

**LAİKLİĞİN ANAYASALLAŞTIRILMASI, ALTERNATİF
LAİKLİK YA DA LIBERAL DEMOKRATİK ANAYASACILIK
Türk Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve
Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin "Laikliğe İlişkin Kararlarına"
Eleştirel Bir Bakış**

Veit BADER*

*Çeviren: Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI***

ÖZET

Laikliğin anayasal statüsü ile ilgili son tartışmalarda üç durumu ayırdedebiliyoruz. Birincisi, çoğu liberal demokratik anayasada anayasal laikliğin daha sağlam bir teorisini geliştirerek "laiklik" in yokluğunu aşmaya çalışır. İkincisi "alternatif laiklikler" teorileri geliştirmektedir. Üçüncüsü, bu makalede savunulan, laikliği, "kakafonik" bir kavram olarak anayasal ve yasal terminolojiden bırakmamız ve bunu liberal demokratik anayasacılık ile değiştirmemiz gerektiğini tartışmaktadır. Türk ve Hindistan yüksek mahkemelerinin ele aldığı laiklik davalarının karşılaştırmalı bir çalışmasına dayanan, laikliğin oniki farklı anlamına yer verilen bir analitik sınıflandırma geliştirim. Bu sınıflandırma, sözkonusu örneklerin birbirleriyle ve liberal demokratik anayasaların özü ile bağdaşmadığını göstermektedir. Ayrıca, Türk ve Hint uygulaması bağlamında ilgili kararlar eleştirilmektedir. Özellikle "militan demokrasilerde" laiklik ilkesine yönelik ilgi, liberal ve demokratik anayasal esaslara düşman bir hale dönüşmektedir. Çalışma, anayasa yargısı ve yargısal aktivizm üzerine bazı normatif önerilerle sona ermektedir.

Anahtar kelimeler: Anayasal laiklik, liberal-demokratik anayasalar, anayasa yargısı, takdir yetkisinin sınırları, militan demokrasi

* Bu makale ilk defa Utrecht Hukuk Dergisi'nde (Sayı 6, No 3, Kasım 2010) yayınlandı ve yazarın izniyle Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nde yeniden yayınlandı. Amsterdam (Hollanda) Üniversitesi, Sosyal ve Siyasal Felsefe (İnsani Bilimler Fakültesi) ve Sosyoloji (Sosyal Bilimler Fakültesinde) Emeritüs profesör (profesörlerin üniversite ile akademik bağlarının süresiz devam etmesini de sağlayan unvan), email: V.M.Bader@uva.nl. Kritik yorum ve önerileri için Christian Moe, Ahmet Akgündüz, Yolande Jansen, Bas Schotel, Gunes Tezcur, Asli Bali, Werner Menski ve bu makalenin ilk versiyonunu sunduğum Yeni Delhi, Utrecht ve İstanbul'daki konferanslara katılanlara teşekkür ederim.

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

1) Önsöz

Son zamanlarda sosyal bilimlerden olan laiklik üzerine olan hararetli tartışmalar, sosyal bilimlere, politikaya ve gittikçe de artarak politik teoriye ve de ayrıca yasal teoriye, anayasaya ve karşılaştırmalı anayasaya bulaşmıştır. Genel olarak konuşursak “laik” kelimesini veya laikliği kültürel sözlüğümüzden çıkartabilmek için elbette ki çok geç kalmış olabiliriz. Bununla beraber benim savım (görüşüm) şu ki; bu kavram için daha önce de çokça yapılan çekişmeler (tartışmalar)¹ bana pek inandırıcı gelmiyor. Normatif teorinin amacı için ve özellikle anayasa ve hukuk bilimiyle uğraşan insanlar için, bu makalenin odak noktasında (makalede) laikliğin tüm normatif kavramlarının liberal demokrasi² adına kaldırılmasını öneriyorum. Çünkü konuları laiklik ve laiklik alternatifleri ile ele almazsak ahlaki ayrılıkların daha rahat üstesinden gelebileceğimize ve anayasal, yasal, hukuk, kurumsal ve benzeri problemleri daha rahat çözümlenebileceğimize inanıyorum.

Laikliğin anayasadaki durumuna gelecek olursak aynı savı paylaşan üç durumdan bahsedebiliriz (...) en liberal demokrasilerde bile (...) laiklik anayasada ve hukuk biliminde³ tam olarak belirgin ve tanımlı değildir ve anayasal değerlerde tam karşılığı yoktur. Laikliğin hangi anayasal kategoriye dahil olduğu veya altında yatan değer ne olduğu tam olarak belirgin değildir.⁴

Andras Sajo (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'de hâkim ve Budapeşte'deki Orta Avrupa Üniversitesi Profesörü) tarafından canlıca ve sözünü sakınmazca savunulan ilk durum, en liberal demokratik anayasalardaki⁵ laiklik eksikliğini üstesinden gelmeye çalışıyor ve güçlü bir

¹ C. Taylor, “Önsöz, Laiklik nedir?” G.B Levey: Laiklik, Din ve Çoklu-Kültürlü Vatandaşlık, 2009, sf: XI bak: A. An-Na'im, “Devlet İslamcı Olamaz, Laik Olmak Ne Demektir?” Konferans sayfası, 2008, İstanbul Temmuz 6-9, sf. 6-8.

² V. Bader, “Dini Çoğulculuk. Laiklik veya Demokrasiye Öncelik?” 1999 Siyaset Teorisi, sayı 5, sf. 597-633; V. Bader, “Laiklik, Halk Sağduyusu veya Ortalama Kavgacı Demokrasi?”, G.B. Levey & T. Modood (ve diğerleri), Laiklik, Din ve Çoklu-Kültürlü Vatandaşlık, 2009, sf. 110-135.

³ A. Sajo, “Anayasal Laiklik Kavramı İçin Önkoşullar”, 2008 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 6, sf. 617; Bak L. Zucca, “Laik Devlet Krizi – Profesör Sajo'ya Karşılık”, 2009 sayı. 3, sf. 499, 504 sonra gelen kelimeler.

⁴ Bak Sajo 2008, dipnot 3, sf. 621. Bak G. Stopler'in aksi yöndeki görüşü, ‘Batılı Liberal Devletlerdeki Anayasal Laiklik ve Şeriat Mahkemeleri’ Konferans Gazetesi İstanbul, 24-26 Eylül 2009, sf. 4.

⁵ Sadece bir grup azınlıkta kalan anayasalar devletin laik olmasını emreder: Fransa, Polonya, Portekiz, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Meksika, Hindistan ve Afrika'daki birkaç devlet ve Eski Sovyet devletlerinin çoğu (bak. J Temperman, Devlet-Din İlişkileri ve İnsan Hakları Hukuku, yayınlanmamış taslak, Mart 2009, sf. 125 sonradan gelen sayfalar) bu durumlarda Anayasa Mahkemeleri eğer laikliği tamamen yok sayarsa elbette ki zorluklar yaşayacaklardır fakat anayasal

normatif teoriye veya uygulanabilir anayasal laikliğe sahip olmayan çoğu demokrasinin savunmasız anayasalarını güçlü (baskın) dinlerden korunmak için daha dayanıklı bir anayasal laiklik teorisi oluşturarak var olan karmaşayı ortadan kaldırmaya çalışıyor. Anayasa insan aklına (mantığına) ve ulusal egemenliğe dayanır. İlk faktörde insani mantığın görevleri yasalara entegre edilir ve ilahi (tanrıyla ilgili) mantığın kabullenilebilirliği hiçe sayılır. İkinci faktörde ise laiklik dışı tüm yasalar yok sayılır. Bu faktörlerle yönetilen sağlam bir millet kendi devletiyle ilgili hudutları her daim gözetebilir.⁶

İkinci durum ise laikliği tamamen bağlamsallaştırarak⁷ saldırgan, güçlü, hoşgörüsüz, art niyetli, bir tutum yerine pasif, ortalama, yenilikçi, zayıf şeklinde “ılımlı” bir laiklik teorisi ve bunlardan türemiş bir anayasal düzen öneriyor. (Bhargava, Modood, Jacobshon, Shankland-Hurd veya politikada Türk AK Parti)

Üçüncü ve biraz daha radikal olan durumda ise laiklik ve tüm çeşitleri sert bir dille eleştiriliyor veya başka bir deyişle laikliği anayasa terimlerinden çıkarıp yerine liberal-demokratik bir anayasal düzen⁸ yerleştiriliyor.

Benim ana nedenlerim ise: Öncelikle laiklik sadece bariz bir şekilde bulanık⁹, çok yönlü ve tüm diğer temel konularımız gibi kendisi ile çelişen bir konu değil, aynı zamanda bulanık, değişken ve büyük ihtimalle insanı yanlış yöne yönlendirebilecek bir konudur. Eğer biz devlet din ilişkilerini daha az karmaşık bir şekilde tartışabilmek istiyorsak, bunu tüm konuları laiklik lisanında konuşmamalıyız. İkincisi, anayasa ve anayasal hukuk bilimi bu konuları hem haklar ve birinci derece ilkeler cinsinden hem de

değişikliklerin engellenmesine izin verilmemelidir (Türkiye’de olduğu gibi, bak, aşağı) veya bu terimi kullanmadan ne demek istediklerini daha iyi açıklayabilirlerdi ve bunu göstermek istiyorum.

⁶ Sajo dipnot, sf 607, 620 ve 605.

⁷ Sosyal bilimlerde laikliğin kavramsallaştırılması ve laikliğin değişik kavramsal ve normatif kullanışlarının tarihsel ortaya çıkış ve yapısal durumlarını özellikle siyasi projelerde tanımlamak, mukayese etmek ve açıklamak için günden güne gelişen bir araştırma programıdır. (J. Casanova, “Sivil toplum ve Din”, 2001 Sosyal Araştırma, sayı 4, sf. 1041-80)

⁸ Cardozo Hukuk Dergisi’nin son sayılarında yayınladığı yazısının giriş bölümünün sonlarına doğru Michael Rosenfeld, bizim, “dine yapılan anayasal muamelelerin geleneksel kavramaları ve görüşleri” hakkında “yeniden düşünmek ve yeniden üzerinde çalışmak” ve hatta “tamamen bir kenara koyup değiştirmek” zorunda kalacağımızı iddia ediyor. (M. Rosenfeld, “Sempozyum: Dini Diriliş Zamanında Anayasacılık ve Laiklik: Küresel ve Yerel Kökten Dincilik Mücadelesi”, 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6. “Giriş: Küreselleşme ve Dini Diriliş Çağında, Anayasacılık, Laiklik ve Din Barışabilir Mi?” sf. 68) fakat, semptomik olarak hiçbir yazar laikliğin değiştirilmesini hiç düşünmemişlerdir.

⁹ Bak. Sajo dipnot 3, sf. 617 ve 608.

altında yatan değerler (anlamlar) ve ikinci derece ilkeler tarzında bize sunmaktadır.

Üçüncüsü, gerçekten önemli olan konu hükümetlerin modern veya laik olması değil, liberal veya demokratik olup olmamasıdır veya bir diğer deyişle, azınlıkların, liberal azınlıkların, demokratik azınlıkların değerlerini koruyup isteklerini karşılayabilmek için anayasal, kurumsal ve politik kararlar alıp bu kararlara uygun politikalar ve poliçelerle bu kararları desteklemektir. Popüler sistem lisanı teorisine göre, anayasanın gözünde en önemli görüş ayrılığı, laikliğe dindarlık ile değil, liberal ile, liberal olmayan ve demokratik ile demokratik olmayanlar arasındadır. Bu insana laik ve dini rejimler (yönetimler) arası uygunsuzlukları (tatarsızlıkları) ve liberal ve/veya demokratik rejimler arası bağlamsal ve ideolojik farklılıkları araştırma ve saptama fırsatı sunar.

Dördüncüsü, anayasal laiklik kuralları insana inceleme fırsatı tanımaz bunun yerine laikler ve liberal demokratikler arası derin ve ciddi gerilimi görünürde ortadan kaldırır (örneğin Türkiye).

Beşincisi, anayasal laiklik, liberal oluşum ve demokratik oluşum arasındaki yapısal gerilimi gizlemeye meyillidir ve bu ikisi arasındaki hassas yapıyı günden güne çürütür. Özellikle Hindistan ve Türkiye gibi militan demokrasilerde durum daha dikkat çekicidir.¹⁰

Önsözümü bitirirken ahlaki ve politik felsefenin, politika ve yasa teorisinin ve anayasa kanunlarının benim yaklaşımımın nasıl bir araya getirilebileceğini özetlememin uygun olacağını düşünüyorum.

Öncelikle ben ahlaki değerlerden ayrıştırılmış bir teori savunmaktayım.¹¹ Yozlaşmayı, güvenlik (yaşama hakkı, özgürlük, bütünleşmiş bir toplum, şiddete karşı korunma, minimum dava işletim vergileri, saygısızlığa karşı minimum tolerans) ve geçim sıkıntılarını düzenlemeler getirerek ortadan kaldırmayı hedeflemekteyim. Ahlaki değerlerin ve yasal asgariyetin (minimalizm) muhafaza edilmesi, asgari (minimal) hoşgörüyü sahip devletler ve tamamen hoşgörüsüz devletlerin birbirinden ayırt edilmesine yarayabilir. Fakat bu tüm devletlerin liberal veya demokratik olduğu veya olması gerektiği anlamına gelmez. Liberal demokratik ahlaki değerler, çok fazla şey talep etmesine rağmen yine de minimalistdir. Gereksinimleri toplumsal ve politik eşit (adaletli) yasal haklar ve kanun önünde eşitlik,

¹⁰ P. Macklem, "Militan demokrasi, yasal çoğulculuk ve hür irade paradoxu", 2006 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 3, sf. 488-516.

¹¹ Bader, 2007, dipnot 3, bölüm 2.

özgür seçme ve seçilme hakları, politikada iletişim özgürlüğü, modern ayrımcılık karşıtlığı (saygıda eşitlik) hakları ve bireysel tolerans (vicdani özgürlük ve inanç özgürlüğü) haklarıdır. Ayrıca bunlar minimalist ahlaki değerleri çiğnememek koşulu ile ne şartlarda olursa olsun savunulmalıdır. Minimalist veya zayıf liberal demokratik ahlaki değerler, çok daha fazla talepkâr olan eşitlikçi demokratik ahlaki değerlerden farklıdır. Çünkü bu eşitlikçi demokratik ahlaki değerler eşit sosyoekonomik ve adil kültürel haklar ve fırsatlar –adaletli gelir dağılımı ilkeleri ile sosyoekonomik ve politik fırsat eşitliği sağlanması- ve kültürel tek ellilik haklarına sahip olmalıdır. Ayrıca bu talepkâr ütöpik düşünce, ahlaki değerlerin çiğnenmemesi koşuluyla savunulmak ve muhafaza edilmek zorundadır. Ayrıca bu iyi bir yaşam yolu – özerk, seçimlerinde özgür ve şeffaf – ve kültürel ve ruhani seçimlerinde özgürlük gerektiren felsefecilerin kapsamlı ahlaki liberalizm dedikleri şeyden ayrı tutulmalıdır.¹²

İkincisi, bu kısa önsözüm bana liberal demokratik laiklik hakkında yasal ve kurumsal olarak ne kastettiğimi özetleme fırsatı sunuyor. Bilindiği üzere liberal demokrasi, liberal- demokratik laiklik gibi tarih sahnesine geç girmiş ve uzlaşmalara sürekli itiraz edilmiş bir teori ve politikadır. Liberal laiklik dendiği zaman ben herhangi bir modern laiklik formunun ana elementlerini içinde barındıran bir laiklik formu algılıyorum: Toplumsal hakların tümü, (devleti ve insanların haklarını koruyan haklar) yasa kuralı, güçlerin ayrımı (dengesi) azınlık haklarının muhafaza edilmesi, yazılı veya sözlü anayasa, anayasa mahkemeleri ve adli görüş. Liberal laiklik yaşam/güvenlik ve kişisel özgürlükler arası gerilime neden olmaktadır. Demokratik laiklik denildiği zaman ise ben özgür ve eşit politik haklar (politik iletişim, oylama ve kendini tanıtmaya özgürlüğü) parlamento ve yönetimler arası demokratik seçimler, sorumluluk sahibi yönetimler, demokratik çoğunluk ve adil bir şekilde sınırlandırılmış anayasa ve eğer varsa anayasal görüş algılıyorum. Liberal demokratik laiklik bu kadar minimalist anlayışla bile çok ciddi gerilimlere¹³ neden olmaktadır. En bilinenleri ise demokratik çoğunluk ile toplum haklarının müdafası ve azınlık haklarının korunması arasında olanı ve demokratik yasallığı azaltan yüksek yetkili anayasa mahkemeleri (liberal ve neo-liberal adli aktivite) ve anayasa mahkemelerine olan demokratik güvenin sarsılması arasında olan ve yasal olarak çoğunluğu temsil edenlerin politik alanları-

¹² Sajo tarafından şevkle savunulmuştur, dipnot 3, sf. 624-27.

¹³ N. Walker, "Anayasacılık ve Demokrasi Çerçevesi: Yinelemeli Bir Gerilim", yakında yayınlancak (2010) Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, sayı 3.

na karşı adli aktiviteler arasında olanıdır. Ben geniş uluslararası insan hakları çoğulculuğuna karşı liberal demokratik anayasacılığın minimalist fikirlerini savunmaktayım.

Üçüncüsü, bu nedenlerden dolayı liberal demokratik anayasa –bu ismi açıkça hak eden tüm liberal demokratik anayasaların ana kuralları ve kurumsal anlaşmaları- ile politik felsefe ve politik ideoloji olarak liberalizmi, diğer perspektifleri (görüşleri) ve şu anda batıda liberal demokrasi olarak bilinen rejimleri bulandırmamak adına birbirinden ayıştırmak önemlidir¹⁴. Benim görüşüme göre aynı asgari düzeyde hoşgörülü rejimler gibi asgari ahlaki değere sahiptir. Hoşgörülü devletler bir batılı icadı değildir ve benim liberal demokratik anayasa hakkındaki yorumum, –eğer hakların ihlali engellenebilirse- klasik ve neoliberalizmde vurgulanan, özgürlük, eşitlik, kardeşlik, dayanışma gibi öğelere daha çok açıktır. Liberal demokratik anayasanın kuralları birbirleriyle çelişki içindedir ve kaçınılmaz olarak bir karara bağlanamaz durumdadır ve çeşitli kurumsal rejimlere (Hindistan gibi batılı olmayanlar) ve bunların alternatiflerine (birleşik demokrasiler gibi) olanak sunar. Bunlar liberal demokratik anayasacılığın baskın (başlıca) kimliklerinin kapitalist ekonomiler, refah rejimleri, temsili demokrasiler, veya kurumsal geleneksel batı tarafından eleştirilmesine neden olur.

Dördüncüsü, liberal anayasa dahil tüm anayasalarda birbirleriyle çelişen haklar ve ilkelerin var olduğu anayasa hukukçuları arasında bilinen bir gerçektir. [örneğin güvenlik/yaşam hakkı ile bireysel özgürlük hakları, bireysel özerklik ile toplu (birleşik) özerklik, ifade özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı] Buna rağmen çoğu ahlaki ve politik filozof (düşünür) bu relativitenin (göreceliğin) üzerinden gelebilmek için yazılı içerikten bağımsız bir ilkeler hiyerarşisi veya tüm bu konuları tek bir ahlaki ve yasal çözüme/karara bağlayabilecek tek, derin ve uzlaştırıcı temel bir kurumsal ilke bulmak gerektiğini düşünmektedirler. Benim de içinde bulunduğum az bir gurup ahlaki çoğulculuk savunucuları ise bu ahlaki tekilcilerin her iki düşüncesinin de sadece uygulamada değil aynı zamanda da teoride bile başarısızlığa mahkûm olduğunu düşünmekteyiz; yazılı içerikten ba-

¹⁴ R. Bhargava, "Neden Laik Demokrasi Değil?", 2009 Etnisite sayı 4, sf. 553-560. Elbette ki sadece laiklik değil aynı zamanda liberalizm de çok geniş, çok anlamlı, muğlak, belirsiz ve kakafoniktir; liberalizm de tartışmalı ve çok çeşitli bir politik felsefedir ve hatta daha çok çeşitli ve tutarsız bir siyasi ideolojidir (sf. 559). Bu, sınırları belirlenmemiş ve yarışan yorum ve uygulamalara açık olsa da, "laiklik" ve "liberalizm" ile karşılaştırıldığında nispeten istikrarlı, açık ve sabit bir anlamı olan liberal-demokratik anayasacılık, haklar ve çekirdek kurumlar konularına odaklanmanın nedenlerinden birisidir.

ğimsız bir ilkeler hiyerarşisi yoktur ve hiçbir zaman da oluşturulamaz ve kurumsal stratejiler çatışmaların daha derin bir düzeyde yinelenmesine neden olur. Yine de biz relativite (görecelik) cehennemine mahkûm değiliz. Çünkü, şu an için bizim iyi fakat tekrardan gözden geçirilip düzeltilebilir içeriksel nedenlerimiz var ve biz daha iyi veya kötü birbiriyle çelişen haklar ve ilkeler dengeleri bulabiliriz.

Beşincisi, birbiriyle çelişen haklar veya birinci seviye yasalar için içerikten bağımsız cevaplar bulabilmenin bir yolu da daha genel ve tam olarak tanımlanmamış ikinci seviye ilkelere başvurmaktır. Eğer laiklik Sajo tarafından tanımlandığı gibi, bir birinci seviye anayasal ilke değil ise, onu biz hakları dengelemek için bir yol gösterici olarak kullanabiliriz. Biz normalde sadece devlet düzenine, ahlaki değerlere veya orantısallığa başvuruyoruz. Aynı zamanda bir takım ilkelere de başvuruyoruz. Mesele; (en sevdiğim parantez içerisinde) (gömülü sistemler), bütünsellik, (ilişiklilik), tarafsızlık veya eşitlik (kültürel meselelerde çift taraflılık) ve ayrıca, bir takım soyut ilkeleri de yok saymıyoruz. Yine de bunu çok dikkatli bir şekilde yapmalıyız. Çünkü bunlar anayasal haklar ve ilkelere kıyasla daha yüksek seviyeli şekilde sınırlandırılmıştır (adalette yüksek gizlilik ilkesi). Ayrıca bu konuda olabildiğince eli sıkı olmalıyız; sayılarını minimum düzeyde tutmalıyız. Benim görüşüm o ki laiklik, belirsiz bir şekilde, az önce bahsedilen ya da açıklanan diğer ilkelerle çok daha rahat bir şekilde ifade edilebilecek, yüksek miktarda çift anlamlılık, belirsizlik ve uyumsuzluk taşıyan bir şeydir. Yükümüzü hafifletemeyeceği gibi tüm makul dengeleri bozuntuya uğratar ve temelini çürütür. Kısa bir zaman içinde bunun yanlış bir ikinci seviye ilke olduğu ortaya çıkacak ve ben bunu göstermek istiyorum.

Altıncısı, ahlaki değerler ve politik felsefede sıkı bir kurumsalcılık karşıtı biri olarak ben, bizim ahlaki değer farklılıklarımızdaki anlaşmazlıklarımızı minimize etme şansımızın en az derin, genel ve evrensel ahlaki değer ilkeleri (anlaşmalarda, doğada, idrakda/muhakemede, ifade şekillerinde, ihtiyaçlarda, ya da neye sahipsensiz) üzerine olan yasal ve anayasal tartışmaları minimize etme şansımız kadar yüksek olduğunu düşünüyorum. Yani Sajo anayasal doktrinin sadece politik bir anayasal teori olmayıp hukuk bilimi ile ilgili bir konu olduğu hakkında elbette ki haklıdır. Fakat, onun anayasal laikliği açıkça hukuk bilimi ile ilgili bir konu değildir ve o iddia ettiği alçak gönüllü hukuk bilimi ilgisi sözüne bağlı kal-

mamıştır¹⁵. Bunun yerine, kişisel otonominin daha talepkâr bir versiyonunu ve insan mantığının laikliğin epistemolojik (bilgi kuramsal) ön durumu olarak kullanılmasını ortaya atmıştır¹⁶. Aydınlanma üzerine bir takım spekülasyonlar yapmış ve dinin sosyolojik yayılımı ile ilgili olasılık dışı bir yolda Zucca ile fikir birliği yapmıştır¹⁷. Çok ötelere gitmek yerine ben kurumların bilgeliğine ve haklara ve yasanın disiplinine ve hukuk bilimine ve günlük anayasal ve yasal tartışmalara güvenmeyi tercih ediyorum.

Son olarak nasıl devam edeceğim hakkında birkaç kelime... Öncelikle, anayasa mahkemelerinin laiklik ilkeleri hakkında tanınmış ve çokça itiraz görmüş hükümleri üzerinde duracağım. Benim hedefim bir taraftan anayasal temyizler ve laikliğin hukuk bilimsel kullanılışı diğer taraftan ise, liberal demokratik anayasalcılığın temel ilkeleri ve hakları, daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, laiklik ve demokratik anayasa, arasındaki gerilimi göz önüne sermektir. Çünkü laiklik ve liberal anayasa arasındaki gerilim zaten yeteri kadar analiz edilmiş (örneğin; Fransız Yüksek Mahkemelerindeki tanınmış davalar üzerine olan yorumlar, Türk Anayasa Mahkemeleri ve AİHM hükümleri)¹⁸ fakat önceden pek fazla dikkat çekmemiştir.

İkincisi, batılı olmayan iki ülkeye odaklanacağım¹⁹; Türkiye ve Hindistan ki bu ülkeler, laikliğin değişik şekillerini tanımış ve anayasalaştırmışlardır. Fakat aynı zamanda militan demokrasi uygulamalarına sahiptirler. Militan demokrasi sivil ve politik özgürlükleri önceden bir kısmını kısıt-

¹⁵ Sajo 2009, dipnot 3, sf. 518 ve 519.

¹⁶ Sajo 2008, dipnot 3, 2008, sf. 624 sonradan gelen sayfalar. Ayrıca bak. A. Sajo, "Anayasacılık ve Laiklik: Kamusal Sağduyu İhtiyacı", 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2414 sonradan gelen sayfalar.

¹⁷ Sajo 2008, dipnot 3, sf. 612, 618; Zucca, dipnot 3, sf. 496-504. Stopler, dipnot 4, sf. 10, "popüler hükümdarlık" konusu hakkında Sajo ile aynı düşüncede olup, "güçlerin ayrımı" ve "tüm insan hakları" konularını "laikliği haklı çıkarmak" adına temel değerler olarak gösteriyor. Tüm yazarların anayasal ilkeler ve hakları haklı çıkarmak adına laiklik ilkesine başvurmaları ve çemberi laiklik ilkesini diğer anayasal hak ve ilkelerle haklı çıkarmaları hem ironik hem de semptomatiktir.

¹⁸ AİHM'nin Kokkinkakis'den (1993) Refah'a (2003) U-dönüşü hakkında bak. F. Tulkens, "İnsan Hakları ve Kilise Din İlişkileri Üzerine Avrupa Komisyonu: Çoğulculuğa karşı Çoğulculuk" 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2572-2591. Ayrıca bak. I. Leigh, "AİHM ve Dini Tarafsızlık", Bristol'daki bir konferansta sunulmuş fakat yayınlanmamış yazı, 18 Mayıs, 2010.

¹⁹ Karşılaştırmalı anayasacılık genellikle Batılı ülkelerle ilişkilendirilmiştir. (Ayrıca bak. Bader 2007, dipnot 2, bölüm 1, 4 ve 5) Bu harici odaktaki önemli istisnalar; D. Horowitz, "Kuran ve Ortak Hukuk: İslami hukuk reformu ve yasal fırsat şansı", 1994 Amerikan Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi sayı 2, sf. 233-293; G. Jacobsohn, Yasa Tekerleği. Karşılaştırmalı Çerçeveden Hindistan Laikliği, 2003; K. Meerschaut, Diversiteit en Recht, 2006, doktora tezi, Vrije Universitesi Brüksel.

layarak bu özgürlükleri koruyan bir anayasal demokrasi çeşididir. Demokratik geleceğine yönelik tehditlerle savaşmak için bir demokratik devletin militan ve baskıcı bir üslup kullanması paradoksal bir yöntemdir²⁰. Almanya, İtalya, Fransa, Polonya, Bulgaristan, İspanya, Macaristan ve Ukrayna gibi birçok Avrupa ülkesinin anayasalarında ırkçılık, faşizm, sağcılık, solculuk ve nasyonel terör şiddeti gibi konulara yönelik güçlü militan demokrasi formlarının var olduğunu biliyoruz. Fakat hiçbirinde laiklik bir tartışma konusu olmamıştır. Türkiye ve Hindistan dini şiddete neden olan ya da olabilecek tehditlere karşı militan demokrasiyi çok önceden benimsemişlerdir ve anayasa mahkemeleri içlerinde çok önemli dersler çıkarabileceğimiz ilginç davalarla doludur.

Benim özenle seçilmiş odak noktam olan iki ülke yalnız başlarına laikliği liberal demokratik anayasacılık ile neden değiştirmemiz gerektiğini makul bir şekilde göz önüne sermeye yetmeye bilir. Türkçe laiklik daha yaygın bilineni Fransızca laïcité çoğulcu, kapsamlı ya da ortalama değildir ve alternatif laiklik savunucuları (Kemalistler) bunun iyi bir ilkenin kötü bir şekilde bozuntuya uğramış hali olduğunu söyleyebilir.

Hindistan'daki durumda ise, bu durum bizim konumuzla daha dikkate alınabilir. Çünkü, Hint Anayasası batılı anayasalara kıyasla daha uygulanabilir hatta tercih edilebilir alternatif laiklik modeli olarak görülür.²¹ 1999'da, anayasal tartışmalarda laikliği neden ikincil seviye ilke olarak kullanmamızın daha iyi olacağını gösterebilmek için Amerikan laikliği (tartışmaya açık olmakla beraber kapsamlı, çoğulcu, pasif ve ortalama laikliğe en iyi aday) hakkında çalışmalar yapmıştım. Amerikan pasif laiklik savunucuları ve aynı zamanda yüce adalet mahkemeleri çok uzun zamandır iki farklı düşünce yapısına sahiplerdir: Bütüncülük (birleşimci-

²⁰ Macklem dipnot 10, p. 488 Lowenstein'den alıntı. Bunun geleneksel tezahürü nefret söylevi yasaları, politik partilerin yasaklanması, kitle gösterilerin sınırlanması ve belirli organizasyonların yasadışı ilan edilmesini içerir. 9/11 den sonra kendini daha fazla göstermeye başlamıştır. Hatta hiçbir militan demokrasi çeşidini barındırmayan ABD de bile. Aynı zamanda yaşamaya yetkisi olan ve politik ve sivil hakları koruması gereken merciler bile bu konuları ciddiye almaya başlamıştır. Aşırıya kaçan siyasi gündem, barışı, güvenliği ve siyasi düzeni tehdit eden konularla savaşmayı kendine görev edinmiştir. Bu girişimler ifade, fikir beyanı, dini inanç ve topluluk özgürlüğü gibi, bireysel insan haklarıyla demokratik korunma bahanesi altında sürekli çatışma halindedirler (sf 489) kümülatif bir etkiye neden olmaya meyillidirler.

²¹ Bak. R. Bhargava, "Politik Laiklik: Hint versiyonundan neler öğrenebilir?" G. B. Levey ve diğerleri. (sonraki sayfalarda) Laiklik, dini inanç ve çok kültürlü vatandaşlık, 2009, sf. 82-109. Bak. "Amerikan Laikliği": Bader 1999, dipnot 2, sf. 603-607; Bak. K. Wald, Amerika'daki Din ve Siyaset, 2003; A. Kuru, "Pasif ve Agresif Laiklik. Dine Karşı Tarihsel Durumlar, İdeolojik Çekişmeler ve Devlet Politikaları" 2007 Dünya Siyaseti 59, sf. 568-94, bölüm sf. 579'dan sonraki sayfalar.

lik), ayrılıkçılık ve laiklik bu konuları karara bağlayabilmek için aydınlatıcı şeyler değildir.

Bölüm ikide, Türkiye ve Hindistan'daki adli hükümleri kısaca tanımladım. Bölüm üçte, anayasal laiklik nedir? Bu kelimedede neler gizli? Laikliğin pandora kutusunu açıyorum ve yüce mahkemelerin kararları (adaletleri) tarafından laikliğin yalanlanması ve normatif kullanımlar, kötüye kullanımlar (suistimaller) ve içsel gerilimler üzerine konuşabilmek için seçilmiş davalardan çıkartılmış, genelleştirilmiş ve bulgusal çalışmalar yapılmış, laiklik kelimesinin çeşitli ve birbiri üzerine binen oniki farklı anlamının analitik sınıflandırılmasını sunuyorum. Okuyucuya laiklik çeşitleri hakkında bir ön izlenim sunabilmek adına laikliğin oniki anlamını içeren bir tablo yerleştiriyorum.

Tablo 12: Birbirinden farklı (aynı olmayan) laiklikler

Laiklik Çeşitleri	Normatif Problemler
Laiklik 1) devlet laikliği veya devletin (organize) dinlerle olan ilişkisel otonomisi	Teokraziye ve dini kanunlara muhalefet; laiklik ≠ normatif laiklik
Laiklik 2) dinin birleşmiş özgürlükleri (kolektif (toplu) tolerans) (Liberal 1) ; ikinci otonomi	Modernleşme ve modern laik devletlerle sık sık tartışma, takışma
Laiklik 3) vicdani özgürlük ve bireysel inanç özgürlüğü (Liberal 2)	Topluluk ve bireysel özgürlükler arası gerilim (liberal anayasalarda olağandır)
Laiklik 4) dini azınlıkların dini çoğunluklardan (ve laiklerden) korunması	Demokrasi ile gerilim halinde olan liberal/limitli devlet (Liberal demokratik anayasa'da tarihi/teorisel uzlaşma)
Laiklik 5) demokrasi veya politik laiklik; çoğunluğun egemenliği + herkese eşit politik statü/haklar	Demokratik laiklik; politik iletişim özgürlüğü genelde laiklik ile gerilim halindedir
Laiklik 6) politik iletişim özgürlüğü; dahili yada harici laiklik (laik nedenler)	Yasal kısıtlamalara (şiddete/nefret söylemlerine karşı) kamusal (ortak) akılın kısıtlanması
Laiklik 7) sosyal veya sosyalist devlet = laik devlet?	Herkese yaşamını devam ettirebilmek için asgari geçim hakkı ≠ hayır kuruluşları; inanç tabanlı kuruluşlar ve karışık refah rejimlerine karşı devlet tekeli
Laiklik 8) katı tarafsızlığa karşı ilişkisel tarafsızlık, ilkesel mesafe	Saldırgan, düşman, güçlü laikliğe karşı dostane, pasif, nazik, zayıf laiklik
Laiklik 9) katı ayrılmaklılık veya ne? (kurumsal düzenlemeler; sınırlı yasal çoğulculuk)	Asgari ayırım eşik değeri; seçilmiş işbirliği çeşitlemeleri; herkes için tek yasa veya sınırlı yasal çoğulculuk
Laiklik 10) en yüce (iyi) yaşam yolu için etik laiklik (kapsamlı ahlaki değer liberalizmi)	Politik liberalizm ve ortalama liberal mükemmeliyetçilik karşıtlığı
Laiklik 11) haklı gösterici veya kurumsal laiklik (humanist veya laik)	Ortak bölge (Ashoka'dan Ghandi'ye) veya üst üste binen mutabakat (dar veya geniş/derin) oy birliği
Laiklik 12) öyküsellik ötesi veya reka-betçi sembolik evren	Dini özgürlüklerle uyumsuzluk ve çoğulcu demokrasiye açıklık

Dördüncü bölümde laiklik nasıl çalışır (işler)? seçilmiş davaların kararları hakkında bağlamsallaştırılmış (genel durum haline gelmiş) kritikleri (yorumları) kısaca sunmaktayım. Son sözlerimde anayasalaştırılmış laiklik veya bağlamsallaştırılmış (genel durum haline gelmiş) liberal demokratik anayasada, ben görece hümanist bir düşünce olan liberal anayasacılığın ve bunun sonuçlarının, anayasa mahkemelerinin ve yasal aktivite üzerindeki limitli, minimalist fakat çok önemli rolü hakkında olan düşünceleri savunacağım.

2) Türk ve Hint Anlayışında Anayasa Mahkemeleri'nin Laiklik Üzerine Kararları

Önceden de belirttiğim gibi, Türkiye ve Hindistan hatırı sayılır benzerlikler göstermektedirler. (i) Ana tartışma konusu olarak, laiklik ilkesinin tahmin edilebilir ihlalini kullanarak militan demokrasinin agresif bir versiyonunu kullanıyorlar. (ii) Dominant dinlerin temelci ve totalist olduğu ve liberal anayasacılığı tehdit ettiği hakkında itiraz edilmiş fakat tanınmış bir görüşe sahip olmak. (iii) Laiklik ilkesinin anayasalaştırılması ve militan bir demokrasi izlemek, liberal demokratik anayasacılığı savunmanın kaçınılmaz, gerekli ve uygun bir yolu olduğunu düşünmek.

12

Buna rağmen bu ülkeler göze çarpan farklılıklara da sahiptirler.

(i) Hindistan bir zamanlar kolonydi ve İngiliz geleneksel yasaları, Hint yasa sistemi üzerinde doğrudan veya dolaylı etkileri olmuştur. Buna rağmen Türkiye hiçbir zaman kolonileştirilmemiştir. Batılı geleneksel yasalarının Osmanlı İmparatorluğu üzerindeki etkisi dolaylı yoldan veya özgür irade ile isteyerek olmuştur (buna rağmen bariz tehdit altında) ve Kemalist modernizasyonunda açıkça ve isteklice batıdan esinlenilmiştir. Özellikle laiklik konusu Fransız fikir ve geleneklerinden alıntıdır.

(ii) Eğer karşılaştıracak olursak Türkiye 1920'lerde tek dinli bir devletti ki günümüzde de öyle²². Buna rağmen Hindistan anayasasının hazırlan-

²² Aşağıdaki niteleyici açıklamalar birtakım yanlış anlaşılımları engelleyebilir: (i) Osmanlı ve Kemalist gelenekler resmi olarak İslami azınlıkları görmezden gelmektedir (özellikle Alevileri) Bak. A. Soner Toleransın Sınırı: Nasıl olur da Müslüman azınlıklar Türkiye'de yabancı muamelesi görebilir? C. Timmermann ve diğerleri (sonraki sayfalarda), Boşluklar arasında; Avrupa ve Ortadoğu Arasındaki Hıristiyan ve Müslüman Azınlıklar, 2009, Peter Lang, sf. 239-270; (ii) Anadolu'daki Müslümanlık harici azınlıkların dışlanması; (iii) Türk milliyetçiliği ve militan laiklikle sonlanma: Güçlü ve devlet merkezci bu model en sonunda İslamcılara, Sünniler'den yana Alevilere, Müslümanlar'dan yana Gayri Müslimlere ve Türklerden yana Kürtler'e çok fazla laik geldi. (bak. Casanova dipnot 7; A. Kuru, Pasif ve Agresif Laiklik. Dine Karşı Tarihsel Durumlar, İdeolojik Çekişmeler ve Devlet Politikaları, 2007 Dünya Politikası 59, sf. 568-94; E. Keyman, "Türkiye'de Laiklik, Demokrasi ve İslam" konferans kâğıdı. "Türkiye'de Dini inanç, Laiklik ve İsl-

diği zamanlarda dünyadaki en din çeşitleriyle yoğun ülkelerinden biriydi ki günümüzde de öyle. 20.yy başlarında Türkiye’de İslam, daha makul şekliyle temelci bir tehdit (eski rejimle birleşik devrim (değişim) karşıtı bir güç oluşturmak) üzerine kurulmuştu. (Fakat bu görüş tarihsel olarak savunulamayabilir.) Halbuki Hint anayasa yazarları tarafından Hinduizm kararsız bir şekilde uyum ve hoşgörü kaynağı ve aynı zamanda aşırı milliyetçi bir yapıda olduğu sezilmiştir. Aynı zamanda o zamandan bu yana göze çarpan değişimler vardır. En azından bugünlerde Kemalizm, inanç özgürlüğüne ve mutlak devletçilik karşıtı demokrasiye günden güne artan bir tehdit oluşturmaktadır. Bunun üç sebebi vardır. Otoriter askeri elit zümre, demokratik olarak seçilmiş yönetimlere askeri darbeler düzenledi ve elit Kemalist zümre de onların laik demokrasi versiyonunu demokratik partilerini kapatarak bunu destekledi. Kemalist politik ve anayasal düzen hem liberal anayasada hem de demokratik anayasada asgari bir anlayışa ulaşamadı. Diğer taraftan Türk Siyasal İslam’ı özellikle de AKP, inanç özgürlüğünde liberal bir anlayışı ve elitcilik karşıtı bir demokrasi görüşünü savunuyor.²³ Hindistan’da ise tamamen zıt bir oluşum gözlemekteyiz. Özellikle 1970’lerden beri Kongre Partisi ve anayasa yapımındaki tartışmalarda İslam ve Hinduizm bariz bir şekilde radikalleştirildi.

(iii) Laikliğin anayasal statüsü ise oldukça farklıdır: Türkiye Cumhuriyeti Devleti laik olduğunu ve aynı zamanda ulusal, demokratik ve sosyal olduğunu 1937den itibaren resmi bir şekilde duyurmuştur. (1961 madde 2: 1982 madde 2) aynı zamanda bu maddelerin değiştirilemeyeceğini duyurmuştur.²⁴ Laik veya laiklik kelimeleri Hint Anayasasında eksikti ve ancak iki başarısız denemeden sonra girebildi. (Başlangıç’ta sosyalistlerle birlikte 1976 deki 42 nci değişiklikle).

(iv) Bariz bir şekilde iki farklı laiklik çeşidini sadece politik ve devletle ilgili söylevlerde değil aynı zamanda anayasalarda ve yüce mahkemelerin

lam” konferans kâğıdı, “Dini İnanç, Laiklik ve Demokrasi”, 2008, İstanbul Temmuz 7-9; A. Bali, “Ulusal Yapılanma Üzerine Kültürel Devrim: Türk devlet formasyonu ve bunun ebedi patalojisi”, konferans kâğıdı, İstanbul, Eylül 2009.

²³ G. Tezcur İran ve Türkiye’deki Müslüman Reformcular; Teksas Üniversitesi Baskısı 2010, bölüm 4: “Müslüman Reformculuğu: Laiklik ve Liberal Demokrasi arasındaki taahhüt” ve Bali de doğrudan gösterdi. (i) liberal demokratik anayasacılığın savunulmasına post- İslamcı savunma, özellikle liberal anayasacılık gelişmemiş, sallantılı ve tutarsızdır, ayrıca (ii) AK Parti her açıdan Kemalizm tarafından üretilmiştir. (Hatta belki de yan ürünüdür.) (Bali, dip not 22, sf. 31).

²⁴ Osmanlı ve Türk Anayasalarının dini, demokratik ve laiklik üzerine kısa tarihi bak. Soner, dipnot 22; E. Zürcher ve diğerleri, Zoeken naar de breuklijn, 2004; WRR (Yönetimsel Politiklar üzerine Bilimsel kurul), Dynamiek in islamitisch activisme (İslami aktivitenin dinamikleri), 2006; E. Shakman Hurd, Uluslararası İlişkilerde Laiklik Politikaları, 2008.

hukuk bilimlerinde de görebiliyoruz: Kemalist Türkler aynı Fransızlar gibi, devlet ve devlet kurumlarından dinin mutlak bir şekilde ayrılması konusunda saldırgancasına laiklerdir. (Kanuna uygun yasal çoğulculuk, eğitim, başörtüsü, devlet kurumlarındaki çalışma saatleri vb.) Fakat dinin devlet üzerindeki (özellikle İslam'ın) göreceli (relatif) otonomisine saygı göstermektedirler. Yani iki otonominin bariz miyopik bir çeşidini savunmaktadırlar. Buna karşın laikliğin Hindistan'daki çeşidi katılımcı, nazik ve saygılıdır.

Laikliğin uygulanması ve yorumlanmasında ana konu olan fakat dini öğretileri ve talimatları yok sayan anayasa mahkemesi davalarını seçtim. Türkiye'de dini inanış özgürlüğünün laiksel kısıtlanması ne kadar yaygınsa Hindistan'da da o kadar eksiktir. Daha önce belirttiğim gibi laiklik ilkesine başvurulduğunda Türkiye ve Hindistan, diğer ülkelere kıyasla en agresifleri arasında militan demokrasiye sahip ülkelerde çok büyük sonuçlar çıkaran laiklik ve demokratik anayasa arasındaki gerilime odaklanacağım. Kurulduğu yıl olan 1962 tarihinden bu yana Türk Anayasa Mahkemesi (TAM) 5'i laiklik ilkesini²⁵ ihlal ettiği gerekçesiyle toplam 24 partiyi kapatmıştır. Buna karşın İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'daki militan demokrasi anlayışına sahip ülkelerde sadece 3 parti kapatılmıştır. Ciddi özgürlük kısıtlamasına veya partilerin feshedilmesine dair iki önemli davayı seçiyorum. 21 Mayıs 1997'de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı laiklik ilkesine karşı hakaretin odağı olmak nedeniyle Refah Partisi'ni suçladı. 16 Ocak 1998'de ise Türk Anayasa Mahkemesi partinin feshedilmesine, gelirlerinin hazineye devrine, Erbakan, Kazan ve Tekdal'ın vekilliğinin iptaline ve 5 yıl siyasi yasak getirilmesine karar verdi. 31 Haziran 2001'de ise AİHM hükmünde 3'e karşı 4 oyla madde 11'in (birleşim ve birlik özgürlüğü) ihlaliyle ilgili bir durum olmadığına karar kıldı. 13 Şubat 2003'de ise aynı mahkemenin yüce divanı bu kararı onadı. 14 Mayıs 2008'de ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı iktidardaki AKP'nin (20 Haziran'daki genel seçimlerde % 46.6 oy alan ve 550 milletvekilinin 341'ini toplayan) kapatılması için dava açtı. İddianamede AKP'yi laiklik karşıtı olmakla suçladı ve Başbakan Erdoğan ve Cumhurbaşkanı Gül'ün de bulunduğu 71 milletvekili için 5 yıllık siyasi yasak istedi. TAM ise iddianameyi hiç vakit kaybetmeden kabul etti. AKP iddianameye Nisan'da karşılık verdi ve TAM'da ise toplam 11 oyun 6'sı parti kapatılması yönünde kullanıldı.(Kapatılmak için gerekli çoğunluk

²⁵ Y. Hakyemez, "Anayasa Mahkemeleri ve Türkiye'deki Siyasi Partilerin Kapatılması" Today's Zaman, 15 Eylül 2008; Bali, dipnot 22.

olan 3/5'e ulaşmak için 1 oy eksik kalındı.) Fakat Mahkeme partinin laiklik karşıtı hareketlerine karşı çok ciddi bir ihtarname verdi ve partinin gelirlerini durdurmaya yönelik bir tehditte bulundu.

Hint yönetimi iki tartışmalı alana/sütuna sahiptir.²⁶ Birincisi Hint merkezi hükümetinin seçilmiş vekilleri eyalet yönetimlerini feshedebilmeye yönelik anayasal hakkı (anayasa; madde 356) İngiliz koloni döneminden kalma bir güç (Hint hükümeti düzenlemesi, 1935 93 üncü ve 45 inci bölümler) 1991'e kadar Loc Sebha'ya dayanarak 82 kere uygulanmış olup 13 kez 51. Bölüm üzerine kullanılmıştır. 23 durumda başbakanların tavsiye (isteği) üzerine veya istifalarından sonra meclis dağılmış ve 18'inde dağılan meclis tekrardan toparlanmıştır (Bomma sf,11)

Ayodhya'daki Babri ibadethanesinin yıkımı üzerine Aralık 1992'de çıkan şiddet dalgası üzerine Hint merkezi yönetimi 3 eyaletin seçilmiş hükümetlerini feshetti: Madhya Pradesh, Rajasthan, Himachal Pradesh. Bu hükümetlerin feshi ardından durum Hint Yüce Mahkemesi'ne yansıdı ve 11 Mart 1994'de adli alanda emsal teşkil edecek bir kararla Mahkeme, merkezin hükmünü bozdu. İkincisi, Seçimlerin yapılmasıyla ilgili yasal kurallar: Hindistan Seçim Yasası, yolsuzluklarla (uygulamaları) ilgili hükümler içermektedir; bu hükümlerin izleri (kaynağı) 1883 tarihli bir İngiliz Yasasına kadar gitmektedir, bu yasa (İngiliz) daha sonra 1919 tarihli Hindistan Hükümeti Yasası'na model olmuştur. İnsanları Temsil Etme Yasası (RPA, 1951), bölüm 123 (3 ve 3A) önceki yasalara bir yönüyle dayanmaktadır; seçim yolsuzluğu Hindistan'da dini konuşmaların suistimaliyle olabilir.²⁷ 11 Aralık 1995'de üç hâkimli Hint Yüce Mahkemelerindeki panelde bu bölüm anayasal bulundu ve Bombay Yüksek Mahkemesi kararı (1988) bozuldu. Yani aşırı Hindu milliyetçisi Shiv Sena partisi lideri Dr. Ramash Prabho'nun Maharashtra eyaleti yasama birliği başkanlığına getirilmesi hükümsüz sayıldı. (Yozlaşmış yöntemlerden dini söylevler suçundan suçlu bulundu.)

3) Anayasal Laiklik Nedir? Bu Kelimede Neler Gizli?

Laikliğin Hint Anayasasındaki statüsü 42. değişiklikten sonra çokça tartışma görmüştür. Benim seçtiğim davalardaki hükümler anayasaldır. Panikar'a göre "Hint Anayasasının laiklik karakteri hakkında şimdiye kadarki en iyi yorumlamadır"²⁸. Birçok hâkim laik devletin kolay tanım-

²⁶ Jacobsohn, dipnot 19, sf. XV.

²⁷ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 172.

²⁸ Panikar 1997, sf. 49 Jacobsohn tarafından alıntılanmış, dipnot 19.

lanamadığı konusunda hemfikirdir. (Stelvard 1969, Sawant sf 147'den alıntı) Anayasanın Başlangıcına göre ise sosyalist ve laik ifadeleri tek başlarına isabetli bir tanım yapabilmek için yetersizlerdir (Reddy sf 304). Sonuç olarak laiklik belirsiz bir konudur. Anayasada tanımlanmamıştır ve bu nedenle madde 356 (Başkanın Kanunu [president's rule])²⁹ uyarınca işlem yapılabilmeyle elverişli zemin oluşturamaz. Bu belirsizlik, tamamen zıt bir niyetle savunulmuştur: Laiklik kelimesi tahminen özellikle tanımlanmamıştır. Çünkü, bu terim keskin bir tanım yapabilmekten uzak çok elastik bir kelimedir ve tanımsız bırakılması en iyidir. Bu düzeltme ile üstü kapalı olan üstü açık hale getirilmiştir. (Ahmadi sf 29) Hint anayasasının laiklik kelimesini hiçbir yerde kullanmadığı bir gerçektir fakat bazı önemli yerlerde laiklikten esinlendiği aşikardır. (Reddy sf 305) Laiklik (...) yararlı bir sözcük veya tehlikeli bir konu, ölümcül anayasal zayıflık veya anayasanın ilgili maddelerinin anlaşılması için gerekli bir anahtar. (Reddy sf 308) temel yapının parçası (...) ve aynı zamanda ruhun veya anayasanın temel inancı? (Sawant)

Yani bu kelimedede neler gizli? Normatif teoriler, insanlık veya sosyal bilimlere üzerine uzatılmış tartışmalar sonunda laikliğin bir takım ana konular içerdiğini bilebiliriz: Kurumlar, sosyal işlemler, politika, ilkeler ve anlatım ötesi konular üzerine olan, laik, laiklik, laikleşme³⁰. Çok uzatmamak adına kültürel ve sosyal normatif anayasal laikliğin önkoşulları olan kültürel laiklik ve sosyal laiklik üzerine olan tartışmaları birbirine bağlamalıyım³¹. Özellikle bu konuda uzman olmayan hâkimler ve anayasal avukatlar için anayasal laikliği çokça birbirine karıştırılan sosyolojik demeçlerden ayırmanın doğru olacağını düşünüyorum. Bu nedenle sadece öncekine odaklanacağım. Laiklik çoğu zaman bu konularla farkları ayırt edilemeyecek şekilde eş anlamlıymiş gibi kullanılmaktadır: (i) toplum-politika-devlet ve (organize, baskın) inançlar arasındaki ilişki göz önüne alınırsa liberal demokratik anayasalcılığın bir takım temel şart, hak ve kurumları için (liberal demokratik anayasalcılığın içeriği veya esası). (ii) üstü kapalı ikinci seviye ilkeler olarak veya inanç/ruhani/felsefi olarak. (iii) iyi bir yaşamın özel bir yolu olarak. (iv) liberal demokratik anayasanın özel bir kurumu, önkoşulu olarak. (v) özel bir dünya görüşü veya sembolik evren olarak. Laiklik anayasanın önemli ve temel özelliğinin

²⁹ Jethmalani, Hâkim Reddy tarafından alıntılanmış sf. 302; Ayrıca bak. Dipnot 19, sf. 126 ve sonraki sayfalar; T. N. Madan, "Yerinde Laiklik", R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, Oxford Üniversitesi Baskısı, 1998, sf. 297-320.

³⁰ Bader 2009, dipnot 2

³¹ Bader 2007, dipnot 2, bölüm 1 ve sf. 100 ve sonraki sayfalar.

kurumsal ilkesi olarak ya da sosyo ekonomik ve politik adalet, kardeşlik, birlik, ulusal bütünlük (Ramashwami sf 189)³² olarak veya sosyalizm, ve demokrasi (sf 199) olarak iyimser liberal demokratik anayasa savunucuları için ağza dolanan bir kelime olmuştur. Daha fazla tanıma gerek duymaksızın tüm bunlar bir ülkenin laik dokusu olarak adlandırılır (Bommaï, Sawant sf 135) laikliğin bu farklı anlamlarını anlayabilmek veya bu farklı boyutlarını anlayabilmek (AK Haziran, 18f) ve bunların ilişkilerini ve aralarındaki gerilimi kavrayabilmek için biz, bu karmaşayı çözümlmeliyiz ve laikliği az çok karşılayan zayıf veya yan anlamlarından ziyade düzgün anayasal veya yasal bir dil kullanmalıyız³³. Laikliğin oniki farklı anlamının çözümlenmesinin ardından, liberal demokratik anayasa içeriğinden başlayarak haklar ve kurumlardan ilkelere geçiyorum.

Benim analitik sınıflandırmam, ki bunlar aynı zamanda diğer ülkelerdeki dava hükümlerinden ve anayasalardan elde edilmiştir, iki farklı amaca hizmet ediyor. Bir taraftan yasal, hukuk bilimsel ve anayasal kaynaklarda kullanılan bulanık, üst üste binen ve genelde karmaşık terimler tarafından bulanmış algımızın açılmasına yardımcı olur. Bu manada normatif muhakemelerimiz ve yargılarımızda ortak bir karar alamadığımız zaman ne ifade etmeye çalıştığımızı anlayabilmemiz adına bize yardımcı olur. Bu farklılıkların temelinde ben özellikle Hint ve Türk yüksek mahkemelerinin ve AİHM'nin tartışmaları ve hükümlerini temel alarak benim liberal demokratik anayasa hakkındaki asgari görüşümü dayanak noktası olarak kullanıp anayasal laiklik çeşitlemeleri hakkında genel bir normatif eleştiri sunuyorum. Bu analitik farklılıkların avantajı ise, birbirinden farklı normatif anlaşmazlıkları hepsini karmakarışık etmek yerine tek tek ele alabilmemize izin vermesidir.

Laik 1: Devlet laikliği veya (organize/yaygın) inançlara karşı devlet otonomisi

Herhangi bir iyileştirilebilir ve liberal demokratik devlet bir anlamda laik veya dinsiz olmalıdır. Buradaki devlet laikliği laikliğin en temel ve en az itiraz edilebilir çeşididir³⁴. Türkiye'nin Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Refah Partisi'ni ve Erbakanı Türkiye'deki laikliğin ihlaliyle suçladı ve cumhuriyetin yasal statüsünü şeriat ile değiştirilmek niyetinde olduğu için laik politik rejimin teokratik rejimle değiştirilmek niyetinde olduğunu

³² Bak. Jacobsohn, dipnot 19, sf. 144.

³³ Sajo, dipnot 16, sf. 2406-2409.

³⁴ Bak. Temperman, dipnot 5, sf. 123-145. (Laikliği değiştirilemez addeden anayasalar için)

söyledi. Bu suçlamalar Refah Partisi tarafından ve daha ikna edici şekilde AKP'nin Nisan ve Haziran 2008'de iddianamelere verdiği cevapla şiddetle reddedildi.

Yargıç Sawant Hint Anayasasının teokratik devlet kurulmasını engellediğini söylüyor (Bommaı sf 146) ve yargıç Reddy ise buna laikliğin tehlikeli ve gizli bir yapıya sahip olduğunu söyleyip kurumsallaşmasının Hint anayasal içeriği için zorunlu olduğunu söyleyerek karşılık veriyor (sf 308) Bu konuyla ilgili dört açıklayıcı söz:

Birincisi, tarihsel ve ampirik bir perspektifte, uzatmalı devlet kilise savaşları sadece Batıyla ilgili bir kötü durum olmuştur (Robertson) Modernleşmenin erken safhalarındaki Batılı devletler laik devletler değillerdi (cuius regio/domino, eius religio³⁵) ve şu anda (günümüzde) dahi hiçbir ülke (Hindistan'a model olmuş ABD bile) tam anlamıyla katı laik devletler değillerdir. Laik devlet ütopyadan başka bir şey değildir.³⁶

İkincisi, kendilerini çok yüksek seviyede laik olarak gören devletler bile (örn Nazi Almanya'sı, Sovyetler Birliği, Saddam yönetimindeki Irak, Pol Pot yönetimindeki Kamboçya) asgari ahlaki değer gerekliliğini en az laik olmayan devletler kadar ihlal etmişlerdir. Devletin laikliği hiçbirşey değilse bile normatif olarak sözüne güvenilir laiklikle aynı şey değildir.³⁷

Üçüncüsü, minimalist liberal demokratik anayasacılık perspektifinden bakacak olursak, laikliğin veya (organize, yaygın) dinlere karşı devlet otonomisinin gereksinimlerinin ne olduğu pek de açık değildir. Benim görüşüme göre bunun için minimum kurumsal, organizasyonsal ve rol ayırt edişi eşik değeri gerekmektedir. Peki bu kurumsallaşmama ve kurumların dağılmasına mı ihtiyaç duyar? Veya liberal demokratik anayasaya sahip ülkelerdeki (İngiltere, Norveç, Danimarka gibi) zayıf kurumlarla uyumlu mudur? (Finlandiya gibi) devletin dinden katı bir şekilde tamamen ayrılmasına gerek duyar mı? (Böyle bir şey hiçbir liberal demokratik devlette uygulanamaz.) ve hatta daha çok şeye gereksinim duyan politikanın dinden ayrılması mı gerekmektedir? Her görülen için ayrı ayrı devlet yasası mı olması gerekiyor veya özel durumlar için kişisel inanç yasası ile uyumlu mudur? (bakınız Laiklik 8) Laiklik 1 bu konular hakkında karar kılabilme için kesinlikle yeteri kadar bilgi verici değildir

³⁵ B. Kaplan "İnançla Bölünmüş". Belknap, Harvard Üniversitesi Baskısı, Cambridge vb, bölüm 4.

³⁶ J. Fox, Din ve Devlet, 2008; J. Madeley, "Aslan, Cadı ve Dolap", Konferans kâğıdı, İstanbul 24-26 Kasım 2009; Bak. Sajo, dipnot 3.

³⁷ Ayrıca bak. Bhargava 2009, dipnot 21; Sajo, dipnot 3.

öyle olsa dahi kesinlikle liberal demokratik anayasacılıkla karıştırılmamalıdır.

Dördüncüsü, liberal demokratik anayasacılık sadece din ve devlet işlerinin ayrımı için belirli bir eşik değerine ihtiyaç duymaz –meşhur birincil otonomi- aynı zamanda ikincil bir otonomiye ihtiyaç duyar, devlet ile (organize, yaygın) dinlerin göreceli otonomisi. Kendi iradeleriyle laikliği benimsemiş ülkeler (örn Türkiye, Fransa) bu ikincil otonomiye yaygın bir şekilde ihlal etmektedirler. (Devlet idaresi ve dinlerin kontrolü, Türk Anayasası madde 24 ve 136 ve TAM)³⁸. Laiklik 1'in bu versiyonu dini özgürce yaşayabilmek ve birleşmiş dini özgürlükler için engeller teşkil etmektedir ve liberal anayasacılıkla açıkça uyumsuzdur. Türk Anayasasının ve TAM (Türk Anayasa Mahkemesi) hükümlerinin bu liberallik dışı karakteri o kadar iyi ve çok açıkça eleştirilmiştir ki ne tekrardan açıklama ihtiyacı duyuyorum ne de bu makalede değiniyorum³⁹. Hint Anayasası ve çoğu yargıç da laiklik 1'in bu tuzaklarıyla karşı karşıyadır.

Laiklik 2: Eşit toplumsal özgürlükler ve kolektif hoşgörü (tolerans)

Kolektif tolerans ve eşit toplumsal özgürlükler kesinlikle batılı liberal veya modern bir buluş değildir. Osmanlı millet sisteminde⁴⁰ modern Avrupa'nın ilk zamanlarındaki laiberalite öncesi uygulamalarında⁴¹, Ashoka ve Akbar'ın pre modern (modern zaman öncesi) Hindistan'da⁴² tüm bu hak ve özgürlükler garanti altındadır. Bunlar en az kişisel özgürlükler kadar önemlidir⁴³. Buna rağmen liberal anayasacılık dini inançlar için eşit yasal özgürlükler ve ayrımcılık karşıtlığını (Osmanlıda son zamanlarda bile tam anlamıyla karşılanamamıştır) temel ilkeler olarak gereksinim duyar. Devlet tüm dinlere ve dini mezheplere karşı eşit muamelede ahenk içinde olmalıdır (Reddy, Bommai sf 146). Hint yüce mahkemele-
rindeki birçok hâkim ve savcı kesin bir şekilde herkesi için eşit yasal muameleyi laikliğin bir parçası olarak görmektedir ve laikliğin bireyler üzerindeki kısıtlamalarını kişisel çerçevede eleştirmektedirler ve ayrıca

³⁸ Bak. Tempermann, dipnot 5, sf. 139-43 devletin iradesindeki dini inanç örnekleri için bakınız.

³⁹ Ayrıca bak. Türkiye'nin iltihaka doğru ilerlemesi hakkındaki olağan rapor (Avrupa Komisyonu), 2004, sf. 54, 166, 175; Haziran 2008, sf. 14 ve devam eden sayfalar.

⁴⁰ Bader 2007, dipnot 3, sf 195-198. K. Barney, Fikir ayrılığı imparatorluğu, 2008.

⁴¹ Bak. Kaplan, dipnot 35, Bölüm II.

⁴² A. Sen, Yargı Fikri, 2009, sf 37-39, 75-77.

⁴³ V. Bader, "Dinler, Tolerans ve Liberal Demokrasi. Doktrinsel, kurumsal ve tutumsal öğreti üzerine bir teori" (yakında yayınlanacak) M. Mookherjee ve diğerleri. Dini Çoğulculuk Zamanında Tolerans ve Kabulleniş, Springer, 2010.

sadece laikliğin hoşgörülü anlayışı lehine yasalar önünde resmi eşitliğin ötesine geçmektedirler. Tam tersine Türk Anayasası ve TAM sert bir şekilde toplumsal özgürlükleri kısıtlamaktadır ve ayrıca azınlık inançlarının eşit muamele görmesini sağlamamaktadır. Özellikle Müslüman azınlıkların (bakınız dipnot 22). Uzun lafın kisası Türk laikliği eşit toplumsal özgürlüklerin liberal gereksinimleriyle birleşerek eşitlik ve özgürlük haklarını ihlal eder.

Laiklik 3: Vicdan özgürlüğü ve bireysel (dini) inanç özgürlüğü

Vicdan özgürlüğünün ve bireysel inanç özgürlüğünün devlete tüm çoğunluklara –dini çoğunluklara karşı olduğu kadar laiklere karşı da- ve tüm azınlıklara (ve bunların tüm organizasyonlarına) karşı korunması liberal anayasalcılığın özel bir modern gereksinimidir. Buna rağmen bireysel ve toplumsal dini özgürlükler genelde birbirleriyle sürtüşme halindedir ve bu durum liberal anayasalcılığın doğal karakteristiğidir (Levey, Rosenblum). Üç karakteristik ve tanınmış yolla bu ilkeler arası çatışmalar yok sayılmış ya da örtbas edilmiştir.

Birincisi inanç özgürlüğünün öncelikle bireysel vicdanla alakalı bir durum olduğunu ilan edip sonradan Türk yasasının kişisel çerçevede dini (inançları) kısıtlaması. (TAM, AİHM destekli 2003 sf 127; Refah ve AKP belirgin şekilde bu eşit bireysel özgürlükleri tasdik etmiş/ediyor ve bu kısıtlamaları eleştiriyor) Geleneksel militan Fransız laikliğinde, toplumsal inanç özgürlükleri de dıştan gelen bireysel inanç özgürlükleri -yalnız başmayken veya topluluk içindeyken dinini, inancını, ibadetini, öğretisini belli etme özgürlüğü (AİHM madde 9)- ya yok sayıyor ya da şiddetle kısıtlanıyor. Militan laiklik destekçileri genelde bireyleri herhangi bir dinden korumaya daha çok hevesliler = bireysel inanç özgürlüğünün korunmasından ziyade batıl inanç.

İkincisi, dini toplulukların içişlerine devletin yasaya aykırı ve genişçe müdahalesi hala dini inanç ve öğretiler için ana konudur. (Fransız ve Türk mahkemelerince ve son zamanlarda AİHM tarafından rutin bir şekilde yasal olduğu ilan edilmektedir.)

Üçüncüsü, doktrin ve uygulamada şartsız veya kati ayrılıkçı birçok Amerikan mahkemesi dini grup (çoğunluk veya azınlık) ve organizasyonlar içindeki azınlıklar, kadınlar ve ayrılıkçıların temel haklarını dahi korumaktadır. Hint Anayasası ve Yüce Mahkemesi bu hedefte daha açık sözlüdür. Fakat Hindular ve Müslümanların eşit bireysel ve dini haklarını

koruma altına almakta zorlanmaktadır⁴⁴. Hukuk bilim tarihindeki bireysel ve toplumsal özgürlüklerin karşı karşıya geldiği katı ve görece yumuşak davaları karşılaştırdığımızda mantıklı, adil, içerik olarak hassas bir denge⁴⁵ bulmanın ne kadar zor olduğu açıkça gözlemlenebilmektedir. Fakat tanımlanamaz bir ilke olan laikliğe başvurmak da kesinlikle yararlı olmaz.

Laiklik 4: Dini azınlıkların sınırlanmamış demokratik çoğulculuktan korunması

Liberal anayasacılık, diğer şeylerle beraber, bireysel ve toplumsal sivil hakların ve azınlık haklarının korunmasına gereksinim duyar. Bu nedenle bu genellikle sınırlanmamış demokratik çoğulculukla uyumlu değildir. (liberal demokratik anayasacılık bir anayasal demokrasi çeşididir, çoğunluk hükümdarlığı değil) bu benim görüşümle iki durumda önemlidir: birincisi; militan laik çoğunlukların durumunda –hatta Türkiye’deki gibi çoğunluk olmadığı halde yönetimdeki militan laik elitler durumunda- dini azınlıkların ve çoğunlukların eşit dini özgürlük haklarının kısıtlanması söz konusudur. İkincisi; potansiyel veya gerçek bütüncülüğün ülkelerde, liberal olmayan dini inanç özgürlüğüne engel olması söz konusudur. Yani başka dini inançların veya inanmama özgürlüğünün olduğu kadar diğer dini azınlıkların da özgürlüğünün kısıtlanması söz konusudur. Kemalist elit zümreye göre ikinci durum Refah koalisyon hükümetinde (AİHM 2001 sf 9, 60) ve özellikle yeni büyük nitelikli çoğunluğa sahip AKP hükümetinde Sünni Müslüman inancının empoze edildiği ve diğer dini inançların kısıtlandığı iddia edilerek gözlemlenmektedir. Tabii ki AKP bu iddiayı anında ve şiddetle reddetmektedir. Hindistan için bu durum daha makul olabilir; Eğer Bahariya Janata Partisi çoğunluğun oyunu alabilirse radikal Hindutua politikası izleyeceği aşikardır fakat neyse ki bu pek olası değildir. Her iki ülkede de laiklik ilkesi uygun ve gerekli bir karşılık olarak görünmektedir⁴⁶. Benim bu durum için esas endişem ise laiklik bu

⁴⁴ Çıkış haklarının (Gruptan ayrılma hakları ya da; bazı kişi veya grupların dini ve ahlaki bütünlüğünü korumak amacıyla kendilerine tanınan muafiyetler, vicdani red gibi) korunumu (din değiştirmeye karşı verilen cezai doktrinlere ve uygulamalara karşı) ve ayrıca fiili çıkış opsiyonu da özellikle önemlidir (bak. Bader 2007, dipnot 3, sf. 218-222).

⁴⁵ Bader 2007, dipnot 3, bölümler 4 ve 5.

⁴⁶ Bhargava, dipnot 21; W. Menski, "Hint Laikçi Çoğulculuğu ve Bunun Avrupa'daki İlişkisi", R. Grillo ve diğerlerinde., Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 31-48; A. Alam, "Laiklik düşüncesi ve Hint Yüce Mahkemesi" yayınlanmamış konferans kâğıdı, Utrecht, 25 Mayıs 2009: Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin hükümlerindeki laiklik ilkesinin ana elementi ve son zamanlardaki endişe verici değişimler. Ayrıca Reddy "Çoğunluktaki yaygın düşünceye göre; Hindular laik olmalıdırlar ve bu nedenle diğer azınlıkların da laik olmaları için çaba göstermelidirler." hakkında tartışmıştır. (sf 308) Hindular laik olmayı öğrenmek yerine hoşgörülü olmayı ve diğer

durumun esas çaresi olduğu kadar aynı zamanda problemin ana kaynağı olduğudur (Türkiye için birinci durumda olduğu gibi) bunun yerine neye ihtiyacımız olduğunu tam olarak karşılayabilen çok daha iyi kavramlarımız mevcuttur; azınlık haklarının korunması liberal anayasacılığın bir parçasıdır⁴⁷. Liberal demokratik anayasacılık diğer liberal olmayan demokrasilerden çok daha farklıdır. Önsözde belirttiğim gibi, bu en meşhurları içsel gerilimler, çoğunluğun kararları ve anayasal limitlemeler arasındaki gerilimler olan tarihsel ve teorikteki uzlaşmadır. Liberal anayasacılıkta Ramashwami'nin yanlış yola sürükleyici demokrasi ve sosyalizm başlığında anlattığı gibi değil –demokrasi, vicdan ve inanç özgürlüğü, hoşgörü ve karşılıklı saygı demektir.

Demokratik anayasacılığa geçmeden evvel dini inanç açısından liberal anayasacılığın temel elementlerini özetliyorum. Liberal anayasacılık öncelikle kurumsal ve kuruluşsal minimal eşik değere sahip teokratik veya dini olmayan bir devlet ve devlet ve (organize/baskın) dinler arasında rol ayrımı gerektirir. İkincisi, devlete karşı (organize/baskın) dinlerin otonomisinin minimal eşik değerinde olmasını yani, eşit toplumsal dini özgürlükler ve kolektif hoşgörü (tolerans) gerektirir. Üçüncüsü, dini özgürlükte olduğu kadar vicdani özgürlükte ve bireysel dini özgürlüklerinde de [özelde ve halk arasında, bireysel veya toplu inanç ve dini uygulama (yöntemler) özgürlüğü] serbestliğe gereksinim duyar. Dördüncüsü, sınırsız demokratik çoğunluklardan dini azınlıkların korunmasına gereksinim duyar. Liberal anayasanın bu dört önemli direği uygun anayasal terimlerle açıklandı ve laiklik 1 - 4 olarak numaralanarak liberal anayasacılık ve laiklik arasındaki potansiyel ve gerçek gerilim ve uyumsuzlukları ortadan kaldırdı.

azınlıkların temel haklarına saygılı olmayı öğrenmelidirler ve bunu aynı zamanda tüm diğer azınlıkların da öğrenmesi gerekmektedir.

⁴⁷ Jacobsohn (dipnot 19, sf. 143) Sushash Kashyap'dan alıntı: "Eğer demokrasi sizi bir yöne laiklik ise diğer yöne sevk ediyorsa demokrasi önceliğe sahip olmalıdır." Bu ifade hatalıdır çünkü demokrasi "çoğunluk hükmünün kutsallığı" ile veya demokratik çoğunluğun anayasal prensiplere itaat etmediği durumlarla özdeşleştirilmektedir. (s.138) Buna rağmen eğer biz Kashyap'ın ifadesini 'eğer liberal anayasacılık sizi bir yöne ve laiklik diğer yöne sevk ediyorsa liberal anayasacılık önceliğe sahip olmalıdır' olarak değiştirirsek, liberalizm ve demokrasinin laiklikle içi içe geçme durumu Jacobsohn, Reddy ve Gjendragadhkar tarafından çekiciliğin yitirilmesine neden olur.

Laiklik 5: Popüler egemenlik ve politik ayrımcılığa karşı korunma: Laik demokrasi veya politik laiklik

Modern demokrasi, eski ve klasik liberal demokrasiden farklı olarak “Vox populi Vox dei” demektir. Yani, özellikle din temelli ayrımcılıklara karşı tüm vatandaşlara “eşit politik statü” ve “eşit politik haklar” demektir. Bu çoğu zaman politik laiklik veya demokratik laiklik olarak adlandırılır.⁴⁸ Devlet laikliği söz konusu olduğunda, din temelli ayrımcılığı olmaya herhangi bir demokrasi çeşidine laik demokrasi diyebiliriz. O zaman modern demokrasi tanımsal olarak laiktir. Genelde modern demokrasilerin laik olmak zorunda olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹ Öyleyse laiklik popüler hükümdarlık demektir.⁵⁰ Veya demokratik kararlar alınması gerektiğinde dinden veya laik tüm “mutlak (tek) doğru” savunucularının fikirleri sadece birer öneri olarak değerlendirilmelidir.⁵¹ Türk ve Hint anayasal tartışmalarında ve hukuk biliminde laiklik, gerekli politik eşitlik ve demokrasinin önkoşulu olarak tanımlanmış veya görülmüştür. Yine de bu anlamsal olarak açıklayıcı değildir. Elbette ki laiklik ve eşitlikçilik kavramsal olarak birbirinden farklı iki kavram olarak görmek mümkündür. (bazı hâkim ve savcıların yaptığı gibi) fakat Reddy ve Gajendragadhkar ikisi arasındaki bağlantıyı vurgulamışlardır.⁵² Hâkimler Sawant ve Verma röportajlarında laiklik anlayışlarının eşitlikçi politik arzularından ayrı bir yerde olduğunu belirtmişlerdir.⁵³ Laiklik ve demokrasinin tanımlanması veya derin içsel uyumlarının beyan edilmesi⁵⁴ ciddi gerilimin görülmesini ve incelenmesini imkânsız kılar. Benim görüşüme göre, laiklik en azından saygı çerçevesinde demokratik anayasacılığın aleyhindedir ve ne ironiktir ki bu demokrasideki tüm bu ciddi kısıtlamalar demokrasiyi savunmak gerekçesiyle yasalaştırılmıştır.

⁴⁸ Bu tartışma için önce Bader 2007, dipnot 2, sf. 104-109'a; sonra da Avrupa Komisyonu Haziran 2008, sf. 16 ve sonraki sayfalara bakınız.

⁴⁹ Taylor, dipnot 1, sf. XI.

⁵⁰ Sajo, dipnot 3; Stopler, dipnot 4.

⁵¹ Bader, 2007, dipnot 2, bölüm 3, sf. 112.

⁵² Jacobsohn, dipnot 19, sf. 149.

⁵³ Aynı eserde, dipnot 72.

⁵⁴ TAM dobra dobra beyan eder ki “Laiklik demokrasinin ayrılmaz bir parçasıdır.” (Avrupa Komisyonu 2001 sf. 24) veya “çoğulcular için bir önkoşul, liberal demokrasi” (sf. 59) ve Sajo not 3, tamamen hemfikir dirlir. Demokrasi ve laiklik arasındaki doğuştan gelen gerilimler (C. Moe, Refah Partisi ile Türkiye arasındaki dava, 2003 Uluslararası Kar Amacı Gütmeyen Hukuk Dergisi, sayı 1, ve Bali, dipnot 22, buradaki yüksek sesli eleştiri hariç) TAM ve AİHM'nin yargılarını eleştiren eleştirmenler tarafından dahi tamamen görmezden gelinmiştir.

Birincisi, Türkiye'nin modernizasyonu için militan, elitist, devrimsel ve tepeden inme bir strateji olarak laiklik demokratik anayasanın asgari kurumsal gereksinimleriyle uyumsuzdur eşit ve özgür politik süreç ve çok partili seçim. Bu laiklik çeşidinin demokratik anayasanın ilk ana elementi ile uygunsuzluğu o kadar ikna edici şekilde eleştirildi ki (Refah Partisi ve AKP tarafından da eleştirildi) bunları tekrarlamam gerekmediğini düşünüyorum.

İkincisi, Türkiye'deki politik birliklerin özgürlükleri, politik parti ve seçilmiş milletvekilleri meclislerin üzerindeki geniş kısıtlamalar ve önceki Kemalist rejimlerden kalan devlet yönetimleri az çok Hindistan'daki militan demokrasiyi tanımlıyor. Bu laiklik çeşitlemesi demokratik anayasacılığın ikinci ana elementiyle uyumsuzdur.

Üçüncüsü, her iki ülkedeki konuşma (ifade) özgürlüğü üzerindeki laikçi kısıtlamalar. Bu laiklik çeşitlemesi (Laiklik 6) demokratik anayasacılığın üçüncü ana elementiyle uyumsuzdur.

Dördüncüsü, modern demokrasinin pluralist (çoğulcu), kurumsal olmayan karakterinin laikçi kısıtlamaları, laiklik çeşitlerinden 10-12 demokratik anayasacılığın dördüncü ana elementiyle uyumsuzdur.

TAM, AİHM ve Hint Yüce Mahkemesi politik iletişim ve birleşim özgürlüğünü (AİHM madde 10 ve 11) çoğulcu, açık, dinamik ve yaşam dolu demokrasinin köşe taşı olarak övmektedirler. Diğer tüm haklarda bu özgürlükler katı değildir, fakat istisnalar çok katı şekilde incelenmelidir ve sadece ikna edici ve zorlayıcı nedenler kısıtlamaları geçebilir. (AİHM 2003 sf 57, 61, 99, 100; sıkıca sınırlanmış, yakından irdelenmiş, zorlayıcı neden, orantısallık: bak, Sawant, Bommai sf 106) Devlet düzenine karşı ciddi tehditler ve şiddet için kışkırtmak ve şiddet kullanmak kısıtlamalar için yasal nedenler olarak anayasa avukatları tarafından genellikle kabul edilmektedir. Devlet güvenliğinin muhafazası, ulusal güvenlik, insan hak ve özgürlükleri, suçun önlenmesi bu yasal nedenlerdendir. (AİHM 2001 sf 40) ilk bakışta dahi (Prima facie) bunun laiklikle ilgisinin ne olduğunu anlamak imkânsızdır. Fakat hem TAM⁵⁵ hem Hint Yüce Mahkemesi laik-

⁵⁵ AİHM, kendi beyanı olan "devlete bırakılan takdir hakkı çok dar olmalıdır." sözüne zıt düşmektedir. Özellikle "siyasi partilerin kapatılması düşünülüyorsa ki fikirlerin ve partilerin çoğulluğu demokrasinin doğal parçalarındandır." (2003, sf. 81, Fuhrmann, Loucaides ve Bratza'nın birbirlerinden ayrılan fikirlerinde çok bariz bir şekilde gözlemlenmektedir, sf. 25 ve devam eden sayfalarda) bu durum Türkiye'ye çok geniş ve tamamen kanuna aykırı bir takdir hakkı bırakmaktadır. (Bakınız: Bölüm 5)

lik ilkesinin ihlalini dindar politik partilerin kapatılmasını ve anayasal çözülmeyi yasallaştırmak için en önemli neden olarak sunmaktadır.

Eğer anayasanın devletin düşünce ve uygulamada laik olmasına ihtiyacı varsa, aynı şekilde politik partilerin de bu şekilde olmasına ihtiyacı vardır. Anayasa din ve devlet işlerinin birbirine karışmasına müsaade etmez, tanımaz. Her ikisi birbirinden ayrı tutulmalıdır. Bu anayasal bir emirdir. Hiç kimse bu anayasa bu ülkede varlığını sürdürürken aksini iddia edemez ve politikanın din ile tanışması demek, yasak bir elementi politik bünyeye enjekte etmek demek ve anayasal sistemin dengesinin bozulmasına izin vermek demektir. Eğer politik bir parti belli bir dinin başa geçmesi için çalışıyorsa o din uygulamada resmi din olmaya başlar. (Bomma, Hâkim Reddy sf 310 ve son söz 10)⁵⁶

Militan demokrasi ve laiklik bir araya gelince militan ve demokratik olmayan bir karışım ortaya çıkarılır ve bu karışım tüm dini politik partilere engel olur ve seçilmiş milletvekillerinin, yasal toplulukları ve seçilmiş hükümetlerin dağıtılmasına ve kapatılmasına izin verir.

Laiklik 6: Konuşma (ifade) özgürlüğü veya tekilci (özelci) laiklik?

Politik iletişim özgürlüğünün kritik bir elementi olan konuşma (ifade) özgürlüğü, devletçi, çoğunlukçu (majoritaryan) veya elitist kısıtlamalara karşı korunumu uluslararası anlaşmalar ve liberal demokratik anlaşmalarla [Türkiye ve Hindistan'da da madde 19 (2) veya 153-A Hint yasası] garanti altına alınmıştır. Neredeyse dünyadaki tüm anayasa savunucuları tarafından kabullenilen ilişkili, ciddi şekilde tanımlanmış yasal kısıtlamalar ise şiddete teşvik (açık ve görülebilir tehlike) ve ciddi, ayrımcılık yapıcı nefret söylemleri ile sınırlıdır. İlk bakışta (prima facie) dini ve laik söylemler arasındaki ayırım pek anlaşılır değildir. Çünkü laik söylev de en

⁵⁶ Benim kapsamlı reddediş yazıma bakınız; V. Bader "Laiklik ve Militan Demokrasi: Türk ve Hint anayasal tartışmalarındaki laiklik tuzakları" Konferans sayfası "Din, Laiklik ve Demokrasi" Delhi, Ocak 4-7, 2009; 63 (konferans internet sayfasında), sf. 34-36; Bader 2007'ye dayandırılmış, dipnot 3, sf. 145-148, 319. Temperman, dipnot 5, sf. 332 ve devam eden sayfalar, Irk Ayrımcılığının Yok Edilmesi Komitesinin kararını kabullenir gibi görünüyor (A/52/18 (1997) paragraf 285); İnsan Hakları Komitesi (A/53/40 baskı. I (1998) paragraf 365); ve AIHM (2003, paragraf 100): "insan haklarını korumayan ve insan haklarına aykırı davranışta bulunan siyasi partilerin kesinlikle kapatılması", buna rağmen o, "stabil olmayan devletler, özellikle de dini anlaşmazlıkların gözde büyüdüğü ve her zaman göz önünde olduğu çatışmadaki ve çatışma sonrasındaki toplumlara" çok geniş ve tam olarak tanımlanamamış muafiyetler veriyor. Hindistan'daki bu tarz karışık normatif ve sosyolojik tartışmalara verdiğim cevaba bakınız: 2009c: 36, "laik" Kongre Partisi'nin kısıktığı Hindistan'daki "toplumsal şiddet olayları" na bakınız: P. v.d. Veer, 'Hindistan ve Avrupa'da Dini inanç, Laiklik ve Tolerans', 1997 Batı Antropolojisti (insanbilimcisi), no. 3-4, sf. 381-393; Jacobssohn, dipnot 19, sf. 156.

az dini söylev kadar nefret ve art niyet içeren, uyum bozan ve düşmanlık hissiyatı uyandırıcı şekilde yapılabilir. (Praphoo, Verma) Tüm dini söylevlerin düşmanlığa ve şiddete sevk ettiğini, eşit vatandaşlık haklarına aykırı olduğunu, adaletsizlik taşıdığını⁵⁷, rasyonel olmayan kör ve engelleyici tutkular uyandırdığını (Prabhoo 150), rasyonel düşünce ve hareket güçlerinden insanları mahrum ettiğini farz ederek dini hurafelerin ve dini yozlaşmış uygulamaların açıkça ayıklanması ve yasaklanması Hint Anayasası ve hukuk bilimine özgüdür. Buna karşılık, o zaman "sebepler" doğası gereği "seküler" kabul edilir; bu da "herkese açık olmayan laiklik (dışarıda bırakan)" dir. Bu çeşit (laiklik), pek çok liberal düşünür tarafından savunulduğu gibi, Hâkim Sajó ve Verma tarafından da savunulmuştur⁵⁸. Benim görüşüme göre tekilci laikliğin tüm çeşitleri iletişim özgürlüklerinin anayasal ve yasal kanunlarıyla uyumsuzdur. Kapsamlı (çoğulcu) laikliği alternatif olarak savunmadan önce ve bunu yaparak laikliğin anlamını çoğaltmadan önce iletişim özgürlüklerinin detaylarını ve yasal sınırlamalar için sıkıca sınırlanmış nedenlerini iyice belirtmeliyiz.

Laiklik 7: Asgari (minimal) derecede sosyal veya talepkâr bir sosyalist devlet kaçınılmaz bir şekilde (kesinlikle) laik bir devlet midir?

26

Laiklik üzerine olan söylevler, yasalar önündeki resmi eşitsizliğin, daha talepkâr olarak eşit politik fırsatların (özellikle kast, sınıf sistemi olan toplumlarda); daha çok isimsel olarak genel eşitliğin, kararlaştırılmazlığını (belirsizliğini) yeniden ortaya çıkarır. Hint iyileştirilebilir (hoşgörülü) laikliği ise eşitlik üzerine bir kumaşın tam ortasından geçen altın bir iplik gibidir. [(1994,6 SCC 360 Ayodhoa davası) sf 402 Prabhoo'dan

⁵⁷ Hâkim Gill, Jacobsohn'da alıntı, dipnot 19, sf. 175.

⁵⁸ Hâkim Verma bariz bir şekilde Rawls'ı ima ediyor ki Rawls, en sonunda eninde sonunda laikçi fikir ve halkçı fikir arasında kalmış fakat hala halkçı fikrin kısıtlanmasını savunmaktadır. Kapsamlı bir eleştirimde ben, liberal politik felsefeciler tarafından "halkçı düşüncenin kısıtlanması (...) eninde sonunda çok fazla amacına ulaşamayacağı" göstermeye çalıştım. Mantıklı kavramsal, ahlaki, teorik ve deneysel fikir ayrılıkları hala son hızıyla devam etmektedir. Ve en nihayetinde dışlanma kriteri liberal demokrasinin tutumlarını, erdemlerini ve iyi uygulamalarını kısaltır. (Bader 2009, dipnot 3, sf. 134) Buna göre "kendine hâkim olma ve seçim müsabakalarından erdemli ve edepli olma" (Verma'nın Prabhoo'daki sonucuna göre) sadece laik insanların özellikleri midir? Kendine hâkim olma ve özdenetim erdemlerinin benim görüşümle laiklikle hiçbir alakası yoktur. Fakat asgari ahlaki değerle alakalıdır ki bu da açıkça Ashoka'nın Rock Edict Number 12'de gayet açıkça görünmektedir: Dharma'nın konuşma hakkındaki kökleri kendini zapt etmede yatar (...) her bir durumda ılımlı olmalıdır; diğerlerini incitebilecek durumlarda "tüm yollarla ve tüm durumlarda bu hal devam ettirilmelidir."; "Bu nedenle konuşma hakkında kendini zapt etme takdire şayandır." (Jacobsohn tarafından alıntı, dipnot 19, sf. 14; ayrıca bak. Sen, dipnot 42, sf. 75-77 ve V. Bader, "Hariç tutulmuş? Dahil edilmiş? Temelci? Liberal Demokratik Devletlerde Dini İnançlar" Birinci Derek Zutshi Anma Sempozyumu: Liberal Devletlerde Dini İnanç. Bristol Üniversitesi, 18-19 Mayıs 2010) Ayrıca bunun felsefi yapıyla ve John Rawls'ın yazılarıyla bir alakası yoktur.

alıntı.] Laik ve demokratik bir devlet açıkça ideal eşitlikçi sosyal düzene doğru adım adım ilerlemeye gereksinim duyar (Bommaı sf 176, Ramashwami).

En asgari anlayış doğrultusunda tam eşitlik kast ve cinsiyet eşitsizliğine karşı aktif bir savaşa ihtiyaç duyar ki bu Hinduzim tarafından yasalaştırılmıştır. Birçok hâkim tarafından bu reformun acil olarak yapılması gerektiği savunulmaktadır ve bu “devlete dinsel bir düzlemde direk bir müdahale olmadan düşünülemez”⁵⁹ Bunun yanı sıra bu durum “sosyal adaletsizliklerin iyileştirilmesi laik öğretime⁶⁰ gereksinim duyar” veya diğerleri ile birlikte Ghandi’nin de şiddetle tartıştığı gibi Hinduist gelenek aynı zamanda dini tabanlı hiyerarşinin statükosunun dini yasamalarının eleştirilmesi için içsel bir kaynak sağlar şeklinde tanımlanabilir. Bundan da daha fazla talepkâr bir yorumlama ise; tüm vatandaşların temel asgari geçim hakları hiçbir affedici ayırım yapılmaksızın⁶¹ kötü amaçlı kullanıma karşı (yardım karşılığı beklentiye karşı)⁶² korunmalıdır. (Sadece hayır kuruluşlarıyla değil.) Ramashwami’nin talepkâr yorumlamasına göre ise: “anayasa laikliği, eşitlikçi bir sosyal düzen kurabilmek adına lokomotif olarak seçilmiştir” ve insanların refah içinde yaşayabilmesi ve ahlaki olarak iyi bir halde olabilmesi için gerekli sosyo ekonomik gereksinimlerini sağlayabilmek için seçmiştir ve maddesel (dünyevi mal varlığı) refah ve politik adalet kavramlarının sağlanabilmesi için seçmiştir. (Bommaı sf 186) Yine de bu bile önemli ve gerekli hammadde ve ödüllerin (dünyevi mal varlığının) tamamen eşitlikçi bir şekilde dağılımını temin edemez. (Genellikle sosyalizme atıfta bulunarak 42 nci düzeltimde kullanılmıştır.)

En sonunda tamamen laik veya sosyal olarak sadece bir toplum⁶³ için nelerin gerekli olduğu ve refah devleti ideali ile neyin kast edildiği tam

⁵⁹ Jacobshon, dipnot 19, sf. 8 mutlakiyetçi müdahale etmeme politikasına karşı

⁶⁰ Aynı eserde, sf. 8.

⁶¹ Hint Anayasası “sosyoekonomik problemler hakkındaki meselelerde kişinin dini hiçbir önem teşkil etmez. Bu laikliğin ana karakteristiğidir.” [Reddy, Bommai sf. 305, ayrıca bak. Son sözler (no. 10)]. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki Laikçi ve Sosyal niteleyiciler ise eşit derecede birbirine zıttır.

⁶² Laiklik burada (i) hayır kuruluşlarına bağımlılık yerine tüm bireylere eşit refah haklarının önkoşulu ve (ii) bunu devletin garanti etmesine yönelik yükümlülük (bak. Simmel geleneği: S. Fleischacker, Dağılımsal Yargı Üzerine Kısa Tarih, 2004) olarak görülebilir. Buna rağmen laikçi olmayan bir sav Ashoka’da mevcuttur: “düşük sınıflar için bir çeşit sosyal refah sistemi sağlanmalıdır.” [Jacobsohn’da, dipnot 19, sf. 8]. (iii) Ayrıca laiklik hizmet sunumunda devlet tekeline ihtiyaç duyar şeklinde de görülebilir (inanç temelli hizmet sunumuna veya cemiyetçi ve hükümetçi hizmetin geniş kurumsal çeşitliliğine karşı). Özellikle sonradan gelen yorum çok tartışmaya açıktır.

⁶³ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 13.

olarak anlaşılmamıştır (Reddy ve Gajendraghadkar, Bommai sf 305). Bu nedenle bizler Jacobshon'un "Hindistan'ın ince ayara (kalibrasyona) ihtiyacı var."⁶⁴ şeklindeki üzücü sonucu ile idare etmek zorundayız ve eleştirilenlerin bu değiştirilemez ilkenin tam olarak ne olduğunu açıklayın tarzındaki eleştirilere karşılık bulmalıyız. Hint iyileştirilebilir laikliği doğası gereği anlaşılabilir.

Laiklik 8: Katı ayırım? Güçlü veya ortalama, pozitif, cömert, iyileştirilebilir laiklik?

Yukarıda da gördüğümüz gibi (laiklik 1), devlet laikliği teokrasiyi ve özel, çevreleyici dini yasalarını yasaklıyor, fakat laiklik ilkesi kurumsal olarak boş görünüyor ya da "katık ayırım" ve devlet ve (organize, yaygın) dinler arası seçici işbirliğinin çeşitli formları ile birlikte kullanılabilir görünüyor. Hint hâkimleri tarafından tüm ilginin laiklik ilkesi üzerine verilmesine rağmen, anayasal kurumsallaşmama ve bir çeşit seçici işbirliğinin veya pozitif laiklik ile tamamen negatif laiklikteki ilkesel mesafenin veya yasa önünde resmi eşitlik ve ayırıcı duvar nasıl çözümlenebilir? Laik devlet ideali; tüm dinlere eşit şekilde davranan, Hint çevresine (ortamına) daha çok uyan şekilde hepsini sahiplenilen (...) tamamen laik bir devlet,⁶⁵ bir çeşit kombinasyonu için açık bir tercih varken birinin bu konular üzerine ciddi bir tartışma konusu bulamaması biraz kafa karıştırıcıdır. Ne Amerikan idealine/mitine ne de Türk ve Fransız laiklik modeline - tüm durumlarda da mit ve gerçeklik arası boşluk çok büyüktür- hâkimlerin çoğu tarafından onaylanmıştır.⁶⁶ Cömert, pasif veya iyileştirilebilir laikliğin anayasal anlamda nelere gereksinim duyduğunu anlayabilmemiz için, eğer var ise organize (yaygın) dinlerdeki imtiyazlı yasal statü hakkında konuşmalıyız; Sivil evlilik ve boşanma yasası arasındaki ilişki, dini organizasyonların otonomisi ile ilgili kurallar ve düzenlemeler, din tabanlı eğitim ve sosyal servis kurumlarının finanse edilmesi gibi.⁶⁷ Tüm bu hususlarda tarih (geçmiş) önemlidir, sayılar önemlidir, çoğunluk azınlık ilişkileri ve iç içe girmiş eşitsizlikler önemlidir. En azından katı ayırıcı laiklik üzerine olan eleştiriler için tüm bunlar önemlidir. Laiklik ilkesi kendi içinde birbiriyle mücadele eden ve uygulanamaz laiklik anla-

⁶⁴ Aynı eserde, sf. 157.

⁶⁵ Radhkarishnan'a karşı "açık ayırım", Swant/Stelvad tarafından alıntı, sf. 81; Ayrıca bak. Reddy, Bommai sf. 305; "Dinden tamamen kopuş yok"

⁶⁶ Bak T. N. Madan, "Hint Laikliği: Bir Dini ve Laik İdeal", Konferans sayfası; İstanbul, 6-9 Temmuz 2008, sf. 3.

⁶⁷ Bader, 2007, dipnot 2, bölüm 1.

yışlarına ayrılmaktadır. Tüm bu hususlar göze alınırsa laiklik kendi içinde bilgilendirici olamaz.

Katı ayırıcı laiklik tek düze bir sivil kod emreder ve TAM'ın Refah Partisi davasındaki hükmü kanıt gösterilirse, genel anlamda yasal sistemde çoğulculuk ve özel anlamda dini kişisel yasa hükmeder. Liberal demokratik anayasanın neye gereksinimi vardır? 2003'de AİHM'nin yüce mahkemesi sadece yasal çoğulculukla da birbirine bağlı olan yasal sistemlerin çoğulculuğu ve kavramını özellikle kişisel yasada ne kadar köklü bir şekilde inşa edilmiş olduğunu (hâkim Kovler'in şiddetle katıldığı fikirlerinde belirttiğim gibi) daha detaylı bir şekilde inceleme fırsatını kaçırmadı aynı zamanda Avrupa Toplantı (anlaşma) sistemine kişisel kanunlarda (dini) yasal çoğulculuğun herhangi bir formunun liberalizm ve demokrasiyle uyumsuz olduğunu⁶⁸ savunan yüksek derecede çekişmeli ve itiraz edilen Fransız/Türk anlayışını tanıttı. Mahkeme aynı zamanda anayasal demokrasilerde yasal çoğulculuğun genel limitlerini açıkça sınırlama fırsatını da kaçırdı. Macklem'in 2001 ve 2003 AİHM hükümleri hakkında söylediği üç ana hat koşuluna katılıyorum. Birincisi aktif savunma ve çoğul yasal düzenin bireylere bağlı oldukları ayırıcı ve gömülü toplumların normlarını veya aynı konudaki devlet yasasını seçme özgürlüğünü tanımalıdır. (Giriş/çıkış özgürlüğü ve yasa seçimi) İkincisi, yasa yapma otoritesinin kapsamı (...) alan ve etki olarak sınırlanmalıdır. (kişisel veya bireysel yasa) Üçüncüsü, çoğul yasal düzen devletin rolüne bireylerin hak ve özgürlüklerinin garantörü olarak saygı duymalı ve gerekirse alıkoymalıdır.⁶⁹ Veya daha dar bir çerçeveden bakarsak, devlet asgari (minimal) ahlaki değer tarafından talep edilen temel menfaatleri ve ana hakları garantiye (herhangi bir ihlalde ise adli müdahaleyi) alır⁷⁰.

Hint Anayasası madde 44: devlet vatandaşlarına sabit (üniform) bir sivil kod sağlamak için çabalamalıdır. Bu maddede de laiklik ifadesi olarak görülmektedir. (Hâkim Sahai, Mudgal 1995) buna rağmen laikçilerin Hindistan'ın (İsrail gibi) sivil kodun farkına varmaktan aciz olduğu gerçeğine acıyarak bakmaktadırlar. Çünkü liberal demokratik anayasacılık

⁶⁸ Temperman tarafından eleştirilmeden uygun bulunmuştur, dipnot 5, sf. 354 ve sonraki sayfalar; Bak. C. Moe eleştirisi "Strasbourg'un İslam Tefsiri: Refah hükmü hakkındaki eleştiri" Avrupa'da İslam. Görünen Yasal Mevzular, 2007 ve daha genel olarak R. Hirschl, ve diğerleri tarafından, yeni ayırım duvarı: çeşitliliğe izin, mücadeleye engel, 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2535-2560.

⁶⁹ Macklem, dipnot 10, sf 510.

⁷⁰ V. Bader, "Yasal Çoğulculuk ve Ayırt Edilmiş Ahlaki Değer: Ontario'da Şeriat?", R. Grillo ve diğerleri, Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 60, 68.

var olan dini evlilik ve boşanma kanunların ve mahkemelere alternatif bir sivil koda gereksinim duyar. Ayrıca bu izin verilebilir özel kişisel yasa için üç ana hat durumunu açıklamalıdır. Bu konu önemli içsel reformlarla Hindu, Hıristiyan ve Parsi'ler için kısmen de olsa başarılı fakat Müslüman Kişisel Yasası için başarısızdır⁷¹.

Laiklik 9: Katı tarafsızlık veya ilkesel mesafe ?

Yukarıda da bahsedilen ikinci seviye ilkeler, yasal ve anayasal paradig-malar ile birlikte birbiriyle çelişen yasal ilkeler ve hakların yorumlanması ve dengelenmesi için yardımcı olabilecek kaçınılmaz fakat buna rağmen soyut ve saptanamaz kurallardır. Bir insan bunları anayasal iman veya inanç (Sawant, Bommai sf 151) olarak ya da anayasal felsefe (Ahmadai, Bommai sf 29) olarak adlandırılabilir. Benim düşüncem onları tamamen yok saymak ya da küçümsemek değil. Benim düşünceme göre laiklik ne tam bir çeşit bir ruhtur ne de tam bir çeşit bir ikincil seviye ilke veya yasal paradigmadır. Başka bir yerde bu konuyu detaylıca analiz ettim⁷² ve katı tarafsız laikliği (TAM tarafından sık sık başvurulmuş) neden üç ilgili ikinci seviye ilke ile değiştirilmesi gerektiğini söyledim: (i) gömülü tarafsızlığa karşı hiçbir yerden bakış açısı (ii) ilişkili tarafsızlığa karşı katı veya farklılığa karşı kör bakış tarafsızlığı (iii) kültürle ilişkili konularda eşitlikçi adalete karşı tarafsız adalet. Hint hâkimlerinin bu konuları birbirinden tam olarak ayırmamasına veya tam anlamıyla tartışmalarına rağmen, bunları genel laiklikle tanımlamışlardır veya öbeklemişlerdir. Benim iddiam ise onların (hâkimlerin) bu yeniden ilkeselleştirme fikrime yakınlık duymalarıdır. Çünkü onlar birbirlerinin ilkesel uzaklıkçı laikliğin (Bhargava) veya pozitif veya cömert tarafsızlığın (Reddy, Bommai sf 304) ne demek olduğunu ve neye gereksinim duyduğunu açıklamalarını istiyorlar. Yer sıkıntısı yüzünden bu iddiaları ayrıntılı bir şekilde açıklamıyorum.

Laiklik 10: Etik laiklik

Modern, çoğulcu demokrasi katı bir şekilde anti-mükemmeliyetçi olmaz, fakat olabildiğince anti-mükemmeliyetçi olmalıdır⁷³. Açıkça ya da kapalı şekilde belirli bir iyi yaşam yoluna imtiyaz göstermemelidir; örn;

⁷¹ G. Mahajan, "Grup içi eşitlik kültürel çeşitlilikle beraber var olabilir mi?" A. Eisenberg ve diğerleri. Azınlık İçindeki Azınlıklar, 2005, sf. 104-112; detaylar için bak. Shah Bano, 1985: T. Mahmood, "Shah Bano Yargısı", 1985 İslami ve Karşılaştırmalı Yasa Dergisi, sayı 5, sf. 110-120; Bak. Jacobsohn, dipnot 19, bölüm 4.

⁷² Bader, 1999, dipnot 2, sf. 603-612; Bader, 2007, dipnot 2, bölüm 2.

⁷³ Bader, 2007, dipnot 2, sf. 74-79.

kapsamlı liberal etikler veya laik hümanist etikler. TAM laikliği anayasa-
da sivil bir toplumun yaşam yolu olarak konumlanmıştır. (Refah Partisi
kararı sf 26) ki bu sadece felsefede politik laikçiler tarafından reddedil-
mekle kalmamış (Örnek Anne Philips, Tariq Modood ve Rajeev
Bhargava) aynı zamanda AK Parti'nin davaya karşı savunmasında poli-
tik ve yasal kavram olarak laiklikle yaşam şekli olarak laikliği birbirinden
açıkça ayırarak münasip bir şekilde eleştirmiştir: Çoğulcu bir toplum
özgürce seçilmiş geniş farklılıktaki yaşam şekilleriyle tanımlanmıştır;
yaşam yolumuzun özgürce seçilmesi bizim en temel hakkımızdır; devletin
rolü ise bu farklı yaşam şekillerinin –farklı din ve mezhepler dahil-
birbirleriyle barış içinde varlıklarını sürdürmesini garanti altına almaktır;
tek bir yaşam yolu üstünlüğünün engellenmesidir; devlet tarafından laik-
liğin yaşam şekli olarak empoze edilmesi totaliter bir toplum ve otoriter
bir devletle sonuçlanır⁷⁴.

Laiklik 11: Kurumsal veya haklı çıkartıcı laiklik?

Burada kurumsal veya haklı çıkarıcı laiklikle esasen kast edilen, liberal
demokratik anayasayı, kurumları veya politikayı/siyasi düşünceleri haklı
göstermek için yapılan dışsal laikçi müdahalelerin sonradan laiklik olarak
adlandırılıp laiklik ihtiyaç duyulduğu söylenen müdahaleler olup olmadı-
ğını belirtmek içindir. Bu bağımsız politik etik tarz,⁷⁵ felsefede,
Bayle'den Spinoza'ya, Avdi'den Habermas'a kadar çoğu düşünür tara-
findan savunulmuştur ve TAM tarafından açıkça savunulmaktadır. Bu,
Taylor'un haklı çıkarmanın ortak strateji alanı olarak adlandırıldığı
(Pufendorf'dan Mahatma Gandhi veya Hans Küng'e) var olan tüm dinler
üzerine eğilmeye muhalefet oluşturmaktadır⁷⁶. Üçüncü alternatif,
Rawlsian stratejisi, kurumsallık karşıtı derin ve geniş üst üste binen
“concensus” (uzlaşma) -insanların dini ya da laikçi ne nedenle olursa
olsun anayasal gereksinimlere katılma fırsatı sağlar, herkesin katılımına

⁷⁴ Haziran 2008, sf. 7-10.

⁷⁵ C. Taylor, “Laiklik Modları”, R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, 1998; Bader, 2008, dipnot 2 sf. 104 ve devam eden sayfalar.

⁷⁶ R. Bhargava, “Giriş”, R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, 1998, sf. 8. Hint Yüce Mahkemesi hâkimlerinin bu iki strateji arasındaki farklılıkları ayırt edememeleri çok şaşırtıcıdır. bağımsızlık öncesindeki ritüelleşmiş izahatlarında (Ahmadi, Bommai 12) ve Anayasa Oluşumunda her zaman için ilk önce Ghandi'ye başvurulardı. Pandit Neru veya Ambedkar'la aynı laik yolda olduğunu söylerler: “Mhatma Ghandi bağımsızlık savaşını laiklik ve şiddet karşıtlığı silahlarıyla savaştı” (Stelvad, Bommai'de alıntılanmış 80f; Gandici laiklik kavramı' (sf30); Reddy sf 308). Eğer biri müşterek saygı ve hoşgörü kurumlarına ve Ghandi'nin çeşitlilikte tekillik ilkesine bakacak olursa, bunun dini inanca dayandığını daha akla yatkın görecektir: “Tüm dini inançların ruhu birdir, fakat çoklu formlarda örtülmüştür.” (Rhamashwami tarafından alıntılanmış sf. 179, bak. 181; Ayrıca bak. Madan, dipnot 66, sf. 7-12 ve sonraki sayfalar)

izin verir⁷⁷- ki bana göre birçok nedenden dolayı tercih edilebilirdir⁷⁸. Fakat hiçbir hâkimin fikirlerinde yer etmemektedir. Liberal demokratik anayasacılık tüm bu çelişen teorik kurumlardan fazla derin, metafiziksel, felsefi veya teolojik bir kuruma (Ben buna LD kuralı diyorum.) gereksinim duymaz⁷⁹. Modern çoğulcu liberal demokrasi, toplumun politik biçiminin aydınlanmış bir vizyon (görüş) veya bir esas felsefi kurum olarak görülmesini engellemeye yardımcı bir açık projedir. Bu durumda laiklik dar görüşlüdür (laikçi veya hümanist aydınlanma tekilciliği) ve potansiyel olarak veya gerçekten de liberal demokratik anayasacılığa terstir.

Laiklik 12: Genelleştirilmiş meta-öyküsel (öyküsellik ötesi) sembolik evren

TAM açıkça belirtiyor: Laiklik fikri, aslında, toplumların felsefi ve organizasyonel evrimlerinin son fazıdır. Bu fikir teoride de paylaşıdır. Bu ne din ve devlet işlerinin ayrılması olarak ne de Türkiye'deki yaşamın felsefi özü olarak anlaşılmalıdır⁸⁰. Bu genel olarak evrensel bir şekilde bilim akılcılığın ve aynı zamanda demokrasi ve özgürlüğün genel kavramlarının olası normatif kurumlarının, bağımsızlık ve ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin köşetaşı olarak anlaşılmalıdır. (TAM 26) Tüm bu görüşlerde din ve orta çağlardan kalma dogmatizm, bilimsel verilerle yer değiştirmiştir. Değerler mantık çerçevesinde oluşturulmuştur ve bilim dogmatik değerlerin önüne geçmiştir (AİHM 2003 sf 40) AİHM 2001 sf 71 TAM'ın; şeriatın mitsel kavramı dogmatik değerlere bağlı olduğu ve mantığın üstünlüğünün, özgürlük kavramının, bağımsızlığın ve bilimin ışığında gelişen insanlık idealinin karşısında olduğu için demokrasinin antitezidir görüşünü onaylamaktadır. Benzer bir şekilde, Ramashwami laiklik hakkında akılcı yeteneklerin uygulanmasından doğan inançları temsil eder, insan gelişimi için mecburi bir gereksinimdir, insan yaşamındaki önemli koşulları geliştirir ve aynı zamanda insan ruhunu cahillik, batıl inanç, akıl dışılık, adaletsizlik, aldatma, iki yüzlülük ve ezici davranış (...) gibi kötü özelliklerden arındırır. İnsanlık tarihinin tüm rotası insanlığın yükselen özgürleşmesini laiklik sayesinde ifşa eder tarzında düşünceler ortaya atmıştır (Bmmi sf 179).

⁷⁷ Taylor, dipnot 75, sf. 52.

⁷⁸ Bader, 2007, dipnot 2, sf. 107 ve sonraki sayfalar.

⁷⁹ Aynı eserde sf. 113-115

⁸⁰ AİHM tarafından alıntılanmış 2003, sf 40; veya Ahmet Akgündüz tarafından doğru tercümesi: "Türkiye'nin Kurtuluş Felsefesi".

Laiklik burada çok çeşitli, farklı fakat birbirine bağlı modernleşme teorilerinden/ideolojilerinden gayet iyi bilinebilecek, ayrılıkçı, liner ve gelişimci ilerleme, mantık, akıl sahibi, bilim, insanlık, eşitlik ve demokrasi hikayelerine bir basamak teşkil etmektedir ki bu aynı zamanda liberal demokratik anayasalcılığın sosyal ve politik ve aynı zamanda epistemolojik normatif önkoşullarını kapsar⁸¹. Bu eskimiş öyküsellik ötesi kurumsal fikir, yukarıda tanımlanmış modern demokrasinin açık karakteriyle uyumsuzdur. AK Parti tarafından da gayet ikna edici şekilde eleştirilmiştir: Anayasal veya yasal politik laiklik bir felsefi inanç değildir; pozitivist laikçi ideoloji çağ dışıdır; bir ideoloji olarak sadece Comte'nin bilimsel dini değil genel anlamda bilimsellik (scientism) Tek tanrılı dinleri "tek-bilim"le (yalnızca bilime inanmak) ile değiştiriyor (...) ki bu toptancı/bütüncül ideolojiler için kendi anti demokratik fikirlerini yasalastırabilmek için uygun bir ortam yaratmaktadır⁸².

Kısacası laikliği öyküsellik ötesi bir şekilde anayasalaştırmak akılcılık veya bilimselliği ilan ederek laikliği genel bir kurum ve/veya evrensel olarak kabul edilen bir ideal, bir dünya görüşü olarak kabul etmek; etik laikliği resmi bir şekilde söylemek liberal demokrasinin tek kabul edilebilir ve mümkün kurumu olarak düşünmek; dini dogmatik ve insanlığa, medeniyete, liberalizme, demokrasiye uygunsuz olarak inşa etmek; dini partilerin ve temsilcilerin tüm ayırıcı resmi demeçlerini sunarak dinin gerçek öz anlamı hakkında spekülasyon yaratmak; hem Türk hem Hint Anayasa Mahkemeleri'ni cezp etmektedir.

4) Bu Örnek Davalarda Laikliğin İşleyişi Nasıl Oldu?

Türk davaları hakkında benim kısa kavramsal hesaplamalarımda, ben Refah davası hükmüne odaklandım. Çünkü, bu davada AHİM'nin hükümlerini de hesaba katabilmekteyiz ve TAM'ın geçici olmayan savları AK Parti davası için de aynı olmasına rağmen hüküm farklı çıkmıştır. Anayasal ve politik krizin önlenmesi adına geleceğe yönelik nedenlerden dolayıdır. Refah Partisi savunmasında partilerinin laiklik ilkesini iyi bir şekilde takip ettiğini söyledi. Bu laiklik ilkesinin tamamen stratejik nedenlerden dolayı kabul edildiğinin -çünkü bu ilke Türk Anayasası'nın bir parçasıdır ve bu ilkenin kabul edilmemesi partinin otomatik olarak kapatılması anlamına gelmektedir- veya laikliği alternatif normatif laiklik

⁸¹ Ayrıca Sajo tarafından da savunulmuştur, dipnot 3.

⁸² Haziran 2008, sf. 11-14.

şekilde kabul edildiğini göstermektedir. Parti mensupları sonradan bunu açık bir şekilde dile getirmişlerdir. Daha sonraki yorumlarında bu ilkenin devletin (organize/yaygın) dinlerden göreceli (relatif) otonomisine ihtiyaç duyduğu kadar (organize/yaygın) dinlerin devletten göreceli (relatif) otonomisine ihtiyaç duyduğunu söylemiş ve herkes için her inanç için tam özgürlük gerektiğini belirtmiş. Onlar laiklik ilkesinin her türlü inanca saygıyı ima ettiğini ileri sürmüş ve Refah'ın politik hareketlerinde bu saygıyı gösterdiğini söylemişlerdir (Avrupa komisyonu, 2001 sf 15). Partililer yasal hedeflerinin laiklik ilkesinin korunmasından geçtiğini söylemişlerdir (sf 41). Onlar ilkenin bazı yorumlamaları vicdan ve ifade özgürlüğüne saygı adına eleştirdiklerini fakat bunu yaparken ilkeyi yok saymak ya da Türk Anayasal düzenine aykırı davranmak gibi bir amaçları olmadığını söylemişlerdir (sf 54: bk Avrupa komisyonu 2003 sf 16, sf 19). Dini özgürlükler hakkındaki bu yorumlamalar ilk bakışta Avrupa Anlaşma Sistemi ile daha çok uyumlu gibi görünmektedir. Hükümetin Refah'ın laiklik ilkesini farklı bir şekilde yorumlamak gibi bir niyeti olmadığına inanmaması pek de şaşırtıcı değildir. Maruzatlarında partinin bütün işlerini bu ilke ile yapmak niyetinde olduğunu savunmuşlardır. Anayasa değişikliği üzerine yapılan son zamandaki tartışmaların Refah'ın lehine olduğu bunun üzerine kanıt olarak sunulabilir. Çünkü Refah gayet açıkça laiklik ilkesinin anayasadan silinmesini teklif etmiştir. TAM gayet beklebilir şekilde açıkça bu yorumu takip etmiştir. Bunu yaparken ise Refah'ın hedefinin teokrasi ve şeriat olduğu ve bunu da açıkça yapamayacaklarını bildikleri için gerçek niyetlerini saklamaları gerektiği ve laiklik ilkesini tamamen bir araç olarak kullandıkları ve bu metodun “takiye” yani hedefine ulaşana kadar gerçek niyetini açıklamamak olduğunu söylemiştir (Avrupa komisyonu 2001 sf 59). Yine de AİHM'nin bu yorumlamayı alternatif bir yorumlamanın (laikliğe farklı bir anlam yüklemek) var olabilme ihtimalini tamamen hiçe sayarak doğrudan kabul etmesi de akılda kalıcıdır (2001, Basın sayısı; Avrupa komisyonu 2001 sf 59, 60, 77; 2003 sf 105).

Hem TAM hem de AİHM Refah'ın kapatılmasının neden gerekli, yasal ve makul olduğunu ve yasalar tarafından emredildiğin açıklayabilmek için tarihi ve yeni bağlamlara başvurmuştur. Türk hükümeti laiklik ilkesinin diğer demokrasilere nazaran Türkiye için özellikle çok önemli olduğunu iddia etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti devrimci bir süreç sonunda teokratik devletin laik devlete dönüşmesi şeklinde kurulmuştur ve İslami eğilim hala bir tehdit unsurudur (...) Hükümet Türk vatandaşlarının %95'inin Müslüman olduğuna değinmiştir ve bu yüzden dini fikirlerin

politikacılar tarafından kötüye kullanımının Türk demokrasisine bir tehdit ve olası bir tehlike olduğunu söylemişlerdir ve komşulardaki Teokratik rejimin (İran- Suudi Arabistan) ve onların ahlaki değerlerinin benimsenmesini ve radikal düşünceler için maddi kaynak sağlanmasının ve kutsal savaş (cihat) üzerine söylevlerin yapılmasını buna örnek olarak sunmuştur. Batılı modellerden sonra Türkiye'nin liberal demokrasiye sahip tek Müslüman devlet olduğu söylenmektedir. TAM bu kanıtları sonuna kadar takip etmiştir ve 2001 ve 2003'de AİHM de bu hükmü onaylamıştır. Özellikle de konuşma ve birleşim özgürlüğünün kısıtlanması –(laiklik) ilkeye karşı olan herhangi bir tavır- birinin dinini açıkça gösterme özgürlüğü olarak kabul edilemeyeceği ve madde 9 tarafından korunmadığı belirtilmiştir (AİHM 2001 sf 42). –gereklilik ve orantısallığa gelince ise Mahkeme Türkiye'de teokratik rejimin kurulmasının (...) tamamen imkânsız olmadığına hükmetmiştir (sf 65). Hükümetin iddialarını aynen aktarmak gerekirse; Müslüman çoğunluk; görece yakın Osmanlı teokrasi-tarihi; Refah partisi mutlak güç sahibi değildi ve bu nedenle politik planlarını uygulayabilme şansı olmadı/olamadı (AİHM, 2001 sf 77; 2003 sf 107); anketler bir sonraki seçimlerde %67 oy oranı öngörüyordu.

Açıkçası mahkemelerin tarihsel içerikleri dikkate alması doğrudur (AİHM, 2003 sf 105) çünkü önsözümde de belirttiğim gibi bu şekilde olmadan birbiriyle çelişen anayasal ilkeler ve hakların dengelenmesi mümkün değildir. Ayrıca mahkemelerinin liberal demokratik anayasaya karşı olan tehditleri ciddiye alması sadece politik olarak değil aynı zamanda hukuki olarak da doğrudur. Buna rağmen mahkemeler aşağıdaki konularda bariz bir şekilde yanlıdırlar.

Öncelikle tarihi göz önüne alma şekilleri: teokratik Osmanlıcılığa karşı liberal ve demokratik Kemalist laikliğin fikir çatışmasını aynen tekrarlamışlardır. (AİHM, 2003 sf 125, 126) her ikisi de tarihsel açıdan savunulamaz yapılardır. Türkiye'deki politik İslamcılık yavaş fakat bariz gelişimini göz önüne almadan veya yok sayarak tarihi günümüze yansıtmışlardır. Özellikle Refah ve AK Parti'nin tarihini herhangi bir tarihsel bağlam-salıktan uzak bir şekilde ele almışlardır. Mahkemeler için zaman içinde ilerlemenin (gelişim) (AİHM, 2003 sf 109) anlamı şudur; yönetimdeki (koalisyondaki) partinin herhangi bir mensubunun eskiden yaptığı konuşmalar yakın zamanda yapılan farklı açıklamalar veya davranışlardan daha önemlidir. İkincisi, mahkemelerin görevi teokratik rejimin ilan edilmesinin tamamen akla uygun olmadığını yargılamak değildir fakat, gerçek veya hakiki bir tehdit olup olmadığı hakkında tüm zorlayıcı ve

ikna edici delilleri toplamaktır. Aynen Refah mensuplarının Büyük Daire'ye Birleşik Devletler Federal Mahkemesi'nin açık ve yakın tehlike testini göstererek başvurusu gibi (AİHM, 2003 sf 14, 76) ki bu hâkimler tarafından fikir ayrılığı olmasına rağmen kabul edilmiştir (AİHM, 2001, sf 30). İleri sürülen iddialar herhangi bir sıkı teknik inceleme testi ile uyumlu değildi ve herhangi bir zorlayıcı ve ikna edici kanıt sağlayamadı⁸³. Üçüncüsü, bu iddiaların ışığı altında, alınan tedbirler (parti kapatılması, gelirin hazineye sevki, 5 yıl siyaset yasağı) tamamen orantısız görünüyor. Dördüncüsü, politik iletişim özgürlüğünün kısıtlanması adına olan yasal hedefler gibi (AİHM madde 9,11), birbiriyle çelişen ilkelerin dengelenmesi adına yapılan halk güvenliğinin korunması, ulusal güvenlik, insan hak ve özgürlükleri, suçla karşı korunma gibi konular üzerine olan yaptırımlar (AİHM, 2001 sf 40) tamamen tek taraflı ve mantıksızdır. Çünkü şiddete yol açma tehlikesi olduğu üzerine sunulan kanıtlar tamamen yetersizdir ve bu yüzden Refah'ın kapatılmasının ana nedeni sözüm ona laiklik ilkesi ihlalidir [AİHM, 2001, oy çokluğu (fikir ayrılığı)] ve liberal demokratik anayasacılığın hakları ve kurumları değildir. Laiklik göz önüne alınmış bağlamsal analizden insanı caydırır veya engeller. Türk davalarındaki birbiriyle çelişen hakların dengelenmesi yanlış nedenlerle bağlamsal olarak yanlış hükümler verilmesine yol açmıştır.

Müslümanları “yılanlar” diye çağırmak ve insanları boş laflarla uygunsuz bir yöne yönlendirmek⁸⁴ örneğin; eğer tüm camilerin altını kazarsak hepsinin altında Hindu tapınakları bulursunuz, eğer mescitleri yıkarsanız altlarında Hindu tapınakları bulursunuz (Shiv Sena Partisi lideri Tackeray) gibi söylemler Kasım 1992'de Ayodha'daki Babri mescidinin yıkılmasına neden olmuştur. Bu davranış sadece bir ayrımcı (nefret) söy-

⁸³ Avrupa Komisyonu 2001, karşıt görüşler, sf 32. Ayrıca Kovler'in aynı düşüncedeki fikrine bakın, 2003; Bak. Moe 2003, dipnot 54 ve Moe 2007, dipnot 68; Macklem dipnot 10, sf. 494 ve sonraki sayfalar. Bazı bakış açılarından mahkeme hükümleri özellikle alarm vericidir: Öncelikle, resmi kaynaklardaki (programlar, nizamlar, seçim programları vb.) ve birçok gayri resmi konuşmadaki ve birçok -genellikle tamamen alakasız- davranışlardaki mantıklı ve makul ilişki bariz bir şekilde eksiktir. Yüce Divan resmi kaynakları göz önüne dahi almamaktadır ve bunları tartışmak bir yana, “Refah Partisi demokratik ilkelere karşı bir program önerdi.” hipotezi üzerine ilerlemeye devam etti. (Avrupa Komisyonu sf. 108, 111). İkincisi, başörtüleri, çalışma saatleri, kapalı bayanların resepsiyonlara katılımı ve buna benzer tüm o kapsamlı referanslarla Refah Partisi'nin liberal demokratik anayasacılığa tehdit olduğuna hükmetmek tamamen alakasızdır. Bunun tam aksine tüm bu Kemalist laikçi kısıtlamalar temel liberal hakların kısıtlanmasına gayet sık bir örnek teşkil edebilir. Üçüncüsü, fikir havuzunun kullanımı elbette ki “kesin hükmü” (res judiciana) anayasallaştıran bir yasal metin içinde bariz bir şekilde garip duruyor. (Kovler'in üçüncü noktası sf. 108)

⁸⁴ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 164.

levi değil aynı zamanda şiddeti kışkırtan bir davranıştır ve özgür konuşma ve diğer anayasal korunmaların aşılması için yasal bir nedendir. Hint Yüce Mahkemesi'nin bu hükmü bağlamsal anlamda doğrudur – zorlayıcı ve ikna edici deliller sunmuştur - fakat buna yanlıştır nedenler yüklenmiştir, çünkü eğer aynı şekilde laikler bir toplumsal şiddet eylemine neden olsalardı sonuç aynı olmazdı⁸⁵.

Sonuç olarak, Türk ve Hint Yüksek Mahkemeleri hükümleri sadece kararsız değil aynı zamanda liberal demokratik anayasacılıkla uyumsuzdur. Türk seçkinlerinin laiklik anlayışında “Avrupa ve Türk hukuk otoritelerine ait laikçi kategorizasyonlarda ve sınıflandırmalarda” sadece iki çeşit alternatif vardır: İyilikçi laik demokrasi (Kemalist formunda) veya art niyetli İslami teokrazi (Kemalizmi hiçe sayarak). Hâkimler yeniden formüle edilmiş veya tamamen farklı bir laiklik çeşidinin var olabilme ihtimalini Parti'nin gerçek amacının İslami yasaları⁸⁶ kabul etmek olduğu bahanesiyle tamamen hiçe saymışlardır. Laikliğin farklı bir çeşidinin veya alternatif normatif laikliğin çizgilerini –Hurd'un yaptığı gibi- çizmeden evvel Refah'ın ve AK Parti'nin yaptığı gibi Laikliği desteklerken Kemalizm'e bir saniyeliğine karşı çıkmamız iki nedenden dolayı iyi olabilir. Birincisi, dini partiler laikliği kabullenmeye zorlanmadan önce liberal demokratik anayasacılığın asgari gereksinimlerini nasıl kabul ettiklerini görmelidir. Bu stabil bir doktrinsel, tutumsal ve kurumsal öğrenim sözü vermez, çünkü bu tarz kurumsal güç asimetrisi kurumsal direnç oluşumuna meyillidir. İkincisi, alternatif veya tamamen farklı bir laiklik ilkesi formu tamamen aynı tarzda belirsizlik, karmaşıklık, uyumsuzluk ve gerilim yaratmaya mahkûmdur. Yani AK Parti'nin ve Refah'ın “dini ayırım ve uyuşumun alternatif modellerinin tarihsel ve kültürel yasallaştırılması için” veya “teolojik politikanın⁸⁷ spektrumunda laiklik düzeninin farklı bir yere oturtulması için” yaptıkları çabaları takdir etmeden evvel bazı şeyleri açıklığa kavuşturmak iyi olacak: laiklik lisanı anayasal ve hukuk bilimsel konulardan uzaklaştırılmalıdır. Refah'ın anayasadaki laiklik referansının silinmesi üzerine yaptığı önerinin ne mahkemelerde ne de

⁸⁵ Militan laikler tarafından sarf edilen, Hz Muhammed bir sapık ve sübyancıdır (Hırsi Ali), Müslümanlar keçi-becerenlerin beşinci koludur (Van Gogh), Kuran faşist bir kitaptır (Wilders) tarzında beyanlar elbette ki açıkça ayrımcılık yapıcıdır. Fakat yakın zamanlardaki Hollanda bağlamında değerlendirildiğinde içerik halk düzenine karşı açık ve yakın bir tehlike teşkil etmez bununla birlikte Wilders Amsterdam Bölgesel Mahkemesi tarafından resmi olarak suçlanmıştır. (Ekim 2010'da hüküm beklenmektedir.)

⁸⁶ Shakman Hurd dipnot 24, sf. 70 ve devam eden sayfalar.

⁸⁷ Aynı eserde, sf. 71.

Hurd gibi radikal eleştirmenlerde hak ettiği kadar ilgi ve tartışma yaratmaması çok ironiktir. Bu sözlerin belirtici gücü ne destekleyici ne de karşı çıkan ortaya atılmasına izin vermemiştir.⁸⁸

Laikliğin anayasallaştırılması aynı zamanda stratejik dezavantajlara yol açar. İnsanı normatif olarak bağıntılı konulardan saptırıp, laikçi ve din-darların minimal liberal anayasalcılığı onaylayıp onaylamadıklarının anlaşılmasını güçleştirir. Dinler ve laikler arasındaki genelleştirilmiş ayırım insanı yanlış dostlar (liberal demokratik anayasacılar yerine laikçiler) ve yanlış düşmanlar (liberal demokratik anayasacılık karşıtlarının yerine dinlerin tümü [aynı zamanda illiberal (liberal olmayan) Kemalist laikçiler]) edinmeye sevk eder. Dini politik partileri laikliği (alternatif versiyonlarını) savunmaya zorlar⁸⁹ (politik rakiplerini sözde laikçi olmakla suçlarlar)⁹⁰ ve rakiplerine de “bunu tamamen bahane olarak kullanıyorlar” deme fırsatı sunarlar. Halbuki her ikisi de detaylı ilkelere ve haklara sahip liberal demokratik anayasalcılığa katılmalıydılar. AİHM tüm hususlarda daha az agresif olan bir laikçilik çeşidini ve/veya laikliğin alternatif bir yorumlanmasını (Hurd tarafından savunulan haliyle)⁹¹ kabul etme fırsatını kaçırmıştır, veya benim sözlerimle, Müslüman çoğunluklu ülkelerde reforme edilmiş politik İslam’ı bir destekçi olarak kabullenip, laikçi otoritelerin tüm çeşitlerine karşı koyarak herhangi bir laiklik çeşidini kabullenmeye zorlamadan anayasal devletler yaratma fırsatını kaçırmıştır⁹². AİHM, İslam’ın özünün liberal demokratik anayasayla uyumsuz olduğu yöndeki miti desteklemek yerine, daha önceden oluşmaya başla-

⁸⁸ Neden Hâkim Kovler “siyasi ideolojik söylevler’den” alıntılanan, “İslami Temelcilik”, “totaliter hareketler”, “demokratik rejime karşı tehdit” gibi mahkemelerce kaçınılması gereken kavramlara “laiklik”i eklememiştir?

⁸⁹ Bak. Bader 2007, dipnot 3, sf. 101 ve devam eden sayfalar, koloni dönemi ve sonrasındaki içerikte ve sağlam şekilde kurulmuş Batılı liberal demokrasilerin içeriklerinde stratejik nedenlerden dolayı laiklikten kaçınılmıştır. (Ayrıca bak. not 10, sf. 315 ve devam eden sayfalar)

⁹⁰ Baharatiya Janata Partisi için bak. Sawant, Bommai sf. 140.

⁹¹ Erdoğan’a göre; AK Parti İslam ve demokrasinin bir arada nasıl yaşayabileceği üzerine bir model oluşturuyor (AK haziran sf. 27f Huntington’a karşı). Yine de AK Parti’nin dini tabanlı bir parti olduğunu ve İslamizmle ilgili herhangi bir topluluğa mensup olduğunu yalanlıyor (AK Nisan sf. 48) ve laikliği kabulleniyor: Türkiye, demokrasiyi laiklik temelleri üzerinde uygulamaya koyabilen ve gelişmiş demokratik normları benimseyebilen çoğunluğu Müslüman bir ülke olarak en iyi örnektir (sf. 49).

⁹² Gallup’a göre, 35 farklı ülkedeki 50000 Müslüman’ı içeren kamuoyu araştırmasından çıkan sonuca göre insanların ezici çoğunluğu laik olmayan bir devlet yasasında hemfikirdirler. Bak. J. Esposito, Kim İslam’ın Lehinde Konuşuyor?, 2008.

mış anayasal ve doktrinsel öğrenim işleminin stabil hale getirilmesine ve açıklığa kavuşturulmasına katkıda bulunabilirdi⁹³.

5) Sonsözler: Laikliğin Anayasallaştırılması veya Liberal Demokratik Anayasalcılığın Kabullenilmesi

Genellikle, AİHM'nin "Hükümler bağlamsal olmalıdır." görüşüne ve ulusal anayasa mahkemelerinin kanuni ve gerekli hoşnutluk miktarı olması gerektiği düşüncesine katılmaktayım. Avrupa Komisyonu'nun görevi spesifik, ulusal olarak baskın ilkeleri, tek bir anayasal modeli – ekonominin yönetim modeli, refah devletlerinin anayasal çeşitliliğini, anayasal demokrasi modelini veya bu durumda, devlet/politika ve dini ilişkilerin anayasal modelini- empoze etmek değildir. AİHM anayasal özniteliklere elbette ki odaklanmalıdır. Aynı şekilde farklı bir söylevde yüce mahkemeler için de geçerlidir⁹⁴. Elbette ki mahkemenin amacı işin ehli ulusal otoritelerin yerine geçmek değil, takdir yetkisinin doğru, dikkatlice ve iyi bir inançla kullanılıp kullanılmadığını, müdahalenin adil, orantısız ve haklı yasal hedef gözeterek yapıp yapılmadığını, ulusal otoriteler tarafından ileri sürülen nedenlerin ilişkili ve yeterli olup olmadığını, gözden geçirmektir. Daha önce de alıntı yaptığım gibi, konuşma ve birleşim özgürlüklerine olan müdahaleler durumunda devlete kalan hoşnutluk miktarı dar olmalıdır, özellikle de, fikirlerin ve partilerin çoğulculuğu demokrasinin doğasında var olduğu için partilerin kapatılması durumunda (AİHM, 2003 sf 81). Ne yazık ki Mahkeme, Refah davasında sunulan fiili kanıtları irdeleme fırsatını kullanmamıştır. Daha da önemlisi ve ileriye uzanan gerçekte, AİHM 2001 ve 2003 TAM'a, politik iletişim özgürlüğünün en önemli iki öz niteliğinin kısıtlanması konusunda kendi genel fikrine tamamen zıt ve benim görüşümle çok geniş ve tamamen kanun dışı hoşnutluk miktarı yaratma fırsatı sundu. Üniter cumhuriyeti federalize etmek için anayasa karşıtı denemeler olarak adlandırmıştır⁹⁵.

⁹³ Kritik için bak. Bader, dipnot 43.

⁹⁴ Bak. Avrupa Komisyonu 2003 sf. 98: Kendileri de zaten demokratik değişime açık olan spesifik yorumlamalar ve spesifik kurumsal düzenlemelere suç yüklemek adına; ve bununla aynı anlam taşıyan Ress/Rozakis'in fikirleri 2003: Hiçbir kapsamlı demokrasi kuralları listesi ve en temel hak ve özgürlükler ve haklar ve özgürlüklerin değişimi için yapılan kampanyalar, yani hepsi spesifik hak ve özgürlüklere dayanmaktadır.

⁹⁵ Lautsi'nin İtalya'ya karşı İtalyan devlet okullarındaki çarpmıha gerili İsa heykellerinin sergisine karşı olan davasının hükmünde, Mahkeme İtalya'ya katı tarafsızlık ve katı ayırım doktrinini empoze etti ve İtalya'ya ne bir takdir payı ne de başka bir şey bırakmadı. (Bak. Leigh, dipnot 18, sf. 15-19)

Bunu yaparak Mahkeme'nin kendisi, ulusal tartışmalara, politik insiyatifler ve hareketlere, ve açıkça anayasal öz niteliklerle veya liberal demokratik anayasalcılığın ana prensipleriyle tamamen uyumlu ekonomik, toplumsal, politik ve yasal yapıya derin yapısal değişiklikler getirmeyi amaç edinmiş partilere ciddi kısıtlamalar getirmiş ve bu amaçlara ulaşılması için gücünü kullanmaktan açıkça kaçınmıştır. Dolaylı yoldan TAM'a arka çıkararak, AİHM, azınlık haklarının kurumsallaştırılması ve Müslüman azınlıklarla ulusal ve etnik azınlıkların haklarının savunulmasının anayasallaştırılmasını devlet ve (organize/yaygın) dinler arasındaki anayasallaştırılmış ilişkinin değiştirilmesini veya anlaşmazlığı olan laiklik ilkesinin anayasada değiştirilmesini (yukarıya bakınız; Refah'ın değişiklik önergesi) üniter cumhuriyeti federalize etmek için anayasa karşıtı denemeler olarak adlandırmıştır⁹⁶. Tüm bu reformların anayasaya karşı olduğunu ilan ederek Mahkeme, kendi hareketlerini anayasa karşıtı olmasına neden olmuştur.

TAM aynı zamanda, genellikle kök salmış ayrıcalıklı güçlerin yararına çalışan baskın yorumların ve kurumsal uyarlamaların devam etmesine izin vermiştir. Anayasal mahkemeler ve hâkimler –sözde hiçbir yere bağlı olmaması gereken anayasal öz niteliklerin savunucuları- taraflı ve ön yargılıdır. Refah mensupları Refah'ın kapatılmasının ana nedeninin halk düzeninin veya liberalizmin veya demokrasinin korunması değil de büyük Türk şirketlerinin çıkarlarını -devlet bürokrasisini ve askeriyei kullanarak devletten yardım alması- korumak için olduğunu iddia etmişlerdir ve buna(hâkimleri de içeren) Kemalist elitlerin çıkarlarını da eklemiştir ve açıkçası laikçi politik partiler başarılı politik rakiplerinin ortadan kalkmasından çokça menfaat görmüşlerdir. Hint eyaletleriyle ilgili Başkan Kuralı her zaman rakip politik partileri zayıflatmak veya cezalandırmak için kullanılabilir bir tehdit olarak varlığını sürdürüyor ve bu tehdit eğer laiklik ihlali durumu bahane edilirse –aynı hâkimin Bommai'de deendiği gibi; bunlar açık açık partizan hareketlerdir⁹⁷- çok daha ciddi bir tehlike olarak addedilebilir. Bu nedenle, anayasal mahkemeler –

⁹⁶ TAM'ın baş örtüsü davasındaki (Haziran 2008) tercihi ise daha alarm vericidir. Oysaki anayasa, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini açıkça şekil denetimi ile sınırlamıştır. Mahkeme en nihayetinde esasa ilişkin sebepler üzerine önceden tasdik edilmiş değişiklikleri geri alır ve laikliğin anayasal hükümlerini ihlal eder. Gerekçesinde ise Mahkeme sadece esasa ilişkin anayasal değişiklikleri gözden geçirme yetkisini genişletmekle kalmayıp, aynı zamanda hükümetin anayasal değişiklikler yapabilme gücüne de yeni sınırlar getirmiştir. (Bali, dipnot 22, sf. 4) ve böylece anayasal reform için demokratik kanalları etkili bir şekilde kapatmıştır. Örn. Yeni sivil anayasa taslağı için sonbahar 2007'de Ergün Özbudun başkanlığında toplanan komite (sf. 26 ve devam eden sayfalar).

⁹⁷ Jacobsohn, dipnot 19, sf. 145 ve devam eden sayfalar.

tarafsızlık ve nütürallik örtüsü altında- laikliği ideolojik ve politik savaşlarda bir silah olarak kullanmaya meyillidirler ve bunu yaparken de otoriteyi ve meşruluğu sadece mahkemeler açısından değil yasal sistemin tamamını tehlikeye atarlar.

Yazımı sonlandırırken anayasaların görevleri ve limitli fakat önemli hukuksal görüş ve aktivitenin görevleri hakkında konuşayım.

Anayasaların çok zor bir genellik ve kesinlik dengesi oluşumuna gereksinimi vardır. Bunların tanımları yasalarda ve statülerde tanımlandığından çok daha geneldir. Bunu yaparken tamamen belirsiz halk düzeni, ahlaki değer veya orantısallık gibi genel sıfatlardan kaçınamazlar fakat bunlar mahkeme içtihatlarında tamamen belirsizlik boşluklarını doldurabilmek adına tanımlanmışlardır ve bariz bir şekilde daha detaylı şekilde açıklanmış ilkelerin yerini alamazlar. Anayasa mahkemeleri aynı zamanda ikinci seviye ilkelere de başvurmak durumunda kalabilirler ve hatta anayasal ilkelerin ve hakların yorumlanmasında içeriği dengeleyebilmek adına yasal paradigmalara da başvurmaları gerekebilir. Buna rağmen, göstermeye çalıştığım gibi laiklik, gömülü tarafsızlık, ilişkisel nütürallik ve kültürel meselelerde tarafsızlık gibi sağlam konular dururken değerli bir yol gösterici olmaktan tamamen uzaktır ki bunlar bile liberal demokratik anayasacılığın hak ve ilkeleriyle kıyaslandığında belirsiz kalmaya mahkumdur. Bana göre bunlar da –tüm diğer ikinci seviye ilkeler gibi- mahkemeler ve hâkimler için kabul edilebilir hoşnutluk miktarını aştıkları için anayasallaştırılmamalıdır⁹⁸. Liberal demokratik devletlerin kurumlarının yapması gereken -ki çoğu gerçekten de yapıyor- şudur; minimal ahlaki değer gereksinimlerinin karşılanmasını ve liberal demokratik anayasacılığın özünü garanti altına almaktır. Liberal demokratik anayasacılığın özü küçük minimalist fakat gerçekten de çok güçlüdür.

Tüm aktüel anayasalar bariz bir şekilde daha kalındır. Liberal demokratik anayasacılığın özü tarihten ve karşılaştırılmalı tecrübelerden özetlenmiştir ve çok çeşitli kurumsal çeşitlere olanak sağlar. Aynı temel ilkeler, haklar ve minimalist kurumsal gereksinimler –çünkü bunlar özetlenmiş ve geneldir- bağlamsal tanımlama ve ayarlanmaya gereksinim duyar. Devletler ve anayasalar –gerekli ve yasal olarak tarihsel ve kurumsal içerik bağımlılığı ve kültürel gelenekler yüzünden- yasaları kurumsallaş-

⁹⁸ Bak. Şahin ve Türkiye arasındaki dava hakkında AİHM'nin hükmüne ilişkin kritik takdir: T. Loenen, "Dini çoğulculuk ve AİHM" L. Boerefijn ve diğerleri. Egemenlik Anlayışı ve İnsan Haklarının Değişimi, 2008, sf. 381-395.

tırma şekillerinde, (örn; genel yasa veya kodlanmış yasa, yönetsel ve anayasal mahkemelerin varlığı ve yokluğu) demokraside (örn; çoğulcu veya parçalı temsilcili sistem; dışarıdan temsilcili demokrasiler veya doğrudan demokrasi; başkanlık sistemi veya parlamento usulü), sosyal ya da refah devleti gereksiniminde, (üç veya fazla çeşitli refah kapitalizmi) veya özgürlük ve demokrasiyle uyumlu ekonomik düzen gereksinimlerinde (kapitalist veya sosyalist ekonomiler) farklılık göstermektedir⁹⁹. Bu kurumsal çeşitlemelerin tümü liberal demokratik anayasalcılığın küçük fakat güçlü özünü zıt düşmemek kaydıyla ahlaki yönden uygulanabilir¹⁰⁰. Çünkü bunlar bariz bir şekilde daha kalınlardır ve anayasal değişiklikleri tamamen imkânsız şekilde kısıtlamak yerine (çünkü bunun için demokratik süper çoğunluğa ve uzun ve karmaşık prosedürlere gereksinim vardır.) liberal demokratik anayasalcılığın özünü bağımlı şekilde değişime izin vermelidirler. Eğer –Türk Anayasası’nın ve TAM’ın ve aynı zamanda Hint Yüce Mahkemesi hâkimlerinin de yaptıkları gibibuna izin vermezlerse, demokratik ve yasal kurumsal ve politik dönüşümü men etmiş olurlar ve bunu yaparken de anayasayı ve mahkemeleri yasadışı hale getirmiş olurlar.

42 İddiamdan yapılabilecek bir başka çıkarım ise anayasa mahkemeleri ve hâkimlerin tanımlanmak zorunda olduğudur. Onlar liberal demokratik anayasanın minimal özünü ilgili konuları hukuksal aktiviteler içinde belirlemelidirler. Fakat liberal demokratik anayasanın özünü uyumlu tüm liberal demokratik politikaların kurumsal yapılarının yasal çeşitlemelerinin tüm konuları ve değişimleri üzerinde hukuksal çalışmalar yapıp bunu kendilerini dizginlemek için kullanmalıdırlar. Bunu anlamaya çalışan politika ve politik belgeleri de içeren, tüm bu alternatifler, geniş ve özgür reddi (inkarcı) halka açık tartışmalarda ve demokratik kararlaştır-

⁹⁹ Bak. V. Bader ve diğerleri, “Çoğulculuğu Ciddiye Alma. Siyasal felsefe hakkında kurumsal dönüş üzerine tartışma”, 2003 Felsefe ve Sosyal Eleştiri, no 4, sf. 375-406. Hiçbir kurumsal düzenleme tek başına tüm bağlamlarda ve durumlarda en iyi olamaz. İdeal bir teori yerine mukayeseli bir düşünüş üzerine çalışmalıyız. (ayrıca bak. Sen, dipnot 42, sf. 106-111)

¹⁰⁰ Burada Gary Jacobsohn’la çok ciddi bir şekilde ayrı düşünüyoruz, dipnot 19, iki yönden: (i) anayasal devletler, elbette ki, formların çeşitliliğini farz edebilir. (sf. 11) ve koşullar tarafından sınırlandırılmış alternatif model çeşitlemeleri üzerine özgürlük derecelendirmesine sahiptirler (örn. Dini toprak parçası karakteristikleri ve baskın dini inançlar) ve gerekli sınırlamalara, anayasal rejimler ailesini ihlal eden rejimleri dışarı koyarak (sf. 11). Bu yüzden, biz liberal demokratik anayasalcılığı uygun bir bağlamda tanımlamalıyız. Fakat rejimleri laik anayasal gelişim modeli olarak tartışmamalıyız. (sf. 10). Bunun yerine laikliği uygun bir bağlamda tanımlamaktan ve laikliği anayasalaştırmaktan şiddetle kaçınmalıyız. (ii) Biz, kabul edilebilir anayasal değişikliklerin mesafesini sınırlayan anayasal öznitelikleri laiklik açısından değil, asgari ahlaki değer ve asgari liberal demokratik anayasacılık açısından ifade etmeliyiz.

malarda ve mahkemelerde tutucuların, liberallerin, neo-liberallerin, ve aynı zamanda radikal demokratların, ve sosyalistlerin de katılımı sağlanarak tartışılmalı ve kararlaştırılmalıdır¹⁰¹. Militan demokrasi, demokrasinin kurumsallaştırılması için oluşturulan çeşitlemelerden bir tanesidir. Genel anlamda, liberal demokratik anayasacılığın özünü karşılaştırıldığında özel bağlamları nedeniyle mazur görülebilecek bir takım ciddi güçlükler içerir. Fakat eğer, laikliğin anayasallaştırılmasıyla birleştirilirse bu anayasanın özünü paramparça etmeye yetecek tehlikeli bir karışım ortaya çıkartır.

¹⁰¹ 1950'lerin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin tutucu yargı müdahalesi (ki bunlar Sozialstaat'ın daha alt versiyonunu dahi anayasaya aykırı bulmuşlardır.) üzerine olan eleştiriler için benim hocam Wolfgang Abendroth'a bakınız; Avrupa Adalet Divanı'nın neo-liberal yargı hareketi: Bak. F. Scharpf, "çok seviyeli Avrupa Politikalarının Meşruluğu", 2009 Avrupa Siyasi Bilimler Dergisi, no. 1/2, sf. 173-204; Roberto Unger'in "güçlendirilmiş demokrasi'sindeki solcu yargısal aktivizmi: bak. V. Bader, 'Güçlendirilmiş Demokrasi Anayasası: Rüya mı Kabus mu?', R. De Lange ve diğerleri, Çoğulcu Meşruiyetler. Avrupa'da Eleştirel Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1991, sf. 118/6-134/22.

DAVALAR

• Türkiye

Mahkeme Kararları: Refah Partisinin Kapatılmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararında Bazı Bölümler; 5tcc-decision.doc

-Refah Partisi Davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vermiş Olduğu Karar, (*The Welfare Party) Erbakan, Kazan and Tekdal v Turkey* (Press Release 31.7.2001; Judgment 31.7.2001), www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2001/495.html

-Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye isimli davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu Karar (*The Welfare Party) and others v Turkey* (Press Release 13.2.2003; Judgment 13.2.2003), www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2003/87.html

-AK Parti'nin İddialara Verdiği Cevap 30 Nisan (2008)

-AK Parti'nin İddialara Verdiği Cevap 16 Haziran (2008) (Çeviri: Cüneyt Yüksel)

44

• Hindistan

-Hindistan Yüksek Mahkemesi

-*S.R. Bommai vs Union of India* 11/03/1994; www.indiankanoon.com/doc/596735/

-*Smt. Sarla Mudgal, President, Kalyani & ors. Vs Union of India & ors.* 10/05/1995

-*Dr. Ramesh Yeshwant Prabhoo vs Shri Prabhakar Kashinath Kunte & Ors.* 11/12/1995

KAYNAKÇA

- Alam, “Laiklik düşüncesi ve Hint Yüce Mahkemesi” yayınlanmamış konferans kâğıdı, Utrecht, 25 Mayıs 2009.
- An-Na’im, Devlet İslamcı Olamaz, Laik Olmak Ne Demektir? Konferans Sayfası, 2008, İstanbul Temmuz 6-9.
- V. Bader, “Yetkili Demokrasi Anayasası: Rüya mı Kabus mu?”, R. De Lange ve diğerleri, Çoğulcu Meşrutiyetler. Avrupa’da Kritik Yasal Çalışmalar, 1991, sf. 118/6-134/22.
- V. Bader, “Dini Çoğulculuk. Laiklik veya Demokrasiye Öncelik?” 1999 *Siyaset Teorisi*, sayı 5, sf. 597-633.
- V. Bader, Laiklik ya da Demokrasi? *Dini Bölünmüşlüğü Ortak Yönetme*, 2007.
- V. Bader, “Laiklik, Halk Sağduyusu veya Ortalama Kavgacı Demokrasi?”, G.B. Levey & T. Modood (ve diğerleri), Laiklik, Din ve Çoklu-Kültürlü Vatandaşlık, İçinde Cambridge UP, 2009, sf. 110-135.
- V. Bader, “Yasal Çoğulculuk ve Ayırt Edilmiş Ahlaki Değer: Ontario’da Şeriat?”, R. Grillo ve Diğerleri, Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 49-72.
- V. Bader, “Hariç tutulmuş? Dahil edilmiş? Temelci? Liberal Demokratik Devletlerde Dini İnançlar” Birinci Derek Zutshi Anma Sempozyumu: Liberal Devletlerde Dini İnanç. Bristol Üniversitesi, 18-19 Mayıs 2010.
- V. Bader, “Dinler, Tolerans ve Liberal Demokrasi. Doktrinsel, kurumsal ve tutumsal öğretisi üzerine bir teori” (yakında yayınlanacak) M. Mookherjee ve diğerleri. Dini Çoğulculuk Zamanında Tolerans ve Kabuleniş, Springer, 2010.
- V. Bader “Laiklik ve Militan Demokrasi: Türk ve Hint anayasal tartışmalarındaki laiklik tuzakları” Konferans sayfası “Din, Laiklik ve Demokrasi” Delhi, Ocak 4-7,2009.
- V. Bader ve diğerleri, “Çoğulculuğu Ciddiye Alma. Politik felsefe hakkında kurumsal dönüş üzerine tartışma”, 2003 Felsefe ve Sosyal Eleştiri, no 4, sf. 375-406.
- Bali, “Ulusal Yapılanma üzerine Kültürel Devrim: Türk devlet formasyonu ve bunun ebedi patalojisi”, konferans kâğıdı, İstanbul, Eylül 2009.

- R. Bhargava, (ed.) Laiklik ve Eleştirileri, 2009.
- R. Bhargava, “Politik Laiklik: Hint versiyonundan neler öğrenilebilir?” G. B. Levey ve diğerleri. (sonraki sayfalarda) Laiklik, dini inanç ve çok kültürlü vatandaşlık, , Cambridge UP, 2009, sf. 82-109.
- R. Bhargava, “Neden Laik Demokrasi Değil?”, 2009 Etnik Köken dergisi sayı 4, sf. 553-560.
- J. Carens, İki Adalet Anlayışı, 1997 *Siyaset Teorisi* no. 6, pp. 814-820.
- J. Carens, *Kültür, Vatandaşlık ve Toplum*, 2000.
- J. Casanova, “Sivil Toplum ve Din”, 2001 Sosyal Araştırma, sayı 4, sf. 1041-80.
- M. Dressler, “Türkiye’de Laiklik Tartışmaları”, Konferans kâğıdı, Din, Sekularizm ve Demokrasi, Temmuz 7-9, 2008 İstanbul.
- S. Fleischacker, Dağılımsal Yargı Üzerine Kısa Tarih, 2004.
- J. Fox, *Din ve Devlet*, 2008.
- R. Hirschl, ve diğerleri, “Yeni Ayrım Duvarı: Çeşitliliğe İzin, Mücadeleye Engel”, 2009 Cardozo Hukuk Dergisi, sayı 6, sf. 2535-2560.
- G. Jacobsohn, Yasa Tekerleği. Karşılaştırmalı Çerçeveden Hindistan Laikliği, 2003.
- B. Kaplan, İnanç Tarafından Bölünmüş, 2007.
- E. Keyman, “Türkiye’de Laiklik, Demokrasi ve İslam” konferans Kâğıdı. “Türkiye’de Din, Laiklik ve İslam” konferans kâğıdı, İstanbul 2008 Temmuz 6-9.
- Kuru, “Pasif ve Agresif Laiklik. Dine Karşı Tarihsel Durumlar, İdeolojik Çekişmeler ve Devlet Politikaları” 2007 Dünya Siyaseti 59, sf. 568-94,
- T. Loenen, “Dini çoğulculuk ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” (eds) I. Boerefın ve diğerleri. Egemenlik Anlayışı ve İnsan Haklarının Değişimi, 2008, sf. 381-395.

- P. Macklem, “Militer demokrasi, yasal çoğulculuk ve hür-irade paradoksu”, 2006 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 3, sf. 488-516.
- P. Macklem, “Militer demokrasi, yasal çoğulculuk ve hür irade paradoksu”, 2006 Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, sayı 3, sayfa 488-516.
- P. Macklem, “Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları”, 2009 *ICON* no. 3&4, Sf. 531-552
- T. N. Madan, “Yerinde Laiklik”, (eds) R. Bhargava, 1998, Laiklik ve Eleştirileri, Oxford Üniversitesi Gazetesi, 1998, sf. 297-320.
- T. N. Madan, “Hint Laikliği: Bir Dini ve Laik İdeal”, Konferans sayfası; İstanbul, 6-9 Temmuz 2008.
- J. Madeley, “Aslan, Cadı ve Dolap”, Konferans kâğıdı, İstanbul 24-26 Eylül 2009.
- G. Mahajan, “Grup içi eşitlik kültürel çeşitlilikle beraber var olabilir mi?” (eds) A. Eisenberg ve diğerleri. Azınlık İçindeki Azınlıklar, 2005, Cambridge UP, Sf. 90-112.
- T. Mahmood, “Shah Bano Yargısı”, 1985 İslami ve Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi, sayı 5, sf. 110-120.
- W. Menski, “Hint Laikçi Çoğulculuğu ve Bunun Avrupa’daki İlişkisi”, (eds) R. Grillo ve diğerlerinde., Yasal Uygulama ve Kültürel Çeşitlilik, 2009, sf. 31-48.
- C. Moe, Refah Partisi ile Türkiye Arasındaki Dava, 2003 Uluslararası Kar Amacı Gütmeyen Hukuk Dergisi, sayı 1.
- C. Moe, “Strasbourg’un İslam Tefsiri: Refah hükmü hakkındaki eleştiri” Avrupa’da İslam. Görünen Yasal Mevzular, 2007.
- N. Rosenblum, İnanç Talepleri ve Vatandaşlık Yükümlülükleri, 2000.
- N. Rosenblum, Vatandaşlığın Yükümlülükleri ve İnancın Gereklere, 2000.
- M. Rosenfeld, “Sempozyum: Dini Diriliş Zamanında Anayasacılık ve Laiklik: Küresel ve Yerel Kökten Dincilik Mücadelesi”, 2009 Cardozo Hukuk İncelemeleri, sayı 6. “Giriş: Küreselleşme ve Dini Diriliş Çağında, Anayasacılık, Laiklik ve Din Barışabilir Mi?” sf. 2333- 68.

- Sajo, “Anayasal Laiklik Kavramı İçin Önkoşullar”, Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi, 2008, Sayı 6, sf. 605-629.
- Sajó, Anayasacılık ve Laiklik, Kamusal Akıla Olan İhtiyaç, 2009 *Cardozo Hukuk Dergisi* no. 6, Sf.. 2401-2429.
- F. Scharpf, “Çok Seviyeli Avrupa Politikalarının Meşruluğu”, 2009 Avrupa Siyaset Bilimi İncelemeleri, no. 1/2, sf. 173-204.
- Sen, Yargı Fikri, 2009.
- E. Shakman Hurd, Uluslararası İlişkilerde Laiklik Politikaları, 2008.
- Soner, Toleransın Sınırı: Nasıl olur da Müslüman azınlıklar Türkiye’de yabancı muamelesi görebilir? C. Timmermann ve diğerleri (sonraki sayfalarda), Boşluklar arasında; Avrupa ve Ortadoğu Arasındaki Hıristiyan ve Müslüman Azınlıklar, 2008.
- G. Stopler, ‘Batılı Liberal Devletlerdeki Anayasal Laiklik ve Şeriat Mahkemeleri’ Konferans Gazetesi İstanbul, 24-26 Eylül 2009.
- C. Taylor, “Laiklik Modları”, R. Bhargava, Laiklik ve Eleştirileri, 1998.
- C. Taylor, “Önsöz. Laiklik nedir?” G.B Levy/Modood (eds) 2009. sf. xi-xxii
- G. M. Tezcur, chapter 4: “Müslüman Reformculuğu: Laiklik ve Liberal Demokrasi ile İlişkiler”, 2009.
- J. Temperman, Devlet-Din İlişkileri ve İnsan Hakları Hukuku, yayınlanmamış Taslak, Mart 2009.
- F. Tulkens, “İnsan Hakları ve Kilise Din İlişkileri Üzerine Avrupa Komisyonu: Çoğulculuğa Karşı Çoğulculuk” 2009. *Cardozo Hukuk İnceleme*, sayı 6, sf 2572-2591.
- K. Wald, Amerika’daki Dini inanç ve Politika, 2003.
- N. Walker, “Anayasacılık ve Demokrasi Çerçevesi: Yinelemeli Bir Gerilim”, yakında yayınlanacak (2010)
- L. Zucca, “Laik Devlet Krizi – Profesör Sajo’ya Karşılık”, 2009 *ICON* no. 3, sf. Sf. 494-512.