-322). Bu aktivizm, çoğunluk kuralının getirdiği tehditlere karşı bireysel hakların ve özgürlüklerin korunması üzerine odaklanmamıştır. Özbudun'un (2009: 264) ifadesiyle, Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi, temel haklarını

güçlendirme amaçlı bir aktivizm değil, devletin temel değer ve çıkarlarını korumak için bir aktivizm olarak karşımıza çıkmaktadır. Arslan (2005: 239-242; Arslan, 2008: 69). temel haklar Mahkemeye getirildiğinde Mahkemelerin kendini sınırlama (self-restrain) ilkelerine göre hareket ettiğini Mahkeme'nin tutumunun hak eksenli değil de ideoloji eksenli olduğunu ifade etmektedir.

Türkiye Anayasa Mahkemesi, yalnızca laiklik ve bölücülük konularında seçici aktivist bir tutum izlememiştir. Dahası Mahkeme, hükümetlerin ekonomik yasama faaliyetlerine karşın da yargısal olarak aktivist tutum izlemiş; yabancıların gayrimenkul edinmeleri ve bazı önemli özelleştirmeleri de “milli” çıkarlara aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi Kararı, 1985/7, 13.6.1985; 15.6.1984; K.T: 9.12.1994). Mahkeme bu özelleştirmeleri, “Türk ulusal çıkarları” ve “ulusun bağımsızlığı” gibi anayasal maddelerle çatıştığını savunarak iptal etmiştir (Arslan, 2008: 68).

Kısacası Mahkeme, laiklik, devletin bölünmez bütünlüğü ve devletçilik gibi konularda devlet elitlerinin hegemonik ideolojilerini koruma yönünde seçici konularda ideoloji eksenli bir davranış içine girmiştir. Bu tutum 2010 yılında yapılan değişiklikle birlikte hem bireysel başvuru hakkı hem de mahkemenin yeniden yapılandırılması yoluyla bir davranış değişikliğinin temeli atılmıştır. Bu Mahkemenin hali hazırdaki başkanı Zühtü Arslan'ın ilk açılış konuşmasında dahi ifade edilmiş ve gerek dava gerekçelerinde, gerekse Mahkeme üyeleri ve raportörleriyle yapılan birebir derinlemesine mülakatlarda ortaya çıkmaktadır. Ak Parti birçok alanda yapmış olduğu reformlarla, bazı kurumlarda yapısal değişimi ve gelişimi sağlamasına rağmen, iktidarının sekizinci yılına kadar Anayasa Mahkemesine yönelik yapısal bir reform yapmamış veya yapamamıştır. 2010 yılında referandumla kabul edilen Anayasa değişiklikleriyle ilk kez Anayasa Mahkemesinin yapısında değişiklikler planlanmıştır. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde, bu yapısal reformun mahkemenin yukarıda bahsedilen ideoloji eksenli yaklaşımı nasıl değiştirdiği analiz edilecektir.

2010 Anayasa değişikliğinin referandum sonucu kabul edilmesiyle en önemli değişikliklerden biri Anayasa Mahkemesinin yapısının değiştirilmesinde olmuştur. Bu değişiklik, AYM üyelerinin görev süresi 12 yıl olarak sınırlandırılmıştır. Bu değişiklik, üyelerin değişimi ve dolayısıyla üyenin ve atama yapanın etkisinin sürekli olmamasını sağlamıştır. Bir başka değişiklikle önceden 11 olan daimî üye sayısı 17

hâkime çıkarılmıştır. Mahkemenin yapısının kuruluşundan itibaren geçirdiği değişim çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir.

Anayasa mahkemesi üyelerinin seçilme usulündeki parlamento rolü, Avrupa’da yaygındır ve bu rol, mahkemenin karar vermiş olduğu siyasi meselelere demokratik meşruiyet getirdiği iddiasıyla savunulmaktadır. Anayasa Mahkemesinin giderek artan ve tartışmalı olan siyasi rolü, yukarıda da belirtildiği üzere 2010 öncesinde, devletin ideolojisini ve seçkinlerin hegemonyasını koruma konularında daha da sivrilmiş, çok önemli ve tartışmalı olmuştur. Anayasa değişikliklerinden hemen önce, Anayasa Mahkemesinin siyasete fazla müdahale etme konusundaki isteği giderek artmıştır. Bunların en temel örnekleri, kadınların başörtülü olarak üniversitelere girebilmesine izin veren anayasa değişikliklerinin yürürlükten kaldırılması; 2009’da Kürt Siyasi Hareketi partisinin kapatılması; Ak Parti’nin kapatma davası olarak sıralanabilir. Bu kararlar özellikle laiklik ve milliyetçilik konularında mahkemenin vesayet rolünün tartışılmasını arttırmıştır. Anayasa Mahkemesi 2010 değişikliği ve yapısal düzenlenmesinden sonra, bu konularda daha farklı bir davranış biçimi kazanmaya başladığı, ideoloji eksenli bakış açısından hak eksenli bakış açısına evrildiği savunulabilir.

Çalışma kapsamında kullanılan siyasetin yargısallaşması ve yargısal aktivizm gibi kavramların herhangi bir değer taşımadığını belirtmek gerekmektedir. Siyasetin yargısallaşması Bölüm II’de detaylı bir şekilde tanımlanmaya çalışılacaktır. Üst çerçeve olan siyasetin yargısallaşması temel olarak yargının yetkelendirilmesi durumudur. Bu çerçevede çalışmanın hipotezleri, siyasetin yargısallaşması ve yargısal aktivizm durumlarının demokrasi ve hukuk devleti gibi evrensel olgular açısından olumlu ya da olumsuz olduğunu varsaymamaktadır. Bununla birlikte çalışma genel olarak Türk hukuk sistemi hakkında bir argüman içermemektedir. Çalışmanın örnek olayı Türk Anayasa Mahkemesidir. Mahkemenin tarihsel oluşumu, yaşamış olduğu paradigma değişimi gibi unsurlar incelenmekte, genel olarak Türk hukuk sistemi üzerine bir değerlendirme yapılmamaktadır.

Çalışmanın ilerleyen sayfalarında detaylı şekilde tanımlanan, siyasetin yargısallaşması ile yargısal aktivizm kavramları gölge kavramlar ya da birbirleri yerine kullanılabilen kavramlar olsa dahi, aralarında önemli bir fark bulunmaktadır. Yargısal aktivizm, yargı erkinin anayasal olarak belirlenen yetki alanı dışına çıkarak

siyasal alana müdahale edebilmesi olarak özetlenebilirken, siyasetin yargısallaşması, yargı aktivist bir tutum benimsememişken dahi oluşabilir. Yargı erki doğrudan hakimlerin müdahalesiyle değil, bizzat siyasal alanın oyuncularından tarafından siyaset alanını şekillendirmeye davet edilebilir. Kısacası, siyasetin yargısallaşması, sonuçtan ziyade süreçle ilgiliyken, yargısal aktivizm bunun aksine, yargı ile seçilmiş organlar arasındaki çekişmeyi ifade etmektedir. Bu bağlamda, çalışmanın içeriği oluşturulurken bazı durumlarda siyasetin yargısallaşması yerine yargısal aktivizm kavramının seçilmesinin sebebi, çalışmanın sadece süreçleri, yani siyasetin yargısallaşmasına değil, aynı zamanda yargı erki ile seçilmiş organlar arasındaki çekişmeye de vurgu yapmaktadır. Bu nedenlerle çalışmada siyasetin yargısallaşması ve yargısal aktivizm literatürü birlikte tartışılmış; örnek olayın içeriğine göre bazı bölümlerde siyasetin yargısallaşma, bazı bölümlerde yargısal aktivizm kavramları kullanılmıştır.

Bu Türk Anayasa Mahkemesinin 1982 yılından 2010 yılında yapılan anayasa değişikliklerine kadar vermiş olduğu kararlar, devletin kurucu elitlerinin ideolojisini koruyucu nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda mahkemenin tutumu Hirschl'ın hegemonyayı koruma tezi veya Ginsburg'un sigorta tezini yansıtmaktadır.

Anayasa mahkemeleri, yasama faaliyetinin son aşaması olabileceği bakış açısıyla siyasi birimler olarak kabul edilebilir. Ancak, kararlarını yasaya dayandıran bir kurum olmakla, siyasi erkin odak noktası politik bir kurum olmak birbirinden farklı olmak durumundadır.

Demokratik geçiş süreçlerinin birçoğunun oluşumu sırasında veya sonrasında, anayasa yapıcıları kanunların ve yürütme yetkisinin yargısal denetimini anayasal garanti altına almaktadır. Bazıları bu tür bir yargısal denetimin demokrasinin pekişmesi için gerekli olduğunu savunurken, bazıları ise yargısal denetimin hegemonik ideolojiyi ya da eski iktidar sahiplerinin politik ideolojilerini korumak ya da garanti altına almak üzere tesis edilmiş, stratejik bir siyasal oyunun oluşturduğu bir organ olduğu iddia etmektedirler. Türkiye örnek olayında ise, ne 1923 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş aşamasında, ne de 1950 yılındaki çok partili siyasal yaşama geçiş döneminde yürütmenin ve kanunların yargısal denetimi öngörülmüştür. 1950 yılında yapılan ilk adil seçimlerde, cumhuriyetçi reformistler ve devlet elitleri

(Cumhuriyet Halkları Partisi) seçimi, siyasal elitlere (Demokrat Parti) seçimleri kaybetmiştir. 1950-1960 yılları arasında, Demokrat Parti'nin devlet elitlerinin hegemonik ideolojisine ve bu ideolojinin reformlarına karşı politikalar ürettiği iddia edilebilir. Bu on yıllık iktidarın ardından, devletin gerçek odak noktası ve en önemli temsilcisi olarak görülebilen Türk Ordusu, siyasal elitlerin aşkın güç kullandığı iddiasıyla siyasete müdahale etmiştir. 1960 yılındaki askeri darbenin ardından sivil siyasi yaşama dönüş aşamasında yeni bir anayasa yapım süreci başlatılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nde ilk yargısal denetim 1961 yılında yazılan bu Anayasada siyasal kurumların hayatına girmiştir.

Bu bağlamda bu tez, bu tür yargısal denetimin hegemonik ideolojinin bir tür sigortası ya da koruyucusu olduğunu ve devlet elitleri tarafından kurulan Anayasa Mahkemesinin ülkenin bölünmez bütünlüğü ve seküler yapısını korumak için yargısal aktivist bir tutum izlediğini öne sürmektedir. Anayasa Mahkemesi 2010 öncesinde Türkiye'de siyasi bir iktidara sahip odak noktası (*focal point*) olarak hareket etmektedir.

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri Mahkemenin benimsediği paradigmadaki bir kırılma yaşanmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi, bazı durumlarda aktivist tutumunu sürdürmekle birlikte, bu değişikliklerin ardından devleti koruma temelli tutumuna dayalı paradigmadan hak temelli bir tutuma dayalı paradigmaya evrilmiştir.

2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesinde birçok yapısal değişiklik yapılmıştır. Yargıçların seçim yöntemi, seçilecekleri kurumlar ve görevde kalma süreleriyle ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır. Bununla birlikte ve belki de daha önemli bir değişiklikte vatandaşlara, devletin haklarını ihlal ettiği durumlarda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı tanınmıştır. Bireysel başvuru veya başka bir ifadeyle anayasal şikâyet temelde hak ihlalini konu edindiği için hak temelli bir davranışı kolaylaştırabilmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi parti kapatma, Anayasa değişikliği içeriğinin denetlenmesi, Cumhurbaşkanlığı seçimleri için toplantı yeter sayısı belirlemesi gibi

araçlarla siyaset alanına müdahale ederek, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin anayasa yapımını, içtüzük değişikliğini ve temsil alanlarını kısıtlamıştır. Anayasa Mahkemesi üye yapısının değişmesiyle birlikte, kurumsal düşünce yapısı daha demokratik bir hal almış; 2010 yılındaki anayasa değişiklikleriyle yapılan kurumsal değişiklikler, anayasa yargısına farklı bir boyut kazandırmıştır. Hali hazırdaki Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın ifadesiyle, Anayasa Mahkemesi bir paradigma değişikliğine giderek, devleti korumak yerine bireysel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik bir davranışsal değişikliğe gitmiştir. Bu hipotezi test etmek için yedi yıllık bir süre yeterli olmamasına rağmen, bu tutum değişikliğinin ilk yansımasını ortaya koymak önemlidir. Dahası, bu bağlamda dava gerekçelerinin nasıl değişip geliştiğini görmek, hipotezin test edilmesinden öte bir önem arz etmektedir.

Bu bağlamda bu tez, Anayasa Mahkemesinin 2010 anayasa değişikliklerinin getirdiği yapısal değişim ve bireysel başvuru hakkı çıpasıyla, ideoloji eksenli paradigmadan, hak eksenli bir paradigmaya doğru bir ilerleyiş içinde olduğunu öne sürmektedir.

Araştırmanın yukarıda açıklanan hipotezleri çerçevesinde, hakimlerin karar alma noktasındaki önemini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Mahkeme hakimleri yasaların anayasallığını denetleyen ve bireysel başvuru kararlarında devletin herhangi bir organıyla hak ihlali yapıp yapmadığına karar vermekle yetkili bireylerdir. Bu çalışma mahkeme hakimlerinin oryantasyonları, ideolojik ve/veya siyasal geçmişleri gibi subjektif konularla ilgilenmemektedir. Bunun yerine hakimlerin vermiş olduğu kararlarda çalışma kapsamında öne çıkarılan “laiklik” ve “bölünmez bütünlük” gibi çok temel bazı kavramlara vermiş oldukları anlamları ve bu anlamlar doğrultusunda nasıl karar verdiklerine odaklanılmıştır. Bununla birlikte hakimlerin kararlarını nasıl verdiklerine dair normatif değerlendirmeler, ancak bu kurumların gerçekte nasıl çalıştıklarına dair somut değerlendirmelerle daha anlamlı olabilmektedir (Vanberg, 2005:13; Ferejohn, 1995: 192).

Bu çerçevede tez, Türk Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesi verdiği kararlardaki paradigmanın ne olduğu ile Mahkemenin kararlarındaki paradigma değişikliğini analiz etmek üzere iki yöntemli bir araştırma tasarımı ortaya koymaktadır. 1982 ve 2010 yılları arasındaki neredeyse tüm parti kapatma davaları ile

seçilmiş üç norm denetimi kararının içerik analizleri yapılarak, Mahkemenin 2010 öncesindeki tutumu değerlendirilecektir. Davaların konuları gruplandırılacak ve bu çalışmanın analizleri bu gruplar doğrultusunda olacaktır. Siyasi parti kapatma davaları başta olmak üzere 367 kararı, başörtüsü kararları gibi davaların sadece kararları değil, gerekçeli kararları ve karşı oy yazıları analiz edilecektir.

Bununla birlikte 2010 yılı sonrasında ise bazı seçilmiş bireysel başvuru kararları incelenecektir; Abdullah Öcalan'ın İmralı'da yazmış olduğu kitabın toplatılması, twitter ve youtube kararlı gibi kararların dava analizleri davranış değişikliğinin detaylarını gösterecek nitelik taşımaktadır. Ayrıca 2010 sonrasında görülmüş olan 4+4+4 kararı da bu çalışma bağlamında önem teşkil etmektedir. Bu kararla Mahkeme, 2010 öncesindeki laiklik tanımını değiştirmiştir.

Çalışmanın metodolojisinin ikinci parçası ise mahkeme kararlarında aktif görevde bulunan kişilerle elit yarı yapılandırılmış görüşmeler yapılmasıdır. Kararları veren Anayasa Mahkemesi üyesi ile davaların ön inceleme işlemleriyle ve dava öncesi rapor hazırlamakla görevli mahkeme raportörleri ile yapılacak derinlemesine mülakatlar hipotezlerin test edilmesi için önemli bir metodolojik araçtır.

Çalışma görüleceği üzere nicel analiz yerine nitel analiz yöntemleri kullanılacaktır. Şüphesiz nicel analiz yöntemleri de yargısal siyaset konusunda çok önemli veriler sunmaktadır. Ayrıca nicel analizlerle araştırmacılar çalışmalarını gerçek dünyada daha temellendirmiş olarak hissedebilmektedir. Ancak nicel araştırmalar yargısal karar alma süreçlerini tüm boyutlarını resmedemeyecektir. Kararların belirli bir teorik çerçeveye göre doğru ya da yanlış verilmiş olması ya da hakimlerin belirli konularda vermiş olduğu kararların sayısı gibi istatistiki veriler elbette yargısal siyaset çalışmaları için çok önemlidir. Ancak bu istatistiki verileri oluşturan kararların içeriğindeki kelimelerin, kavramların veya bazı yaklaşımların temel bazı teorik çerçeve bağlamında hermenötik/yorumsama yoluyla anlamlandırılmaya çalışması, mahkemelerin tutumlarını ortaya koyma konusunda daha verimli olacaktır. Bu çalışmada da ortaya konulduğu şekliyle, mahkeme üyeleri ve kıdemli raportörler ellerinde bulunan yorum tekeli ile herhangi bir karara ulaşırken, aslında yazılı bir anayasayı robotik bir tavırla önlerindeki örnek olaya uydurmamaktadır. Aksine

hakimler, ellerinde yorum tekelini de kullanarak hem anayasada yazılan kavramlara bir ruh vermekte, hem de bu ruhla anayasayı anlamlandırarak norm denetiminde yasama erkinin yapmış olduğu kanuna da ruh vermektedirler. Mahkeme bireysel başvuru davalarında da anayasadaki temel bireysel hak ve özgürlüklerin tanımı ve bunların sınırlandırılması şartlarına da anlam vermektedirler. Bu nedenlerle mahkeme üyelerinin bu çalışma bağlamında “laiklik”, “bölünmez bütünlük” ve “bireysel hak ve özgürlükler” gibi bazı kavramlara nasıl yaklaştıkları örnek olay incelemeleri ve elit görüşmelerle ortaya konulacaktır.

Örnek olay analizleri, araştırmacının yüksek düzeyde kavramsal geçerlilik elde etmesine veya ölçmeyi amaçladığı teorik kavramları en iyi temsil eden göstergeleri belirleyip ölçmesine olanak tanımaktadır (George ve Bennett 2005:19). Başka bir ifadeyle, seçilmiş örnek olay çalışmalarının ayrıntılı bir analizi, istatistiksel çözümlemelerin uygulanmasına izin vermemekle birlikte, araştırmacının örnek olayların detaylarını incelemesi ile ilgili kavram ve tartışmaların daha odaklı bir şekilde anlaşılmasına olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte örnek olay çalışmaları, ilgili siyasal ve toplumsal konjonktürün analiz edilen örnek olaydaki kavramlar üzerindeki etkisinin gözlemlenebilmesine yardımcı olmaktadır. Tek bir bağımsız değişkenin farklılaştığı veya daha genel olarak benzer örnek olaylarda yalnızca bir bağımsız değişkenin farklı olduğu durumlarda belirli değişkenlerin nedensel etkilerini tahmin etmek için örnek olay analizleri kullanılabilir (George ve Bennett, 2005:25). Bu bağlamda çalışmada tek bir kurumun benzer davalardaki tutumlarını etkileyen belirli değişkenlerin nedensel etkilerini tahmin etmek için örnek olay analizleri kullanılmaktadır.

Çalışmada kullanılacak yöntemsel analizin tamamlayıcı parçası da, elit derinlemesine görüşmelerdir. Yüz yüze görüşmeler, odak gruplar, katılımcı gözlemler gibi etnografik çalışmalar, araştırmacılara birçok yöntemsel araçlar sunmaktadır. Ancak elit görüşme araştırmacılara farklı bir yol açmaktadır. Araştırmacılar siyasal, sosyal veya ekonomi gibi alanlarda belirli bir iktidar veya etkiye sahip kişilerin davranış veya bakış açılarını anlamaya çalışmaktadır. Bu şekilde, belirli bir politika oluşum süreci veya politika uygulama sebepleri daha net bir şekilde anlaşılabilir.

Elit kavramı çok net bir kavram olmamakla birlikte bir grup içinde etkili bir iktidara sahip bireyler (Zuckerman, 1972:160) veya son derece becerikli, profesyonel olarak donanımlı kişiler (McDowell, 1998:2135) olarak tanımlanabilmektedir. Çalışmada ise elitler belirli bir karar alma sürecine doğrudan veya dolaylı olarak etki etmede yetkili kişiler olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda elit görüşme için seçilen kişiler kararlarıyla Mahkemenin tutumunun belirleyen Mahkeme üyeleri ile davaların ön incelemelerinde görevli raportörler olarak belirlenmiştir. Elitlerle yapılmış olan derinlemesine mülakatlarla Mahkemenin tutumundaki paradigma değişikliği, bu değişikliğin sebepleri, değişimin kurumsallaşma¹ problemi, paradigma değişimine uluslararası ve ulusal konjonktür gibi bağımsız değişkenlerin ne şekilde etki ettiği sorularak, çalışmanın hipotezi test edilmeye çalışılmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi kuruluşundan itibaren siyasi kapatma davaları ve norm denetiminde yetkili mahkemedir. Bununla birlikte 2010 yılında yapılan anayasal değişikliklerle vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınarak, bireysel başvurular konusunda yetki de Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Bu çalışma Mahkemenin hegemonik koruyucu bir paradigmaya sahip olduğu 2010 öncesindeki durum için 1982 Anayasası sonrası kapatma davaları ile bu yıllardaki norm denetimi kararlarına odaklanmıştır. Hem davaların çokluğu hem de 1982 yılında Anayasa'nın tamamen değişmesiyle Mahkemenin yetkilerinin az da olsa değişmesinden dolayı 1982 yılı bir kırılma yılı olarak seçilmiştir. Sadece laiklik ilkesine aykırılık nedeniyle kapatılan partiler konusunda Milli Nizam Partisi 1982 yılından önce kapatılmış olmasına rağmen, 1982 yılından sonra kapatılan partilerin kapatma gerekçelerinden MNP kapatma davalarının gerekçelerine benzer gerekçeler kullanıldığı için bu kapatma davası da örnek olaylara eklenmiştir.

¹ Kurumsallaşma tanımının kişiler ve konjonktür gibi etmenlerden bağımsız olarak bir durumun istikrarlı hale gelmesi olduğundan hareketle, Mahkemenin 2010 anayasal değişiklikler sonrası benimsediği öne sürülen hak temelli paradigmanın kişiler ve konjonktür gibi etmenlerden bağımsız olarak kurumsallaşması için belirli bir içtihat birikimi, atama yoluyla Mahkeme üyelerinin değişimi gibi değişikliklerin ortaya çıkması gerekmektedir. Bu bağlamda bir paradigmanın kurumsallaştığını öne sürebilmek için yeterli bir sürenin geçmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte 2010 sonrası üç bireysel başvuru kararı ile bir norm denetim kararı incelenmiştir. Mahkemenin 2010 öncesi kararlarda sergilemiş olduğu seçici aktivist tutumlar “laiklik” ve “bölünmez bütünlük” ile ilgili davalarda ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda 2010 sonrasında seçilen bireysel başvuru ve norm denetimi örnek olayları, Mahkemenin seçici aktivist davrandığı konularla ilgili olanlar arasından seçilmektedir.

Örnek olay davaları seçilirken OHAL öncesi kararlara bakılmıştır. OHAL doğası gereği bazı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını gerektirebilir.² Bu nedenle OHAL dönemlerinde Mahkemenin almış olduğu kararlar çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Bununla birlikte Anayasa’nın 148. Maddesine göre de olağanüstü dönemlerde çıkarılan kararnameler şekil ve esas bakımından anayasal denetimin dışında bırakılmıştır.

Çalışma sınırlılığından birisi de derinlemesine görüşme yapılacak elitlerden sağlıklı bilgi alabilmek adına onlara güven sağlamaktır. Bu bağlamda derinlemesine görüşme öncesi ve sonrasında elitlere güvenli bir ortam sağlamak için çalışılmıştır. Görüşmeler öncesine mümkün olduğu kadar şeffaf olunmuştur. Şeffaflık için araştırmacının kim olduğu, bu çalışmayı kiminle birlikte ve ne için yaptığı, çalışmanın hipotezlerinin ne olduğu, çalışmaya bir kişi ya da kurumun sponsor olup olmadığı, görüşme sonucu derlenen verilerin ne için kullanılacağı, kişilerin anonim kalacağı gibi bilgiler ile yarı yapılandırılmış sorular elitlerle paylaşılmıştır. Bununla birlikte Mahkeme üyesiyle görüşmek için üyenin güvendiği bir kişinin randevuya aracılık etmesi sağlanmıştır. Ayrıca kıdemli raportörlerle görüşmeden önce hakim üyeyle görüşerek, raportörlerin daha rahat bir şekilde cevap verebileceği bir ortam hazırlanmaya çalışılmıştır. Sonrasında görüşme yapılan elitlere elde edilen sonuçlar hakkında özet bir rapor sunulmuştur.

Bu çerçevede tamamlanan çalışmanın birinci bölümünde bir literatür özeti yapılacaktır. Literatür özetiyle anayasa yargısının amaçlarının ne olduğu ve bu bağlamda anayasa yargısının yasama yürütme ile ilişkisi tarihsel bir bakış açısıyla özetlenmeye çalışılmaktadır. Bu bölümde genel olarak anayasa yargısının özelde de anayasa mahkemelerinin ari bir hukuki organ mı yoksa siyasal bir güce sahip bir erk

² Olağanüstü yönetim usulleri için bk. Özbudun, E. (2008). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 357-366

mi olduğu tartışılmaktadır. Bu bölümde ayrıca anayasa mahkemesi, yargısal aktivizm, siyasetin yargısallaşması ve yargının siyasallaşması gibi çalışmanın temel kavramları tanımlanmaya çalışılmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde öncelikle Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesi tutumu olarak ifade edilebilen hegemonik koruma tezi ile ilgili tartışmalar ortaya konulmuştur. Çalışmanın da desteklediği bu görüşe göre Mahkeme devlet seçkinlerinin siyasal bir stratejisi olarak tesis edilmiş ve devletin hegemonik ideolojik yapısını korumak amacıyla hareket etmektedir. Bununla birlikte bu çalışma Mahkemenin 2010 anayasal değişiklikleri sonrası paradigma değişikliğine giderek, bireysel hak ve özgürlükler paradigmasını benimsediğini öne sürmektedir. Bu bağlamda üçüncü bölümde anayasal denetimin bireysel hak ve özgürlükleri devlet karşısında nasıl koruduğu üzerine teorik çerçeve çizilmektedir. Çalışmanın örnek olayı Türk Anayasa Mahkemesi olduğu için, üçüncü bölümün devamında Türk Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve tarihsel gelişimi ile Mahkemenin, Türk siyasetini nasıl yargısallaştırdığı tartışmaları çalışmanın teorik çerçevesine eklenmiştir.

Üçüncü bölüm ise ikinci bölümde özetlenen literatür ile üçüncü bölümde ortaya konulan teorik çerçevenin Türk Anayasa Mahkemesinde test edilmesiyle başlanmaktadır. Bu bölümde öncelikle 1982 öncesindeki devletin bölünmez bütünlüğü ve laiklik ilkesinin korunmasıyla ilgili davaların örnek olay incelemeleri taranarak başlanmıştır. Bölünmez bütünlük özelinde on iki siyasal partinin kapatma davası gerekçeleriyle incelenmiştir. Laiklik ilkesinin korunduğu dört siyasal partinin kapatma davası (bir parti kapatılmamış ancak hazine yardımıyla mahrum bırakılmıştır) ile dört norm denetim kararı incelenmiştir. Bu örnek olay incelemelerinde Mahkemenin özellikle bu iki konuda devleti koruma paradigmasını ne şekillerde ortaya koyduğu incelenmeye çalışılmıştır. Üçüncü bölümün ikinci alt bölümde 2010 anayasal değişiklikler sonrası Mahkemenin tutumundaki paradigma değişikliği üç bireysel başvuru ve bir norm denetimi kararlarında aranmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümün sonunda ise Mahkemenin bu tutum değişikliği elitlerle yapılan derinlemesine görüşme ve Mahkeme Başkanının konuşmalarının yorumsama analiziyle ortaya konulmuştur.

BÖLÜM II: SİYASETİN YARGISALLAŞMASI: LİTERATÜR ÖZETİ

Siyasetin yargısallaşması yargı organlarının, yasama organları üzerinde kontrol mekanizmasına sahip olduğu bir tür siyasal erktir. Siyasaldır, çünkü siyasetin tesis ettiği ve siyasal kurumları kontrol eden bir organdır. Alex de Tocqueville (1945: 106) bu tür bir gücün bir yasanın anayasal olup olmadığına karar vermesinin, Amerikan hakimlerine özgü olduğunu ileri sürmektedir. Bu güç muazzam politik etkiye yol açma yetisine sahiptir. Bununla birlikte siyasetin yargısallaşması, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra küresel bir olgu haline gelmiştir. Bu dönemden sonra, anayasalar, yürütme erklerinin meşrulaştırılmasında önemli bir yer tutmaya başlamış ve siyasetin yargısallaşması siyaset bilimcilerinin araştırma alanına girmiştir. Siyasetin yargısallaşmasının en önemli araçlarından birisi, yasal düzenlemelerin anayasal denetim yetkisinin yargı erkine verilmesidir. Öte yandan anayasal denetim sistemi, yirminci yüzyılın en önemli demokratik fikirlerinden biri olan insan hakları kavramı ile de yakından ilişkilidir (Henkin, 1990). Yürütme ve yasamanın bir yargı erki tarafından sınırlandırılması hem demokratik sistem hem de bireysel özgürlükler ve insan hakları için son derece önemlidir. Günümüzde 191 anayasal sistemden 158 tanesi, bazı resmi anayasal denetim mekanizmalarını barındırmaktadır. Bu yazılı anayasaların yetmiş dokuzunda anayasa mahkemesi ya da kurul adı verilen yetkileri belirlenmiş bir organ bulunmaktadır. Yine bu 158 anayasal sistemin 60'ı birinci derece mahkemeler ya da yüksek mahkemelerin yasama ve yürütme faaliyetlerini anayasal denetime tabi tutabildiklerini düzenleyen açık hükümlere sahiptir. Bununla birlikte, yalnızca az sayıda anayasada yasama eylemlerinin anayasallığını denetlemek için yine yasama erkleri yetkilendirilmiştir. Çin, Vietnam ve Burma gibi yasamanın yasamayı

denetlediği bu ülkelerin demokratikleşme sürecinden çok uzakta olduğu rahatlıkla iddia edilebilir.³

2.1 İKTİDARDAKİ KAYMANIN TARİHİ

I. Dünya Savaşı'nın öncesinde, yalnızca Amerika Birleşik Devletleri'nde ulusal meclis tarafından yapılan yasal düzenlemeleri denetleme ve iptal etme yetkisine sahip bir mahkeme tesis edilmişti (Guarneri ve Pederzoli, 2002:135). Amerika Birleşik Devletleri dışında, anayasal denetim mekanizmaları II. Dünya Savaşı'ndan önce nadiren görülmekteydi. Norveç, anayasal denetim yetkisine sahip Yüksek Mahkeme'yi tesis etmekle birlikte, mahkemenin bu yetkiyi aktif bir şekilde kullanması yine II. Dünya Savaşı sonrasına denk gelmektedir (Slagstad 1995; Smith 2000). Portekiz de 1909'da anayasal denetim sistemi tesis etmiştir (Vanberg 2005:10). II. Dünya Savaşı öncesi tesis edilen anayasal denetim sistemleri, genellikle ABD, Kanada ve Avustralya gibi federal eyaletlerde yaygın bir şekilde görülebilmektedir. Meksika ise *amparo* davası adı verilen ve bireysel davalardaki anayasaya aykırılıkları denetleyen bir anayasal denetim sistemine sahiptir (Ginsburg, 2008 hb). Bu tür bir anayasal denetim, günümüzde anayasa şikâyeti veya bireysel başvuru şeklinde, demokratik ülkelerin çoğunda kullanılmaktadır.

II. Dünya Savaşı sonrası yaşanan bu değişimin ana nedeni, yasama erklerinin Anayasa veya Anayasa Mahkemeleri gibi bazı kurumlar tarafından kısıtlanma ihtiyacıdır. Politikacılar halk tarafından seçilir ve sadece geçici dönemler için görev başındadırlar. Geçici dönemlerde bireysel veya grupsal çıkarları için hareket edebilirler. Bu nedenle, seçim sonucunda iktidarı elde edecek, yetkisi sınırlı siyasetçilerin olası yasadışı veya keyfi davranışlarını kısıtlayacak bir kuruma ihtiyaç bulunmaktadır. Alec Stone Sweet (2000:20-21; 2000:37) bu değişimi, parlamento üstünlüğüne dayanan eski anayasacılığın ölümü ve yargının güçlendirildiği yeni anayasacılığın doğuşu olarak tanımlamaktadır.

³ University of Illinois Comparative Constitutions Projesi bağlamında hazırlanan veri setinden oluşturulmuştur, netfiles.uiuc.edu/zelkins/constitutions, erişme tarihi: 27 Ağustos 2019

Hem Amerika Birleşik Devletleri (1803) hem de Norveç'te (1866) bu yetki doğrudan yazılı anayasalardan değil doğrudan mahkeme içtihatlarından kaynaklanmıştır (Smith 2000; Ryssdal 1981). Weimar Cumhuriyeti, Avusturya, İspanya -ve Alec Stone Sweet'in ifadesiyle- "Doğu Avrupa'daki bazı devletler" iki savaş arasında değişken bir güce sahip anayasal denetim sistemlerini sahiptir (Stone Sweet, 2000:31; Guarneri ve Pederzoli, 2002:135). İzlanda ise 1943 yılında anayasal denetim geleneğine katılmıştır (Smith, 2000).

Anayasal denetim sistemi 1920'lerde, Kelsen'in ortaya koyduğu yeni bir anayasal denetim modeli ile yeniden şekillendirilmiştir. Ginsburg (2008) bu yeni anayasa denetim sistemini ikinci anayasal denetim dalgası olarak adlandırmaktadır. Kelsenci anayasal denetim modeli, hakimlerin mevzuata sıkı şekilde tabi oldukları yönünde güçlü teorik yönelimlere dayanmaktadır. Bu nedenle, anayasal düzeni korumak için anayasal yorumlama gücüne sahip, sıradan yargı gücünden başka bir yargı erki bulunmalıdır. Bu model günümüzdeki anayasa mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin kurulmasına neden olmuştur. Belirli bir yetkiyle şekillendirilmiş anayasa mahkemeleri, II. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'daki anayasa mahkemelerinin temelini oluşturmaktadır.

Birçok Avrupa ülkesindeki anayasa mahkemelerinin Kelsenci anayasal denetim sistemine sahip olduğu iddia edilebilse de aslında Batı Avrupa'da Kelsenci anayasal denetim modeline sahip sadece beş ülke bulunmaktadır; Avusturya, Almanya, İtalya, Portekiz ve İspanya. Bunların faşizm sonrası demokrasiye geçmiş olan ülkeler olması tesadüf değildir. Bu ülkelerde Kelsenci modelin doğmasının sebebi, demokrasiye geçiş döneminde yaşanan sıkıntılar, hatta savaş dönemlerinde halk arasında ortaya çıkmış bireysel haklar ve yasama organının gücünün sınırlandırılmasına yönelik doğal hukuk anlayışına dair farkındalıktır (Cappelletti, 1989). II. Dünya Savaşı öncesinde çok güçlü bir şekilde yaşanan ve hissedilen faşizm tehdidinden sonra, bu mahkemeler geniş kapsamlı hükümler getiren anayasalar tarafından tesis edilmiş, anayasal denetimin hakları koruyan bir kurum olması da bu yeni anayasalarla garanti altına alınmıştır (Ginsburg, 2008:86). 1940'lar ve 1950'lerde, anayasal denetim hükümlerini içeren anayasaların yeniden yazımı ile

anayasal denetim geleneğine Avusturya, İtalya, Almanya, Fransa ve Japonya dahil olmuştur (Guarneri ve Pederzoli, 2002:135; Hirschl, 2004a:7; Sweet, 2000: 31). Afrika ve Asya'nın sömürgeleştirilmesi sürecinde yaşadıkları, bu kıtalarda 1950'ler ve 1960'larda sömürge sonrası çeşitli "bağımsızlık" anayasalarına anayasal denetim mekanizmalarının dahil edilmesinin önünü açmıştır (Hirschl, 2004a:7). Güney Avrupa'da yaşanan demokratikleşme dalgası, 1961 yılında Türkiye'de, 1970'lerde İspanya, Portekiz ve Yunanistan'da, daha sonra 1980'lerin sonlarında ve 1990'ların başlarında Güney Afrika Cumhuriyeti'nde ve birkaç Latin Amerika ülkesinde anayasal denetimin hukuk sistemlerine dahil edilmesinin önemli etkenlerinde olmuştur.

1990'larda yeni bir anayasal denetim dalgası yaşanmıştır. Eski Sovyet Rusya'nın yıkılması ve Yugoslavya Cumhuriyeti'nin dağılmasıyla kurulan yeni cumhuriyetler, anayasal denetimi de içeren yeni liberal demokratik anayasaları ülkelerine uyarlamıştır. Özellikle Berlin Duvarı'nın yıkılmasının ardından, yeni bir anayasa yazımı dalgası beraberinde yeni bir anayasal denetim dalgasını da getirmiştir. Hemen hemen bütün Sovyet Rusya sonrası ülkeler, yasamanın kısıtlanması dahil bazı özel yetkilerle donatılmış bir anayasa mahkemesini düzenleyen hükümleri de içeren yeni anayasalarını yazmışlardır (Ishiyama Smithey ve Ishiyama 2000, 2002; Schwartz, 2000). Özel olarak sınıflandırılabilir bir eğilimin parçası olmayan, birkaç ülke 1979 ile 1994 arasında anayasal denetim yoluyla temel hakların güvence altına alındığı yeni düzenlemeler yapmıştır; İsveç, 1979; Mısır, 1980; Kanada, 1982; Belçika, 1985; Yeni Zelanda, 1990; Meksika, 1994; ve İsrail, 1992-1995 (Hirschl, 2004a:8; Sweet, 2000:31; Guarneri ve Pederzoli, 2002:136). Bu değişim, anayasa mahkemelerinin demokrasi ve hukukun üstünlüğü için temel bir gereklilik olduğuna işaret etmektedir. Hemen hemen bütün Avrupa ülkeleri, demokratik olmayan rejimlerin yıkılmasından sonra yaşanan demokratikleşme döneminde anayasa mahkemelerini tesis etmiştir (Kühn, 2006:220-221).

Bu anayasallaşma dalgalarının bir sonucu olarak, anayasaların çoğunluğu ya belirli yetkilerle donatılmış bir anayasa mahkemesi ya da olağan mahkemeler tarafından yerine getirilen anayasal denetime dair düzenlemelerini içermektedir (Ginsburg, 2008:85). Anayasal denetim, önceleri yapısal anayasa hükümlerini

yürürlüğe koymaya yönelik bir kurumdan, haklar ve demokrasi ile yakın bir özdeşleşmeye sahip bir kuruma doğru ilerlemiştir. Anayasa mahkemeleri liberal ve demokratik değerlerin yeni anayasal kültürlerle yayılmasına yardımcı olmaktadır (Ginsburg, 2008:87).

Bu değişim, yargı lehine ve yasama aleyhine önemli bir iktidar aktarımıdır. Demokratik işleyiş için bu tür bir aktarımın olmazsa olmaz olduğu da neredeyse herkes tarafından kabul edilmektedir. Ran Hirschl'e (2008) göre yeni anayasacılık dünyasında, her bir ahlaki ya da siyasal tartışma bir şekilde er ya da geç yargısal bir tartışma haline gelecektir.

Bu artan eğilim, iç ve dış politika ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle siyasetin yargısallaşmasını ele alan siyaset bilimi literatürünün ilerlemesi beklenmektedir. Bununla birlikte yargısallaşma teriminin de akademisyenler arasında çok net bir şekilde kabul edilen ortak bir tanımı bulunmamaktadır. Mahkemelerin kararları yerel dillerle yazıldığı için literatürde karşılaştırmalı analiz yapılması da çok zordur. Nispeten az sayıda çalışma da (örneğin, Tate & Vallinder, 1995; Goldstein ve diğerleri, 2001; Hirschl, 2002, 2004a, 2006; Ferejohn, 2002; Shapiro ve Stone-Sweet, 2002; Koopmans, 2003; Miller, 2004; Pildes, 2004; Sieder ve diğerleri, 2005; Dickson, 2008) karşılaştırmalı araştırmalar yapmakta ve siyasetin yargısallaşmasını geniş bir sosyo-politik olgu olarak tanımlamaktadır.

Bunlara ek olarak, dünyada yaşanan “hakimlerin iktidarındaki” bu keskin ve dönemsel artış, siyaset bilimciler ve hukukçular arasında kayda değer bir araştırma alanı olarak kabul görmektedir. Bu artış genel olarak siyasetin yargısallaşması olarak adlandırılmaktadır. Uluslararası politika ve politika yapımında mahkemelerin ve yargısal tarzda karar alma yöntemlerinin artan etkisini anlamak ve açıklamak isteyen bazı çalışmalar, anayasa hukuku ve anayasa mahkemelerinin karşılaştırmalı analizlerini yapmaktadır (örn. Jackson ve Tushnet 2002; Jacob ve diğerleri, 1996; Tate ve Vallinder, 1995; Stone Sweet, 2000). Batı siyaset biliminde ve karşılaştırmalı anayasa hukuku literatüründe tartıştığı yargısal siyaset çalışmaları Türkiye’de ise tek açıdan incelenmektedir. Özbudun (2006:214) hukukçu akademisyenlerin çoğunluğunun Türk Anayasa Mahkemesinin siyaset tarafından etki altına alınmasına

yoğunlaştığı için Mahkemenin artan gücüne yönelik tartışmaların yeterli akademik düzeyde yapılmadığını ifade etmektedir.

2.2 SİYASETİN YARGISALLAŞMASI

Siyasetin yargısallaşması, literatürde net ve tartışmasız bir tanımı henüz verilmemiş, çok yönlü bir kavramdır. Fakat terim hukukun, yargının ve yasal söylemlerin toplumun her köşesine nüfuz ettiği duruma atıfla kullanılabilmektedir (Domingo, 2005: 21-22). Bazı hukuk sosyologları yargının siyasallaşması olarak kavramlaştırılan durumu “yetkelendirme” olarak tanımlamaktadır. Bununla birlikte, siyasetin yargısallaşması üç somut ve birbiriyle ilişkili boyutla tanımlanabilir: anayasal denetim ve diğer yargısal güçlerin dahil olduğu yargısal gücün sürekli genişlemesi; siyasal dengenin yargı lehine değişmesi ve yasal hareketlilik.

Birincisi, anayasal denetimin tesis edilmesi siyasetin yargısallaşmasının başlangıcı olarak kabul edilebilir, çünkü anayasal denetimin gücü açıkça siyasal veya yargısal olarak tanımlanamaz. Anayasal denetim salt bir hukuki işlem değilken, doğası gereği salt siyasal bir işlem de değildir. Bu iki işlemin de özelliklerini taşıyan ayrı bir faaliyettir (Stone Sweet, 2000:139-50). Temel olarak anayasal denetim, güçler ayrılığını sağlamak ve temel bireysel hakları korumak için tasarlanmıştır. Anayasal denetim yasama ve yürütme erklerini kontrol ederek dengelemesi açısından özünde siyasaldır. Ayrıca, anayasal denetim Hans Kelsen’in on yıllar önce iddia ettiği gibi, bireysel haklarının korunması alanında bile, hâkimler artık sadece negatif yasa koyucular olarak hareket edemezler, çünkü anayasa yazıcıların, anayasa yazım süreçlerinde bırakmış olduğu anayasal boşlukları bazı durumlarda hakimlerin doldurmaları gerekmektedir. Özellikle yirminci yüzyılın sonlarında ortaya çıkan pozitif statü haklar, hakimlerin anayasal denetim yaparken politika yapıcı gibi hareket etmek durumunda bırakmıştır. Her ne kadar hakimler kararlarını önceden var olan anayasal metinlere dayandırarak vermek zorunda olsalar dahi, takdir ve yorum yetkileri bazı durumlarda çok geniş olduğu için, anayasa mahkemeleri yasama faaliyetinin yerine geçecek kararlar almaya başlamışlardır (Stone Sweet, 2000: 61-90).

Bu hibrit özellik, özellikle kanunların yürürlüğe girmeden önce hakimlerin anayasal denetimine tabi tutulduğu soyut norm denetim süreçlerinde açıkça görülebilmektedir. Anayasal denetime ek olarak, yargının güçlenmesini sağlayacak birçok yetki bu denetimi yapacak mahkemelere verilmektedir. Yüksek mahkemeler belirli bir derecenin üstündeki memurları yargılayabilmekte, seçimleri denetleyebilmekte ve siyasi partileri kapatma kararları verebilmektedir (Ginsburg, 2005:225). Bu yetkiler hem siyasal sistem hem de yasal sistem için çok kritik öneme sahiptir.

Siyasetin yargısallaşmasının diğer bir belirleyicisi siyasal dengenin kayması, yani siyasetçilerin politika yapma iktidarını gittikçe daha fazla bir biçimde yargı ile paylaşması olarak tanımlanabilir. Yukarıda bahsedildiği gibi, yargısal yetkelendirme seçilmemiş hakimlerin siyasi karar alma sürecine müdahale etmelerine olanak sağlamaktadır. Yargının yetkelendirilmesi yalnızca yargı gücünü resmen genişletmekle kalmamakta, (Guarnieri ve Pederzoli, 2002:78-149) aynı zamanda mahkemelerin rolünü ve hakimlerin yargısal tutumlarını da değiştirmektedir. Hakimler siyasetçilerden bütçe yapımı, atanma, yükseltme gibi idari işlemlerde olduğu kadar psikolojik açıdan da daha bağımsız hale gelmektedir. Hakimler özellikle toplumu ilgilendiren kararlarda stratejik davranarak, meslektaşlarının ve halkın tepkisine göre hareket edebilmektedirler (Posner, 2008; Segal ve Cover, 1989). Anayasal denetim yoluyla yeni araçlarla donanmış hakimler, genç demokrasilerde siyasi sorumlulukları yerine getirmeye daha da istekli davranabilmektedir (Hirschl, 2002:191-193).

Bu nedenle, önceleri siyasal yollarla çözümlenen siyasal çatışmalar artık mahkemelerde çözümlenir hale gelmektedir (Domingo, 2005: 38). Örneğin, anayasal denetimi çoğunluğa itiraz etmek için ikinci bir fırsat olarak gören parlamentodaki azınlıklar, siyasal tartışmaları anayasal denetim yoluyla yargı erkinin önüne getirmektedir (Smithey ve Ishiyama, 2002:722). Hatta bazı durumlarda, parlamentodaki çoğunluk bile, özellikle ahlaki ya da siyasal olarak tartışmalı meselelerde son kararı daha güvenilir olduğu varsayılan mahkemelere bırakabilmektedir (Whittington, 2007:134-40). Dahası, siyasetin yargısallaşması sadece ulusal siyaset ile ilgili durumlarda değil (Ginsburg, 2008:3) mega politikalarda da ortaya çıkmaktadır. Mega politikalar seçilmiş organların ayrıcalıkları, rejim

değişikliği, seçim adaleti, onarıcı adalet, ulusal kimlik (vatandaşlık) ve millet bilinci dahil olmak üzere bütüncül politikaları tanımlayan temel politik meseleleri ifade etmektedir (Hirschl, 2008:124-29). Bu anlamda, sıradan insanlar seçilmiş temsilciler aracılığıyla da olsa ulusal politikalar üzerinde sahip oldukları etkilerini kaybetmekte; atanmış hakimler bu konuda artık son sözü kararlarıyla söyleyebilmektedir. Demokrasi böylece halkın yönetiminden ziyade hukukçuların hükmettiği juristokrasi haline gelebilmektedir (Hirshcl, 2004).

Üçüncü olarak siyasetin yargısallaşması sadece yukarıdan aşağıya bakış açısıyla değil, aynı zamanda aşağıdan yukarıya bir hareket açısından da analiz edilebilir. Yargısal güç ve yargı otoritesinin artması, yargısal karar alma ve politika yapma kararlarında yaygın bir hal aldığından, mahkemeler kademeli olarak çıkar grupları ve STK'ların taleplerinin politikalara dönüşmesi için mücadele ettikleri bir alan haline gelmeye başlamıştır; çünkü yargı artık siyaset alanına bilgileri dahilinde daha çok müdahale etme isteğine sahiptir. Bu bağlamda anayasal denetime başvuru, siyasal sürece katılmanın bir yolu haline gelmektedir (Guarnieri ve Pederzoli, 2002:28). Sonuç olarak, davalar sivil gruplar tarafından sosyal değişime yol açacak bir stratejinin parçası haline gelebilmektedir. Kürtaj, ötanazi, eşcinsel evlilik, ulusal sağlık sigortası ve yasadışı göç gibi daha temel meseleler sonuçta hakimler tarafından kararlaştırılmaktadır. Türkiye'de soyadı kanunu, zorunlu aşı, bazı internet sitelerine getirilen yasaklar konusundaki kararlar da Anayasa Mahkemesi tarafından alınmıştır. Bu kararlar bazı durumlarda halkın desteğini almakta ve bu yaygın destek siyasetin yargısallaşmasını halkın gözünde daha da meşrulaştırmaktadır (Caldeira ve Gibson, 1992; Gibson ve diğerleri, 1998).

Siyasetin yargısallaşması kavramına dair bu kısa tartışmanın ardından siyasetin yargısallaşmasıyla karıştırılan birkaç kavramı tanımlamak, bu kavramın daha net açıklanmasına yardımcı olacaktır. Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü ve yargının siyasallaşması gibi kavramlar bazen siyasetin yargısallaşması ile örtüşmekte ve/veya karıştırılmaktadır, ancak hiçbirisi aynı olguyu tanımlayan kavramlar değildir.

Bununla birlikte, yargı bağımsızlığı, siyasetin yargısallaşması tartışılırken ortaya çıkma eğilimindeki ilk kavramdır. Yargı bağımsızlığı dış ve iç bağımsızlık

olarak ikiye ayrılmaktadır. İç bağımsızlık hakimlerin yargısal olarak üstlerinden bağımsızlığıdır. Her bir hakim önündeki olayın nihai hakimidir. İkincisi hakimlerin seçilmiş organların ve kamuoyunun etkilerinden ari olmasıdır. Aynı zamanda, hakimler kararlarını önceden var olan kanunlara, içtihatlarla ve yasal yorumlarına dayandırmalıdır; kişisel tercihlerinden ve ideolojilerinden etkilenmemelidirler. Bu bağlamda yargı bağımsızlığı, yargının siyasallaşmasıyla doğrudan etkileşimde olsa dahi, birbirinden farklı kavramlardır. Yargı siyasallaşırken, sistemde yargının bağımsızlığı konusunda bir sorun olmayabilir, aksine yargının siyasetten daha bağımsız bir durumda olması daha olasıdır.

Siyasetin yargısallaşmasıyla karıştırılan ikinci kavram hukukun üstünlüğüdür. Hukukun üstünlüğü, en temel anlamda, var olan süreçler bağlamında kanun yapma süreçlerinin resmi yönünü vurgulamaktadır. Ayrıca, hukukun üstünlüğünde yasalar, devletin faaliyetlerine temel kısıtlamalar getirmeli, herkese kanun önünde eşit davranmalı ve kamuya açık, erişilebilir, uygulanabilir ve net olmalıdır (Peerenboom, 2004:2) Daha detaylı bir hukuk devleti tanımı ise, belirli ekonomik düzenlemelerin, hükümet sistemlerinin veya insan hakları kavramının önemli noktalarına vurgu yaparak kanunların esasına dair anlamına odaklanmaktır (Peerenboom, 2004:4).

Siyasetin yargısallaşması yukarıda, hakimlerin politika yapım süreçlerinde daha fazla söz sahibi olması durumu olarak tanımlanmıştı. Bu bağlamda siyasal gücün seçilmiş organlardan yargıya doğru aktarılmasından dolayı, hukukun üstünlüğü ilkesinin daha saygın hale geldiği iddia edilebilir. Çünkü hakimlerin kararlarını verirken kısa vadeli kişisel çıkarlardan daha az etkilendikleri ve kurumsal olarak dış dünyadan daha bağımsız oldukları varsayılmaktadır. Hakimlerin sadece cübbeli siyasetçiler olmadığını söylemek tabi ki mümkündür. Ancak hakimlerin kişisel tercihlerden, çıkarlardan ve ideolojilerden gerçekten izole olmalarının çok mümkün olduğu da iddia edilemez. Aslında, birçok akademisyen Kelsenci anayasa mahkemelerinin bile “kaçınılmaz olarak güncel siyasetin bir parçası” olduğunu iddia etmektedirler (Garoupa, 2008:185). Bu bağlamda ‘siyasetin yargısallaşması hukukun üstünlüğünü sağlar’ gibi bir iddiayı doğrulamak veya siyasetin yargısallaşmasının

hukukun üstünlüğüyle aynı şey olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Hakimlerin sahip oldukları yetki ve güçle, yasama ve yürütme erklerinin gücünü sınırlandırması, hukukun üstünlüğünü sağlayabilir. Ancak vermiş olduğu kararların dayandığı ilke, hukukun üstünlüğünü ortaya koyacaktır. Bu iki kavram birbirleriyle oldukça iç içe geçmiş olsa da demokratik pekişme süreçlerinde bu iki olgu birbirlerini besleseler de eşit şekilde gelişmeyebilirler. Bir başka ifadeyle hukukun üstünlüğü sağlandıkça yargı siyasallaşabilir, ancak yargı siyasallaştıkça hukukun üstünlüğü güçlenemeyebilir.

Birbirleriyle çok karıştırılan diğer iki kavram ise siyasetin yargısallaşması ile yargının siyasallaşmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan 53. açılış konuşmasında bu ayırmadan şu şekilde bahsetmektedir:

Yargının kurumsal anlamda siyasal organların etkisi altında kalması ve siyasi mülahazalar ekseninde ayrışması büyük bir tehlikedir. Bu anlamda yargının siyasallaşması hukuk devletinin sonu olur. Diğer yandan yargının bir vesayet organı gibi davranarak, siyaseten alınması gereken kararları alması da siyasetin yargısallaşması tehlikesini doğurur. Siyasetin yargısallaşması ise demokrasinin sonu olur. Dolayısıyla yargının siyasallaşması ve siyasetin yargısallaşması demokratik hukuk devleti için aynı ölçüde tehlikelidir. Yargının vesayet ve siyasetle ilişkisini normalleştirmenin ve yargı bağımsızlığını sağlamanın en önemli anayasal araçlarından biri hiç kuşkusuz güçler ayrılığı ilkesidir.

Aslında bu iki kavram birbirini beslemektedir. Yargısal reformlar yapılırken, bu reformun öncüleri yargının düzenlendiği ve hakimlerin atandığı süreçleri kontrol etmeye çalışabilir. Siyasal karar alıcılar, hakimlerin aday gösterilmesi, atanması, görev sürelerinin belirlenmesi gibi birçok siyasal gücü elinde bulundurmaktadır. Bu şekilde hakimlerin kararlarını etkileyebilme potansiyeline erişmeyi amaçlamaktadırlar. Bu da yargının siyasallaşmasının önünü açmaktadır. Ancak siyasetin yargısallaşması ise, Arslan'ın belirttiği gibi, hakimlerin siyasal organların yetkisinde olan kararları alması anlamına gelmektedir. Bu kararlarda başka siyaset odaklarının etkisi olabilir. Bu durumda hem yargının siyasallaşması hem de siyasetin yargısallaşması aynı anda ortaya çıkabilmektedir. Bu anlamda siyasetin yargısallaşması ve yargının siyasallaşması bir madalyonun iki yüzüdür. Yargının siyasallaşması, yargının siyasal etkilerle kararlarını almasına atıf yaparken, siyasetin yargısallaşması yargı erkinin kendi alanını, yargı bağımsızlığını da kullanarak siyasal alana genişletilmesidir.

Yargısal aktivizm ile siyasetin yargısallaşması arasındaki fark ise daha belirsizdir. Birçok değişik tanımla birlikte yargısal aktivizm genellikle yargının, yasaları veya idari düzenlemeleri iptal ederek ve/veya değiştirerek yürütme veya yasama organlarının faaliyetlerini sınırlaması durumu olarak tanımlanmaktadır. Bir mahkeme yasaları ne kadar çok iptal ederse, yargı o kadar aktivist bir tutum içindedir denilebilir. Siyasetin yargısallaşmasının bir göstergesi ise, mahkemenin kanunların anayasaya aykırı olduğuna karar vererek yargının siyasal alana müdahale etme sıklığı olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda, iki kavram birbirleriyle örtüşmektedir. Bununla birlikte, yargısal aktivizm siyasetin yargısallaşmasının gerçekleşmesi için ne gerekli ne de yeterlidir. Siyasetin yargısallaşması genellikle yargısal aktivizme eşlik etse de her zaman böyle olması gerekmez. Siyasetin yargısallaşması, yargı aktivist bir tutum içinde olmadığında bile gerçekleşebilmektedir. Düzgün işleyen demokrasilerde bile politika yapımcılar özellikle vatandaşlar arasında temel bir desteğin olmadığı veya uluslararası bazı kurumlar sebebiyle yapılması gereken bazı düzenlemeleri meşrulaştırmak için yargının siyasal alana müdahalesini teşvik etmektedir. Kısacası, siyasetin yargısallaşması, sonuçtan ziyade süreçle ilgiliyken, yargısal aktivizm bunun aksine, yargı ile seçilmiş organlar arasındaki çekişmeyi ifade etmektedir.

2.3 YARGISAL AKTİVİZM VE MAHKEMENİN YORUM TEKELİ

Roosevelt (2006:37), mahkemelerin özellikle meşru ve meşru olmayan kararlarına odaklanırken, meşru bir kararla, yargısal otoritenin uygun bir şekilde kullanılmasını ifade etmekte; diğer yandan da meşru olmayan kararlar yargısal otoritenin uygun şekilde kullanılmamasına işaret etmektedir. Yargısal otoritenin ‘uygun’ şekilde kullanılması doğası gereği yoruma dayalıdır; bir başka ifadeyle görecelidir. Zira anayasa düz bir metindir ve yargısal otoritenin uygulanması bu düz metnin yorumlanmasıyla ilgilidir. Bu nedenle mahkeme kararlarının meşruiyeti, anayasa metninin doğrudan anlamıyla değil anayasa metninden yorum yoluyla anayasa doktrinini çıkarmayla ilgilidir (Roosevelt, 2006:42). Meşruiyet açısından önemli nokta, bu yorumun nasıl yapılacağı konusudur. Bir süreç halinde mantıksal

sonuçlar haline gelen anayasanın yorum doktrinleri, davaların sonuçlarını doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle anayasanın metnine bakmanın kararların meşruiyetiyle doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır. Roosevelt’e (2006:43) göre bu tür bir meşruiyet sorunu mahkeme kararlarının anayasal sınırlar çerçevesinde diğer kurumların neleri yapıp yapamayacağını belirleyeceğinden çok problematik görünmemektedir.

Özetlemek gerekirse, Roosevelt’in iyi doktrin bakış açısına göre, iyi doktrinlere dayanan meşru kararlar diğer kurumların gözetmesi gereken anayasal kurallarla sınırlandırılmalıdır. Ancak bu şekilde davaların sonucu uygun yargısal kararlar olacaktır. Aksine, başka kurumların anayasal sınırları gözetme konusunda güvenilirmez olduğu durumlarda, uygunsuz kararlar kötü doktrinlerden ve diğer kurumların aldıkları meşru olmayan kararlardan kaynaklanmaktadır. Hakimlerin yorum tekeli, anayasanın ana metindeki belirsizliklere karşı dürüst, tarafsız ve ari olmalıdır. Bir anlaşmazlık çözümleyicisi olarak hakimler, yorumlarının sınırını bilmeli ve bu sınıra göre hareket etmelidir (Powell, 2008:11).

Roosevelt’e (2006: 22-37) göre iyi doktrinler beş etmene dayanmalıdır; (i) yasamanın müzakere veya kararla ilgili süreçleri sonucunda ortaya çıkan en iyi karar olan “kurumsal yetkinlik”; (ii) Mahkeme üyelerinin yasama eyleminin meşruiyetine saygı duyacağı, geçmiş sorunlar veya davalar aracılığıyla çıkaracağı “tarih dersleri”; (iii) Mahkeme üyelerinin kararlarının demokrasinin çoğunlukçu doğası ile uyumlu olup olmadıklarını analiz etmeleri için gerekli olan “Demokrasideki kusurlar” aracı; (iv) Mahkemelerin kararlarının potansiyel sonucu olan “hatanın maliyeti”; (v) Anayasa kural ve doktrinlerinin, siyasetin alanını belirleyecek şekilde daha katı mı yoksa daha geniş bir şekilde mi uygulanması gerektiğini belirten “Kurallara karşı standartlar.”

Anayasal yorumlama yaratıcı bir eylemdir. Bu nedenle anayasa mahkemesi kararlarını analiz eden akademisyenler bu konuyu dikkate almalıdır. Yorumlama işlemi mahkeme üyelerinin karar vermeleri için hem olağan hem de zorunlu bir araçtır. Bununla birlikte, yorumlamada yanlış olan şey, mahkeme üyelerinin bu aracı kişisel ideolojik değerlerini veya çıkarlarını destekleyen ve aslında anayasaya uygun olmayan

mahkeme kararlarını rasyonelleştirmek için kullanılabilmesidir (Powell, 2008). Anayasal yorumlama kaçınılmazdır, bu nedenle mahkemelerin geleneksel yargılama rolü ile temel kanunların meşru bir şekilde yorumlanmasının ahlaki boyutu arasında bir ikilem vardır (Powell, 2008: x). Meşru yorumlama anayasaların hakimler için nihai rehber ve kural olduğunda ulaşılabilir ve ancak bu şekilde anayasal kararlar meşru olabilir.

Tribe (2008) yorumlama üzerine yazarken, anayasanın yorumlanmış biçimi için “görünmez anayasa” kavramını ortaya koymaktadır. Görünür anayasa geniş ve derin - ve en önemlisi, görünmez - fikir okyanusu, önermeler, hatıralar ve hayal edilen deneyimler içermektedir (Tribe, 2008:9). Tribe’a (2008: 10) göre görünen metin yani düz metin, anayasal temellerle ilgili zor soruları cevaplamakta başarısız olmaktadır. Dolayısıyla yorumlama kaçınılmazdır. Mesele şu ki anayasal temel sorulara cevap verecek mahkeme üyelerinin inançları ve ideolojik tercihleri, anayasaları nasıl yorumladıklarını ve kararları nasıl aldıklarını belirlemektedir. Mesele anayasada açıkça yazılan şeylerden çok, yazılanın etrafında şekillenen ancak görünmeyen anayasadadır. Diğer bir ifadeyle anayasanın emir, prensip, çalışma biçimleri ve evrimi içerdiği kelimelerin ötesine geçmektedir. Bu bağlamda, yorumun sınırlandırılması bu ilkeler, emirler ve çalışma şekilleri etrafında şekillenirse, yorum meşru ve dolayısıyla karar da uygun olabilmektedir. Ancak, bu ilkeler de yorumlamaya açık olduğundan yorumlamanın nasıl sınırlandırılacağı hala bir sorundur.

Tribe’a (2008:21) göre yorumlama konusundaki yaygın görüş, anayasanın benzersiz metnine girmeyen herhangi bir şeyin, anayasa hukukunda, anayasada olan metinlere göre daha gölgeli, şüpheli ve buna bağlı olarak daha az meşru bir statüye sahip olduğudur. Tribe (2008:21) bu yaygın görüşe bazı ilkelerin, devlet sisteminin tutarlılığı açısından anayasa metninde yazılmasa, hatta yazılı metinden dolayı olarak çıkarılamasa dahi anayasanın temelleri olduğunu ifade ederek karşı çıkmaktadır. Anayasal metinlerde olmayan, ancak devletin devamlılığı veya bireyin özgürlüğü fark etmeksizin, yargıç açısından sistem için merkezi olan bir konu, yorumlama yoluyla hakimlerin kararlarını doğrudan etkileyebilmektedir.

Bunun aksini ifade eden pozitivist anayasa hukukçuları, yorum kaçınılmaz olsa dahi, yorum yapma yetkisine sahip kurumun, halka karşı hesap verebilir olmayan mahkemelerin değil, seçim yoluyla halka hesap veren yasama organı olduğunu ifade etmektedir (Gözler, 2006:132). Yorumlama faaliyeti bir bilme faaliyeti değil, bir iradi faaliyetidir, bu bağlamda da anayasanın yorumlanması bir bilme faaliyeti değil bir irade faaliyetidir. İradeyi ortaya koyacak kurum ise halk tarafından seçim yoluyla yetki alan yasama kurumudur (Gözler, 2006:132-136).

Yargıçların anayasanın düz metnini yorumlayarak vermiş olduğu kararlar bilme eyleminden değil, irade eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Anayasanın normatif anlamı, anayasanın düz metninde değil, metnin anlamındadır. Böylece hakimler yorumlama yoluyla metnin anlamını ortaya çıkarmaktadırlar. İrade eylemine dayanan kararları gereği, bir yasanın anayasa ile çelişip çelişmediğini cevaplamak mümkün değildir (Gözler, 2006:136). Bununla birlikte, hukuk literatüründe ve uygulamalarında dürüst yorumlama farklılıkları ortaya çıkacaktı. Ancak bu yorumlama gücü kanunu değiştirmek için yorumlama için de kullanılabilir.

Anayasal yorumlama yargısal, teknik veya bilimsel bir faaliyet değil, iradi alanında olduğu gibi siyasal bir faaliyettir. Bu nedenle irade alanında verilen karar akıl, bilim ve tekniğe değil, karar vericilerin taleplerine ve bireysel tercihlerine dayanacaktır (Gözler, 2006:141). Gözler, ayrıca seçilmiş temsilciler tarafından verilen siyasi kararların meşru olduğunu, ancak atanmışların yani hakimlerin yorumlama yoluyla vermiş olduğu kararların bu bağlamda siyasi ve gayri meşru olacağını iddia etmektedir (Gözler, 2006:140).

Yorum yargıçların iradesine göre değişebileceğinden, mahkemelerin kararları aynı şekilde değişebilir. Ancak bir mahkemenin kararları, içtihat birliği ilkesi açısından değiştirilmemelidir. Burada yorum açısından başka bir sorun da karşımıza çıkmaktadır. İchtihat birliği nedeniyle hakimler önlerindeki davalar için geçmişteki benzer olaylarda karar veren hakimlerin yorumlarına bağlı kalmalıdır. Bu şekilde oluşan içtihat birliği ilkesi, bir taraftan hakimlerin yorumlama yetkilerini kısıtlamaktayken, diğer taraftan ise geçmiş kararlarla ortaya konulan ilkelerin

süreçliğini sağlamaktadır. Bununla birlikte hem Türkiye’de hem de diğer ülkelerde aynı konuda farklı kararlar görülebilmektedir.

ABD’de, Plessy (1896) ve Brown (1954) kararları yargısal siyaset literatüründe önemli bir yere sahiptir. 1896 yılında Yüksek Mahkeme, Afrikalı Amerikalıların, beyaz Amerikalılarla aynı kamusal alanları paylaşmasını yasaklayan kanunun, eşitlik ilkesiyle çelişmediğini ifade ederek, kararını farklı şekilde olmakla birlikte eşitlik ilkesine dayandırarak anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Aynı yüksek mahkeme 1954 yılında aynı anayasa metnine farklı bir yorumlama getirerek, aynı kanunun anayasanın eşitlik ilkesini ihlal ettiğine ve Afrikalı Amerikalı ile beyaz Amerikalıların aynı kamusal alanı paylaşabileceklerine karar vermiştir.

Bu bağlamda değişik kararların yaşayan anayasa fikriyle uyduğu iddia edilebilir. Gözler (2006:144) yaşayan anayasanın, anayasalcılık ilkesine aykırı olduğunu, çünkü oyunun kurallarının oyun başladıktan sonra değişmemesi gerektiğini ve anayasaların da politik oyunun kurallarını belirlediğini ifade etmektedir. Ayrıca, Mahkeme yorum tekeliyle ulaştığı yargısal aktivizm aracılığıyla yasamanın koymuş olduğu kurallara çok farklı şekillerde anlam verebilmekte, bunun sonucunda da yasama erkinin amaçlamadığı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir (Hakyemez, 2009a: 33-35).

2.4 YARGISAL SİYASET

Yargısal aktif siyaset yapma eylemi bazen “juristokrasi” (Hirschl 2004a) “yargısallaşma” (Koopmans, 2003) veya “siyasetin yasallaştırılması” olarak adlandırılmaktadır (Ginsburg, 2003). Siyasetin yargısallaşması kavramı, siyasetçilerin ve/veya kamu yöneticilerinin gücünün azalarak hakimlerin gücünün artmasını; bir başka ifadeyle, karar alma yetkisine sahip yasama ve yürütme erklerinin bazı yetkilerinin, mahkemelerin yetkisine girmesini ifade etmektedir (Tate ve Vallinder, 1995). Bu tür bir yargısal aktivizm sürecinin literatürde hem destekçileri hem de eleştirmenleri bulunmaktadır. Yargısal aktif bir anayasal denetimin destekçileri,

demokrasi ve sivil liberal hakların zaferini kutlarken, eleştirmenleri de bu sürecin yargının meşruiyetini azaltmakta olduğunu öne sürmektedir.

Yargının güçlendirilmesinin ilk başlardaki tek amacı yürütmenin aşkın gücünün sınırlandırılmasıydı. Yeni küresel dünyadaki yeni anayasalcılık, anayasal denetime yeni bir alanı, yani siyasal alanı açmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki anayasacı teorisyenler terörle savaş döneminde yürütme erkini sınırlamakla meşgulken, yargı erkinin küresel güçlenmesi ve genişlemesi de ivme kazanmaktadır (Hirschl, 2008: 95). Yürütme ve yasama erklerinin sınırlandırılmaması, çoğu bakımdan hem demokrasiye hem de demokrasinin en önemli bileşenlerinden sivil ve liberal haklara yönelik önemli tehditler içermektedir.

Bununla birlikte anayasal denetimin sadece çoğunlukçu demokrasinin getirdiği olumsuz kaygıları ortadan kaldırarak demokrasi ve insan haklarını koruduğunu söylemek de pek mümkün değildir. Tabi ki anayasal denetim demokrasiyi geliştirebilmekte, ayrıca demokrasiyle gelişmektedir. Anayasal denetim bizatihi demokratikleşme sürecinin ve siyasal kurumların aşkın gücünün sınırlandırılmasının ifadesidir. Ayrıca anayasal denetim iktidarın herhangi bir erkte merkezileşmesini etkili bir şekilde önleyebilecektir. Bununla birlikte bazıları da yargısal gücün genişlemesinin demokrasi için bazı önemli tehditler içerdiğini ifade etmektedir (Tate ve Vallinder, 1995). Bu bağlamda, farklı siyaset bilimciler ve hukuk profesörlerinin farklı bakış açıları bu çalışma için bir çerçeve sunmaktadır.

2.4.1 Salt Bir Hukuki Organ Olarak Mahkemeler

Sweet'e (1999) göre Avrupalı politika yapım süreçleri hakimlerce özellikle de bazı özelleşmiş anayasa mahkemeleri üyelerince yargısallaştırılmaktadır. Bu tür özel yetkilerle donatılmış mahkemeler, siyasal organları sınırlama amacıyla, yasama süreçlerine müdahale etme ve hatta bazen "yasamanın kesin şartlarını" belirleme yetkisine sahiptir. Anayasal denetimin siyasallaştırılması, hem yasama süreçlerinin sonuçlarını hem de anayasa hukukunun durumunu etkileyebilmektedir. Bunlara ek olarak, yargısallaştırılmış anayasal siyaset, anayasa mahkemeler diyarının ötesine

geçerek diğer siyasi aktörleri geniş çapta yargısallaşmış bir politika yapma sürecine dahil etmektedir (Sweet 1999, 162-164).

Bu bağlamda Sweet'in (1999:164) ifadeleriyle, siyasetin yargısallaşması, yasa yapım süreçlerinin paydaşları olarak birbirleriyle etkileşime giren siyasi aktörlerin stratejik davranışını şekillendirdiği süreçtir. Bu nedenle, siyasetin yargısallaşması sadece bir yargı olgusu değil, aynı zamanda siyasal bir oyundur, çünkü tüm siyasi aktörler kararlarını mahkemeyi dikkate alarak şekillendirmelidir.

Bu süreci “siyasetin yargısallaşması” tanımıyla ifade eden Tate ve Vallinder (1995:28) için bu terim için iki temel anlam ortaya koymaktadır:

1. Mahkemeler ve hakimlerin, daha önce diğer kamu kurumları, özellikle de yasama ve yürütme organları tarafından yerine getirilen (ya da yaygın şekilde bu organlar tarafından yerine getirilmesi gerektiğine inanılan) kamu politikalarının yapılma süreçlerine hükmetme veya giderek daha fazla egemen olma süreci ve

2. Yargı dışı müzakere ve karar alma süreçlerinin yargı-yargısal (yasal) kural ve süreçlere hükmettiği durum.

Tate ve Vallinder bu iki tanımlamayı Yargısallaşma I ve Yargısallaşma II olarak kısaltmakta ve bu tanımları coğrafi genişlemelerine göre ülkelerle eşleştirmektedir.

Akademisyenler yargının siyasallaşması ve ortaya çıkmasının bazı olası nedenleri açıklamaktadırlar. İdari devletin ortaya çıkışı, hak söylemlerinin yaygınlığı, kurumsal özellikler ve daha fazla etki yaratma arayışı içindeki yargısal kurumlar bu sebepler arasında sayılmaktadır. Bu tanımlamalara göre siyasetin yargısallaşması işlevselci, hak merkezli, kurumsalcı ve mahkeme merkezli olarak dört ana kategoride incelenebilmektedir (Hirschl, 2008: 20-24).

İşlevselci yaklaşım, modern ülkelerde, gittikçe güçlenen çağdaş idari devleti etkin bir şekilde izlemek ve denetlemek için anayasal denetim yetkileriyle donatılmış

bağımsız ve aktif yargı erklerinin olması gerektiğini savunmaktadır. Bu grupta yer alabilecek akademisyenlerden bazıları arasında Shapiro ve Stone-Sweet (2002) Feeley ve Rubin (1998) ve Luhmann (1985) sayılabilir. İşlevselci yaklaşıma göre modern ülkelerde yetkileri ve gücü giderek artan siyasal kurumlar, güçlerini aşkın kullanma yoluna gitmişlerdir. Bu bağlamda bu erkleri sınırlayacak, bireylerin ve iktidar grubu harici grupların haklarını koruyacak bir yargı erkine ihtiyaç vardır. Bu yaklaşıma göre bu durum siyasetin yargısallaşmasının başlıca nedenidir.

İkinci yaklaşım, yargısallaşmanın, haklar konusunda daha fazla farkındalığa vurgu yaparak, sürecin aşağıdan yukarıya bir güç aktarımı olduğunu savunmaktadır. Yargı organlarının, sosyal hareket, çıkar grupları ve siyasal aktivistlere göre davranan ve bürokratik olarak ağır hareket eden yürütme organlarına göre daha saygın, tarafsız ve etkili karar alma organları olduğu bu yaklaşımın temel argümanıdır (Tate ve Vallinder, 1995). Bu tür bir yargısallaşma, politik pazarlığın göreceli açıklığı ve bütünlüğü ile siyaset içindeki yozlaşmalar arasındaki, algılanan zıtlıktan kaynaklanmaktadır (Scheingold, 1974). Bu yaklaşıma göre siyasal gruplar seçim yoluyla kazandığı veya kazanma ihtimali olduğu iktidar gücünü, bir siyasal oyun teorisi ve politik pazarlık bağlamında görece daha saygın, tarafsız ve etkili bir karar alma organı olarak anayasal denetim kurumlarına devretmektedir.

Üçüncü yaklaşım, demokratikleşme süreçlerinin yargı gücünün genişlemesini, dolayısıyla siyasetin ana sebebi olduğunu öne sürdüğü için siyasetin yargısallaşmasını demokrasi için son derece gerekli görmektedir. Aktif anayasal denetim, demokrasinin hem ön şartı hem de ürünüdür (Shapiro, 1999). Kısaca, kurumsalcı yaklaşım, daha fazla demokrasinin daha güçlü mahkemelerle ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Bu yaklaşım, aynı zamanda siyasetin yargısallaşmasının ulusüstü düzeydeki mahkemelerin yayılmasıyla daha da güçlendiğini savunmaktadır (Romano, 1999; Slaughter, 2000; Goldstein ve Diğerleri, 2001). Özellikle Avrupa’da AİHS ve AİHM ile daha belirgin hale gelen bu ulusüstü yargısal kurumlar, demokrasinin tüm ilkeleriyle, tüm kıtaya yayılmasının öncüsü olmaktadır (Weiler, 1999; Stone-Sweet, 2004).

Dördüncü yaklaşım ise yargısallaşmanın temel nedenlerinin mahkemeler ve hakimler olduğunu varsayan mahkeme merkezli yaklaşımdır (Weiler, 1994; Mattli ve Slaughter, 1995; Alter, 2001; Oliveira, 2007). Bu grupta listelenebilecek bazı akademisyenler, hakimlerin aslında diğer erkleri sınırlama amacıyla değil, güce aç olduklarını ve güçler ayrılığı ile demokratik yönetişimin temel ilkelerini göz ardı ettiklerini öne sürmektedir (Tushnet, 1999; Bork, 2002; Kramer, 2004)

2.4.2 Siyasal Güce Sahip Mahkemeler

Yukarıda özetlenen yaklaşımların tümü, yargısallaşma sürecindeki mahkemeleri sadece yargı organları olarak analiz etmektedir. Bununla birlikte, anayasa mahkemeleri, siyasal ve yargısal kurumlar ile bazı ülkelerde bireylerin mahkemeye başvurusu durumunda, siyasi kararlar için son onay organı oldukları için siyasetten ayrılamazlar. Dolayısıyla yargısallaşma süreci, anayasa mahkemelerinin siyasetten izole edilerek anlaşılması çok mümkün değildir (Hirschl, 2008; 97). Bazı akademisyenler anayasa mahkemelerini siyasal kurumlar olarak kabul etmekte, anayasal denetimin genellikle siyasal alanda kurgulandığını ve politikacıların demokratik olmayan rejimlerden demokratik rejimlere geçişten sonra anayasa mahkemelerinin güçlendirilmesi için siyasi nedenleri olduğunu iddia etmektedirler (Gillman, 2002; Ginsburg, 2003; Hirschl, 2004a, 2008; Graber, 2006; Whittington, 2007). Bu bağlamda siyasetin yargısallaşması konusunda daha stratejik ve daha gerçekçi bir yaklaşım ortaya konulabilmektedir. Bu yaklaşım yargısallaşmanın aşağıdan değil yukarıdan başladığını, yani siyasal süreçler sonunda oluştuğunu ve siyasal şartların bu süreci kolaylaştırdığını ifade etmektedir (Hirschl, 2008; 97). Guarneri ve Pederzoli'ye (2003:135) göre, hakimlerin gücü yalnızca anayasa mahkemelerinin kanunların anayasal denetiminden gelmemekte, mahkemeler aynı zamanda siyasal güçlerin siyasal alanı kontrol etmek amacıyla belirli yollarla siyaset alanına müdahale etmek için siyasal güçler tarafından da kullanılmaktadır; bu da siyasetin yargısallaşmasını kolaylaştıran bir süreçtir.

Anayasa mahkemelerinin bahsedilen siyasal oluşumu, demokrasiye geçiş öncesi idarecilerin sahip olduğu siyasal iktidarlarını, seçimler sonrası da sürdürülebilmelerine yönelik olarak kendi çıkarlarını ve/veya ideolojilerini mahkemeler yoluyla koruması amacıyla ortaya çıkmaktadır. Bu sav sigorta tezi veya hegemonyayı koruma tezi olarak tanımlanabilir. Bu tezler, dünyanın değişik bölgelerinde siyasal geçiş ve rejim değişiklikleri dönemlerinde yargı gücünün kurulmasına tutarlı bir açıklama sağlamaktadır (bkz. Larkins 1998; Magalhaes 1999; Moravcsik 2000; Ishiama-Smithey ve Ishiama 2000). Her ne kadar anayasal denetimin demokrasi ve insan haklarının korunması amacıyla tesis edildiği söylenebilirse dahi, bazı ülkeler için Anayasa'nın ideolojik temelli kavramlaştırmaları ve bireysel hak ve özgürlükleri temel almayan mahkemelerin tutumları bu beklentiyle ters bir sonuç ortaya çıkarmaktadır (Hakyemez, 2009b).

Hirschl (2004), yargının güçlendirilmesinin geçiş dönemi öncesindeki devlet elitlerinin halk desteğindeki ciddi erozyona bağlı olarak çevresel grupların ve taleplerin giderek artan etkisine karşı, kendi politika tercihlerini devam ettirmeye ve yaşatmaya yönelik yeni organlar kurabileceklerini savunmaktadır.

Bununla birlikte, bu tür bir model bir bakımdan siyasetin basit bir şekilde algılanmasından kaynaklanmaktadır. Bu model, partizan bir seçim piyasasıyla sınırlı olmakla birlikte, ana fikrini siyasal iktidar sahiplerinin politik olarak belirsiz bir ortama karşı almış oldukları tedbire dayandırmaktadır. Anayasa mahkemelerinin güçlendirilmesi ve siyasetin yargısallaşmasının bu kadar basit ve minimalist bir şekilde tanımlanması, laikler, kozmopolit değerler ve çevrenin değerlerini benimseyenler arasında temel gerilimlerin olduğu Türkiye, İsrail, Hindistan ve Mısır gibi ülkelerde anayasal siyasetin tam resmini açıklayamamaktadır.

Hegemonik elitler ve onların siyasi temsilcileri, yeni dönemde seçimleri kaybetme ihtimalleri olduğunda veya dünya görüşlerinin (ideolojilerinin) giderek tehdit edildiğini hissettiğinde ve mahkemelerin hegemonik elitlerin laik ideolojik ve kültürel eğilimleri doğrultusunda karar vereceklerini öngördüklerinde kendi güçlerini de sınırlayacak bir anayasal denetim kurma eğiliminde olmaktadır.

Mısır, Pakistan ve Türkiye gibi ağırlıklı olarak Müslüman toplumlara sahip ülkelerde, laiklik karşıtı popüler siyasi iktidarların güçlerini sınırlamak ve bu popüler güçlerin politika yapım süreçlerini engelleyebilmek için, hegemon devlet elitlerinin geniş stratejisinin bir parçası olarak, anayasa mahkemeleri siyasal alanı sınırlamak için tesis edilmiştir (Hirschl, 2008). Bu tür bir yaklaşım anayasa mahkemelerinin seçim dönemlerindeki belirsizlikten ortaya çıktığını öne süren modellerin aksine, mahkemelerin daha geniş zamanlı bir planın ve ideolojik koruma amacının bir ürünü olduğunu varsaymaktadır. Anayasalar ve anayasa mahkemeleri, rejimi meşrulaştırmanın araçları olduğu için, anayasa mahkemeleri de gittikçe popüler hale gelen teokratik ilkelere karşı göreceli laiklik, modernizm ve evrenselliğin koruyucuları olarak görülebilir (Hirschl, 2008). Koruyuculuk görevlerine ek olarak, anayasa mahkemeleri din ve devlet sorunlarının olduğu ülkelerde toplumun laikleştirici araçları haline gelmişlerdir. (Hirschl 2004b, 2008). Bu çalışma bağlamında da tartışılacağı üzere mahkemeler laiklik tanımını yapmakta; çizmiş oldukları laiklik çerçevesinde toplumun şekillenmesine yardımcı olmaktadır. Kısacası anayasa mahkemeleri demokratik karar alma süreçlerine bağlı olarak stratejik dezavantajları bulunan (Ginsburg 2003; Hirschl 2004) iktisadi ve yargısal elitlerle uyumlu menfaatleri paylaşan hegemonik, ancak tehdit altındaki siyasi elitler tarafından üstlenilen kasıtlı bir stratejinin sonucu ortaya çıkmışlardır.

Bu yargısal yetkelendirme örnekleri, siyasi geçiş zamanlarında sistemik bir belirsizlik perdesinin ardında yer alan anayasal müzakerelerden kaynaklanmamaktadır. Bu örnekler daha ziyade hegemonik olsa da tehdit altındaki siyasi elitler tarafından yürütülen -uygun çıkarları paylaşan iktisadi ve yargı elitleri ile birlikte- demokratik karar alma süreçlerine bağlı kalmanın stratejik dezavantajlarını tespit eden kasıtlı bir stratejinin sonucudur (Ginsburg 2003; Hirschl 2004).

Buna ek olarak, Hirschl (2008) bir ülkenin anayasasında korunan değerlerin halk arasında yaygın olan değerlerle çeliştiği durumlarda “siyasetin yargısallaşmasının daha olası olduğunu” ifade etmektedir. Türkiye’de din ve devletin anayasa tarafından katı bir şekilde ayrıldığı ve bunun aksine, Türklerin çoğunun kendilerini adanmış bir Müslüman olarak tanımladığı bir örnek olarak gösterildiği düşünüldüğünde (Hirschl,

2008:106) anayasa mahkemesinin siyasetin yargısallaşması için önemli bir araç olduğunu belirtmek anlam kazanacaktır. Bu nedenle Hirschl'in hegemonik koruma tezi, Türkiye'de 1960 darbesi ve sonrasında gelişen süreçte tesis edilen Anayasa Mahkemesini anlatan geçerli bir tez olmaktadır. Özbudun'a (2006) göre bu model Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve işlevini tanımlamak için kavramsal bir çerçeve önermektedir. Bu tez, hakların güçlendirilmesi yoluyla yargının güçlendirilmesinin, hegemonyacı sosyo-politik güçlerin egemenliklerini korumak ve çoğunlukçu karar alma süreçleri kendi yararları doğrultusunda faaliyet gösteremese bile politika tercihlerini ve ideolojilerini güvence altına alacak verimli bir kurumsal yol sağlayabileceğini savunmaktadır (Hirschl 2000: 95).

2.4.3 Anayasa Mahkemesi ve Siyasetin Yargısallaşması

Anayasa mahkemeleri, siyasete müdahale etmek için önemli ve uygun birçok yargısal araca sahiptir. Anayasa mahkemeleri geçmiş yıllarda Cezayir, Bangladeş, Belçika, Hindistan, İsrail, İspanya ve Türkiye gibi ülkelerde bazı siyasal partilerin ve/veya liderlerin ulusal seçimlere katılmalarını engellemiştir. Pakistan'da Benazir Butto ve Nawaz Sharif, Kolombiya'da Uribe, Rusya'da Yeltsin, Türkiye'de Erbakan gibi liderlerin siyasal gelecekleri hakkında ülkelerindeki anayasa mahkemelerinin çok net söz hakları olmuştur. Anayasa mahkemeleri ayrıca siyasilerin yargılanması gibi önemli bir yetkiye de sahiptir. Türkiye'de Mesut Yılmaz, İtalya'da Silvio Berlusconi ve Peru'da Fujimori gibi birçok önemli siyasal lider, anayasa mahkemelerinin yüce divan sıfatıyla görmüş olduğu davalarda yargılanmışlardır. Ancak anayasa mahkemelerinin ellerindeki en önemli araç parti kapatma kararlarıyla birlikte norm denetimidir. Norm denetimi yoluyla, anayasa mahkemeleri toplum ve devletin temel değerlerini belirleyebilmektedir.

Anayasa mahkemeleri, örneğin devletin kimliği ve laik yapısını korumak için aktif davranmaktadır. 2003'te Almanya'da ve 2006'da İngiltere'deki ulusal yüksek mahkemeler, vatandaşlık ve dinî kıyafet kullanımının kamu eğitim sisteminde farklılaştırıldığı iddiasını içeren bazı davalara bakmış ve devlet kimliği ile laik yapı lehinde kararlar vermiştir. Ayrıca, AİHM da benzer şekilde hareket ederek, Leyla Şahin ile Türk devleti arasındaki davada bireysel haklar yerine devlet lehine bir karar

vermiştir. Türk Anayasa Mahkemesi de bu bağlamda siyasetin yargısallaşmasının en önemli araçlarından olagelmıştır. Mahkeme hem parti kapatma hem de norm denetimi kararlarında siyasetin alanına müdahale etmekle kalmamış, aynı zamanda o alanın sınırlarını keskin bir şekilde belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi, askeri darbeden sonra yazılan 1961 Anayasası'nın en önemli ürünlerinden birisidir. Askere göre darbenin nedeni, Demokrat Parti'nin artan otoriter yürütme faaliyetleridir. Türkiye 1945'te tek partili hayattan çok partili hayata demokratik bir geçiş yapmış ve 1950'de popüler talepleri kendisinde toplamış başka bir siyasal parti devlet elitlerinin partisini mağlup ederek siyasal iktidarı eline almıştır. Demokrasiye geçiş süreci, 1924 Anayasası uyarınca gerçekleşmiş ve bu nedenle çok partili rejime uygun olmayan yasal bir zeminde tamamlanmıştır. Anayasa, Seçim Kanunu ve Siyasi Partiler Kanununda çağdaş çok partili seçim sistemlerine uygun düzenlemeleri yapılmamıştır. Demokratik araçlarda da yürütme gücünün aşkın ve hegemonik kullanımını engellemek için gerekli düzenlemeler yapılmamıştır. Bu tür düzenlemelerle hem DP'nin otoriter eylemlerinin hem de askeri darbenin önlenebileceği de iddia edilebilir. Yukarıda da bahsedildiği gibi, Özbudun, Hirschl'in hegemonik tezinin Mahkeme için kavramsal bir çerçeve oluşturduğunu öne sürmektedir. Ancak bu tez, tek partili sistemden çok partili sisteme geçiş sürecini değil, 1960 darbesinden sonra on beş yıl tesis edilen Anayasa Mahkemesinin kavramsal çerçevesi olarak ortaya çıkmıştır.

Darbeden sonra Mahkeme rejimin koruyucusu olarak, bazı konularda seçici aktivist hareket etmektedir. Mahkemenin seçici aktivizmi laiklik ve ulusal bütünlük konularında karşımıza çıkmaktadır (Belge, 2006:655). Bu seçici aktivizm, cumhuriyetin devlet elitleri arasındaki ittifakın bir sonucudur. Bu ittifak geçiş dönemlerinde, özellikle de 1961'deki anayasal geçiş döneminde ortaya çıkmıştır. Bu tarih, devlet elitlerinin değer ve taleplerinin, diğer seçilmiş grupların taleplerinin DP tarafından dile getirilmesi suretiyle tehdit edildiği ilk süreç olmuştur. Devlet elitleri arasındaki bu tehdit algısı nedeniyle, bu değerlerin DP'nin çoğunlukçu uygulamalarına karşı korunması için bazı önlemler alınması gerekmektedir. Bu nedenle, Mahkemenin

aktivist davranışı, devletin resmî ideolojisinin korunması olarak yorumlanabilmektedir (Özbudun, 2005: 340-342).

Bu ittifak asker, sivil bürokrasi, Cumhuriyet Halk Partisi, akademi ve üniversite öğrencilerini içermekteydi (Insel, 2007:19; Belge, 2006: 656). Bu ittifakın çıktısı, güçler ayrılığı sistemini güvence altına alan yeni bir anayasa olmuştur. Anayasa, medeni haklar ve özgürlükler için daha liberal bir çerçeve sunsa dahi Mahkeme, elitlerin *inter alia* özellikle laiklik ve bölünmez bütünlük meseleleri olmak üzere diğer siyasi gruplara yönelik talepleri için seçici bir eylemci olarak davranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, 1961 Anayasası daha liberal bir devlet sistemi sunsa dahi, Mahkeme bireyin talepleri karşısında devleti sert bir şekilde korumaktadır. Mahkeme hak temelli bir paradigmayı değil, ideolojiye dayalı bir paradigmayı temsil etmektedir (Arslan, 2002; Özbudun, 2007:264). Aynı bağlamda Shambayati (2002), Türkiye’de siyasetin yargısallaşmasının, seçilmiş organlar ve seçilmemişler arasındaki çatallı anayasal yapı ile kolaylaşacağını, ancak bu tür bir yargısallaşmanın demokrasi ve insan haklarının lehine olamayacağını savunmaktadır. Bu durum 2010 Anayasa değişiklikleriyle Mahkeme’nin yeniden yapılandırılmasıyla değişmiştir. 2010 sonrasında siyasetin yargısallaşması devleti korumadan bireysel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik bir paradigma değişikliği yaşamıştır. Bir başka ifadeyle, mahkeme ideoloji temelli yaklaşımdan hak temelli yaklaşıma doğru ilerlemektedir.

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti’nin sert laik niteliğini ve bölünmez bütünlüğünü korumak amacıyla son derece aktivist kararlar vermiştir. Bu doğrultuda Mahkeme laikliğe karşı eylemleri ve bölünmez bütünlüğe karşı eylemleri nedeniyle birçok siyasal partinin kapatılmasına karar vermiştir. Ayrıca tek başına iktidar olan bir siyasal parti ise, parti kapatılmasının oylama şartları zorlaştırıldığı için kapatılamamış, ancak partinin laikliğe karşı eylemleri nedeniyle devlet yardımımdan kısmen yoksun bırakılmasına karar verilmiştir. Bu doğrultuda, Mayıs 2007’de Mahkeme, Ak Parti’nin adayı olan Abdullah Gül’ün cumhurbaşkanı olarak seçildiği cumhurbaşkanlığı seçimini iptal etmiştir. 2008 yılının Haziran ayında Mahkeme, kadın öğrencilerin üniversitelere başörtüleriyle girebilmelerini sağlamayı amaçlayan anayasa değişikliğini de iptal etmiştir. Ayrıca bu anayasal değişiklik Yargıtay

Cumhuriyet Başsavcısı'nın Ak Parti'nin kapatılması davası için hazırlamış olduğu iddianamedeki gerekçelerden birisi olmuştur.

Anayasal denetim açısından anayasa mahkemelerini harekete geçirebilecek kurumlar da onemlidir, çünkü bu mahkemeler resen herhangi bir dava aamaz veya bir norm denetimi yapamaz. Yasama faaliyetlerini Mahkemeye götürme hakkına sahip kurumlardan biri ve muhtemelen de en onemlisi, ana muhalefet partisi veya muhalefet milletvekilleri'dir. Siyasi muhalefet, hükümetin bir konuda hata yaptığını düşündüğünde, onu yavaşlatmaya çalıştığında veya engellemek amacıyla yasama faaliyetlerini mahkemenin önüne getirerek yargısal bir siyaset alanı oluşturmak isteyebilir (Tate ve Vallinder, 1995). Ayrıca muhalif politikacılar, hükümetlerin eylemlerini kamuoyuna veya medyanın gündemine taşıyabilmek için de anayasal denetim yoluna gidebilir (Dotan ve Hofnung, 2005). Muhalif politikacılar, ulusal ve yüksek mahkemelerin kamuoyu nezdindeki, profesyonel ve apolitik karar verme organı olarak sahip oldukları kamusal imaja güvenerek, hükümet faaliyetleri karşısında kendi fikirlerini doğrulatmak veya fikirlerine destek sağlamak isteyebilir (Hirschl, 2008:107). Bazı saha çalışmaları, ulusal yüksek mahkemelerin çoğu anayasal demokraside, diğerk siyasal kurumlardan daha fazla meşruiyet ve kamu desteğine sahip olduğunu göstermektedir (Gibson ve diğerkleri, 2003). Muhalefet gibi hükümet de eylemlerini meşrulaştırmak veya siyasi gündemindeki bazı engellerin üstesinden gelmek için anayasal denetimi kullanabilmektedir. (Hirschl, 2004; Whittington, 2005, 2007).

BÖLÜM III: TEORİK ÇERÇEVE: SİYASETİN YARGISALLAŞMASI: FARKLI YAKLAŞIMLAR

Bu bölüm, yüksek mahkemeler ve siyaset arasındaki ilişkiyi siyasetin yargısallaşması ile anayasal denetimin inşa edilmesi veya dönüştürülmesiyle ilgili farklı teorik yaklaşımlarla tartışmaktadır. Siyasetin yargısallaşması, yasama ve yürütme erklerini sınırlaması açısından siyasetle yakından ve doğrudan ilişkilidir. Genelde yargı erki, özelde de Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkemeler önemli ulusal hatta birtakım uluslararası konular üzerindeki denetleme gücüyle yasama, yürütme, asker, uluslararası aktörler, STK'lar arasında önemli ve güçlü bir aktör haline gelmiştir. Yatay hesap verebilirliğin kilit aktörleri olarak bağımsız yargı organlarının kurumsal veya rasyonel biçimde, ya da sigorta ve hegemonik koruma organı olarak; ya da siyasetin aşkın uygulamalarının denetleyicileri olarak siyasal alan üzerinde önemli etkileri vardır.

Siyasetin yargısallaşmasının olası sebeplerinden bazıları, halkın siyasi liderlik ve partilere duyduğu güvenin azalması, yargının karar alma ve anayasal denetim süreçlerinde insan haklarını korumaya yönelik eğiliminin artması, mahkeme içtihatlarının yaygınlaşması yoluyla siyaset ve politika yapım süreçlerinin siyasallaşması ve yargı organlarının siyasal kurumlara duyduğu güvenin azalması olarak sıralanabilir (Koopmans, 2003, Stone Sweet, 2000, Tate ve Vallinder, 1995). Bununla birlikte Koopmans (2003:273-274) sosyal sorunların çözümünde yargı yollarının özünde olan kısıtlamalar ve nihayetinde yargı sistemlerinin aşırı iş yükünden dolayı siyasetin yargısallaşmasının daha da derinleşmesinin de sorunlar yaratacağını ifade etmektedir.

Koopmans (2003:1) kitabının ilk sayfasında belirttiği üzere bazı Avrupa ülkeleri ve ABD'deki siyasal kurumlarla mahkemeler arasındaki yasal ilişkileri incelemektedir. Koopmans bu incelemede, asıl işlevi bireylerin davalarına bakmak olan birinci derece mahkemelerin oluşturduğu yargı sistemine odaklanmamaktadır. Koopmans bunun yerine, asıl işlevi iktidar eylemlerini ve yasama organını denetlemek olan anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemelere odaklanmaktadır, çünkü anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler yalnızca yargısal organlar değil, aynı zamanda yasama veya yürütme faaliyetlerinin son adımları olabilme niteliğiyle siyasal aktörlerdir. Öte yandan, anayasal denetim gücüyle donatılmış mahkemelerin, demokrasiye geçişten önceki iktidar sahiplerinin güçlerini, ideolojilerini ve/veya statülerini bir tür demokratik araçla sürdürme hedefinin bir sonucu olarak siyasal yollarla tesis edildiği savunulmaktadır (Hirschl 2004; Ginsburg 2003).

Yargı gücü ile yasama ve yürütme yetkileri arasındaki ilişki bu mahkemelerde kolayca görülebilmektedir. Bu iki kutup arasındaki ilişki ve karşılaştırma, genel olarak hukuk ve yasal evrim hakkında bazı noktalara işaret etmektedir. Bu ilişki yasal ve anayasal hükümlerin hukuki yorumu, düşünce ve kavramların geniş ve dar anlamda kullanımı, hukuki gelişmeleri etkileyen sosyal ve kültürel faktörler, yargı ve siyaset arasındaki ilişki ve birçok temel sorun hakkında fikir geliştirmemizi sağlamaktadır (Koopmans, 2003:6).

Bu tür özel mahkeme sistemlerine sahip ülkeler, temelde demokratiktirler ya da demokratikleşme sürecindedirler. Bu ülkeler demokratik gelenekte, hukukun üstünlüğü, insan haklarının korunması ve şeffaf devlet gibi bazı siyasi ve ideolojik gelenekleri benimsemektedirler (Koopmans, 2003:7). Bununla birlikte, yaygın şekilde benimsenen bir ideolojik geleneğe sahip olmayan İsrail ve eski Sovyet bloğu ülkelerindeki gibi sistemlerde de siyaset ve yargı arasındaki ilişki benzer şekilde şekillenebilmektedir. Bu ülkelerde de farklı ideolojik bloklar arasındaki gerilimin varlığı, anayasal denetim sisteminin kurulmasıyla sonuçlanabilmektedir.

Yargı ve siyasal kurumlar arasındaki ilişki hakkında sorulması gereken temel bir soru vardır: Yargıçlar her durumda yasal siyasal kurumlar tarafından meşru şekilde onaylanan kurallara saygı mı duymalıdır, yoksa aksine kendi görüşlerine göre

anayasadaki kuralların ihlaline engel mi olmalıdırlar (Koopmans, 2003:15)? Bu sorunun muhtemel cevaplarından biri bu ilişkinin çerçevesini veya her iki tarafın sınırlarını şekillendirebilir. Ancak bu soruyu cevaplayabilmek için bu özel mahkemelerin yetkilerinin yasama erki tarafından belirlenen bir tanımı olmalıdır. Mahkemeler ve siyasal kurumlar arasındaki ilişkiler, mahkemenin yasama tarafından şekillendirilmiş yetkilerinin önceden tanımlanmadan olmadan doğru bir şekilde değerlendirilemez (Koopmans, 2003:15).

Mahkemelerin gücü, bu çalışma kapsamında anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemelerin gücü yasama ve yürütme işlemlerinin anayasal denetiminden kaynaklanmaktadır. Koopmans (2003:246) bu ilişkiyi incelerken iki kutupluluk (*bipolarity*) kavramını kullanmaktadır:

Güçler ayrılığı temelinde bir anayasal sistem kullanmak hala mümkündür. Bu sistem ABD’de kullanılmaktadır. Bir yandan yasama işlevleri; diğer yandan ise idare arasında kavramsal bir ayrım yapılması da mümkündür. Bununla birlikte, çoğu ülkede anayasa uygulaması, bu zarif ayrımların ve sınıflandırmaların aşamalı olarak her şeyi kapsayan bir karşıtlıkla gölgelendiğini göstermektedir. Bu ayrım siyaset dünyası ile hukuk dünyası arasındadır (Koopmans, 2003:246).

Mahkemeler ve siyasal kurumlar arasındaki iki kutuplu ilişki modelinde, yargısal bağımsızlık, yargının siyasal kurumlardan ayrılmasının temel gerekliliğidir (Koopmans, 2003: 248). Bu kavram yalnızca anayasa mahkemelerinin karşılaştırmalı analizi için yararlı bir araç değil, aynı zamanda “anayasal paradigma” olarak yetki ayrılığı fikrinin yerine geçen de bir kavramdır (Koopmans, 2003:251). Aynı zamanda siyasi katılımın azaltılması, bireysel özerklik duygusunun ve hak bilincinin artırılması (Koopmans, 2003:253) yürütme ve yasama organlarına karşı bireysel dava yollarıyla siyasal protestoların artması (Koopmans, 2003:262) gibi anayasa mahkemelerinin rolünü artıran bazı siyasi eğilimlere de vurgu yapılmaktadır.

Sweet (2000) ise bu ilişkiyi değerlendirirken, Avrupa siyaseti ve politika yapım süreçlerinin, özellikle yasama faaliyetlerinin anayasallıklarını denetleme yetkisine sahip anayasa mahkemeleri veya özel mahkeme üyeleri olan hakimler tarafından “yargısallaştırıldığını” ifade etmektedir. Bu güç sayesinde hakimler, sonunda yasa koyucuları kısıtlayan, yasama sürecine müdahale etme ve hatta “kesin

mevzuat şartlarını” belirleme şansına sahiptirler. Sweet (2000:194) öncelikle, yasa koyucuların anayasa mahkemesinin vesayetini veya daha kesin bir ifadeyle, anayasa içtihat hukukunun pedagojik otoritesini nasıl kademeli olarak kabul ettiklerini ve sonrasında anayasa mahkemesi yargıçlarının sahip oldukları anayasal karar alma tekniklerinin diğer kamu otoritelerine yayılmaya neden eğilimli olduklarını tartışmaktadır.

Anayasal adaletin siyasallaştırılması anayasal denetimden kaynaklanmaktadır (Sweet, 2000). Anayasal adaletin siyasallaşması yasama faaliyetlerinin sonucunu etkilemek hatta değiştirmek veya daha da ileri giderek anayasal yargısının kendisini de değiştirmek suretiyle gerçekleştirebilmektedir. Anayasa mahkemeleri bazı durumlarda kanun koyucu olarak hareket edebilmektedir. Sweet’e (2000) göre yargısallaşmış anayasal siyasetin politik inşası, sadece yargı veya anayasa mahkemeleriyle sınırlı değildir. Devlet elitleri ve siyasal elitler gibi diğer siyasi aktörleri de içermektedir.

Sweet’e göre, Avrupa anayasal denetim modelinin öncüsü “Kelsenci Anayasa Mahkemesi”dir. Kelsenci modele göre, erkleri üçlü şekilde ayrımı, anayasa mahkemesinin güçleri konusunda, bu üç güç arasında bir anlaşmaya varılmasını gerektirir. Anayasal denetimi yapmak üzere hem yargı organlarından hem de diğer organlardan daha farklı bir kurum gereklidir. Kelsenci Anayasa Mahkemesi bu nedenle yargı erkinin dışında kurgulanmıştır. Bu nedenle anayasa mahkemesi yargıçlarının kararları, anayasa tarafından belirlendiği için bu kararlar doğası gereği meşrudur (Kelsen, 1989: 209-212). Ancak, Sweet, Kelsen’in anayasal denetim sistemi fikrine katılmamaktadır. Sweet’e (2000:137) göre anayasa yargısı, çoğunluk kuralına “karşı ağırlık” oluşturmakta, siyaseti “pasifleştirmekte”, kamu politikasını meşrulaştırmakta ve insan haklarını korumaktadır.

Sweet bu iddiasını, siyasetin farklı bölümleri arasındaki ilişkiyi açıklamak için kullandığı ikililer ve üçlüler üzerine temellendirmektedir. İkililer, iki grubun veya bireyin ilişkisinin karşılıklı olarak incelenbildiği kalıplardır. Üçlüler ise, siyasetin ikili kalıpları arasında kalmasından kaynaklanan sorunların çözümü için üçüncü bir organa ihtiyacın bulunduğu kalıplardır. Sweet (1999) bunu üçlü uyumsuzluk çözümü

(*triadic dispute resolution-TDR*) şeklinde adlandırmakta ve bu çözümün anlaşmaya dayalı veya zorunlu olabileceğini ifade etmektedir. Zorunlu üçlü uyuşmazlık çözümü, bir taraf diğer tarafın bazı eylemlerini, ilgili tarafın iradesini bastırmak için mahkeme önüne getirdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle zorunlu çözüm, itiraz sahibinin kendi çıkarları için pragmatik bir aracı olarak kullanılabilir. Bu açılardan Sweet'in tanımlamasına göre yapının sosyal meşruiyetini sağlamak ve korumak için adil ve tarafsız olunmalıdır. Üçlü uyuşmazlık çözümü, “bir toplumun normatif yapısının içeriğini” belirlemeyi de içermektedir. Bu nedenle, siyasetin yargısallaşması, birbirleriyle etkileşim içindeki siyasal aktörlerin üçlü yasa yapımı yoluyla, stratejik davranışlarını aşamalı olarak şekillendirdiği süreçtir (Stone Sweet, 1999:164). Ancak, uyuşmazlığın her iki tarafının da halk arasında hem destekçileri hem de rakipleri olacaktır. Bu nedenle, sosyal meşruiyetin temellerinden biri olan sosyal güveni korumak zor olacaktır. Bu anlaşmazlık nedeniyle sorun çözümleri, anayasa ilkeleri dahilindeki uyuşmazlıkları çözmelidir.

Stone Sweet, anayasal siyaset anlayışını, saatin tersi yönünde hareket eden ve dört aşamaya sahip daire şeklinde çizmektedir. Anayasal siyasetin temelini oluşturan anayasa, daire etrafında hareket etmekte; birinci ve ikinci çeyreklerde yasama organı bulunmaktadır. İkinci ve üçüncü aşamalar arasında anayasa mahkemeleri veya mahkemelerin üyeleri; üçüncü ve dördüncü aşamalar arasında anayasa mahkemesinin özel kararları yer almaktadır. İlk ve son aşamalar, hakimlerin yasama yetkisinin kullanılmasını düzenleyen anayasal kurallar ile bu kuralların kabul edildiği, yasa yapma sürecinin yargısallaştırılmasını belirtmektedir. İkinci ve üçüncü aşamalar, anayasa yargıçlarının yasama sürecini veya anayasal normları siyasal alanı etkilemek için kullanma çabalarına işaret etmektedir. (Stone Sweet, 1999:194-195). Bu şekil, yasama sürecini anayasal süreçlerle etkileme sürecini ve buna bağlı olarak da yasama kararlarının, anayasanın anlamını belirleyecek anayasa mahkemesi üyeleri tarafından incelenip etkilendiği bir süreci ifade etmektedir. Bu noktada daire yeniden başlamakta ve anayasanın anlamı yasama sürecini etkilemektedir.

Stone Sweet'e (2000) göre bu sürecin sonunda “bugün yasama organları rutin olarak denetimin olmadığı durumlarda almayacakları kararları almakta ve

yönetenlerin çoğunluğu mahkemelerin olası kararlarını öngörerek davranışlarını buna göre sınırlamaktadır” (202). “Sonunda, hakimlerle hükmetmek aynı zamanda hakimler gibi hükmetmek anlamına gelecektir” (204).

II. Dünya Savaşı sonrasındaki yeni bir küresel dalga ile yaşanan yargının siyasallaşması tanımı Tate ve Vallinder tarafından iki temel şekilde ifade etmektedir:

(i) Mahkemeler ve hakimlerin, daha önce diğer kamu kurumları, özellikle de yasama ve yürütme organları tarafından yerine getirilen (ya da yaygın şekilde bu organlar tarafından yerine getirilmesi gerektiğine inanılan) kamu politikalarının yapılma süreçlerine hükmetme veya giderek daha fazla egemen olma süreci ve

(ii) Yargı dışı müzakere ve karar alma tartışmalarının yargı-yargısal (yasal) kural ve süreçlere hükmettiği süreç (Vallinder, 1995:28).

Tate ve Vallinder bu iki tanımlamayı Yargısallaşma I ve Yargısallaşma II olarak kısaltmakta ve bu tanımları coğrafi genişlemelerine göre ülkelerle eşleştirmektedir.

Buraya kadar bahsedilen durum yani, siyasetin yargısallaşması daha önce yargının denetleyici, sınırlayıcı veya başka bir yetki, rol veya görevle siyasetin alanına girmediği durumlardan, artık yargının siyaseti denetleyici, sınırlayıcı veya ona yol gösterici duruma gelmesiyle ilgilidir. Bu durum demokrasi, meşruiyet ve hukuk devleti gibi kavramlar açısından çoğu durumda olumlu olarak kabul edilmektedir. Olumlu olsun ya da olmasın bu tarihsel süreçte yargının güç kazandığı bir gerçektir.

3.1 SİYASAL BİR STRATEJİ OLARAK ANAYASAL DENETİM

Ancak bazı yaklaşımlar ise, bu güç kazanımına demokrasi ve güçler ayrılığı üzerinden değil, bir siyasal strateji olarak bakmaktadır. Bu açıdan bakıldığında yargının güç kazanmasını siyasal strateji olarak değerlendirenler, yargının

siyasallaşmasının demokrasi, güçler ayrılığı veya hukuk devleti gibi ilkelerle ilişkisiyle doğrudan ilgilenmemekte, yargısal gücün kaynağına ve mahkemelerin tutumlarına odaklanmaktadır.

Ginsburg (2003) kitabında bu konuya ilişkin bazı soruların cevaplarını bulmaya çalışmaktadır: Yargısal gücün kaynağı nedir? Yargının demokratik olmayan devletlerin demokratikleşme sürecindeki rolü nedir ve bu dönemlerde yargı erki nasıl gelişmektedir? Yargısal gücü oluşturup destekleyen ve yeni demokrasilerde bu gücün genişlemesine yol açan siyasi yapılar var mıdır?

Ginsburg'a (2003) göre, anayasal inceleme, liberalizasyonun ya da makro kültürel veya toplumsal faktörlerin bir sonucu değildir. Anayasal incelemenin tesisi siyaset ve siyasal aktörlerin çıkarlarıyla doğrudan ilgilidir. Demokrasiye geçiş sürecinde siyasal geleceklerine ve kendi ideolojik çıkarlarına yönelik riskler gören eski iktidar sahipleri ya da politikacılar, demokratikleşme sürecindeki yeni anayasa yazım koşullarını bu belirsizliğe göre belirlemektedirler. Yeni demokrasilerde yargısal gücün genişlemesi, mahkemeleri etki ve meşruiyetlerini, güçlü ve potansiyel rakiplerine karşı artırma konusunda daha istekli hale getirmektedir. Buradaki rekabet diğer erklerin statü veya makamlarına karşı değil, yargıçların, diğerlerinin ideolojilerine karşı oluşturduğu bir rekabettir.

Ginsburg, ilk önce Landes ve Posner (1975) tarafından ortaya konulan ve daha sonra Mark Ramseyer (1994) tarafından geliştirilen seçim piyasası mantığını kullanarak, yargısal gücün tesis edilmesini açıklamaya yönelik tezini ortaya koymaktadır. Sigorta tezi (*insurance thesis*) olarak adlandırılan bu tez, hükümet ve muhalefet partileri arasındaki siyasi rekabet üzerine inşa edilmiştir. Bu teze göre iktidar sahibi bir partinin birkaç on yıl içindeki seçimleri kazanması bekleniyor ya da bir seçim süreci yaşanmayacaksa, güçlü bir anayasal denetim mekanizmasının tesis edilme olasılığı düşüktür. Başka bir ifadeyle, rasyonel politikacılar seçmenleriyle uzun vadeli bir güç hedeflediklerinde, nihai siyasal güçleri için tehdit olabilecek bağımsız ve güçlü bir yargısal iktidar için daha az isteklidirler. Öte yandan, iktidarı elinde bulunduran kişiler, iktidarlarının seçim sonucu kaybedileceği konusunda bir korku içindeyseler, bir sonraki iktidarın yargı yoluyla siyasal hedeflerine ulaşamamasını

garanti altına almak için bağımsız bir yargıyı desteklemeleri daha olasıdır. Dolayısıyla yargısal siyasetin, siyasi partilerin seçim belirsizliği yaşadıkları durumlarda daha güçlü ve bağımsız olması daha muhtemeldir. Buna bağlı olarak, iktidarlarını sürdürme konusunda başarılı grupların iktidarlarında ortaya çıkması daha az olasıdır. Seçimler arasındaki kısa zaman ya da yaklaşan seçimler, politikacıların iktidarı kaybetme tehdidini hissetmeleri ve diğer siyasi partilerin siyasal seçeneklerini sınırlamaları konusunda istekli olmalarını sonucunu doğurabilmektedir.

Öte yandan, aynı partinin iktidarı elinde bulundurduğu uzun sürelerde daha zayıf bir yargı gücü ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, yargı gücünün belirli bir siyasi partinin uzun yıllardır iktidarda olduğu ülkelerde ortaya çıkması, iktidar partisinin gücünü kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu rekabetçi seçim sistemlerindeki belirsizliklerin bulunduğu ülkelere göre daha olasıdır.

Anayasa yapım politikaları, demokratik olmayan bir gücün, demokrasiye geçiş döneminden sonraki siyasal iktidarının olası bir şekilde azalmasını öngördüğü aynı mantığıyla incelenebilir. Türkiye Cumhuriyeti özelinde çok partili hayata geçiş sürecinde, CHP, demokrasinin ilk şartı olan çok partili seçimlerin önünü açmıştır. Ancak bu dönemde demokrasinin temel şartlarından hukukun üstünlüğü, yürütme ve yasama erklerinin denge denetleme mekanizmaları gibi unsurlar yeni yönetim sistemine entegre edilmemiştir. Çok partili düzen içindeki ilk adil ve serbest seçimlere geçişten 10 yıl sonra, 1960 yılında askeri bir darbe gerçekleşmiştir. Bu darbenin temel nedeni olarak gösterilen iktidar partisinin keyfi eylemlerini⁴ sınırlandırmak amacıyla 1960 darbesinden sonra yazılan 1961 Anayasasında tesis edilen anayasal denetim sistemi, Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasal ve yasal sistemi içerisindeki yerini almıştır.

Anayasayı yazacak siyasal grupların, yönetimin siyasal kurumlarını kontrol edemeyeceklerine inandıklarında, anayasal müzakerelerin başkaları tarafından kontrol edilmesine engel olacak bir icra organı olarak hizmet edecek bir mahkeme kurmaları muhtemeldir. Anayasayı yazacak gruplar, yönetimde kalacaklarına inandıklarında,

⁴ 1960 darbesi sebepleri için bk Harris, 1970; Tachou ve Heper, 1983

siyasal kurumlar için daha güçlü bir yapı ve parlamento egemenliği lehine kurumsal kısıtlar oluşturacaklardır (Ginsburg, 2003:200-201).

Demokrasiye geçiş sürecinde, olası siyasi çıkmazlar ve bu geçiş sürecindeki anayasa yapımında daha ademi-merkeziyetçi bir siyasi iktidarın varlığından dolayı, siyasal belirsizliklerin olasılığı daha yüksektir. Bu belirsizlik, anayasa yapımının bir parçası olan ve riskten ari politikacıların sigortası olarak nispeten daha bağımsız ve güçlü anayasa mahkemeleri yaratabilmektedir. Bu bakış açısıyla anayasal denetim, anayasa yapımındaki belirsizliğin çözücüleri olarak işleyebilmektedir. Anayasal denetim sistemi, eski iktidar sahiplerinin ideolojilerine ve siyasal tercihlerine, seçim yenilgisi riskine karşı sigorta sağlamakta, dolayısıyla da bu anayasal denetim sistemi demokrasiyi kolaylaştırmakta ve sağlamlaştırmaktadır (Ginsburg, 2003:200).

Bu tür bir sigorta tezi, demokratik geçiş dönemlerinde ve dünyanın farklı yerlerinde rejim değişikliği sırasında anayasal denetim sistemlerinin tesis edilmesinde tutarlı örneklerde görülebilmektedir⁵. Bu sigorta tezi, Güney Afrika'da beyaz siyasi aktörlerin ve iş dünyası elitlerin iktidarlarını kaybedecekleri ve diğerlerini dışlayan bir devlet inşasının öngörüldüğü Güney Afrika'da, 1980 ve 1990'lardaki anayasa yapım girişimini ve anayasal denetimin tesis edilmesini açıklamaktadır (Klug 2000; Hirschl 2004).

İspanya, Portekiz ve Yunanistan benzer otoriter ve medeni hukuk sistemlerin sahiptir. Bu ülkelerdeki demokrasiye geçiş süreçleri neredeyse eş zamanlı olmuştur. Ancak Güney Avrupa demokrasilerinde yalnızca Yunanistan'da demokrasiye geçiş sonrasında güçlü bir anayasal denetim sistemi tesis edilmemiştir. Otoriter rejim sonrası süreçte baskın şekilde iktidarda olan Karamanlis'in Yeni Demokrasi Partisi, gelecek seçimlerde ve dolayısıyla yeni anayasa yapım sürecinde bir belirsizlik görmemektedir. Öte yandan İspanya ve Portekiz'de demokrasiye geçiş sürecinde ve bu geçişin ardından yapılacak seçim sonrası belirsizliği ortadan kaldıracak tek bir baskın siyasi

⁵ Daha fazla örnek için lütfen bk Larkins, 1998; Magalhaes, 1999; Moravcsik, 2000; Ishiama-Smithey and Ishiama, 2000.

güç bulunmamaktaydı (Magalhaes, 2003). Bu durum bu ülkelerdeki farklı anayasal denetim uygulamalarını açıklayabilmektedir.

Sigorta tezi, demokrasiye geçiş dönemlerinde yaşanan yargı organlarının siyasal inşasını incelemek ve açıklamak için önemlidir. Ancak bu tez, herhangi bir geçiş olmadığında anayasal denetimin neden tesis edildiğini açıklamaktan yoksundur. Bu nedenle, bu tür bir sigorta tezinin yalnızca seçim sürecindeki koşulları açıklayan ve belirsiz geçiş dönemlerinde eski siyasal iktidar sahiplerinin ideolojileri, siyasal beklentileri ve çıkarlarıyla sınırlandırıldığı basit bir model olduğu söylenebilir. Yine de Ginsburg, en azından araçsal bir bakış açısıyla anayasal denetimin olası seçim kaybedenlere sigorta sağlayarak demokrasiye etkili bir geçişi kolaylaştıracağını ortaya koyarken başarılı kabul edilebilir.

Ginsburg'un (2003) siyasal sigorta modelinin bir sonucu olarak anayasal denetimin ortaya çıktığı tezi, ilk başta demokrasinin çoğunlukçu doğası ile bağdaşmaz bir görüntü vermektedir. Ancak anayasal denetimin tesisi ve demokrasi, birbiriyle sadece uyumlu değil aynı zamanda birbirini desteklemektedir. Ayrıca anayasal denetim demokrasinin bizzat kendi ürünüdür (Ginsburg, 2003:261-262).

Bununla birlikte, bu tez, Belçika veya Kanada gibi çok etnik kökenli, çok dilli veya çok kültürlü yeni anayasacılık politikalarındaki, anayasa yapımı süreçlerini açıklamada yeterli değildir. Ayrıca laik kozmopolit değerler ile dini değerler arasındaki temel gerginliğin uzun yıllar süren bir siyasal mücadeleye dönüştüğü İsrail, Hindistan, Mısır veya Türkiye gibi ülkelerde sigorta tezi anayasal siyaseti tam olarak açıklayamamaktadır.

Bu ve benzer parçalı sistemlerde, nispeten kozmopolit elitler ile kentli entelektüellerin siyasal-kültürel hegemonyası, ötekilerin alternatif dünya görüşleri, inanç sistemleri ve siyasal tercihleri tarafından sürekli olarak tehdit edilmektedir. Bu detaylı ve karmaşık siyasal mücadeleler, rejim değişikliği zamanlarındaki sistemsel siyasal belirsizlik altında riskten kaçınmak için uğraşan eski iktidar sahiplerinin egemen olduğu politik yapım süreçlerine indirgenemez.

Bununla birlikte, farklı anayasa yapım süreçleri arasında anayasal denetimin ve güçlü bir yargının tesis edilmesinde bir fark olacaktır. Bir yandan, anayasa yapım sürecine dahil olan hegemonik elitler, demokrasiye geçiş süreci sonunda ortaya çıkacak belirsiz koşullara karşı bir sigortaya sahip olma amacıyla, gelecekte iktidara sahip olacak aktörlerin politika yapım süreçlerinde etkili olabilecek güçlü bir yargıyı tesis edebilirler. Diğer yandan, hegemonik- ama aynı zamanda tehdit altındaki- elitler doğrudan bir siyasi geçiş veya anayasa yapımı olmaksızın, ideolojik kırmızı çizgilerini ve siyasal tercihlerini belirlemek ve bunlara anayasal koruma sağlamak isteyebilirler. Çünkü bu ideolojik ve siyasal tercihlerini, tarihsel olarak haklarından mahrum bırakılmış ve eskiden daha az temsil edilen grupların artan siyasal güçlerine karşı korumak isteyebilirler. Bunu yaparken de seçilmiş siyasal elitlerin politika yapım süreçleri ve alanlarını sınırlayabilirler.

Hirschl'e göre Mısır, Pakistan ve Türkiye gibi ülkelerde, nispeten kozmopolit iktidar sahipleri, anti-laik popüler siyasal güçlerin etkisini azaltabilmek için, geniş bir stratejinin parçası olarak güçlü anayasa mahkemeleri tesis edilmektedir. Ginsburg'a göre 1960 darbesi, siyasi elitleri sınırlandıracak, güçlü bir yargı ve anayasal denetimi tesis eden anayasal bir devrim ile sonuçlanan askeri bir devrimdir. Bu tür bir anayasal denetim, hegemonik devlet elitlerinin, tarihsel olarak daha az temsil edilen siyasi iktidar sahipleri tarafından ideolojileri veya dünya görüşleri tehdit edildiğinde gösterdikleri tutumlara bir örnektir. Bu strateji, hegemonik devlet elitleriyle aynı siyasi blokta olsa da olmasa da geçiş döneminden sonra, siyasal iktidarı kazanmak için diğer siyasal aktörler tarafından desteklenebilir. Anayasallaşma yoluyla güçlü bir yargının tesis edilmesi, devlet elitlerinin hegemonyalarını korumak istediği ve halktan aldıkları desteğin ciddi bir erozyona uğradığı durumlarda, çoğunlukçu politika oluşturma süreçlerine bağlı kalmanın stratejik sakıncalarını bulabilen gruplar için etkili bir kurumsal çözüm sağlayabilir

Hirschl'ın (2004) hegemonyayı koruma tezi temel olarak, iktidar gücünün yasama erkinden yargı erkine doğru anayasal denetim yoluyla kaydırılmasının, tarihsel olarak çevre veya diğer olarak kodlanmış grubun gücünün yükselmesiyle tehdit edilen egemen grubun, bu tehdit algılarından kaynaklı olarak ideolojik hegemonyalarını

koruma düşüncesine dayanmaktadır. Anayasa yapımından önce zaten daha az temsil edilen grupların, son dalga anayasallaşma süreçlerinden yine olumsuz yönde etkilendiği iddia edilmektedir.

Hirschl (2004) *Juristokrasiye Doğru (Towards Juristocracy)* kitabında yazdığı şekliyle yargının güçlenmesini içeren küresel değişimin, yargının genişleyen yetkisindeki bazı sorunları ortaya çıkardığını ifade etmektedir. Hirschl (2004:5) analizini şu üç soruya dayandırmaktadır:

(i) Son anayasacılık eğiliminin politik kökenleri nelerdir? Şöyle ki bu eğilim, gerçekten siyasi reformlar çerçevesinde demokratik bir değişim isteğinin bir tezahürü müdür, yoksa süregelen siyasi mücadelelerin yan ürünü müdür?

(ii) Hakların anayasallaşmasının asıl etkisi nedir?

(iii) Yargı yetkelendirmesinin siyasi sonuçları nelerdir?

Hirschl (2007) Kanada, Yeni Zelanda, İsrail ve Güney Afrika'da juristokrasi veya yargı yetkelendirilmesinin nedenlerini analiz etmektedir. Bu ülkelerde yaşanan yargı yetkelendirilmesinin, anayasa reformu ve hakların anayasallaşması sonucu tesis edilen anayasal denetim bağlamında oluşmasındaki ortak noktalar nelerdir? Hirschl, yargı yetkelendirilmesinin nedenlerine, bu ülkelerin anayasal reformlarını etkileyen konulara ve bu reformların siyaset üzerine yaptığı etkilere odaklanmaktadır. Araştırması sonucunda, neo-liberal politikaların küreselleşmesiyle hegemonik siyasi elitlerin siyasi otorite ve menfaatlerini elinde tutamadıklarını; böylece çıkarlarını ve ideolojilerini anayasalar ve anayasa mahkemeleri aracılığıyla anayasallaştırıp güvence altına alarak, şahsi geleceklerine olmasa dahi ideolojileri ve kırmızı çizgilerine karşı oluşabilecek popüler siyasi tehditleri ortadan kaldırmaktadırlar.

Hegemonik koruma tezi, devlet elitlerinin, yarı-özerk veya özerk organlar tarafından siyasi olarak seçilmiş organların yetkilerini sınırlayarak, durumlarını ve ideolojilerini pekiştirmek için bazı önlemler aldıklarını savunmaktadır. Bu şekilde, daha önce temsil edilmeyen veya daha az temsil edilen grupların siyasi talepleri veya faaliyetleri anayasa mahkemeleri tarafından sınırlanabilmektedir (Hirschl, 2007:15-

16). Hirschl'e göre, çoğu ülkede demokrasiye geçişler ve anayasa tasarımının siyasal inşası, anayasa yapım sürecine öncülük eden devlet elitlerinin siyasal çıkarları bağlamında çözümlenebilir (Hirschl, 2004). Bu elitler ilk bakışta gönüllü olarak kendi kendilerine sınırlayarak, çoğunlukçu karar alma süreçlerinin bir kısmını mahkemelere bırakmış görünseler de buradaki amaç, yasama ve yürütme erkini elinde tutan güç sahiplerinin çıkarlarını sınırlamaktır (Hirschl, 2004:11). Bu tür bir kendi kendini sınırlama yalnızca "gönüllü" olabilir. Eğer devlet elitleri bu tür bir kısıtlamanın, siyasal çıkarlarını anayasal reformdan sonra dahi koruyacağını düşünürlerse, ancak bu durumda bu tür bir kendi kendini sınırlama "gönüllü" olabilir.

Hirschl'e (2004) göre siyasetin yargısallaşması belirli bir siyasal sistemi oluşturan somut sosyal, siyasal ve ekonomik mücadeleler bağlamında analiz edilmelidir. Dolayısıyla, yargı yetkelendirilmesi ve yasama organından yargı erkine doğru bir iktidar kayması, devlet elitlerinin çoğunlukçu otoritelerine önemli tehdit öngördükleri durumlarda ortaya koydukları siyasal stratejilerdir. İktidar sahipleri bireysel veya grupların siyasi ideolojileri ve tercihlerinin güvence altına alındığı anayasal reform süreci ile yargıya güç aktararak, haleflerini anayasal olarak sınırlandırmaya çalışmaktadırlar

Hirschl (2004), tehdit altındaki hegemonik elitlerin anayasallaşma sırasındaki tutumlarını örnekleyerek tezini savunmaya çalışmaktadır. Hirschl'e (2004) göre bu süreçler sırasında hegemonik korumanın bir şekli olarak yargı yetkilendirilmesi, eski Westminster tarzı sistemlerde, anayasa devriminin politik inşasını ve yargısal politikaları açıklayabilmektedir. Kanada'nın 1982'de federal elitlerin Hak ve Özgürlükler Şartı'nı kabul etmesi, iş dünyası odaklı elitlerin artan Quebec ayrılıkçılığı tehdidine ve Kanada toplumunun hızla değişen demografisine yönelik tutumları, İsrail'in laik burjuvazi elitlerinin azalan tarihi hegemonyalarının etkisiyle 1992'de temel hak ve özgürlükleri koruyan iki yeni Temel Yasa'yı kabul etmesi ve 1995'te anayasal denetim sistemini kurması, Meksika'daki iktidar partisinin, siyasi muhaliflerinin giderek daha popüler hale gelmesi üzerine (ve nihayetinde 2000'deki seçimleri bu daha az temsil edilen gruplar kazanmıştır) 1994'teki anayasa reformu yoluyla devlet elitlerinin siyasal tercihlerini yargısal reformlarla korumaya çalışması

bu örnekler arasında sayılabilmektedir. Aynı mantık, kapsam ve zamanlama, İngiltere'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hükümlerini kendi hukuk sistemine dahil etmek istemezken, kendi kendini yöneten Afrika devletlerinin (ör. 1957'de Gana, 1959'da Nijerya ve 1960'da Kenya), “bağımsızlık anayasalarına” mülkiyet haklarının sağlanmasına coşkulu desteğinde görülebilmektedir (Hirschl, 2004).

Bu olaylardan hareketle, yargı yetkelendirilmesinin veya politik olarak yargısal siyaset inşasının, anayasa yapımı süreçlerinin ve belirsiz siyasi geçiş koşullarının bir sonucu olmadığını; bu nedenle sigorta tezinin yargısal yetkelendirmenin politik inşası için basit bir model olduğu iddia edilebilir. Bununla birlikte, bu güçlü yargı makamları, hegemonik ve tehdit altındaki devlet elitlerinin, askeri ve yargı elitleriyle ittifak halinde ortaya koyduğu kasıtlı stratejisi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Siyaset bilimi literatüründe tartışıldığı üzere, anayasal demokrasiler, siyasi sorunları anayasalcılık yoluyla çözmeye çalışmaktadırlar (Özbudun, 2015; Elster ve Slagstad, 2012). Bununla birlikte, anayasalcılık ve demokrasi arasındaki gerilimler anayasal demokrasi için farklı sorunlar yaratmaktadır. Hirschl, anayasalcılığın bu gerginlikte baskın olduğunu öne sürmektedir. Geçtiğimiz birkaç on yıl boyunca dünyada hakim olan temel hakların genişlemesine rağmen mahkemeler ve temsili kurumlar arasındaki ilişkilerde yaşanan dönüşüm sonucunda (Hirschl, 2004:217), Hirschl'in tanımlamasıyla “yeni bir anayasalcılık” ortaya çıkmıştır. Bu anayasalcılık sürecinde, özellikle özel mahkemelerin üyeleri siyasi, sosyal ve ekonomik yaşamda daha fazla yer edinmeye başlamıştır. Hakimlere temel ve bireysel haklar adına yasamanın faaliyetlerini denetleme ve hatta değiştirme konusunda daha fazla yetki veren kurumsal düzenlemelerin demokrasi açısından hem olumlu hem de olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Hirsch'e göre anayasa yapım süreci, devlet elitlerinin anayasa yapımı yoluyla ideolojik ve siyasi tercihlerini güvence altına alarak hegemonyalarını korumalarını sağlayacak güçlü bir araçtır. Anayasallaşma süreci, sistem içerisinde gerçekten ilerici bir devrimin yansıması değildir, aksine bu sürecin haklar ve anayasal denetim söyleminin, sistem içinde kendi konumlarını güçlendirmek isteyen tehdit altındaki elitler tarafından tahsis edildiğinin kanıtıdır (Hirschl, 2004:12).

Hirschl, mahkemelerin neo-liberal çağdaki politikalar dahilinde ve politikalar arasındaki yaşam koşullarındaki keskin farklılıkların azaltılması konusunda isteksiz olduğunu ifade etmektedir (Hirschl, 2004:155). Hirschl'e göre mahkemelere sınırsız güç atfetmek, toplumsal bireysel eşitsizliğin çözümü ve temel bireysel hakları koruma altına almak için yeterli değildir. Hakların anayasallaştırılması, sosyal adalete ulaşmanın kesin bir yolu değildir. Hirschl sınırsız yargı gücünün ancak gücünün azalması tehlikesi altındaki elitlerin, ideolojilerini korumanın ve devam ettirmenin tek yolunun yargının güçlendirilmesi olduğunda ortaya çıkabileceğini savunmaktadır (Hirschl, 2004:15). Hakimlerin bu durumda kendilerine verilen gücü, ittifak halinde oldukları ve o gücü kendilerine tesis edenlerin hegemonyasını korumak için kullanmaları olağan durum olacaktır. Bu bağlamda, anayasallaşma yoluyla yargı yetkelenilmesi, siyasetçilere istenmeyen siyasi sonuçlardan kaçınmaları veya bunları ertelemeleri için uygun bir sığınak sunmaktadır.

Anayasa yargısının denetim gücünün artırılmasıyla yargı erkinin kararları, halkın seçilmiş temsilcilerinin temel politika seçimlerinin yerini alabilmektedir. Açıkçası bir yasama faaliyeti, anayasa mahkemesinin önüne anayasada belirlenen şartlarla getirildiğinde, mahkeme anayasal olarak korunan egemenliğe müdahale etme gücüne sahip olma gücüyle, yargısal faaliyetin bir şekli olarak kanun yapma eylemi içerisine girebilecektir. Hirschl'e göre hakların anayasallaşması, yargının siyasal inşası ve iktidarın yasama erkinden yargı erkine kaydırılması neo-liberal bir küresel eğilimdir (Hirschl, 2004b). Bu değişim, iktidarı seçim yoluyla hesap verebilir organlardan alarak, anayasa mahkemelerine vermektedir. Bu iktidar sadece yargı organlarına değil aynı zamanda yarı-özerk karar vericiler olarak kamu hizmeti veren idari organlar ile Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi ulusötesi karar vericilere de kayabilmektedir.

Siyasal organlar hareket edemediğinde, insanlar ihtilaflara çözüm aramak için, çözüm bulamayan siyasi organlardan daha çok, mahkemelere (ve ilgili yasal süreçlere) başvurmaktadır (Ferejohn, 2002:55). Hirschl de bu iki faktör arasında pozitif bir ilişki görmektedir. Yargısal iktidardaki artış zayıf, merkezsiz veya kronik

olarak kilitlenmiş bir siyasi sistem gibi organik siyasal sorundan da kaynaklanabilir. Siyasal sistem ne kadar işlevsel değilse, demokratik bir sistemde geniş yargı iktidarının olasılığı o kadar yüksek olmaktadır. Yargı erki üzerinde devam etmekte olan siyasal tartışma, sistemik siyasal “yönetilemezliğin” üstesinden gelmenin ve bu tür politikaların “normal” işleyişini sağlamanın etkili bir yolu olarak görülebilir. Bir politikanın yerleşik sosyal ve kültürel kırılmalarla başa çıkma konusundaki yapısal yetersizliği ve bu politikanın çoğunlukçu siyasetinin karşı karşıya kaldığı çıkmaz, hükümetin yasama ve yürütme organlarının otoritesini aşındırarak, egemen ve görünüşte apolitik anayasa mahkemeleri gibi profesyonel karar alma kurumlarına karşı hissedilen sistemik bir bağımlılığa yol açmaktadır (Hirschl, 2004b:8).

Hem sigorta hem de hegemonik koruma tezlerinde, siyasal çıkarlar ve hegemonik elitlerin siyasi geleceği yargısal yetkelendirmenin siyasal inşasından kaynaklanmaktadır. Hegemonik koruma tezi yargısal yetkelendirmeyi, sigorta tezinin bireysel çıkarları ve seçim belirsizliğinin yargısal yetkelendirmeye sebep olduğu düşüncesinden daha geniş açıyla değerlendirmektedir. Hegemonik koruma modeli, siyasi belirsizlik durumunda siyasi sigorta düşüncesini de model içine alarak, hegemonik elitlerin tarihsel olarak haklarından mahrum bırakılmış ve daha önce daha az temsil edilen grupların siyasi gücünü arttırması tehdidine karşı anayasallaşma yoluyla yargısal yetkelendirmenin önünü açmaktadır.

3.2 ANAYASAL DENETİM VE BİREYSEL HAKLAR

Anayasal denetim sistemi, yukarıda ifade edildiği üzere hangi amaçla kurulursa kurulsun, ilgili amaç doğrultusunda hareket etmeyebilir. Bunun yanında yargısal yetkelendirme yoluyla ortaya çıkan anayasa mahkemeleri hegemonik elitlerin ideolojik hegemonyalarını koruma amacıyla veya siyasal elitlerin siyasi belirsizlerin ortaya çıkardığı tehditlerden korunma amacıyla tesis edilmemiş olabilir. Bu bağlamda anayasal denetimin demokrasinin temel hedeflerinden biri olduğu yaklaşımı da vardır. Anayasal denetim bireysel hakların korunması için olmazsa olmaz kurumlardan bir tanesidir. Anayasal denetimin demokrasi konusunda bir sorunsal olduğunu

savunanların temel çıkış noktası, atanmış hakimlerin demokratik yollarla seçilmiş siyasetçilerin yasama ve yürütme faaliyetlerini değiştirme ve/veya ortadan kaldırma yetkisine sahip olmalarıdır. Bu sorun “çoğunlukçu-karşıtı zorluk” (*anti-majoritarian difficulty*) olarak adlandırılmaktadır. Anayasal denetim temelde, temsilci kurumların karar alma ve politika üretme yetkisine sahip olduğu seçim süreçlerinin mantığıyla uyumlu değildir (Bickel, 1986:19).

Anayasal denetimin eleştirmenleri sık sık “çoğunluk-karşıtı zorluklara” atıf yapmaktadır. Bu zorluk anayasal denetimin seçilmemiş/atanmış hakimlerin seçilmiş temsilcilerin yasama ve yürütme faaliyetlerini geçersiz kıldığından dolayı meşru olmadığını, çünkü bu tür bir denetim ve böylece halkın iradesinin yönetime dahil olma durumunu engellediğini iddia etmektedirler. Buna karşılık bazıları ise anayasa mahkemeleri “en az tehlikeli erk” olarak nitelendirilmektedir (Bickel, 1962). Bu bağlamda, anayasa mahkemelerinin destekçileri geleneksel olarak anayasal denetim lehine iki argüman ortaya atmaktadırlar. Birincisi, anayasal denetimin ancak iyi işleyen bir demokrasiye gereken hakları sağladığı ölçüde uygun olduğudur (Ely, 1980). İkincisi, mahkemelerin demokrasiyi adaleti sağlayacak ve bireysel temel hakları koruyacak şekilde sınırlandırması gerektiğidir (Eisgruber, 2001).

Bununla birlikte, anayasal denetimin savunucuları, anayasal denetimin hem demokrasi hem de demokrasi ilkelerinin pekiştirilmesi için gerekli olduğuna işaret etmektedir. Anayasal denetim, seçilmiş politikacıların kısa vadeli değerlerinden ziyade uzun vadeli ve evrensel değerleri desteklemekte ve savunmaktadır. İyi kurulmuş mahkemeler aracılığıyla yapılan anayasal denetim demokratik değerleri koruyacak ve hatta daha fazla demokrasi uygulamalarını ülke sistemine entegre edebilecektir. Evrensel demokratik değerlere sahip hakimler, tüm vatandaşları ve grupları, çoğunlukçu iktidar gücün aşkın kullanımına karşı korumaktadır. Bickel (1986:25-28) yargıçların demokrasinin temeli olan uzun vadeli değerler konusunda siyasetçilerden daha dikkatli olduğunu savunmaktadır. Siyasetçiler bir yandan, çoğunluğun acil ihtiyaç ve taleplerine yönelik politikalar üretirken, diğer yandan hakimler, demokrasinin genel değerlerini korumaya ve sürdürmeye çalışmaktadır (Bickel, 1986:25). Politikacılar, onlara oy verenlerin kitle baskısı ve acil taleplerine

karşı savunmasız olduğundan, uzun vadeli değerler yasama meclisinin müdahalelerinden korunmalıdır; fakat neden hâkimler bu konularda politikacılardan, bir başka ifadeyle yasama ve yürütme erkinden daha dikkatlidir. İlk olarak yargıçlar iktidarın hedeflerine konusundaki akademik bilginin eğitime ve konulardan izole olma şansına sahiptirler (Bickel, 1986: 26). İkinci olarak siyasetçiler tipik olarak soyut veya belli belirsiz şekilde öngörülen problemlerle uğraşırken, anayasal denetim fiili bir davadaki kanlı canlı konularla ilgilidir; kelimeleri değil olguları düşünmeye böylece de oluşturduğu ve oluşturdukça test ettiği bir süreç içinde, ilkelerin evrimine yardımcı olmaktadır (Bickel, 1986:27). Dolayısıyla anayasal denetim dahiyane bir tekrarın, gayrişahsi ve sağlam ilkelerin yaratıcı faaliyetiyle donanmış bir mantığın sesi olma potansiyeline sahiptir (Bickel, 1986: 27). Çoğunluk karşıtı duruş, demokrasilerde anayasal denetime, yürütme ve yasamayı denetleyecek en önemli araç olduğu ve azınlığa olağanüstü siyasi güvenceler sağladığı için meşruluk kazandırmaktadır (Bickel, 1986:30).

Sager (2004)'e göre epistemik olarak hakların güvence altına alınmasında, özellikle de demokratik sürecin en temel vaadi olan eşitlik hakkında yargı, yasamadan daha başarılıdır. Hakimler seçilmezler ve bu nedenle bireysel çıkarların baskısından aridirler. Dahası ve daha da önemlisi hakimler, birçok farklı durumlar için geçerli olan görece daha genel ve sürekli ilkelere referans veren içtihat süreçlerine bağlıdırlar (Sager, 2004:199). İkincisi, hakimler siyasal süreçlerin sonuçlarına odaklanan, kalite kontrol denetmenleri gibidir. Anayasal rejimlerinin dayandığı ve bu rejimlerde öne çıkan siyasal adaletin standartlarını belirleyerek, bu standartlara göre yasaları veya diğer devlet faaliyetlerini denetlemektedirler (Sager, 2004:200). Üçüncüsü, müşterek hukuk sistemindeki içtihat birliği ilkesi, hâkimlerin genel önermeler ile eldeki özel davalar arasındaki dengeyi göz önünde bulundurmasını mecbur kılmaktadır. Hakimler hem geçmiş kararlar için makul bir şekilde hesap vermek hem de gelecekteki kararlar için ikna edici bir emsal oluşturmakla yükümlüdürler (Sager, 2004:201). Bu içtihadi kısıtlama, hakimler arasında “işlevsel tarafsızlığı” da beraberinde getirmektedir (Sager, 2004:201). Son olarak, vatandaşlar diğer kurumlardan çok mahkemeler önünde en eşit statüye sahiptirler, çünkü her vatandaş şikayetlerinin eşit şekilde değerlendirilerek, mantık çerçevesinde bir kararla karşılaşmayı hak etmektedir.

Kararlar vatandaşın aleyhine olsa dahi, hakimlerin çoğunluğunun neden vatandaş aleyhine karar verdiğine ikna edici bir şekilde cevap bulunabilmelidir (Sager, 2004:203). Mahkemeler her zaman en iyi kararı vermeyebilir, ancak bireylere eşit olarak muamele edilme fırsatı yalnızca yargı sürecinin sağlayabileceği bir olanaktır. Bir anayasal şikayetçi, azınlığı temsil eden biri veya geniş çapta ezilen ya da huzursuz bir grubun üyesi olarak mahkemeye başvurabilir Burada önemli olan, hakimlerin başvuranın savının ne kadar yersiz veya başarısız olduğu kadar, savın neden temelsiz olduğu konusundaki ikna edici anlatımıdır.

Ely (1980) de benzer şekilde anayasal denetimin demokrasi ile tutarlı olduğunu öne sürmektedir, ancak Bickel'in aksine, hakimlerin de eninde sonunda evrensel temel değer ve ilkeler yerine kendi değerlerini empoze edeceğini savunmaktadır. Ely, siyasetçilerin aksine, uzun süre görevlendirilen hakimlerin anlık taleplere dolayısıyla da yaklaşan seçimlere göre hareket etmediklerini; bu nedenle de siyasi çoğunluk tarafından temsil edilmeyen azınlıkların hak ve çıkarlarını koruyup ve kollayacaklarını ifade etmektedir (Ely, 1980:103). Bickel'e göre politikacılar ve hakimler arasındaki fark uzmanlık olsa da Ely'e göre sorun perspektiftir. Siyasal sistem başarısız olduğunda, yani toplumun temsili kurumlara duyduğu güven kaybolduğunda mahkemelerin rolü en iyi şekilde ortaya çıkmaktadır (Ely, 1980:103).

Demokrasi literatürü, çoğunlukçu demokrasiden müzakereci demokrasiye doğru ilerledikçe, literatürün yargısal siyasete bakış açısı da değişmiştir. Anayasal denetim, demokratik müzakerenin en önemli destekçisi olarak meşrulaştırılmaktadır. Müzakereci demokrasi literatürü, anayasal denetimin diyalog ve müzakereyi destekleme kapasitesine sahip olduğunu göstermektedir. Eskridge ve Ferejohn'a (2009) göre anayasal denetim, yalnızca yasama ve yürütme erklerinin karar alma sürecinde ciddi müzakere çabalarına saygı duyması ve bunları ödüllendirilmesi durumunda meşrudur. Anayasal denetim, mahkemelerin davalar ve karar alma süreçlerinde siyasi müzakereleri teşvik etmesiyle daha verimli ve meşru hale gelebilir (Eskridge ve John Ferejohn, 2009). Mahkemelerin müzakereleri teşvik etmek, toplumsal ve siyasal alandaki tartışmalı konular üzerinde diğer aktörlerle istişare

etmek yerine aktivist bir tutum izlemeleri, hakimlerin meşruiyetini tartışmalı hale getirmektedir.

Zurn (2007:124-129) anayasal denetimin hem savunucularını ve hem de muhaliflerini eleştirerek, anayasal denetime çok fazla itimat etmenin ve anayasacılık ile demokrasiyi birbirleriyle çatışır şekilde göstermenin gereksiz olduğunu vurgulamaktadır. Anayacalcılık ile demokrasi birbiriyle uyumludur; hatta demokrasinin bizzat ulaşmak istediği sonuçlardan birisi de anayasalcılıktır. Anayasal denetim siyasal yapının korunması yerine müzakereci demokrasinin araçları yoluyla ulaşılacak haklar sistemi oluşturabilmektedir. Bu haklar sistemi aracılığıyla alınacak kararlar, büyük olasılıkla demokratik açıdan meşru olacaktır (Zurn, 2007:254).

Demokratik açıdan meşru kararlar alabilmek için, anayasal denetim gücü siyasi açıdan bağımsız bir anayasa mahkemesinde olmalıdır. Bu mahkeme yasama ve yürütme organlarının da çeşitli seçmen gruplarının da etkisinden bağımsız olmalıdır; mahkeme aynı zamanda demokratik görüş ve irade oluşum süreçlerinin doğruluğunu sağlamak amacıyla kurumsal olarak farklı bir konumda tesis edilmelidir (Zurn, 2007: 254). Zurn'un anayasal denetimi meşrulaştırma çabası, Ely'in anayasal denetim ve demokratik süreç argümanını kısmen desteklemekte, ancak demokrasinin müzakere edici yönüne vurgu yapmaktadır. Zurn (2007:254) gerekli olanın çoğunlukçu demokrasinin salt seçim süreçleri dolayısıyla temsiliyetin korunması yerine vatandaşların görüş ve irade oluşturma sürecine kasıtlı olarak katıldığı demokratik süreçlerin korunması olduğunu ifade etmektedir.

İnsan haklarını çoğunluk kuralı ve/veya yasama ve yürütme erkine karşı koruma fonksiyonuna sahip anayasal denetimin görevi ile demokratik tutumu üzerine bir başka tartışmadan daha bahsedilebilir. Anayasal denetim, sadece bireylerin eşitliği ve insan haklarına siyasetçilerden daha fazla duyarlı değil, aynı zamanda siyasi olarak seçilmiş kurumların faaliyet ve uygulamalarını analiz etmekte, özellikle halkın anayasal ve evrensel haklarının kısıtlandığı/ihlal edildiği noktalarda yasama ve yürütme gücünün aşırı kullanımını sınırlamaktadır.

Anayasal denetim, yasama organı hakkında bilgi, uzmanlık veya siyasi irade eksikliği nedeniyle hakları koruyamayacağı algısı oluştuğunda, haklar konusunda güçlü bir koruma sağlamaktadır (Kavanagh, 2004). Bu nedenle anayasal denetim bir “güvenlik mekanizması” olarak değerlendirilmedi. Kavanagh’a (2004:476 - 77) göre insanların politik olarak hareket ettiklerinde doğru kararları alma kapasitelerine sahip olduğunu kabul etsek dahi, her zaman böyle olamayacağı gerçeğiyle karşı karşıyayız. Politika yapıcılar kamu yararını değil de özel çıkarları tercih ettikleri ya da kararlarının uzun vadeli veya başkaları üzerindeki muhtemel etkilerini göz önünde bulundurmadıkları durumlarda yanlış kararlar alabilirler. Siyasetçiler sorumlu ahlaki bireyler olsalar dahi, yine de bireysel haklar için güvenlik mekanizmaları sistem içinde sağlanmalıdır (Kavanagh, 2004: 476-77).

Bu çerçeveden, anayasal denetimin hakları koruyabileceği ve mahkemelerin ancak yasama meclisinin anayasa ve hakların temel normlarını geçersiz kıldığı takdirde aktivist olabileceği iddia edilebilir. Anayasanın verdiği bu koruma görevi, mahkemenin yasama ve yürütme faaliyetlerinin, evrensel haklar ve normlar ile uyumlu olup olmadığı konusunda sahip olduğu yorum tekelinin bir sonucudur. Bu tür anayasal denetim yolu tüm vatandaşların iradeleri ve hakları için önemlidir, ancak özellikle dezavantajlı grupların iradesi ve haklarının yasal olarak korunması için daha da büyük bir önem teşkil etmektedir. Temel insan haklarının güçlendirilmesi, dezavantajlı grupların güçlendirilmesine önemli ölçüde katkıda bulunacaktır. Siyasal süreçlerin bireysel haklara yeterince destek olmadığı durumlarda, dezavantajlı grupların başvurabilecekleri ve haklarının korunabileceği yargısal yapılar tesis edilmelidir (Alston, 1999: 43).

Anayasal bir demokraside, yargının rolü anayasal sınırları belirleme ile popüler tiranlık ve popüler tutkuları frenlemektir. Mahkemelerin yalıtılmış hali ve zamanın muhteşem gizemi, mahkemelere insanların daha iyi doğalarına hitap etme, zamanın nidası ve ağlamasıyla unutulmuş olabilecekleri özlemlerini ortaya koyma fırsatını vermektedir” (Bickel, 1962:26). Henry Hart benzer şekilde yüksek mahkemeleri “anayasa hukukunun yargının gayri şahsi ve sağlam ilkelerini üreten ve geliştiren yaratıcı fonksiyonlarla donatılmış aklın sesi” (akt Ely, 1980:84) olarak

tanımlamaktadır. John Hart Ely de Bickel ile aynı ilkelerden yola çıkarak, yasamanın tıpkı insanlar gibi bazı durumlarda mantık dışı önyargılarla hareket ettiğini, yargının görevinin de bu gayrı meşru etkileri ortadan kaldırarak, bunların mağdurlarını yasamaya karşı korumak olduğunu ifade etmiştir.

Yargısal aktivizm, bu bağlamda anayasal demokraside hayati bir amaca hizmet etmektedir. Sınırsız çoğunluk kuralı, bir yandan temsiliyeti sağlarken diğer yandan azınlıktaki bireyin hak ve özgürlüklerini korumasız bırakmakta; bu ikilem de anayasa yapıcıları bir seçim aşamasına getirmektedir. Anayasa yapıcılar ise genellikle anayasalar ve yüksek mahkemeler tarafından sınırlanan çoğunluk kuralı lehine kararlarını vermektedirler (Jackson, 1955). Ronald Dworkin (1986), çoğunluğa karşı bireysel haklarını koruyacak aktivist bir mahkemenin gerekliliğini savunmaktadır; çünkü anayasal haklar devletin karşısındaki ahlaki haklardandır. Demokratik kurumun değeri, yalnızca politikaların benimsendiği süreçlerle değil, tüm vatandaşların eşitliğine yönelik doğal haklara saygı göstermesi gereken varlıkla ilgili sonuçlarla belirlenmelidir (Dworkin, 1986:526). Dworkin yargısal aktivizmin, demokrasi ve liberal hakların korunması ve sürdürülebilmesi için önemli olduğunu savunarak, insanların sorunları mahkeme kararlarına bırakması gerektiğini ve hakların mahkemeler yoluyla elde edilebileceğini öne sürmektedir (Dworkin, 1986: 526). Dworkin yargısal aktivizmi mahkemelerin yasal konularda anayasal dil (*yorum*) yetkisi olarak tanımlamaktadır. Dworkin'e (1986:526) göre, anayasal denetim insanların ve grupların hak ve özgürlüklerini belirli bir çoğunluk kararına karşı korumak için tasarlanmıştır. Anayasal denetim, kararlarını belirli bir adalet anlayışından ziyade evrensel bir adalet anlayışına dayandırması gerekmekte, bununla birlikte eski ve tarihi kavram ile kavramlaştırmaları değiştirme yeteneğine sahip olmalıdır. Anayasal denetim bireylerin haklarını korumak için yenilikçi bir rol oynamalıdır. Dworkin (1986:532) çoğunluğun bireysel hakları korumak için sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. Anayasal denetim belirsiz olduğu söylenen anayasal hükümleri kabul etmekle birlikte, yasallık, eşitlik ilkeleri üzerinde çalışmalı ve zaman zaman bu ilkeleri gözden geçirmelidir (Dworkin, 1986:529). Bu aktivist tutum, mahkemelerin çoğunluğun aşırı gücünü sınırlandırmak için yürütme ve yasama faaliyetlerini analiz etmesine olanak

sağlamaktadır. Siyasetçiler bir sonraki seçimleri kazanma amaçlarından dolayı (bazı yaklaşımlara göre siyasetçilerin güce aç (*power hungry*) olduklarından dolayı) evrensel gerçeklerin gerekliliklerinden ziyade çoğunluğun taleplerini yerine getirmeye çalışmaktadırlar; çünkü seçilmiş yetkililer, acele verecekleri kararlarda özellikle çoğunluk baskısı altında bazen azınlıklara karşı var olan önyargıları karar alma süreçlerine dahil edebilmektedir (Arthur, 2005:548). Bu bağlamda siyasal alanın yetkilerinin sınırlandırılmasını sağlayan anayasal denetim, demokrasinin pekişmesine yardımcı olmakta ve daha da önemlisi yasama organı tarafından yapılan politikalara karşı güvence sağlamaktadır (Arthur, 2005:545-552).

Anayasa mahkemesi tarafından bireysel hak ve özgürlüklerin eşit olarak değerlendirilmesi, hak temelli bir anayasal denetimi, demokratik meşruiyetten daha farklı bir konuma yerleştirmektedir. Bireysel haklara odaklanmış, saydam, zorunlu, hak-temelli, bireysel olarak ulaşılabilir ve teamüllere saygılı bir süreç şeklindeki yargısal süreçler, hakların korunması konusunda yasama sürecinden daha iyi performans ortaya koymaktadır (Siegel, 2012:1193). Hakların korunması, seçim ve yasama süreçlerine bırakılırsa, bireysel hak konuları diğer bazı sorunlar ile çatışır duruma gelebilecektir. Böyle bir durumda hak korunması talebine verilen cevabın olumlu veya olumsuz olmasına bakılmaksızın, net bir kararın verileceğinin garantisi de yoktur (Siegel, 2012:1194).

Bu bağlamda anayasal denetimin asli görevi, yasama ve yürütme faaliyetleri ile haklar arasındaki çatışmaların belirlenmesi ve çözülmesidir. Karar alma sürecinin son adımı olarak anayasal denetim, hakların sınırlandırılmasının evrensel normlara göre mi yapıldığına, yoksa yürütme ve yasama faaliyetlerinin haklar ile vatandaşların iradesini ihlal edip etmediğine karar verirken aktivist bir tutum izleyebilir.

Bununla birlikte yasama ve yürütme erkine, anayasal denetim kadar güvenilmesi gerektiğini öne süren iddialar da vardır. Bu iddiayı savunanlar hakların korunması konusunda hakimlerin sahip olduğu kapasiteye yasama ve yürütme erklerinin üyelerinin de sahip olduğunu ifade etmektedir. Griffin (1996:123) temel hakların korunmasını, yargının ellerine bırakmaya karar vermenin aynı zamanda bu

tür meseleleri yasama ve yürütme erklerinin gündeminden çıkarma kararıyla aynı şey olduğunu ifade etmektedir. Bu durum, vatandaşların bu hakların içeriğine ilişkin önemli siyasal kararlara katılma haklarını kısıtlamaktadır. Anayasal denetim yoluyla hakların korunmasının kabul edilmesi, siyasal katılım hakkı gibi bazı diğer temel hakların sınırlandırılmasını da ifade etmektedir; bu durum anayasal denetim sayesinde sunulacak hakların sınırlanan siyasal haklardan daha önemli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir (Griffin, 1996:123). Bu itirazları da göz önünde bulundurulsa dahi şunu ifade etmek yanlış olmayacaktır: Anayasal denetim sadece güçler ayrılığının çok önemli bir unsuru değil, aynı zamanda halkın yasama ve yürütmenin aşırı gücüne karşı haklarının ve iradesinin güvencesidir.

Halkın iradesi ve haklarının anayasal denetim yoluyla yansıtılacağını ve uygulanacağını öne sürmek yanlış olmayacaktır. Anayasal denetim yoluyla mahkemeler, yasama ve yürütmenin iktidarının sınırlandırılması konusundaki kararları uygulayabilir. Yasama ve yürütme üzerindeki bu sınırlamalar halk iradesini ihlal etmeyecek, toplumun tüm sınıflarındaki halk iradesinin yönetime daha fazla katılımını sağlayarak, halk iradesinin tam anlamıyla gerçekleştirilmesine yardımcı olacaktır. Anayasal denetimin bu çerçevesi halk iradesini ve hakları sınırlandırmak veya ihlal etmenin aksine onları korumaktadır:

Hakimlerin yasaları geçersiz kılma gücüne sahip olduğu sonucu, hiçbir şekilde yargının yasama erkine üstünlüğünü de varsaymamaktadır. Bu güç sadece halkın gücünün ikisinden de üstün olduğunu varsaymakta; yasalarla ortaya konan yasama iradesinin, Anayasa’da ilan edildiği şekliyle halkın iradesiyle çatıştığı durumlarda, hakimler kararlarını yasamanın iradesine değil, halkın iradesine göre almalıdır (Federalist Bildiriler No. 78, Hamilton).

Bunun bir sonucu olarak, anayasal denetim dünya demokrasilerinde yaygın ve olmazsa olmaz bir olgu haline gelmiştir. Demokratik geçiş dönemleri ya da demokratik konsolidasyon sırasında tesis edilen anayasal denetim sistemi politik sistem içinde kendine yer bulmaktadır. Literatür genel olarak anayasal denetimin tüm demokrasiler için şart olduğunu öne sürmektedir. Bununla birlikte, literatürde anayasal denetimin hak ve özgürlükleri teşvik edici mi olduğu, yoksa iktidarın bir aracı mı olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir yandan, bazıları yargı sisteminin

kurulmasının politikacılara ve halk yığınlarına duyulan güvensizlik sonucunda, eski iktidar sahiplerinin ve/veya devlet elitlerinin bir tür hegemonik korunması olduğunu iddia ederken, bazıları da yasaların anayasal denetiminin liberal haklar ve özgürlüklerin korunması için olmazsa olmaz olduğunu ifade etmektedir. Bu iki iddia, Türkiye'deki anayasal denetim deneyimine farklı zaman dilimlerinde uygulanabilir. Takip eden bölümde, Türk yargı sistemi ve Türkiye Anayasa Mahkemesi ile ilgili literatürdeki tartışmalar ortaya konulacaktır.

BÖLÜM IV: TÜRKİYE’DE ANAYASAL DENETİM

Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluş ideolojisini ortaya koyan devlet elitleri, çok partili siyasal sistem sonrasında 1960 yılındaki darbeye kadar, kuruluş ideolojisini ya devletle bütünleşen tek parti ile ya da askerle korumaya çalışmışlardır. Bu açıdan Türk Anayasa Mahkemesi, geleneksel olarak devletin ideolojisini özellikle de laiklik ve devletin bölünmezliği açısından korumayı amaçlayan devlet elitleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’de kanunların ve TBMM’nin anayasal denetimi zaten 1960 yılına kadar tesis edilmemiştir. Çok partili hayata geçilirken, sadece seçim kanunu ile siyasi partiler kanunlarında küçük değişiklikler yapılmış, ancak çok partili sistemin gereksinimi olan birçok düzenleme yapılmamıştır. Çok partili hayat öncesinde tek parti ile devlet bütünleşmesi olduğundan dolayı, yasama meclisi ile kanunların anayasal denetimden geçirilmesi gereksinimi de hissedilmemektedir. Bu nedenle bu tür bir anayasal denetim 1961 Anayasasına kadar tesis edilmemiştir.

4.1 TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ’NİN OLUŞUMU

Anayasa Mahkeme’sinin oluşumu birçok açıdan çalışmanın hipoteziyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgilidir. Öncelikle Mahkeme üyelerinin seçimi, üye kompozisyonu, görev süreleri, üye belirleme yetkisi ve üyelerin mesleki kariyerleri gibi, Mahkemenin oluşumunu doğrudan etkileyen faktörler, aynı zamanda Mahkemenin aktivist veya kendini sınırlayıcı tutumunu belirleme ve kararların hangi etmenlere göre verildiği gibi temel göstergeleri doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir.

Üye kompozisyonundan başlamak gerekirse, evrensel olarak mahkeme üyeleri hukuk veya diğer belli başlı alanlarda üniversite öğretim üyeleri, yüksek yargı mensupları, tecrübeli hakim ve savcılar, avukatlar, belirli deneyime sahip kamu görevlileri, diplomatlardan oluşmaktadır (1982 Anayasası, Madde 147). Mahkeme hakimlerinin mesleki deneyimleri, almış olduğu mesleki ve/veya akademik eğitimlerin, kararlarını etkileyeceği öngörülebilmektedir. Hakim ve savcıların almış olduğu mesleki eğitimler (Sancar ve Atılgan, 2009), öğretim üyelerinin eğitim aldığı ve görev yaptığı üniversitelerdeki kurum kültürü (Can, 2011) ve deneyimli ve belirli bir derecenin üzerindeki kamu görevlilerinin devlete bakış açısı gibi değişkenler Mahkeme'nin kararlarının niteliğini değiştirebilmektedir.

Anayasa Mahkemelerinin üye kompozisyonunu üyelerin meslek kariyerleri olduğu kadar Mahkeme'nin vermiş olduğu kararları etkileyebilecek bir başka unsur ise, üye seçim ve/veya atamalarının hangi şekillerle ve kim tarafından yapılacağıdır. Mahkeme üyelerinin seçimi açısından evrensel kurallara çerçevesinde genel olarak doğrudan atama, seçim ve bu iki yöntemin karma yöntemleri kullanılmaktadır (Ulaş, 2004).

Mahkeme üyelerinin tamamı devlet başkanı tarafından atanabilir veya üyelerin tamamı değişik yöntemlerle seçilebilir. Mesela yüksek yargı mensupları bu organlarca veya bu organların seçtiği belirli sayıda kişi arasından Cumhurbaşkanınca, diğer üyeler meclisler, Cumhurbaşkanı ve Meclis Başkanı tarafından doğrudan da seçilebilmektedir. Bunun yanında üyelerin bir kısmının atandığı bir kısmının seçildiği karma üye belirleme yöntemleri de sıklıkla kullanılabilmektedir. Mahkeme üyelerinin seçimle belirlenmesine karşı, mahkeme yapısının siyasal düşüncelerin etkisiyle seçileceği ve mahkeme kompozisyonunun belirli bir siyasal görüşe göre şekilleneceği öne sürülebilir. Bunu aşmak için seçimler meclislerde nitelikli çoğunlukla atanması, meclisteki farklı siyasal görüşleri uzlaşmaya zorlayacağından mahkemenin kompozisyonunun belirli siyasal düşüncelere göre şekillenme riski azalmaktadır (Atar, 2008:99).

Mahkeme üyelerinin seçiminden sonra görevde kalacakları süreler de mahkemelerin davranışlarını etkileyebilmektedir. Hakimler Almanya'da 12, İtalya,

İspanya ve Fransa’da 9 yıllığına seçilmekte Avusturya ve Belçika’da ise, anayasada gösterilen emeklilik yaşına kadar görev yapmaktadırlar (Kanadoğlu, 2004:99). Üyelerin kısa görev süreleri kurumun içtihatları, etkinliği ve istikrarı açısından olumlu bir etki yaparken, uzun görev süreleri ise, hakimlerin kendilerini toplumun ve evrensel değişimlerinin gereksinimlerinden uzaklaşarak yargısal aktivist tutumlara yönelmesine sebep olabilmektedir.

Genel bir değerlendirmenin ardından Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin burada değinilen kurallara göre nasıl tesis edildiği analiz edilecektir. Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin ilk tesis edildiği 1961 Anayasasına göre Mahkeme üyeleri, çoğunluğu yüksek yargı mensupları arasından olmak üzere üyeler karma yöntemle belirlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, on beş asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Asıl üyelerden dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısı ve Başkanın sözcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye Sayıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleri arasından aynı usulle seçilir. Millet Meclisi 3 Cumhuriyet Senatosu 2 üye seçer. Cumhurbaşkanı da 2 üye seçilir. Cumhurbaşkanı, bu üyelerden birini, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer. Yasama Meclisleri bu seçimleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından, üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar. Yasama Meclislerinde yapılacak seçimlerde, adaylığa başvurma ve seçim esas ve usulleri kanunla düzenlenir (1961 Anayasası, Madde 145). Görüleceği üzere mahkemenin on beş asıl üyesi Yargıtay (4 üye), Danıştay (3 üye) ve Sayıştay (1 üye) üyeleri arasından seçilmekte; Millet Meclisi 3 üye, Cumhuriyet Senatosu 2 üye ve Cumhurbaşkanı 2 üye seçilmekte veya atanmaktadır. Bu seçimlerde gizli oy ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ilkeleri benimsenmiştir.

1961 Anayasasına göre Mahkemeye “asıl veya yedek üye olabilmek için, kırk yaşını doldurmuş bulunmak ve Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay veya Sayıştayda Başkanlık, üyelik, Başsavcılık, Başkanın sözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği veya on beş yıl avukatlık

yapmış olma” şartı bulunmaktadır; Anayasa “Mahkemesi üyeleri altmış beş yaşında emekliye ayrılırlar” (1961 Anayasası, Madde 145).

1961 Anayasası, anayasa mahkemesinin görevlerini düzenlerken, anayasa değişikliklerinin anayasal denetimi hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. Ergun Özbudun bu eksikliği açıklarken 1961 Anayasası uyarınca anayasa değişikliklerinin anayasal denetiminin ancak anayasa normları arasında bir hiyerarşi olması durumunda yapılabileceğini, ancak anayasal normların arasında böyle bir hiyerarşinin tesis edilmediği gibi, herkesin tüm bu anayasal normların eşit olduğu konusunda hem fikir olduğunu ifade etmiştir (Özbudun, 2008).

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, 1965 yılında vermiş olduğu bir kararda anayasa değişikliklerinin anayasanın özüne uygun olması gerektiğini ve hiçbir anayasa değişikliğinin anayasanın özünü ortadan kaldıramayacağını ifade etmiştir. Mahkeme daha sonra 1970 yılında bir anayasa değişikliğini, anayasada belirtilen süreçlere uyulmadığı gerekçesiyle usulden iptal ederken, daha da ileri giderek mahkemenin anayasa değişikliğini sadece şeklen değil, içerik olarak da denetimini yapabileceğini belirtmiştir (Anayasa Mahkemesi, E:1964/38, K: 1965/59). Mahkeme 1971 yılında ise bir anayasa değişikliğini Anayasa’nın 9. maddesi ile korunmakta olan devletin cumhuriyetçi yapısına aykırı olduğu gerekçesiyle esastan inceleyip, iptal etmiştir. Mahkeme devletin cumhuriyetçi yapısını geniş bir şekilde yorumlayarak, karara Cumhuriyet’in laiklik, demokrasi, hukuk devleti gibi ilkelerini de eklemiştir.

Bu davranışlar muhakkak ki yukarıda tanımlaması yapılan yargısal aktivist tutumlara bir örnektir. Mahkeme Anayasa’nın metninde olmayan bir yetkiyi kullanarak, yasama erkinin yapmış olduğu bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Mahkemenin bu aktivist tutumuna karşın, yasama erki 1971 yılında bir anayasal değişiklik yaparak, 1961 Anayasasının 147. maddesini şu şekilde değiştirmiştir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler”. Değişikliği göre mahkeme anayasa değişikliklerinin anayasal denetimini sadece, değişikliğin teklif, oylama, onaylama gibi anayasada belirtilen usullere uygun olup olmadığını denetleme yetkisini sahiptir. Buna rağmen Anayasa

Mahkemesi, daha önceki içtihatlarına referansla devletin Cumhuriyetçi niteliğini aykırı olan değişiklikleri bir esas konusu değil usul konusu olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'nin 1970'lerde verdiği kararların bir sonucu olarak, 1982 Anayasası, anayasa değişikliklerinin anayasal denetimini özellikle düzenlemiştir: "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler... Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır." Görüldüğü üzere 1971 yılında yapılan değişikliklerde anayasa değişikliklerinin sadece şekil yönünden denetlenebileceği açıkça yazılmışken, Mahkeme aktivist bir tutumla yine de anayasa değişikliklerinin içeriğine girerek değişiklikleri iptal etmiştir. Bunun karşılığında 1982 Anayasası şeklen denetim yetkisini detaylandırarak belirli sınırlarla çerçevelemiştir. 1982 yılından 2008 yılına kadar Anayasa Mahkemesi 3 kararında anayasa değişikliklerini içerik olarak denetleyemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak 2008 yılında mahkeme başörtüsü yasağını kaldıran bir anayasal değişikliği sadece 1982 Anayasasının 148. maddesinde sayılan usullere göre değil, tıpkı 1961-1980 arasında olduğu gibi esastan inceleyerek iptal etmiştir. Bu kararın içerik analizi ileriki bölümlerde yapılacaktır.

1980 darbesinin ardından yazılan 1982 Anayasası'nda mahkemenin üye yapısında da birtakım değişikliklere gidilmiş; üye sayısı 15'ten 11'e düşürülmüş; 1961 Anayasasında kullanılan karma seçim yöntemi yerine tamamen atama yöntemine geçilmiştir. Bu atama yetkisi de Cumhurbaşkanı'na verilmiştir:

Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer" (1982 Anayasası, Madde 146).

1982 Anayasasının 2010 değişikliğinden önce, Mahkeme üyeleri tıpkı 1961 Anayasasında olduğu yine altmış beş yaşını doldurunca kadar görevde kalmaktaydı (1982 Anayasası, 147. Madde).

2010 Anayasa değişikliğinin referandum sonucu kabul edilmesiyle en önemli değişikliklerden biri, Anayasa Mahkemesinin yapısının değiştirilmesi olmuştur. Bu değişiklikle, Mahkeme üyelerinin görev süresi 12 yıl olarak sınırlandırılmıştır. Bu değişiklik, üyelerin değişimi ve dolayısıyla üyenin ve atama yapanın etkisinin sürekli olmamasını sağlamıştır. Bir başka değişiklikle önceden 11 olan daimî üye sayısı 17 hâkime çıkarılmıştır. 2017'deki anayasa değişikliğiyle de Askeri Mahkemelerin kapatılmasıyla Askeri Yüksek Mahkemelerden, Anayasa Mahkemesine seçilen üyelikler iptal edilerek üye sayısı 15'e düşürölmüştür.

2010 ve 2017 yılında gerçekteşen Anayasa değişikliğinin ardından üye profilinin ikisini yüksek yargı mensupları arasından, birini de serbest baro mensupları arasından Meclis seçerken; yüksek yargı mensupları arasından beş üye, öğretim üyeleri arasından ikisi hukukçu olmak üzere üç üye, birinci sınıf hâkim ve savcılar, Mahkeme raportörleri, serbest avukatlar arasından Cumhurbaşkanının atadığı 4 üyeden oluşmaktadır.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Bu bağlamda mahkeme üyelerinin azınlığı (4/15) meclis tarafından seçilmekte, ancak çoğunluğu (11/15) Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Göröldüğü üzere atama sisteminden, ağırlığı atama sistemi olsa dahi karma sisteme bir geçiş yapılmıştır. Cumhurbaşkanının atamalarda böyle bir çoğunluğa sahip olması eleştirilirken, 105 Meclisin hem az sayıda üye seçmesi hem de bu üyeleri uzlaşmayı

sağlayacak nitelikli veya tam sayının salt çoğunluğuyla değil de üçlü bir turun sonrasında basit çoğunlukla seçmesi evrensel sistemlerde görünen seçim yöntemlerine uymamaktadır.

Cumhurbaşkanının atamalarda süren etkisine eleştiriler, hükümet sisteminin parlamenter sistemden başkanlık sistemine dönüşmesinin ardından daha da önem arz etmektedir. 2017 yılındaki değişiklikle artık tamamen siyasi bir makam olan Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesine doğrudan ciddi bir çoğunlukla üye seçmesi, Mahkemenin yargısal aktivist tutumu da göz önünde bulundurulduğunda taşıdığı önemle bağdaşmayacaktır. İleriki yıllarda yapılabilecek bir değişiklikle Cumhurbaşkanının atayacağı üyelerde meclisin nitelikli çoğunluğuyla onaylanmasının aranması, üye seçimini daha meşru yapacaktır (Alkan, 2018:102).

2010 yılında yapılan ve mahkemenin tutum değişikliğinde önemli bir yeri olduğu düşünülen bir değişiklik ise vatandaşların Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkına sahip olmalarıdır. Bu değişikliğin hemen ardından, savcı ve hâkimlerle davaların AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde değerlendirip sonuçlandırmalarına yönelik özel çalışmalar yapılmıştır. Bu tutum değişimi, yalnızca kararın değil, aynı zamanda kararların gerekçelendirilmesinde de görülmektedir. Mahkeme daha sivil-liberal hakları daha açık bir şekilde savunurken, anayasal hükümler daha özgürlükçü zihniyetle karar vermeye başlamıştır. Bu konudaki seçili dava analizleri ilerleyen bölümlerde yapılacaktır

4.2 TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE SİYASETİN YARGISALLAŞMASI

Türkiye’de ne 1924 yılında yazılan anayasa sürecinde ne de çok partili sisteme geçiş sırasında bu tür sigortaların herhangi biri anayasaya dahil edilmiştir (Özbudun ve Gençkaya, 2009:12). Bununla birlikte, Demokrat Parti döneminden sonra, hegemonik devlet elitleri ideolojik kırmızı çizgileri ve siyasi tercihlerine yönelik tehditleri de görmüşlerdir. O döneme kadar Demokrat Parti karşı devrimci bir parti olarak görülmemekte, ‘sadık muhalefet’ olarak adlandırılmaktaydı. Bu nedenle, 1961 darbesinden sonra, bu sigortalar- sadece güçlü yargı değil, aynı zamanda diğer

özerk sivil otoriteler de- tarihsel olarak haklarından mahrum edilmiş ve eskiden daha az temsil edilen grupların temsilcileri olarak görülen siyasal elitleri sınırlandırmak amacıyla anayasaya girmiştir (Özbudun ve Gençkaya, 2009:16).

1961 Anayasasının yazarları darbeyi yapan askerlerin belirledikleri kişilerdir. Anayasa üniversiteleri, yüksek mahkemeleri ve siyasal kontrolden bağımsız bir radyo televizyon kurumu (TRT) tesis etmiştir. Böylece anayasa, seçilen politikacılar üzerinde önemli denetleme yetkilerine sahip karşı-çoğunlukçu kurumlar yaratarak, demokrasinin temel şartlarından birkaçını siyasal sisteme eklemiştir. Türkiye Anayasa Mahkemesi bu karşı-çoğunlukçu organlarda biri olarak, yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün hem biçim hem de içeriği bakımından anayasaya uygun olup olmadığını denetleme yetkisine sahip olmuştur (T.C. Anayasası, Madde 148). Mahkemenin siyasi elitleri kontrol etme konusundaki önemli diğer bir yetkisi de siyasi partilerin feshidir (T.C. Anayasası, Madde 69). Bu yetki sayesinde Anayasa Mahkemesi, meşru siyasi alanın sınırlarını yapılandırmaktadır (Koğacıoğlu, 2004).

Bu bakış açısından, 1961 yılında yaşanan demokratik dönüşümün, seçimli demokrasiyle, elitlerin emsalsiz bilgileri, bilgeliği ve erdemi sebebiyle ülkeyi yönettikleri rejim koruyuculuğuyla birleştirdiği söylenebilir (Dahl, 1989:52). Türkiye'de, siyasi partilerin etkisinden izole edilen ve askeri bürokrasi ile ittifak içindeki yüksek yargı, nihai vesayet rolünü devam ettirmektedir (Shambayati, 2004). Aynı zamanda, Mahkeme'nin kurumsal özerkliği bireysel özgürlükler ve insan hakları konusunda yargısal aktivist bir tutum izlemesine sebep olmamaktadır (Belge, 2006). Anayasa Mahkemesi, Kemalist ideolojinin önemli bir vesayet organı olması amacıyla tesis edilmiştir. Zürcher'in (2004:177) belirttiği gibi, cumhuriyetin yekpare siyasal sistemi askeri ve sivil bürokrasilere odaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi de ordunun kışlalarına geri dönmesinin ardından, ideolojinin sivil bürokrasisi içerisindeki koruyucusu haline gelmiştir.

Cumhuriyet tarihi boyunca vesayet rejimi askeri, yargısal, entelektüel ve bürokratik elitler tarafından idare edilmiştir. Bu kurumların hem devletin kurucu ideolojisini hem de kentli elitlerin imtiyazlarını temsil ettiği ifade edilebilir. Bu elitler

kurucu ideolojilere gösterdikleri sadakat karşısında, devlet kaynaklarına ayrıcalıklı erişim sağlayabilmektedirler (Işıksel, 2013:712). Türk ordusu, 1960 darbesinden hemen sonra, seçilmiş siyasetçilerin, yasama ve yürütme erklerinin aşkın gücünü sınırlamak amacıyla yeni bir yargı sistemini de içeren yeni bir anayasa yazmışlardır. Türkiye özelinde darbeler tarihini başlatan bu olayın ardında Türk askeri, Türk siyaseti için her zaman önemli bir aktör olagelmıştır. Türk ordusunun gücü sadece elindeki silahtan değil, halkın orduya olan güveninden ve ordu mensuplarının devlet elitleri olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır (Heper, 1992:188) Ancak son on yıllardaki uluslararası konjonktürün etkisiyle (NATO üyeliği ve AB adaylık süreci gibi) Türk ordusu siyasete müdahale etme gücünü kaybetmektedir. Devlet elitlerinin hegemonyasının temsilcileri sayılabilecek Türk ordusunun koruyucu rolü (veya en azından müdahaleci-koruyucu rolü) azaldıkça, kurucu ideolojinin koruyuculuğunu üstlenecek yeni bir erke ihtiyaç duyulmuştur. Bu kurum, siyasete demokratik yollarla müdahale etme yetkisine ve bazı siyasi ideolojileri ve devlet elitlerinin tercihlerini koruma amacıyla seçici davranma gücüne sahip Anayasa Mahkemesidir. Çoğu durumda ordu ve yargı, siyaset kurumu ve siyasetçiler hakkında bazı önemli ortak değer ve tercihleri paylaşmakta, siyaset kurumu ve siyasetçileri güvenilir olarak konumlandırmaktadır (Correa Sutil, 1993; Galleguillos, 1998; Guarnieri ve Pederzoli, 2002: 49; Hilbink, 1999).

Ergun Özbudun, Avrupa'nın en eskilerinden biri olan Mahkeme'nin kurulmasını, bir önceki bölümde anlatılan Ran Hirchl'un hegemonik koruma tezi bağlamında açıklamaktadır. 1982 Anayasasının uygulanmasında, Anayasa Mahkemesinin esas olarak onu oluşturan ve güçlendiren devlet elitlerinin beklentileri doğrultusunda hareket ettiği iddia edilebilir. Bu tutum, parti yasağı davaları ile norm denetiminde açıkça görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Siyasi Partiler Yasasının katı bir yorumuyla İslamcı ve etnik Kürt siyasi partileri tutarlı bir şekilde kapatmıştır.

Bu çerçevede, Mahkeme Kemalist düşünce sisteminin iki temel ayağı olan ulusal ve üniter devlet ile laiklik ilkesini korumaya mutlak bir öncelik vermiştir (Özbudun, 2006:286). Mahkeme, 2010 yılına kadar devlet elitlerinin hegemonik

koruyucusu olarak işlev görmüş veya güçlü laik ve ulusal ideoloji sırasıyla devlet elitlerini İslami hareketlere ve Kürt siyasi hareketine karşı korumuştur.

Devlet elitleri ile siyasi elitler arasında dalgalı gerilim ve güvensizlik ortamı hep olagelmıştır. Daniel Brumberg'in (2001:33–34) “uyumsuz kurumsallaşma” olarak kavramlaştırdığı bu olgu, Türkiye’deki bu iki elit grup arasındaki yüksek gerilimi açıklayabilme özelliğine sahiptir. Brumberg uyumsuz kurumsallaşmanın, siyasal toplum ile bu toplumu meşrulaştıran sembolik sistemin, devletin formel ve enformel kurumları tarafından üretilmesiyle ortaya çıktığını ifade etmektedir. Uyumsuz kurumsallaşma olarak açıklanabilen Türkiye sistemi, yüksek siyasi gerilime açıktır. Bu gerginlik devlet elitleri ve siyasi elitler arasındadır. Shambayati (2004: 288) uyumsuz kurumsallaşmanın, sistemin bir kısmının toplumu dönüştürmeyi hedeflerken, diğerlerinin statükoyu korumaya çalıştığı çatallı bir siyasi sisteme yol açtığını savunmaktadır. 1961, 1970, 1982 ve 1997’deki askeri müdahaleler, askeri-bürokratik elitin seçilmiş siyasi elitlere duyduğu güvensizliği ve bu darbeler sonrasında yazılan veya değiştirilen anayasalar yoluyla, siyasi elitlerin anayasal denetimi de dahil olmak üzere gücü sınırlamak için farklı kontrol ve denge mekanizmaları ürettiğini göstermektedir.⁶

Gerilimin taraflarının rekabet eden yapıları, siyasi elitler ve devlet elitleridir. Devlet elitleri orduyu yargıyı ve bürokrasinin bazı kesimlerini anlatmaktadır. Siyasal elitler ise seçilmiş siyasetçilere gönderme yapmaktadır. Cumhurbaşkanı genellikle devlet elitlerinin arasından seçilmektedir. Öyle ki yasama meclisi tarafından seçilen cumhurbaşkanlarının çoğu askerler arasından seçilmiştir; bir cumhurbaşkanı ise Anayasa Mahkemesinin eski başkanıdır. Bu durum bile yargı ve asker arasındaki stratejik koalisyonun göstergesi olarak kabul edilebilir. Devlet elitlerinin siyasi elitler grubunda kabul edilebilecek Turgut Özal’a gösterdiği tepki yukarıda bahsedilen gerilimin önemli bir göstergesidir. Bu gerilimin daha da önemli bir boyutu Adalet ve Kalkınma Partisinin kurucu üyesi Abdullah Gül’ün Cumhurbaşkanı olarak seçimine karşı gösterilen tutumdur. Shambayati (2004) bu gerginliğin ve bölünmenin, sistemin

⁶ 1961 Anayasası, kanunların anayasallığını denetleme, yasama meclisindeki ikili yapı, idari mahkemelerin güçlendirilmesi, bağımsız yargının tesisi, üniversitelerin özerkliği gibi birçok tedbiri içeren yeni bir denetim sistemi tesis etmiştir.

devamlılığının temellerinden biri olduğunu ifade etmektedir. Bölünmüş egemenliğe dayalı bir rejim, sosyal ve politik gerilimlerin sistemin istikrarını kaybedip tehdit etmesini engellemeli, aynı zamanda yürütmenin her iki başkanının da varlığını haklı çıkaracak kadar gerginlik yaratmalıdır. Türkiye’de asker, devlet elitleri arasında çok önemli bir yere sahiptir ve siyasi elitlerin politika oluşturma sürecini kontrol etmek için günlük politikalara birkaç kez müdahale etmiştir. Türk anayasaları, yasama meclisinin ve seçilmiş kurumların, atanmış devlet kurumları tarafından kontrolüne tabi tutularak yetkilerini sınırlandırmak için tasarlanmıştır (Shambayati, 2008:284).

Seçilmiş ve atanmış kurumlar arasındaki bu egemenlik bölüşümü ve ihtisas mahkemelerinin, özellikle Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın güçlendirilmesi, Türk yargısının siyasi olarak inşasına neden olmuştur. Bu da Türk siyasetinin yargısallaşmasının önünü açmıştır. Bu mahkemeler yargı erkinin en güçlü organları ve seçilmiş meclislere karşı hareket etmek amacıyla güçlerini sık sık kullanan önemli siyasal kurumlardır. Bu hakimler için doğru karar, zaman zaman milletin seçimlerde ortaya koyduğu iradeye tezat olsa dahi, topluma ve devlet ideolojisine yönelik potansiyel tehditlere karşı durmaktır (Shambayati, 2008:285).

Türkiye’de siyasetin yargısallaşması, 1961 askeri müdahalesi ve darbenin ardından yazılan yeni anayasa ile Anayasa Mahkemesinin kurulmasını güçlendirmiştir. Devlet elitleri, 1950 seçimlerinin sonucunda siyasi güçlerini kaybettiklerinde, siyasi elitlerin yetkilerini ve gücünü sınırlayacak ve devlet elitlerinin hegemonyasını koruyacak herhangi bir kurumsal yapı tesis edilmemişti. Türk devlet elitleri devleti ve kanunları toplumun dönüşümüne yönelik mekanizmalar olarak görmekte ve kendilerinin medeniyet misyonuna tehdit olarak algıladıkları güçlü toplumsal aktörlerle tezata düşmektedirler. Bu nedenle hegemonyayı koruyacak “demokratik” bir organ eksikliğinde ordu bu dönemi bir darbeye bitirmiş ve hegemonyayı koruma amacıyla anayasa mahkemesini kurmuştur.

Tek partili seçimlerle yasama çoğunlukları sağlandığı sürece, anayasa incelemesi ve yargının bağımsızlığının yokluğu, askeri-bürokratik elitlere siyasi programlarını yapma ve uygulama konusunda büyük avantaj sağlamaktadır. (Özbudun, 2006:216-217). Askeri-bürokratik elitlerin bu avantajı, 1960 askeri

darbesine kadar Demokrat Parti'ye herhangi bir kontrol ve denge mekanizması olmadan yasa yapma olanağı tanımıştır. Özbudun'un da belirttiği gibi, 1950 seçimlerinden sonra DP'nin yeni siyasi gücü karşısında, devlet elitlerinin siyasi temsilcileri olarak CHP anayasal denetim ve bağımsız bir yargı talebinde bulunmuştur. Anayasa mahkemesinin kurulmasına ilişkin talep, CHP'nin 1957 seçim platformu ve 14 Ocak 1959'da yayınlanan İlk Hedefler Beyannamesinde ifade edilmiştir (Özbudun, 2006). Bununla birlikte, Ginsburg'un ifadesiyle bir sigorta mekanizmasına ihtiyaç duymayan ve çoğunlukçu demokrasinin yetkilerine sahip DP, anayasal denetim sisteminin kurulması konusundaki bu talepleri reddetmiştir. Bu durum, sigorta ve hegemonik koruma tezlerinin o dönemdeki geçerliliğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Türkiye, 1960 askeri müdahalesinin ardından hazırlanan 1961 Anayasası, yasaların anayasallığını denetlemek amacıyla kurulmasıyla anayasal denetimin dünyadaki üçüncü dalgasına katılmıştır. 1924 Anayasası tek partinin hâkim olduğu yasama meclisine yoğunlaştırmaktadır. 1924 Anayasası kanunların, yasamanın ve yürütmenin anayasal denetimini düzenlememiştir. Özbudun (2006:217) yasama çoğunluğunun tek parti seçimleriyle güvence altına alındığında anayasal denetim ile yargı bağımsızlığının yokluğunun, askeri-bürokratik elitlere siyasi programlarını yasalaştırma ve uygulama konusunda büyük avantaj sağladığını belirtmektedir. Bu nedenle devlet elitleri, yasama ve yürütme organları üzerinde herhangi bir anayasal denetim düzenlemesi ihtiyacı duymamıştır. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti'nde gerçekleşen ilk gerçek özgür seçimlerde çevre güçlerin temsilcisi DP'nin iktidara gelmesinin ardından, DP'nin yasama ve yürütme erklerini hiçbir denge ve denetleme mekanizması olmadan kullanabilmesi, anayasal denetimin gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. 1950'den başlayarak, askeri-bürokratik elitlerin temsilcisi CHP, anayasa incelemesinin tesis edilmesi ve yargının bağımsızlığı konusunda şiddetle ısrar etmiştir.

Aslında, 1950'lerde, özellikle 1957-60 dönemlerinde, anayasaya uygunluğu çok şüpheli birçok kanunun yasama meclisinde kabul edilmesi, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinin siyasi iklimini hazırlayan faktörlerden biri olmuştur. Devlet elitlerinin temsilci CHP'nin çoğunlukta olduğu 1960-1961 Kurucu Meclisi, anayasal denetimi

fazla tartışma olmadan kabul etmiş ve Anayasa Mahkemesi 1962’de faaliyete geçmiştir (Özbudun, 2006: 217).

1960 askeri darbesinin ardından devlet elitleri, ordunun kurduğu Kurucu Meclis’te çoğunluğa sahipti. Bu meclis, yasama ve yürütme erkini seçimler yoluyla elde edecek herhangi bir siyasi partinin, popüler talepleri politika haline getirmesine karşın, devletin hegemonik ideolojisini koruma amacıyla Türkiye Anayasa Mahkemesini kurmuştur. Bununla birlikte 1961 Anayasası aslında birçok temel hak tanımlamasını ayrıntılı şekilde içermekte ve yargının bağımsızlığını güçlendirmektedir. 1961 Anayasasının temel felsefesi, temel hak ve özgürlüklerin etkin yargısal güvence altına alındığı, çoğunluk demokrasisinin çoğulcu bir demokrasi ile değiştirilmesidir. Hiç şüphe yok ki, bu 1950-1960 döneminin çoğunlukçu uygulamaları karşısında büyük sıkıntı çeken devlet elitlerinin bilinçli bir seçimini yansıtmaktadır (Özbudun, 2006).

1980 askeri darbesinin ardından anayasa yapım sürecinde yine devlet elitleri egemen olmuştur. Bu Anayasa da yargı bağımsızlığını güvence altına almaktadır. Bunun yanında 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin hegemonyayı koruyacak yapısını daha da güçlendirmiştir. Mahkeme 1961’de olduğu gibi devlet elitlerinin hegemonyasını ve siyasi tercihlerini korumaya devam edecektir. Çünkü devlet elitlerinin siyasal alanın aktörlerine güvensizliği sürmekte ve bu güvensizlik yeni Anayasa’da da görülmektedir. Devlet elitlerinin temel ideolojisi olan Kemalist düşünce sistemi, Atatürk reformlarını, laikliği ve devletin ulusal ve toprak bütünlüğünü korumak şeklinde Anayasanın birçok hükmünde yansıtılmıştır. Benzer şekilde, 1982 Anayasası, nüfusun çoğunluğunu temsil eden siyasi elitlere yönelik derin bir güvensizliği yansıtan birçok hüküm içermektedir (Özbudun, 1983: 247-68)

1982 Anayasası’nın yapım süreci de 1961’deki anayasa yapım süreciyle benzer özellikler göstermektedir. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasa’sı arasında hak ve özgürlükler bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır, ancak her iki anayasada da benzer şekilde var olan tutum, devletin koruyucusu olarak devlet elitlerinin siyasi elitlere ve günlük politikalara karşı temel güvensizlikleridir (Özbudun, 2000:53-60). 1982 Anayasasıyla yargı ile seçilmiş kurumlar arasındaki yüksek duvar ve yargının,

egemenliğin uygulanmasında pay sahibi olduğu inancı Türkiye’yi modern dünyada bulunabilecek en yargısallaşmış siyasi düzenlerden biri haline getirmiştir (Shambayati, 2008:295).

Bu güvensizlik, seçilmiş ve atanmış kurum arasındaki ayrımı açıkça ortaya koymaktadır. Kurumlar arasındaki bu bölünme ihtisas mahkemesi kurulmasının yolunu açmıştır. Asker, kışlalarına dönmeden önce, bu ihtisas mahkemelerini devletin diğer koruyucusu olması amacıyla güçlendirmiştir. Shambayati’ye (2008:284) göre askeri rejimler, ordunun kışlalara dönmesinin ardından mahkemelerin siyasi alanda aktif olmalarını sağlamalarıyla özellikle ilgilenmiş olabilirler. Bu nedenle, Kemalist düşünce sisteminin iki temel ayağı olan ulusal ve üniter devlet ile laiklik ilkesini korumaya mutlak öncelik verilmiştir. Arslan’a (2008) göre, Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, ‘hak temelli’ bir paradigmanın aksine ‘ideolojinin korunmasına dayalı’ bir paradigma olarak tanımlanmalıdır.

1982 Anayasasının yazımı tamamlanarak, darbe dönemi, Genelkurmay Başkanı’nın Cumhurbaşkanlığıyla yeni Anayasa aynı referandumda oylanırken, ordu yeni siyasal sisteme, yasama ve yürütme erklerine yönelik yeni denge-denetleme mekanizmaları ile yeni dışsal garantiler sunmuştur. Ordu sadece Anayasa’nın oylanmasını değil, devlet elitlerinin hem temsilcisi hem de stratejik koalisyon içinde oldukları yüksek yargı gibi kurumların atama yetkisine sahip Cumhurbaşkanı’nın da seçilmesini sağlamıştır. Ordunun bu düzenlemeleri yaparak, darbeden kısa bir süre sonra kışlasına dönmesi, ordunun aslına güç istenci içinde olmadığını ancak “demokrasiyi demokrasiden koruma” amacıyla hareket ettiği şekliyle yorumlanabilir.⁷ Öte yandan, 1980 müdahalesi ile güç peşinde olmayan ancak devletin gerçek merkezi ve devlet elitlerinin ana temsilcileri olarak ordunun, ancak bahsedilen düzenlemelerin ardından kışlaya dönüşü, siyasal elitlerin seçimler sonrası elde edecekleri gücü aşırı kullanacakları konusunda derin şüphelerinin olduğunu göstermektedir.

⁷ Metin Heper’e göre asker, yargı ve bürokratik devlet elitleri, kendilerini Kemalist mirasın gerçek varisleri olarak, devlet ideolojisini belirli grupların çıkarlarını temsil eden siyasal elitlere karşı korumakla görevli olarak görmektedirler. Bk. Heper, M. (1985). *The State Tradition in Turkey*. Beverley:Eothen Press.

Aynı zamanda, siyasi spektrumun hem sol hem de sağındaki çok çeşitli toplumsal hareketler, yıllar boyunca Türk demokrasisine tehdit olarak algılanmaktaydı. 1980 yılında yaşanan çalkantılı dönemin ardından, siyasal hayatta daha görünür olan siyasal İslam ve Kürt milliyetçiliği, Türkiye'nin önde gelen ulusal ve uluslararası sıkıntıları haline gelmiştir (Koğacaloğlu, 2004:439). Türk Anayasa Mahkemesi Türk devletinin bölünmezliği ve laik niteliğine karşı tehdit olarak gördüğü bu iki konuda daha aktivist bir tutum izlemiştir. Mahkeme Kürt sorunu ve Siyasal İslam konusunda seçici bir biçimde aktivist bir tutum izlemiştir.⁸

Koğacaloğlu (2004) Mahkemenin eylemine rehberlik eden üç temel fikrin (ilerlemecilik, bölünmez bütünlük ve demokrasi) birleşik anlayışından ortaya çıkan hayali bir tehdidin var olduğunu savunmaktadır. Batılılaşma ve modernleşme anlamında ilerleme, demokratik bir ulusun temel bir unsuru olarak nitelendirilirken, bölünmez bütünlük sıklıkla ilerlemenin bir sonucu olarak tanımlanmaktadır. Siyaset bu yapıların birliğini koruyarak ulusu kesin olarak koruyabilir. Bu şekilde demokrasi soyut bir kategori olarak kavramsallaştırılmakta ve bu idealleri koruyan siyasi rejim anlamına gelmektedir (Koğacaloğlu, 2004 458).

Anayasa Mahkemesi devlet elitlerinin ideolojik ilkeleri ile siyasi tercihlerini korurken birkaç şekilde aktivist tutum sergilemiştir. Bunlardan birisi de siyasi partilerin kapatılmasına karar verilmesidir (Arslan, 2002; Koğacaloğlu, 2004). 1982 Anayasasının ardından, Mahkeme on sekiz siyasi partinin kapatılmasına karar vermiş, 2004 yılında iktidar partisinin kapatılmasını oylamış, partiyi laikliğe karşı eylemler konusunda suçlu bulmasına rağmen partinin kapatılması için gerekli çoğunluk sağlanamamıştır. Siyasi parti kapatmalarının gerekçesi olarak görülen iki iki önemli konuda görülebilmektedir; laikliğe karşı eylemlerin odak noktası olarak siyasal İslam ve devletin bölünmez bütünlüğüne karşı eylemlerin odak noktası Kürt siyasal hareketi. Mahkeme siyasal süreçlerin içeriğinin yanı sıra sınırlarını da şekillendirmeyi amaçlamaktadır (Koğacaloğlu, 2004:459).

⁸ Bk. Belge, C. (2006). Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey. *Law & Society Review*, 40(3), s. 664.

Mahkeme, özellikle Kürt meselesi ve İslamcı hareketler konusunda seçici aktivist tutum izlemekte, özellikle bu konularda temel insan haklarını korumak yerine devlet ideolojisi lehine kararlar vermektedir (Arslan, 2002). Türkiye Birleşik Komünist Partisinin kapatılması kararında Mahkeme, “TBKP’nin Kürt meselesi konusundaki içtüzüğünün, hem Anayasa (Madde 2.3, 66, ve 68) hem de Siyasi Partiler Kanunu (Madde 78, 80, 81) tarafından yasaklanan ayrılıkçılığı ve Türk milletinin bölünmesini teşvik ettiği sonucuna varmıştır” (Arslan, 2002:16). Ek olarak, Refah Partisi’nin kapatılmasına karar veren için Mahkeme, partinin laikliğe karşı faaliyetlerin merkezi haline geldiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre, laiklik ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanmaktadır ve bu nedenle siyasi, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir (Arslan, 2002:16).

1982 tarihli Türk Anayasası, yargısal aktivizme yol açabilecek birçok yasal hüküm içermektedir. Anayasanın, devletin temel özelliklerini tanımlayan ve değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen ilk üç maddesi toplum huzuru, milli dayanışma ve adalet gibi yorumlama alanı çok geniş ve tam olarak tanımlanması imkânsız olan kavramları içermektedir. Ayrıca Anayasa’nın ikinci maddesi insan haklarına saygı, Atatürk milliyetçiliğine bağlılık, demokrasi, laik ve sosyal bir hukuk devleti gibi çok farklı şekillerde tanımlanabilecek maddeler içermektedir (Özbudun, 2007). Anayasanın başlangıç kısmındaki, “Türk milli menfaatleri”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri”, “Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği” gibi kavramları tanımlamak daha belirsiz ve imkansızdır. Bu tür geniş ve belirsiz kavramların, Anayasa Mahkemesine aktivist bir tutum için büyük olanaklar sağladığı açıktır (Özbudun, 2007).

Mahkemenin yargısal aktivist tutumu hem 1961’den hem de 1982’den sonra birçok davada özellikle de bazı anayasa değişikliklerinin iptali kararlarında görülebilir. Mahkeme, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası kendisine bu yetkiyi vermemesine rağmen, anayasa değişikliğini sadece şekil yönünden değil içerik yönünden de inceleyerek, anayasa değişikliğinin esas yönünden incelemiştir. Ancak, Mahkeme anayasa değişikliklerinin Anayasanın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen ikinci maddesine aykırı olduğunu savunarak, anayasa değişikliğini iptal etmiştir.

Mahkemeye göre, Anayasa'nın ikinci maddesine (insan haklarına dayanan hukukun üstünlüğüne ve başlangıçta belirtilen temel ilkeler olan milliyetçi, demokratik, laik ve sosyal devlet) aykırı herhangi bir anayasa değişikliği cumhuriyetin ilkelerine aykırı olacaktır (Özbudun, 2007). Anayasa mahkemesi, anayasa değişikliklerini bu gerekçelerle biçim ve içerik bakımından denetleme yetkisini aktivist bir tutumla kendisine vermiştir (Özbudun, 2007).

Devletin koruyucusu olarak devlet elitleri, kendilerini ulusal çıkarların koruyucusu olarak görmekteydi; devlet elitleri, siyasal elitlerin ayrımcı, özel ve geçici çıkarların oportünist temsilcileri olduklarından şüphe etmektedirler (Özbudun, 1983:247-68). Özbudun (2005:340-345) Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluş amacının hemen hemen her zaman hegemonik devlet elitlerinin siyasi ideolojilerini ve çıkarlarını korumak olduğunu öne sürmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi karar alma mekanizmaları yoluyla, seçilmiş elitler ile atananlar (devlet elitleri) arasındaki çatışmanın odak noktasındadır; sonuç olarak da Mahkemenin tutumu devlet elitlerinin beklentilerine yöneliktir (Ünal, 1998:97-100).

Hegemonik koruma tezini ortaya koyan Ran Hirschl de Türk Anayasa Mahkemesinin hegemonik koruma tezine iyi bir örnek olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme'ye göre hegemonik devlet elitleri (laik elitler) ile siyasi elitler arasında meydana gelen gerginliğin başörtüsü ve Siyasal İslam geleneğindeki partilerin kapatılması davalarında net bir şekilde ortaya çıkmaktadır (Hirschl, 2004: 147-154). Devlet elitleri Mahkeme'yi bu konularda hegemonik korunma aracı olarak görmüş; Mahkeme de çoğunlukla devlet elitlerinin beklentilerini karşılamıştır (Hirschl, 2004:147-154).

Daha önceki bölümlerde detaylıca bahsedildiği üzere hukuk ve kanunların değerlendirilmesi yorumlama faaliyetini içermektedir (Dworkin, 1986:410). Mahkeme üyeleri yorum tekeline sahiptir. Anayasa mahkemelerinin üzerinden denetim yapmış olduğu anayasal metinler, diğer kanunlar gibi ayrıntılı ve somut içerikli olmayıp, değişik yorumlamalara açık birçok soyut kavram içermektedir. Türkiye özelinde bu kavramlar laiklik, Atatürk Milliyetçiliği, bölünmez bütünlük gibi son derece farklı yorumlanabilecek ancak Anayasa'nın en temel özellikleri de

olabilmektedir. Mahkeme üyelerinin bu kavramları yorum tekeli eğer insan haklarına ve bireysel özgürlüklere uygun ise, yasama erkinin anayasal denetiminin demokratik olarak meşru olduğu iddia edilmektedir (Turhan, 2007). Öte yandan Gözler (2007) anayasal denetimin siyasal bir alan olan yasama erkini denetlemesinin meşru olmadığını iddia etmektedir; çünkü yorumlama bir biliş eylemi değil, bir irade eylemidir. Dolayısıyla anayasanın yorumlanması adli-teknik-bilimsel bir faaliyet değil, politik bir faaliyettir. Üyelerin bu yetkiye sahip olduğunu iddia ettiği- Mahkeme'nin anayasal yorum yetkisi- Türkiye'de siyasetin yargısallaşmasını artıran önemli bir husustur. Arslan (2008:59) ise Anayasa Mahkemesinin yorum tekeline sahip olmadığını ve olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu tekel, Mahkeme'nin yargısal aktivizm açısından köklü tutumunu ve buna bağlı olarak Mahkemenin yargısal üstünlük anlayışını pekiştirmektedir. Anayasa, mahkemeye herhangi bir yorum tekeli vermemektedir; Mahkeme özel bir yorumlama yetkisine sahip değildir ve hatta Mahkemenin genel yorumlama yetkisi de sınırlıdır (Arslan, 2008:61-62).

Mahkemenin yorum tekeli anlayışı, kararlarının demokratik meşruiyetini tehlikeye atan bir tür yargısal aktivizme yol açmaktadır. Mahkeme kuruluşundan bu yana, siyasi alanlarda alınması gereken kararları yargı alanının konusu haline getirmekte ve yargısal aktivizm anlayışıyla siyasi elitlerin siyasal oyun alanını kısıtlamaktadır (Arslan, 2008:68).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi laiklik, devletin bölünmezliği ve devletçilik konusunda seçici aktivist bir tutum izlemektedir. Bu aktivizm, bireysel hakların ve özgürlüklerin çoğunluk rejiminden kaynaklanan tehditlere karşı korunmalarına odaklanması gerekirken, Özbudun'un (2007:264) belirttiği gibi, Türkiye Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivist tutumu temel hakların güçlendirilmesine yönelik bir aktivist tutum değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivist tutum olarak öne çıkmaktadır. Mahkemenin seçici davrandığı konularda, yasama ve yürütme erklerinin alanına ait yetkilerin girerek artan şekilde aktivist bir tutumla ele alması, temel haklar konusunda kendini sınırlayıcı bir tutum sergilemesi ve özgürlükleri genişleten kanunlara iptal etmesi, demokratik siyasal alanın daraltılması olarak yorumlanmaktadır (Korucu, 2014: 75-

76; Küçük, 2019: 140-158; Öztürk, 2014: 136-149). Arslan (2008:69) da aynı şekilde, Mahkemenin temel haklar davalarında kendini sınırlama ilkesine göre, laiklik ve üniter devlet konulu davalarda ise aktivist bir tutumla hareket ettiğini ve Mahkemenin tutumunun hak temelli değil ideoloji temelli olduğunu öne sürmektedir (Arslan, 2005:234-237).

Mahkeme, hegemonik devlet elitlerinin avantajlı durumlarını kendi kararlarıyla desteklerken, yasama meclisinin kararını yani milli iradenin tecelli ettiği kararların uygulamasını engellemektedir. Ayrıca, Mahkeme *taraf olarak kabul edilmeyen tarafların* dini ve siyasi tercihleri içeren taleplerinin siyasal sistemin dışarısında bırakılmasını sağlamaktadır (Sarıbay, 2008:396). Kürtler de aynı bağlamda *taraf olarak kabul edilmeyen bu taraflardan* biri olarak kabul edilebilir.

Türkiye Anayasa Mahkemesi sadece laiklik ve Kürt meselelerinde aktivist değildir. Mahkeme ayrıca, hükümetlerin ekonomi konusundaki yasama faaliyetlerinde de aktivist tutum izlemektedir; yabancılar için gayrimenkul edinimi ve özelleştirme, Mahkemenin aktivist olduğu diğer hususlar olarak listelenebilir. Mahkeme, “Türk milli menfaatleri” ve “milletin bağımsızlığı” gibi anayasal maddelere aykırı olduğunu savunarak birçok özelleştirme kanununu iptal etmiştir (Arslan, 2008:68). 1982 Anayasası’nın 2010 yılındaki anayasa değişikliklerine kadarki 28⁹ yıllık uygulamasında Anayasa Mahkemesinin esasen onu oluşturan ve güçlendiren devlet elitlerinin beklentileri doğrultusunda hareket ettiği iddia edilebilir (Özbudun, 2006).

Özellikle 1961 Anayasası’ndan önce anayasal bir denetimin olmaması, siyasi elitlerin politika ve kanun yapma süreçlerini sınırlayacak herhangi bir kurumun olmaması anlamına gelmekteydi. Yukarıda da ifade edildiği gibi Hirsch’in hegemonik koruma tezi, 1961’den önce Türkiye’nin siyasi geçişleri için geçerli değildir; zira 1924 Anayasası’nda çok partili bir seçim sistemi olmadığından, devlet elitlerinin veya hegemonik devlet elitlerinin ideolojilerine yönelmiş bir tehdit bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, tarihsel olarak haklarından mahrum edilmiş ve daha önceden temsil

⁹ Özbudun 2006 yılında yazdığı çalışmasında bu sayıyı 23 olarak vermektedir, ancak mahkemenin aynı tutumu 2010 yılına kadar sürdürdüğü iddia edilebilir.

edilmeyen gruplar devlet elitlerinin ideolojik ilkeleri ve siyasi tercihlerine alternatif üretecek siyasi araçlara sahip değillerdir.

1961 yılında siyasal sisteme dahil edilen Anayasa Mahkemesi, siyasi elitlerin yürütme ve yasama yetkilerini sınırlandırmak üzere kurulan tek araç değildir. Bu anayasa ile tesis edilmiş birçok özerk kuruluşa demokrasinin bir ilkesi olarak seçilmiş siyasilerin aşkın güç kullanımını sınırlayacak yetkiler verilmiştir. Yalnız 1982 Anayasası'yla tesis edilen Devlet Güvenlik Mahkemesi, devlet elitlerinin ideolojisi ile demokrasinin koruyucusu olarak hegemonyasını koruyan güçlü bir kurum olarak görev yapmıştır (Hale 1994; Karpat 1988; Çelik 2000).

4.3 1982-2010 ARASI ÖRNEK OLAY İNCELEMELERİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin seçici olarak aktivist olduğu durumlardan birinin laiklik ilkesine aykırı faaliyetler- bir başka ifadeyle irticai faaliyetler; diğerinin ise devletin bölünmez bütünlüğüne aykırı faaliyetler- yani Kürt siyasal hareketi olduğu ifade edilmiştir. Bu bölümde, bu iki konu hakkındaki parti kapatma davaları örnek olarak incelenecektir. Davalar sadece bu tutum çerçevesinde değil, aynı zamanda mahkeme üyelerinin çoğunluk görüşünden ve mahkemenin tutumundan ayrılarak ortaya koymuş oldukları karşı oy yazıları çerçevesinde de analiz edilmiştir. Karşı oy yazılarının analiz edilmesi, mahkemenin hem bu davalardaki aktivist tutumunun daha net bir şekilde ortaya konulması, hem de 2010 sonrası hipotetik olarak ortaya konulmuş tutum değişikliğine işaret etmesi açısından önemlidir.

4.3.1 Devletin Bölünmez Bütünlüğüne Aykırı Faaliyetlerden Dolayı Parti Kapatma Davaları

Anayasa Mahkemesinin laiklik konusu haricindeki seçici aktivist olduğu diğer bir konu ise devletin bölünmez bütünlüğüdür. Mahkeme bu konudaki parti kapatma gerekçelerini bölücülük veya bölücü faaliyetlere dayandırmaktadır. Bölücülük olgusu, tıpkı laiklik olgusu gibi mahkemece Türkiye’ye özgü bir olgu olarak anlaşılmakta ve Anayasa’nın 68. maddesinin 4. bendindeki “Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez” ifadesine dayandırılmaktadır. Bölünmez bütünlük, bir mahkemenin gerekçesinde olmaması gereken bir şekilde, sloganvari bir tabir ve anlatımla birçok kararda “Devlet TEK’tir, ülke TÜM’dür, ulus BİR’dir” şeklindeki bir ifadeyle eşleştirilmektedir. Mahkeme, cumhuriyetin kurucu ideolojisinin devamını sağlamak amacıyla, devletin bölünmezlik

ilkesini korumak üzere birçok siyasal parti hakkında kapatma kararı vermiştir. İlerleyen bölümde öncelikle bu konudaki davalar genel özellikleriyle incelenecektir.

Anayasa Mahkemesi ikisi 1982 Anayasası'ndan önce olmak üzere toplam 15 siyasal partiyi Türk Devletin milletiyile bölünmez bütünlüğü ilkesinin ihlali gerekçesiyle kapatmıştır. Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Sosyalist Parti, Halkın Emek Partisi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi, Demokrasi Partisi, Sosyalist Birlik Partisi, Demokrasi ve Değişim Partisi, Emek Partisi, Demokratik Kitle Partisi ve Demokratik Toplum Partisi “devletin milletiyile bölünmez bütünlüğünü ihlal” gerekçesiyle; Halkın Emek Partisi ve Sosyalist Birlik Partisi devletin teklîğinin ihlali gerekçesiyle kapatılmıştır. Türkiye İşçi Partisi, Türkiye Emekçi Partisi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Halkın Emek Partisi, Sosyalist Türkiye Partisi, Demokrasi Partisi, Sosyalist Birlik Partisi, Demokrasi ve Değişim Partisi Emek Partisi, Demokratik Kitle Partisi ve Demokratik Toplum Partisi'nin kapatma gerekçelerinde ise ek olarak azınlık yasağının ihlal gerekçesi de davalara eklenmiştir. Ayrıca Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Sosyalist Parti, Halkın Emek Partisi, Sosyalist Türkiye Partisi, Demokrasi Partisi, Sosyalist Birlik Partisi, Demokrasi ve Değişim Partisi, Emek Partisi, Demokratik Kitle Partisi ve Demokratik Toplum Partisi davalarında ise Türk dili ve kültüründen başka bir dil ve kültürün korunması ve yayılması yasağının ihlali de kapatma gerekçelerinden biri olarak geçmektedir.

4.3.1.1 Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı parti programında yer alan bazı ifadelerin “Anayasa'nın 2, 3, 14 ve 68. maddeleriyle 2820 sayılı Yasa'nın 78. ve 81. maddelerine aykırı olarak” devletin ülkesi ve milletiyile bölünmez bütünlüğünü bozmayı; bazı ifadelerin ise “Anayasa'nın 6, 10, 14 ve 68. maddeleriyle 2820 sayılı Yasa'nın 78. maddesine aykırı olarak” belirli bir sosyal sınıfın egemenliğini amaçladığı gerekçesiyle TBKP hakkında kapatma davası açılması için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Başsavcılık parti programındaki “marksizm, diyalektik yöntem ve nihai hedef komünizmi gerçekleştirme aşamalarında sınıf diktatöryasını ... [p]artinin niteliği ve

amacı” olarak değerlendirmiştir. Parti programına göre “TBKP, emekçi iktidarı kurulacak ve komünist topluma” ulaşılacaktır. Bu değerlendirmeye göre TBKP Marksist ideolojiye ulaşma süreci ve sonrasında bir sosyal sınıfı diğerlerinden daha üstün tutmaktadır.

Mahkeme bu iddiayı değerlendirirken öncelikle tarihsel materyalizm, Marksist materyalizm ve Marksist devlet anlayışını tarihsel ve teorik olarak değerlendirmiş ve şu değerlendirmeye ulaşmıştır: “davalı siyasi partinin de proletarya diktatörlüğünü reddettiği söylenememektedir. Çünkü, öncelikle partinin ... görüşleri işçi sınıfının tahakkümü esasına dayanmaktadır. Davalı siyasi parti proletarya diktatörlüğünü kabul etmediğini de açıkça programında belirtmemektedir. Öte yandan, yukarıda değinildiği gibi, Anayasa’nın 68 inci maddesi, gerekçesinde komünist partilerin sınıf egemenliğini amaçladıkları peşinen kabul edilmiştir.”

Ancak, parti programında bu komünist devlet sistemine barışçıl yol ve yöntemlerle geçileceği, parti politikalarının çoğulculuk esasına göre hareket edeceğini belirtilse de Mahkeme, demokrasi ve Marksist demokrasi ayrımı yaparak bunun mümkün olmadığını ifade etmektedir. Mahkeme bu ifadelerin “davalı siyasi partinin varlığını devam ettirebilme endişesi içinde tüzük ve programının Anayasa ve yasalara aykırı olmasını önleme çabasının sonucu” olarak ortaya konulduğuna karar vermiştir.

Başsavcılık parti programındaki “TBKP, Türkiye işçi sınıfının, aydınlarının, Türk ve Kürt bütün çalışanların partisi...”; “TBKP... Türk ve kürt marksistlerin sınıf esasına dayalı marksist partisidir”; “kürt sorununun adil, demokratik, barışçı çözümü”; “Ulusal kurtuluş savaşı birlikte yürütüldüğü halde, kürtlerin ulusal varlığı ve meşru hakları ... inkar edilmiştir” gibi ifadelerin de devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bu ifadelerin “bir kürt ulusunun varlığı(nın) açık ve seçik bir biçimde kabul” edilmesi olarak değerlendiren başsavcılık, bu politikaların ulusal yapıda kopma ve bölünmelere neden olacağını ifade etmiştir.

Mahkeme bu iddiaları değerlendirerek parti programındaki ifadelerin “ülke bütünlüğü ve demokratik düzeni yıkmayı amaçlayan” politikalar olduğunu değerlendirmiş ve Türkiye Cumhuriyeti kanunlarının “kürt adı yoluyla kürtçülükle

bölücülük” yapılmasını yasakladığını belirterek, “Ülkenin her köşesinde değişik kökenli yurttaşlar aynı koşullar içinde yaşamaktadır. Parti’nin tutumuyla gösterdiği doğrultu ve getirdiği ölçü(nün), ulusu” böleceği sonucuna varmıştır.

Bu nedenlerle TBKP “Anayasa’nın 3. ve 14. maddelerinin ilk fıkraları, 68. maddenin dördüncü fıkrası ile Siyasi Partiler Kanunu’nun 78. maddesinin (a) bendi, 81. maddesinin (a) ve (b) bentlerine aykırılık nedeniyle” 16 Temmuz 1991 tarihinde kapatılmıştır.

4.3.1.2 Sosyalist Parti (SP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı parti tarafından çoğaltılan eserlerde, partinin ülkenin bölünmez bütünlüğünü bozacak eylemler hedeflemesi nedeniyle Anayasa’nın ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası’nın dördüncü kısım hükümlerine aykırı hareket ettiği iddiasıyla kapatılmasını talep etmiştir.

Partinin çoğaltıp dağıttığı eserlerde “Türk milliyetçiliği, Kürt sorununun çözüleceği topraklarda iflas etti.... Devlet Kürdü vurmak için beslediği korucunun, özel timin ... maaşını halktan aldığı vergilerle ödüyor. Kürde atılan merminin, sınır ötesi harekâtlarda kullanılan benzinin ... kısacası özel savaşın gideri halkın sırtına yıkılıyor... Kürt milleti, kendi kaderini tayin hakkına kayıtsız şartsız sahiptir. Eğer, isterse ayrı bir devlet kurabilir.... Kürt milleti, kendi kaderini tayin hakkına kayıtsız şartsız sahiptir. Eğer, isterse ayrı bir devlet kurabilir.... Kürt milleti, kendi kaderini tayin hakkına kayıtsız şartsız sahiptir. Eğer, isterse ayrı bir devlet kurabilir....” şeklinde ifadeler yer almaktadır. Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, SP ülkede bir federatif yapı talep etmekte, Kürt’lerin kendi kaderini tayin hakkına sahip olarak bu federatif yapının bir parçası olacağını, hatta ayrı bir devlet kurabileceklerini belirtmektedir.

Parti savunmasında bu metinlerin Doğu Perinçek tarafından henüz Genel Başkan olmadan önceki ifadelerinin olduğunu; bu nedenle partiyi bağlamayacağını savunmuştur. Ancak mahkeme eserlerin parti tarafından dağıtıldığını belirterek bu savunmayı kabul etmemiştir. Parti ayrıca Atatürk milliyetçiliğini kabul etmediklerini;

milliyetçiliği bir ideoloji olarak görmediklerini ve milliyetçiliğin Türkiye'nin bugünkü ihtiyaçlarını karşılamayacağını savunmuştur.

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmesi sonucunda, partinin “amacının devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmez bütünlüğünü yıkarak devlet yapısını ve adını değiştirmek, “Türk-Kürt Federasyonu”nu kurup ırk esasına dayanan” bir devlet yapısı inşa etmeyi hedeflediğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca partinin Atatürk milliyetçiliğine ideolojik olarak karşı çıkmasının “Ülke ve Ulus bütünlüğüne de karşı” olmak anlamına geldiği sonucuna varmıştır. Buradan görüleceği gibi mahkeme milliyetçiliğin farklı yorumlarını kabul etmemekte ve Atatürk milliyetçiliğini reddetmenin ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünü reddetmek olduğunu ifade etmektedir. Parti programında geçen “kendi kaderini tayin hakkına” uluslararası hukuk belgelerinin de izin vermediğini belirten mahkeme, bu hakkın Lozan Barış Antlaşması ile hukuki sistemden çıktığını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca bu eserlerdeki “Kürt milletinin demokratik kültürü, baskıların sona erdirilmesi sonucu serpilme olanağına kavuşacaktır” gibi ifadelerin de “Türk dili ve kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek, yaymak yoluyla azınlık yaratarak millet bütünlüğünün bozulmasını” amaçladığını öne sürmüştür. Mahkeme partinin “faaliyetlerinin Anayasa ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'na aykırı olduğuna” ve bu nedenle kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.1.3 Halkın Emek Partisi (HEP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı partinin Genel Başkanı ve diğer bazı mensuplarının değişik iletişim kanallarıyla ve parti örgütlerinde yaptıkları toplantılarda ifade etmiş oldukları beyanlarını delil göstererek partinin devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmez bütünlüğüne aykırı faaliyetler içerisinde olduğu gerekçesiyle kapatılmasına karar vermiştir. Bu delillerden bazıları partinin eski genel başkanının yapmış olduğu konuşmalardan derlenmiştir. Bu delillerden birisi HEP'in eski Genel Başkanı Fehmi Işıklar'ın konuşmasından derlenen şu ifadelerdir:

..demokrasinin önünde en büyük engel bugün demokrasinin önünde en büyük engel Kürt sorunudur... Milli Güvenlik Kurulu Kürt sorununu tartışabiliyor, MİT tartışabiliyor, hükümet tartışabiliyor. Kim tartışamıyor,

yalnız Kürtlere yasak tartışmak... Eğer bu devlet, ... bu partiye Kürt partisi, alevi partisi diyorlarsa demek ki Alevilerle, Kürtleri çok ezdiniz... Kürt halkı kendi kaderini tayin hakkını kullanırken, altını çiziyorum, harcında benim de gözyaşım, kanım var... Kürt halkına baskı yapan, işkence yapan, zulüm yapan politikalara ve devlet resmi ideolojisine karşı çıksınlar.

Mahkemeye göre partinin amaçları arasında ise “Kürt gerçeği insan haklarına saygı temelinde Kürtlerin dil, inanç ve kültür özgürlükleriyle Kürtçe eğitimi, öğrenimi ve diğer haklarını kullanmalarına olanak verecek yeni yasal düzenlemelerle topluma ve devlete” kabul ettirilmesi bulunmaktadır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmesinde, Kürtçe ve diğer etnik dillerin özel ortamda kullanılmasının yasak olmadığını ancak bir ulus bütünlüğünden bahsedilebilmesi için “yerel dillerin resmi dil yerine ortak iletişim ve çağdaş eğitim aracı olarak” tanınmasının olanaklı olmadığı ifade edilmiş, özgün bir Kürt dilinin olmadığı sonucuna da varmıştır.

Mahkeme devletin bölünmez bütünlüğüne tehditlerin savuşturulması gerektiğini, Türk Ulusunun tarihsel gerçeklere dayanan bir ortak kimlik ve kültürünün olduğunu; bu olgularında savunmasız bırakılamayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte mahkeme ilk kez bir kapatma davasında terör tehdidinden bahsederek, HEP faaliyetlerinin silahlı bölücü terör örgütüne destek anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır. “Halkın Emek Partisi’nin dava konusu faaliyetleriyle, teröristlerin gerçek istek ve savları başka bir biçimde belirtilmektedir.”

Mahkeme kararında partinin söylemleriyle Türk Ulusu içindeki vatandaşların değil “etnik grupların kendi görüşleriyle yaratılan ayrı halkların (ulusların) eşitliğine dayalı bir düzen” amaçladığını; partinin üniter devlet yapısıyla sorunların çözülemeyeceğini ifade etmesinden dolayı, Devletin tekliği ilkesine aykırı faaliyetler gösterdiği; Devletin Türk ve Kürt halkları arasında eşitsiz davrandığını ifade ederek, ülkede dil ve ırk ayrımına dayanan azınlıkların varlığını iddia ettiği; Kürtçe eğitim, öğrenim gibi hakları devlete benimsetilmesini istediğinden dolayı “Türk dili ve kültüründen başka bir dili ve kültürü korumak, geliştirmek yoluyla azınlık yaratılarak ulus bütünlüğünün bozulması amacı” taşıdığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu bağlamda Mahkeme partinin “Türk Ulusunu ırk esasına dayalı olarak “Türk ve Kürt Ulusları” biçiminde ikiye böldüğü, böylece Kürt kökenli yurttaşları

gerçek dışı biçimde “ezilen bir ulus” olarak nitelendirerek, devlete karşı kışkırtarak zulme karşı özgürlük mücadelesi veriyor gösterdiği, “kendi kaderini tayin hakkının tanınması” önerisiyle ve öbür çalışmalarıyla da Anayasa’ya ve Siyasi Partiler Yasası’na aykırı olarak bölücülük” yaptığını değerlendirerek parti faaliyetlerinin Anayasa ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası’na aykırı olduğundan kapatılmasına 14 Temmuz 1993 tarihinde karar vermiştir.

4.3.1.4 Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ÖZDEP’in parti programındaki ifadelerden dolayı hem bölücülük hem de laikliğe aykırı faaliyetler sebebiyle kapatılması için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Parti programında “Tekel iktidarlarının yapısı Cumhuriyetin ilk günlerinden bugüne kadar, ... Kürt halkını inkâr ve haklı taleplerini bütünüyle yok sayma... temelinde geliştirilen siyasî politikalarla” ülkeyi yönettiğini öne sürmektedir. Parti “sürgün ve imha politikaları daima öne çıkarılarak egemen “Türk” anlayışı korunmuş, başta Kürt halkı olmak üzere diğer ulusal azınlıklara” baskı öngören bir devlet politikasının varlığını öne sürmektedir. ÖZDEP’in politikaları arasında “Türk ve Kürt halkı ile azınlıkların demokratik, özgür bir ortam içinde kendi dil, kültür, gelenek, felsefi ve dinî inanç ve ibadetlerini özgürce yerine getirmeleri ... Başta TV, radyo olmak üzere her türlü basın yayın olanaklarından eşitçe yararlanmaları”; tüm vatandaşların kendi ana dilleriyle temel eğitim hakkından yararlanmaları; yargılanma dilinin anadil olması; devletin din işlerine müdahalesinden arındırılıp Diyanet İşleri Başkanlığı’nın kapatılması bulunmaktadır. Başsavcılık bunları partinin kapatılması için yeterli delil olarak görmektedir.

Parti yapmış olduğu savunmada “halkların barış ve kardeşliğinin egemen olduğu bir düzeni ve bu düzen içinde özgür iradeye dayalı, kendi kaderlerini kendilerinin belirlemesinin” mümkün olduğunu ifade etmektedir. Partilerinin bölücü değil, aksine “çağdaş, demokratik, hukuka saygılı ve hoşgörülü bir toplum düzeni” amaçladığını ve çözümün de barışçıl ve demokratik olacağını ifade edilmiştir.

Mahkeme ise yapmış olduğu değerlendirmede parti programında sıklıkla geçen halklar, uluslar, azınlıklar kelimelerine özellikle vurgu yapmaktadır.

Mahkeme, uluslar ve halklar ifadelerinden Türk halkı dışındaki diğer ulusları ve özellikle de Kürt ulusunun ima edildiğini ne sürmekte; “Türk Ulusu bütünlüğü dışında başka ulusların, özellikle Kürt Ulusunun varlığının ve ayrı ulus olmanın gerektirdiği hakların amaçlandığı sonucuna” varmaktadır. Ayrıca programda yine sık sık kullanılan kardeşlik ve birlik kelimeleri yine mahkemeye göre partinin gerçek amacının gizlenmesi için kullanılmıştır. Mahkeme HEP’in “ÖZDEP, Kürt kökenli yurttaşları asılsız ve dayanıksız sav ve suçlamalarla kargaşa ve iç savaş çıkarmaya kışkırt(tığını), ayaklanma için demokratik hoşgörünün sınırlarını” zorladığını iddia emektedir.

Mahkeme partinin bölücülük yaptığı kararına ulaşmıştır, zira mahkemeye göre parti gerçekte olmayan şekilde “Türk Ulusunu ırk esasına dayalı olarak “Türk ve Kürt Ulusları” biçiminde ikiye bölmüş; ezilen bir halk olarak nitelediği Kürtlere ayrı bir ulus olarak kendi kaderlerini tayin etme hakkını verme amacına yönelik Devletin lkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozucu bir konuma” düşmüştür.

Mahkeme parti programında yer alan din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması amacıyla Diyanet İşleri Başkanlığı’nın kapatılması politikasının da laikliğe aykırı faaliyet olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme Diyanet İşleri Başkanlığı’nın dinsel bir örgüt olmadığını Anayasa Mahkemesinin eski kararlarına dayanarak belirmiş, Başkanlığın görevinin din hizmetlerinin ehil kişilerce verilmesi, “dinî taassubun önlenmesi, ahlkn ve dinin toplum için manevî bir disiplin durumuna gelmesi ve böylece değişik dinlerdeki tüm inananları ve inanmayanlarıyla Türk Ulusu’nun ağdaş uygarlık düzeyine erişmesi” olduğu ifade etmiştir. Mahkeme Anayasa’nın 136. maddesine göre Diyanet İşleri Başkanlığı’nın laiklik ilkesi doğrultusunda faaliyet gösterdiğini ifade ederek, Başkanlığın hukuki varlığını sona erdirmenin laiklik karşıtı bir eylem olduğunu belirtmiştir.

Bu bağlamda mahkeme parti faaliyetlerinin “Anayasa’nın BAşLANGIç’ına, 2., 3., 14., 24., 42., 68., 69. ve 136. maddeleriyle 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası’nın

78. maddesinin (a) bendine, 81. maddesinin (a) ile (b) bentlerine ve 89. maddelerine aykırılıklar içerdiği” gerekçesiyle HEP’in kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.1.5 Sosyalist Türkiye Partisi (STP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı yine HEP kararında olduğu gibi, parti programındaki bazı ifadelerin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı faaliyetler içerdiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine kapatma davası açmıştır.

Başsavcılık iddianamesinde, parti programında yer verilen “ulusal kurtuluş mücadelelerinin sosyalizmin yerleşip gelişmesinde etken olduğu....ulusal kurtuluş mücadeleleri içinde Kürt ulusal hareketinin önemli yere sahip olduğu ... ülkemizde başta Kürt ulusu olmak üzere ulusların bulunduğu, bunların dil ve kültürel yapılarını koruyup geliştirmelerinde, ayrılma dahil kendi geleceklerini belirlemede, her türlü olanağın sağlanarak yasalar ve toplumsal araçlarla güvenceye alınacağı, ulusal ve etnik kökenin ayrıcalık dışlanma ve ezilme nedeni olmayacağı, hiçbir dile ayrıcalık tanınmayacağı, Türk ve Kürt halklarının gönüllü birliğini temin için propaganda çalışmaları yapılacağı” şeklindeki görüşleri temel alarak bir kapama gerekçesi kaleme almıştır.

STP savunmasını milliyetçilik kavramı üzerine kurarken Atatürk milliyetçiliğinin hukuki bir terminoloji olmadığını bu nedenle hukuksal değerlendirmelerde bu kavramla hareket edilemeyeceğini ifade etmiştir. Parti tek ulus kavramının da Atatürk milliyetçiliği kavramının da ırkçılık olduğunu; bu kavramların “Ermeni, Rum, Çerkez halklarını “cemaat” olarak kabul edip, yüzyıllardır iç içe yaşadığı fakat uluslararası bir ağırlığı olmayan Kürt insanının gerçeğini reddettiğini belirtmektedir. Bununla birlikte tek ulus fikrinin hiçbir kişi ve topluluğa dayatılamayacağı gibi ulus birliğinin gönüllü birliktelikler olması fikrini savunmanın da bölücülük olmayacağını öne sürmüştür. STP ayrıca bölünme dahil olacak şekilde kendi kaderini tayin etmenin, yasalar ve toplumsal araçlarla korunduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme değerlendirmesini yapmadan önce ulusal ve üniter devletin korunması için siyasi partiler dahil bazı örgütlenmelerin hukuki yollarla engellenebileceğini, Avrupa'daki örnekleriyle açıklamaktadır. Alman Anayasa Mahkemesinin kapattığı siyasi partiler, Fransız Anayasa Konseyi'nin Korsika'ya özel statü tanıyan yasayı iptal etmesi bu örneklerden bazılarıdır. Mahkeme bu örneklerden hareketle şu sonuca varmaktadır: "Halkların eşit ve kendi kaderlerini tayin etme haklarıyla kültürel hakların kullanılmasında, ...Devlet, ülke, ulus ve siyasal birlik esas alınmakta, bunları bozan her türlü eylemlere hukuksal dayanak verilmemekte ve yasaklanmaktadır."

Mahkeme parti programındaki Türk ve Kürt ulusları arasında kurulması hedeflenen gönül birliğini gerçek niyet olarak kabul etmemekle kalmamış, "gerçekte davalı Parti'nin programı vatandaşlar arasında kin, husumet ve ayrılık duyguları yaratmakta ve körüklemekte" olduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme ayrıca parti programında "Türk ve Kürt ulusları biçiminde bir ayırımın yapılması ve Kürt halkının kendi kaderini belirleme hakkını özgür iradesiyle kullanması; bir başka deyişle, ülkede yaşayan ve Kürt olarak ayırdıkları bir kısım yurttaşların Türkiye Cumhuriyetinden kopmasının amaçlanması"nın devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilkesine açıkça aykırı olduğu yorumunu yapmaktadır.

Mahkeme bu nedenlerle STP'nin "Anayasa'nın Başlangıç Kısmı'na 3., 4., 14., 68. ve 69. maddeleriyle 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 78. maddesinin (9) bendi ve 81. maddesinin (a) ile (b) bentlerine aykırı olarak, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçladığı" sonucuna vararak 30 Kasım 1993 tarihinde kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.1.6 Demokrasi Partisi (DEP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı DEP Genel Başkanı'nın Erbil'de ve bir parti mensubunun Bonn'da yapmış olduğu Kürtçe konuşması ile parti adına yayımlanan bildiride devletin bölünmesini amaçlayan faaliyetlerin olduğu gerekçesiyle parti hakkında Anayasa Mahkemesine kapatma davası açmıştır.

Başsavcılık DEP Genel Başkanı'nın konuşmasındaki "Kürdistan'ın bağımsızlığı ve kurtuluşu için kim ne yapmışsa biz hepsine saygı duyuyoruz... Düşmanın elinde kobra helikopterleri var... Düşman öldürdüğü zaman bu KDP, bu YDK, bu PKK demiyor, bunlar Kürt'tür diyor... Acaba biz Kürdistan için niye birlik olamıyoruz?... Halkımız davası için, kurtuluşu için kızını, gelinini, oğlunu bize veriyor. Dağlarda ... şehit düşüyor" şeklindeki ifadeleri kapatma delili olarak görmektedir. Başsavcı bununla birlikte Yaşar Kaya'nın Bonn'daki konuşmasında söylemiş olduğu "...Kürtler hep zindanı, inkârı, sürgünü ve ölümü yaşadılar...Silahlı mücadele Kürt sorununu Kürt halkının önüne, Kürt ve Türk halkının önüne, dünya kamuoyunun önüne koydu... Bir halkı imha etmek mümkün değildir.." şeklindeki ifadeleri de partinin bölücülük eylemleri arasında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu konuşmalara ek olarak Başsavcının kapatma delili olarak mahkemeye sunduğu ve parti adına yayımlanmış bildirideki "Bugün ülkemizde... uluslararası hukuk kurallarının açıkça çiğnendiği bu savaş yüzünden Kürtler de Türkler de çok ağır bedeller ödemektedir... Bilelim ki bu savaş ne kadar sürerse sürsün ne kadar insan ölürse ölsün, Kürt sorunu çözülmeyecektir" şeklindeki söylemleri de, DEP'in bölücülük gerekçesiyle kapatılması için yeterli delil olarak ortaya koymuştur. DEP yapmış olduğu savunmada, konuşma metinlerinin tercümelerinin hatalı olduğunu; düşünce açıklaması yüzünden bir partinin kapatılmasının çağdaş hukuka aykırı olduğunu; iki konuşma ve bir bildiriyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bölünmeyeceğini ifade ederek, partilerinin kapatılmamasını talep etmiştir.

Mahkeme DEP'in Kürt halklarından ezilenler olarak bahsedildiğini, ezilenlerin de özgürlük savaşı verdiğini ve dolayısıyla ayrı bir devlet kurma isteklerinin olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bununla birlikte PKK kanlı terör örgütünün işlemiş olduğu cinayetleri Kürt kökenli vatandaşların kurtuluş mücadelesi olarak göstermeye çalışmanın terör örgütünün eylemlerine destek olacağını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca DEP'in "Kürt sorununun İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Helsinki Sonuç Belgesi hükümlerine uygun, barışçı ve demokratik yöntemlerle çözülmesinden yana olduğunu belirtmekte ve

davanın Türkiye'nin imzaladığı uluslararası sözleşme hükümleri ile evrensel hukuk ilkelerine göre çözülmesini" talep etmesine rağmen uluslararası hukukun, sözleşmelerin, Helsinki Sonuç Belgesi ve Paris Şartı'nın "Devlet, ülke ve ulus bütünlüğünü bozmaya yönelik eylemlere" olur vermediğini öne sürmektedir.

Mahkeme yukarıda incelenmiş bazı davalarda olduğu gibi ulusal ve üniter devletin etnik farklılıklara göre tartışılmasının uluslararası belgelerde de yasaklandığını vurgulayarak uluslararası kuralların silahla, şiddetle hak arama yollarına kesinlikle kapalı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmeler sonucunda partinin "Kürt kökenli yurttaşları asılsız ve dayanaksız sav ve suçlamalarla kargaşa ve iç savaş çıkarmaya kışkırtmış, ayaklanma için demokratik hoşgörünün" sınırlarını zorlamış olduğunu; "Türk ve Kürt Ulusları biçiminde bir ayırımın yapılması ve Kürt halkının ayrı bir devlet kurma yolunda özgürlük savaşı içinde PKK terörist örgütüyle birlikte" gösterdiğini; "Türk dilinden ve kültüründen başka dil ve kültürün korunması, geliştirilmesi ve yayılması yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak ulus bütünlüğünün bozulmasını" amaçladığını belirtmiştir.

Bu bağlamda, mahkeme, partinin söylemlerinin Türk Ulusunu, "Türk ve Kürt ulusları" biçiminde ikiye bölmeye yöneldiği gerekçesiyle, Anayasa'ya ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 78. 81. maddelerinin (a) ve (b) bentlerine aykırı olduğu sonucuna vararak partinin kapatılmasına 16 Mayıs 1994 tarihinde karar vermiştir.

4.3.1.7 Sosyalist Birlik Partisi (SBP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı SBP'nin hem program ve tüzüğündeki hem de bazı parti yöneticilerinin uluslararası basın organlarına vermiş oldukları röportajlardaki ifadelerden dolayı, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı faaliyetler içerisinde olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesine kapatma davası açmıştır. Parti, tüzüğünde Kürt sorunundan bahsederek, bu sorunun çözülmesi için demokratik ve adil bir yolun bulunmasını amaçladığını belirtmektedir. Partiye göre Kürt sorunun çözümü için "Kürtlerin varlığının ve kimliğinin resmen tanınması, zorunlu(dur)".

Ayrıca SBP'ye göre Kürt halkı dilleri ve kültürleri üzerinde baskı görmektedir. Parti programında “Kürt dili ve kültürü üzerindeki baskıların kaldırılması için....yasaklara son verilmesi için ve.... Kürtlerin anadillerinde eğitim görmeleri” için çalışılacağı ifade edilmektedir. Başsavcılık bu ve benzer ifadelerin partinin yukarıda belirtilen gerekçeyle kapatılması için yeterli olduğu sonucuna varmıştır.

Parti hazırlamış olduğu bir Genel Kongre sonuç çalışma raporunda ise Kürt sorunu hakkında “Kürt halkının uzun mücadele sürecinin ve birleşik olarak kürt politik örgüt ve hareketlerinin varlığıyla geline yerdir” ifadelerini kullanmakta; terör örgütü PKK hakkında ise öne çıkan bir Kürt örgütü olarak bahsetmekte; ancak şiddet eylemleri ile PKK'nın Kürt sorunuyla özdeşleştirilmemesi gerektiğini de ifade etmektedir.

Parti yetkilileri savunmalarında kapatılan birçok siyasal partinin sosyalist ve Marksist programlara sahip olmakla birlikte Kürt sorununun çözülmesini hedeflediğini ifade etmiştir. SBP'ye göre Kürt sorununun çözümü bu sorundan bahsetmeden mümkün değildir; partinin önerdiği çözümde bölünme değil, barış içerisinde birlikte yaşama politikaları mevcuttur.

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucunda Anayasa'nın 66. maddesine atıfla Türk sözcüğünün anlamını belirlemeye çalışmıştır. Madde “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür” ifadesini içermekte, mahkeme de bu ifadeden hareketle Türk sözcüğünü bir ırkı değil “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, Türk Ulusu'nun bir bireyi” olmayı nitelediğini savunmaktadır. Mahkeme devamla, başka parti kapatmalarında da sıklıkla değindiği “Devlet tekdir, ülke tümdür, ulus birdir” kavramını tekrardan farklı şekilde de olsa kullanarak, partinin bu tekil devlet anlayışına zarar verecek şekilde etnik ayrılıkları tartışmasının üniter devlet yapısına aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Mahkeme, SBP'nin tüzük ve programı ile faaliyetlerinin farklı ulusların ve azınlıkların varlıklarının kabul edildiğini gösterdiğini; bu durumun dil, kültür ve

azınlıklarla ilgili hükümlerin ihlal edilmesi ve ulus bütünlüğünün bozulması anlamına geldiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, Mahkeme, partinin ‘Türk Ulusunu ırk esasına dayalı olarak Türk ve Kürt ulusları biçiminde ikiye böldüğünü belirtmiştir. “Kürtlerin üniter devlet içinde yaşamaktan, bağımsız devlet kurmaya kadar çeşitli alternatif yaşam biçimlerini seçmekte özgür tutulması söylemiyle devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozucu bir konuma düştüğünü belirterek” kapatılmasına 19 Temmuz 1995 tarihinde karar vermiştir.

4.3.1.8 Demokrasi ve Değişim Partisi (DDP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı parti programında yer alan bazı ifadelerin bölücülük tanımı içerisine girdiğinden dolayı kapatılması için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. DDP’nin programında yukarıdaki diğer partilerde de olduğu gibi temel olarak Kürt sorunundan bahsedilmekte ve bu soruna çözüm yolları aranmaktadır. Parti Kürt sorununu bölgemizin en önemli sorunlarından birisi olarak nitelendirmekte; Kürtlerin bölgedeki İran, Irak gibi ülkelerde ezildiğini ifade etmektedir. DDP bununla birlikte Kürt sorununun ülkedeki en önemli problemlerden biri olduğunu öne sürmektedir. Kürt sorunundan bahseden tüm partilerin kapatıldığı, farklı etnik yapıya sahip vatandaşların Türkleştirilmeye çalışıldığı, Kürtlere özgürlük ve demokrasinin devlet tarafından çok görüldüğünden Kürt sorununun çözülemediğini ifade eden DDP, sorunun çözümü için programında şunlardan bahsetmektedir: “Kürt dili ve kültürü üzerindeki baskılara, zoraki asimilasyon politikasına son verilecek... Kürt dilinin, radyo ve televizyon yayınları dahil, toplumsal yaşamın her alanında ve aynı resmi işlemlerde serbestçe kullanımı için gereken düzenlemeler yapılacaktır... Kürt kimliği ve hakları bu anayasada güvence altına alınacaktır.” Başsavcı bu sözlerin partinin kapatılması için yeterli delil oluşturduğunu ifade etmektedir.

DDP yapmış olduğu savunmada “Kürtlerin ... dili yasaklandı, ret ve inkâr politikasıyla asimilasyonun ağır çarkına tutuldu... Türkiye’de... sivil otorite ve halk iradesi yerine, hep askerler eliyle resmi ideoloji dayatılarak ülke yönetilmeye çalışılmıştır... Siyasal iktidarlar Kürtlerin haklarını kabul etmeyerek ülkeyi bir iç

savaşın eşiğine sürüklemiştir. Bizce... Kürtler, kendi istekleriyle Türk sayılmayı, dillerinden ve kültürlerinden vazgeçmeyi ve öteki demokratik haklarını askıya almayı kendileri benimsemiş değillerdir... Türkiye toplumu... çok dilli ve çok kültürlü... heterojen bir toplumdur..." gibi söylemler içinde partinin Kürt sorununa bölücülük temelli değil demokratik ve çağdaş hukuk yollarıyla çözüm aradığını ifade etmiştir.

Mahkeme, geleneksel bölücülük yorumunu burada da aynen tekrarlamak suretiyle partinin kapatılmasına 19.03.1996 tarihinde karar vermiştir. Karara muhalif kalan üye Güven Dinçer, davanın görülmekte olduğu dönemde partinin programında geçen ifadelerin zaten TBMM’de fiilen tartışılan konular olduğunu belirtmiştir. Eğer ülkede önde gelen siyasi sorumluluk sahipleri bazı konuları tartışmaya açabilmişlerse, aynı konuda benzer yöntemlerle her siyasi partinin görüşlerini açıklayabilmesi gerektiğini; bu durumun davalı parti için de söz konusu olduğunu dile getirmiştir.

Mahkeme Sosyalist Birlik Partisi’nin kapatma gerekçesinin neredeyse aynısını DDP’nin kapatma gerekçesi içerisinde kullanmış, aynı Türklük tanımını tekrarlamış, devletin farklı etnik yapılar yaklaşımını uluslararası sözleşmelerle desteklemeye çalışarak; DDP’nin ayrı ulus yoluyla ayrı bir devlet amaçladığı sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca partiyi ırk ayrımcılığının aracı durumuna düştüğünü belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme DDP programındaki ifadelerin, “Siyasî Partiler Yasası’nın 78. maddesinin (a) bendine, 80. maddesine, 81. maddesinin (a) ve (b) bentlerine aykırı” olması nedeniyle 19 Mart 1996 tarihinde DDP’nin kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.1.9 Emek Partisi (EP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Emek partisinin programında yer alan bazı ifadelerin Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı faaliyetler içermesinden dolayı kapatılması için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Başsavcılık partinin kendi amacını açıklarken kullandığı “Emperyalizmin, sermayenin, Türk ve Kürt gericiliğinin, Kürt halkını ezme, Türk ve Kürt halkını düşmanlaştırma faaliyetine son; Kürt halkı üzerindeki bütün yasakların kaldırılması;

ordunun ve öteki silahlı güçlerin bölgeden geri çekilmesi, etnik kültürlere, milliyetlere ve dillere tam özgürlük ve tam hak eşitliği” gibi ifadeleri partinin kapatılması için yeterli delil olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte partinin Kürt sorununa demokratik halkçı çözüm için sunduğu “Kürtler üzerindeki bütün yasakların kaldırılması, ordunun ve öteki silahlı güçlerin bölgeden geri çekilmesi, etnik kültürlere, milliyetlere ve dillere tam özgürlük ve tam hak eşitliği, özgürlük, hak eşitliği, Türk ve Kürtlerin eşit ve özgür birliğini güvenceye alan baştan aşağı demokratikleşmiş bir devlet biçimi” gibi öneriler de devletin üniter yapısına tehdit olarak görülmüştür.

EP yapmış olduğu savunmada amaçlarının bir azınlık yaratmak olmadığını, ulus milliyet azınlık gibi kavramların sosyolojik olgular olduğunu ve bir kurum tarafından üretilmeyeceğini ifade etmiştir. Parti ayrıca amaçlarının her bireyin kendi anadili, kültürü, tarihi, dini inançlarını öğrenmesinin temel insan hak ve özgürlüğü kapsamında olduğunu; partinin de bunu yaparken ülkede yaşayan tüm insanların kardeşlik birliğiyle yaşamalarını amaçladığını ifade etmektedir. Mahkeme millet, ulus, milliyetçilik kavramlarını açıklayarak başladığı değerlendirmesine, yine Türk tanımını Anayasa’ya göre yaparak ulusun birliği ve ülkenin bütünlüğünün vatandaşlık için esas teşkil ettiğini eklemiştir. Bu bağlamda parti programının “ulusu etnik kökene dayalı “Türk ve Kürt” biçiminde ayırarak, toplumlar arasında ayrıcalık, karşıtlık ve karışıklıklar yaratarak ırka dayalı savlarla bölücülüğe” varacak ifadeler barındırdığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme anadil konusunda ise “ulus bütünlüğü içinde yer alan kimi etnik grupların kendi aralarında kullandıkları yerel dillerin resmî dil yerine ortak iletişim ve çağdaş eğitim aracı olarak tanınması olanaklı değildir” diyerek Kürtçe dilinde yapılacak herhangi bir eğitim ve basın yayın faaliyetinin mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi “demokratik toplumlarda birey için öngörülen temel hak ve özgürlüklerin etnik gruplar için ulusal hakka dönüştürülmesinin, bu şekilde devleti, ülkeyi ve ulusu parçalama hak ve özgürlüğünden söz edilmesinin olanaklı olmadığını” da değerlendirmelerine eklemiştir.

Mahkeme sonuç olarak partinin “Türk Ulusu’nu ırk esasına dayalı olarak “Türk ve Kürt” biçiminde ikiye böldüğü, böylece Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozucu bir konuma düştüğü; dil ve kültür konularını da, Türk Ulusu’nun ortak kültür ve dilini dışlar biçimde ayrı ulus ve devlet yaratma yolunda kullandığı; bunların yalnızca düşünce değil, yasaklanan sakıncalı eylemleri kışkırtma, katkı, destek niteliğinde olduğu; bu nedenlerle deSiyasî Partiler Yasası’nın yer alan 78. maddesinin (a) bendi ile 81. maddesinin (a) ve (b) bentlerine aykırı” faaliyetlerinden dolayı EP’nin 14 Şubat 1997 yılında kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.1.10 Demokratik Kitle Partisi (DKP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı DKP’nin programında yer alan bazı ifadeler ile Genel Başkanın bazı beyanlarını devletin milletiyle birlikte bölünmez bütünlüğüne aykırılık içerdiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine kapatma davası açmıştır.

Başsavcılık iddianamesinde öncelikle parti programındaki bazı temel noktaları vurgulamıştır. Parti programında, bir Kürt sorununun varlığından bahsetmekte ve partinin bu sorunu katılımcı, liberal ve demokratik yollarla çözeceğini beyan etmektedir. Bununla birlikte parti, sorunun “adil ve demokratik çözümü için; demokratik bütünlüklü idari yapılanmanın ve ademi merkeziyetçi sistemin, günün ihtiyaçlarına cevap verebileceğini tespit ederek yola çıkmaktadır.” Kürt sorununu programının merkezine yerleştiren DKP, çözüm önerisinden önce Türkiye’deki durumu tanımlamaktadır. DKP sorunun temelinde devletin “Cumhuriyet’ten bu yana üstlendiği rolünü sürdürmek için direnmesi ve bu nedenle, terörü tırmandırması ve şiddete başvurusu”nın olduğunu öne sürmektedir. Parti “Türkiye Cumhuriyeti Devletin yapısı(nın) doğal olarak çokkültürlü, çokdilli ve çokmezhepli” olduğunu ifade ederek, devletin tüm bunlara rağmen tek bir ulus yaratmak istediğini iddia etmektedir. Bu bağlamda da resmi milliyetçi ideolojinin Türk ırkına ait olduğunu belirtilerek, bu ideolojiden vazgeçilmesinin gerekliliğini ifade etmektedir. Kürtlerin Devlete “kendi ülkeleri ile birlikte” katıldığını ve devletin vatandaşı olduklarını; bu nedenle de Kürtlere “sıradan bir etnik grup veya dil azınlığı gibi” bakmanın yanlış olacağını beyan etmektedir.

Parti bu sorunun çözülebilmesi için öncelikle merkezi sistemin terkedilip devletin idari bölgeler şeklinde yapılandırılmasını temel politika olarak önermektedir. Bununla birlikte parti programında “Yurttaşlık haklarıyla ilgili ifade özgürlükleri açısından, eğitim hakkı ve radyo-televizyon hakları için, Türkiye’de yaşayan herkesin çağın gereklerine uygun eğitim almaları, her dilde radyo-televizyon yayını yapabilme hakkına sahip olmaları, kimliklerini koruyabilmeleri ve bunları Türkiye’nin siyasi sınırları ve bütünlüğü içinde yapmaları doğrultusunda, anayasal ve yasal değişiklikler” planladığını belirtmektedir. Partinin diğer bir temel politikası da seçim propagandası yapılırken Türkçeden başka bir dilin kullanılması yasağının kaldırılmasıdır. Parti merkezi idarenin küçültülüp “yerel yönetimler(in) kendi alanlarında daha çok söz sahibi ol(masını); il ve ilçe meclisleri(nin) yerel parlamentolar statüsüne kavuşturulmasını... Bu anlayışa uygun olarak; valiler, emniyet müdürleri ve kaymakamların da belediye başkanları gibi seçimle işbaşına gelmeleri(nin) sağlan(masını); eğitim, sağlık, iç güvenlik ve aynı zamanda vergi toplama(nın) yerel yönetimlerin yetki alanına bırakıl(masını)” temel politika olarak kabul etmektedir. Başsavcı ayrıca DKP Genel Başkanı Şerafettin Elçi’nin bir haber ajansına vermiş olduğu röportajdan bazı ifadeleri de iddianamesine delil olarak eklemiştir. Parti Genel Başkanı Elçi “Federasyon kurulmasını savunuyor musunuz?” sorusuna, ama şu anda yerel yönetimlerin egemen kılınması en iyi model. Federasyon bir devletin bölünmesi de değildir. Halen federatif sistemle yönetilen ülkeler vardır” ifadeleriyle cevap vermiştir.

Başsavcılık Genel Başkanın DİB hakkındaki görüşlerini, partinin laiklik karşıtı faaliyetler içerisinde olduğu iddiasına delil olarak ortaya koymuştur. Genel Başkanın “Türkiye’de ...dini müessese devlet yapısı içinde yer alıyor... Laiklikten söz edebilmek için din işlerinin devlet içinde olmaması lazımdır. Diyanet İşleri Başkanlığı gibi bir teşkilata devlet içinde yer verilmemesi lazımdır. Din işlerinin cemaate bırakılması lazımdır” şeklindeki ifadeleri, Başsavcılık tarafından DİB’in hukuki statüsünün sona erdirilmesi amacını güttüğü ve bu nedenle DKP’nin laiklik ilkesine aykırı faaliyet içinde olduğu şeklinde yorumlanmıştır. DKP savunmasında Kürt sorununun varlığını kabul ettiklerini, bu sorunu demokratik ve barışçıl yöntemlerle çözmeyi hedeflediklerini belirtmiştir. Bölücülük suçlamasına karşın parti, federatif

yapı politikalarının fiziksel bütünlüğü ve siyasal sınırları hedef almadığını ve bu nedenle taleplerinin bölücülük olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Türkiye’de sorunun Kürtlerin kendi dil ve kültürlerini koruyup geliştirmelerinin, anadillerinde eğitim alabilmelerinin ve radyo televizyon yayını yapabilmelerinin bir ayrıcalık olarak görülmesinde yattığını; bu yaklaşımın da evrensel normlarla uyumadığını vurgulamıştır.

“Türkiye’de federal devlet biçiminin devletin bölünmesi anlamına geldiğini; federal devletin birden çok devletten oluştuğu kanısının hakim” olduğunu hatırlatan parti; federal devletin konfederasyondan farklı olarak bir devletler ligi ve topluluğu değil, uluslararası hukuk ve Anayasa hukuku açısından tek bir devlet olduğunu belirtmiştir. Parti ayrıca DİB’in laiklik açısından zorunlu veya gerekli bir kurum olmadığını; laikçiliğin özgürlük ve eşitlik karşıtı bir tutum sergilemesi nedeniyle DİB’in varlığının demokrasiyle bağdaşmayacağını ifade ederek, DKP’nin konu hakkında yorum yaptığını ancak Diyanet İşleri Başkanlığının hukuki varlığının tamamen sona erdirmeye yönünde ne parti programında ne de parti yöneticilerinin beyanlarında bir ifade olduğunu belirtmiştir. Mahkeme öncelikle partinin merkezi idarenin bazı yetkilerinin alınarak yerel yönetimlere verilmesi yönündeki politikasının “kamu hizmetlerinin daha etkin, verimli, uyumlu ve hızlı yürütülebilmesi amacı taşıyan öneriler” olarak kabul etmiştir. Bu nedenle partinin kapatılmasını reddetmiştir. Ancak Güven Dinçer, Mustafa Bumin, Mahir Can Ilıcak ve Rüştü Sönmez bu görüşe katılmayarak, karşı oy yazılarında partinin bir federasyon kurulmasını hedeflediğini, federasyonun da “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesine aykırı olduğunu; bu sebeple de partinin kapatılmasına karar verilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Mahkeme partinin laiklik karşıtı faaliyetler içerisinde olduğu iddiasına karşın, DKP’nin DİB’in kaldırılmasını değil “kurumun genel idare içerisindeki yeri korunarak yeniden yapılanmasını amaçlaması” nedeniyle partinin kapatılmasını reddetmiştir. Ancak mahkeme, parti programındaki amaçlanan politikaların “[ü]lkede yaşayan insanları çağdaş bir ulusal bütünlük yerine ırk, dil, din ve mezhep ayrılıklarına dayandıran böyle bir anlayışın sonuçta ülke ve ulus bütünlüğü ile birlikteliğe ve sürekliliğe dayanan devlet yapısını” bozacağı sonucuna ulaşarak partinin kapatılması gerektiğini ortaya koymuştur. Mahkeme ayrıca parti tarafından “Türkiye Cumhuriyeti

ülkesi üzerinde kültür, ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunun ileri sürüldüğü böylece Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla azınlıklar yaratarak ulus bütünlüğünün bozulmasının amaçlandığı” sonucuna vararak, ikinci bir kapatma gerekçesi öne sürmüştür.

Sonuç olarak DKP programının “2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası’nın 78. maddesinin (a) ve (b) bentleri ile 81. maddesinin (a) ve (b) bentlerine aykırı olduğundan” partinin kapatılmasına 26 Şubat 1999 tarihinde karar vermiştir.

Mahkeme bu dava gerekçesinde, daha önceki davalarda kullanmış olduğu uzun ve standart şablonu kullanmayarak daha kısa bir gerekçe kaleme almıştır. Bununla birlikte mahkeme DİB’in hukuksal statüsünün ortadan kaldırılması talebini daha önce kapatma nedeni olarak kabul ederken, bu davada kapatma gerekçesi olarak değerlendirmemiştir.

4.3.1.11 Halkın Demokrasi Partisi (HADEP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı HADEP’in terör örgütü PKK ile organik ilişki içinde olduğunu gösteren belgeler, parti yöneticilerinin konuşmaları, PKK’lı teröristlerin ifadeleri gibi deliller ışında, partinin “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin odağı haline geldiğini ileri” sürerek, partinin kapatılmasını talep etmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı, öncelikle HADEP’in 2. Olağan Genel Kurultayı’nda yaşanan olaylarla iddianamesine başlamıştır. Kurultayda asılmış, terör örgütü lehine, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhinde ifadelerin bulunduğu pankartlardan örnekler vermiştir. Bu pankartların bazılarında “Biji Serok APO”, “Gerilla Vuruyor, Kürdistan Kuruyor”, “PKK Orada Ordu Burada. PKK Halkın Halk Burada” gibi ifadeler yer almaktadır. Ayrıca kurultayın yapıldığı salonda yine PKK (sözde) bayrağı ve terörist başı Abdullah Öcalan’ın posterini bulunduğunu; bunların Kurultaya verilen arada Divan Başkanı tarafından indirildiği de iddianamede yer almıştır.

Başsavcı iddianamesinde ayrıca HADEP’in Genel Merkezi ve çeşitli il-ilçe başkanlıklarında yapılan aramalarda ele geçirilen dokümanlara da yer vermiştir. Bu

dokümanlardan bazılarının terör örgütü bildirileri olduğu belirtilmiştir. Bu bildirilerde “ARGK (*Kürdistan Halk Kurtuluş Ordusu*) Zafer Kampı komutanı Mahir: bu yıl kurtarılmış alanlar ilan edeceğiz”; “ERNK (*Kürdistan Kurtuluş Cephesi*) Avrupa Örgütü: süreç kesin zafere gitme sürecidir”; “Lice katliamında TC. kimyasal silah kullandı. 12 kişi kör oldu. 380 kişi katledildi”; “Yaşasın PKK. ERNK. ARGK. Yaşasın Ulusal Önderimiz Başkan Apo” gibi PKK ve terörist başını kutsayan ifadeler bulunmaktadır. Bununla birlikte iddianamedeki bazı delillerde HADEP teşkilatının PKK kadrolarına terörist devşirmede aktif rol oynadığı da öne sürülmüştür. Başsavcı ayrıca kolluk kuvvetlerince yakalanan PKK’lı teröristlerin beyan ve ifadelerine de iddianamede yer vererek, HDP ile PKK arasında organik bir bağın olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır.

HADEP yapmış olduğu savunmada Başsavcılığın sunmuş olduğu delillerin henüz doğruluklarının ispatlanmadıklarını; PKK’lı teröristlerin beyanlarının kim tarafından, ne zaman ve hangi şartlar altında alındığının şüpheli olduğunu; bu ifadelerin Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde sürmekte olan davalardaki ifadeler olduğu, ancak dava sonucunda bu ifadelerin gerçekliğinin ortaya çıkabileceğini beyan etmiştir.

HADEP Genel Başkanı Şerafettin Elçi ise yapmış olduğu sözlü savunmada her ne kadar partinin kuruluşundan itibaren PKK’lı olmakla itham edilseler dahi bunun doğru olmadığını; partilerinin amacının Kürt sorununu demokratik çağdaş yöntemlerle çözmek olduğunu ifade etmiştir. Şerafettin Elçi ayrıca partilerinin bazı faaliyetlerinin yaşanan ve iddianameye konu olan bir kısım olayların yapılan provokasyonlardan ortaya çıktığını; PKK ile hiçbir organik bağlarının olmadığını, PKK’dan talimat almadıklarını ve PKK’nın terörist devşirmesinde hiçbir etkisinin olmadığını belirtmiştir.

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede daha önceki davalarda standart hale gelmeye başlayan bir şablonun DTP kararında olduğu gibi daha kısa bir versiyonunu kullanmış ve öncelikle Türk Ulusu, Türk Devleti ve Türk Vatanı tanımlarını Anayasa’ya göre yapmış; “Ulusal birlik, devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde

ayırmsız birliktelikleriyle gerçekleşir” ifadeleriyle ulusal birliğin etnik kökenden değil vatandaşlık bağından oluştuğunu öne sürmüştür. Mahkeme bu bütünlüğün HADEP tarafından bozulmaya çalışıldığını iddia etmiştir:

Davalı Halkın Demokrasi Partisi’nin Genel Başkanı Murat Bozlak’ın ve diğer yöneticilerinin, birçok il ve ilçe teşkilat başkan ve üyelerinin Parti adına düzenlenen etkinlikler sırasında yaptıkları konuşma ve basın açıklamalarıyla, Kürt halkının Türk halkından farklı bir ulus olduğunu, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından Kürt halkına karşı baskı ve zulüm politikası uygulandığını, PKK terör örgütü ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasında bir savaşın yaşandığını, bu savaşta Kürt halkının PKK terör örgütünün yanında yer alması gerektiğini söyleyerek, amacı Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak olan PKK terör örgütüne ve onun başı Abdullah Öcalan’a yardım ve destek sağladıkları ve böylece kimi mahkeme kararlarıyla da sabit olan Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelik eylem ve davranışlarda bulundukları, ayrıca, 23.6.1996 günü Ankara Atatürk Spor Salonunda yapılan Halkın Demokrasi Partisi’nin 2. Olağan Kongresi’nde meydana gelen, ayrıntıları ilgili bölümlerde açıklanan olaylar ile Genel Merkez ve teşkilat binalarında yapılan aramalarda elde edilen eşya ve dokümanların da bu durumu doğruladığı anlaşılmıştır.

Bu bağlamda Mahkeme HADEP’in “kimi eylemleri yanında PKK isimli terör örgütüne yardım ve destek de sağlayarak Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiği anlaşıldığından, Anayasa’nın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu’nun 101. ve 103. maddeleri gereğince temelli kapatılmasına” karar vermiştir.

4.3.1.12 Demokratik Toplum Partisi (DTP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı DTP’nin kurulma aşamasında parti yetkililerinin, o dönem kapatma davası süren HADEP yetkilileri ve terör örgütü PKK yöneticileri ile yaptıkları görüşmeler; partinin kurulmasının ardından ise partinin terör örgütünden talimatlar aldığı yönünde kesinleşmiş mahkeme kararları, soruşturma ve kovuşturmalar; parti programında PKK’nın terör örgütü olarak adlandırılmaması, parti binalarında terör örgütünün propagandasının yapılması; PKK’nın söylemleriyle halkı kin ve düşmanlığa teşvik eden yönetici beyanları; parti yöneticilerinin PKK’nın yayın organı ROJ TV isimli televizyon kanalına röportaj vermeleri; partililerin terör örgütü PKK kamplarında eğitildiği; PKK’ya mensup kişilerin parti içerisinde yönetici yapılması gibi deliller ışığında partinin “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez

bütünlüğüne aykırı eylemlerin odağı haline” geldiği iddiasıyla kapatılması için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. İddianame ve delillerin o döneme kadar kapatılmış veya kapatılması istenen tüm partilerin kapatılma istemiyle hazırlanan iddianame ve delillerinden hem kantitatif hem de kalitatif olarak daha fazla olması dikkat çekicidir.

İddianamede partinin kurulması aşamasında ortaya konulmuş parti ile PKK arasındaki iletişimlerin en dikkat çekici olanı, o dönemde yakalanıp ülkeye getirilmiş PKK elebaşı Abdullah Öcalan’ın avukatlarıyla DTP kurucuları arasında olan görüşmelerdir. Bu görüşmelerde geçen “...elebaşı: Evet. Yeni bir parti gerekiyor. İsmi Demokratik Toplum Partisi olabilir. Ama tabandan gelecek. Özgür Parti kendini fesheder. Diğeri zaten kapatılma durumu var.... Yeni parti her bölge de toplantılar yapılarak ilan edilir. DEHAP ve Özgür parti de yeni parti içinde yer alır. Ahmet Türk, Murat Bozlak, bunlara benzer elli altmış kişi, Karayalçın’la çatı örgütü üzerinde konuşabilirler...” gibi ifadeler partinin PKK ile organik bir bağ içinde olduğunun delili olarak gösterilmiştir.

Partinin kuruluşundan sonraki eylemlere ilişkin olarak Başsavcı, DTP’nin Kurucuları, Genel Başkanı, Genel Başkan Yardımcıları, Belediye Başkanları ve İl-İlçe Yöneticileri gibi kişilerin terör örgütünü övücü ve destekleyici eylemleri hakkında kesinleşen mahkeme kararları, soruşturma ve kovuşturmaları kapatılma için deliller arasında saymaktadır. Bu şekilde tam 141 adet olay Başsavcı tarafından iddianameye delil olarak konulmuştur. DTP yapmış olduğu savunmada iddianamede yer alan delillerin hukuka uygun adil ve tarafsız bir soruşturma sonucunda toplanmadığını; birçok olayın halen mahkeme ve soruşturma sürecinde olduğunu; sonuçlananlardan birçoğunun beraatla neticelendiğini; dava dosyasında yer alan konuşma ve açıklamaların ifade ve örgütlenme özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve hüküm kurulurken esas alınmamasını; “Parti’nin hiçbir şekilde Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelik eylemlerin odağı haline gelmediğini; PKK terör örgütü ile de bir bağlantısının bulunmadığını;” Parti olarak PKK aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmalarının düşünce ve kanaat özgürlüğüne

aykırı olduğunu, bu konuda susma haklarının bulunduğunu belirterek partileri hakkında açılan kapatma davasının reddini talep etmiştir.

Mahkeme davanın inceleme aşamasında, önceki parti kapatma şablonlarını kullanmakla birlikte, bu dava gerekçesinde farklı bir yola giderek AİHS ve AİHM içtihatlarına da atıflar yaparak vermiş olduğu kararın uluslararası meşruluğunu da ifade etmeye çalışmıştır. Bu içtihatlarda terörle ilişkilendirilen partilerin yasaklanmasını ve yasaklanan partilerin yapmış oldukları şikayetlerin reddedilmesi öne çıkarılmıştır. Mahkeme devamla parti eylemlerinin “parti mensuplarının terör örgütünün yönlendirmesi doğrultusunda gerçekleştirdikleri eylem ve etkinlikler ile parti teşkilat binalarında yapılan aramalarda ele geçirilen belge ve dokümanlardan, terör örgütü ve elebaşısına destek içeren açıklama ve eylemlerden oluştuğu” sonucuna varmaktadır.

Bununla birlikte DTP’nin savunmasında PKK’ya terör örgütü demediğini ve buna zorlanamayacağı için susma hakkını kullandığına da değinmiştir. Bu bağlamda Mahkeme DTP ve temsilcilerinin eylemlerin siyasi mücadele kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Mahkeme’ye göre PKK’nın terör örgütü olduğunu belirtmeyen ve buna zorlanamayacağını öne süren bir partinin, konu ile ilgili eylemleri siyasal mücadele kapsamında değerlendirilemez.

Mahkeme ulus ve ülke bütünlüğüne karşı, davalı parti tarafından Türk ve Kürt Ulusları biçiminde bir ayırımın yapılması, ‘Kürt sorununun çözümü’ için terör örgütü ile onun elebaşı Abdullah Öcalan’ın muhatap alınması ve onun tarafından önerilen politikaların uygulanması, parti teşkilat binalarında terör örgütüne ait bayrak, doküman ve yasak yayınlara yer verilmesi, terör örgütü elebaşı ve militanlarına ait poster ve resimleri asılması, çeşitli bahane ve vesilelerle düzenlenen kongre, miting, toplantı ve gösteriler ile örgüt mensupları için düzenlenen cenaze merasimlerinin terör örgütünün propaganda alanına dönüştürülmesi veya dönüştürülmesine göz yumulması, terör örgütü ile bağlantıları mahkeme kararlarıyla saptanan kimselerle araya mesafe koyulmaması, bu kişilerin gerektiğinde disiplin yaptırımı uygulamak yerine parti adına söz söyleme yetkisi olan görev ve pozisyonlara getirilmesi gibi davranışları Anayasa’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen ‘Türk

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü’ ilkesine aykırılık teşkil eden eylemler olarak değerlendirmiştir.

PKK terör örgütü başı Abdullah Öcalan’ın sağlık durumu bahane edilerek protesto amacıyla PKK terör örgütünün istem ve talimatlarıyla izinli veya izinsiz gösteriler, ve çeşitli etkinliklerin düzenlenmesi, bildiriler dağıtılması, bu etkinliklerde yapılan konuşmaların ve okunan basın bildirilerinin, açılan pankartların, atılan sloganların aynı ya da benzer içerik taşıması, ‘özgürlük’, ‘kardeşlik’ ve ‘barış’ kavramları kötüye kullanılarak ülkenin belirli kesiminde yaşayan veya belirli bir etnik kökenden gelen vatandaşlar üzerinde farklı bir ulus bilincinin uyandırılmaya çalışılması, PKK terör örgütünün Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne yönelik olarak sürdürdüğü mücadelenin ‘savaş’, ‘onurlu mücadele’, ‘haklı direniş’ olarak nitelendirilmesi ve bu savaşta PKK terör örgütünün yanında yer alarak eylem ve davranışlar içerisinde bulunulması, kimi teşkilat üyelerinin PKK terör örgütü mensuplarına silah, malzeme, tedavi ve bilgi desteği sağlaması, Parti’nin il ve ilçe teşkilatlarında çok sayıda, hakkında çeşitli yargı mercilerince toplatma ve yasaklama kararı verilen PKK terör örgütünün propagandasına yönelik eşya, kitap, pankart ve doküman ile PKK terör örgütü mensuplarının resimlerinin bulundurulması gibi birçok eylem ve bunlara ilişkin yargı kararları davalı Demokratik Toplum Partisi ile PKK terör örgütünün bağlantı ve dayanışma içinde olduğunu göstermektedir.

Mahkeme partinin bu eylemleri “eksik gördüğü veya siyaseten tanınmasını beklediği haklar ve özgürlükleri, demokrasinin siyasi çoğulculuğa verdiği anlamlı destek ve hoşgörüyü kötüye kullanarak, etnisite temeline dayalı kültürel, sınıfsal yapılanma ve yönetim ayrışıklığına yol açan ve demokratik ilkelerle bağdaşmayan söylem ve eylemlerle ve terör örgütü desteğiyle elde etmek istediği ve terörü kendi siyasi politikaları için araç olarak kullandığı” sonucuna varmıştır. Bu bağlamda mahkeme DTP’nin yapmış olduğu eylemlerle “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya ve PKK terör örgütüne yardım ve destek sağlamaya yönelik eylemlerin işlendiği bir odak haline” gelmesi sebebiyle Anayasa’nın 68. ve 69. maddeleriyle, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası’nın 101. ve 103. Maddeleri uyarınca kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.2 Bölünmez Bütünlük Gerekçesiyle Kapatılan Partilerin Genel Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi hegemonik ideolojinin en temel öğelerinden olan ‘bölünmez bütünlük’ ilkesini koruma amacıyla birçok karara imza atmıştır. Bu kararlardan bu çalışma kapsamında siyasi parti kapatma kararları incelenmektedir. Mahkeme bölünmez bütünlük ilkesine aykırılık kararı verirken, partilerin Anayasa’nın Başlangıç kısmındaki ‘Atatürk Milliyetçiliği’ ve ‘Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği’ ilkesine, Anayasa’nın 3. maddesindeki “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütündür” ile “Dili Türkçedir” ilkesine aykırı faaliyetler içinde olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme bölünmez bütünlüğe aykırı faaliyetleri değerlendirirken, öncelikle bölünmez bütünlük ve egemenlik gibi bölünmez bütünlükle doğrudan ilişkilendirdiği kavramların tanımını yapmaktadır. Mahkeme yapmış olduğu bu tanımları daha sonraki davalarında kullanarak, kendi yorumunu devletin önemli kurumlarından olan siyasi partilerin uyması gerektiği bir kural haline getirmektedir. Bölünmez bütünlük Anayasa’da yukarıda belirtildiği şekliyle çok kısa cümlelerle çerçevelenmekteyken, Mahkeme elinde bulundurduğu yorum tekeliyle bu kısa cümleleri içi dolu ve herkesin uyması gerektiği kavramlar haline getirmektedir. Bu bağlamda Mahkemenin ortaya koymuş olduğu kavramlar en az vermiş olduğu denetim veya kapatma kararları kadar önemlidir.

Mahkeme ülkenin bölünmez bütünlüğü kararını vererek seçici aktivist davrandığı davalarda bir şablon ortaya çıkarmış, daha sonraki kararlarında ise bu şablonun tamamını veya bir kısmını kullanarak karar gerekçelerini oluşturmaktadır. Mahkeme bu şablonda öncelikle bölünmez bütünlükten ne anlam çıkarılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bölünmez bütünlüğe aykırılık kararı verdiği birçok davada Mahkeme “Devlet Tekdir, ülke Tümdür, Ulus Birdir” ifadelerini kullanmaktadır. Bazen bu ifadeyi vurgulamak için siyasilerin kullanabileceği bir tarzda TEK, TÜM ve BİR sözcüklerini büyük harflerle yazmaktadır; “Devlet TEK’dir,

ülke TÛM'dür, Ulus BİR'dir". Mahkeme bölünmez bütünlüğü anlatırken bir ortak kültürün varlığından bahsederek ulus birliğinin "Atatürk Milliyetçiliği" ile doğrudan ilişkili olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme Atatürk milliyetçiliğinin Anayasa'da tanımlandığını ve bu tanım çerçevesinde Türk kelimesinin bir ırkı anlatmadığını, bilakis ülke üzerinde yaşayarak, vatandaşlık bağıyla ülkeye bağlı herkesin Türk olduğunu ifade etmektedir:

Türkiye'de; Türk Uluğu'nun dengeli, tutarlı yaşamı ile hoşgörü, insan sevgisi ve değerbilirliği, ulusal bütünlüğü adaletli biçimde sağlamıştır. Ulusal bütünlüğün temeli, ortak kültüre, laiklik ilkesiyle akla, mantıklı düşünceye, sağ duyuya, adalete dayanan "Atatürk Milliyetçiliği"dir. Anayasa, Türk Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağı olan herkesi resmîyette Türk adıyla tanıtan birleştirici ve bütünleştirici bir milliyetçilik anlayışına sahiptir. Devletin, ülkesi ve ulusuyla bölünmez bütünlüğü, bu çağdaş milliyetçilik anlayışının belirgin niteliklerinden birini oluşturmaktadır.

Mahkemenin bu yorumu aslında ilk bakışta, Türk kelimesinin kapsayıcı olduğu fikrini oluşturmaktadır. Ancak Mahkeme bu tanımlı yaptıktan sonra Türkçeden başka dilleri, kültürlerin korunmasını, geliştirilmesini hedefleyen partilerin, ülkenin milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı faaliyetler içerisine girdiği gerekçesiyle kapatılmasına karar vermiştir. Mahkeme kavramı bu kadar kapsayıcı tanımlarken, aynı zamanda, hegemon ideolojinin tahayyülündeki Türklük çerçevesi dışına düşen her türlü talebi ise bölünmez bütünlük ilkesinin ihlali olduğu sonucuna varmaktadır.

Anayasa Mahkemesi egemenlik ilkesiyle bölünmez bütünlük ilkesi arasında da çok yakın bir bağı olduğunu ifade etmektedir. Anayasa'ya göre "Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır." Bu düzenlemeyle egemenlik 'Türk Milletine' verilmekte, Türk tanımlı da Atatürk milliyetçiliği kavramı çerçevesinde yapılmaktadır. Mahkeme Anayasa'da yer alan "Egemenliğin kullanılması hiçbir surette, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz" hükmünü egemenliğin ulus bilincinde birleşenlere ait olduğunu belirtmektedir; "Ulus, Yasama Organı'nı özgür iradesiyle belirleyecektir. Hangi köken ya da soydan gelirse gelsin herkes ulus kapsamındadır. Böylece, ülke, ulus ve egemenlik, bir bütünlük ve uyum içinde gözetilmesi gereken kavramlar olarak ortaya çıkmaktadır." Mahkeme yine son derece geniş ve özgürlükçe yorumlanabilecek

bir tanım yapmaktayken, bu tanımlamayı Kürt sorununu ifade eden veya Kürtçe eğitim gibi talepleri dile getiren partiler için kapatma gerekçesi olarak kullanmaktadır. Mahkeme partilerin Kürt sorunu, Kürtçe eğitim gibi ifadelerin egemenlik tanımındaki ‘ulus’ kavramına ve ‘ulus bilincine’ zarar verdiği yorumunu yaparak Siyasi Partiler Kanunu’nun 81. maddesindeki “Azınlık Yaratma Yasağı”nı aykırı faaliyetler içerisinde girdiği sonucuna ulaşmaktadır.

Bununla birlikte ülkenin bölünmez bütünlüğüne tehdit olarak görülüp kapatılan partilerin çoğu kendilerini sosyalist, Marksist veya komünist olarak tanımlamakta, parti programlarında ise bu ideolojinin en temel taşı olan sınıf çatışması ve proletarya gibi kavramları kullanmaktadır. Mahkeme bu bağlamda da devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin bir unsuru olarak sınıf egemenliği yasağını da kapatma davalarına gerekçe göstermektedir. Mahkemede etnik kökenden gelen unsurların varlığı iddiası kadar, işçi sınıfı gibi sınıfların diğer sınıflardan – mahkemenin yorumuyla- ‘üstün’ olmasını öngören parti programlarının da, yasa koyucunun Siyasi Partiler Kanunu’nun 78. maddesiyle tanımladığı Sınıf Egemenliği yasağını ihlal ettiği sonucuna varmaktadır. Mahkeme’ye göre:

“Egemenlik” ve “devlet” kavramlarının, “ulus” kavramıyla bütünleşmesi, devletin herhangi bir etnik kökenden gelenlerle ya da herhangi bir toplumsal sınıfla özdeşleştirilmesine engeldir. Bunun nedeni; ulusun çeşitli toplumsal sınıflardan oluşmasına karşın sınıflar üstü bir kavram olmasıdır. Bunun için, egemenliğin kullanılmasını tek bir toplumsal sınıfa bırakan ya da bir toplumsal sınıfı egemenliğin kullanılmasından alıkoyan veya egemenliği bölen düzenlemeler bölünmez bütünlük ve tekil devlet ilkesine ters düşer.”

Buradaki yorumun yasa koyucunun, ilgili kanun maddesiyle amaçladığı düzenleme ile aynı olup olmadığı bu çalışma kapsamının dışındadır; ya da bu irdelemeyi yapmak irade okumayla aynı anlama gelecektir. Ama aşikâr olan olgu, Mahkeme’nin yorum tekeli kullanarak egemenlik, ulus gibi kavramların anlamını ortaya koymuş, sosyalist ve Marksist ideolojinin temelini teşkil eden işçi sınıfı bütünleşmesini kendi egemenlik kavramına aykırı olarak konumlandırmış olmasıdır. Mahkemenin Marksist ideolojinin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olarak değerlendirdiğini iddia etmek, bu çalışma kapsamında incelenen davalar için doğrudan söylenemez. Zira bu partiler aynı zamanda Kürt ulusunun varlığını öne

sürmüş; Kürtçe eğitim hakkı talep etmiş, Kürt kültürünün gelişimini amaçlamış; federatif bir yönetim yapısının Türkiye için daha uygun olacağı varsayımını parti program ve tüzüklerinde yazmıştır. Bu partilerin kapatma gerekçelerinin çoğunda yukarıda sıralanan sebepler gösterilmektedir. Bu bağlamda Mahkeme'nin hegemonik ideolojinin korunması çerçevesinde, devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine tehdit olarak gördüğü olgu, Türk ulusuna, Türk diline ve Türk kültürüne zarar vereceğini düşündüğü 'diğer' etnik grupların varlığı ve hak talepleridir.

Mahkemenin hegemonik ideolojinin ilkelerinden "Tekil Devlet" ilkesini de çok sıkı bir şekilde koruduğunu iddia etmek mümkündür. Siyasi partilerin tekil devletin karşısında yer alan, ancak Ülke sınırlarının bölünmesini talep etmeyen federatif yönetim biçiminin Türkiye için daha uygun bir model olduğu iddiasını parti tüzüklerinde ve/veya parti programlarında öne sürmeleri de Mahkeme tarafından kapatılma nedeni olarak kabul edilmiştir. Mahkeme sadece doğrudan federatif yönetim biçimini değil, ayrıca 'bölgesel özerklik' ve 'bölge yönetimi' gibi taleplerin de Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre Türkiye'de azınlık yaratılmaya çalışılmakta; bunun sonucunda da aslında olmayan suni bir insan hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek devlet parçalanmaya çalışılmaktadır. Siyasi partilerin barış içinde ve demokratik yollarla tekil devlet ilkesini değiştirme amacı dahi Mahkemece kapatılma nedeni olarak sayılmaktadır. Mahkeme'nin bu bağlamda değişik kapatma davalarında sıklıkla kullandığı değerlendirmesi şu şekildedir:

Gerçekte olmayan bir insan hakkı sorunu ileri sürerek, devleti parçalamaya yönelik bir girişime, azınlık bulunduğu bahanesi dayanak yapılamaz. Tekil devlet esasına göre düzenlenen Anayasa'da federatif devlet sistemi benimsenmemiştir. Bu nedenle Siyasi partiler, Türkiye'de federal sistem kurulmasını savunamazlar. Devlet yapısında "bölünmez bütünlük" ilkesi; egemenliğin, ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünleşmesini gerektirir. Ulusal devlet ilkesi, çok uluslu devlet anlayışına olanak vermediği gibi böyle düzende federatif yapıya da olanak yoktur. Federatif sistemde federe devletler tarafından kullanılan egemenlikler söz konusudur. Tekil devlet sisteminde ise, birden çok egemenlik yoktur. "Devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmez bütünlüğü" kuralı, azınlık yaratılmamasını, bölgecilik ve ırkçılık yapılmamasını ve eşitlik ilkesinin korunmasını içermektedir.

Mahkeme siyasal alanın en temel konularından olan yönetim biçiminin, yine siyasal alanın en temel aktörlerinden olan siyasal partiler tarafından tartışılmasının

önüne geçmektedir. Tanımı ve tabiatı gereği ülke sorunlarına çözüm politikaları oluşturma gereken siyasal partiler, yönetim biçimini tartışmadan özellikle ülkemizdeki gibi çok kültürlü ve geniş coğrafyalı ülkelerdeki temel sorunlara çözüm politikaları üretmezler. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi siyasal alanı yargısal kararlarla şekillendirerek, siyasal partilerin bu konuda tartışabileceği unsurları hatta o unsurları hangi bağlamda tartışabileceklerini belirlemektedir. Üstelik Mahkeme federatif yönetim biçimi veya bölgesel yönetim, özerklik gibi yönetsel yapıların, “Devlet TEK’dir” yaklaşımına neden aykırı olduğu konusunda yorum da yapmamaktadır. Siyasal alan çok net bir şekilde yargısallaşmış, Mahkeme ülkeyi yönetmeye kalkışmasa da ülkenin nasıl yönetileceğinin sınırlarını hegemonik ideolojinin temelleri çerçevesinde belirlemektedir.

Hegemonik ideolojinin belki de özü olarak kabul edilen ilke ise şüphesiz Atatürk milliyetçiliğidir. Anayasa Mahkemesi siyasi alanı sadece Atatürk milliyetçiliğiyle sınırlamakla kalmamakta, aynı zamanda Atatürk milliyetçiliğinin içini hegemonik ideoloji çerçevesinde doldurmakta; içtihatlarıyla da kendi yorumunun tüm siyasal ve yargısal alanda hakim olmasını sağlamaktadır.

Mahkeme bu nedenle belki de en ciddi şekilde ‘Atatürk Milliyetçiliğini’ korumaktadır. Mahkeme kapatma dava gerekçelerinde sıklıkla “Atatürk milliyetçiliğine karşı bir görüşün bölünmez bütünlüğü bozma amacıyla” olduğu iddiasından şüphe etmemektedir. Milliyetçiliğin bir ideoloji olup olmadığını tartışmak bu çalışma kapsamının dışında olmakla birlikte, siyasal alanın bir parçası olduğunu söylemek de kaçınılmazdır. Siyasal kurumların tartışmakta olduğu milliyetçilik, Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucu elitleri tarafından ‘Atatürk Milliyetçiliği’ olarak, Türkiye’ye özgü bir tanımla Anayasa’ya girmiştir. Anayasa koyucu tarafında, kurucu ideoloji olarak kabul edilen Atatürk milliyetçiliği, Anayasa’nın hegemonik korumacı tavrı ile koruma altına alınmıştır. Siyasal sorunların çözümünü arayan siyasal partiler, Türkiye’deki bir sorunun -veya Kürt sorununun- çözümünü arama hedefinde olabilirler; hatta olmalıdırlar. Yalnız Mahkeme vermiş olduğu parti kapatma kararlarında, bu soruna çözüm arayan partileri, Atatürk milliyetçiliğine aykırı davranmakla suçlamakta; yani ülkenin bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedeflediğini

ifade etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme'nin aslında bir siyasal alan olan, ideolojik bir kavramı kendi yorumuyla 'tehdit' olarak gören siyasal partilere, bu siyasal alanı kapattığı iddia edilebilir. Demokratik düzenlerde siyasal alan, siyasiler tarafından şekillendirilmektedir. Devletin yönetilmesini doğrudan ilgilendiren devlet ideolojisi gibi kavramlar üzerindeki tartışmalar, siyasal alanda yapılmalıdır. Mahkeme ise bu tür kararlarla, hem siyasal alana müdahale ederek, siyasal alanı şekillendirmekte; hem de kendisinden farklı ideolojilerin bu alana girerek, mevcut hegemon ideolojinin tartışılmasını engellemektedir. Mahkemenin siyasal alanı şekillendirmesinin açık bir örneği olan bu vakaların, siyasetin yargısallaşmasının yani siyasal alanın artık yargısal alana dönüştüğünün somut örnekleridir.

Mahkeme Türk ulusu adının değiştirilmesini de kapatma gerekçesi olarak saymaktadır. Türk kelimesinin Atatürk milliyetçiliği bağlamında çok kapsayıcı olduğunu varsayan Mahkeme, Türk ulusu yerine "Türkiye Ulusu, Anadolu Ulusu" gibi kavramların kullanılmasını kapatma sebebi olarak kabul etmektedir. Mahkeme yine bir bilim insanı gibi "Dünya 11. yüzyıldan bu yana çağlar boyu Anadolu'da yaşayanlar için Türkler adını kullanmıştır" önermesinde bulunarak, farklı etnik kökene sahip vatandaşların kendilerini daha rahat hissettikleri Türkiyeli ve Türkiye milleti gibi kavramların aslında uydurma olduğunu; ve bu kavramların ülkenin bölünmez bütünlüğünü tehdit ettiğini öne sürmektedir.

Mahkeme Türk kimliğine yine kendi yorumu çerçevesinde bir anlamlandırma yaparak, bu anlamlandırmaya tezat oluşturacak faaliyet ve söylemleri ise partilerin kapatılma nedeni olarak kabul etmektedir. Mahkeme Kürtçe diline getirilen yasakların kaldırılması, Kürt kültürünün geliştirilmesi, mahkemelerde Kürtçe savunmaların yapılabilmesi, radyo ve televizyon kurumlarında Kürtçe yayın yapılabilmesi ve Kürtçe eğitim hakkı gibi tüm talepleri sadece insan hakkı talebi olmadığına karar vermektedir. Bu taleplerle kapatılan partilerin, temel hak ve hürriyetlerin korunması ilkesinin arkasına sığınarak Türk birliğini bozmayı hedefledikleri iddia edilmektedir. Bir hak talebi, Mahkemece açık bir tehdit olarak algılanmaktadır. Mahkeme bu talebi parti programlarınca veya parti yöneticilerinin söylemleriyle ortaya koyan partilerin isteklerinin -bir niyet okumayla- Türk kimliğine saldırı olduğuna karar vermektedir.

Hegemonik ideolojinin sınırlarını yasalar ve Türk Tarih Tezi, Güneş Dil Kuramı gibi uygulamalarla çizdiği Türk kimliği, Mahkeme tarafından siyasal alana müdahale ederek korunmaktadır. Zira varlığından şüphe edilmeyecek unsurların sorunlarının çözümü ve çözüm politikaları siyasal alanda tartışılmaktadır. Bu tartışmayı da yapacak kurumlar, demokratik düzenlerde siyasal partilerdir. Bu alanda hegemonik ideolojinin tesis etmiş olduğu ideoloji ve kavramların bazen özünde bazen de tali yapılarında değişiklik taleplerini ortaya koyan siyasi partiler hakkında kapatma kararı verilerek, bu alanın dışına çıkılmaktadır. Siyasal alandaki oyunun kuralları yine Mahkemece belirlenmektedir.

Mahkemeye göre etnik farklılıklar, kurucu ideolojinin kimilerince kültürleştirme (*acculturation*), kimilerince asimilasyon, kimilerince homojenleştirme politikalarıyla sağlamlaştırılmaya çalıştığı ulus devlete tehdit oluşturmaktadır. ‘Atatürk Milliyetçiliği’ndeki vatandaşlık kavramı tüm farklılıkları kuşatıcıdır, ancak kültürel kimlik talepleri ülkenin bölünmez bütünlüğü ilkesini doğrudan ihlal etmektedir, çünkü etnik farklılıkların bir kolektiflik içerecek şekilde talep edilmesi, bu hakların daha sonra ulusal bir hakka dönüşmesine neden olacaktır. Mahkeme bu yaklaşımla, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı bağlamında üst kimlik olarak kuşatıcı olması gereken Türk tanımını daraltarak Türk ulusunun birliğini savunmayı yeğlediğini iddia etmektedir.

Son olarak Mahkeme’nin parti kapatma davalarında, yorumun da ötesine geçerek niyet okuduğunu belirtmek gerekir. Mahkeme’nin siyasal alanı hegemonik ideolojiye göre çevrelemek amacıyla kapatılan sosyalist, Marksist veya Kürt siyasal hareketi partilerinin amaçlarını yerine getirirken ‘barışçıl’, ‘demokratik’, ‘çağdaş’ yollarla Türkiye halkları arasında ‘birlik’ ve ‘kardeşlik’ hedefledikleri parti tüzük ve programlarını “kin, husumet ve ayrılık duygularının vatandaşlar arasında yaratılması”, “Türk-Kürt şeklinde ırkçı ayrımcılığın yapılması” gibi eylemler olarak yorumlamıştır. Mahkeme bu siyasal partilerin, ‘barışçıl’, ‘demokratik’, ‘çağdaş’, ‘birlik’ ve ‘kardeşlik’ gibi kelimelerle asıl amaçlarını gizlemeye çalıştıkları yorumunu yapmaktadır. Mahkeme bu partilerin gerçek niyetlerinin ülkenin bölünmez

bütünlüğünü hedef alan terör örgütlerini desteklemek olduğunu söylerken partilerin kullandığı ifadelerle terör örgütlerinin söylem birliği içine girdiğini belirtmektedir.

Mahkemenin hegemonik ideolojiyi koruma saikıyla hareket ettiği diğer bir konu da azınlık yasağıdır. Yasa koyucu, SPK ile ilgili azınlık yasağını şu şekilde düzenlemektedir: “Siyasi partiler Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde milli veya dini kültür veya mezhep veya ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri süremezler” (Md.81/a). Ancak azınlık yasağını ihlal ederek bölünmez bütünlüğe tehdit haline gelen siyasal partiler, bir önceki bölümde incelendiği üzere ‘Kürt’lerin varlığından bahsetmektedir. Kürtler ülkenin asli kurucu unsurlarıdır ve Türkiye’deki azınlıklar Lozan Antlaşmasına göre belirlenmiştir. Mahkeme de sık sık Lozan Antlaşması gibi uluslararası metinlere atıf yapmaktadır. İlgili siyasal partiler de programlarında Kürtlerden azınlık olarak değil, ülkenin eşitleri olarak bahsetmekte; bu eşitlikten dolayı da eşit haklar talep etmektedir. TİP azınlık oluşturma ve bölücülük yapma gerekçesiyle ilk kapatılan parti olurken, partinin Kürt halkı deyimini kullanmış olması SPK’nın yukarıda anılan maddesini ihlal ettiğinin kanıtı olarak dava gerekçesine girmiştir.

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmelerde ülkede Kürt ulusundan bahsedilmesinin yasak olduğunu; Türk ulusunun ülkedeki tüm vatandaşları kapsadığını, bu nedenle de başka bir ulustan bahsetmenin azınlık yaratma yasağını ihlal edeceğini ifade etmektedir. Mahkeme bu konuda da bir niyet okuması yaparak başka kimliklerin varlığını ve devletin bunları tanınması gerektiğini dile getiren taleplerin ülkeyi bölünmeye götüreceğini; bu bağlamda da bu talepleri sahiplenen partilerin bölücülük gerekçesiyle kapatılması gerektiğini belirtmektedir: “Başlangıçta kabul edilebilir istekler gibi görülen ve “kültürel kimliğin tanınması istemleri” biçiminde gelişen bu bölücü çabalar, zamanla azınlık yaratma ve bütünden kopma eğilimine girer” (TİP Davası 85). Mahkeme bununla birlikte azınlık talebi olarak gördüğü bu politikaları, toplumsal bir kesimin hukuksal ayrıcalık talebi gibi kabul etmektedir. Bu taleplerin sonunda, Mahkeme azınlık statüsünün bir ayrıcalık getireceğinden eşitsizlik oluşturacağını iddia etmektedir. Bu bağlamda, Mahkemeye

göre bir partinin Kürtçe eğitim hakkı, Kürtçe dilinde basın ve yayın talepleri eşitsizlik doğuracaktır.

Mahkeme ayrıca Kürt azınlığının bilimsel olarak olmadığını ortaya koymaya çalışarak, kendisini antropologlar, tarihçiler, sosyologlar gibi bilim adamlarının yerine koymaktadır. “Türkiye’de sosyolojik yapısı bakımından özgün nitelikli bir toplum yoktur... Kürt kökenlilerin toprağı sayılacak, yalnız onların yerleştiğı, belli, doğal ya da yönetsel sınırları olan bölge ve kent yoktur. Bilimsel yönden azınlık sayılmaya yeterli öge yoktur.”

Kürtçe dil ve kültürünün savunulması da parti kapatma nedenleri arasında sayılmaktadır. SPK’nın 81. maddesine göre “Türk dili ve kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak millet bütünlüğünün bozulması amacını güdemezler ve bu yolda faaliyette bulunamazlar... Türkçeden başka dil kullanamazlar”. Bu yasak bölünmez bütünlüğe aykırı faaliyetler gerekçesiyle kapatılan 14 siyasal partinin kapatma gerekçeleri arasında sayılmaktadır. Bu bağlamda mahkeme yerel dil ve kültürü geliştirmeyi ve yerel dillerin öğretilmesini yasaklamaktadır. Mahkemeye göre Türkçe sadece resmi dillerde değil, toplumun her kesiminde kullanılmakta ve bu nedenle de Türkçe dilinden başka bir dilin kullanılmasına gerek duyulmamaktadır. Mahkeme Türkçe dilini bilmeyen çok az kişi olduğunu kabul etse dahi, başka dillerin öğretilmesinin yasak olduğu sonucuna varmaktadır. Mahkemeye göre başka dillerin öğretilmesi ulusal bütünlüğe zarar verecektir: “öğretim ve eğitim birliği ile öğretimin zorunlu olmasının ve bu yolla ulusal bütünlük ve dayanışmanın taşıdığı öneme bağlanmalıdır.” Mahkeme yapmış olduğu bu yorumla -kendi varsayımıyla- neredeyse herkesin bildiğı bir dil varken, başka dillerin öğretilmesini ulusal bütünlükle doğrudan ilişkilendirmiştir. Mahkeme birçok davada kullandığı sabit ve benzer cümlelerde “...kapalı ve açık özel ortamlarda, ev ve işyerinde, basın ve sanat alanında ana dilin kullanılması da yasak değildir...” gerekçesini belirterek, bundan başka alanlarda ana dilin kullanılması talebinin bölücülük faaliyeti olduğunu içtihat haline getirmektedir.

Bu çalışma kapsamında Mahkemenin 2010 öncesinde devleti korumayla bireysel hak ve özgürlükleri koruma arasında kaldığında, devleti korumayı tercih ettiği

hipotezi test edilmektedir. Bu bağlamda Mahkeme kararlarına bakıldığında, kapatma davalarında siyasi partilerin demokratik toplumun en önemli unsuru olduğunu defalarca ifade etmektedir. Ancak aynı mahkeme devletlerin tıpkı diğer canlılar gibi kendilerini içgüdüsel olarak korumak üzere tepkiler verebileceklerini öne sürmektedir. Buradan hareketle mahkeme, devletle birey arasında bir benzetme yaparak, devleti de tıpkı bireyler gibi görerek, devletin korunması gerektiğini iddia etmektedir. Oysaki toplumsal sözleşmelerin de ortaya koyduğu üzere devletin temel yükümlülüklerinden birisi bireyi korumaktır. Devlet ve birey zaten aynı düzeyde iki kurum değildir. Bireyleri devlete karşı mahkemeler korur; mahkemeler bireyler adına devleti denetler. Aynı zamanda bireyler siyasal partiler yoluyla devleti denetler ve politika yapım süreçlerine katılmaya çalışır. Bu bağlamda Mahkeme kapatma davalarında, devlet birey ilişkisi arasında devlet tarafında yer alarak, kendi ifadesiyle ‘Devlet’i’ koruma, bu çalışmanın ifadesiyle ise hegemonik ideolojileri koruma görevini yerine getirmektedir.

4.3.3 Laiklik İlkesini İhlal Ettiği Gerekçesiyle Kapatılan veya Ceza Alan Siyasi Partiler

Anayasa Mahkemesi 1982 askeri darbesinin öncesinde Milli Nizam Partisi’ni ve darbenin ardından milli görüş geleneğinde üç partiyi kapatmıştır: Huzur Partisi, Refah Partisi ve Fazilet Partisi. Bununla birlikte tek başına iktidar olan Adalet ve Kalkınma Partisi’ne de 2008 yılında kapatma davası açılmış, kapatma kararı verilmesine de, irticai eylemlerin odağı olduğu gerekçesiyle Ak Parti’ye devlet yardımından yoksun bırakılma cezası verilmiştir.

4.3.3.1 Milli Nizam Partisi

Türk siyasal hayatında laiklik ilkesinin ihlali gerekçe gösterilerek kapatılan ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki ilk seçici aktivist tutumunun göstergesi Milli Nizam Partisi’nin kapatılması olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na göre bir partinin kapatılması için öncelikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ilgili parti için kapatma talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurması gerekmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı 4 Mart 1971 tarihinde MNP’nin kapatılması talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Kapatılma ile ilgili iddianamede başsavcı MNP tarafından yayımlanan ‘Mecliste Ortak Pazar’, ‘Doğuda Batıda ve İslam’da Kadın’, ‘Necmettin Erbakan , İslam ve İlim’ gibi yayımlardaki ifadeleri kapatma için birer kanıtı olarak sunmuş, MNP’nin “Partinin lider kadrosunun başka bir deyişle en yetkili kişilerinin ... konuşmalarının tümü ile de Anayasa’nın, Cumhuriyetin niteliklerini belirten ikinci maddesiyle temel hak ve ödevler arasında düşünce ve inanç hak ve hürriyetini düzenleyen 19. bilim ve sanat hürriyetini düzenleyen 21. ve siyasi haklar ve ödevler arasında partilerin uyacakları esasları düzenleyen 57. maddeleri ve bu maddeler çerçevesinde yürürlüğe konan 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 4. kısım ve özellikle laik Devlet niteliğinin ve Atatürk devrimciliğinin korunmasına ilişkin hükümlerine aykırı düştüğü kesin” kanısıyla kapatılmasını talep etmiştir.

Başsavcı iddianamesinde “MNP Birinci Büyük Kongresine verilen Genel İdare Heyeti Faaliyet Raporu”, “Üç Kitabın İçinkiler Kısımı”, “MNP’nin Büyük

Kongresinde okunmuş Beyanname, Aht ve Marşla Belirlenen Görüş ve Tutumu” ile birlikte, parti yönetim kadrosunun birçok konuşması ile parti afişlerini de kapatma davasının delilleri arasında göstermiştir. Ancak Mahkeme diğer konuşma ve afişleri karar aşamasında değerlendirmemiş; değerlendirmesini “MNP Birinci Büyük Kongresine verilen Genel İdare Heyeti Faaliyet Raporu”, “Üç Kitabın İçinkiler Kısmı”, “MNP’nin Büyük Kongresinde okunmuş Beyanname, Aht ve Marşla Belirlenen Görüş ve Tutumu” üzerinden yapmıştır (MNP Kapatma Davası, 5).

Mahkeme bu üç kitap içerisindeki metinlerin parti Genel Kurulunda okunduğunu ve Genel Kurulca onaylanan rapor içerisinde kitap içerisinden bazı metinlerin doğrudan yer aldığını ifade ederek, kitap içeriğinin partiyi bağlayacağına karar vermiştir. Mahkeme öncelikle kitapların “genel havasını verebilecek”, metinlerin “zihniyetini” ve bu metinler doğrultusunda “genel idare kurulu ve Büyük Kongrece neler güdüldüğünü yeterince açıklığa” kavuşturacak bu üç kitaptan bazı metinleri “delillerin değerlendirilmesi” kısmında ortaya koymuştur (MNP Kapatma Davası, 15). İlerleyen bölümde, mahkemenin bu metinlerdeki “zihniyet” ve “neler güdüldüğü” nasıl çıkardığına ilişkin metinlerin bir kısmına yer vermiştir.

Mahkeme öncelikle “İslam ve Bilim” kitabındaki bazı ifadelerle delilleri incelemeye başlamıştır:

Çünkü Müslümanlar olarak dünyanın gelmiş geçmiş en büyük düşünce sistemine sahip bulunuyoruz. Fakat bu büyük düşünce sisteminin ve Müslümanların mücadele suretiyle sevapları ve şerefleri artsın diye karşılarında daima batıl fikirler olagelmıştır...Ben bu ‘akşam siz Müslümanları küçük gören insanların kendilerinin küçük olduğunu ispat etmek için huzurunuzda geldim.... Sadece manevî bilgiler değil, ... maddî ve müsbet ilimlerin de peygamberler vasıtasıyla gelmiş olduğunu hepimiz bilmeyebiliriz...İçinde bulunduğumuz âhır zamana ait bütün ilimlerin hepsinin temelini de Kur’an-ı Kerim insanlara getirmiştir. ‘Onun için bizim içinde bulunmuş olduğumuz devir, mutlaka Kur’an-ı Kerim’in göstermiş olduğu yollar içerisinde kalmağa mahkûm bir devirdir. Biz ve Batılılar için tek çıkar yol İslamlaşmaktır. Bunu sadece hamdedeceğimiz imanımızdan dolayı söylemiyorum. Müsbet ilimler sahasında senelerce çalışmış bir kardeşiniz olarak şunu söyleyeyim ki bütün müspet ilimler gelmiş tıkanmıştır... Şimdi biz bu konuşmamızda bilhassa belirtmek isteyeceğiz ki Müslümanlık dışında başka bir hakikat kaynağı olamaz...” (MNP Kapatma Davası, 15-16)

Burada mahkeme henüz doğrudan bir değerlendirme yapmamakla birlikte, “İslam ve Bilim” kitabındaki bazı metinleri seçerek, bu kitap aracılığıyla partinin temel düşüncesi hakkında bir çıkarım yapmaktadır. Bu çıkarımla varılabilecek sonuç, Batılı bilimin tıkanmışlığı, partinin de bu tıkanıklığı çözmek için İslam ve Kur’an’ı kullanacağı olabilir. Mahkeme ikinci olarak:

Türkiye’de Anayasa tam bir din ve vicdan hürriyeti tanımıştır. Ancak, bu hürriyet 163 üncü madde ile kısıtlanmıştır. Bizim Türkiye’de bir vaiz çıkıp faiz haramdır diye vaaz verir ve tevkif edilir...Ne diye Cuma günleri tatil yapamıyoruz da Pazar tercih ediliyor? Pazar günü Hristiyanlar kilisiye giderler. Cuma günü tatil yapılırsa da Müslümanlar rahatça camiye gitseler olmaz mı? Ne mecburiyeti var bu milletin bu zulümü çekmeğe... Bu 163. madde kaldırılarak, din hürriyeti Müslümanlara mutlak verilmelidir...Dinle devlet ayrı şeydir birleşmez boş lâftır, uydurmadır. Gerçek değildir. Dinle Devlet aynıdır, beraber yürür. Ayrılmalarına imkân yoktur” (MNP Kapatma Davası, 15-16). Yukarıda bahsedilen 163. madde Anayasa’nın değil o dönem yürürlükte olan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun maddesidir ve maddenin birinci fıkrasıyla “[1]âikliğe aykırı olarak, Devletin içtimaî veya iktisadî veya siyasî veya hukukî temel nizamlarını, kısmen de olsa dinî esas ve inançlara uydurmak amacıyla cemiyet tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare” edilmesi yasaklanmıştır.

Bu bağlamda Mahkeme partinin genel görüşü olarak kabul ettiği ilgili kitaptan bu ifadeleri seçerek, partinin aslında din devlet işleri ayrımını yani laiklik ilkesini reddettiği sonucuna varmaktadır. Parti ise savunduğu politikaların din ve vicdan hürriyeti bağlamında olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme üçüncü olarak ise “Meclis ve Ortak Pazar” isimli kitaptan bazı ifadeleri öne çıkarmaktadır:

Müşterek Pazar [ile] ... Katolik devletlerin bir birlik kurması fikri işlenmiş. Konsey büyük devletlerin hâkimiyeti altındadır. Bugün için 200 milyonluk, yarın Protestanlar da girerse 400 milyonluk bir Hristiyan kütlenin içerisinde 35 milyonluk Türkiye, Konseyde bir üyelikle bulunacak ve sadece büyüklerin emirlerine itila kesbedecek... Türk Milletinin, hakikî manası bir kültürel ve inanç sistemi içerisinde erimek olan Müşterek Pazara girmesi mümkün değildir. Türkiye’nin tarihi, sosyal, kültürel yapısı ve inanç sistemi buna manidir. Bu Müslüman milletin, bir Hristiyan topluluğu içerisinde erimesine imkân verilemez....batılılaşmayı, Batının maddî medeniyet ve tekniğinin çok ilerisinde, Batı Hristiyan dünyasının inanç ve kültürel sistemini benimsemek şeklinde anlayanlar, İslâmiyeti gelişmemizin engeli telâkki edenler...Türkiye’nin bir an evvel Müşterek Pazar’a girmesini, bu gayelerinin gerçekleşmesi yönünden hararetle savunmaktadırlar...Ortak Pazar bir Katolik birliğidir...Haçlı zihniyetini yeniden ortaya koymuş bulunan bir topluluğa Müslüman Türkiye’yi bir vilâyet gibi bağlamak Türkiye’yi, onun büyük tarihini, onun insanlık için çok mühim olan hüviyetini yok etmek demektir...Türkiye’nin maddî ve

manevî menfaatleri aramızda kültürel tarihî bağlar bulunan ve iktisadî denge olan İslâm memleketleri ile Müşterek Pazar kurulmasıdır. Türkiye'nin maddî ve manevî menfaatleri aramızda kültürel tarihî bağlar bulunan ve iktisadî denge olan İslâm memleketleri ile Müşterek Pazar kurulmasıdır....Siyonistler İslâm âleminin başı olan Türkiye'yi alıp, şimdilik 200 milyonluk Katolik Birliğinin, bilâhare de buna ilâve edilecek 200 milyonluk Protestanlarla beraber 400 milyonluk bir Hristiyan Birliğinin potası içinde eritmek istiyorlar” (MNP Kapatma Davası, 16-17).

Mahkemenin bu ifadeleri öne çıkarmasındaki amaç sadece MNP'nin Ortak Pazar politikalarına karşı olması değil, aynı zamanda parti politikasının Ortak Pazara karşı çıkmasındaki temel motivasyonun din temelli olduğunu ispatlamaktır. Mahkeme söz konusu bu üç kitapla MNP'nin görüş ve tutumu hakkında bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme temel olarak partinin İslamî bir vicdan, inanç ve kanaat öznesi ve Tanrı ile insan arasındaki manevî bir ilişki olarak görmediğini; partinin Anayasa'da belirtilen sınırların dışına çıkarak, dini siyaset, sosyoloji, toplum, yönetim, ekonomi, eğitim, bilim ve teknolojinin, yani bütün dünya meselelerinin tek kaynağı olarak göstermeye çalıştığını ifade etmiştir (MNP Kapatma Davası, 17). Buna ek olarak partinin söylemlerinde karşısındaki toplumu sadece bir dinin mensupları şeklinde gördüğünü, “Müslüman kardeşlerimiz” ve “Siz Müslümanlar” gibi ifade biçimlerinin “kendisini olabildiğince çok yandaş, başka deyimle, oy toplayabilmek için de dini ve din duygularını sömürme ve kötüye kullanma” amacıyla olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir (MNP Kapatma Davası, 17).

Bu bağlamda Mahkeme “163 üncü maddesinin kaldırılmasını, din derslerinin mecburî olmasını istemenin, hilâfetin gelmesinde büyük faydalar görmenin ve millet isterse bunun olabileceğini belirtmenin, dinle Devletin aynı olduğunu, beraber yürüdüğünü ileri sürmenin; her alanda İslâmlaşma zorunluluğundan söz etmenin ve Cuma tatili üzerinde direnerek durmanın Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırı bir tutum ve durumun içinde” olduğu değerlendirmesini yapmaktadır” (MNP Kapatma Davası, 17).

Bu değerlendirmenin ardından mahkeme “Millî Nizam Partisinin Anayasa'ya aykırı duruma düştüğüne ve bu nedenle de temelli kapatılmasına” oybirliğiyle karar vermiştir.

4.3.3.2 Huzur Partisi

Huzur Partisi'nin kapatılması talebi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının 28 Temmuz 1983 tarihli iddianamesiyle Anayasa Mahkemesine iletilmiştir. Başsavcılık makamı “Huzur Partisi'nin kurulurken verdiği programın, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun dördüncü kısmında yer alan, 78, 84, 85, 86, 87 ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek, aynı Kanunun 101/a maddesi gereğince, partinin kapatılmasına karar verilmesini” istemiştir. Başsavcı iddianamesine temel olarak parti programını almıştır.

Başsavcı iddianamesinde parti programında laiklik ilkesine aykırı davranış olarak programın 12., 17. ve 21. maddelerine atıf yapmaktadır. Programın 12. maddesi “Eğitim ve Öğretim Kurumları ile üniversitelerimizin bazı sosyalist ülkelerdeki gibi lâik olması fikrine inanmıyor ve bunu benimsemiyoruz” derken; 17. maddesi “Milli eğitim müesseselerimizde ilkokuldan itibaren kaynağını ahlâk, fazilet ve Türk İslam geleneklerinden alan bir sistemle vatan ve milletini seven nesiller yetiştirmek gayemizdir” şeklindedir. Parti ayrıca programının 21. maddesinde “dini... değerlere önem veren bir tedrisat sistemi” getirmeyi hedeflediklerini net bir biçimde ifade etmektedir. Başsavcı ayrıca programın 16. maddesindeki Türk alfabesine dokuzuncu sesli harfin konulma politikasının da Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Mahkeme öncelikle parti programının 12., 17. ve 21. maddelerini değerlendirmiş ve Türkiye'deki laiklik anlayışının hiçbir sosyalist ülke ve Batı Hristiyan ülkelerin laiklik anlayışına benzemediğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre laiklik “dinle devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesini oluşturan koşullardan esinleneceği, bu koşullar arasındaki uyum ya da uyumsuzluğun lâiklik anlayışına da yansarak farklı ve değişik modelleri ortaya çıkarması” doğal olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda mahkeme din alanının devlet tarafından Anayasa ve yasalarla düzenlendiğini ifade ederek, “eğitim ve öğretimin Devletin gözetim ve denetimi altında” yapılacağını belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme yine kimsenin “Devletin sosyal, ekonomik,

siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına” dayandıramayacağını ifade etmektedir.

Mahkeme’ye göre, inkılap yasaları ise Anayasa’ya aykırı olarak yorumlanamaz ve yorumlanamamıştır. Siyasi parti programları da Tevhidi Tedrisat Kanunu ile Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkındaki kanunla çelişemezler. Dini eğitim ise ilk ve orta dereceli okullarda, bireylerin kendi seçimlerine veya 18 yaşından küçüklerin yasal temsilcilerinin taleplerine bağlıdır. Din ve vicdan hürriyeti, dinler ve mezhepler arasında ayırım yapmak için kullanılamaz. Daha da önemlisi din ve vicdan hürriyetine aykırı fikirlere dayalı bir devlet oluşturmak için hiçbir şekilde kullanılamaz.

Mahkeme bu değerlendirmenin ardından Anayasa’nın din ve vicdan hürriyetinin düzenleyen 23. maddesine Anayasa’nın bütünü çerçevesinde bakılması gerektiğini ifade etmiş ve mahkemenin önceki kararlarından alıntılar yaparak “Atatürk ilkeleri ve bilimsel özerklikten ne anlaşıldığını ortaya” koymaya çalışmıştır. Burada mahkeme yorum tekeli kullanarak Anayasa’nın tümü ve özelde de 23. maddeden bir anlam çıkarmıştır. Anayasanın 24. maddesi “din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır, bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine” bağlı olduğunu ifade etmektedir. Mahkemeye göre bu maddenin oluşturduğu “kural, Atatürk ilke ve inkılaplarıyla daha açık bir anlatımla Türk Devrimleriyle birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. Çünkü, “Türk Devrimi, Atatürk’ün önderliğinde gerçekleştirilen ulusal bağımsızlığın ve çağdaşlaşma hareketinin adıdır ... Anayasamızın kabul ettiği lâiklik ilkesi, soyut bir kavram değil, Devletin, hukukun ve eğitimin lâikleşmesini içeren sistemler topluluğudur.” Mahkeme bu yorumuyla “Anayasamızın 24. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne başka manalar izafe etmek, Atatürkçü düşünceye ve Türk Devrimine ters düştüğü kadar bizatihi hükmün açık olan ve yoruma elverişli bulunmayan beyanına ve ayrıca bilimsel özerkliği ilke olarak benimseyen Anayasa kurallarına da aykırı” olacağı sonucuna varmıştır. Bu sonuca “Orhan Onar, Mehmet Çınarlı ve Necdet Darıcıoğlu programda yer alan hükümlerde

kanuna aykırılık olmadığını, H. Semih Özmert bu hükümlerin Kanunun 84., Yılmaz Aliefendioğlu da Kanunun 84. ve 87. maddelerine aykırı bulunmadığını” belirterek karşı oy yazmışlardır. Karşı oy değerlendirmeleri bu çalışma kapsamında başka bir başlık altında yapılacağı için, karşıoyların detayına bu bölümde girilmemiştir.

Mahkeme bu değerlendirme sonucu oy çokluğuyla Huzur Partisi’nin kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.3.3 Refah Partisi (RP)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Refah Partisi’nin “laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline geldiği” iddiasıyla Anayasa Mahkemesine partinin kapatılması için başvurmuş; diğer kapatma iddianamelerinin tamamının aksine parti kapatma davasının açılmasını basın yoluyla duyurmuştur (*Refah İç Savaşa Sürüklüyor*, Cumhuriyet Gazetesi, 22 Mayıs 1997).

Refah Partisi’nin kapatma davası ülkedeki diğer parti kapatma davalarından birçok noktada farklılıklar göstermektedir. Öncelikle bu kapatma davası hem literatürde hem de toplum arasında post-modern bir darbe olarak ifade edilmektedir. MGK tarafından hazırlanan bir bildiri ile başlayan ve bunun etkileriyle Refah Partisi’nin o dönemdeki Doğruiyol Partisiyle kurmuş olduğı koalisyon hükümetinin devrilmesiyle sonuçlanan bir süreç yaşanmıştır. Bununla birlikte bu kapatma davası iktidar partisine açılmış ilk kapatma davası niteliğindedir. Refah Partisi de savunmasında bu konuya değinerek, dava yoluyla “yürütme organı üyesi olan başbakan veya bakanların yargılanmaları yolunun açılması Anayasa’ya aykırıdır... Anayasa’nın 100’üncü maddesi gereğı yerine getirilmeden bir başbakanın ya da bakanın hangi mülahaza ile olursa olsun sorguya çekilmesi, yargılanması, itham edilmesi hem Anayasa’nın anılan maddesine hem de “kuvvetler ayrımı” ilkesine aykırı” olduğunu ifade etmiştir.

Başsavcılık partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline geldiğı tezini savunmak üzere birçok delile iddianamesinde yer vermiştir. Başsavcılık öncelikle partinin başörtüsüyle öğrenim görme ve çalışma hakkının Anayasal bir hak olduğunu

ifade etmesini ve bu bağlamda Refah Partisi'nin iktidarında üniversite rektörlerinin başörtülülere selam duracaklarının belirtmesini laiklik karşıtı bir eylem olarak değerlendirmiştir. Bu çalışma kapsamında incelenen Anayasa Mahkemesinin 7.3.1989 tarihli ve 1/12 sayılı kararında, Mahkeme “derslikler ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınmasının zorunlu olduğu ve bu nedenle yükseköğretim kurumlarında dinsel gerek ile bağlanan başörtülerinin laik bilim ortamıyla bağdaştırılamayacağı ve aksini yapanların dinsel kurallardan arındırılmış devlet düzenine, giyim nedeniyle dinsel el atmada bulundukları” (Anayasa Mahkemesi, E: 1989/1 K:1989/12) ifadesi Başsavcının iddianamesinde de yer almıştır. Partinin bu karara karşı söylemleri, başsavcı tarafından Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı çıkma olarak yorumlanmıştır.

Başsavcının iddianamede yer vermiş olduğu diğer bir delili ise 13 Nisan 1994 tarihinde meclis gündemindeki Anayasa Değişikliği üzerine Refah Partisi lideri Necmettin Erbakan'ın yapmış olduğu meclis konuşmasıdır: “Refah Partisi iktidara gelecek. Adil Düzen kurulacak. Sorun ne? Geçiş dönemi sert mi olacak, yumuşak mı olacak, kansız mı olacak ...Türkiye'nin şu anda bir şeye karar vermesi lazım. Refah Partisi Adil Düzen getirecek. Bu kesin şart, geçiş dönemi yumuşak mı olacak, sert mi olacak, tatlı mı olacak, kanlı mı olacak. Altmış milyon buna karar verecek”. Başsavcı bu konuşmaya, şiddet öğelerini içeren ve demokratik düzenden şiddet yoluyla şeriat düzenine geçilmesi planlanan bir süreç isteğinin göstergesi olarak iddianamede yer vermiştir. Mahkeme Genel Başkan Yardımcısı Ahmet Tekdal'ın konuşması da aynı nitelikteki söylemlerini de partinin genel eğilimini gösterdiği iddiasıyla kapatma kararına delil olarak göstermiştir.

Başsavcı, parti lideri Erbakan'ın yanı sıra partiye mensup milletvekilleri Şevki Yılmaz, Hasan Hüseyin Ceylan, Hasan Hüseyin Tekdal, İbrahim Halil Çelik ve Belediye Başkanı Şükrü Karatepe'nin yapmış olduğu konuşmalara da iddianamesinde yer vermiştir. Milletvekili Hasan Hüseyin Tekdal ayrıca partinin Genel Başkan Yardımcılarından da birisidir. Başsavcının iddianamesine göre bu kişilerin yapmış olduğu konuşmaların bazılarında “belli bir dini görüş ve inanca sahip olanlarla olmayanlar arasındaki farklılık ön plana çıkarılmakta, bu dini görüş ve inanca sahip

olmayanlar, şayet bu görüş iktidara gelirse gebertilecekleri” gibi ifadeler yer almaktadır. Başsavcı sözlü ifadesinde ise partinin hem devrim yasalarına hem de laikliğe karşı olduğunu belirterek “[g]erek ülkemizde ve gerekse dünyada, mahkemelerce kapatılan hiçbir parti, Refah Partisi kadar kapatılmayı hak etmemiştir” sözleriyle ifadesini tamamlamıştır.

Refah partisi savunmasında “milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu kapsamında söylediği sözlerin, parti kapatma sebebi” olamayacağını ifade ederek bu konuşmaların delil olarak değerlendirilmemesi gerektiğini iddia etmiş ancak Mahkeme bu söylemlerin partiyi bağlamasından hareketle yasama sorumsuzluğunun parti tüzel kişiliği için söz konusu olmadığını belirtmiştir. Ancak odak olma savı Mahkeme tarafından yerinde görülmemiştir. Gerekçe olarak ise şu açıklama yapılmıştır: yasama sorumsuzluğu korumasından parti tüzelkişiliğinin yararlanması söz konusu olamaz. Bir siyasi partinin, yasak eylemlerin odağı haline geldiğinin saptanması, sadece tüzelkişilik faaliyetleriyle değil, üyeler tarafından yürütülen faaliyetlerin de incelenmesiyle mümkündür. Çünkü “ ‘odak olma’ durumunun oluşması için gerekli olan yasak eylemlerdeki nitelik ve nicelik ile bunların tekrarındaki kararlılık gibi öğelerin varlığı konusunda, milletvekillerinin Meclis içindeki ve dışındaki söz ve eylemlerinin tümü değerlendirilmedikçe sağlıklı bir sonuca ulaşılamaz.”

Partinin savunmasında değindiği bir diğer husus ise “Bakanlar Kurulu üyelerinin siyasi denetime konu olabilecek eylemlerinin kapatılma nedeni sayılamayacağı” iddiasıdır. Mahkeme ise “kişilerin eylemleri partiye bağlı olarak değerlendirildiğinden, Bakanlar Kurulu Üyelerinin Parti’yi sorumluluk altına soktukları ve partinin kapatılmasına neden oldukları” teziyle bu iddiayı reddetmiştir.

Başsavcı parti lideri Erbakan’ın ve yöneticilerinin, başörtüsüyle devlet dairesinde çalışma ve öğrenim görmeyi anayasal bir hak olarak görmekte iddia etmelerinin oy kaygısıyla bu öğeler kullanma anlamına geleceğini ifade etmektedir. Mahkeme’nin bu iddiayı incelerken yapmış olduğu değerlendirme laiklik ilkesine yaklaşımın önemli bir göstergesidir:

Dinsel nedenlere dayanılarak başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine resmî daire ve üniversitelerde serbestlik tanınması, bir tür yönlendirme ve bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinden olanlar arasında bile ayrılıklar yaratacaktır. Bu durumun da lâiklik ilkesine aykırı düşeceği kuşkusuzdur.

Kamusal kuruluşlarda ve öğretim kurumlarında başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan öte ayırım aracı niteliğindedir. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz ve bu tür eylemler Anayasa'daki lâiklik ilkesine aykırılık oluşturur.

Mahkemeye göre parti lideri ve yöneticilerinin türban veya başörtüsü kullanmayı teşvik eden konuşmaları laiklik ilkesine karşı olanlar için bir teşvik niteliğindedir. Bu teşvik birçok ilde üniversite ve cami önlerinde kamu düzeninin bozulmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda mahkeme “Parti Genel Başkanı’nın bu davranışlarının lâiklik ilkesine aykırı olduğu sonucuna” varmıştır.

Parti Genel Başkanı Necmettin Erbakan’ın TBMM ve Parti Genel Kurul toplantılarında talep ettiği “çok hukuklu sistem”, başsavcının kapatma nedeni olarak ortaya koyduğu bir başka delildir. Erbakan şu ifadelerle çok hukuklu sistem istediğini ifade etmiştir:

Benim inandığım şekilde sen yaşayacaksın. Tahakkümün orta-dan kalkmasını istiyoruz. Çok hukuklu bir sistem olmalı, vatandaş genel prensiplerin içerisinde kendi istediği hukuku kendisi seçmeli. Bu bizim tarihimizde de olagelmıştır. Bizim tarihimizde çeşitli mezhepler olmuştur. Herkes kendi mezhebine göre bir hukuk içinde yaşamıştır ve de herkes huzur içinde yaşamıştır. Niçin ben başkasının kalıbına göre yaşamaya mecbur olayım

Anayasa Mahkemesine göre; hukuku inançlara göre ayırmak, vatandaşların birbirleriyle hukuksal bağlantılar kurmalarını ve ilişkilerini geliştirmelerini zorlaştıracak, sosyal gelişmeyi önleyecek ve ulusal bütünlüğü bozacaktır. Oysa, ulus olmanın koşullarından biri hukuk ve yargı birliğinin sağlanmasıdır ve hukukun da din, mezhep ve etnik farklılıklara göre değil, çağdaş değerlere göre düzenlenmesi gerekir. Çok hukukluluk, dini ayrımcılığa neden olacak ve laik düzeni sarsacaktır.

Mahkeme çok hukuklu sistem isteğinin İslam Tarihi’ndeki ‘Medine Sözleşmesi’ diye adlandırılan bir antlaşmadan alındığını ileri sürmüş ve sözleşme ile

“Medine’deki yahudi ve putperest kabilelerin İslâm dinî kurallarına göre değil, kendi hukuklarına göre yaşama hakları” olduğunun kabul edildiğini ifade etmiştir.

Mahkeme “bireylerin inançları nedeniyle farklı hukuka bağlı olmalarına yol açacak, ‘çok hukukluluk’un dini ayrımcılığa neden olacağı, akıl ve çağdaş bilime dayalı lâik düzeni” sarsacağı çıkarımını yapmaktadır. Bu nedenle de Erbakan’ın bu talebini ifade etmesinin laiklik ilkesine aykırı olacağı sonucuna varılmıştır.

Kapatmaya delil olan bir başka konu ise mahkemenin videobantlardan tarikat lideri olarak tespit ettiği kişilerin devrim yasalarına aykırı kıyafetleri ile Başbakanlık konutuna davet edilmesi olmuştur. Mahkemeye göre devrim yasalarına aykırı kıyafet giyen bu kişilerin devlet katına davet edilmesi, devlet katında kabul edildikleri anlamına gelmekte, bu da laik hukuk devlet düzeniyle tezatlık oluşturmaktadır. Mahkeme bu eylemin laiklik ilkesine aykırı olduğunu vurgulayarak şunları ifade etmiştir: “Parti Genel Başkanının, partilerinin dinî görüntü ve anlayışa lâik devlet düzenini oluşturan kurallardan daha üstün bir yer verdiğini gösteren, açıkça siyasi çıkar ve nüfuz sağlamaya yönelik olduğu anlaşılan bu davranışının lâiklik ilkesine aykırılık oluşturduğunda duraksamaya yer yoktur.”

Mahkeme ayrıca Bakanlar Kurulunca alınmış “Çalışma Saatlerinin Ramazan Ayı’nda İftara Göre Düzenlenmesi” adlı kararı da kapatma delili olarak değerlendirmiştir. Bu karar Danıştay 12. Dairesi’nin 13.1.1997 günlü, 97/9022 sayılı kararına göre laiklik ilkesine aykırı bulunmuş ve kararın yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi de Danıştay’ın kararına atıf yaparak, partinin Bakanlar Kurulu kararıyla laiklik karşıtı eylemleri devam ettirdiği sonucuna varmıştır.

Tüm bunların sonucunda mahkeme Refah Partisi’nin Genel Başkanı, Başkan Yardımcıları ve milletvekillerinin söylemleriyle partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline geldiğini; bu kişilerin demokratik hak ve özgürlükleri, şeriat düzeninin tesis edilmesi için bir araç olarak kullandığını belirterek, 16 Ocak 1998 tarihinde partinin kapatılmasına karar vermiştir.

4.3.3.4 Fazilet Partisi (FP)

Refah Partisi'nin kapatılmasının ardından Milli Görüş Geleneği mensuplarınca kurulmuş ve yine Anayasa Mahkemesince kapatılmış bir diğer parti Fazilet Partisidir. 18 Aralık 1997 yılında kurulmuş partiye sadece 18 ay sonra 7 Mayıs 1999 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na kapatma davası açılmıştır.

Başsavcı iddianamesini iki konu üzerine temellendirmiştir; Fazilet Partisi'nin daha önce Anayasa Mahkemesince kapatılmış bir partinin devamı olması ve partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı olması. Başsavcı iddianamedeki ilk görüşünü Fazilet Partisi'nin, kapatma davası süren Refah Partisi'nin yöneticileri tarafından yönlendirilerek kurulmuş bir parti olduğu; Refah Partisi'nden 147 milletvekilinin ve birçok belediye başkanının Fazilet Partisi'ne geçmeleri; Fazilet Partili milletvekillerinin seçimlerin ertelenmesi, hükümetin düşürülmesi gibi temel konularda kapatılan Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın emir ve talimatlarına göre hareket ettikleri iddiasına dayandırmaktadır. Bu iddiayı desteklemek için Başsavcı, Fazilet Partisinin, Mahkemeden yasadışı delil olarak değerlendirmesini talep ettiği Necmettin Erbakan ile Yasin Hatipoğlu arasında geçen bir telefon görüşmesinin kayıtlarını dava dosyasına eklemiştir. Bu telefon görüşmelerinde iki parti arasında organik bir bağın süre geldiği mahkemece anlaşılmaktadır.

Başsavcı ayrıca partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olması sebebiyle de kapatılmasını talep etmiştir. İddianamede Fazilet Partisi'nin kamu binaları ve üniversitelere başörtüsüyle girmeyi teşvik etmesi; partiye mensup milletvekili Merve Kavakçı'nın meclise başörtüsüyle girmesi ve aynı partiye mensup Nazlı Ilıcak'ın bu olayı desteklemesi, partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı olması için yeterli görülmüştür.

Mahkeme beklenenin aksine davayı Anayasa'nın 68. maddesinin 4. bendi ve Siyasi Partiler Kanununun 101. ve diğer ilgili maddeleriyle sınırlandırmamış, Anayasanın başlangıç, 2., 4., 14., 24., 42., 68., 69., 83., ve 84. maddeleri ve Siyasi Partiler Kanununun 3., 4., 5., 78., 84., 86., 87., 95., 101., 103. ve 104. maddelerine göre de değerlendirmiştir.

Parti başkanı, bazı milletvekilleri ve bazı belediye başkanlarının devlet kurumları ile üniversitelerde o dönemde uygulanan başörtüsü yasağına karşı gelmekteydi. Partinin genel görüşü olarak değerlendirilen bu görüş, başörtüsü yasağını, bireysel hak ve özgürlükleri kısıtlayan baskı ve zulüm olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlama mahkemeye göre insanların laiklik ilkesine aykırı hareket etmelerine yönelik olarak halkın nefret ve düşmanlığa teşvik edilmesinden ibarettir.

Mahkeme, partinin “ısrarlı ve süreklilik gösteren faaliyetleriyle temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı demokratik hukuk devletini değil, din kurallarının geçerli olduğu bir toplumsal modeli gerçekleştirme” hedefinin açık olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme kararında partinin “vatandaşları dinsel inançlarını sömürerek lâik devlet düzeniyle çatışmaya sokabileceklerinin bilincinde olarak ...halkın bir bölümünü Devlet’e karşı kışkırtmayı alışkanlık haline getirdiklerini” ifade etmektedir. Bu görüşe dayanak olarak da Parti Genel Başkanı Recai Kutan’la birlikte birçok milletvekilinin konuyla ilgili beyanları da delil olarak değerlendirilmiştir. Örneğin Recai Kutan’ın “Bazı kimseler çıkmışlar... biz başörtülü kızların üniversiteye girmemesini, cumhuriyeti korumak için istiyoruz.- diyorlar” ifadesi laikliğe aykırı bir faaliyet olarak değerlendirilmiştir.

Laikliğe aykırı eylemlerin bir diğer göstergesi ise partiye mensup Milletvekili Merve Kavakçı’nın milletvekili yemini etmek için meclise başörtüsüyle gelmesi olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre Merve Kavakçı’nın “hiçbir zaman ve hiçbir yerde türbanını çıkarmayacağını söylediği halde Fazilet Partisi yöneticileri tarafından seçilebilecek bir yerden önce milletvekili adayı gösterilmesi, milletvekili seçildikten sonra başörtüsü ile yemin” etmesi partinin laikliğe aykırı bir eylemi olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte Merve Kavakçı’nın başörtüsüyle yemin edememesinin ardından “TBMM’de yaptığı ve başörtüsü eylemini Amerika’da zencilerin insan hakları için yaptığı mücadeleye benzettiği, basın toplantısına Fazilet Partisi Grup Başkanvekili Abdullatif Şener’le birlikte partinin pek çok milletvekilinin” katılmasının, partiyi bu eylemin odağı haline getirdiği sonucuna varılmıştır.

Mahkeme başörtüsünü güçlü siyasal bir sembol olarak görmekte, başörtü özgürlüğünün de “kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla yasaklanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı” görüşünü “Anayasa Mahkemesinin ve Danıştay’ın konuya

ilişkin kararlarıyla” desteklemektedir. Mahkeme bu kararlara rağmen partinin “türban veya başörtüsünün serbest bırakılması için demokrasinin temel değerleriyle bağdaşmayan kendilerine özgü bir lâiklik tanımı ile başta TBMM olmak üzere çeşitli yer ve toplantılarda gerçekleştirdikleri eylem ve yaptıkları konuşmalarla sürekli olarak, kamu görevlilerinin kendilerine zulüm ve zorbalık yaptıkları gerekçesiyle halkı bu kişilere karşı kin ve düşmanlığa tahrik” ettiklerini ifade etmektedir.

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda Mahkeme Fazilet Partisi’nin Refah Partisi’nin devamı olduğu gerekçesiyle kapatılmasını oyçokluğuyla reddetmiş, ancak “Laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemleri nedeniyle” temelli kapatılmasına Haşim Kılıç, Samia Akbulut ve Sacit Adalı’nın karşı oylarıyla oyçokluğuyla karar vermiştir.

4.3.3.5 Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti)

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı AK Parti iktidardayken, partinin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine partinin kapatılması talebiyle başvurmuştur.

Başsavcı kapatmaya esas olan parti eylemlerini AK Parti Genel Başkanı ve Başbakan Recep Tayyip Erdoğan’ın, TBMM Başkanı Bülent Arınç’ın, Dışişleri Başkanı Abdullah Gül’ün, Milli Eğitim Bakanı Hüseyin Çelik’in ve diğer milletvekillerinin eylem ve demeçleri arasından seçmiştir. Başsavcı ayrıca partinin yerel yöneticileri ile il teşkilat yöneticilerinin eylem ve söylemlerine de kapatma nedeni olarak iddianamede yer vermiştir. Tüm bunların yanında partinin tek başına iktidarda olduğu dönemde, hükümetin iş ve eylemleri de parti kapatma davası için delil teşkil etmiştir.

Başsavcılığın kapatmaya esas deliller arasında saydığı ve 300’ü aşkın söylemlerin genelinde, Başörtüsüyle üniversitelerde eğitim alma hakkı ve İmam Hatip Liseleri bağlamında meslek liselilerin başarı puanlarının yükseköğretime geçiş sınavlarında daha düşük katsayıyla çarpılması yer almaktadır. Bu 300’ü aşkın söylemden 61’i partinin genel başkanına aittir. Bu söylemlerden, demeçlerde işlenen konuların tamamını kapsayacak şekilde seçilmiş ifadeler şu şekildedir:

İslam ile laikliği yan yana tanım olarak getirmek yanlış olur. Kişiler laik olmaz...

Asıl itibarıyla laiklik bir sistemdir ve fertlerin değil, devletin laikliği söz konusudur... Ben insan olarak laik değilim; devlet laiktir. Buna mukabil laik düzeni korumakla yükümlüyüm...

‘türban sorunu’nu nihai kertede aşmak için referanduma gidilmesi gereğinin de ‘zaman zaman kendi düşünce dünyasına girdiğini’ söylerken, ‘Tabii, bunun taymingi (zamanlama) önemli...

Kamusal alan sadece bizde var.(‘) Sivil toplum örgütleri vakıf üniversitelerinde başörtülü eğitime ilişkin bir dayanışma ortaya koyarlarsa, burada hazır bir hükümet var...

Gönlümün derinliklerinde yatan hıçkırıklar var... Ama sabırlı olmaya mecburuz....

İngiltere, ağırlıklı olarak Hristiyan ülke olmasına karşın kamu kurumlarında başörtülü insanların çalışabildiğini, ancak çoğunluğu Müslüman olan Türkiye’de kamu kurumlarında başörtülü çalışamadığını, başörtüsünün insan hakkı olduğunu, türban konusunda toplumsal mutabakata önem verdiklerini...

Velev ki (türbanı) bir siyasi simge olarak taktığını düşünün. Bir siyasi simge olarak takmayı da suç kabul edebilir misiniz’...

‘İmam hatip ve meslek liseleriyle diğer düz liseler arasında üniversiteye girişte uygulanan katsayı farkını doğru bulmuyorum...”

Diğer parti yöneticileri ve milletvekillerinin demeçleri de bu bağlamda kanıt olarak iddianameye girmiştir. İddianamede demeçlerden farklı şekilde delil olarak yer alan esas unsur ise partinin başında olduğu hükümetin iş ve eylemleridir. Parti milletvekillerince verilen anayasa ve kanun değişikliği teklifleri, Bakanlıklar tarafından yayımlanan yönetmelik değişiklikleri, yönergeler, Kalkınma Planı önerileri ile sınav uygulamaları kapatmaya esas delil olarak iddianamede listelenmiştir. Başörtüsünün yükseköğretim kurumlarında serbestçe takılmasına olanak sağlamak üzere Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde ve Yükseköğretim Kanunun Ek 17. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören yasa teklifi; DİB ile MEB denetiminde yaz Kur’an Kursları açılmasını ve halen devam eden kış Kur’an kurslarındaki 12 ve 15 yaş sınırının kaldırılmasını öngören yasa teklifi; Milli Eğitim Bakanlığınca DİB’nin Kur’an Kurslarını ilköğretim müfettişlerinin denetiminden çıkaran yönetmelik, İmam Hatip Lisesi son sınıf öğrencileri ya da mezunlarının Açık Öğretim Lisesine geçerek yüksek öğretim yerleştirme sınavında istedikleri alandan sınava girebilmelerini sağlayan yönetmelik, sınava girişle ilgili yönetmelikte yer alan “başı açık” ibaresinin çıkarılması; Açık İlköğretim Okulu sınavlarında sınava başörtüsüyle öğrenci alınması; 9. Kalkınma Planında yer alan “zekat” sisteminin özel kurum ve teşkilatına kavuşturulması, bu amaçla ‘Zekat Mağazalar Zinciri’ oluşturulması önerisi” gibi bazı

yasama ve yürütme faaliyetleri partinin kapatılmasını gerektirecek sebepler arasında sayılmıştır. Parti yapmış olduğu savunmada, kapatma davasının hukuki değil siyasi olduğunu, iddianamenin de hukuki bir metinden çok “ülkenin gerçeklerini ve iktidar partisinin icraatlarını görmezlikten gelerek, korku ve vehimlerden hareketle geleceğe yönelik spekülâtif öngörülere yer veren kurgusal bir metin” olduğunu ifade etmektedir. Parti ayrıca AİHS, Venedik Komisyonu metinleri ve Kopenhag Kriterleri’ne atıflar yaparak partilerin ancak şiddet ve teröre destek olmaları veya karışmaları durumunda kapatılabileceğini öne sürmüştür.

İddianamedeki delillerin çoğunun gazete kupüründen ibaret olduğunu ifade eden AK Parti, ön savunmada bunlar hakkında tek tek savunma yapmazken, esas hakkındaki savunmasında tüm iddiaları cevaplamıştır.

Parti ayrıca yasama ve yürütme faaliyetlerinin de partiye mal edilemeyeceğini ifade etmektedir. “[B]u üyelerin, organ ve kurulları temsil yetkisi söz konusu değildir. Bu nedenle, bu tür davranışlar da kapatma sebebi kabul edilemez” denilerek, yasama ve yürütme erklerinin faaliyetlerinin bir parti için kapatma nedeni sayılamayacağı öne sürülmüştür.

Partinin savunmasında bu çalışma ekseninde önemli olan bir kısım da laiklik tanımı üzerine yapılan tartışmadır. Dava sürecinde Başsavcı, karar ve gerekçelerde ise mahkeme bir laiklik tanımı yapmakta, bu tanım da parti kapatmalarına temel oluşturmaktadır. Mahkemenin yapmış olduğu tanımlara bu çalışmada daha sonra yer verileceğinden dolayı burada detaya girilmemektedir. Ancak partinin savunmasındaki laiklikle ilgili kısım, Mahkemenin laiklik tanımı için önem teşkil etmektedir: “Partimiz laikliği siyasi ve hukuki bir ilke olarak görmektedir. Başsavcılığın laiklik anlayışı baştan sona problemlidir. Laiklik bir “yaşam biçimi” olamaz. Laiklik bir “felsefi inanç” değildir. Pozitivist laiklik ideolojisi çağdışıdır. Başsavcılığın din anlayışı sosyolojik gerçeklikle bağdaşmamaktadır. Başsavcılığın “demokratik laiklik” alerjisi anakroniktir.” Esasen savunmanın laiklik tanımıyla ilgili bu kısım sadece bu kapatma davası için değil, birçok kapatma davası için kullanılabilir; zira o dönemde Anayasa Mahkemesinin parti kapatma davaları ve başörtüsü düzenlemeleri hakkında vermiş olduğu kararlar da aynı laiklik tanımı üzerinden kurulmuştur.

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede daha önceki kapatma davalarında olduğu gibi bir laiklik tanımını ile yola kmıştır. Ancak bununla birlikte mahkeme AİHS ve AİHM içtihatlarına da atıfta bulunarak vereceği kararın meşruiyetini güçlendirmeye çalışmıştır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, “Dinin ve dinsel duyguların istismarı nedeniyle laikliğe aykırı görülen davalı parti eylemlerinin toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırması yoluyla demokratik işleyişı engelleyebileceği ve anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabileceği inkâr edilemez” ifadelerini kullanarak partinin laiklik ilkesine karşı eylemlerin odağı haline geldiği sonucuna varmıştır.

Partinin kapatılma oylamasına geçildiğinde altı üye partinin kapatılması yönünde dört üye kapatılmayarak devlet yardımından yoksun bırakılması yönünde oy kullanırken, bir üye davanın reddi yönünde oy kullanmıştır. 2 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren ve Siyasi Partiler Kanunu’nda değişiklik yapan bir düzenleme ile siyasi partilerin kapatılması davalarında kapatılmaya karar verilebilmesi için yeterli oy sayısı, salt çoğunluktan beşte üç oy çokluğuna yükseltilmiştir. Bu değişiklik yapılmasaydı, parti kapatılmış olacaktı. Mahkeme partinin kapatılmasına karar vermemiş olsa dahi, parti hakkında laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline geldiği kararını vermiştir. Mahkeme bu bağlamda Ak Parti hakkında devlet yardımı miktarının yarısından yoksun bırakılması kararı verilmiştir.

4.3.3.6 Başörtüsü Kararları

Anayasa Mahkemesi Türkiye’de türban veya başörtüsü yasağı şeklinde bilinen olgular üzerinde iki kez norm denetimi bir kez de Anayasa Değişikliği denetimi yapmıştır. Yasama erki iki kez kanun değişikliği ile bir kez de Anayasa Değişikliği ile öğrencilerin yükseköğretim kurumlarına başörtüsü ile girilebilmesini öngören düzenlemeler yapmıştır.

4.3.3.6.1 Mahkemenin birinci başörtüsü kararı

Anayasa Mahkemesi başörtüsüyle ilgili ilk kararını 1989 yılında vermiştir. Yasama erki yapmış olduğu düzenleme ile Yükseköğretim Kanunu’nun 16. maddesine şu eklemeyi yapmıştır: “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

Bu madde kapsamında yasama erki türbanı çağdaş bir kıyafet olarak kabul etmiş ve yükseköğretim kurumlarında öğrenciler tarafından kullanılmasını serbest bırakmıştır. Mahkeme bu maddedeki değişikliğin aslında bir özgürlük olmadığını, dini sebeplerle başörtüsü takılabilir şeklindeki bir ifadenin aksine bir zorlama olacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda mahkeme başörtüsü takmaya zorlamanın veya başörtüsüne öncelik tanınmanın Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olacağını ifade etmiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede bu düzenleme ile başörtüsü takan kişinin diğerleri karşısında öncelikli hale geleceği sonucuna varmıştır. Mahkeme bununla kalmayarak başörtüsüne tanınan bu önceliğin diğerlerini de başörtüsü takmaya iteceği; bu nedenle de düzenlemenin bir zorlama içerdiğini öne sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi kanun değişikliğinin sadece eşitlik ilkesine değil, aynı zamanda laiklik ilkesine de aykırı olduğunu belirlemiştir. Mahkeme daha önceki içtihatlarında yer alan laiklik tanımını bu kararın gerekçesinde de tekrar yaparak, laikliğin Atatürk ilke ve inkılapları arasındaki en önemli ilke olduğunu belirtmiş ve her

ülkenin laiklik biçiminin farklı olacağını; Müslüman ülkeler ile Hıristiyan ülkelerdeki laiklik anlayışının bir olamayacağını öne sürmüştür. Mahkeme bir kanun değişikliğinin içerisinde dini emirlerin bulunamayacağını ve bu nedenle ilgili kanun değişikliğinin de laiklik ilkesine aykırı olacağını ifade etmiştir. Mahkeme “dini inanç sebebiyle” gibi bir ifadenin bir kanun metninde geçmesinin demokratik ve laik devlet ilkesiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıcı dini sembollerin sınıflarda bulunmaması gerektiğinden, başörtüsünün kendisinin de laiklik ilkesiyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir.

Mahkeme bu bağlamda laikliğin dini özgürlüklerin garantisi olduğu; başörtüsü özgürlüğü, dini özgürlükler gibi bazı hak ve özgürlüklerin Anayasa’nın temel ilkelerine karşı bir kamuflej olarak kullanılamayacağı yorumunu yapmıştır. Ayrıca mahkemeye göre dini kuralların ve sembollerin siyasal araç olarak kullanılması da Anayasa ve demokratik düzene karşı bir tehdit içermektedir. Bu bağlamda Mahkeme dini özgürlüklerin kullanılarak Türk Devrimi’nin temel taşı olan laiklik ilkesinin ihlal edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu nedenlerle mahkeme yasama erkinin yapmış olduğu kanun değişikliğini Anayasa’nın 2, 10 ve 14. maddelerine aykırı bularak iptal etmiş ve kanunun düzenlemeden önceki halinin tekrar yürürlüğü girmesine karar vermiştir.

4.3.3.6.2 Mahkemenin ikinci başörtüsü kararı

Yasa koyucu aynı sorunun çözümü için yine 1991 yılında bir kanun düzenlemesi yapmıştır. Anayasa ve diğer kanunlarda başörtüsü konusunda yasaklama olmadığı iddiasıyla Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 17. maddesini şu şekilde düzenlemiştir: “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucunda ilgili kanun düzenlemesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına bu nedenle de iptal davasının reddine karar vermiştir. Ancak gerekçeli kararında mahkeme 1989 yılındaki karara atıf yaparak, yasa koyucu tarafından yapılmış kanun düzenlemesinin içeriğini belirlemiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede “yükseköğretim

kurumlarında dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması Anayasa'nın lâiklik ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu durumda, dava konusu kuralda öngörülen yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestisi, ‘... dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması...’ ve dinsel nitelikli giysileri kapsamaz...” sonucuna varmıştır.

Mahkeme bir taraftan kanun değişikliğinin iptal edilmesini reddederek, değişikliğin metninin yürürlükte kalmasını sağlamış, ancak daha önceki kararında yapmış olduğu tanımlamaların bu düzenlemedeki “yürürlükteki kanunlar” ile aynı değerde olduğu kararına varmıştır. Bir başka ifadeyle, Mahkeme, değişiklikteki “yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı” ibaresini, hem yasa koyucunun yapmış olduğu kanunları hem de Mahkeme’nin 1989 yılındaki vermiş olduğu karar gerekçesini içerecek şekilde yorumlamaktadır.

Mahkeme karar metninde ilgili düzenleme iptal olmasa dahi başörtüsü yasağının devam ettiği vurgusunu tekrar yapmaktadır: “içeriği bakımından dini inanç ve gereklere dayalı bulunmayan, Anayasa Mahkemesinin 7.3.1989 günlü, E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararına aykırı olmayan ve Yükseköğretim Kurumlarında, çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen, ancak yürürlükteki yasalara aykırı olmamak kaydıyla kılık ve kıyafette serbestlik tanıyan “Ek Madde 17’nin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE karar verilmiştir.”

4.3.3.6.3 Mahkemenin üçüncü başörtüsü kararı

Anayasa’nın başörtüsü konusunda vermiş olduğu üçüncü soyut norm denetimi 2008 yılında yapılmıştır. 2008 yılındaki iktidar partisi Ak Parti ile muhalefetteki Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) TBMM’ne yükseköğretim kurumlarına başörtüsüyle girilmesine olanak sağlayan bir anayasa değişikliği teklifi sunmuşlardır. Anayasa değişikliğine göre Anayasa’nın 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir” fıkrası eklenmiştir. Aynı şekilde

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" düzenlemesindeki ifade "bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında" şeklinde değiştirilmiştir.

Anayasa'nın Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148. maddesine göre "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir" ifadesi mahkemenin anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden denetleyebileceğini ortaya koymaktadır. Ancak mahkeme ilgili anayasa değişikliğini hem şekil hem de esas yönünden denetlemiştir.

Mahkeme değişikliğin öncelikle şekil yönünden denetimini yapmıştır. Mahkeme anayasa değişikliğinin yasalaşma sürecini anlatarak, bu süreçte Anayasaya aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak mahkeme daha sonra anayasa değişikliğini 'teklif edilebilirlik yönünden' incelemiştir. Mahkemeye göre Anayasa'nın 175. maddesi anayasa değişikliği yapma yetkisini belirli şekil şartlarına göre meclise vermiş olsa dahi "Anayasa'yı değiştirme yetkisinin niteliği ve sınırlarını belirlemek için, yasama organının kurucu iktidar karşısındaki hukuksal durumunun" irdelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu irdelemeyi yapan mahkeme, asli kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar ayrımından hareketle, tali kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yeni Anayasa yapma yetkisine sahip olmadığına; asli kurucu iktidarın çizmiş olduğu sınırlarda hareket etmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre "Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, asli kurucu iktidarın salt Anayasa yapma yetkisinin herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Mahkemeye göre anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulünü gerektirmektedir. Bu

bağlamda, tali kurucu iktidarın Anayasa'nın 4. maddesince değiştirilemeyen ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen ilk üç madde ve Başlangıç bölümündeki ilkelerden “en küçük bir sapmayı ve değişikliği” öngöremeyeceği yorumunu yapmaktadır. Mahkeme bu değerlendirmesinin ışığında davaya konu değişikliğin Anayasa'nın 1. ve 2. maddelerine uygun olup olmadığını “Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle” iptal edebileceği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararıyla ilgili anayasa değişikliğinin içeriğinin Anayasa'ya uygunluğunun denetleme yetkisini kendi sınırlarını aşarak, yasama erki ile paylaşacağını beyan etmektedir.

Mahkeme değişikliği esas yönünden değerlendirirken, tıpkı diğer benzer konulu davalarda yapmış olduğu gibi laiklik tanımını yaparak incelemesine başlamaktadır. Laikliğin Atatürk devrimlerinde önemli bir yer tuttuğunu belirten mahkeme laikliğin toplumsal ve siyasal barışı sağlayan bir ilke olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme değişikliklerin gerekçelerini inceleyerek, değişikliğin amacının “bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması” olduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme tıpkı diğer iki kararda olduğu gibi başörtüsüne serbestlik tanınmasının “farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı” bulunduğunu ve bu nedenle de değişikliğin herkesin eğitim hakkından eşit şekilde faydalanması ilkesinin ihlal edeceğini belirtmektedir.

Mahkeme ayrıca AİHM kararlarına atıf yaparak AİHM'in içtihatlarına göre “başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğun mensup olduğu dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve sembelleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda

sınırlamalar öngörülebileceği(ni)” öne sürmektedir.

Mahkeme bu değerlendirmenin sonucunda anayasa değişikliğinin “yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarının ihlal (edilmesine) ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna” ulaşarak, ilgili değişikliklerin iptaline karar vermiştir.

4.3.3.7 367 Kararı

Anayasa Mahkemesi diğer görevlerinin yanında Meclis İçtüzüğünde yapılan değişikliklerin de Anayasa’ya uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir. Cumhurbaşkanlığı seçimi de Anayasa’da düzenlenirken meclis toplantılarındaki seçim ve oylama dahil uyulacak tüm kurallar ise Meclis İçtüzüğünde düzenlenmiştir.

Onuncu Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in görev süresi 16 Mayıs 2007 tarihinde dolacağından, TBMM 27 Nisan 2007 tarihinde ilk tur oylama yapılacak şekilde, on birinci Cumhurbaşkanı seçim sürecini başlatmıştır. İktidar partisinin adayı Abdullah Gül birinci ve ikinci turlarda Anayasa’nın 102. maddesince gerekli kılınan üçte iki çoğunluğu elde edememiştir. Anayasa’ya göre üçüncü turda TBMM üye sayısının salt çoğunluğu Cumhurbaşkanı seçilebilmek için yeterli görülmüştür. Üçüncü turda 339 oy alan Abdullah Gül, Cumhurbaşkanı seçilmiştir.

CHP Anayasa’nın 102. maddesinin öngördüğü üçte ikilik karar yeter sayısının aynı zamanda toplantı yeter sayısı olduğu iddiası ve 11. Cumhurbaşkanlığı seçiminin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmenin sonucunda Anayasa’nın 102. maddesindeki düzenlemeye göre ilk turda gerekli olan karar yeter sayısının, toplantı yeter sayısını da belirlediğini ifade etmektedir. Mahkeme asli kurucu iktidarın yazmış olduğu bu madde üzerinde değerlendirme yaparken yorum tekeli kullanarak şöyle bir gerekçe ortaya çıkarmaktadır: “Kuralın yorumunda, onun lafzı kadar amacının da gözetilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. 102. maddedeki düzenlemeyle, Cumhurbaşkanı seçiminde Meclis’te olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının

amaçlandığı açıktır.” Bu yorumunu desteklemek için ise şu şekilde farklı bir yorum daha yapmıştır:

Nitekim, ikinci fıkrada otuz günlük seçim takviminde adaylık süresinin on günle sınırlanması, kalan yirmi günde yapılacak dört oylamanın ilk ikisinde adaylardan birinin seçilebilmesi için üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyunun aranması, dördüncü oylamaya, üçüncü oylamada en çok oy alan iki adayın katılabilmesi, bu oylamada da yarışan iki aday arasında üye tamsayısının salt çoğunluğunun adaylardan biri üzerinde sağlanarak Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde, TBMM seçimlerin derhal yenilenmesi yoluna gidilmesi, Cumhurbaşkanı seçiminde uzlaşmanın temel alındığını göstermektedir.

Mahkemeye göre üçte ikilik toplantı yeter sayısı aranmadığı durumlarda mecliste salt çoğunluğa sahip parti ya da partilerin birinci ve ikinci turlardaki üçte ikilik çoğunluğu aramalarına gerek kalmayacaktır.

Bu değerlendirmelerin sonucunda Anayasa Mahkemesi 27 Nisan 2007 tarihli 11. Cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci turunu, dolayısıyla tüm seçim sürecini iptal etmekle kalmamış; Meclis İçtüzüğü'nün 121. maddesindeki düzenleme ile kendi yapmış olduğu yorumu esas alarak son kararını vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında mahkemenin seçici aktivist davrandığı iki konu da doğrudan ele alınmamıştır. Davanın ne kararında ne incelenmesinde ne de gerekçesinde laiklik veya devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine herhangi bir atıf yapılmaktadır. Bu nedenle karar, mahkemenin yargısal aktivist tutumunu gösteren önemli bir dava olduğunu göstermektedir. O dönemde yapılan tartışmalar ve Cumhuriyet Mitingleri ismi altındaki gösteriler -her ne kadar bu çalışma kapsamının dışında olsalar dahi- de düşünüldüğünde mahkemenin vermiş olduğu kararların seçici aktivist tutumlarıyla doğrudan ilgili olduğu yorumu yapılabilir.

4.3.4 Mahkemenin Laiklik Konusundaki Seçici Aktivizmi

Laiklik Türkiye Cumhuriyeti'nin en temel ilkelerinden birisi olmasına rağmen, Türk hukuk sisteminde laikliğin herhangi bir tanımı yapılmamaktadır. Ne Anayasa ve Siyasal Partiler Kanunu gibi siyasal kurumları yönlendirecek hukuksal metinlerde, ne de diğer mevzuatta herhangi bir laiklik tanımı yapılmamaktadır. Bu nedenle laiklikle ilgili davalarda Mahkeme, yorum tekeli de elinde bulundurarak laikliğin çerçevesini çizmektedir. Mahkeme laikliğe, dinin kamusal alan ve devlet alanından uzaklaştırılıp, kişilerin vicdanında özel olduğu şeklinde yaklaşmaktadır. Mahkeme laiklik ilkesine özel atıflar yaparak din eğitimi, Diyanet İşleri Başkanlığı gibi konular ile devrim yasaları üzerinden hem siyasal partileri kapatılmasına karar vermiş, hem de hukuki yönden tartışılmalı norm denetimi kararlarına imza atmıştır.

Mahkeme tıpkı bölünmez bütünlük kararlarında olduğu gibi laiklik ilkesine aykırılık kararlarında da belirli bir şablon metin kullanmaktadır. Özellikler RP, FP ve kısmen de Ak Parti kapatma davalarının değerlendirme kısımlarında, yukarıda değinilen, laikliğin tanımının yapıldığı, bu tanımın Türkiye'ye özgü oluşu, çağdaşlığın olmazsa olmaz şartı oluşu ve demokratik toplum için öneminin anlatıldığı taslak bir şablon metin kullanılmış; 3 kararda da birkaç değişiklik haricinde bire bir aynı cümleler kurulmuştur.

Mahkeme ülkenin milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesini, hegemonik elitlerin ideolojik yorumunu koruduğu gibi hegemonik ideolojinin laiklik ilkesini de korumaktadır. Anayasa Mahkemesi görevi itibarıyla zaten kurucu ideolojinin temel ilkelerini belirlediği Anayasa'yı korumak zorundadır, ancak buradaki sorunsal bu korumanın Anayasa Mahkemesinin kendi yorum tekeli kullanarak, yine kurucu iktidarın Mahkeme için çizdiği sınırları aşarak –hatta bazen kendisini yasama organının yerine koyarak- hegemonik ideolojinin korunmasını sağlamasındadır.

Anayasa'nın başlangıç kısmında, “laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” düzenlemesi mevcuttur. Siyasi Partiler Kanunu'nun 87. maddesine göre ise siyasal partilerin

“Devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla veya siyasi amaçla veya siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapamaz, istismar edemez veya kötüye” kullanmaları yasaklanmıştır. Türk hukuk sisteminde laiklikle ilgili en önemli yasal düzenlemeler bunlardır. Görüleceği üzere laikliğin net bir tanımı yapılmamakla birlikte ilkeye, temelde “din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması” genel kabulüyle yaklaşılmaktadır.

Bu çalışma kapsamında Mahkeme’nin laiklik ilkesini koruma çerçevesinde vermiş olduğu kararlar, parti kapatma davaları ve norm denetimleri olarak iki kısımda incelenmektedir. Mahkeme dört siyasal partiyi laiklik karşıtı eylemler içinde olduğu gerekçesiyle kapatmış, bir siyasal partiye de parti kapatma şartları zorlaştırıldığından kapatma kararı verilememiş, ancak parti devlet yardımından kısmen yoksun bırakılma ile cezalandırılmıştır. Mahkeme ayrıca laiklikle doğrudan ilişkili ‘başörtüsü’ davalarında üç kez laiklik ilkesini koruma çerçevesinde hareket etmiştir. Bununla birlikte kamuoyunda 367 kararı olarak bilinen ve Ak Parti kurucularından Abdullah Gül’ün Cumhurbaşkanlığı seçim sürecini iptal eden Mahkeme kararı, doğrudan laiklik ilkesiyle ilgili bir ifade içermemektedir. Mahkeme’nin hegemonik ideolojinin koruyucusu olarak paylaştığı iddia edilebilen Cumhurbaşkanlığı makamını, daha önce laikliğe karşı eylemlerin odağı haline geldiği gerekçesiyle cezalandırdığı bir siyasal partinin kurucusundan ve ideolojisinden korumak üzere hareket ettiği öne sürülebilir.

Mahkeme yukarıda bahsedilen kararların tamamında bir laiklik tanımı yapmış, bu tanımın da Türkiye’nin kendi koşulları ve yaygın olarak inanılan İslam dininin özellikleri bakımından, ülkeye özgü olması gerektiğini öne sürmüştür. Mahkemeye göre Batı dünyasında yaşanan laiklik ilkesinin, Türkiye’nin nevi şahsına münhasır şartlarında geçerli olması pek mümkün olmayacaktır. Mahkeme birçok kararında kullandığı ortak şablon içerisinde “[d]ini ve din anlayışı tamamen farklı olan bir ülkenin, laikliği, o ülke batı medeniyetine açık olsa dahi batı ülkelerdeki anlayış içinde benimsemesi esasen düşünülemez ve beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki farklılıkların doğal bir sonucu olarak görülmelidir. Kaldı ki, aynı

dini benimseyen batı ülkelerinde dahi devletlerin laiklik anlayışı birbirinin aynı” olmayacağını ifade etmektedir. Mahkeme kendi laiklik tanımını çizebilmek için, evrensel olarak kabul görmüş laiklik tanımlarından farklılaşmayı, ülke şartlarına göre zaruri olarak görmektedir. Mahkeme’ye göre İslam dini de diğer dinlerden farklıdır; İslam sadece bireylerin “vicdanlarına ilişkin olan dini inanç bölümlerini düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir.” Mahkeme daha sonra (2012 yılında) yine Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “sert anayasa tanımı” olarak betimlenen laiklik tarifi Mahkemece 2010’lara kadar benimsenmektedir.

Mahkemenin bahsedilen şablona göre yapmış olduğu laiklik tanımı aşağıdaki temel özellikleri kapsamaktadır:

Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması....dinin, bireyin manevi yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması....dinin, bireyin manevi yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması, kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim, yetkisi tanınması...”

Mahkeme devletle din arasındaki katı ayrımın laiklik olduğunu ifade etmektedir. Mahkemeye göre “Hukuki yönden, klasik anlamda laiklik, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Ayrılık, dinin Devlet işlerine, Devletin de din işlerine karışmaması biçimindedir.”

Mahkeme, ülkeye özgü laiklik ilkesini tanımlarken, laiklik ilkesinin aynı zamanda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünü güçlendirdiğini; milliyetçilik ilkesinin de laiklikle tamamlandığını belirtmektedir.

Mahkemeye göre “Lâiklik devlet etkinliklerinde dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek çağdaşlaşmayı hızlandırmıştır. Lâiklik, din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır... Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin yol açtığı zararlar lâiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu lâiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir

hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Lâik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.”

Mahkemenin yukarıdaki karar gerekçesinde yapmış olduğu laiklik tanımı, nihai hedefine ulaşmış bir laiklik gibi ifade edilmektedir. Bu ‘nihai hedef’ hegemon ideoloji tarafından cumhuriyetin kuruluş yıllarından beri tesis edilmeye çalışılan laik düzendir. Mahkemenin laiklik tanımı modern dünyanın profan ifadeleriyle anlatılmaktadır. Mahkemenin laikliği demokratik toplum, çağdaş uygarlık yolu, geniş bir uygarlık, özgürlük ortamı, bilimsel veriler ve yaşam felsefesi gibi sözlerle ifade edilmeye çalışılmaktadır. Mahkeme kendi çizdiği laiklik tanımı dışındaki tanımları veya laik olmayan yaşam biçimlerini, modern olmayan, gerici, gayri insanı ve özgürlükleri sınırlayıcı bir ortam olarak imlemektedir. Mahkeme laikliği akıl ve bilimle özdeşleştirirken, dini ise akıl ve bilime aykırı veya bunlarla çatışır şekilde resmetmektedir.

Anayasa Mahkemesi laikliğin bu tanımı üzerinden hareket ederken siyasal partilerin dine dayalı bir devlet düzeni tesis etme amacı güttüğüne çok basit bir şekilde ulaşmaktadır. Bir Kur'an ayetinin veya bir hadisın siyasal propaganda sırasında ifade edilmesi, devlet düzenini dini inançlara dayandırma amacı olarak yorumlanmıştır. Ramazan ayındaki mesailerin iftar vaktine göre düzenlenmesi, cuma günleri öğle aralarının cuma namazına göre ayarlanması gibi yürütme faaliyetleri, kamuda dini inançlara göre düzenleme yapıldığı, dolayısıyla devletin dini özelliklere göre hareket ettiği şeklinde yorumlanmıştır.

Mahkeme Türkiye'ye özgü olarak nitelendirdiği laiklik tanımıyla sadece dine dayalı bir devlet düzeni tesis edilmesinin önüne mi geçmektedir, yoksa din ve dinin kutsal olarak kabul ettiği tercih ve davranışları -dine dayalı bir hukuk düzeni kurulmasının öncüsü olduğu varsayımıyla- yasaklamakta mıdır? Mahkeme “dine saygılı” devlet ve “dine dayalı devlet” arasında herhangi bir ayrım yapmamaktadır. Mahkeme laikliği din ve devlet işlerinin birbirinden ayrımı şeklinde tanımlamakla birlikte, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kapatılmasını öngören politikaları da laiklik

ilkesine aykırı bulmaktadır. Mahkeme hegemon ideolojinin korunması amacıyla kendi içerisinde çıkmaza düşmektedir. Mahkeme bir taraftan DİB’i devletin dini konularda toplumdaki denetim ve gözetim hakkını sağlayan bir kurum olarak görürken, laikliği de din ve vicdan özgürlüğünün temel gereksinimi saymakta; diğer taraftan din ve vicdan özgürlüğü bağlamında ve/veya temel hak ve özgürlükler ile ilgili olarak yapılan yasal düzenlemelerde, “dini inanç sebebiyle” ifadeleri geçmesini, kanuni düzenlemenin Anayasa’nın laiklik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal nedeni saymaktadır. Mahkeme bir taraftan dini inançların kanunda yer almasının laikliğe aykırı olduğunu ifade ederken, diğer taraftan dini inançları denetleyen veya kontrol eden bir kurumun hukuki varlığını laikliğe aykırı görmemektedir.

Mahkeme kurucu ideolojinin Cumhuriyet’in ilk yıllarında tesis etmiş olduğu DİB’in hukuksal statüsünü ısrarla muhafaza ederken, aslında hegemon ideolojinin en temel varsayımlarından olan dinin her kurumuyla kontrol edilmesi amacını korumaktadır. Diğer taraftan ise, bu kararlar çelişecek şekilde, hegemon ideolojinin dini simgeleri toplumsal, kamusal ve siyasal alandan uzaklaştırma amacını korumak üzere, dini inançları sebebiyle başörtüsü kullanan kadınların kamusal hizmet alanında serbest dolaşımını laiklik ilkesine aykırı olarak kabul etmektedir. Mahkeme bir taraftan “mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği veya bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışının Anayasa’da kabul edilen laiklik düzeni ve ilkelerine uygun” olmadığını ifade ederken, diğer taraftan yasaların “ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliğini(n)” zedeleneyeceğini ifade etmektedir.

Mahkeme laikliği tanımlamakla kalmamakta, Türk milletinin ilerlemesi için de olmazsa olmaz şart olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda da mahkeme laiklik ilkesinin korunması için Anayasa’da bazı sınırlamaların öngörüldüğünden bahsetmektedir: “Türk Ulusu’nun yücelmesi bakımından laikliğin Anayasa’da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa’da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur.” Mahkeme laiklik ilkesinin Anayasa’daki diğer tüm ilkelere egemen olduğunu ifade etmekte;

laikliğin Türk Devrimi ve Cumhuriyetin özünü oluşturduğunu ve ulusal yaşam ve ulusal birliğin temelini teşkil ettiği belirtmektedir.

Mahkeme çizmiş olduğu laiklik tanımının dışına çıkan siyasal talepleri yok saymakta; bu siyasal talepleri parti programlarında veya parti yöneticileri aracılığıyla dile getiren siyasi partileri kapatmakta; bu tanıma aykırı görmüş olduğu kanunları da norm denetimi yoluyla iptal etmektedir. Mahkeme ilgili davalarda yapmış olduğu değerlendirmelerde, tıpkı bölünmez bütünlükle ilgili davalarda yapmış olduğu gibi bir niyet okuma faaliyetine girerek, bu tür siyasal talepleri din istismarı olarak kabul etmektedir. Mahkeme örneğin başörtüsü kararlarında, başörtüsünün üniversitelerde serbest bırakılma taleplerini din istismarı olarak değerlendirmektedir. Ayrıca Mahkeme bu talepleri parti kapatılma gerekçesi olarak gördüğü için onları dile getiren veya politika yapım süreçlerine dahil eden siyasal partilerin kapatılmasını meşru saymaktadır. Yine Mahkeme başörtüsü kararında tekrardan niyet okuyuculuğa başvurarak, Danıştay Kararlarına da atıfla, başörtüsüyle üniversiteye giren veya girme talebi içinde olan öğrencilerin dini devlet düzenini benimseyerek, Atatürk devrimleri ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı davrandıklarını ifade etmektedir. Bu talepleri dile getiren siyasal partiler de laik ve demokratik devlet ilkelerine aykırı hareket ettikleri gerekçeleriyle kapatılmışlardır.

Mahkeme ayrıca başörtüsünün dini inançlar gereğiyle kullanılmadığı, aksine siyasal bir simge olarak kullanıldığı sonucuna ulaşarak, kavramlara kendi yorum ve niyet okumasıyla anlamlar yükleyerek, özgürlük karşıtı bir tutum izlemektedir. Mahkemenin buradaki amacı, özgürlük karşıtı olmak mıdır, yoksa mahkeme hegemon ideolojinin söylemlerini meşrulaştırmaya mı çalışmaktadır? Bu çalışmanın bu soruya cevabı, mahkemenin, birey mi devlet mi dikotomisinde, bireyin karşısında devletten yana bir tutum sergileyerek, devleti birincil amaç olarak işaretlediği gerçeğidir. Örneğin, Mahkeme kararını meşrulaştırmak için, iki kararında başörtüsünün “çağdışı bir giyim biçimi” şeklinde nitelendirmekte; hegemon ideolojinin başörtüsünü çağdaş batılı giyim tarzı olarak görmeyen argümanını destekler şekilde hem ideolojik hem de özgürlük karşıtı bir tutum sergilemektedir.

Bir manada, Mahkeme devleti koruma-bireysel özgürlükleri genişletme ikilemi içerisine düştüğünde, 2010 öncesinde devleti, daha doğru bir ifadeyle hegemon ideolojiyi koruma tarafında kendisini konumlandırmaktadır.

Bu durum, Türkiye’de 2010 yılına kadar tesis edilen laiklik anlayışının kendine özgü özelliklere sahip olduğu gerçeğini vurgulamayı gerektirir. Türk hukuk sisteminde net bir laiklik tanımlaması yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın başlangıç kısmı ile Siyasi Partiler Kanunu gibi bazı yasal metinlerdeki düzenlemeleri laiklik ilkesiyle bağdaştırarak, çok yönlü bir laiklik tanımı ortaya koymaktadır. Bu laiklik tanımı hegemon ideolojinin korunmasına yönelik olarak dinin ve dini imgeleyen her türlü faaliyetin devlet alanında veya kamusal alanda görünür olmasını engellemekte, dini inançlar sebebiyle ortaya çıkmış talepleri devletin hukuksal düzenine aykırı bulmaktadır. Ancak yine Diyanet İşleri Başkanlığı gibi hegemon ideolojinin en önemli araçlarında biri olan kurumun hukuksal varlığını ortadan kaldırma politikalarını da aynı laiklik tanımıyla laiklik ilkesine aykırı bulmaktadır.

4.4 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ VE ANAYASA MAHKEMESİNDEKİ YENİ YAKLAŞIM

2010 Anayasa değişikliğinin referandum sonucu kabul edilmesiyle birlikte en önemli değişikliklerden biri Anayasa Mahkemesinin yapısının değiştirilmesinde olmuştur. Bu değişiklik, Mahkeme üyelerinin görev süresi 12 yıl olarak sınırlandırılmıştır. Bu değişiklik, üyelerin değişimi ve dolayısıyla üyenin ve atama yapanın etkisinin sürekli olmamasını sağlamıştır. Bir başka değişiklik önceden 11 olan daimî üye sayısı 17 hâkime çıkarılmıştır.

Anayasa mahkemesi üyelerinin seçilme usulündeki parlamento rolü, Avrupa’da yaygındır ve bu rol mahkemenin karar vermiş olduğu siyasi meselelere demokratik meşruiyet getirdiği iddiasıyla savunulmaktadır. Anayasa Mahkemesinin giderek artan ve tartışmalı olan siyasi rolü, yukarıda da belirtildiği üzere 2010 öncesinde, devletin ideolojisini ve elitlerin hegemonyasını koruma konularında daha da sivrilmiştir. Bu konudaki çalışmalar, hem hukuki hem siyasal literatürde önemli bir yer teşkil etmektedir. Anayasa değişikliklerinden hemen önce, Anayasa Mahkemesinin siyasete fazla müdahale etme konusundaki isteği giderek artmıştır. Bu müdahalelerin yukarıda da analiz edilen bazı temel örnekleri, kadınların başörtülü olarak üniversitelere girebilmesine izin veren anayasa değişikliklerinin yürürlükten kaldırılması; 2009’da Kürt Siyasi Hareketi partisinin kapatılması; Ak Parti’nin kapatma davası olarak sıralanabilir. Bu kararlar özellikle laiklik ve milliyetçilik konularında mahkemenin vesayet rolü konusundaki tartışmaları artırmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 2010 yılı değişikliği ve yapısal düzenlenmesinden sonra, bu konularda daha farklı bir davranış biçimi kazanmaya başladığı, ideoloji eksenli bakış açısından hak eksenli bakış açısına evrildiği savunulabilir. Bu bağlamda bu paradigma değişikliğini analiz edebilmek için üç bireysel başvuru kararıyla, bir norm denetimi kararı örnek olay olarak incelenecektir.

4.4.1 Abdullah Öcalan’ın Kitabının Toplatılma Davası

Dünya’da neredeyse her devlet ve kuruluş tarafından terör örgütü olarak kabul edilen PKK’nın kurucusu Abdullah Öcalan’ın ömür boyu hapis cezasını

çekmekte olduğu İmralı Cezaevinde yazmış olduğu kitap Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararla toplatılmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi *Kültürel Soykırımın Kıskaçları Arasında Kürtlerin Korunması* adlı kitabın temel toplatılma gerekçesi, PKK ve terör propagandası yapma olarak ifade etmektedir. Kitap kavramsal ve teorik çerçeve, Kürt gerçekliği, Kürt Sorunu ve kapitalizm çağında Kürt hareketi, PKK hareketi ve devrimci halkın savaşı, bilimsel sosyalizm bunalımı, büyük komplo ve PKK'nin dönüşümü, PKK, KCK ve demokratik ulus, Orta Doğu bunalımı ve demokratik çağdaş çözüm gibi kısımlardan oluşmaktadır. Abdullah Öcalan iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından, Anayasa Mahkemesine başvurarak, toplatılma kararının bir hak ihlali olduğunun belirlenmesini ve kitabının dağıtılmasına izin verilmesini talep etmiştir.

Bu kararın bu çalışma kapsamına alınmasının temel sebebi, Kürt Sorunu, PKK, Abdullah Öcalan ve Kürt siyasi hareketinin ve siyasi partilerin devlet ve Anayasa Mahkemesi tarafından, bölünmez bütünlüğe tehdit olarak kabul edilmesidir. Bu tehdit algısı, hem Ağır Ceza Mahkemesinde hem de yerel mahkemenin kararını onaylayan Yargıtay'ın kararında görülebilir. Anayasa Mahkemesi de 2010'daki değişikliklerinden önce Kürt sorunu ve devletin bölünmezliği konusunda seçici aktivist davranmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu davada farklı bir tutuma öncülük etmiş ve kitabın toplatılma kararının Abdullah Öcalan'ın bireysel hak ve özgürlüklerinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme davayı öncelikle “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü” düzenleyen Anayasası'nın 26. maddesine aykırı olduğu gerekçesi üzerinden değerlendirmiştir. Mahkeme Anayasa'nın sadece düşünceyi ifade etmenin değil, düşüncelerin sözlü, yazılı, görsel, sanatsal veya diğer medya araçlarıyla yayılmasının da ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda mahkeme öncelikle düşünceyi yayma ve ifade etme özgürlüğünü tanımlamaktadır: “Düşünceyi yayma ve ifade etme özgürlüğü insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi,

anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (AYM, Başvuru No: 2013/409, §. 72).

Mahkemeye göre ifade özgürlüğü, çağdaş bir toplumun ilerlemesinin ve o toplumdaki her bir bireyin gelişmesinin temel dayanaklarından birini teşkil etmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına göre ifade özgürlüğü yalnızca olumlu olarak kabul edilen veya zarar vermeyen veya ilgisizlik olarak kabul edilen “bilgi” veya “fikirler” için değil, devleti veya nüfusun herhangi bir bölümünün saldırganlık olarak kabul edeceği, onları rahatsız eden veya şok edici bilgi ve fikirler için de geçerlidir. Bu tür bir ifade özgürlüğü, “demokratik toplum” için gerekli olan çoğulculuk, hoşgörü ve geniş görüşlülüğün gerekliliğidir. Mahkemeye göre bu alanda uygulanan her “formalite”, “koşul”, “kısıtlama” veya “cezanın”, hedeflenen meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir (AYM, Başvuru No: 2013/409, §. 96).

Mahkeme düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü üzerinde fazla durmaktadır, çünkü bu özgürlük, basın özgürlüğü gibi diğer bazı önemli hak ve özgürlükleri doğrudan etkilemektedir (para.73). Anayasanın 26. maddesi düşünce ve kanaatleri yayma hakkının sadece söz, yazı veya resim yoluyla değil, “başka yollarla” kullanılmasını garanti altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi bu “başka yollar” kavramını da yorumlamaktadır. Mahkeme başka yollar kavramıyla yasa koyucunun ne demek istediğini, Anayasanın 28-32. maddelerinde ve AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü ile açıklamaktadır. Mahkemeye göre “Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan “yazanlar”, “bastıranlar”, “başkasına verenler”, “dağıtımını önleme”, “toplatma”, “sürelili yayın” ve “süresiz yayın” gibi ifadeler ancak “gazete”, “kitap”, “dergi” gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçları için kullanılabilir. Dolayısıyla, Anayasa'ya göre basın, kitle iletişim araçlarından biridir; ancak diğer kitle iletişim araçlarından ayrılarak özel olarak korunmuştur” (AYM, Başvuru No: 2013/409, §.68).

Mahkeme basın özgürlüğünün, idari organların demokratik bir sistemde kontrol edilmesi ve halkın muhalif görüşlere ulaşması için önemli olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün işlevsel demokrasi için yaşamsal öneme sahip olduğunu ifade

etmektedir, “çünkü muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir” (AYM, Başvuru No: 2013/409, §.74).

Mahkemeye göre demokratik bir sistemde, devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari organlar kadar, basın ve halkın da denetimi altında olması gerekmektedir. Demokrasinin işleyişi ve bireylerin kendilerini gerçekleştirebilmeleri, vatandaşların karar alma süreçlerine katılabilecekleri ve devleti kontrol edebilecekleri düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüyle sağlanabilmektedir (AYM, Başvuru No: 2013/409, §.75). Mahkeme bu yorumunu AİHM içtihatlarıyla destekleyerek; bu dava özelinde PKK’nın kurucusu devlet ve halkın çoğunluğu tarafından ‘terörist başı’ olarak adlandırılan; devlet ve Anayasa Mahkemesi tarafından 2010 öncesinde tehdit unsuru kabul edilen Abdullah Öcalan’ın bile, Kürt meselesi konusunda düşüncelerini ifade edip yayarak devleti denetleme hakkına sahip olduğu sonucuna varmaktadır.

Abdullah Öcalan’ın düşünceleri ve fikirlerinin bazı sosyal gruplar ya da bizatihi devlet için tehlikeli, şok edici veya rahatsız edici olsalar dahi Abdullah Öcalan’ın düşüncesini ifade etme ve yayma hakkının ihlal edilmemesi yönünde verilen karar özgürlükler ekseninde manidardır. Ancak mahkeme ifade özgürlüğünün engelleneceği bazı durumları ortaya koymaktadır. Anayasa’nın 26. 27. ve 28. maddeleri düşünceyi açıklama ve yayma ile basın özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirmektedir. Anayasa Mahkemesi bu sınırlılıkların, kişilerin bu konularda siyasi görüş beyan etmelerini engellemeyeceğini ifade etmektedir. “Basının, Anayasa’nın 26. 27. ve 28. maddelerinde sayılan Devletin iç ve dış güvenliğinin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün (korunması), suç işlenmesinin ya da ayaklanma veya isyana teşvik edilmesinin engellenmesi için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekmesine karşın, siyasi hususlarda bilgi verme hakkı da vardır.

Öte yandan halkın da bu tür bilgileri almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna, çeşitli siyasi fikir ve tutumlarının iletilmesi ve (kamuoyunun) bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır” (AYM, Başvuru No: 2013/409, §. 76). Bu bağlamda mahkeme ilgili kitabın toplatılması

kararının ifade ve basın özgürlüğünün bir ihlali olduğu sonucuna varmıştır (AYM, Başvuru No: 2013/409, § 79).

Mahkeme devamında, kararının 1982 Anayasası'nda amaçlanan çağdaş, özgürlükçü anlayış ve demokrasiyle yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir (AYM, Başvuru No: 2013/409, § 93). Mahkeme, AİHM içtihatlarına atıfta bulunarak, olayların demokratik toplumun unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük temelinde yorumlanması gerektiğini öne sürmektedir. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlükler üzerindeki kısıtlamaların, özgürlüklerin kullanılmasını imkânsızlaştırması, çok zorlaştırması veya etkisiz hale getirmesi durumunda, bu sınırlamalar demokratik topluma aykırı olacaktır (AYM, Başvuru No: 2013/409, § 94).

Mahkeme AİHM kararlarına tekrar atıf yaparak, devlete, halkın çoğunluğuna veya toplumun herhangi bir kısmının fikirlerine aykırı ifadeler içeren bir kitabın bile yasaklanmaması ve toplanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca kitabın yazarı bir terör örgütünün kurucusu ve yöneticisi olarak mahkum edilen Abdullah Öcalan olsa dahi, hak ihlalinin meşru olamayacağını belirtmektedir. (Gözel ve Özer vs. Türkiye, §. 52; İmza - Türkiye, Başvuru. No: 24748/03, 20/1/2009, §. 25; Sürek ve Özdemir - Türkiye, Başvuru. No: 23927/94, 24277/94, 8/7/1999, § 61.

Mahkemeye göre, başvuranın söz konusu kitabının toplatılması, kitaba el konulması ve yok edilmesi nedeniyle düşünce ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği aşıkardır. Öte yandan, haber, bilgi ve düşüncelerin özgürce ve önceden soruşturulmadan yayınlanması, basın çalışmalarının serbestçe dağıtılmasının yanı sıra basın özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu nedenle, kitabın dağıtılmasının yasaklanması ve toplatılması, başvuranın ifade özgürlüğüne ve bu bağlamda basın özgürlüğüne müdahale anlamına gelmektedir (AYM, Başvuru No.: 2013/409, § 79).

Bununla birlikte, mahkemeye göre ne düşüncelerini ifade eden ve yayan kişinin yasaklanmış bir örgütün üyesi olması, ne de ifadelerin devlet politikalarına sert, şok edici ve rahatsız edici eleştiriler içermesi, kendi başına ifade özgürlüğünün ihlalini meşru hale getirecektir. Mahkeme ayrıca bu hakkın engellenebilmesi için metinlerin bir bütün olarak şiddete teşvik edip etmediğine ve kullanılan kelimeler ile bunların

yayın içerisinde hangi bağlamda kullanıldığına dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesinin davaya bu hakların genişletici yaklaşımı öncelikle bu davayı etkilemekte, daha sonra bu tür kararların içtihat haline gelmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla yerel mahkemeler hatta bazı üst derece mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin kararlarına uyarak bu tür içtihatları tüm davalara uygulamak durumunda kalacaktır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin haklara yaklaşımı Anayasa'daki demokratik devlet ilkesi ve yine Anayasa ile garanti altına alınan hakların korunması için hayati öneme sahiptir.

4.4.2 Twitter.com ve youtube.com Kararları

Telekomünikasyon ile yapılan iletişimin belirlenmesinde, sinyal bilgilerinin ve kayıtların dinlenmesi ve denetlenmesinde¹⁰ otorite olan Telekomünikasyon ve İletişim Başkanlığı (TİBB), 20 Mart 2014 tarihinde twitter.com internet sitesine; 27 Mart 2014 youtube.com internet sitesine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Twitter.com davasında Türkiye Barolar Birliği (TBB), TİB'in bu kararının insanların ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğüne müdahale içerdiği gerekçesiyle, kararın yürütmesinin durdurulması için Ankara 15. İdare mahkemesine başvurmuştur. İdare mahkemesi 25 Mart 2014 tarihinde kararın yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş olsa dahi, TİB bu kararı uygulamayarak, mahkemenin kararına bir üst mahkeme nezdinde itiraz etmiştir.

Bunun üzerine hem twitter.com'un yasal temsilcileri hem de siteye erişimi engellenmiş olan bireyler, erişim yasağının düşüncenin ifade edilmesi ve yayılması, bilim ve sanat hürriyeti, temel hak ve özgürlüklerin korunması, seçme, seçilme ve siyasal faaliyetlere katılma haklarının ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmışlardır. Youtube.com olayında da benzer bir süreç yaşanmıştır. İnternet sitesinin yasal temsilcileri Ankara 4. İdare Mahkemesi'ne TİB'in erişim engeli kararının yürütmesinin durdurulması için başvurmuş, İdare

¹⁰ 5397 Sayılı Elektronik İletişim Kanunu, Madde 17

Mahkemesi, 2 Mayıs 2014 tarihinde kararın yürütmesini durdurmuştur. TİB kararı temyize götürerek, yürütmenin durdurulma kararını uygulamamıştır. Bunun üzerine, youtube.com'un yasal temsilcileri ile bazı bireyler haberleşme hürriyeti, düşüncenin ifade edilmesi ve yayılması hakkı, bilim ve sanat hürriyeti, temel hak ve özgürlüklerin korunması, çalışma ve sözleşme hürriyeti ile seçme, seçilme ve siyasal faaliyetlere katılma özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Bu iki dava, 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra, Mahkeme'nin yeniden yapılandırılmasının ardından görülmüştür. Bu iki örnek olay, Mahkeme'nin Türkiye'deki hukuk devleti, temel insan hakları ve özgürlüklerini ne şekilde değerlendirdiği ve yorumladığı açısından önem taşımaktadır. Mahkeme karar gerekçesinde hem hukuk devleti hem de insan hakları konusunda önemli öneri ve ilkeleri ortaya koymaktadır. Buna ek olarak Anayasa Mahkemesi kararında, davayı henüz iç hukuk yolları tükenmeden kabul etmesiyle de evrensel hukuk normlarına göre hareket etmektedir. Bunu yapmak üzere karar gerekçesinde sürekli bir biçimde AİHS'e ve AİHM içtihatlarına atıflar yapmaktadır.

4.4.2.1 Davanın kabul edilip görüşülmesi

Anayasa'nın 148. maddesine göre bireysel "[b]aşvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." Ayrıca bireysel başvuru süreçlerini düzenleyen, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesine göre bireysel başvuru yapılabilmesi için ihlale neden olan işlem, eylem veya ihlal için kanunda öngörülmüş tüm idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Ancak bu iki örnek olay için de henüz temyizdeki yürütmeyi durdurma işlemi üzerinde idari dava süreçleri devam etmekteydi. Bir başka ifadeyle, bireyler ve internet sitelerinin yasal temsilcileri tüm idari ve yargısal başvuru yollarını henüz tüketmemişlerdi.

Bu yasal düzenlemeler ve konu hakkında henüz tüm idari ve yargısal başvuru yolları tüketilmemesine rağmen, Mahkeme davanın görüşülebilir olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin tüm bu nedenlerle aktivist davrandığı öne sürülebilir. Sonuçta

bireysel başvuru hem Anayasa hem de Kanunla net bir şekilde düzenlenmişken, Anayasa ve yasalardaki şartlar göz ardı edilmiştir. Ancak buradaki aktivist tutum bir veya birden çok temel insan hakkının korunması için ortaya konulmuştur. Mahkeme kararında ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve basın özgürlükleri gibi temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği durumlarda, idari ve yargısal başvuru yollarının mevzuatta belirlenmesinin yeterli olmadığını, aynı zamanda bu yolların etkili bir şekilde kullanılabilmesi gerektiğini ifade etmektedir (AYM, Başvuru: No: 2014/4705, § 34). Mahkemeye göre “Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurucunun şikayetlerini gidermede makul başarı şansı tanınmaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi gerekir” (AYM, Başvuru: 2012/239, 2/7/2013, § 29). Mahkeme idarenin yargı kararlarını uygulamak zorunda olduğunu ve yürütmeyi durdurma kararına rağmen internet sitelerine erişim yasağının devam ettiğini ifade etmektedir. İdarenin, mahkemece verilen yürütmeyi durdurma kararını uygulaması gereken süre azami otuz gündür. Anayasa Mahkemesine göre her ne kadar idarenin kararı uygulaması için otuz gün süresi olsa dahi, bu süre azami süre olup; “[h]ukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini” (AYM, Başvuru No: 2014/3986, § 24) gerektirdiği için idare yürütmeyi durdurma kararını en kısa sürede uygulamak zorundadır.

Mahkeme bu bağlamda, yürütmeyi durdurma işleminin uygulanmamasının “telafisi güç veya imkansız zararların doğmasına” neden olacağını ifade etmekte, erişim engelinin devamını sağlayan kararın ise, “işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu” (AYM, Başvuru No: 2014/3986, § 24) esasına aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Mahkeme devamında zaman geçtikçe sosyal medyada paylaşılan düşünce ve bilgilerin etkinliği ve değerinin azaldığı; mahkeme kararının uygulanıp erişim engelinin ne zaman kaldırılacağı konusundaki belirsizliğin de sürmesinden dolayı etkin başvuru yolunun olmadığı sonucuna varmıştır (AYM, Başvuru: No: 2014/4705,

§ 40). “Yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen kararın gereğinin bugüne kadar yerine getirilmemesi ve siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi sözkonusu başvuru yolunun etkili olmadığını göstermektedir” (AYM, Başvuru No: 2014/3986, § 26). Mahkeme bu ekseninde şikayetçi için başka etkili bir başvuru yolu bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Mahkemeye göre tüketilecek başvuru yolları sadece yasal olarak yazılı olmak durumunda değil, başvuru sahiplerinin şikayetlerinin giderilmesi konusunda etkin de olmak durumundadır.

Anayasa Mahkemesi ayrıca youtube.com ve twitter.com gibi sosyal medya platformlarının, bireylerin bilgi ve fikirlerini paylaşma, yayma ve birbirleriyle iletişim kurma aracı olduklarını ifade ederek, bu araçlara herhangi bir sınırlama getirilmesinin milyonlarca insanı etkileyeceğini beyan etmektedir. Bu açıdan, idarenin mahkemenin kararını ivedilikle yerine getirmemesi, bu dava için başka etkin bir yasal yol bulunmadığını göstermektedir. Bu nedenle Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 145. maddesinin dördüncü bendi ile 6216 Sayılı Yasanın 45. maddesinin ikinci bendindeki tüm yasal yolların tüketilmesi şartını; bu olay özelinde tüm yasal yolların tükendiği yorumuyla, göz ardı etmiştir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili yasal olmayan ve derhal kaldırılmayan herhangi bir kısıtlama, bireysel hakların askıya alınmasına neden olmaktadır. TİB’nin yürütmeyi durdurma kararını uygulamamadaki ısrarı, idare mahkemelerine başvurmanın yasal bir çare olarak, bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasının etkili ve verimli bir yolu olmadığına işaret etmektedir (AYM, Başvuru No: 2014/3986, § 26-27; AYM, Başvuru: No: 2014/4705, § 40-41). AİHM içtihatları ışığında karar veren Mahkeme, twitter.com ve youtube.com kullanıcılarının bireysel haklarını korumak üzere aktivist davranmış ve davaları şikayetçilerin tüm yasal yolları tüketmesini beklemeden kabul etmiştir.

4.4.2.2 Davanın incelenmesi

Mahkeme her iki davayı temel olarak Anayasa’nın “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” ve “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”ni düzenleyen 13. ve 26. maddeler üzerinden değerlendirerek, düşünceye erişme ve düşünceyi değişik yollarla yayma hürriyetinin de bu bağlamda ele alınması gerektiğini ifade etmektedir (AYM,

Başvuru No: 2014/4705, § 46). Mahkeme ifade özgürlüğünün sosyal çoğulculuğun önemli bir aracı olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda, sosyal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak için düşünce ve ifade özgürlüğü son derece önemlidir; aynı şekilde bireyler, düşünce ve görüşlerini özgürce ifade ettikleri, yaydıkları ve tartıştıkları koşullarda kendilerini gerçekleştireceklerdir (AYM, Başvuru. No: 2014/3986, § 25, AYM, Başvuru. No: 2014/4705, § 38).

Mahkemeye göre, her iki davada da analizin odak noktası ifade özgürlüğüdür. Mahkeme, Anayasanın ifade özgürlüğünü ve düşünceyi yayma özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesine atıfta bulunmaktadır. “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.” Mahkeme ardından, “herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır” diyen AİHS’in 10. maddesine de atıfta bulunmaktadır: “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar” (Madde 10).

Türkiye’de etkin ve yoğun bir şekilde kullanılan sosyal ağlar üzerindeki herhangi bir yasak veya sınırlandırma, kullanıcıların ifade özgürlüğü üzerindeki bir kısıtlamadır. Bu da demokratik toplumun temel unsurlarından birinin engellenmesi veya ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu tür kısıtlamalar en kısa zamanda denetlenmelidir. Yasaya aykırılık tespit edildiğinde, sınırlamaların etkin bir şekilde kaldırılması ise hukuk devleti için hayati bir öneme sahiptir. (AYM, Başvuru. No: 2014/4705, § 37). Anayasa Mahkemesi bu çerçeveden, TİB’in, idare mahkemesinin youtube.com ve twitter.com’a getirilen erişim engelini kaldırmama yönündeki ısrarının, hukuk devleti ilkelerinden herhangi birinin ihlali olarak değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi ayrıca, ifade özgürlüğünü daha evrensel bir şekilde tanımlamak amacıyla, devlet ve devlet aygıtının eski uygulamaları ile değil, AİHS’e ve AİHM içtihatlarına (*Handyside-Birleşik Krallık*, B.No: 5493/72, 07.12.1976, § 49) atıf yaparak ifade özgürlüğü tanımı yapmaktadır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü

temel insan haklarından biridir; aşırı şok edici ve rahatsız edici koşullarda bile sınırlandırılmaz. AİHM'e göre ifade özgürlüğü sadece halkın çoğunluğu veya bir kısmının doğru veya zararsız gördüğü haber ve düşünceleri, toplumun veya devletin olumsuz veya yanlış görebileceği, onları rahatsız eden düşüncelerin de ifade edilebilmesini; ayrıca kimsenin de bu ifadeleri nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmasını içermektedir. "İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez" (*Handyside-Birleşik Krallık*, B.No: 5493/72, 7/12/1976, §49).

Davanın değerlendirilmesi, analizi ve Mahkeme'nin gerekçesi temel olarak bu özgürlüğe dayanmaktadır. Twitter'daki gönderiler, yorumlar ve Youtube'daki videolar ile ifadeler düşünce ve ifade olarak kabul edilmektedir. Anayasa mahkemesine göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biridir ve toplumun gelişimi ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmeleri için çok önemlidir. Mahkeme sosyal çoğulculuğa erişim yollarından birinin de ifadelerin özgür bir platformda serbestçe ortaya konulmasından geçtiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, toplumsal ve siyasal çoğulculuk her türlü düşüncenin serbestçe ve barış içinde ifade edilmesiyle doğrudan ilgilidir (AYM, Başvuru No: 2014/4705, 2014/3986, § 25 ve 34; AYM, Başvuru No: 2014/4705, § 38).

Mahkeme Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan "söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma" ifadesindeki 'başka yollar' arasına sosyal medya araçları gibi internet platformlarını da eklemektedir. Mahkemeye göre internet temel hak ve özgürlüklerin özellikle de düşüncenin ifade edilmesi ve yayılma hakkının kullanılması için önemli bir araçtır. Bu nedenle de sosyal medya platformları insanların bilgi ve fikirlerini ifade etmesi, paylaşması ve yayması için vazgeçilmezdir (AYM Başvuru No: 2014/3986, § 36; AYM, Başvuru. No: 2014/4705, § 51).

Mahkeme her iki olay için de temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilebilecek durumları düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesine atıfta bulunmaktadır: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca

Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Anayasa’nın 26. maddesi ise düşünceyi açıklama ve yayma hakkının sınırlanabileceğı durumları listelemektedir: “Bu hürriyetin kullanılması millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliğı, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” Mahkeme Anayasa’nın bu şartlarla ilgili hakların sınırlanmasına izin vermesine rağmen, bazı temel hak ve özgürlüklerin korunması için devletin gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirtmektedir.

Mahkeme idarenin negatif ve pozitif yükümlölükleri olduğunu belirterek, idarenin negatif yükümlölük bağlamında yukarıda sıralanan haller kapsamında zorunlu olmadıkça bireylerin ifadelerini açıklama ve yaymalarını yasaklamaması ve bunlara yaptırım uygulamaması gerektiğini; pozitif yükümlölük bağlamında ise “ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri” alması gerekmektedir (AYM, Başvuru No: 2014/3986, §. 43; AYM, Başvuru No: 2014/4705, §. 53). Bu bağlamda, Mahkeme devletin sorumluluğunu genişletirken, bireyin de haklarını genişleten bir yorumda bulunur. Anayasa Mahkemesi 2010 yılı öncesinde özellikle laik düzen ve devletin bölünmez bütünlüğü ilkelerini yorumlayarak devleti koruyucu ve bireysel hakları sınırlayıcı bir tutum izlemektedir. Bu kararın gerekçesinde yine –lafzen aynı- laiklik, demokratik toplum gibi kavramları kullanmakta, ancak bu ifadeleri farklı şekilde yorumlayarak, devletin bekasını korumaktan, bireylerin özgürlüklerini korumaya doğru bir ilerleyiş içine girmektedir.

Haklar ve özgürlükler sınırsız değildir ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, insanların hak ve özgürlüklerini sınırlanmasının sınırlarını ve yolunu düzenlemektedir. Bu sınırlamalar yasa ve devlet tarafından düzenlenmelidir. Diğer idari organlar da yasalara göre bu haklar üzerinde takdir yetkilerini kullanarak sınırlandırmalara

gidebilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise idarenin takdir yetkisini denetleme yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir (AYM, Başvuru. No: 2014/3986, § 41). Mahkemeye göre bireysel hak ve özgürlüklere getirilebilecek kısıtlamalar zorunlu ve istisnai olmalı, ayrıca da bu tedbir alınması gereken son önlem olmalıdır. Mahkeme, AİHM içtihatlarında kullanılan ve kendi kararlarında da bundan sonra kullanacağına işaret ettiği bir kavramı bu davalarda kullanmaktadır: “zorlayıcı sosyal ihtiyaç.”¹¹ Bu kavrama göre haklar ve özgürlükler üzerinde uygulanacak sınırlayıcı tedbirler zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması için gerekli veya başvurulacak son çare değilse, bu tedbir demokratik toplum düzeninin gereklerine uymamaktadır. Ayrıca zorlayıcı sosyal ihtiyacın belirlenmesi için, soyut bir değerlendirme yapılmamalı, “ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır” (AYM, Başvuru. No: 2014/3986, §41).

Mahkeme değerlendirmesi sonucunda, TİB’in sosyal medya platformlarına erişimi engelleme kararının demokratik bir toplumda olmaması gerektiğine ve sınırlama kararında ölçülü davranmadığına; sınırlamanın kanunla öngörülebilir ve kanuna uygun olmadığına karar vermiştir. TİB, erişim engelini hem youtube.com hem de twitter.com sitelerinin davaya konu paylaşımlarını içeren bağlantılarla (URL) değil, tüm site üzerinden uygulamıştır. Mahkemeye göre sitelere “...erişimin tamamen engellenmesi(nin)... demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır” (AYM, Başvuru No: 2014/3986, § 48; AYM, Başvuru No: 2014/4705, §63).

Mahkeme iki davadaki değerlendirmesini aynı cümlelerle bitirmiştir: “[İ]fade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruçuların Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar

¹¹ Bu konudaki AİHM kararları için bk. Axel Springer AG / Almay, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; Von Hannover/Almanya (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012). AİHM bu kavramı ilk olarak 1979 yılında vermiş olduğu the Sunday Times /United Kingdom kararında açıklamıştır: demokratik toplumun gereklerine kadar, sınırlamanın da “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” olup olmadığına; amaçlanan meşru hedef ile ölçülü olup olmamasına göre verilmelidir.

verilmesi gerekir” (AYM, Başvuru No: 2014/3986, § 49; AYM, Başvuru No: 2014/4705, §64).

4.4.3 4+4+4 Kararı

Anayasa Mahkemesinin laiklik ilkesini korumaya yönelik kararları bu çalışmanın daha önceki bölümlerinde incelenmiştir. Mahkemenin 2010 sonrasında vermiş olduğu kararlar arasında, laiklik ilkesinin korunmasına yaklaşım bakımından en dikkat çekici karar, kamuoyunda 4+4+4 düzenlemesi olarak bilinen kanun değişikliklerinin iptali istemine karşı Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu karardır.

Yasama erki; İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu ve Mesleki Eğitim Kanunu’nun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında bir düzenleme yapmıştır. 121 milletvekili bu kanun değişikliklerinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur. Kanunun iptal edilmesi talebiyle açılan davada, İlköğretim ve Eğitim Kanunu’nun 7. maddesindeki “İlköğretim; 1. maddede belirtilen amacı gerçekleştirmek için kurulmuş dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur” ibaresinin Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan laiklik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmektedir. Madde içeriğinde laiklikle doğrudan ilgilendirilebilecek bir kavram, hatta yorum yoluyla laiklik ilkesini ilgilendirebilecek herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, kanun teklifi meclis gündemine geldiğinde, değişikliğin İmam Hatip Liselerinin orta kısımlarının tekrar açılmasını hedeflediği tartışılmaktaydı.¹²

İptal talebinin gerekçesinde de bu bağlamda İmam Hatip Liseleri konusunda yapılacak bir düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 1989 yılında vermiş olduğu “Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Lâiklik bir bütündür” (AYM, E.1989/1, K.1989/12) kararına aykırı olacağı vurgulanmıştır. İptal talebi gerekçelerinde ayrıca “Kur’an-ı Kerim” ve “Hz. Peygamberimizin Hayatı” derslerinin ortaokul ve lise müfredatlarına seçmeli ders olarak girmesinin de laiklik ilkesine aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bu

¹² Bk. Yılmaz, İ. G. (2002). *4+4+4 Nedir? Kim, Ne Dedi?*, <http://www.fikirkarargahi.com/4-4-4-nedir-kim-ne-dedi>, Erişim tarihi: 28.11.2019

düzenlemenin “kutsal din duygularını devlet işlerine ve politikaya karıştırmayı” hedeflediğinden laiklik ilkesiyle bağdaşmadığı öne sürölmektedir. İptal talebi gerekçelerinde ayrıca, laiklik ilkesi gereğince devletin dinler, mezhepler ve felsefi inançlar karşısında tarafsız olması gerektiğı; bu düzenlemeyle sadece İslam dinine mensup kişilere hizmetin sağlandığı, ancak diğer ilahi dinlere bu hizmetin sağlanmadığı, bu nedenle de laiklik ilkesiyle bağdaşmadığı öne sürölmektedir. İtiraz dilekçesinde bu bağlamla ilgili laiklik tanımını da yine Anayasa Mahkemesinin eski kararlarına atıf yapılarak ortaya konulmaktadır: “Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Lâik devlet, din konusunda, inancına bakmaksızın, yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir” (AYM, E.1989/1, K.1989/12).

Dava dilekçesinde Mahkeme kararlarından yapılan bir diğer atıf da Ak Parti Kapatma davası ile ilgilidir: “AKP’nin laiklik karşıtı eylemlerin odağı sayılmasının nedenlerinden biri olarak değerdendirerek, bu kararda da, imam hatip lisesini bitirenlerin yükseköğretimin tüm programlarında öğrenim görmelerinin laik eğitimin özü ve ruhuyla bağdaşmadığını belirtmiştir.”

İptal talebini kaleme alanlar, Mahkemenin içtihatlarına göre karar vererek, ilgili kanun değışikliklerinin laikliğe aykırılık gerekçesiyle iptal etmesini talep etmektedir. Mahkeme, değerdendirmesinde iptal talebi gerekçesindeki her bir itirazı tek tek incelemiştir. Ancak bu çalışma kapsamında sadece ‘laiklik’ ilkesine aykırılıktan iptali talep edilen düzenlemeler incelenmiştir.

Mahkeme öncelikle İlköğretim ve Eğitim Kanunu’nun 7. maddesini değerdendirirken kamuoyundaki tartışmalara yani, düzenlemenin İmam Hatip Liselerinin orta kısmının açılmasını amaçladığı iddiasına hiç değinmemektedir. Maddenin ilköğretim çağının hangi yaşları kapsadığıyla ilgili olduğunu belirten Mahkeme, “devletin gözetim ve denetimi altında yapılması öngörölen eğitim ve öğretimin, zorunlu olması esasını benimsenmiş ancak, hangi yaştan hangi yaşa kadar devam edeceği, süresi ile kesintili ya da kesintisiz yapılmasına ilişkin takdir yetkisi kanun koyucuya” bırakıldığını ifade ederek, düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Mahkeme itiraz dilekçesinde laikliğe aykırılık teşkil ettiği iddia edilen seçmeli “Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin Hayatı” derslerinin Anayasa’ya aykırı olup olmadığını değerlendirirken laiklik konusuna bu çalışma kapsamında incelenen eski kararlarda olduğu gibi akademik bir şekilde yaklaşmaktadır. Laiklik ilkesinin Türkiye’deki tarihsel gelişimini aktaran Mahkeme, Anayasa’da ifade edilen laikliğin “devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak” düzenlendiğini ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca “laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir” ifadesini kullanarak kendi içtihatlarından ilk ayrılığını ortaya koymaktadır. Zira Ak Parti kapatma davasının iddianamesinde Genel Başkan’ın “Asıl itibarıyla laiklik bir sistemdir ve fertlerin değil, devletin laikliği söz konusudur” şeklindeki beyanatı, partinin kapatılmasına delil olarak gösterilmiştir. Mahkeme’nin yaklaşık 5 yıllık arayla vermiş olduğu bu iki karar, tutum değişikliğinin ilk örnekleri olarak kabul edilebilir.

Mahkeme laikliğin katı ve esnek olmak üzere iki tanımını yapmaktadır: Katı tanıma göre din sadece bireylerin vicdanında yer almalı, bunun dışına çıkarak siyasal, kamusal veya toplumsal alanda kesinlikle kendine yer bulmamalıdır. Mahkeme özgürlükçü yorum olarak tanımladığı esnek yorumu ise “dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân” tanıyan bir olgu olarak tanımlamaktadır.

Laik devletlerin dinler karşısında tarafsız olsalar dahi, toplumun dini ihtiyaçlarına karşı da kayıtsız olamayacaklarını ifade eden Mahkeme, bu bağlamda devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinden bahsetmektedir: “Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.” 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 3.maddesi ile “din eğitimi-öğretimi yapan kurumların aynı veya benzeri özel öğretim kurumları açamaz” hükmü uyarınca, dini eğitim ve öğretimde devlet tekel durumundadır. Mahkemeye göre “devlet kurumları,

dışında din eğitim ve öğretimi alabilecekleri kurumsal alternatiflerinin bulunmadığı gerçeği, laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülük” daha anlaşılır hale gelmektedir. Bu bağlamda yasama erkinin yapmış olduğu yasal düzenleme, devletin yüklenmiş olduğu pozitif sorumluluklardan birisidir.

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, daha kapsamlı bir sonuca da varmaktadır. Mahkemeye göre Türkiye’de laikliğin tarihsel gelişimi ve bugünkü durumuna bakıldığında ne Anayasal düzeyde ne de uygulamada devlet ile İslam arasında kurumsal ilişki mutlak anlamda dışlanmıştır. Diyanet İşleri Başkanlığı örneğini veren Mahkeme, Başkanlığın “laiklik ilkesi doğrultusunda” çalıştığını, amacının da kanuna göre “İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek”¹³ olduğunu belirtmektedir.

Mahkeme sonuç olarak “Anayasa’da ifadesini bulan laiklik ilkesi, bir yandan dinin devletin esaslarını belirlemesini engellemekte, diğer yandan da din eğitimi ve öğretimi dâhil dini hizmetlerin devlet eliyle verilmesine imkân tanımaktadır” ifadesini kullanarak kanun değişikliğinin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkemenin bu kararla iki farklı şekilde, tutum değişikliğine gittiği sonucu çıkarılabilir. Birincisi; Mahkeme kendi içtihatlarında yer bulmuş bir laiklik tanımında büyük bir değişikliğe gitmiştir. Bununla birlikte içtihatlarında yer alan laiklik tanımını “sert laiklik” olarak ifade etmiş; yeni yapmış olduğu laiklik tanımının ise esnek ve özgürlükçü olduğunu belirtmiştir. Bununla kalmayıp, laik devletin kendisini ve kurumlarını İslam’la mutlak şekilde ayırmadığını gerekçesine eklemiştir. İkinci olarak -birinci tutum değişikliğine bağlı olarak da- daha önceki kararlarında siyasi parti kapatma nedeni veya kanun değişikliğinin iptaline neden olarak gördüğü benzer hizmetleri, artık devletin pozitif sorumluluk kapsamındaki hizmetler olarak tanımlamaktadır.

¹³ 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, Madde 1

Bu bağlamda Mahkemenin, devletin hegemonik ideolojisi çevresinde korunması gereken laiklik ilkesine karşı 2010 öncesinde tehdit olarak kabul ettiği birçok konu, olay ve olgu; bu yeni tanımla birlikte artık tehdit olmaktan çıkmıştır.

4.5 TUTUM DEĞİŞİKLİĞİ

Mahkeme tutumunun değişmekte olduğunu gösteren önemli davalar olmasına rağmen, Mahkemenin tutum biçiminin tamamen dönüştüğünü iddia etmek için daha fazla vakit ve örnek olayların ortaya çıkması gereklidir. Bununla birlikte, 2010 değişikliği sonrasında neredeyse hiçbir davada hegemonik koruma davranışına rastlanmamış, Mahkeme daha hak eksenli davranışlar sergileyerek önemli davalar hakkında hak temelli paradigmaya uygun şekilde kararlar vermiştir.

Davaların gerekçeli kararları ve karşı oyları analiz edildiğinde, 2010 değişikliklerinden önce bazı önemli kararlara, hak ihlali olduğu çerçevesinde karşı oy yazan bazı hâkimlerin kullandıkları cümleler ile anahtar kelimelerin, 2010 yılı değişikliklerinin ardından hak eksenli kararların gerekçelerinin dayandığı temel unsurlar olduğu dikkat çekmektedir. Bu öncül değişikliklere baktığımızda; Abdullah Öcalan'ın kitabının toplatılma kararı ile youtube.com ve twitter.com sosyal paylaşım sitelerinin yasaklama kararının iptal edilmesi hakkındaki kararlar, mahkemenin davranış değişikliğinin hem kararlarda hem de dava gerekçelerinde görüldüğü önemli adımlardır. Üç dava, 2010 sonrası aktivizmden kendini sınırlayan bir mahkemenin ve davranış biçiminin AİHM içtihatlarıyla birlikte daha hak eksenli olan ve bu bağlamda liberal hak ve özgürlükleri koruyan bir mahkemenin çerçevesini çizmiştir. Bunun yanında 4+4+4 kararı olarak bilinen, ortaöğretimi düzenleyen yasa değişikliği konusunda vermiş olduğu kararda ise laiklik kavramını değiştiren Mahkeme, yine bireysel hak ve özgürlükleri önceleyen bir yaklaşımla sert laiklik tanımından 'özgürlükçü' laiklik tanımına geçiş yapmıştır.

Mahkeme, göreceli olarak siyasal kararlarda yargısal aktivizmden kendini sınırlayan bir tutuma doğru ilerlediği konusunda bazı temel değişiklikleri göstermektedir. Bu tutum değişikliğini 367 kararı gibi ideolojik eksenli kararlar ve 2010 anayasa değişikliğiyle yapılan yapısal reformlar başlatmıştır. Mahkeme vermiş olduğu 367 kararı ardından itibarı ve meşruiyeti üzerine yapılan tartışmaları durdurmaya ve yasallık sınırları içerisinde kalmaya yönelik bir tutum benimsemiştir. Bir diğer önemli faktör ise, 2010 yılı değişiklikleri ile vatandaşların Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkına sahip olmalarıdır. Bu değişikliğin hemen ardından, savcı ve hâkimlerin, davaların AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde değerlendirip sonuçlandırmalarına yönelik özel çalışmalar yapılmıştır (Yazıcı, 2015:412). Bu tutum değişimi, yalnızca kararın değil, aynı zamanda kararların gerekçelendirilmesinde de görülmektedir. Mahkeme sivil-liberal hakları daha açık bir şekilde savunurken, anayasal hükümler daha özgürlükçü zihniyetle yorumlanmaya başlamıştır (Yazıcı, 2015: 413). Mahkeme 2010 Anayasal değişikliklerin ardından, yargısal aktivist tutumdan vazgeçerek, kendini sınırlayıcı bir tutum sergilemeye başlamıştır (Özalp, 2018).

Bununla birlikte Özbudun hükümetin daha uyumlu bir yargı girişiminin olmadığını tek yüksek mahkemenin Anayasa Mahkemesi olduğunu iddia etmektedir (Özbudun, 2015:118). Özbudun mahkemenin bazı kararlarını ideoloji eksenli tutum yerine hak eksenli davranış biçimi için umut verici olduğunu ifade etmektedir. Göreceli olarak daha çoğulcu yapıya sahip olan mahkemenin, davranış biçimi bireysel hak ve özgürlükleri korumak gibi daha liberal bir davranış biçimine doğru ilerlemektedir (Özbudun, 2015:188-190).

Mahkemenin 2010 sonrası hak eksenli davranışı örneklerini gösterdiği önemli davaları karara bağlamıştır. Bunlardan bir tanesi, terör örgütü PKK'nın kurucusu Abdullah Öcalan'ın yazmış olduğu kitabın toplatılmasına karar veren yerel mahkemenin kararını bozması olmuştur. Mahkeme, kitabın toplatılmasının bir hak ihlali olduğunu, kitabın yazarının bir terör örgütünün kurucusu ve yöneticisi olsa bile

ihlalin meşru olamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, kararını AİHM içtihatlarıyla desteklemektedir.¹⁴

Mahkeme söz konusu kitabın toplatılmasını ve kitaba el koyulmasını başvuranın düşünce ve ifade özgürlüğüne yapılan açık bir müdahale olduğunu ifade etmiştir. Öte yandan, haber, bilgi ve düşüncelerin özgürce ve önceden soruşturma yapılmaksızın yayınlanmasının, basılan eserlerin serbestçe dağıtılmasının yanı sıra basın özgürlüğünün bir parçası olduğuna değinmiştir. Bu nedenle, kitabın dağıtımı ve geri çağırılması, başvuranın ifade özgürlüğüne ve bu bağlamda yasağın basın özgürlüğüne ihlal olduğu sonucuna varılmıştır (Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2013/49,§.79).

Diğer iki dava ise youtube.com ile twitter.com uzantılı sosyal paylaşım sitelerine erişimin Telekomünikasyon ve İletişim Başkanlığı tarafından durdurulması kararı üzerine Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlardır. İki dava için de iç hukuk yollarının tamamlanmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi AİHM içtihatları çerçevesinde verdiği kararlar, etkili iç hukuk yollarının tükendiğine hükmetmiş ve davayı kabul etmiştir. Kararında ise sosyal paylaşım sitelerine erişimin engellemesi kararının yalnızca bir idari prosedür olduğunu ve TİB'in herhangi bir web sitesini mahkeme kararı olmaksızın yasaklamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, bu yasakların demokratik toplumların temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne somut bir müdahale olduğuna ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2014/3986,§.48 ve 49, AYM Bireysel Başvuru No: 2014/4705,§.63).

Akademik değerlendirmeler ve somut dava örneklerinden görüleceği gibi, Mahkeme 2010 sonrasında tutum değişikliğine gitmiş ve ideoloji eksenli yaklaşımdan hak eksenli bir yaklaşıma doğru evrilmesinin önemli örneklerini göstermiştir. Bu davranış değişikliğinde, tabii ki Mahkeme hakimlerinin ve davalarda birincil inceleme kurumu olan raportörlerin tutumu önemli bir yere sahiptir. Zira kurumsallaşmaya

¹⁴ Anayasa Mahkemesinin atıf yaptığı AİHM kararları: *Gözel ve Özer/Türkiye*, B. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010 § 51; *Gündüz/Türkiye*, B. No: 35071/97, 4/12/2003§46

başlayan bir davranışın başlangıç noktasının önce mahkeme başkanı ve diğer hâkimler ile raportörler olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir.

Zühtü Arslan'ın 10 Şubat 2015'te göreve geldikten sonra, katıldığı ve açılış konuşmasını yaptığı mahkemenin 53. Kuruluş yıldönümünde bu değişikliğin ilk kanıtlarını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin aktivist bir tutumdan kendini sınırlayıcı bir tutuma geçmelerinin gerekliliğini ortaya koyarken hem yargının siyasal alana müdahalesi anlamındaki siyasetin yargısallaşmasını, hem de siyasetin yargının alanına müdahalesi manasındaki yargının siyasallaşmasını demokratik hukuk devleti için aynı ölçüde tehlikeli olduğunu ifade etmiştir ve “demokrasiler için yürütmenin sınır tanımaz tavrı ne kadar tehlikeliyse, yargının jüristokratik tavrı da o kadar tehlikelidir”¹⁵ diye eklemiştir.

¹⁵ Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesinin 53. Kuruluş Yıldönümünde Yapmış Olduğu Açılış Konuşması, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/1.html>

4.5.1 MAHKEME BAŞKANI, ÜYE VE RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞLERİ

Çalışmanın önceki bölümlerindeki akademik değerlendirmeler ve somut dava örneklerinde görüleceği gibi, Mahkeme 2010 yılı öncesinde hegemonyayı koruma tutumu içerisindeyken, 2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sonrasında, bir paradigma değişikliğine gitmiş ve ideoloji eksenli yaklaşımdan hak eksenli bir yaklaşıma doğru evrilmenin önemli örneklerini göstermiştir. Bu davranış değişikliğinde doğal olarak Mahkeme hakimlerinin ve davalarda birincil inceleme kurumu olan raportörlerin tutumu önemli bir yere sahiptir. Zira kurumsallaşmaya başlayan bir paradigmanın başlangıç noktasının, önce mahkeme başkanı ve diğer hâkimler ile raportörler olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu bağlamda, tez kapsamında Başkan Vekili görevinde de bulunmuş bir Mahkeme hakimi ve iki kıdemli raportör ile yüz yüze yarı yapılandırılmış derinlemesine mülakatlar yapılmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme Başkanı Zühtü Arslan’a soru seti sunularak randevu talep edildiğinde, Başkan Vekilinin cevaplarının kendisini de temsil ettiği yanıtı alınmış ve görüşme talebi geri çevrilmiştir. Ancak Mahkeme Başkanının, göreve başladığı yıldan itibaren değişik vesilelerle yapmış olduğu konuşmaların derinlemesine analizi, diğer yüz yüze mülakatlarla birlikte değerlendirildiğinde, perspektif netleşmektedir. Bu çalışmanın temel iddialarından biri olan Mahkemenin tutum değişikliğine gitmesiyle ilgili birçok noktada cevapları içeren ilgili konuşmalar, aynı zamanda yarı yapılandırılmış görüşmelerde sorulan birçok soruya da yanıt vermektedir. İlerleyen bölümde, ‘Mahkemenin ideolojik eksenli tutumdan vazgeçip, hak temelli bir yaklaşıma evrildiği’ hipotezini test etmek için öncelikle Mahkeme başkanının özellikle Mahkemenin Kuruluş yıldönümlerinde yapmış olduğu konuşmaların yorumsal (*interpretive*) analizi yapılacak, ardından yüz yüze görüşmelerdeki önemli noktaları tartışılacaktır.

Elit yüz yüze görüşmeler Mahkemenin karar alma süreçlerinde temel aldıkları paradigmayı anlamak için önemlidir. Saha çalışmasında görüşme yapılacak elitler, dava süreçlerinde karar alma sürecine doğrudan veya dolaylı olarak etki edebilecek kişiler arasından seçilmiştir. Bu çerçevede elit görüşme için Mahkeme Başkan Vekili ile iki kıdemli raportör seçilmiştir. Elitlerle yapılmış olan derinlemesine mülakatlarla

Mahkemenin tutumundaki paradigma değişikliği, bu değişikliğin sebepleri, değişimin kurumsallaşma problemi, paradigma değişimine uluslararası ve ulusal konjonktür gibi bağımsız değişkenlerin ne şekilde etki ettiği anlaşılmaya çalışılacaktır.

4.5.1.1 Mahkeme Başkanının Konuşmaları

Zühtü Arslan'ın 10 şubat 2015'te göreve geldikten sonra, katıldığı ve açılış konuşmasını yaptığı mahkemenin 53. Kuruluş yıldönümünde bu değişikliğin ilk kanıtlarını ortaya koymuştur. Anayasa mahkemelerinin aktivist bir tutumdan kendini sınırlayıcı bir tutuma geçmelerinin gerekliliğini ortaya koyarken hem yargının siyasal alana müdahalesi anlamındaki siyasetin yargısallaşmasını, hem de siyasetin yargının alanına müdahalesi manasındaki yargının siyasallaşmasını demokratik hukuk devleti için aynı ölçüde tehlikeli olduğunu ifade etmiştir; “demokrasiler için yürütmenin sınır tanımaz tavrı ne kadar tehlikeliyse, yargının jüristokratik tavrı da o kadar tehlikelidir” (Arslan, 2015) diye eklemiştir.

Arslan mahkeme üyesi olmadan bir akademisyen olarak Anayasa Mahkemesinin ne tür bir tutum içinde olması gerektiğini de açıklamaktadır.¹⁶ Mahkemenin kendi alanını aşarak yasama ve yürütme erklerinin sınırlarına müdahale etmesi, hem siyasal hem de yargısal bir sorun hale gelmektedir. Anayasa mahkemelerinin anayasaları koruyucu rolü, yargının hem yasama hem de yürütmeden bağımsız olması gerekliliğini doğurmaktadır. Ancak bu bağımsızlık yasama ve yürütme ile yargı arasındaki ilişkiyi tek başına sorunsuz bir hale getirmemektedir. Mahkeme bağımsız ve tarafsız olması gerekirken, aynı zamanda Anayasanın çizmiş olduğu sınırlar içinde hareket etmelidir. Arslan'a göre “Yargı-siyaset ilişkisinin sağlıklı bir zeminde kurulması ve sürdürölmesi, bir yandan yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması, diğer yandan da yargının anayasal ve yasal sınırları içinde kalarak yerindelik denetiminden ve yargısal aktivizmden kaçınmasına bağlıdır” (Arslan, 2015).

¹⁶ Arslan'ın bu konudaki görüşleri için bu çalışmanın teorik ereve bölümüne bakılabilir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerektirdiği bu iş bölümü her erkin kendi alanı içinde hareket etmesini gerektirmektedir. Bu yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının bir muadili değildir. Mahkeme başkanı bir konuşmasında, Mahkemenin de içinde bulunduğu yargı erki dahil “her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalması ve diğer erkin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması” gerektiğini vurgulamaktadır (Arslan, 2019).

Bu bağlamda, Mahkeme Başkanına göre Mahkeme hem norm denetimi kararlarında hem de bireysel başvuru alanında anayasal sınırlar içinde kalmaktadır. Başka bir ifadeyle, jüristokratik bir tutum yerine kendini sınırlayıcı bir tutum içinde hareket etmektedir. “Esasen bu durum, Anayasa’nın hiçbir organının kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına dair 6. maddesi ile Anayasa hükümlerinin yasama ve yürütme yanında yargı organlarını da bağladığına dair 11. maddesi karşısında anayasal bir zorunluluktur” (Arslan, 2017). Mahkeme Anayasa’yı korumak için Anayasa’ya aykırı etmemelidir. Bu bağlamda da Mahkemenin sınırlarını aşarak yasama ve/veya yürütme erklerinin alanına müdahale etmesi yargısal meşruiyet problemi doğuracaktır.

Teorik çerçeve bölümünde tartışıldığı üzere yargısal yorum tekeli, yukarıda bahsedilen yargısal sınır aşımı veya yargısal aktivizm ile doğrudan ilgilidir. Anayasa’nın lafzı anayasa koyucu tarafından belirlenmiştir. Mahkemenin yorum yoluyla bu lafzı değiştirmeye çalışması esasen yargının hiçbir yasama yetkisi olmadan anayasa değişikliği yapması anlamına gelecektir. “Bunun da yargısal aktivizm ve meşruiyet tartışmasına yola açacağı her türlü izahtan varestedir” (Arslan, 2017). Görüleceği üzere tutum değişikliğinin ilk adımı Mahkemenin aşkın güç kullanımını sınırlayarak, Anayasanın Mahkeme için çizmiş olduğu sınırlar içerisinde hareket etmektir. Bu çalışmanın argümanlarından birisi, Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluş amacının ve tarihsel olarak tutumunun ideoloji temelli bir yaklaşımla hareket etmiş olduğu; dolayısıyla Mahkemenin Ran Hirschl’in hegemonik koruma tezi veya Tom Ginsburg’un sigortacılık tezi ile uyumlu olduğudur. Diğer bir argüman ise Mahkemenin 2010 yılında yapılan anayasal değişiklikler ile bir tutum değişikliği içine girerek, ideoloji temelli paradigmadan hak temelli bir paradigmaya yöneldiğidir.

Mahkeme başkanı bu iki argümanı aynı anda destekleyecek şekilde şunları ifade etmektedir:

“Türk Anayasa Mahkemesi ... farklı bir tarihsel bağlamda ve farklı bir misyonla kurulmuş olsa da bugün Anayasa’yla kendisine verilen norm denetimi, bireysel başvuruları inceleme ve diğer görevlerini yerine getirmektedir. Bu görevler bağlamında Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni, bireylerin anayasal hak ve hürriyetlerini korumaktır” (Arslan, 2019).

Mahkeme, bu çalışmanın dava gerekçelerinin içerik analizinin yapıldığı bölümde de ifade edildiği gibi, birçok gerekçesinde “devleti yaşatmaktan” bahsetmektedir. 2010 öncesi neredeyse tüm parti kapatma gerekçelerinde görülebilecek devletin yaşaması, devletin de insan gibi kendini koruma tedbiri gibi ifadelerin özünde devleti ve dolayısıyla da kurucu ideolojiyi koruma amacı yatmaktadır. Ancak 2010 sonrasında, Mahkeme Başkanının da ifade ettiği gibi Mahkemenin varlık nedeni “bireyin” hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Her ne kadar Mahkemenin kuruluş amacı ve 56 yıllık içtihatları bu paradigmanın aksi yönde hareket ettiğini ileri sürse de 2010 anayasal değişiklikleri sonrasında ortaya konulmuş paradigma yeni bir tutuma işaret etmektedir. Bu yeni paradigmanın amacı “bireyin temel hak ve hürriyetlerini teminat altına almak için devletin hukuka tâbi olmasını sağlamaktır” (Arslan, 2019).

Normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alan Anayasa bir kurallar bütünü oluşturur. Bu kurallar bütünü ise bir taraftan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alırken, diğer taraftan da devlet gücünün sınırlarını çizmektedir. Mahkemenin 2010 sonrasında üstlendiği görev ise birinci amacı yerine getirmek için devlet otoritesi sınırlamaktır. “Anayasa mahkemeleri, anayasal hak ve hürriyetleri korumak amacıyla iktidar haritasının ihlal edilip edilmediğini denetlemekle görevli” (Arslan, 2018) kurumlardır. Mahkeme Başkanına göre de “adaletin en önemli tezahürü temel hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde korunmasıdır. Anayasa Mahkemesininverdiği bir kararda da vurgulandığı üzere “Demokrasilerde devlete düşen görev, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır” (Arslan, 2017). Aslında

“Avrupa’da birçok anayasa mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan yoğun insan hakları ihlallerine ve bu ihlallere sebep olan totaliter rejimlere tepki olarak kurulmuşlardır. Söz konusu mahkemelerin varlık nedeni, temel hak ve özgürlükleri korumaktır” (Arslan, 2017). Türk Anayasa Mahkemesi ise bu varlık nedenine 2010 sonrası değişikliklerle ancak kavuşabilmiştir.

Mahkeme hak temelli bir yaklaşıma sahip olsa dahi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korurken devletin güvenliğini de tamamen göz ardı etmemektedir. 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan hain darbe girişimi sonrası bu güvenlik olgusu da tartışılır hale gelmiştir. Arslan devletin güvenlik tedbirlerinin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini en rahat ve en geniş şekilde yaşayabileceği güvenli bir toplum oluşturmak için gerekli olduğunu vurgulamakta, güvenliğin olmadığı durumlarda “bireylerin yaşama hakkından ifade özgürlüğüne kadar temel hak ve özgürlüklerini etkili şekilde kullanabilmeleri zorlaşacak ya da imkânsız hâle” (Arslan, 2019). geleceğini ifade etmektedir. Mahkeme artık güvenlikten devletin yaşama refleksini değil, temel hak ve özgürlüklerin daha rahat yaşanacağı bir ortamın var olmasını algılamaktadır. “Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere “olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü yönetimlerin amacı, olağanüstü hâle sebep olan tehlikenin bertaraf edilerek temel hak ve özgürlüklerin en iyi şekilde kullanılabildiği olağan döneme yeniden dönüşün sağlanmasıdır” (Arslan, 2019).

Mahkeme başkanının söylemleri ile bu çalışma bağlamında yapılan analizler 2010 yılında TBMM Anayasa Komisyonunun Anayasa değişikliğine ilişkin raporunda da ifade edilmektedir: “Bugüne kadar Devletçi anlayışla, Devleti ve sistemi koruyan” bir kurum olarak algılanan Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla birlikte “artık özgürlükçü kararlar veren özgürlükleri güvenceye alan” bir kurum olarak algılanacaktır” (Arslan, 2018).

Mahkeme başkanı, henüz başkan olmadan önce 2012 yılında mahkeme adına Mexico City’de düzenlenmiş olan bir konferansa katılmış, “Yeni Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları” başlıklı bir bildiri sunmuştur. Bildirisini bitirirken, mahkemenin –kendi ifadesiyle- hak eksenli bir paradigmayı benimseyip

benimsemeyeceğini sorgulamakta ve şu cevabı vermektedir: “2010 Anayasa değişikliği sonucu ortaya çıkan yapısal ve işlevsel anlamda yeni Anayasa Mahkemesinin önündeki en önemli meydan okuma, bilhassa bireysel başvuru vasıtasıyla bu paradigma değişimini gerçekleştirmektir” (Arslan, 2015). Bu bildiriden tam üç yıl sonra Başkan hak eksenli yaklaşımın, mahkeme bünyesinde kurumsallaşmaya başladığını şu ifadelerle belirtmektedir:

...Yaklaşık üç yıllık süre içinde Anayasa Mahkemesi bu paradigma değişimini gerçekleştirme yolunda çok önemli mesafe almıştır. Mahkememiz, anayasallık denetimi ve bireysel başvuru yoluyla anayasal ve bireysel adaleti sağlamaya çalışan ve sonuçta temel hak ve özgürlüklerin önemli ölçüde güvencesi haline gelen bir kurum olarak işlev görmeye başlamıştır (Arslan, 2015).

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinden bu çalışma bağlamında en önemli yenilik vatandaşlara bireysel başvuru hakkının tanınmış olmasıdır. Bireysel başvuru Mahkemenin hak temelli bir tutumu benimsemesinde önemli bir araç haline gelmiştir. Arslan’ın ifadesiyle “bugün memnuniyetle ifade etmem gerekir ki, bireysel başvuru anayasa koyucunun belirlediği istikamette özgürlükçü bir paradigmanın temel enstrümanı hâline gelmiştir” (Arslan, 2019). Bireysel başvuru¹⁷ yoluyla gelen şikayetlerin incelenmesinde Mahkemeler doğal olarak bireysel hak ve özgürlükler açısından davayı ele almaktadır.

Bununla birlikte hakimler, bireylerin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanıp kısıtlanmadığını ele alırken, birey ile hak ve özgürlükler açısından şikayete konu olguları değerlendirmektedirler. Bu da Mahkemenin ideoloji temelli yaklaşımdan hak temelli bir yaklaşıma doğru evrilmesinin önemli bir kolaylaştırıcısı olmaktadır. Arslan bir konuşmasında bu konuda şunları ifade etmektedir: “Esasen bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesinin sadece görev alanını genişletmemiş, onun yargısal paradigmasını da değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruyla birlikte bireyi ve onun temel hak ve hürriyetlerini esas alan bir yüksek yargı organına dönüşmüştür. Bu paradigma değişimi Anayasa Mahkemesinin diğer görev

¹⁷ Bireysel başvuru ve insan hakları arasındaki ilişki için bakınız: E. Göztepe, (2011). Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (95), 13-40.

alanlarındaki yaklaşımını da etkilemiştir. Gerçekten de Mahkeme bireysel başvuruda geliştirdiği hak eksenli yaklaşımını norm denetimine de yansıtmıştır” (Arslan, 2019). Arslan bireysel başvuru yoluyla hızlanan hak temelli tutumun norm denetimine dolayısıyla da kanunlara doğrudan yansımaları örneğini de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 286. maddesinin iptali olarak vermektedir. Madde ile istinaf mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmıştır. Mahkeme bu düzenlemenin Anayasa’nın hak arama hürriyetini güvence altına alan 36. maddesine aykırı olduğunu belirterek, ilgili maddeyi iptal etmiştir. Mahkeme başkanının ifadesiyle “daha önceki kararlarında hükmün denetlenmesini talep etme hakkına temkinli yaklaşan Mahkeme” (Arslan, 2019) bu kararıyla bir tutum değişikliğine giderek, hak eksenli paradigmaya uygun bir şekilde bireyin yargısal eksiklikler veya hatalar nedeniyle hakkının ihlal edilmesini önlemeye yönelik bir karar almıştır.

Mahkemenin tutum değişikliğinin temel hareket noktası, Mahkemenin yapısındaki değişiklikler olmakla birlikte, bu tutum değişikliğinin taşıyıcı kolonları bireysel başvuru hakkıyla atılan yeni ve önemli adımlar olmuştur. Mahkeme 2010 değişiklikleriyle kendisine verilen görev çerçevesinde, mikro düzeyde bireysel başvuru sahiplerinin ihlal edilen haklarını iade etmiş, makro düzeyde de içtihat oluşturarak hem yerel mahkemeler için hem de temyiz mahkemeleri için bir içtihat oluşturma yoluna gitmiştir.

Bireysel başvurunun dönüştürücü ilk etkisi, Anayasa Mahkemesinde paradigma değişiminin itici gücü ve temel aracı olmasıdır. Bu paradigma, insanı ve onun hak ve hürriyetlerini önceleyen bir yaklaşımı ifade etmektedir. Doğası gereği Mahkeme üyelerini davaları bireysel hak ve özgürlükler bağlamında değerlendirmeye zorlayan bireysel başvuru “hak eksenli” yaklaşımı zorunlu kılmakta ve Mahkemenin norm denetimini de etkileyerek bu alanda da hak ve özgürlüklere öncelik veren bir yaklaşımın benimsenmesini sağlamaktadır (Arslan, 2016). Bireysel başvurunun diğer bir dönüştürücü etkisi ise uzun dönemde bireysel başvuru karar ve gerekçelerindeki bireysel hak ve özgürlüklere yaklaşımın, birinci derece mahkemeler ve temyiz mahkemeleri tarafından benimsenmesi olacaktır.

Mahkeme bireysel başvuru göreviyle birlikte hak eksenli davranışa geçişi hızlandırmış ve “toplumsallaşmaya başlamış, başka bir ifadeyle topluma ve insanların günlük hayatına temas eden bir kurum haline gelmiştir” (Arslan, 2016). Bu toplumsallaşmaya paralel olarak mahkeme dini, siyasi veya ideolojik kimliklere aşkın bir şekilde yaklaşarak, hak eksenli bir yaklaşımla davaları ve hak ihlallerini incelemiş, bu hak eksenli yaklaşımın sonucu olarak bu çalışmada bahsedilen veya bahsedilemeyen birçok davayı sonuca bağlamıştır. Bunlara temel bir örnek olarak 2010 öncesi içtihatlarında katı bir laiklik anlayışıyla birçok dava sonucunda siyasi partiler kapatmış (Refah ve Fazilet Partileri gibi) görev tanımında olmamasına rağmen anayasa değişikliğini içerik bakımından inceleyip (Başörtüsü ile ilgili anayasa değişikliği iptali gibi) iptal etmiştir

2010 sonrası ise mahkeme daha öncesinde seçici aktivist davrandığı laiklik konusunda artık “özgürlükçü” laiklik tanımını hatırlatmıştır. Kamuoyunda “4+4+4” olarak bilinen Kanun’un anayasallık denetiminde, “toplumda farklı dinlerin, inançların ya da inançsızlıkların bulunduğu” gerçeğinden hareketle devletin toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin inançlarıyla birlikte bir arada yaşayabilecekleri bir siyasal ve hukuksal düzeni inşa etmesi gerektiği” (Arslan, 2016) vurgusuyla mahkeme, hak eksenli yaklaşımın önemli bir örneğini göstermiştir.

Mahkeme başkanı, Mahkemenin “Anayasa’nın öngördüğü anayasal demokrasi anlayışından hareket” ettiğini ve “anayasal demokrasilerin asli amacı(nın) temel hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde korunması” (Arslan, 2016) olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda, Başkan Zühtü Arslan’ın konuşmalarından çıkan sonuç, Mahkemenin ideoloji temelli paradigmadan vazgeçip, hak temelli paradigmayı benimsediğidir. Hak temelli paradigmanın ilk adımı Mahkemenin kendini sınırlama ilkesiyle, Anayasada kendisi için çizilmiş sınırların içerisinde hareket etmesi olmaktadır. Bunun ardından 2010 Anayasa değişiklikleriyle anayasal yargı sistemine dahil edilen bireysel başvuru, hak temelli paradigmaya geçişi hızlandırmış ve bu paradigma daha sonra norm denetimi kararlarına da etki etmiştir.

4.5.1.2 Yüz Yüze Derinlemesine Görüşmeler

İdeolojik eksenli bir yaklaşımdan hak eksenli bir yaklaşıma geçişte başkanın kurum kültürü oluşmasındaki rolü azımsanamaz. Ancak başkanla birlikte diğer hakimler ve davalarda ön inceleme işlemleriyle yetkili raportörler¹⁸ de tutum değişikliklerinin önemli eyleyicileridir. Bu bağlamda, Mahkeme tutumunun analiz edilebilmesi için bir hâkim üye ve iki kıdemli raportörle derinlemesine mülakatlar yapılmıştır. Kurul üyeleri ile davalarda bilgi-belge toplanması ve yürütme ve yasama erkleriyle görüşmeleri de içeren ön inceleme işlemi yapmakla görevli raportörlerde tutum değişikliğinin ne kadar etkili olduğu incelenmeye çalışılmıştır.

Mahkemenin birincil görevi ve tutum değişikliği

Yüz yüze derinlemesine mülakatlarda öncelikle hâkim ve raportörlere “Anayasa Mahkemesinin temel-birincil rolü nedir” sorusu sorulmuştur. Hem hâkim üye hem de raportörler mahkemenin rolünün “anayasal düzeni korumak” olduğunu ifade etmişlerdir. Anayasa mahkemeleri hakkındaki literatürdeki tüm tartışmalara bakıldığında, mahkemelerin kuruluş amaçları ne olursa olsun, *de jure* amaçlarının anayasal düzenin güvence altına alınması olduğu görülebilir. Ancak mahkemelerin tutumlarındaki ayırım bahsedilen *de jure* amaçla değil, kararlarla ortaya konulan şeyin ne olduğudur. 2010 öncesi dava gerekçeleri incelendiğinde, anayasal düzenin güvence altına alınmasıyla, devletin korunması ile bu bağlamda devletin laiklik ve bölünmez bütünlük gibi ilkelerinin kurucu ideoloji çerçevesinde korunması olduğu öne sürülebilmektedir. Görüşülen hem hâkim hem de raportörler anayasal düzenin

¹⁸ 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 26. maddesine göre raportörlerin görevleri şunlardır: (1) Raportörler, Başkan tarafından kendilerine verilen dosyaların ilk ve esas inceleme raporlarını hazırlar ve toplantılara katılırlar; bireysel başvurularla ilgili olarak Kanunda ve İçtüzükte belirtilen görevleri ifa ederler. (2) Başkan tarafından gerektiğinde raportörlere tanık veya uzman dinleme ve benzeri görevler verilebilir. (3) Raportörler Başkan tarafından komisyonlarda görevlendirilebilirler. (4) Raportörler Başkanın izin vermesi koşuluyla üniversitelerde, Türkiye Adalet Akademisinde ve benzeri kurum ve kuruluşlarda ders, kurs ve konferans verebilirler. (5) Kanun, İçtüzük, yönetmelik ya da Başkan tarafından verilen diğer görevleri yaparlar.

korunmasıyla, Anayasa’da güvence altına alınan bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasını anladıklarını ifade etmişlerdir. Görüşülen hâkim üye Mahkemenin görevinin temel bireysel hak ve özgürlüklerin korunması olduğunu ifade etmektedir. Hâkim üye Mahkemenin düzen bekçiliği görevinde olmadığını, ideal olana doğru hareket ederek bireysel hak ve özgürlükleri korumakta olduğunu belirtmektedir:

“Mahkemenin görevi Anayasa’da belirtildiği şekliyle temel insan haklarının korumak, bu bağlamda da Anayasal düzenin korumaktır. Anayasa Mahkemesi var olan düzenin koruyucusudur, ancak bu düzen bir iktidar bağlamında tesis edilmiş bir düzen değil, Anayasa’nın tesis etmiş olduğu düzendir. Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesinde var olan sistemsal düzenin beklentileri doğrultusunda tepkisel yaklaşacağı konularda düzenin bekçiliği yapılmamaktadır. Mahkemenin tutumu ideal olana doğru hareket etmekte, Anayasal düzeni koruyucu bir tutum izlemektedir” (Hakim Üye).

Mahkeme raportörleri de Mahkemenin görevini benzer şekilde tanımlamakla birlikte, mahkemenin paradigmasındaki değişikliğin ipuçlarını da vermektedir. Raportörlere göre Mahkemenin asli görevi, anayasal düzeni, bireysel hak ve özgürlükler bağlamında güvence altına almaktır. Ancak 2010 öncesinde Mahkeme farklı bir davranış sergilemektedir:

“Anayasal düzeni korumaktır. Bunu da norm denetimi yoluyla, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyerek yapmaktadır. Ancak Mahkemenin 2010 sonrasında Anayasal düzene bakış açısı değişti. Anayasal düzeni korumak devletin temel bazı ilkelerini korumaktan, temel hak ve özgürlükleri koruma şekline evrilmiştir. Bu bağlamda, Mahkemenin özellikle 2010 sonrasındaki görevinin temel hak ve özgürlükleri korumak olduğu söylenebilir. Mahkeme hegemonyayı korumadan temel hak ve özgürlükleri koruma tutumuna doğru ilerlemektedir.”

Mahkemenin “anayasal düzenin korunması” ilkesinden ne anladığı, aslında akademisyenlerin tutum değişikliğini ilk analiz edeceği nokta olabilir. 2010 öncesi davaların gerekçelerinin incelendiği bölümün çıktılarını olarak söylenebilecek sonuçlardan biri, Mahkemenin anayasal düzenin korunmasını laiklik ve bölünmez bütünlük ilkesinin güvence altına alınması olarak içselleştirmiş olduğudur. Mahkeme bu iki ilkeyi hegemonik seçkinlerin ideolojileri bağlamında tanımlamış ve bu tanım dışında yer alabilecek yasama faaliyetlerini, Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla iptal etmiş; bu tanım dışında siyasal faaliyetler içine giren siyasal partilerin kapatılmasına karar vermiştir. Ancak görüşme yapılan hâkim ve raportörler “anayasal düzenin

korunması” ilkesinin, Mahkeme için artık farklı bir anlam teşkil ettiğini ifade etmektedirler.

Bu anlam değişikliği Mahkemenin 2010 sonrası bir paradigma değişikliği içine girmesinin öncülü olmaktadır. 2010 öncesi anayasal düzeni korumanın devleti ve hegemonik ideolojiyi koruma anlamındayken, 2010 sonrası gerçekleşen paradigma değişikliğiyle birlikte, anayasal düzeni korumanın anayasada var olan ve evrensel sözleşmelerde garanti altına alınmış bireysel hak ve özgürlüklerin korunması anlamına geldiği söylenmiştir. 2010 öncesinde karşı oylarda görebileceğimiz hak temelli paradigmayı, artık mahkemenin dava gerekçelerinde görebilmekteyiz:

“Mahkeme, başkanın her fırsatta ifade ettiği üzere kendini sınırlama ilkesiyle ideoloji temelli paradigmadan, hak temelli bir paradigmaya doğru ilerlemektedir. Aslında bu tutum çok yeni değil, 2010 öncesinde hak temelli yaklaşımların izlerini görebilmekteyiz. Mahkeme üyeleri arasında her tarihte bu paradigmanın öncül olması gerektiğini düşünenler bulunmaktaydı. 2010 öncesindeki süreçte Mahkeme Başkanı Haşim Kılıç bu yaklaşımın en temel göstergelerinden birisidir. Ancak hak temelli yaklaşımı benimsemiş üyelerin çoğunluğa ulaşması zaman almıştır. 2010 yılındaki Anayasa değişikliklerinin ardından yapılan yeni atamalarla, tutum değişikliği hızlanmıştır (Hakim Üye).

Bu bağlamda raportörler de anayasal düzene bakışın değiştiğini ve hegemonik koruma tutumundan hak eksenli tutuma geçişi yukarda bahsedilen özgürlükçü laiklik tanımı örneğiyle açıklamaya çalışmışlardır. Hakim üye ve raportörler, mahkemenin anayasayı, devleti ve devletin erklerinin korunmasından vazgeçmediğini; fakat davranış değişikliğiyle bu tanımlara farklı bir şekilde yaklaşıldığını; davanın odak noktasına birey ile bireysel hak ve özgürlüklerin konulduğunu söylemişlerdir. Hâkim üyeye göre devleti korumaktan da vazgeçilmemeli ancak hakların korunması odak noktada olmalıdır: *“Mahkeme ifade özgürlüğü konusunda öncü olmalıdır. Önceleri devletin/ideolojinin korunması ile hakların korunması arasında denge iyi yapılmamıştı”* (Hakim Üye). Raportörler ise ortak olarak devleti korumanın artık ideolojiyi korumaktan daha fazla bir anlam içerdiğini belirtmişlerdir.

Görüşülen kıdemli raportör ise tutum değişikliğinde mahkemenin meşruiyet kaybetmesinin de bir rolü olduğunu ifade etmektedir. Bu çalışma bağlamında da

gerekçeli kararının incelendiği 367 kararı, Mahkemeyi o yıllarda son derece tartışmalı hale getirmiştir. Raportör bu karara atıfla şunları ifade etmektedir:

“Özellikle 367 kararından sonra, Mahkeme toplum gözündeki meşruiyetini kaybettiğini düşünerek, tutumunda değişikliğe gidiyor. 2010 Anayasa değişiklikleriyle bireysel başvuru düzenlemesi ve heyetin yeni yapısı bu değişikliği daha da ön plana çıkarıyor. Mahkeme devleti/ideoloji korumaktan hak ekseni korumaya doğru ilerliyor.” (Raportör I)

Hakim üye *“Bugün itibarıyla Anayasa Mahkemesi temel insan haklarını koruyucu bir tutum içerisine girmeye başlamıştır”* (Hakim Üye) ifadelerini kullanırken, Mahkemenin bireysel hak ve özgürlükler konusunda öncü olması gerektiğini ifade etmektedir.

Aktivist tutum

Mahkemenin tutum değişikliğinin bir başka boyutu da mahkemenin paradigma değişikliğinin yanında aktivist tutumdan vazgeçerek, kendi sınırları içerisinde hareket etmesidir. 2010 öncesi dava gerekçeleri analizlerinde sıklıkla gördüğümüz şekliyle Mahkeme, birçok konuda aktivist tutum sergileyerek, hegemonik seçkinlerin ideolojilerini koruma amacıyla hareket etmektedir. Ancak 2010 sonrasında mahkeme kendini sınırlama yoluna gitmektedir. Mahkemenin hâkim üyesinin ifadeleriyle *“Yargısal aktivizm devletin korunması açısından önemli bir araç haline gelmişti. 2010 sonrasında özellikle yeni başkanla birlikte, mahkeme aktivist tutumdan vazgeçerek, self-restrain (kendini sınırlama) tutumu içerisine girmektedir”* (Hakim Üye).

Buna ek olarak, bu görevi yaparken aktivist tutumdan kaçındıklarını; fakat çok nadir de olsa, bireysel hakların geri dönülmez zararlarını ortaya çıkarabilecek durumlarda, AİHM içtihatları çerçevesinde aktivist tutum izleyebildiklerinden bahsedilmiştir. Görüşülen hâkim üye, Mahkemenin bireysel hakları korumak adına aktivist tutum sergileyebildiğini, bu şekilde devleti/ideolojiyi koruma paradigmasından bireysel hak ve özgürlükleri koruma paradigmasına geçiş yaptığını ifade ederek, Mahkemenin hem prestijinin hem de meşruiyetinin bu kararlarla yükseldiğini de ifade etmektedir.

Raportör ise Mahkemenin aktivizmden kaçındığını, istisnai kararlarda ancak aktivist tutum izleyebileceklerini belirtmektedir; raportöre göre yine de her aktivist tutum Mahkemenin meşruiyetini tartışılır hale getirerek, alanını daraltmaktadır (Raportör II). Diğer raportör, yargısal aktivizmin Mahkemenin önündeki en zor durum olduğunu ifade etmektedir. *“Aktivist tutum aslında Mahkemenin en zor alanı, çünkü dengeyi tutturmak çok önemli. Bazen toplumsal taleplere karşı kararlar da alınabiliyor, Can Dündar kararı gibi. Bununla birlikte yine de aktivist tutum devleti/ideolojiyi korumak yerine hak ve özgürlükleri korumaya yöneliyor”* (Raportör I). Bazı davalarda aktivist kararlar almamak, bireysel hak ve özgürlüklerin geri dönülmeyecek şekilde ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Bu çalışma bağlamında 2010 sonrasında alınan twitter.com ve YouTube kararlarında mahkemenin iç hukuk yolları tükenmeden bireysel başvuruyu işleme alıp, karar tesis etmesi bu aktivist tutuma bir örnektir. Bu konuda bir raportör şunları ifade etmektedir:

“Yargısal aktivizm ise çok sınırlı hale geliyor. Bireysel başvuru alanı aslında aktivizme çok alan açıyor, ancak Mahkeme aktivizmden kaçınıyor. Twitter ve youtube kararları gibi çok nadiren aktivist tutum sergiliyor. Zaten bu kararlar istisnai kararlar. Mahkeme bu kararlarda aktivist davranmak durumundaydı, zira yasakların mahkeme tarafından kabul edilmesi bireysel hakların kaybolmasına ve hem bireysel başvurunun hem de mahkemenin meşruiyetinin sorgulanmasına neden olacaktı” (Raportör II).

Görüşme yapılan hakim ve raportörlerin ortak olarak ifade ettiği şekliyle mahkemenin hegemonik koruma anlamına gelecek kararlar verdiğinde meşruiyetinin tartışmaya açıldığını, fakat hak eksenli yaklaşımla verdiği kararlar, toplumda beğenilmese de mahkemenin meşruiyeti üzerine bir tartışma yaratmadığından bahsetmişlerdir.

Raportör bu bağlamda yine de Mahkemenin Anayasa ve Anayasa’nın ruhuna göre karar verdiğini, bunun da hak temelli olduğunu ifade etmektedir. Aslında aktivist bir tutum izlemediklerini şu ifadelerle belirtmektedir: *“Sonuçta burası mahkeme ve hukuki sınırlar içinde hareket ediyoruz. Anayasa metni, mevzuat ve Anayasa Mahkemesinin içtihatları en önemli karar dayanaklarımız”* (Raportör II).

Mahkeme başkanı ise hak temelli bir yaklaşımın anayasal sınırlar içerisinde oluştuğunu ifade etmektedir: *“Anayasa Mahkemesinin “hak eksenli” yaklaşımının,*

anayasal sınırlar içinde kalarak ve yargısal aktivizme tevessül etmeden temel hak ve hürriyetleri koruması şeklinde anlaşılması gerekir” (Arslan, 2017).

Kurumsallaşma

Hak eksenli paradigmanın mahkemenin temel yaklaşımı olması için kurumsallaşması gerekmektedir. Bu kurumsallaşma raportörlere sorulduğunda, hak eksenli yaklaşımın kurumsallaşması için hem bireysel başvuruları hem de norm denetimini içeren birçok davanın karara bağlanması gerektiğinden bahsetmişlerdir. Böylece mahkeme eski kararlarına atıf yapabilecek, ideoloji eksenli kararlarla oluşan içtihatların yerine hak eksenli yaklaşımın hakim olduğu yeni içtihatlar üretebilecektir (Raportör I). Diğer raportör ise kurumsallaşma için zamana ihtiyaç olsa dahi bugün bile önemli bir yol aldıklarını ifade etmektedir: *“Karar yazımı önceki kavramlar kullanılmadan yapılıyor. İchtihat birikiyor. Yavaş yavaş hak temelli yeni tutum kurumsallaşıyor”* (Raportör II).

Hali hazırda görevli Mahkeme heyetini hak temelli paradigmayla hareket ettiği öne sürülebilse dahi kurumsallaşma için emsal kararların oluşması, içtihatların birikmesi gibi hukuki zorunlulukların da ortaya çıkması gerekmektedir. Bu bağlamda hak temelli paradigmanın kurumsal olarak garanti altına alındığını söylemek zor olacaktır. Kurumsallaşmanın oluşabilmesi için yaklaşımın şahıslarla sınırlı olmaması gerekmektedir, ancak 2010 yılındaki anayasal değişiklikler sonrası göreve gelen ve hak temelli paradigmayı görünür hale getiren birçok hâkim üyenin 12 yıllık görev süresi 2022 yılında dolacaktır. Bu üyelerin yerine atanacak hakimlerin tutumu hak temelli paradigmanın kurumsallaşması açısından çok önemli olacaktır. Görüşülen hâkim üyeye göre yeni atamalarla birlikte, oluşturulmaya çalışılan hak eksenli yaklaşım devam ettirilebilir, hızlandırılabilir veya yavaşlatılabilir; fakat bu süreçten sonra hak eksenli yaklaşımdan ideoloji eksenli yaklaşıma dönüşüm çok zor olacaktır.

Hem hakim üye hem de iki raportör Başkanın paradigma değişimine çok önem verdiğini ifade ederek, Başkanın akademik görüş ve ifadelerinin hak temelli paradigmanın kurumsallaşması için önemli olduğunu belirtmişlerdir:

Mahkeme başkanının da rolü çok önemli bir durumdadır. Zühtü Arslan her konuşmasında bu paradigma değişikliğini vurgulamaktadır. Bu da hem heyette hem de raportörlerde değişen paradigma lehinde bir tutuma işaret etmektedir. Bizlere bu konuda hareket ettiğimize dair önemli işaretler veriyor, toplantılarda bunu sıklıkla dile getiriyor (Raportör II).

Diğer raportör ise kurumsallaşmanın risk altında olduğunu vurgulayarak Başkanın kimliği ile diğer üyelerin bireysel özelliklerinin tutum değişikliğinin kurumsallaşması adına önemli olduğunu ifade etmektedir (Raportör I).

Görüleceği gibi, yapılan yüz yüze derinlemesine görüşmelerde, ideoloji eksenli yaklaşımdan hak eksenli yaklaşıma geçişin mahkemenin her katmanında olduğu ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin, 2010 sonrası yazılan kararlara ve gerekçelere bakıldığında başkanından, üyesine ve raportörüne kadar bir yaklaşım değişikliğine gitmekte olduğu söylenebilir. Ancak bu paradigmanın kurumsallaşabilmesi için öncelikle içtihat birikimini sağlayacak kararların alınması ve yeni atamaların Mahkemenin yeni oluşan hak temelli paradigmasına uyum sağlaması gerekecektir.

Bireysel başvurunun etkisi

Hem 2010 sonrası dava gerekçelerinin analizinde hem de Başkanın konuşmalarının yorumlayıcı analizinde bireysel başvurunun hak temelli paradigmaya geçişteki önemi görülebilmektedir. Görüşülen hâkim üye de bireysel başvurunun hak temelli paradigma için önemli olduğunu ve hızlandırıcı bir etki yaptığını ifade etmekle birlikte, tutum değişikliğindeki temel nedenini zihniyetteki değişim olarak görmektedir. Hakim üyeye göre;

Bireysel başvuru doğası gereği insan haklarının ihlali konusunda şikayetleri içerdiği için, Mahkemenin hak temelli bir yaklaşıma doğru kaymasında önemli etkiler yapmıştır. Ancak bireysel başvuru düzenlemesi olmasaydı dahi bu kayma olacaktı, fakat bireysel başvuru bu süreci hızlandırmıştır; bununla birlikte konuyla ilgili insanların bu kaymayı fark etmesini sağlamıştır (Hakim Üye).

Görüşülen raportör de aynı bağlamda şunları belirtmektedir:

Bireysel başvurular burada çok önemli bir konumdadır. Bireysel başvurular temel hakların ihlali şikayetini içerdiği için, Mahkeme heyeti bu davaları incelerken sürekli hak eksenli düşünmek durumunda kalıyor. Bu birincil olmasa da önemli bir etkiye sahip. Hak eksenli düşünmeye başlayan heyet, bu düşünce yapısını bireysel başvuru davalarından ileriye götürerek, norm denetimi davalarına da taşıyabilmektedir. Kadının soyadı ve MİT davasında olduğu gibi... (Raportör I).

Görüşülen diğer raportör de (Raportör II) norm denetiminin bireysel başvuru davalarına göre sayısal olarak çok az olduğunu, norm denetimi davalarının doğası gereği bireysel hak ve özgürlüklerle ilgili olmak zorunda olmadığını belirterek, mahkeme önüne gelen binlerce bireysel başvuru dosyasında kabul edilenlerin tamamının bir hak ihlali içermesinden dolayı, hak temelli paradigma sergilemeyi kolaylaştırdığını ifade etmektedir. Kısacası, bireysel başvurunun hak temelli paradigmaya etkileri olumlu olmakla birlikte, bu paradigmanın başat aktörü, bireysel başvuru değildir. Bireysel başvuru hak temelli içtihatların birikmesi, Mahkeme üyelerini hak temelli düşünmeye yönlendirmesi gibi etkilerle hak temelli paradigmanın norm denetimine de daha hızlı bir şekilde yansımaya olanak sağlamaktadır.

Ulusal ve uluslararası konjonktür

Mahkemeler hem yargısal hem siyasal hem de toplumsal bir bütünün parçası olarak bu bütünden bağımsız hareket edemezler. Bu bağlamda uluslararası ve ulusal konjonktürün Mahkeme kararlarında, dolayısıyla Mahkemenin paradigma değişikliğinde önemli bir yeri olduğu ileri sürülebilir. Avrupa Birliği üyeliği, AİHM kararları gibi uluslararası konjonktür ile PKK, DAESH ve Fetullahçı terör örgütleriyle mücadele gibi ulusal konjonktür, paradigma değişikliği için önemli birer etmen olabilmektedir.

Görüşülen hâkime göre Mahkemenin paradigma değişikliği uluslararası konjonktürden olumlu şekilde etkilenmektedir:

Ulusal ve uluslararası konjonktür açısından, örneğin AB çıpası parti kapatılmasını zorlaştırdı. Mahkeme AİHS maddeleri ve AİHM içtihatlarına göre de karar vermektedir. Bu bağlamda uluslararası konjonktür mahkemenin almış olduğu

kararlar için olumlu yönde etki etmektedir. Konjonktür kararlarımızı etkilememekte, ancak desteklemektedir (Hakim Üye).

Görüşülen raportör ise AB adaylık süreci gibi uluslararası konjonktürle Mahkemenin paradigma değişiminin paralel şekilde ilerlediğine vurgu yaparak şunları söylemektedir: “*Bununla birlikte uluslararası konjonktür (AB üyelik çıpası vb) Mahkemenin tutum değişikliği paralelinde ilerlemektedir. Bazı noktalarda AİHM içtihatlarına atıfla kararlarımızı desteklemekteyiz. Ancak bazı noktalarda AİHM önüne geçmekteyiz. Yargılanmanın yenilenmesi gibi konularda...*” (Raportör II).

Mahkeme hak temelli paradigmayla hem norm denetimine hem de bireysel başvuru davalarına yaklaşırken AİHS ile AİHM içtihatlarına sıklıkla atıf yapmaktadır. Özellikle twitter.com ve YouTube bireysel başvuru davalarının gerekçelerinde görüleceği üzere iç hukuk yollarının tüketilmesi beklenmeden, davaların görüşmeye alınması AİHM içtihatlarına göre yapılmıştır. Bu durum da uluslararası konjonktürün hak temelli paradigma üzerindeki kolaylaştırıcı etkisinin bir örneğini teşkil etmektedir.

Ulusal konjonktür ise Mahkemenin kararlarını verirken halktan gelecek tepki ve Mahkemenin ulusal meşruiyeti için önem arz etmektedir. Daha önceki bölümlerde gerekçeli kararı analiz edilen terör örgütü ele başı Abdullah Öcalan’ın kitabının toplatılmasının bir hak ihlali olduğu kararı, görüşülen hâkim tarafından da bu paradigma değişikliğine örnek olarak gösterilmiştir. Derinlemesine görüşmede, hakime bu kararın çözüm sürecinde olduğu ve başka bir konjonktürde aynı kararı verip veremeyeceği sorulduğunda, hakim konjonktürden etkilenmemelerinin mümkün olmadığını, fakat “10 şehit haberi gelse bile” bu kararı vereceklerini, fakat kararı topluma anlatmakta zorluk çekeceklerini ifade etmiştir:

Konjonktür teorik olarak etkilenmemeli, ancak hepimiz insanız. Televizyonda, gazetelerde 10 şehit verildi haberi dolaşırken bundan etkilenmemek mümkün değil. Toplumu etkileyecek bir şehit haberi olsaydı, kararın lehte ve aleyhte oy sayıları değişebilirdi ama sonuç değişmezdi. Bununla birlikte karar açıklamanın birkaç gün ertelenmesi de gündeme gelebilirdi. Çünkü kamuoyuna bunları anlatmakta zorluk çekebiliyoruz. Yine de mahkeme için çözüm süreci veya savaş süreci fark etmiyor (Hakim Üye).

Bu bağlamda görüşülen raportör de Can Dünder kararında toplumda ve siyasette yaşanan konjonktüre paralel olarak karar yazılmadığını, temel olarak hak ihlaline atıf yapılarak karar verildiğini belirtmiştir (Raportör I).

Görüşülen mahkeme üyesi toplumun mahkemeyi değil mahkemenin toplumu etkilemesi gerektiğini ifade etmektedir:

Toplumsal talepler konusunda ise mahkemeyi farklı bir konuma yerleştirmek gerekmektedir. Mahkeme hem toplumun içinde hem de dışında olmak zorundadır; ancak toplumun önünde de yer almalıdır. Bu bağlamda toplum mahkemeyi etkilememeli, ancak mahkeme topluma yön vermelidir. Kısacası mahkeme toplumsal taleplerden etkilenmez (Hakim Üye).

Görüşülen raportör ise Mahkemenin bir motor fonksiyonu yerine getirerek toplumsal değişimi sağladığını şu şekilde ifade etmektedir:

Burası bir yargı organı. Mahkeme olarak kamuoyu doğrultusunda karar vermek doğru değil. Doğal olarak çevremizdeki olaylardan etkilenmekteyiz. Mahkeme hem toplumsal değişim hem de bizzat bu toplumun bir parçası. Ancak burada mahkeme motor fonksiyonu yerine getiriyor. Mahkeme toplumdan etkilenmek yerine toplumu etkilemektedir (Raportör II).

Görüleceği üzere görüşülen hakim ve iki kıdemli raportöre göre Mahkeme öncelikle Anayasal düzenden ne anladığını değiştirerek, Anayasayı korumanın artık devleti veya hakim ideolojiyi koruma anlamına değil, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması anlamına geldiğini ortaya koymaktadırlar. Anayasal düzeni korumakla görevli Mahkeme, anayasal düzenle bireysel hak ve özgürlükler düzenine atıf yaptığında, doğal olarak Mahkeme hak temelli bir paradigmaya yönelmektedir. Mahkeme 2010 öncesindeki anayasal düzen algısını değiştirerek, dolayısıyla bir tutum değişikliğine gitmiştir. Hak temelli paradigmayı benimseyen Mahkeme 2010 öncesinde sıklıkla gösterdiği aktivist tutumdan da vazgeçerek, Anayasa ile sınırlanan oyun alanında hareket etmeye başlamıştır: ideoloji temelli yaklaşımdan hak temelli yaklaşıma; yargısal aktivist tutumdan kendini sınırlayıcı tutuma geçiş sağlanmıştır. 2010 anayasal değişikliklerle anayasa yargısının görev alanına giren bireysel başvuru sistemi de hak temelli paradigmaya geçişi hızlandırmakla birlikte, bu paradigmanın tek başına belirleyicisi değildir.

Hak temelli paradigma önce bireysel başvuru davalarında görülmekle birlikte, Mahkeme bu tutumu norm denetimi kararlarında da göstermeye başlamıştır. Görüşmelere göre hak temelli paradigmanın kurumsallaşması için farklı konularda daha fazla kararın ortaya çıkması, içtihatların oluşması gibi zorunluluklar bulunmaktadır. Bu zorunluluklara erişmek için Mahkemenin kısa olmayan bir süreye ihtiyacı bulunmaktadır. Kurumsallaşmanın diğer bir etkeni ise bu süreçte yaşanacak olan atamalar ve bu atama süreçlerinde atanacak hakimlerin hak temelli paradigmaya nasıl uyum sağlayacaklarıdır. Bu noktada ise şu anki Başkan başta olmak üzere hakim üyelerin akademik ve hukuki duruşları ile kişisel özellikleri önemli bir yer teşkil etmektedir.

SONUÇ

Anayasa mahkemesi demokratik geçiş süreçlerinin sonucunda yasama erkinin aşkın olabilecek gücünü sınırlamak amacıyla, genellikle kurucu bir iktidar tarafından tesis edilmiş bir kurumdur. Anayasallaşma sürecinde, iktidar yasamadan yargıya doğru bir kayma yaşamaktaydı. Yargı yetkelendirilmesi olarak da adlandırılabilen bu sürecin görünürdeki temel amacı gerçekten yasamanın yetkilerinin sınırlandırılması mıydı? Bu soru hem siyaset bilimi hem de anayasa hukuku literatürünün temel sorularında bir haline gelmiştir. Bu sorunsaldan yola çıkan bu çalışma Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşu arkasındaki siyasal veya ideolojik duruştan çok, Mahkemenin kararları üzerinden Anayasa Mahkemesinin literatürdeki tartışmalarda nerede konumlandırılabilceğine odaklanmaktadır.

Yargı yetkelendirilmesinin birincil amacı olan yasama ve yürütme erklerinin sınırlandırılması, yeni anayasalcılık akımı olarak adlandırılmıştır. Bu yetkelendirilme, siyasal alanda yargı için yeni bir alan açmaktadır. İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan anayasal denetim, daha sonra küresel olarak genişlemiştir. Yargısal iktidarın genişlemesi, yasama ve yürütme iktidarının genişlemesiyle ortaya çıkabilecek bireysel hak ve özgürlüklerin sınırlanması gibi bazı önemli sorunları ortadan kaldırmaktadır. Bu bağlamda demokratik geçiş süreçlerini yaşayan ülkeler, demokrasi öncesi yaşanan yürütme ve/veya yasamanın aşkın güç kullanımını sınırlamak amacıyla bu iktidarlara sınırlayacak bir organ tesis etme gereği duymuşlardır. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları, Sovyet Rusya'nın yıkılması gibi küresel etkisi olan bazı olaylar da anayasal denetimin küresel yayılmasını hızlandırmıştır. Anayasal denetim yoluyla yürütme ve yasamayı sınırlayacak yetkelere sahip bir yargı erki, demokratikleşmenin ve siyasal iktidar paylaşımının doğrudan bir ürünüdür. Anayasal denetim iktidarın merkezileşmesi ve aşkın kullanımını engelleyebilecek bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasal denetim bu

bağlamda hem demokratikleştirmeyi hızlandırmakta hem de demokratikleşme ile gç kazanabilmektedir. Ancak yargının siyasal alanda bahsedilen yetkelendirme yoluyla geniş bir alan kazandığı da göz ardı edilmemelidir.

Yargısal yetkelendirme bu bağlamda siyasetin yargısallaşması, yargısallaşma, yargıçlar devleti gibi teorik kavramlaştırmalarla adlandırılmaktadır. Bu çalışma çerçevesinde siyasetin yargısallaşması kavramı kullanılmaktadır. Siyasetin yargısallaşması, mahkemelerin yetki alanlarının genişleyerek, yasama ve yürütme erklerinin yetki alanlarıyla kesişmesi; ya da karar alma süreçlerindeki siyasal hakların yargı organına aktarılması olarak tanımlanabilmektedir. Siyasetin yargısallaşması hem demokrasinin ve sivil-liberal hakların bir zaferi olarak hem de yargının siyasal alana meşru olmayan bir müdahalesi olarak kabul edilebilmektedir. Bu çalışma kapsamında ise siyasetin yargısallaşması, yargı yetkelendirilmesi, yargısal aktivizm gibi kavramlar değer bağımsız kavramlardır. Bu kavramlar iyi/kötü, olumlu/olumsuz, devlet için/birey için gibi dikotomilerden bağımsız olarak, sadece Mahkemenin vermiş olduğu kararlar üzerinden analizi için kullanılmaktadır. Bu çalışma çerçevesinde öne sürüldüğü şekliyle, Mahkeme 2010 öncesi ve sonrası siyasetin yargısallaşması bağlamında farklı paradigmlar benimsemektedir. Bu paradigmların yukarıda bahsedilen dikotomilerden hangisinden taraf olduğu, çalışmadan bağımsızdır; okuyucuya bırakılmıştır. Bu nedenlerle, çalışma Anayasa Mahkemesinin almış olduğu kararlar üzerinden siyasetin yargısallaşmasının ülke demokratik yaşamına ne şekilde etki ettiğini analiz etmeye çalışmaktadır.

Anayasal denetimin uygulayıcısı olarak anayasa mahkemeleri, siyasal karar alma süreçlerinin bazı durumlarda son onay organı olabildikleri için yasama süreçlerinden ari tutulamazlar. Bu nedenle anayasa mahkemelerini siyasal stratejik oyun alanından ayırarak anlamak, görüntünün eksik resmedilmesi olacaktır. Bu bağlamda anayasal denetimin ortaya çıkış süreçleri ve anayasal denetimi tesis eden siyasal ortamlar da değerlendirilmeye katılmalıdır. Anayasal denetimle yetkilendirilmiş mahkemeler sadece salt anayasal denetim yapan iktidarı değil, aynı zamanda kendini tesis eden siyasal alanı da şekillendirmeye yetkin bir kurum haline gelmektedir.

Anayasal denetim bir taraftan demokrasi ve hukukun üstünlüğü için olmazsa olmaz bir kurum, aynı zamanda da anayasal denetimi tesis eden egemen iktidar için

ideolojik hegemonyasını koruyacak temel bir araç olarak değerlendirilmektedir. Anayasa mahkemelerinin bu çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ortaya konulmaya çalışılan siyasal strateji olarak tesis edilmesi, demokrasiye geçiş öncesi egemenlerin kendi ideolojik hegemonyalarını, seçimler sonrası da sürdürülebilmesine olanak sağlamaktadır. Bu iddia hegemonyayı koruma tezi olarak adlandırılabilir. Bu tez, dünyanın değişik bölgelerinde, farklı zaman dilimlerinde yaşanan siyasal geçiş ve rejim değişiklikleri süreçlerinde anayasal denetimin tesis edilmesine tutarlı bir açıklama sağlamaktadır. Hegemonyayı koruma tezi Türk Anayasa Mahkemesinin tesis edilme süreçlerini de etkin bir şekilde açıklama becerisine sahiptir.

Anayasal denetime, sadece eski iktidar sahiplerinin hegemonyalarını koruyan bir araç olarak bakmak indirgemeci bir yaklaşımı sergilemektedir. Anayasal denetim özü itibariyle yasama ve yürütme erkini sınırlandırdığı için bireyi bu iki erke karşı korumaktadır. Bireylerin temel hak ve özgürlükleri, yasama ve yürütmenin aşkın güç kullanımına karşı bir erk tarafından korunmak durumundadır. Bireysel hak ve özgürlüklerin çerçevesini çizen anayasalar da bizzat yine bu erk tarafından korunmalıdır. Bu bağlamda anayasa mahkemeleri yargı yetkelendirilmesi veya siyasetin yargısallaşması olarak tanımlanan süreçlerle bireysel hak ve özgürlüklerin devlet karşısında koruyucusu olabilmektedir.

Bu çalışmanın iki temel hipotezi mevcuttur. Bu iki hipotezden biri Türk Anayasa Mahkemesinin 2010 yılındaki anayasal değişikliklerden önce, özellikle devletin bölünmez bütünlüğü ve laiklik konularında, devletin kurucularının hegemonik iktidarını koruma paradigmasına göre tutum sergilediğidir. İkinci hipotez ise Mahkemenin 2010 anayasal değişikliğinin ardından bir paradigma değişikliğine giderek, bireysel hak ve özgürlükleri koruma tutumunu benimsemesidir. Bu bağlamda çalışma yukarıdaki iki yaklaşımın teorik çerçevelerini ortaya koyarak, Mahkemenin değişik zaman dilimlerinde farklı paradigmalara bu iki yaklaşımı da sergilediğini ortaya koymaya çalışmaktadır.

Bu çalışma kapsamındaki hipotezlerden ilki olan, Mahkemenin 2010 öncesinde devleti/ideolojiyi korumayla bireysel hak ve özgürlükleri koruma paradigması arasında kaldığında, devleti/ideolojiye tercih ettiği hipotezi, 1982 yılları ile 2010 yılları arasında 17 parti kapatma davası, 2 norm denetimi kararı, 1 Anayasa

değişikliğinin anayasa aykırı olduğu kararı ve 1 cumhurbaşkanlığı seçimi iptali (TBMM iç tüzük ihlali) kararı olmak üzere 21 kararın gerekçeleriyle birlikte içerik analiziyle test edilmektedir.

Yukarıda sıklıkla ifade edildiği şekliyle Mahkeme iki konuda seçici aktivist davranıp kendi sınırlarını aşarak, Türk siyasal hayatının oyun alanına müdahalede bulunmaktadır. Mahkeme devletin bölünmez bütünlüğü ilkesini koruma amacıyla 12 siyasal partinin kapatılmasına karar vermiştir. Mahkeme Devlet, Atatürk Milliyetçiliği, Millet, Vatan, Devletin bölünmez bütünlüğü, Devletin ülkesi ve milletiyle birlikte bölünmez bütünlüğü, egemenlik, vatandaşlık, Türkçe Dili, anadilde eğitim gibi siyasal partilerin tartışabileceği, çözüm önerisi getirebileceği kavram ve konularda, birçok siyasi partinin alanını yasaklamıştır; partilerin tüzel kişiliğine son vermiştir. Bu konuda hegemonik koruma yaklaşımının göstergelerinin en önemlisi bu kavramların tanımlanmasıdır. Mahkeme bu gibi kavramların her birini hegemonik ideolojinin ilkelerine yakın şekilde tanımlayarak, bu tanım çerçevesinin dışına çıkan tüm politik faaliyetleri yasaklama yoluna gitmektedir.

Mahkemenin seçici aktivist olduğu diğer konu ise laiklik ilkesidir. Mahkemenin laiklik ilkesini koruma paradigmasını bu çalışma özelinde beş siyasal partinin kapatılmasında görülebilir. Mahkeme bu ilkeyi koruma amacıyla başörtüsüyle üniversitelere öğrenci olarak girilmesini düzenleyen kanunun iptal etmiş, üniversitelerde kılık kıyafetin serbest olduğunu düzenleyen kanunun norm denetimi davasında, kanun maddesini iptal etmeyip, yorum yoluyla gerekçeli kararına başörtüyle üniversitelere girilemeyeceğini belirterek başörtüsü yasağını devam ettirmiş, başörtüsüyle üniversitelere girmeyi serbestleştirecek bir anayasa değişikliğini de Anayasanın değiştirilemez ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme ayrıca doğrudan laiklikle ilgili olmayan, ancak yazında bu şekilde yorumlanan 367 kararıyla da bir cumhurbaşkanlığı seçimini iptal etmiştir.

Türkiye’de 2010 yılına kadar tesis edilen laiklik anlayışı kendine özgü özelliklere sahiptir. Türk hukuk sisteminde net bir laiklik tanımlaması yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile Siyasi Partiler Kanunu gibi bazı yasal metinlerdeki düzenlemeleri laiklik ilkesiyle bağdaştırarak, çok yönlü bir laiklik tanımı ortaya koymaktadır. Bu laiklik tanımı hegemon ideolojinin korunmasına yönelik olarak, dinin ve dini imgeleyen her türlü politik faaliyetin devlet

alanında veya kamusal alanda görünür olmasını engellemekte, dini inançlar sebebiyle ortaya çıkmış talepleri devletin hukuksal düzenine aykırı bulmaktadır. Ancak yine Diyanet İşleri Başkanlığı gibi hegemon ideolojinin en önemli araçlarından biri olan kurumun hukuksal varlığını ortadan kaldırma politikalarını da aynı laiklik tanımıyla laiklik ilkesine aykırı bulmaktadır.

Bu kararlara bakıldığında, Mahkeme siyasi partilerin demokratik toplumun en önemli unsuru olduğunu defalarca ifade etmektedir. Mahkeme bununla birlikte devletin tıpkı bireyler gibi kendilerini içgüdüsel olarak koruma amacıyla tedbirler alabileceğini ve tepkiler verebileceğini belirtmektedir. Mahkeme kendi çizdiği şema çerçevesinde devleti ve siyasi partileri yani bireylerin temsilcilerin iki ayrı uçta konumlandırmaktadır. Bu iki konumlandırma arasında kaldığında ise, bireyi koruma amacıyla değil devletin bölünmez bütünlüğünün korunması temelinde hareket etmektedir. Oysaki toplumsal sözleşmelerin de ortaya koyduğu üzere devletin temel yükümlülüklerinden birisi bireyi korumaktır. Devlet ve birey zaten aynı düzeyde iki kurum değildir. Bireyleri devlete karşı mahkemeler korur; mahkemeler bireyler adına devleti denetler. Aynı zamanda bireyler siyasi partiler yoluyla devleti denetler ve politika yapım süreçlerine katılmaya çalışır. Bu bağlamda Mahkeme kapatma davalarında, devlet birey ilişkisi arasında devlet tarafında yer alarak, kendi ifadesiyle ‘Devlet’i koruma, bu çalışmanın ifadesiyle ise hegemonik ideolojileri koruma görevini yerine getirmektedir.

Bu çalışmanın ikinci temel hipotezi, Türk Anayasa Mahkemesinin 2010 yılında yapılmış anayasal değişiklikler sonrasında bir paradigma değişikliğine giderek bireysel hak ve özgürlükleri koruyan bir tutum sergilemeye başlaması iddiasını içermektedir. 2010-2019 yılları arasında geçmiş olan kısıtlı bir zaman diliminde bir paradigma değişikliği yaşandığını ve bu paradigma değişikliğinin kurumsallaştığını öne sürmek gerçekçi olmayacaktır. Bununla birlikte 2010 anayasal değişiklikleri sonrasındaki önemli davalar incelendiğinde mahkemenin hak temelli bir tutum sergilediğini gösteren çok önemli göstergeler mevcuttur. Aynı zamanda Mahkemenin neredeyse hiçbir davada hegemonik koruma tutumunu sergilemediğini söylemek mümkündür. Kurumsallaşmamış dahi olsa bu paradigma değişikliğinin öncül davaları, bize Mahkemenin hak temelli bir yaklaşıma doğru ilerlediğini göstermektedir. 2010 öncesi devleti/ideoloji koruma paradigmasının en belirgin konularından devletin

bölünmez bütünlüğü ve laiklik konularında Mahkemenin tutum değişikliğini gösteren önemli iki davanın bu çalışma kapsamında içerik analizi yapılmıştır.

2010 öncesinde devletin bölünmez bütünlüğüne aykırı faaliyetleri nedeniyle kapatılan neredeyse her siyasal partinin kapatma nedenlerinden birisi, siyasal partilerin terör örgütü PKK ile ilişkisi olmasıdır. PKK'nin kurucusu ve lideri Abdullah Öcalan Kürt gerçekliği, Kürt Sorunu ve kapitalizm çağında Kürt hareketi, PKK hareketi ve devrimci halkın savaşı, bilimsel sosyalizm bunalımı, büyük komplo ve PKK'nin dönüşümü, PKK, KCK ve demokratik ulus, Orta Doğu bunalımı ve demokratik çağdaş çözüm gibi konulardan oluşan bir kitap yazmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından toplatılmasına karar verilen bu kitap için bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Mahkeme 2010 öncesinde çok net çizdiği devletin bölünmez bütünlüğü kavramlaştırmasının tersi şekilde karar vererek, yazarı bir terör örgütü lideri dahi olsa şiddeti desteklemediği sürece, bir kitabın toplatılmasının bireysel hak ve özgürlüklerin ihlali olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer önemli bir örnek ise Mahkemenin laiklik tanımını değiştirmiş olmasıdır. Mahkeme kamuoyunda 4+4+4 kararı olarak bilinen, ortaöğretim sürelerini düzenleyen yasa değişikliğinin norm denetim sürecinde laiklik kavramını değiştirmiştir. Mahkeme bireysel hak ve özgürlükleri önceleyen bir yaklaşımla kendi ifadesiyle 2010 öncesi içtihatlarında yer alan sert laiklik tanımından 'özgürlükçü' laiklik tanımına geçiş yapmıştır. Mahkemenin 2010 öncesi seçici aktivist paradigmasıyla doğrudan ilişkili olmasa da youtube.com ve twitter.com sosyal paylaşım sitelerinin yasaklama kararının iptal edilmesi hakkındaki kararlar, mahkemenin bireysel hak ve özgürlükleri koruyucu paradigmayı benimsediği yaklaşımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. 2010 sonrası Mahkeme, 2010 öncesi gösterdiği aktivist tutumdan da vazgeçmiştir. Mahkeme vermiş olduğu 367 kararı ardından itibarı ve meşruiyeti üzerine yapılan tartışmaları durdurmaya ve yasallık sınırları içerisinde kalmaya yönelik bir tutum benimsemektedir.

Bu çalışma hipotezlerini test etmek üzere yukarıda bahsedilen dava gerekçelerinin içerik analizleriyle birlikte, bir Mahkeme hâkimi ve iki kıdemli raportörüyle yarı yapılandırılmış yüz yüze görüşmeler (elit görüşme) yapılmıştır. Bununla birlikte mahkeme başkanı Zühtü Arslan'ın çoğu Mahkemenin kuruluş yıldönümü konuşmaları olmak üzere belirli konuşmalarının yorumlayıcı (*interpretive*)

analizi yapılmıştır. Mahkeme başkanı konuşmalarında Mahkemenin aktivist bir tutumdan kendini sınırlayıcı bir tutuma geçtiğini, bunun da demokratik hukuk devleti için olmazsa olmaz olduğunu ifade etmektedir. Başkana göre Mahkeme hak temelli paradigmayı benimsemiş, bireysel başvuru süreci bu paradigmanın hızlandırıcısı olmuştur. Bireysel başvuru kararlarında ilk görünümüleri sergilenen hak temelli paradigma zamanla norm denetimi kararlarına da yansımaktadır. Mahkeme başkanı ideoloji temelli bir paradigmadan hak temelli bir paradigmaya geçişin, 2010 anayasal değişiklikler sonrasına denk geldiğini ifade ederek, bu çalışmanın iki hipotezini de aynı cümlede doğrulamaktadır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sonrasında yaşanan paradigma değişikliği, Mahkeme hakimleri ve davalarda birincil inceleme kurumu olan raportörlerin tutumu ile şekillenmektedir. Bu bağlamda bir Mahkeme hâkimi ve iki kıdemli raportör ile yüz yüze görüşmeler yapılmıştır. Görüşülen hâkim ve iki kıdemli raportöre göre Mahkeme öncelikle Anayasal düzenden ne anladığını değiştirerek, Anayasayı korumanın artık devleti veya hakim ideolojisiyi koruma anlamına değil, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması anlamına geldiğini ortaya koymaktadırlar. Anayasal düzeni korumakla görevli Mahkeme, anayasal düzenle bireysel hak ve özgürlükler düzenine atıf yaptığında, doğal olarak Mahkeme hak temelli bir paradigmaya yönelmektedir. Mahkeme 2010 öncesindeki anayasal düzen algısını değiştirerek, bir paradigma değişikliğine gitmiştir. Hak temelli paradigmayı benimseyen Mahkeme, 2010 öncesinde sıklıkla gösterdiği aktivist tutumdan da vazgeçerek, Anayasa ile sınırlanan oyun alanında hareket etmeye başlamıştır: ideoloji temelli yaklaşımdan hak temelli yaklaşıma; yargısal aktivist tutumdan kendini sınırlayıcı tutuma geçiş sağlanmıştır. 2010 anayasal değişikliklerle anayasa yargısının görev alanına giren bireysel başvuru sistemi de hak temelli paradigmaya geçişi hızlandırmakla birlikte, bu paradigmanın tek başına belirleyicisi değildir. Hak temelli paradigma önce bireysel başvuru davalarında görülmekle birlikte, Mahkeme bu tutumu norm denetimi kararlarında da göstermeye başlamıştır. Görüşmelere göre hak temelli paradigmanın kurumsallaşması için farklı konularda daha fazla kararın ortaya çıkması, içtihatların oluşması gibi zorunluluklar bulunmaktadır. Bu zorunlulukları yerine getirebilmek için Mahkemenin kısa olmayan bir süreye ihtiyacı bulunmaktadır. Kurumsallaşmanın diğer bir etkeni ise bu süreçte yaşanacak atamalar ve bu atama

süreçlerinde atanacak hakimlerin hak temelli paradigmaya nasıl uyum sağlayacaklarıdır. Bu noktada ise şu anki Başkan başta olmak üzere hâkim üyelerin akademik ve hukuki duruşları ile kişisel özellikleri önemli bir yer teşkil etmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi kuruluşundan itibaren sıklıkla juristokrasi ile suçlanmasına neden olan ideoloji eksenli birçok karar vermiştir. Fakat 2010 yılındaki anayasa değişiklikleriyle mahkemenin yapısında geçerli olan birçok değişiklik ve bireysel başvuru hakkı ile mahkeme ideoloji eksenli yaklaşımdan hak eksenli bir yaklaşıma doğru evrildiği söylenebilir. Bu değişiklikler özellikle bireysel başvurular sonucunda mahkemenin vermiş olduğu değişik hak ihlali kararlarında görülebilir. 2019 yılının Eylül ayı itibariyle mahkeme yaklaşık 8038 bireysel başvuruda en az bir hakkın ihlal edildiği kararını vererek¹⁹, çok sayıda hak ihlalinin engellemiştir. Bu kararların bazıları başvuranın popüler kişiliği nedeniyle gündeme gelmiş, toplumda tartışma yaratmış ve değişik kararlarda farklı siyasal kutuplardan farklı tepkiler almıştır. Bu tepkiler ne kadar mahkeme hakkında tartışma açmış olsa da kamuoyuna yansıyan bazı önemli kararlara değişik siyasi kutupların veya partilerin benimsedikleri ve şiddetle karşı çıktıkları birçok dava bulunmaktadır. Mahkeme bir kararında herhangi bir siyasal kutuptan eleştiri alırken, diğer bir kararıyla karşıt siyasal kutuptaki görüşler tarafından eleştiriliyorsa, Mahkemenin belirli bir siyasal ideoloji veya görüşe göre hareket etmediği öne sürülebilir.

Mahkemenin tutum değişikliğinde bireysel başvurunun önemi gözden kaçırılmamalıdır. Bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesinin hak eksenli yaklaşımı benimsemesindeki hızlanma, Türkiye Cumhuriyeti'nin hak ve özgürlükler standardının yükseltilmesine ve diğer tüm yargı sisteminde bu anlayışın yerleşmesinin önünü açacaktır. Bununla birlikte mahkemenin hak eksenli yaklaşımının sadece bireysel başvuru kararlarında olduğunu iddia etmek mahkemeye ve mahkemenin yaşadığı değişime haksızlık olacaktır. Doğası gereği bireysel başvuruların sayısı çok fazladır. Norm denetim davaları ise bireysel başvurulara göre sayıca çok azdır. Buna ek olarak, norm denetimi davalarında mahkemenin hak eksenli yaklaşımını

¹⁹ Bireysel Başvuru hakkında a istatistikleri için bkz.: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/>, erişim tarihi: 03.12.2019

göstermesi, bireysel başvuru dosyalarına göre daha zordur. Zira bireysel başvuru davalarının neredeyse tamamında bir hak ihlali iddiası varken, norm denetiminde bireysel hak ve özgürlükler dava konusu içinde yer almayabilir. Bunlara rağmen, norm denetiminde de mahkemenin hak eksenli yaklaşım sergilediği örnekler görmek mümkündür.

Mahkemenin 2010 sonrası vermiş olduğu hak eksenli kararlar, hem ülkedeki insan hakları standardının yükselmesine hem de evrensel hukuk sisteminin birikimine katkıda bulunarak, mahkemenin hem ulusal hem de uluslararası düzeyde itibarını ve prestijini yükseltmektedir. Bugün itibariyle Mahkeme siyasal iktidarla uyum içinde olmayan tek mahkemedir. Bu durum Mahkemenin duruşunu daha da önemli kılmaktadır. Bu çalışma bağlamında Türk Adalet sistemi hakkında genel bir değerlendirme yapılmamıştır. Türk Anayasa Mahkemesi özelinde bir paradigma değişikliğinin yaşandığı ifade edilmektedir. Bu paradigma değişikliği henüz ne birinci derece mahkemelere ne de diğer yüksek mahkemelere yansımıştır. Mahkemenin henüz başında olduğu paradigma değişikliği, hem Anayasa Mahkemesi'nin hem de diğer yargı organlarının adalet, eşitlik ve insan hakları gibi evrensel değerleri içselleştirmesinin yolunu açacaktır. Ancak bugün itibariyle Mahkemenin özellikle bireysel başvuru kararlarında ortaya koymuş olduğu içtihatlar birinci derece mahkemeleri etkileyememektedir. Başka bir ifadeyle, bu çalışmanın sunmuş olduğu paradigma değişikliği ve Mahkemenin hak temelli yaklaşımı, tüm adalet sistemimize genelleştirilemeyecek bir durumdur. Çalışmanın test ettiği hipotezler sadece Anayasa Mahkemesi için geçerlidir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi 2010 öncesi çokça eleştirdiği ideoloji eksenli yaklaşımdan, 2010 yılındaki anayasa değişikliklerinin getirdiği yapısal reformlarla hak temelli bir yaklaşıma doğru evrilmeye başlamıştır. Bu yeni paradigma hem mahkeme yapısında hem de kararlarında açıkça kendini göstermeye başlamıştır. Buna rağmen hak eksenli yaklaşımın kurumsallaşmasının henüz tamamlandığını söylemek için yeterli zaman geçmemiştir. Mahkeme davranışının değişmekte olduğunu belirten önemli davalar olmasına rağmen, Mahkemelerin davranış biçiminin tamamen dönüştüğünü iddia etmek için daha fazla vakit ve örnek olayların ortaya çıkması gereklidir. Özellikle 2022 yılında yapılacak hakim üye atamalarıyla Anayasa

Mahkemesi'nin yapısı bugün temelleri atılan yeni paradigmanın kurumsallaşması ve konsolide olması için önemlidir.

KAYNAKÇA

- Alkan, H. (2018). *Kurumsalcı yaklaşım ışığında yeni siyasetin analizi: Cumhurbaşkanlığı sistemi*. İstanbul: Liberte Yayın Grubu.
- Alston, P., Bustelo, M. R., & Heenan, J. (Eds.). (1999). *The EU and human rights* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press.
- Alter, J. (2001).
- Arslan, Z. (2002). Conflicting paradigms: Political rights in the Turkish constitutional court. *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, 11(1), 9-25.
- Arslan, Z. (2005). *Anayasa teorisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Arslan, Z. (2008). Anayasa Mahkemesi'nin 'Yorum Tekeli', Yargısal Üstünlük ve Demokrasi. *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, 59-89.
- Arslan, Z. (2015). *Anayasa Mahkemesi'nin 53. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması*, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/1.html>. Erişim Tarihi: 29.11.2019
- Arslan, Z. (2016). *Anayasa Mahkemesi'nin 54. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması*, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/1.html>. Erişim Tarihi: 29.11.2019
- Arslan, Z. (2017). *Anayasa Mahkemesi'nin 55. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması*, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/1.html>. Erişim Tarihi: 29.11.2019
- Arslan, Z. (2018). *Anayasa Mahkemesi'nin 56. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması*, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/1.html>. Erişim Tarihi: 29.11.2019
- Arslan, Z. (2019). *Anayasa Mahkemesi'nin 57. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması*, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/1.html>. Erişim Tarihi: 29.11.2019
- Belge, C. (2006). Friends of the Court: the Republican alliance and selective activism of the Constitutional Court of Turkey. *Law & Society Review*, 40(3), 653-692.
- Bickel, A. M. (1986). *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale: Yale University Press.
- Bork, R. (2002). Taking Fault with New York's Fault-Based Divorce: Is the Law Constitutional. . *John's J. Legal Comment.*, 16, 165.

- Brumberg, D. (2001). Dissonant politics in Iran and Indonesia. *Political Science Quarterly*, 116(3), 381-411.
- Caldeira, G. A., & Gibson, J. L. (1992). The etiology of public support for the Supreme Court. *American journal of political science*, 36(3), 635-64.
- Can, O. (2011). The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d'Etat. *Constitutionalism in Islamic Countries*, 276.
- Cappelletti, M. (1989). *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- Correa Sutil, J. (1993). The Judiciary and the Political System in Chile: The dilemmas of judicial independence during the transition to democracy. *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, 89-106.
- Çelik, A. (2015). *Vesayetten siyasete Türkiye’de sendikacılık (1946-1967)*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Dahl, R. A. (1989). *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- De Tocqueville, A. (1945). Democracy in America, ed. Phillips Bradley. *New York: Knopf*, 2, 154-57.
- Dickson, J. (2008). How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union. *Problema*, vol. 2
- Domingo, P. (2005). Judicialization of politics: The changing political role of the judiciary in Mexico. In *The judicialization of politics in Latin America* (pp. 21-46). Palgrave Macmillan, New York.
- Dotan, Y., & Hofnung, M. (2005). Legal Defeats—Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?. *Comparative Political Studies*, 38(1), 75-103.
- Dworkin, R. (1986). *Law’s empire*. Harvard: Harvard University Press.
- Eisgruber, C. L. (2001). Can Law Schools Teach Values. *USFL Rev.*, 36, 603.
- Elster ve Slagstad, 2012). sorunları anayasalcılık
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press.
- Eskridge Jr, W. N., & Ferejohn, J. (2008-2009). Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review. *Tex. L. Rev.*, 87, 1273.

- Feeley, M. M., & Rubin, E. L. (2000). *Judicial policy making and the modern state: How the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferejohn, J. (2002). Judicializing politics, politicizing law. *Law and contemporary problems*, 65(3), 41-68.
- Ferejohn, John. 1995. "Law, Legislation and Positive Political Theory." J. Banks and E. Hanushek (eds.) içinde. *Modern Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Galleguillos, N. (1998). From confrontation to friendly persuasion: an analysis of judicial reform and democratization in post-Pinochet Chile. *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies*, 23(46), 161-192.
- Garoupa, N. (2008). Providing a framework for reforming the legal profession: insights from the European experience. *European Business Organization Law Review (EBOR)*, 9(3), 463-495.
- Gençkaya, Ö. F., & Özbudun, E. (2009). *Democratization and the Politics of Constitution-making in Turkey*. Budapest: Central European University Press.
- George, A. L. and Bennett, A. (2005). *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*. Cambridge, Mass: MIT Press.
- Gibson, J. L., & Caldeira, G. A. (2003). Defenders of democracy? Legitimacy, popular acceptance, and the South African Constitutional Court. *The Journal of Politics*, 65(1), 1-30.
- Gibson, J. L., Caldeira, G. A., & Baird, V. A. (1998). On the legitimacy of national high courts. *American Political Science Review*, 92(2), 343-358.
- Gillman, H. (2002). How political parties can use the courts to advance their agendas: Federal courts in the United States, 1875–1891. *American Political Science Review*, 96(3), 511-524.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. New York: Cambridge University Press.
- Ginsburg, T. (2008). The Global Spread of Constitutional Review. In Keith Whittington and Daniel Keleman, eds., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2487330>
- Goldstein, J. L., Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. O., & Slaughter, A. M. (Eds.). (2001). *Legalization and world politics*. MIT Press.
- Gözler, K. (2006). Anayasa yargısının meşruluğu sorunu. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61(3), 131-166.

- Göztepe, E. (2011). Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (95), 13-40.
- Graber, M. A. (2006). *Dred Scott and the problem of constitutional evil*. New York: Cambridge University Press.
- Guarnieri, C. (2003). Courts as an instrument of horizontal accountability: the case of latin Europe. *Democracy and the Rule of Law*, 5, 223.
- Guarnieri, C., Pederzoli, P., & Thomas, C. A. (2002). *The power of judges*. Oxford: Oxford University Press, USA.
- Gülener, S. (2017). Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Habermas, J. (1986). Law as medium and law as institution. *Dilemmas of law in the welfare state*, içinde. Berlin: Walter De Gruyter.
- Hakyemez, Y. S. (2009a). Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Hakyemez, Y. S. (2009b). Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Hale, W. (1994). Turkey: A crucial but problematic applicant. *Prospective Europeans. New members for the European Union*, New York, Harvester Wheatsheaf, 113-132.
- Hamilton, A. (1788). *Federalist Papers*. https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp, Erişim Tarihi, 29.11.2019
- Henkin, L. (1990). *The age of rights*. Columbia: Columbia University Press.
- Heper, M. (1992). Consolidating Turkish Democracy. *Journal of Democracy*, 3(2), 105-117.
- Hilbink, E. C. (1999). *Legalism against democracy: the political role of the judiciary in Chile*. San Diego: University of California
- Hirschl, R. (2002). Resituating the judicialization of politics: Bush v. Gore as a global trend. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 15(2), 191-218.
- Hirschl, R. (2004). “ Juristocracy”--Political, not Juridical. *The Good Society*, 13(3), 6-11.

- Hirschl, R. (2004). The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11(1), 71-108.
- Hirschl, R. (2006). The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham L. Rev.*, 75, 721.
- Hirschl, R. (2007). The Courts. *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 40(1), 249-250.
- Hirschl, R. (2008). The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 11, 93-118.
- Insel, A. (2007). Pretoryen Devlet ve Sahipleri. *Birikim (Haziran 2007)*, 17-21.
- Isiksel, T. (2013). Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3), 702-726.
- Jackson, V. C., & Tushnet, M. V. (Eds.). (2002). *Defining the field of comparative constitutional law*. Praeger Publishers.
- Jacob, H., Blankenburg, E., Kritzer, H. M., Provine, D. M., & Sanders, J. (1996). *Courts, law, and politics in comparative perspective*. New Haven: Yale University Press.
- Kanadoğlu, S. (2004). *Alaturka demokrasi*. Ankara: Arkadaş Yayınevi.
- Karpat, K. H. (1988). The Military, the State and Politics. *State Democracy and the Military Turkey in the 1980s*, eds., Metin Heper and Ahmet Evin, Walter de Gruyter, Berlin.
- Kavanagh, A. (2004). Comparative Perspectives on Constitutional Law: Implications for the Human Rights Act 1998. *European Public Law*, 10(1), 161-178.
- Kelsen, H. (1989). *Pure Theory of Law*. Çev. Max Knight. Gloucester, Mass: Peter Smith.
- Klug, H. (2000). *Constituting democracy: Law, globalism, and South Africa's political reconstruction*. New York: Cambridge University Press.
- Kogacioglu, D. (2004). Progress, unity, and democracy: dissolving political parties in Turkey. *Law & Society Review*, 38(3), 433-462.
- Koopmans, T. (2003). *Courts and political institutions: a comparative view*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Korucu, S. (2014). *Yargısal Aktivizm Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kramer, L. D. (2004). *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press.
- Küçük, F. (2019). *Anayasa Yargısının Siyasi Kökenleri ve Demokratik Meşruluğu Sorunu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Kühn, Z. (2006). *The Changing Face of Central European Judiciary: The Judicial Application of Law Under Communism and Its Aftermath* (Doctoral dissertation, University of Michigan Law School).
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1975). The independent judiciary in an interest-group perspective. *The Journal of Law and Economics*, 18(3), 875-901.
- Larkins, C. (1998). The judiciary and delegative democracy in Argentina. *Comparative Politics*, 423-442.
- Luhmann, N. (1985). *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge.
- Magalhaes, P. C. (1999). The politics of judicial reform in Eastern Europe. *Comparative Politics*, 43-62.
- Magalhães, P. C. (2003). *The limits to judicialization: Legislative politics and constitutional review in the Iberian democracies* (Doctoral dissertation, The Ohio State University).
- Mattli, W., & Slaughter, A. M. (1995). Law and politics in the European Union: a reply to Garrett. *International organization*, 49(1), 183-190.
- McDowell L. (1998). Elites in the city of London: some methodological considerations. *Environment and Planning A*. 30: 2133–2146.
- Moravcsik, A. (2000). The origins of human rights regimes: Democratic delegation in postwar Europe. *International Organization*, 54(2), 217-252.
- O'Brien, D. M. (Ed.). (2016). *Judges on judging: views from the bench*. Washington DC: Cq Press.
- Özalp, Y. N. (2018). *Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Özbudun, E. (1983), "State Elites and Democratic Political Culture in Turkey". İçinde Diamond, L. (eds.). *Political Culture and Democracy in Developing Countries*. Boulder: Lynnee Reiner.

- Özbudun, E. (1993). State elites and democratic political culture in Turkey. In *Political culture and democracy in developing countries* (pp. 189-210). Boulder: Lynne Rienner Publications.
- Özbudun, E. (2000). Etkisi bugüne uzanan Osmanlı mirası ve Ortadoğu'da devlet geleneği. *İmparatorluk mirası, Balkanlar'da ve Ortadoğu'da Osmanlı damgası içinde*, İstanbul: İletişim Yayıncılık.
- Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu,” Ergül, Ozan (ed.), *Demokrasi ve Yargı içinde*. Ankara: TBB Yayınları.
- Özbudun, E. (2006). Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika. İçinde *Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Özbudun, E. (2007). Türk anayasa mahkemesinin yargısal aktivizmi ve siyasal elitlerin tepkisi. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62(03), 257-268.
- Özbudun, E. (2008). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbudun, E. (2008). Yeni Anayasa Şart Oldu. *T24*. <https://t24.com.tr/haber/ozbudun-yeni-anayasa-sart-oldu,12903>, Erişim Tarihi: 18 Kasım 2019
- Özbudun, E. (2010). Party prohibition cases: different approaches by the Turkish constitutional court and the European Court of Human Rights. *Democratization*, 17(1), 125-142.
- Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Özbudun, E. (2015). *Social change and political participation in Turkey*. Princeton: Princeton University Press.
- Özbudun, Ergun (2005), “Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı,” *Siyasi Partiler ve Demokrasi içinde*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu).
- Öztürk, F. (2014). Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Peerenboom, R. (2004). Human rights and rule of law: What's the relationship. *Geo. J. Int'l L.*, 36, 809.
- Pildes, R. H. (2004). The constitutionalization of democratic politics. *Harv. L. Rev.*, 118, 29.

- Posner RA. (2008). *How Judges Think*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press
- Powell, H. J. (2008). *Constitutional conscience: The moral dimension of judicial decision*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ramseyer, J. M. (1994). The puzzling (in) dependence of courts: A comparative approach. *The Journal of Legal Studies*, 23(2), 721-747.
- Romano, C. P. (1998). The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, 31, 709.
- Roosevelt, K. (2006). *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press.
- Ryssdal, R. (1981). The Relation between the Judiciary and the Legislative and Executive Branches of the Government in Norway. *NDL Rev.*, 57, 527.
- Sager, L. G. (2008). *Justice in Plainclothes: a theory of American constitutional practice*. New Haven: Yale University Press.
- Sancar M., ve Atılgan, E. Ü. (2009). *Adalet Biraz Es Geçiliyor: Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar*. İstanbul: TESEV Yayınları.
- Sarıbay, A. Y. (2008). Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı. *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, 2, Ed. Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Ece Göztepe. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 383-397.
- Scheingold, S. A. (1974). The Politics of Rights: Lawyers. *Public Policy, and Political Change*. New Haven: Yale University Press.
- Schwartz, H. (2000). *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- Segal, J. A., & Cover, A. D. (1989). Ideological values and the votes of US Supreme Court justices. *American Political Science Review*, 83(2), 557-565.
- Shambayati, H. (2002). The guardian of the state: The Turkish Constitutional Court in comparative perspective. In *annual meeting of the American Political Science Association, Boston, MA (August)*.
- Shambayati, H. (2004). Judicial Review in Unconsolidated Democracies. In *Annual Meeting of the Midwest Political Science Association. Chicago, IL*.
- Shambayati, H. (2008). Courts in semi-democratic/authoritarian regimes: The judicialization of Turkish (and Iranian) politics. In *rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes* (pp. 283-303). Cambridge: Cambridge University Press.

- Shapiro, M. (1999). The success of judicial review. In *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective* (pp. 193-219). Palgrave Macmillan, London.
- Shapiro, M., & Sweet, A. S. (2002). *On law, politics, and judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- Sieder, R., Cepeda Espinosa, M. J., Schjolden, L., & Angell, A. (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan US.
- Slaughter, A. M. (1999). Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, 40, 1103.
- Smithey, S. I., & Ishiyama, J. (2000). Judicious choices: designing courts in post-communist politics. *Communist and Post-Communist Studies*, 33(2), 163-182.
- Stephen M.. Griffin. (1996). *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press.
- Stone Sweet, A. 2000. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Sweet, A. S. (1999). Judicialization and the Construction of Governance. *Comparative Political Studies*, 32(2), 147-184.
- Sweet, A. S., & Brunell, T. L. (2004). *The judicial construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Tate, C. N., & Vallinder, T. (Eds.). (1995). *The global expansion of judicial power*. NY: NYU Press.
- Tribe, L. H. (2008). *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Turhan, M. (2007). Anayasanın hak temelli yorumu ve anayasa yargısı. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62(03), 379-404.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Tushnet, Mark. 2003. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Ulaş, H. B. (2004). Anayasa Mahkemesi Üyeliği. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 315-347.

Vanberg, Georg. (2005). *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press.

Weiler, J. H. (1994). A quiet revolution: The European Court of Justice and its interlocutors. *Comparative political studies*, 26(4), 510-534.

Weiler, J. H. (1999). *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor?* Cambridge: Cambridge University Press.

Whittington, K. E. (2007). Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in US History. *Political Foundations of Judicial Supremacy*. NY: Cornell University Press.

Yazıcı, Serap. (2009). *Demokrasi Sürecinde Türkiye*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Zuckerman, H.A. (1972) Interviewing an ultra-elite. *The Public Opinion Quarterly* 36: 159–175.

Zurn, C. F. (2007). *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. New York: Cambridge University Press.

Zürcher, E.J. (2004). *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*. İstanbul: İletişim Yayınları.

Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası,
<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, Erişim Tarihi: 25.11.2019

Türkiye Cumhuriyeti 1981 Anayasası, Değişiklikleriyle Birlikte,
<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf>, Erişim Tarihi: 25.11.2019

6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr> > MevzuatMetin > 1.5.6216.pdf, Erişim Tarihi: 25.11.2019

5397 Sayılı Elektronik İletişim Kanunu, <https://www.resmigazete.gov.tr> > eskiler > 2005/07, Erişim Tarihi: 25.11.2019

648 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu, <https://www.resmigazete.gov.tr>/arsiv/12050.pdf, Erişim Tarihi: 25.11.2019

2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu,
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf>, Erişim Tarihi: 25.11.2019

EK1. BÖLÜNMEZ BÜTÜNLÜĞE AYKIRILIK GEREKÇESİYLE KAPATILAN SİYASİ PARTİLER					
SİYASİ PARTİ	KARAR NO	ESAS NO	RESMİ GAZETE TARİHİ	ERİŞİM LİNKİ	ERİŞİM TARİHİ
TÜRKİYE BİRLEŞİK KOMÜNİST PARTİSİ	1991/1	1990/1	28.01.1992	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/248ec46f-8504-42de-8bf1-87fdb80cb8b7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
SOSYALİST PARTİ	1992/1	1991/2	25.10.1992	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e06def87-87b8-44e3-8e1f-af0848c15f45?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
HALKIN EMEK PARTİSİ	1993/1	1992/1	18.08.1993	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/3efe4383-c209-43aa-b512-2da93020a71b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
ÖZGÜRLÜK VE DEMOKRASİ PARTİSİ	1993/2	1993/1	14.02.1994	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/291e1a3d-8ab6-4fd1-b74d-4101763259a1?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
SOSYALİST TÜRKİYE PARTİSİ	1993/3	1993/2	9.08.1994	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c5c00378-fd04-4bf8-b6e0-f684a57846a5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
DEMOKRASİ PARTİSİ	1994/2	1993/3	30.06.1994	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/68992747-a31d-4797-bc8a-88277e2fbf58?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
SOSYALİST BİRLİK PARTİSİ	1995/1	1993/4	22.10.1997	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/925c5b6b-15ce-4f55-9dcf-6914b410a2c2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019

DEMOKRASİ VE DEĞİŞİM PARTİSİ	1996/1	1996/1	23.10.1997	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/869ac8a8-fb4c-4924-a1d3-29f1ff0d0496?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
EMEK PARTİSİ	1997/1	1996/1	26.06.1998	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f0783b6e-e791-4cd3-b6dc-e734fd6f8b39?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
DEMOKRATİK KİTLE PARTİSİ	1999/1	1997/2	22.11.2001	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6474e6a8-81eb-41dc-bc1e-f132c60f684a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
HALKIN DEMOKRASİ PARTİSİ	2003/1	1999/1	19.07.2003	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/edb5ab7a-0fd0-45ee-b448-d8d6c6795f8c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
DEMOKRATİK TOPLUM PARTİSİ	2009/4	2007/1	31.12.2009	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bcc31b06-16c4-46cf-8c82-e293fbfce13e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019

EK 2. LAİKLİK İLKESİNE AYKIRILIK GEREKÇESİYLE KAPATILAN veya CEZA ALAN SİYASİ PARTİLER					
SİYASİ PARTİ	KARAR NO	ESAS NO	RESMİ GAZETE TARİHİ	ERİŞİM LİNKİ	ERİŞİM TARİHİ
MİLLÎ NİZAM PARTİSİ	1971/1				25.11.2019
HUZUR PARTİSİ	1983/2	1983/2	15.10.1984	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/034016a8-00eb-4288-910a-d4cfce5ac17a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
REFAH PARTİSİ	1998/1	1997/1	9.01.1998	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0acac7b9-4875-4c09-a89d-16336ed73728?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
FAZİLET PARTİSİ	2001/2	1999/2	5.01.2002	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0a6f1734-1ab5-49f7-aea8-77764a0fb3b7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
ADALET VE KALKINMA PARTİSİ	2008/2	2008/1	24.10.2008	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/5664600f-6ce5-4b3b-885f-6a936d14abe2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019

EK 3. ÇALIŞMA KAPSAMINDA İNCELENEN NORM DENETİMİ DAVALARI					
NORM DENETİMİ	KARAR NO	ESAS NO	RESMİ GAZETE TARİHİ	ERİŞİM LİNKİ	ERİŞİM TARİHİ
1. Başörtüsü Kararı	1989/12	1989/1	5.07.1989	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/152e95a6-8e5c-4e9e-ae1a-197acdaefe66?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
2. Başörtüsü Kararı	1991/8	1990/36	31.07.1991	http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f0a825c8-9c1d-4660-bac4-d16991f22d32?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
367 Kararı	2007/56	2007/51	29.11.2007	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a79a05c5-63bf-4eb5-bf80-790f994b6976?highlightText=367&excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019
3. Başörtüsü Kararı	2008/116	2008/16	22.10.2008	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bc06900f-3196-4240-856d-00ebea7b2ff7?excludeGerekce=True&wordsOnly=False	25.11.2019
4+4+4 Kararı	2012/128	2012/65	18.04.2013	http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7936cd4c-49b4-4862-ac87-033fa5c7382d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False	25.11.2019