

Özgür Birey
Sivil Toplum

Demokratik Devlet

EGEMENLİK KAYITSIZ SARTSIZ MİLLETİNDİR

YENİ ANAYASA RAPORU





YENİ ANAYASA RAPORU

Temmuz 2009



MEMUR - SEN Yayınları
Ar-Ge Dizisi - 5

Baskı - Teknik Hazırlık
Hermes Ofset

Kazım Karabekir Cad. Murat Çarşısı 39/16 İskitler / ANKARA
Tel : 0312 384 34 32 - 341 01 97 • Faks : 0312 341 01 98
www.hermesofset.com.tr

Basım Tarihi / Adedi
24.07.2009 / 10.000 Adet

Memur Sendikaları Konfederasyonu
GMK Bulvarı Özveren Sokak No: 9/4 Demirtepe/ANKARA
Tel: 0312 230 48 98 - 230 09 72-73 • Faks: 0312 230 39 89
www.memursen.org.tr

ÖNSÖZ

Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş ve var oluş temelini oluşturan **“Egemenlik bilâ kayd-u şart milletindir.”** ilkesini önceleyen ve önemseyen bir sivil toplum örgütü olarak ülkemiz ve insanlarımız adına en önemli talebimiz, çağdaş demokrasinin bütün kuralları ve kurumları ile tam ve koşulsuz bir şekilde hayata geçirilmesidir. Kurucu genel başkanımız Mehmet Akif İNAN’ın **“Nehirler düşlerim göl kenarında.”** sözüyle simgeleştirdiği ve Memur-Sen’i aynı kuldaki diğer sivil toplum örgütlerinden farklı kılan “statükoya mahkûm olmamak” ilkesi gereğince; demokratik devlet, özgür birey, sivil toplum, hukukun üstünlüğü kavramlarını somut anlamda yaşanır kılmak mücadelesindeki görev ve sorumluluğumuzu “talepte bulunmak” eylemiyle gerçekleştirdiğimizi kabul etmemiz mümkün değildi. Ülkemizi ve insanımızı “demokrasi makyajlı militarizm” rejiminin mimarı 1982 Anayasası kamburundan kurtarmak, “İnsanı yaşat ki; Devlet yaşasın” ikliminin hakim olduğu yeni bir anayasa için Memur-Sen daha fazla katkı sunabilirdi.

Bu nedenle, temel hak ve özgürlükleri önceleyerek “özgür birey”, “şeffaf ve hesap verebilir Devlet”, “çözümde paydaş sivil toplum”, “bağımsız ve tarafsız yargı”, “erkler arası denge ve işbirliği” kavramlarını hayal olmaktan çıkaracak yeni ve sivil irade ürünü bir Anayasa talebimizin niçin ve nasıl sorularını cevapsız bırakmayacak şekilde, başta siyasi aktörler olmak üzere kamuoyuna deklare edilmesi gerektiği kararına vardık.

Sorunları dile getirmek kolaycılığını reddeden ve çözüme paydaş olma iradesiyle sivil toplum örgütü olmanın gereklerini yerine getirmek sorumluluğuyla vardığımız bu karar, ilerleyen sayfalarda sizlerle paylaşacağımız ve ülkemizin gerçek anlamda “demokratik hukuk devleti” olmasına katkı sağlayacağına inandığımız yeni Anayasanın sahip olması gereken ruhu ve ilkeleri kapsayan öneri ve beklentilerin konunun paydaşlarına ve sorumlularına aktarıldığı/aktarılacağı sivil bir manifestonun ortaya çıkmasını sağladı.

Ülkemizin ve insanlarımızın, darbelerle fiilen tanıştığı 1960 yılından bu yana ortaya konan Anayasa metinlerinin neredeyse tamamının “militer ürün” olması ayıbından kurtulmak adına tüketeceği zamanı kalmamıştır. Kurtuluş ve Kuruluş Savaşını savaş ortamında kurduğu meclisle yürüten ve zaferle sonuçlandıran bu toplum, şüphesiz ki, sivil irade ürünü bir anayasayla yönetilmeyi ve yönetmeyi dünya üzerindeki diğer toplumlardan daha fazla hak ediyor. Egemenliğin sahibi olarak anayasa vazetmek, bu yolla sahip olduğu hakları teminat altına almak ve kendisinin var ettiği Devleti tanımlamak hak ve yetkisine sahip olan millet, kendisini yok sayan ruha ve hükümlere ev sahipliği yapan 1982 Anayasasından kül halinde kurtulma istek ve kararlılığını konuya du-yarsız olanların dahi anlayacağı şekilde defalarca dile getirmiştir. Kuru-luşu ve değerleri millete dayanan, bu yönüyle milletin bizatihi kendisi olan Memur-Sen olarak, bu sesi somutlaştırmak ve muhataplarına ulaştırmak amacıyla ana nüvesi milli egemenlik olacak bir anayasanın sahip olması gereken ruhu ve ilkeleri tespit ettik.

Bu çerçevede, toplumun Yeni Anayasa talebine ilişkin kararlılığını yansıtmak yanında Yeni Anayasa’da yer almasını beklediği ve istediği hükümlere de ışık tutmak amacıyla yaptığımız çalışmanın içeriğinde;

Özgürlükçü, bireyleri özgürleştirme amacına ve demokratik, şeffaf ve hesap verir Devlet idealine hizmet edecek , “millet”, “üniter devlet”, “lâiklik”, “sosyal devlet” ve “hukuk devleti” gibi kavramları, “resmi ideoloji”nin tahakkümünden kurtararak “kuşkulanan devlet”ten, “kucaklayan devlet”e yönelmeyi sağlayacak şekilde tanımlamak suretiyle Anayasaya özgürlükçü ve özgürleştirici ruh kazandıracak Başlangıç Bölümü talep ve önerisine yer verdik. Bu sayede, toplumun milli egemenlik, tam ve koşulsuz demokrasi, temel hak ve özgürlükler, hukukun üstünlüğü gibi Anayasanın temelini oluşturacak konulardaki beklenti ve isteklerini sözün başında olanca yalınlığıyla ifade ettik. Kuvvetler ayrılığını çatışma gerekçesi olmaktan kurtaran, milli iradenin asli ve mutlak ifade alanının TBMM olduğunu belirten, temel hak ve özgürlükleri Devlet açısından risk olarak görmeyen, özgürlükleri değil Devletin birey ve toplum üzerindeki güç kullanımına sınırlamalar getiren bir Anayasaya sahip olmak adına yapılması gerekenleri gerekçeleriyle birlikte belirttik.

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne yönelik sınırlamaları ve tehditleri ortadan kaldırarak düşünce özgürlüğünün tam anlamıyla var edilmesine, kişi ve kurumların eğitim-öğretim hakkına fiili ihlaller türetme keyfiyetine son vererek eğitim-öğretim özgürlüğünün gerçek an-

lamda tesisine, din eğitimi ve öğretiminde bireylere ve sivil oluşumlara hizmet almak ve hizmet sunmak açısından hak ve özgürlükler sağlanmasına katkı sağlayacak Anayasal bir çerçevenin çizilmesi gerektiğini ifade ettik.

İnancını giyimine yansıtanların eğitim-öğretim ve çalışma hakkı konusunda yaşadıkları mahrumiyet ve mağduriyeti sona erdirecek, işçi ve kamu görevlileri arasında toplu sözleşme ve grev hakkı odaklı ayırıcılığa son verecek, kamu görevlilerini siyaset yasağından kurtaracak, “vatandaş” kavramını bütünleştirici bir dille tanımlayacak, yargı tarafsızlığının yargı bağımsızlığının ön koşulu olduğunu vurgulayacak, Cumhurbaşkanının yetkilerini Cumhurbaşkanlığı makamının sembolik niteliğiyle uygun hale getirecek, sivil-askeri yargı olmak üzere çift başlı yargı sistemine son verecek, kuruluşunu, görev ve yetkilerini yeniden düzenlemek suretiyle Anayasa Mahkemesine kendisini Anayasanın üstünde görmek fırsatı vermeyecek hükümlerin gerekliliğini vurguladık. Sözün kısası, Yeni Anayasa da yer almasını beklediğimiz ve istediğimiz ilke ve yaklaşımları, “Niçin istiyorsunuz?” sorusuna gerek kalmayacak netlikte beyan ettik.

Yeni ve sivil bir Anayasanın hazırlanmasının daha fazla ertelenemez bir siyasi sorumluluk olduğuna dair kanaatimiz, toplumumuzun yeni anayasaya ilişkin talebini seslendirmek ve şekillendirmek konusundaki eylem ve faaliyetlerimize devam etmeyi gerekli kılıyor. Bu kapsamda rapora ilişkin eleştirileriniz ve değerlendirmeleriniz, anayasa taslağı çalışması yapmamıza da katkı sağlayacaktır.

Sanılanın ve söylenenin aksine, kenarında nehir düşlenen göllerin nehre dönüşmesine zemin hazırlayacak sivil irade ve idareyi demokrasi ve hukukun üstünlüğüne bağlı kalarak ortaya çıkaracak sivil irade ürünü bir Anayasayla yönetmek ve yönetilmek konusunda toplumsal mutabakat fazlasıyla oluşmuştur. Bu mutabakata olan inanç ve güvenle kamuoyuna sunduğumuz “Yeni Anayasa Raporu”, yeni anayasa beklentilerini karşılamak sorumluluğunu taşıyanlara anayasanın kül halinde değiştirilmesi konusunda “toplumsal mutabakat” değil “siyasi takat” testi aşamasında olduğumuz mesajını da verecektir.

“YENİ ANAYASA” raporunu hazırlayan komisyonda görev alan yönetim kurulu üyelerine, konfederasyonumuz danışmanlarına ve bilim adamlarına Memur- Sen camiası adına teşekkür ediyorum.

Saygılarımla ...

Ahmet GÜNDOĞDU
Genel Başkan



1. BÖLÜM

NİÇİN YENİ ANAYASA

Sahip olduğu tarihsel siyasal gelişim sürecinin bir yansıması olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının hiç biri ne yazık ki, egemenliğin sahibi olan milletin kararıyla ve onun iradesiyle vücut bulmamıştır. Daha somut bir ifadeyle, egemenliğin sahibi olan millet, Anayasa vazetmek yetkisini ve gücünü kullanma imkanından bilinen sebeplerle mahrum bırakılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bu yana muhatap olduğumuz 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının ortak özellikleri olan bu durum, sadece söz konusu Anayasaların meşruluğu açısından bir tartışma oluşturmakla kalmamış, Devlet-vatandaş ilişkilerinde de ilişkinin her iki tarafının birbirleriyle mesafeli ve kaygıya dayanan bir etkileşim kurmalarına da kaynaklık etmiştir. Devlet-vatandaş arasında kaygı ve güvensizliğe dayanan bu iletişim şekli, gerek demokratik Devlete gerekse demokrasi kültürünü özümsemiş topluma ulaşamamak sonucunu da beraberinde getirmiştir. Yalın demokrasinin olmazsa olmazı olan egemen erkin millet olması gerçeğinin tam olarak kavranamaması ve yaşanamaması sonucunu doğuran bu eksikliğin ortadan kaldırılması, gerek siyasi gerekse hukuki açıdan ertelenemez bir sorumluluk haline gelmiştir.

Yönetim şekli olarak Cumhuriyet rejiminin benimsendiği sistemlerde bu neviden eksikliği sona erdirmenin makul ve makbul yolu, kayna-

ğını ve meşruiyetini milli iradenin oluşturduğu bir Anayasa metni oluşturmaktır. Oysa, ülkemizde bu yöntem bu güne kadar ya kullanılmamış ya da kullanılmamıştır. Muadili bulunmayan bu yöntemin yerine, ülkede yaşanan (daha doğrusu yaşatılan) kaos ortamlarını sona erdirmek gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen militarist darbeler veya Silahlı Kuvvetlerin yasama ve yürütme erkine yönelik sözlü, yazılı ya da fiili uyarıları sonrasında ruhuna ve lafzına vatandaşların müdahil olamadığı anayasaları veya anayasa değişikliklerini yürürlüğe koymak gibi Cumhuriyet kavramıyla, demokratik ve parlamenter rejimle bağdaştırılması aklen ve hukuken mümkün olmayan bir yöntemle mahkumiyet söz konusudur. Yöntemin içerdiği bu garabet, Anayasa metinlerine de sirayet etmiştir. Mevcut Anayasa dahil bu yöntemle vücut bulan Anayasalar; yapılan bütün iyi niyetli değişikliklere rağmen Devlet-vatandaş ilişkilerinin ve Devlet organizasyonunun tanımlandığı, kişi hak ve özgürlüklerinin tanımlanıp teminat altına alındığı temel normları ihtiva etmek yerine öncelikle darbeyi ve darbecileri aklayan ve özelliklerini Devletin belirlediği tek tip vatandaş hükümleriyle resmi ideoloji içeren ve bu ideolojinin manifestosunu dayatma belgesi olarak görülmekten kurtulamamıştır. 1982 yılında yürürlüğe giren mevcut Anayasanın halk tarafından %91 oranında evet oyuyla kabul edilmesi, ruhuna ve hükümlerinin büyük bölümüne etki eden bu gerçeği yok saymayı mümkün kılmadığı gibi ona meşruiyet debisi yüksek bir temel norm vasfı da kazandıramamıştır. Mevcut Anayasanın meşruiyet sorununun olmadığı iddiası; yürürlüğe girdiği tarihten bugüne değin sürekli eleştiri ko-

nusu yapılmasına, toplumun beklentilerini karşılamaktan uzak olmak yanında laik, demokratik ve sosyal hukuk devletini mümkün ve mukim kılmaya engel olduğuna ilişkin toplumun farklı siyasi ve ideolojilere sahip kesimlerince yapılan tespitler karşısında ne siyaset nede sosyoloji bilimiyle açıklanabilir ve kabul edilebilir bir iddia değildir.

Derinlemesine bir analiz yapıldığında toplumun neredeyse bütünü-
nün, bu Anayasayla özgürleşmeye, sivilleşmeye, demokratikleşmeye
yönelik kapsamlı ve olumlu adımların atılmasının mümkün olamaya-
cağı şeklinde ortak bir kanaate vardığı görülmektedir. Gerek ruhu ge-
rekse lafzi yönüyle yetersizliği konusunda bu denli duru ve yüksek bir
toplumsal mutabakata rağmen 1982 Anayasası'nın varlığını halen nasıl
devam ettirebildiği, her açıdan incelenmesi gereken bir konudur. Biz-
ce, 1982 Anayasası'nın halen hüküm sürebilmesinin ve yeni bir Anaya-
sa metninin ortaya konulamamasının en önemli nedeni, Cumhuriyetin
ilanından bu yana ortaya konan Anayasal metinlerin, milletin ve millet
tarafından oluşturulan yasama organının mevcut Anayasayı ilga etmek
suretiyle yeni bir Anayasayı yürürlüğe koyacak düzeyde egemen ola-
mayacağı şeklinde vatandaşlar ve siyasi aktörler üzerinde oluşturduğu
dayatmadır.

Ancak, özellikle 2000'li yılların başlangıcından itibaren “kral çıplak”
demenin mümkün olduğunu kavramış ve bu kavrayışı kendisiyle ilgili
mesellerde dahi dillendirmeye cesaret edebilen bir toplum olma yolun-
dayız. Bu kavrayış ve cesaret, 1982 Anayasasının eleştirilecek yönleri-
ne ve eksikliklerine ilişkin tespitle sınırlı sivil itaatsizlik algısının “Yeni

Anayasa istiyoruz” söylemine dönüşmesinin zeminini de hazırlamıştır. Öyle ki, bu zeminde yer alanlar, siyasi iktidarın ve yasama organında temsil edilen diğer siyasi partilerin ortak mutabakatıyla şekillendirilen iyiniyetli Anayasa değişikliği paketlerini dahi gereksiz bir zaman kaybı olarak değerlendirmek suretiyle yeni anayasa konusundaki kararlılıklarını ortaya koymuştur. Diğer bir ifadeyle toplum, mevcut Anayasanın değiştirilmesi ve yeni bir Anayasa hazırlanarak yola devam edilmesi konusunda kendiliğinden oluşmuş kuvvetli bir mutabakata sahiptir. Bu fiili durum karşısında, “önce toplumsal mutabakat” gerekçesiyle yeni Anayasa konusunda kararsız ve çekimser davrananları makul görmek mümkün değildir.

“Niçin yeni Anayasa?” sorusuna cevap vermeyi kolaylaştıran hatta cevap aramayı gereksiz kılan yukarıdaki tespit ve açıklamaların arkasından söylenecek en anlamlı söz, millet yeni Anayasa’ya ihtiyaç olup olmadığının değil yeni Anayasanın nasıl olması gerektiği konusunun tartışılmasını beklemekte ve istemektedir.

Kuruluş anayasası dahil Cumhuriyet’in ilanından bu yana hüküm süren bütün anayasal metinlerde yer alan sivil iradenin ve devletin kuruluş temellerini oluşturan milli egemenlik ilkesinin, yok sayılmasına zemin hazırlayan hükümler nedeniyle sahip olduğu egemenliği kullanması engellenen millet;

a) Egemenliğin sahibi olmasına rağmen kendisini öteleyen ve nasıl bir Devlet sorusu yerine resmi ideoloji nasıl bir birey ister sorusuna cevap üreten,

b) Gerek başlangıç bölümünde gerekse hükümlerinin bütününde sivil, demokratik, özgürlükçü ruha kapılarını kapatan ve Devleti var eden milli egemenlik ilkesine yönelik tehlikelere ev sahipliği yapan,

c) Kuvvetler ayrılığının, Devleti oluşturan erkler arasında işbölümüne dayanan amaç çakışması olarak değil amaç ve araç çatışması olarak gerçekleşmesine neden olan,

ç) “Anayasal kurum” şemsiyesiyle millete hesap vermekten kurtarılan (YÖK, HSYK ve YAŞ vb) kurumların varlık sebebi olan,

d) Hükümleri -yazımında kullanılan dile bağlı olarak- konjonktüre göre yorumlanacak kadar belirsiz olan,

e) Anayasa terminolojisiyle bağdaşmayacak kadar kazuistik bir yöntemle yazılmasına ve oldukça fazla sayıda madde barındırmasına rağmen, “laiklik”, “sosyal devlet”, “üniter devlet”, “hukuk devleti” gibi lafzının ve ruhunun bütününe sirayet ettirilen kavramların tanımlarının yer almaması gibi büyük eksiklikleri bulunan,

f) Siviller ve askerler için farklı mahkemeler öngörmek suretiyle sivil ve askeri olmak üzere iki tür yüksek yargı teşkilatı oluşturan,

g) Sivil iradeyi silahlı kuvvetler üzerinde de tasarruf kullanabilecek bir hiyerarşik güç olarak görmemek suretiyle Cumhuriyet yönetimiyle ve demokratik parlamenter rejimle bağdaşmayan sivil irade-silahlı kuvvetler ilişkisi oluşturan,

ğ) Hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmazlarından olan “anayasa yargısı” uygulamasının, bu yargıyla görevli yüksek mahkemece “ana-

yasasının nasıl ve hangi içerikle değiştirileceğine biz karar veririz” anlayışıyla kullanılmasına zemin hazırlayan,

h) Milli iradenin tecelligahı olan yasama organının tasarruflarının dahi –haklı olarak- yargılama konusu yapılmasına imkan sağlarken HSYK ve YAŞ gibi kurumların kararlarını yargı denetimi dışında tutmak gibi bir garabeti içinde barındıran,

ı) Özgürlüklere ilişkin hükümlerinde özgürlüklerin kullanılmasını ve teminat altına alınmasını sağlayacak özgürlükçü bakış yerine nasıl ve ne şekilde sınırlandırılacağı temelinde kısıtlı özgürlük anlayışını esas alan,

ı) Temel hak ve özgürlüklerin azımsanmayacak bir bölümünü hem hak hem ödev olarak düzenlemek suretiyle vatandaş Devlete karşı sorumlu birey olarak tanımlayan,

j) Geçici maddeleriyle, darbe suçunu işleyerek demokratik parlamenter rejimi kesintiye uğratanların yargılanmasını önleyen

darbe ürünü ve militarist bir yaklaşımla kaleme alınan 1982 Anayasasını mülga kılmak ve kendi iradesinin ürünü bir Anayasa’yla özgürleşmek, demokratikleşmek, yönetmek ve yönetilmek istemektedir.

2. BÖLÜM

NASIL BİR ANAYASA

Anayasaların niteliği, ne işe yaradığı ve niçin vazedildiği gibi sorulara verilecek cevaplar, benimsenen hukuk sistemine, sahip olunan demokratik bilince, Devlet ve millet kavramlarına yüklenen anlamlara göre ülkeden ülkeye, toplumdan topluma farklılık gösterebilir. Bu sorulara verilen cevaplarda ve/veya cevapları oluşturan yaklaşımlardaki farklılık, aynı ülkede yaşayan ve aynı devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olan kişilere ait ise olağan bir durumdan bahsetmek mümkün olmadığı gibi aksine acilen çözüme kavuşturulması gereken sorunların varlığını kabul etmek gerekir. Bu noktada, olağanüstü şartların ürünü olan ve olağandışı yöntemlerle hazırlanan 1982 Anayasasının, yukarıda sıralanan sorulara her kişi ve kesim tarafından farklı cevaplar üretilmesine zemin hazırlayan mutabakat yoksunu kimliğiyle Anayasa hukukçuları ve Anayasa tarihçileri tarafından münhasıran incelenmesi gereken bir ruha ve metin kurgusuna sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hazırlanış süreci dahil yürürlüğe girdiği günden beri ciddi eleştirilere ve değişiklik önerilerine konu olan 82 Anayasası, en kapsamlıları 1995, 2001 ve 2004 değişiklikleri olmak üzere ondan fazla değişikliğe uğramıştır. Gerçekleştirilen değişiklikler özgürleşme ve demokratikleşme yönüyle önemli ve kayda değer olmakla birlikte, söz konusu değişik-

liklerin hiç biri 82 Anayasasının temel niteliği olan ve ruhunu oluşturan otoriter devlet terminolojisini yok etmek gibi bir başarıyı gösterememiştir. Bir başka ifadeyle değişiklikler, 82 Anayasanın bireyler üzerinde oluşturduğu korku duvarını yıkmayı başaramamıştır.

Milli egemenlik ilkesini esas alarak savaş ortamında milli iradeyi yansıtacak bir Meclis kurmayı ve kurduğu bu Meclis’le savaştan zaferle çıkmayı başaran bir topluma yapılabilecek en büyük hakaretlerden biri, onu ve/veya bireylerini Devlete sürekli tehdit ve risk üreten bir varlık olarak görmek ve göstermektir. Gerçekten de 1982 Anayasası, sahip oldukları hak ve özgürlüklerle bireyleri, Devleti zaafiyete düşürebilecek potansiyel bir tehlike olarak algılamakta ve bu algıya bağlı olarak devletin gücüne karşı bireyleri korumak yerine Devleti, bireyle-re ve bireylerin Anayasa ile teminat altına alınan özgürlüklerine karşı koruma altına almayı yeğlemiştir. 1982 Anayasasının bu tercihi, çağdaş Anayasacılık anlayışının öngördüğü devletin bireyler üzerinde güç ve yetki kullanımını sınırlamak ve bu sınırlamalar çerçevesinde bireylere ve haklarına Devlet karşısında koruma kalkanı oluşturmak şeklindeki hedefiyle örtüşmemektedir. Aksini iddia etmenin mümkün olmadığı bu tespite bağlı olarak; merkezinde insanın bulunduğu ve “insanı yaşat ki Devlet yaşasın” anlayışının egemen olduğu, demokrasinin bütün kavram ve kurumlarıyla hakim olduğu özgürlükçü ve demokratik ruha sahip yeni ve -sivil idarenin değil- sivil iradenin ürünü yeni bir anayasanın daha fazla gecikmeksizin yürürlüğe konması gerektiğini ifade etmek zorundayız.

Bu bölümün başlığındaki “Nasıl Bir Anayasa” sorusunu cevaplar-ken, mevcut Anayasa hükümleri çerçevesinde yeni hükümler yazmak ve bu anlamda bir Anayasa taslağı önerisi ortaya çıkarmak yöntemi ye-rine Anayasanın içeriğinde yer alması beklenen ve istenen konuların çağdaş demokrasi düşüncesi ışığında düzenlenmesi yanında toplumun beklentilerini ve taleplerini karşılayacak nitelikte bir anayasal metnin ortaya çıkması adına Anayasanın sahip olması gereken ruha yönelik saptama yapmak yöntemi kullanılmıştır. Yönteme ilişkin tercihimiz, bir Anayasanın demokratik ve özgürlükçü olarak nitelendirebilmesi, bu kavramların lafzi olarak yoğun biçimde Anayasada yer almasından ziyade Anayasanın bütün hükümlerinin bu kavramlar orijin kabul edil-mek suretiyle yorumlanabilecek bir ruha sahip olması gerektiği fikrine dayanıyor.

2.1. Anayasada Başlangıç Bölümüne Gerek Var Mı?

Cumhuriyet’in ilanından sonraki ilk anayasamız olan 1924 Anayasa-sında, “Başlangıç” başlıklı bir bölüme yer verilmemiştir. Anayasaları-mızda “Başlangıç” başlığı altında bir bölüme ilk defa 1961 Anayasası’yla yer verilmiş ve 1982 Anayasasında da bu tercih benimsenmiştir.

Anayasada “Başlangıç” bölümü uygulamasına yer verilmesinin, siyasi iktidarla birlikte çok partili sistemi ve demokrasiyi de sona er-diren 1960 askeri darbesinin ürünü olan 1961 Anayasasıyla anayasal tarihimize girmesi tesadüfi değildir. Zira, millet tarafından gösterilen teveccühle iktidara gelen bir siyasi partinin hükümet kimliğine son



vermek yanında Anayasal düzeni de yok eden askeri darbeye hukuksal bir gerekçe üretmek için kullanılabilecek en uygun zemin hiç şüphesiz Anayasa metnidir. 1960 darbesini gerçekleştirenler, darbenin yapılış gerekçesi olarak siyasi iktidarın hukuk ve Anayasa dışı uygulamalarını öne sürerken kendileri tarafından gerçekleştirilen ve her yönüyle Anayasa dışı tutum olan darbeyi hukuki bir gereklilik olarak görmekte kalmamış bu durumu ifade etmek için de Anayasa metnini kullanmıştır. Hatta bununla yetinmeyip bugün bile özgürleşme ve demokratikleşme konusundaki özürüllüğümüzün temelini oluşturan “resmi ideoloji” garabetini de bu bölüm içerisine zerk etmeyi de ihmal etmemişlerdir. Bir başka ifadeyle, özgürleşme ve demokratikleşme konusunda atılacak adımlara yol haritası olması gereken Anayasa, istenildiğinde kendisinin yok sayılmasını makul ve makbul sayan içeriğe sahip başlangıç bölümüyle “eşsiz Anayasa” kimliği kazanmıştır. 1961 Anayasası’yla siyasi ve demokratik hayatımızda yer edinen bu eksiklik, Devletler açısından oldukça kısa sayılabilecek 10 yıllık bir sürenin sonunda etkisini göstermiş ve 1971’de siyasi iktidarın askerler tarafından uyarılması sonrasında 1961 Anayasasında kapsamlı bir değişiklik gerçekleştirilmiştir. Bir başka ifadeyle, Anayasanın başlangıç bölümü, diğer bölümlerde yer alan hükümlerin silahlı kuvvetlerin talimatları doğrultusunda değiştirilmesinin dayanağı olarak kullanılmıştır. 61 Anayasası örnek alınmak suretiyle 82 Anayasasında da yer verilen başlangıç bölümü, aradan geçen 22 yıllık sürede değişen ve yeni ortaya çıkan kavramlara yer verilmek ancak ruhu değiştirilmemek suretiyle resmi ideolojinin bir başka üslup-

la ifade edilme alanı olarak kullanılma özelliğini korumuştur. Mevcut Anayasanın başlangıç bölümünde tercih edilen “kaotik anlatım” dahi, bu bölüm başta olmak üzere Anayasanın bütününe millete rağmen anlayışıyla kaleme alındığının en büyük göstergesidir. Başlangıç bölümü derinlemesine irdelendiğinde, Anayasanın “ortak yaşam” kurgusu yerine “tek tip insan” modelini benimsemiş bir ruhla dikte ettirildiğini göstermektedir.

Bu itibarla, 1961 Anayasasıyla anayasacılık anlayışımıza giren ve 1982 Anayasası ile devam ettirilen “Başlangıç Bölümü” tercihindendir; söz konusu bölümün “resmi ideoloji”nin manifesto belgesi olarak kullanılmaya devam edilmesine dayanak olarak kullanılacaksa yeni Anayasada vazgeçilmelidir. Ancak, bu bölüm, yeni Anayasa’nın özgürlükçü kimliğine, bireyleri özgürleştirme amacına ve demokratik, şeffaf ve hesap verir Devlet idealine hizmet edecek ve millet, üniter devlet, lâiklik, sosyal devlet ve hukuk devleti gibi kavramları “kuşkulanan devlet”ten, “kucaklayan devlet”e doğru yönelmeyi sağlayacak bir şekilde tanımlamaya ve yorumlamaya imkan verecek bir biçimde kaleme alınacaksa Başlangıç Bölümü bulunması yararlı olacaktır.

2.2. Devleti Oluşturan Erkler ve Egemenlik

1982 Anayasasının “Genel Esaslar” başlıklı birinci kısmında Devletin şeklinden, görevine, değiştirilemez hükümlerden, Cumhuriyetin ve Devleti oluşturan kuvvetler olarak nitelenen erklerin betimlenmesine kadar oldukça geniş bir konu alanı düzenlenmiştir. Siyaset sahnesindeki

temel tartışmalara kaynaklık eden bu kısımda yer verilen hükümlerde kullanılan kavramların büyük bir bölümü, söz konusu kavramların somut uygulama alanı boyutuyla genel kabul görmüş tanımları bulunduğu inancıyla münhasır bir tanıma yer verilmeksizin kullanılmıştır.

Bu kapsamda, özellikle Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan; “... **başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.**” ifadesinde yer verilen, “**başlangıçta belirtilen temel ilkeler**” kavramına karşın başlangıç bölümünde hangi ilkelerin belirtildiği konusunda üzerinde mutabakata varılan bir tespit bulunmadığı, başlangıç bölümü dahil Anayasanın herhangi bir hükmünde “laiklik” kavramına yönelik münhasır bir tanıma yer verilmeyerek Anayasanın ifade ettiği ve uygulayıcılar tarafından benimsenmesi gereken lâiklik tanımının içeriği ve kapsamı başta olmak üzere “lâik devlet”, sosyal devlet” ve “hukuk devleti” tanımlarına yer verilmeyerek bu tanımların doktrinsel bir tartışma süreciyle belirlenmesi gibi Anayasal düzenleme mantığıyla örtüşmeyen bir belirsizlik alanı oluşturulmuştur. Daha somut bir ifadeyle, Anayasa, Cumhuriyetin niteliklerini belirlemiştir ama tanımlamamıştır. Tanımlamaya ilişkin bu eksiklik, gerek millete gerekse Devlete; bu kavramlara yönelik keyfi tanımlamalara dayanan gerekçelerle demokratik, parlamenter ve Anayasal rejimin doğrudan veya dolaylı kesintiye uğratılması sonucunu doğuran askeri darbelere ve muhtıralara sürekli muhatap olmak gibi kuruluşun ve var oluşun temelini oluşturan “milli egemenlik” kavramıyla örtüşmeyen demokrasi dışı süreçlere zemin hazırlamıştır.

Yeni Anayasa talepleri ve beklentileri dile getirildiğinde kimi kesimlerce dile getirilen “Anayasanın değiştirilemez hükümlerine dokundurtmayız.” muhafızlığı tam bir kara mizah örneğidir. Yeni Anayasa talebini dile getirenlerce veya yeni anayasayla ilgili olarak bugüne kadar kamuoyuna yansıtılan taslak metinlerin hiç birinde mevcut Anayasanın değiştirilemez hükümlerindeki içeriğin değiştirilmesi yönünde bir hüküm ortaya konulmamıştır. Bu açık duruma rağmen, yeni anayasa taleplerini değiştirilemez hükümleri değiştirmek amaçlı bir yaklaşım olarak göstermeye çalışarak yeni anayasa taleplerini engelleme muhafızlığı yapmaya yeltenenlerin neyi amaçladıkları anlaşılabilmiş değildir. Bu ülkenin bireyleri, sivil toplum kuruluşları ve siyasi aktörlerinden herhangi biri, başkentin, bayrağın şeklinin, resmi dilin, milli marşın veya tanımlanmamış olmakla birlikte Cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilmesini temel alan bir talep veya öneri ortaya koymuş değildir. Bu kapsamda, mevcut Anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez olarak belirlediği hükümlerini hedef alan bir anayasa değil özgürleştirmeyi, temel hak ve özgürlükleri öncelemeyi başaran ve asli ruhu haline getirmiş yeni bir anayasanın ortaya konmasının istendiğini bir kez daha ifade etmek istiyoruz.

Ancak, Anayasanın 5 nci maddesinde yer verilen Devletin görevlerinin belirlendiği hükümde, gerek kapsam gerekse anlam yönlü bir değişiklik kaçınılmazdır. Söz konusu hükümde Devletin görevlerinin ifade edilmesi için kullanılan ibareler oldukça ilginçtir. Zira söz konusu hükümde yer verilen, **“kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hu-**

kuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya” ibaresi herhangi bir ön kabul olmadan yorumlandığında Anayasa’nın, kişi temel hak ve özgürlükleri açısından siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin oluşmasına zemin hazırlayan veya bizzat engel olan hükümlere sahip olduğu kanaatine varılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, mevcut Anayasa kişi hak ve hürriyetlerinin sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlanmasını engelleyecek hükümlerden yoksun olduğunu bir anlamda itiraf etmektedir. Bu durumun düzeltilmesini ve kişi hak ve özgürlükleri ekseninde Devletin görevlerini demokrasi ve evrensel hukuk ilkeleriyle doğru bir şekilde belirlemek ve tanımlamak istiyorsak, “engelleri kaldırmak” değil “engellerin var olmasına engel olmak” ya da “temel hak ve hürriyetlerin sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle uyumlu olacak şekilde kullanılmasını sağlamak ve teminat altına almak gibi” olumlu bir eylemle gerçekleştirilmesini sağlayacak bir tanımlamaya gitmek zorundayız.

Yeni Anayasa, mevcut Anayasanın çelişkili cevaplar ürettiği “egemenlik kime aittir” sorusuna tartışmayı sona erdirecek netlikte bir cevabı içermek zorundadır. Gerçekten, egemenlikle ilgili hükümde yer verilen **“Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.”** ifadesi oldukça manidardır. Tekil bir unsur olan egemenliğin bizzat Anayasa marifetiyle bölümlere ayrıldığı ikinci bir Anayasal devlet örneği bulmak mümkün değildir. Egemenlik yetkisini millet adına kullanacak olan yetkili organlar!

hangileridir sorusuna verilen cevap ise daha da manidardır. Anayasaya göre, egemenlik yetkisi millet adına yasama yönüyle TBMM, yargı yönüyle ise bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır. Ancak yürütme yetkisi, millet adına kullanılan bir yetki olarak değil Anayasa ve kanunlarla sınırlı bir yetki ve görev olarak tanımlanmıştır. Daha açık bir ifadeyle mevcut Anayasa, milletin egemenlik yetkisini yasama ve yargı organlarına devrettiği ancak yürütme yetkisinin millet adına kullanılan bir yetki olmadığı ve yürütmenin sadece bir yetki değil aynı zamanda bir görev olduğu gibi ilginç bir kayıt içermektedir. Zira, yasama yetkisinin düzenlendiği 7 nci maddede ve yargı yetkisinin düzenlendiği 9 uncu maddede “Türk milleti adına” öncüllerine yer verilirken 8 inci maddede yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı yönündeki lafzi farklılığın başka bir şekilde değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir. Mevcut Anayasa’nın “egemenlik” konusundaki bu tutarsız yaklaşımı, kimi çevrelerce dört elle sarılan bir can simidi olarak kullanılmış ve “milli egemenlik” kavramının nasıl anlaşılması ve ne şekilde yorumlanması konusundaki kararsızlığın ve sürekli bir tartışma ortamına ev sahipliği yapan “Bakanlar Kurulu”nun hükümet mi iktidar mı olduğu klikleşmesinin de nedenini oluşturmaktadır.

82 Anayasası’nın Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin ana fikrini oluşturan “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.” ilkesine yönelik tutarsız bakışı, yeni Anayasada yer almamalıdır. Yeni Anayasa, egemenlik yetkisinin millete ait olduğu ve bu yetkinin gereklerinin millet adına kuv-

vetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yasama, yürütme ve yargı erkleri tarafından işbölümüne dayalı olarak kullanılacağını belirleyen, egemenliği, milletin devrettiği bir yetkiden öte Devleti oluşturan bütün erklerin tabi olacağı milli iradenin tek ve bağımsız kaynağı olarak görmek bir anlayışa sahip olmalıdır.

Devleti oluşturan ve kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı işbirliğiyle Devlete ait görev, yetki ve sorumlulukların gereklerini yerine getiren erkler ile milli egemenlik arasındaki ilişkinin konsepti, milli iradenin tecelligahı olan TBMM'nin egemenliğin devredildiği asli kurum olduğunu ifade edecek biçimde tasarlanmalıdır. Bireyler, yargı ve yürütme erki karşısında farklı (şikayet veya müracaat sahibi, davacı, davalı, itiraz eden, talep eden vb.) sıfatlarla tanımlansa da “başvuran” pozisyonunda iken yasama organı açısından ise bizatihi kurucu ve belirleyici irade pozisyonundadırlar. Daha açık bir ifadeyle, yargı ve yürütme erkiyle ilişki ve iletişim sürecinde bu erklerin oluşturacağı iradeye tabi olan birey, yasama erki açısından durum tersine dönmekte yasama erki bireylerin iradesine tabi olmaktadır. Bu ilişki yumağı da göstermektedir ki, milleti ve egemenliğinden kaynaklanan iradesini ifade etme yetisi ve yeterliliği öncelikle ve mutlak surette yasama organına aittir. Bu nedenle, devleti oluşturan erkler yönüyle aralarında hiyerarşik bir bağlantı olması mümkün olmayan yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında egemenliğin devri ve kullanımı açısından yasama erkinin öncelikli olduğu bir iletişim-etkileşim alanının bulunması esasen milli egemenlik kavramının ve egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu gerçeği-

nin doğal sonucu olmak gerekir. Meclis iradesinin (daha yalın anlatımla millet iradesinin), “millele rağmen” anlayışıyla dönüştürülmesinin ve başkalaştırılmasının aracı olma görevi yüklenen bir yargı sisteminin ve milli güvenlik algısı oluşmasının önüne geçilmek isteniyorsa yapılması gereken, milletin kendisine ait olan egemenliği kendi iradesiyle şekillendirdiği ve düzenlediği Meclis’e devrettiğini kabul etmek ve egemenlik ile Devletin gücü/görevleri arasındaki bağlantıyı da bu anlayış ekseninde yorumlamaktır. Yasama erkinin, yargı erkinin kararlarıyla veya yürütme erkinin yorumlarıyla sınanmasına ve sınırlandırılmasına izin veren Anayasal anlayışın ürettiği (367 kararı, parti kapatma davaları, 27 Nisan e-muhtırası vb.) riskler nedeniyle güçlü ve büyük ülke ideali-ne kavuşması sürekli ertelenen toplum açısından başka seçenekler aramak zaman kaybından başka bir anlam taşımayacaktır. Daha kestirme bir söyleyişle, milletin oluşturduğu Meclisin düzenlemelerinin ve kararlarının milletin iradesini yansıttığı ve salt bu nedenle korunmasının asıl olduğu bir egemenlik algısı oluşmadığı sürece “kuvvetler ayrılığı” ilkesiyle üstü örtülmeye çalışılan bir “kuvvetler savaşı” yaşamamız kaçınılmazdır. Yeni anayasa, halen yaşamakta olduğumuz ve şiddeti artırılmaya çalışılan bu savaşı sona erdirmeye kararlılığıyla TBMM’ni egemenliğin millet adına kullanıldığı tek güç olarak belirlemeli ve diğer erkleri yasama erkini destekleyen ve tamamlayan bir olgu olarak tanımlamalıdır.

Yeni anayasanın en önemli sonuçlarından biri; Devletin kuruluşuna ve Cumhuriyetin ilanına zemin hazırlayan “milli egemenlik” kavramı-

nı, soyut bir değer olmak yanında Devletin bütün unsurlarına sirayet eden somut bir uygulama verisi haline getirmek olmalıdır. Bu sonucun getireceği kazanım ise hiç şüphesiz, “Devletin tanımladığı millet”ten “Milletçe tanımlanan Devlet”e ulaşmak olacaktır. Bu coğrafyanın tarihsel geçmişinde büyük yer tutan ve imparatorluğa dönüşen Devletin uzun soluklu ve geniş coğrafyalı bir egemenlik iradesine sahip olmasının arkasında “İnsanı yaşat ki Devlet yaşasın.” düsturunun olduğu gerçeği bu kazanımın somut örneğidir.

2.3. Temel Hak ve Özgürlükler Değil Sınırlamalar Sınırlandırılmalı

Yeni Anayasanın temel hak ve özgürlükler konusundaki temel yaklaşımı özgürlüklerin teminat altına alınmasında ve kullanılmasında hakların genişletilmesine yönelik yorum yapılmasına imkan vermek olmalıdır. Mevcut Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği ikinci kısmın başlığında “**Temel Hak ve Ödevler**” başlığını kullanmak suretiyle temel hak ve özgürlükleri hak temelli bir bakış açısıyla düzenlemediğini deklare etmekle kalmamış söz konusu kısmın ilk maddesinin ikinci fıkrasında yer verdiği “**Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.**” hükmü ile ödev vurgusunu kuvvetlendirmiştir.

Asıl vahim olanı ise bu kısmın ikinci maddesinde, Anayasanın temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerinin nasıl değerlendirilmesi konusunda hukuk devleti ilkesiyle ve evrensel hukuk ilkeleriyle bağdaştı-

rılması mümkün olmayacak bir şekilde “**Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması**” başlığıyla bu kısmın diğer hükümleri üzerinde Demoklesin Kılıcı gibi duran bir hükme yer verilmiş olmasıdır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlamasına yönelik genel ilkenin özgürlüklerin düzenlendiği ve teminat altına alındığı bölümün başlangıcında düzenlenmesi, hakların varlığından önce hakların sınırlanabileceğinin öğrenilmesi gerektiği gibi anlamsız ve gereksiz bir dayatma algısı oluşturmaktadır. Evet, hükmün içeriği hakların teminat altına alınması yönünde “olumsuz cümle kurgusuyla” şeklinde bir doğruyu ifade etmektedir. Ancak, doğrunun ifade edilmesi için dahi daha uygun bir madde sırasının bulunması gerekirdi. Bu noktada, yeni Anayasa’da öncelikle temel hak ve özgürlüklerin kayıt altına alınması suretiyle hak ve özgürlükleri önceleyen bir yöntemin benimsenmesi uygun olacaktır. Daha açık bir ifadeyle kayıt altına alınmadan teminat altına alınmak gibi konunun tabiatıyla bağdaşmayan yöntemden vazgeçilmesi yerinde olacaktır.

Temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulması için gerekçe gösterilen savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, kullanılması konusunda kısmen veya tamamen durdurulamayacak haklara ilişkin belirlemenin her üç durum için ayrı ayrı olacak ve daha fazla sayıda hakkı içinde barındıracak şekilde ortaya konması gerekmektedir. Din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklama haklarının bu dönemlerde dahi dokunulmaz olması doğru olmakla birlikte yeterli değildir. Din ve vicdan hürriyetini, inanç şeklindeki soyut durumdan daha geniş bir şekilde inancının gereklerini yaşama özgürlüğünü kapsayacak şekle

dönüştürmek hak ve özgürlük temelli bir bakışın doğal sonucu olması gerekir. Daha somut bir ifadeyle, sıkıyönetim döneminde bir dine inanmak konusunda tercihte bulunmak dokunulamaz bir hakken bu dinin gereklerini yaşamaya ilişkin somut tavrın koruma altına alınmaması veya sınırlandırılacak, durdurulacak bir hak olarak öngörülmesi aktif statü haklarının neredeyse bütününün söz konusu dönemlerde kısmen veya tamamen koruma kapsamı dışında tutulması gibi bir sonucu beraberinde getirecektir. Bu bakımdan yeni anayasa, temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulması konusunda aktif statü haklarının çok küçük bir bölümü hakkında bu sınırlamanın uygulamasına imkan sağlayacak bir anlayışla kaleme alınmalıdır.

Kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlenmesinde hakkın tanımlanması ve soyut hükümlerle teminat altına alınması yanında özellikle aktif statü hakları yönüyle Devletin etken görev ve sorumluluklarına mutlak surette yer verilmelidir. Bireylerin çalışma hakkına sahip olduğunu ifade etmekle sınırlı bir düzenleme yapılarak bu haktan yararlanmayı sağlamak adına Devlete ait görev ve sorumlulukların belirlenmediği bir hüküm, bu hakkın temel özelliğini oluşturan aktif statü hakkı kavramıyla örtüşmeyecek bir sonucu da beraberinde getirecektir. Bu nedenle, özellikle aktif statü hakları grubundaki kişi hak ve özgürlükleri açısından, hak ve özgürlüğün tanımı ve teminatı yanında söz konusu hak ve özgürlüğün somut kullanımını sağlamak konusunda Devlete aktif görev ve sorumluluklar yükleyecek bir düzenleme yönteminin tercih edilmesi gerekir.

Kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümlerde, hakların korunması ve teminat altına alınması çerçevesinde, “kişi dokunulmazlığı”, “zorla çalıştırma yasağı”, “kişi hürriyeti ve güvenliği”, “özel hayatın gizliliği”, “konut dokunulmazlığı” ve benzeri haklara ilişkin koruma ve teminatların Anayasal düzenleme anlayışıyla bağdaşmayacak ve Anayasa hükümlerine doğrudan uygulanabilirlik yetisi kazandıracak şekilde düzenlenmesi Anayasanın kendisinin yetki verdiği organlara güvensizliğini ortaya koyan bir tercihtir. Bu kapsamda, yakalama, göz altına alma, tutuklama gibi tedbirlere ilişkin kararlara yönelik usul ve esasların Anayasa hükümleriyle ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi yönteminden vazgeçilerek söz konusu tedbirlerin alınmasına ilişkin genel sınırlamaların belirlenmesi ve belirtilmesiyle yetinilmesi Anayasal metin kurgusuna daha uygun olacaktır.

Yeni anayasanın, özgürleştirici bir kimliğe sahip olmak adına bireylere dönük olumlu mesajlar üretebileceği en uygun kişi hak ve özgürlük alanlarından biri hiç şüphesiz “Din ve Vicdan Hürriyeti”dir. Mevcut Anayasanın, bu hakla ilgili tek gözlü bakışından da, din ve vicdan özgürlüğünü sadece soyut inançla sınırlı bir alan olarak görmesinden de kurtulmak zorundayız. Dini tören ve ayinlere katılmak konusunda baskı yapılmayacağı şeklinde mevcut betimleme doğru olmakla birlikte dini törenler düzenlemek ve bu törenlere katılmak, tercih ettiği inancın gereklerini yaşamak konusunda engellenemeyeceğinin ifade edilmediği sürece koruma ve teminat altına alınmış din ve vicdan özgürlüğünden bahsetmek imkansız olacaktır. Devlet organizasyonunu din temelli bir

yapıya büründürmek amaçlı eylemleri engellemek gerekçe gösterilerek bireylerin inandığı dinin gereklerini yaşamak konusundaki hak ve özgürlük alanını hakkın özünü yok sayacak biçimde kısıtlamak, laikliği “din ve vicdan hürriyeti”ne sahip bireyleri istemeseler dahi Devlet tarafından belirlenmiş bir inanç alanına hapsedmek olarak tanımlamak ve uygulamak anlamına gelir. Yeni anayasa, laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü arasında mevcut Anayasa tarafından kurulan bu anlamsız bağıllığı sona erdirmeli ve laiklik ilkesini, bireylerin inandıkları dinin gereklerini yaşamak konusunda Devletin müdahale etmemesi gereken izole bir alana sahip olmalarını sağlayacak düzenlemelerin ve uygulamaların Devlet tarafından hayata geçirilmesine imkan verecek bir kurgu olarak somut bir biçimde tanımlamalıdır.

Anayasal düzenlemelerin öncül niteliği, uygulanacağı devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan bireylerin üzerinde mutabakata vardıkları konuları belirleyen hukuki belge olmaktır. Bu yönüyle, hukuk ve demokrasi kriterleri açısından hangi sınıflamaya tabi tutulursa tutulsun Anayasalar, kendisine varlık kazandıran toplumun genel geçer değerlerini göz ardı etmek gibi bir güce sahip değildir. Aksi halde, toplumsal mutabakat açısından meşruiyeti tartışılan bir Anayasa ile karşı karşıya kalınır. Buna en somut örneklerden biri ise hiç şüphesiz 1982 Anayasası’dır. Birey-Devlet ilişkisinin en somut ve değişken biçimde gerçekleştiği kişi hak ve özgürlükleri konusundaki düzenleme tercihleriyle, bizzat kendisinin düzenlediği ve teminat altına aldığı kişi hak ve özgürlüklerini dahi, Devletin içine sokulabileceği bir korku tünelinin

yapı taşları olarak görmek eğilimine sahip 82 Anayasası, tanımını bile yapmaktan çekindiği “laiklik” ilkesini başta din ve vicdan hürriyeti olmak üzere kişi hak ve özgürlüklerinin büyük bir bölümü açısından temel sınırlama aracı haline getirmiştir. Oysa, çağdaş demokrasilerde ve özgürlükçü anlayışın hakim olduğu Anayasalarda “laiklik”, kişi ve hak ve özgürlükleri açısından sınırlamaya değil hakların genişletilmesine gerekçe yapılmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasına ilişkin ilke ve esasları belirleyen 14 üncü madde ile doğrudan bağ kurulan kişi hak ve özgürlüğünün 24 üncü maddede düzenlenen din ve vicdan hürriyeti olmasını tesadüf olarak nitelendirmek mümkün değildir. İlköğretim okullarında öğrenim gören çocuklarına “laiklik” kavramını, “Din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı olması” gibi oldukça yalın bir şekilde tanımlayan bir Devletin Anayasasında laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü arasında kurulan bu ilişki karşısında yapılabilecek en somut tespit, çocuklarına gerçeği ifade etmekten korkan ya da yaşanan gerçeklik ile yazılan gerçeklik konusundaki çelişkiyi gizlemeye çalışan bir Devlet organizasyonu ile karşı karşıya olduğumuzdur. Çünkü, Anayasanın 24 üncü maddesiyle 14 üncü maddesine yapılan atıf; din ve devlet işlerinin birbirinden bağımsız olduğunun değil Devletin sahip olduğu yetki ve organlar aracılığıyla dini/dinleri düzenleme ve bireylerin inandıkları dinlerinin gereklerini nasıl yaşayabilecekleri konusunda tartışılmaz ve itiraz edilemez bir belirleme gücüne sahip olduğunun mutlak ifadesidir. Daha yalın bir ifadeyle, “laiklik” dini hayatın ve dindarlığın nasıl olma-

olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” hükmünü içeren 25 inci maddesi ile “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” hükmünü içeren 26 ncı maddesi bir arada değerlendirildiğinde ortaya karmaşık

bir durum çıkmaktadır. Düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırlandırılmasına gerekçe olarak gösterilecek milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği gibi kavramların tanımının Anayasada yer almadığı ve söz konusu kavramların duruma göre yargı ve yürütme erki tarafından keyfiyete tabi bir içerikle belirleneceği dikkate alındığında söz konusu sınırlandırmanın fiilen hangi durumda başlayacağını tespit etmek bırakın ortalama bir vatandaşı hukuk eğitimi almış bir birey açısından dahi mümkün değildir. Bu bakımdan bireylerin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu deklare eden hükümden hemen sonra bu sahipliğin nerede sona erdiğini bilmeyi imkansızlaştıran sınırlamaları içeren bir hükme yer verilmesi özgürlükleri teminat altına almak yerine tahdit etmeyi benimseyen özürlü bir özgürlükçü yaklaşımın benimsendiğini göstermesi yönüyle ilginçtir. Daha da ilginç olan, düşünce ve kanaatlerinizi hangi şekil, şart ve usullerle yayacağınızı da düşünce üretmeniz ve bu düşünceyi somutlaştırmanız konusundaki kararın birey tarafından değil kanun koyucu ve kanun tarafından belirlenmesidir.

Milli güvenlik, nedir ne değildir, kamu düzeninin kapsamı ve içeriği nasıl belirlenecektir sorularına cevap üretmeyen anayasa, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin şekil, şart ve usullerinin kanunla belirlenmesi gerektiğini vazetmemelidir. Temel hak ve özgürlüklerin neredeyse bütünü açısından sınırlama aracı haline getirilen milli güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarına sınırları belirlenmiş bir tanım yapmayan ve tanımları yapmak konusundaki yetki ya da görevin kime ait olduğunu da ifade etmeyen bir Anayasa yerine, başta düşün-

ce özgürlüğü ve düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlükleri açısından olmak üzere temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlama gerekçelerini kendi içeriğinde tanımlamayı başarmış bir Anayasaya ihtiyacımız olduğu açıktır.

Aksi halde, düşünce ve kanaatlerini açıklamak konusunda zorlanamayan ancak açıkladığı düşünce ve kanaatleri nedeniyle zor durumda kalan bireylerin manşete taşındığı ülke olmaktan kurtulmak mümkün olmayacaktır. Ülkemizin taşınması zor böyle bir şöhrete sahip olmasını istemiyorsak yeni anayasa, düşüncüyü suç olmaktan çıkaran ve düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düşünce ve kanat hürriyetinin ayrılmaz bir parçası olarak gören bir anlayışla teminat altına alan bir hükmü içermelidir. Düşünce ve kanaat hürriyeti bu anlayışla teminat altına alınmadığı sürece, düşüncelerinin nasıl olması gerektiği ve hangi düşüncelerin suç oluşturabileceği konusunda tereddütler yaşayan bireyler topluluğuna ev sahipliği yapan ülke olmaktan kurtulmamız mümkün olmayacaktır.

2.5. Eğitim Hakkı; “Fırsat ve İmkân Eşitliği”, “Hayat Boyu Öğrenme” ve “Din Eğitimi ve Öğretimi” Sorun Olmaktan Çıkarılacak Şekilde Düzenlenmeli ve Teminat Altına Alınmalı

Mevcut Anayasamızın eğitim-öğretim hakkının aynı zamanda topluma yönelik bir ödev olduğunu ifade eden 42 nci maddesinin ilk fıkrasında yer verilen **“Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.”** ilkesi eğitim ve öğrenim hakkı konusunda oldukça geniş zeminli bir özgürlük alanının bulunduğu algısı oluşturmaktadır. Ancak,

eğitim ve öğrenim hakkı konusundaki fiili duruma bakıldığında çizilen Anayasal çerçevenin uygulamaya konulmadığını görmekteyiz.

Gerçektende milli eğitim sistemimiz içerisindeki, karma eğitimin mecburiliği, ilköğretimin kesintisiz olması, ortaöğretimde program ve okul türleri arasındaki geçişlerdeki sınırlamalar, örgün eğitim kurumlarındaki alan ve türler esas alınmak suretiyle ortaya konan katsayı uygulamasının yüksek öğretim görmek isteyen bireyler üzerinde oluşturduğu ortaöğretim göreceği eğitim kurumunu tespiti ilişkin dayatma, mesleki ve teknik öğretim veren öğretim kurumlarından mezun olan gençlerin sınırlı yüksek öğretim imkanına sahip olması, yüksek öğretime devam etmek için gereken başarıyı göstermelerine karşın inançlarının gereği olan giyim tarzını benimsedikleri için üniversite eğitimi alması engellenen kızlarımızın varlığı, din eğitimi ve öğretimi konusunda “laiklik” ilkesine dayandırılmak istenen sınırlamalar vb. durumlar dikkate alındığında kimsenin eğitim ve öğrenim görme hakkından yoksun bırakılamayacağına ilişkin ideal çizginin oldukça uzağında olduğumuz görülecektir.

Eğitimi “hak” yönünden ziyade “ödev” yönüyle dikkate alan uygulamaların sahibi zihniyet, eğitim hakkı konusunda Anayasanın lafzi olarak ortaya koyduğu temel ilkeyi, Anayasanın tanımlamaya dahi cesaret edemediği “laiklik” ilkesiyle daraltmayı ve “ötekiler” diye nitelendirdikleri bireylerin eğitim hakkını sınırlamayı gerektiren anayasal bir görev ve yetkinin kaynağı olarak görmektedir. Daha açık bir ifadeyle, eğitim imkan ve fırsatlarından yararlanmak için ortaya konan kural

ve kriterleri belirleme yetkisine sahip olanlar, kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağına ilişkin Anayasa hükmünün bu yetkilerine bir sınırlama getirmediğini aksine bu hükmün “herkes” kavramının içerisinde “ötekiler” diye niteledikleri bireylerin yer almasını sağlayacak sınırlamaları tespit etmek ve uygulamak görev ve yetkisini verdiği inancındadırlar. Yoruma ihtiyaç göstermeyen en açık hükümlerinden biri olan eğitim hakkı konusunda dahi, diğer hükümleri ve ruhundaki anti demokratik ve özgürlük karşıtı yaklaşım kullanılarak sınırlamalar üretilen mevcut Anayasa karşısında eğitim ve öğretim hakkını; fırsat ve imkan eşitliğini gerek birey gerekse toplumlar açısından somut olarak sağlayabilen, eğitim bilimi ve felsefesinin yükselen değeri konumundaki “hayat boyu öğrenme” yaklaşımını eğitim sistematığının ve organizasyonunun bütün unsurlarında hakim kılan, eğitim uygulamalarının ve kurumlarının bu yaklaşım ışığında formatlanmasına zemin hazırlayan, bireylerin yetilerini ve yeterliklerini kriter olarak inançları, kanaatleri, giyimleri ve hedefleri farklı olduğu için “ötekiler” dışlamasıyla kapsam dışına itilmesine izin vermeyen bir anlayışla düzenleyen ve teminat altına alan bir hüküm tesis edilmelidir. Bu hüküm, eğitim-öğretimin yerel veya uluslar arası bir ideolojinin temelinde yapılması dayatmasını içermemesi gerektiği gibi tek tip birey yetiştirmeyi kendisine hedef edinen eğitim sistemine de son vermelidir.

Mevcut Anayasanın **“Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.”** hükmüyle ifade edilen ve bireylere yönelen anlamsız mesajına yeni anayasada yer verilmemelidir. Eğitim-öğrenim hakkı dışında diğer hiçbir hakla ilgili hükümlerin

içerisinde yer almayan bu anayasal uyarı, diğer hak ve özgürlüklerin anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldıracabilecek nitelikte olduğu gibi oldukça anlamsız bir yorum yapma hakkı da veriyor. Devletçi bakışın eğitilmiş bireylere dair korku ve kaygılarını ifade eden bu hükmün aksi ile kanıtı, eğitim hakkı konusunda birey-özgürlük ilişkisini ve bu ilişki sürecinde Devletin yükleneceği sorumlulukların nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda yeni anayasaya da ışık tutmalıdır. Bireyin eğitim ve öğrenim görme hak ve isteğini, Anayasaya sadakate ilişkin risk olarak gören bir hükme sahip Anayasal metinden, eğitim ve öğrenim görme hak ve isteğini birey olabilmek yanında toplumun sivilleşmesi ve devletin demokratikleşmesi adına kazanç olarak gören bir yaklaşımla kurtulmak zorundayız. Bunu yapamadığımız sürece, sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin bütününe Devletin kendisine ihsanı olarak gören istediği kadar değil izin verildiği kadar eğitim ve öğrenim hakkından yararlanmayı makul sayan bireylerle var olmaya ve kendini korumaya çalışan (statükocu) toplum olmak dışında bir seçeneğimiz olmayacaktır.

Din eğitimi ve öğretimini, eğitim hakkı kapsamında düzenlemek gibi olağan bir tercih yerine din ve vicdan hürriyeti kapsamında düzenlemek tercihi son verilmelidir. Bireyin ve toplum kesitlerinin inandıkları dini ve onun gereklerine dair öğrenme isteklerinin karşılanmasında Devlet odaklı bir tekelin oluşturulması demokratik ve özgürlükçü devlet kavramıyla örtüşür değildir. Vakıf ve dernekler başta olmak üzere din eğitimi ve öğretimi konusunda hizmet sunucu sivil bir alanın oluşmasına imkan sağlanması, günümüz demokrasi değerlerinin ve la-

ikliğe ilişkin çağdaş yaklaşımın gereğidir. Din ve dine dair bilgilerin “kültür” gibi statik bir zeminde değerlendirmesini dayatan mevcut Anayasal durum yerine, bu bilgilerin her dem değişen ve gelişen “eğitim” alanı içerisinde değerlendirilerek eğitim ve öğrenim hakkı kapsamında örgün ve yaygın eğitim kurumları aracılığıyla eğitim süreci içerisinde zengin içerikli bir kurguyla edinilmesine imkân sağlanmalıdır. Bireylerin inandıkları dine hatta inandıkları dinin gereklerine ilişkin öğrenme ve eğitim isteklerini karşılayacak imkanların gerek resmi eğitim kurumlarınca gerek özel öğretim kurumlarınca gerekse sivil toplum kuruluşlarınca sağlanmasının yolu açılmalıdır. Din eğitim ve öğretimini, bireylerin öncül eğitim ihtiyaçlarından ve eğitim hakkının ayrılmaz unsurlarından biri olarak gören ve düzenleyen Anayasal bir kurguya her zamankinden daha fazla ihtiyaç duyuyoruz. Günümüz birey-birey, birey-toplum ilişki süreçlerinde madde ve maddi çıkar odaklı etkileşimi kaynaklı sorunlarla yüz yüze gelmek istemiyorsak bireylerin manevi kişiliklerini doğru bilgilerle şekillendirme ihtiyacının karşılanması gerekmektedir. Bunu sağlamanın en kısa ve zahmetsiz yolu ise din eğitimi ve öğretimi konusunda bireylere seçme hakkı kullanabilecekleri alternatif eğitim imkanlarını sunmayı mümkün kılacak Anayasal vizyonun ortaya konmasıdır. Din eğitimi ve öğretimi veren kurumların meslek elemanı yetiştiren ve alanıyla sınırlı akademisyen yetiştiren kurumlar olmak sınırlılığından kurtarıp, bireylerin inançlarına dair donanımlarını artırma ve eğilimlerini güçlendirme hizmeti sunan manevi güç merkezleri olarak görmek zorundayız. Bu yönüyle, yeni anayasa, din eğitimi ve öğretimi konusunda bireylere yönelen bugünkü dayatma ve sınırlama-

lara son verme işlevine sahip olmak yanında maddi kişilikleri yanında manevi kişiliklerini de tekemmül ettirmek isteyenlere hizmet sunacak gerek resmi gerekse özel eğitim ve öğretim kurumlarının açılmasının önündeki engelleri kaldırmalıdır.

Yeni Anayasa, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin zorunlu ders olarak okutulması yanında ilköğretimin ikinci devresinden itibaren ebeveynlerinin izniyle öğrencilerin dinlerini ve dini ritüelleri öğrenme ve eyleme dönüştürmesine yönelik eğitim ve öğretim uygulamalarını kapsayan seçmeli derslerin eğitim programları içerisinde yer almasını sağlamayı Devlete görev olarak yüklemelidir.

Yeni anayasa, eğitim ve öğrenim hakkı konusunda bireylerin her dönem ve her yöne doğru tercih değişikliği yapmalarına imkan veren bir kurguyu içererek eğitimde imkan ve fırsat eşitliğinin fiili olarak gerçekleşmesini sağlamalıdır. “Anayasal kurum” sıfatının arkasına sığınarak bireylerin eğitim hakkını Anayasanın lafzıyla örtüşmeyecek biçimde sınırlandıran ve yok sayan kimi kurumlarca sahnelenen “bizimkiler ve ötekiler” oyununa son verilmelidir.

2.6. “Toplu Sözleşme ve Grev Hakkı” Yoksa Sendika Kurma Hakkından Söz Edilemez

Mevcut Anayasanın özgürlüklerle ilgili düzenlemelerinde yer alan çelişkinin en somut hissedildiği temel hak ve özgürlük alanı hiç kuşkusuz çalışma hakkına daha doğru bir ifadeyle çalışanların örgütlenmesine ilişkin hak ve özgürlük alanıdır. Anayasanın “Çalışma ve Sözleşme

Hürriyeti” başlığını taşıyan 48 nci maddesi ile 55 inci maddeleri arasındaki maddelerin bütünü çalışma hayatına ilişkin hak ve özgürlüklere ayrılmıştır. Söz konusu bölümde yer alan maddelerin hemen bütününde “herkes”, “çalışanlar” gibi geneli kapsayan ifadeler yer verilmesine ve özellikle sendika kurma hakkının düzenlendiği 51 nci maddede “çalışanlar” ibaresine yer verilmesine karşın çalışanların örgütlenmeden kaynaklanan gücünün ayrılmaz bir unsuru olan ve sendika kavramının doğal eklentisi olan toplu sözleşme ve grev hakkı konusunda ayırıma gidilmesinin gerekçesi ne anlaşılır ne anlatılır bir durumdur. Gerçekten de mevcut anayasanın 51 inci maddesinde; **“Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”** hükmüne yer verilerek sendika kurma hakkının “çalışanlar” kavramı içerisinde yer alan istihdam türü ve çalışma şekli ne olursa olsun bütün bireylere ait bir hak olduğu kayıt ve teminat altına alırken sendika kurmanın asli gerekçesini ve unsurunu oluşturan toplu sözleşme ve grev haklarıyla ilgili 53 üncü ve 54 üncü maddelerde “işçi” kavramıyla sınırlı bir özgürlük alanı oluşturulması kabul edilebilir değildir.

Çağdaş demokrasi kültürünün hakim olduğu ülkelerin hiç birinde olmayan bu ayırımın Anayasamızda yer almasının tarihsel ve siyasi nedenlerine ilişkin farklı tezler hiç şüphesiz ortaya konabilir. Ancak, ortaya konan gerekçelerin hiç biri bu ayırımın akil ve makul olduğunu

ispatlama yeterliğine sahip değildir. Farklı kanunlara dayansa dahi aynı usul ve esaslara dayalı olarak sendika kurma hakkına sahip olan “işçiler” ve “kamu görevlileri” arasında toplu sözleşme ve grev hakkına yönelik bir ayırıma gitmek ancak kamu görevlilerinin toplu sözleşme ve grev hakkına sahip olmasını istememekle izah edilebilir. Bu isteksizliğin gerekçesi olarak gösterilecek her neden ancak hayal mahsulü ve hukuku zorlayan bir düşüncenin eseridir. Toplu sözleşme ve grev hakkı gibi sendika olarak anılmayı ve görülmeyi sağlayan iki unsurdan yoksun olduktan sonra kamu görevlilerine tanınan hakkın sendika kurma hakkı değil öznel nitelikleri bulunan dernek kurma hakkı olduğunu söylemek yanlış olmamak gerekir.

Ülkemizin imzaladığı uluslar arası sözleşmeler, dahil olduğu uluslar arası örgüt ve kuruluşla, tam üye olmak konusunda ısrarcı ve kararlı tutumlar sergilediğimiz Avrupa Birliği müktesebatı ve üye ülkelerinin konuyla ilgili konumu ve durumu incelendiğinde adı sendika olan ancak toplu sözleşme ve grev hakkı bulunmayan bir emek örgütlenmesinin olmadığını görmekteyiz. Bu açık ve aksi iddia edilemez duruma karşın kamu görevlileri sendika ve konfederasyonlarının toplu sözleşme ve grev hakkından yoksunluğunun devam etmesi sivil toplum algısının güçlenmesi ve sistem üzerinde bir baskı unsuru olması yönlü kaygıların egemen olduğu düşüncenin halen hakimiyetini koruduğunu göstermektedir. Adına “toplular görüşme” denilen ve uluslar arası sözleşmelerdeki toplu pazarlık tanımının çok gerisinde süreç ve sonuçlar içeren bir kurguya mahkum edilen kamu görevlileri sendikacılığı toplu sözleşme

ve grev hakkına sahip olmadıkça, emeğe ve ekmeğe saygı duyan bir Anayasal metinden ve temel normdan bahsetmek mümkün değildir. Bu bakımdan, yeni anayasa ülkemizin de üye olduğu İLO’nun sözleşmelerinde ve konuyla ilgili maddelerine çekince koyulan Avrupa Sosyal Şartında yer alan şekil ve şartlardaki toplu sözleşme ve grev hakkını çalışanların bütününe sağlayacak şekilde bir düzenleme içermelidir.

İşçi-kamu görevlisi(memur) arasında istihdam ve çalışma şartları, ücret unsurları ve aranacak nitelikler yönüyle ayırımı gidilmesi olağan bir durumdur. Ancak, işçi ve kamu görevlisi kavramlarından tamamen bağımsız ve “emek” kavramı üzerinde şekillenen sendika kurma hakkı, toplu sözleşme ve grev hakkı konusunda işçi ve kamu görevlileri sendikaları arasında ayırımı gitmek, sendika kavramının tekilliği karşısında söz konusu haklarla ilgili tarihsel süreci ve günümüzdeki durumu kavramaya engel bir anomali belirtisidir.

Mevcut anayasanın gerek lafzı gerekse ruhu itibarıyla bu anomalinin etkisinde kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu görevlisi (memur)-işçi ayırımı korunmak kaydıyla her iki istihdam türünde hizmet gören çalışanlarca kurulan sendikalar arasındaki sendikal haklara ilişkin eşitsizliklerin ortadan kaldırılması yeni anayasaya yüklediğimiz olmazsa olmaz görevlerden biridir. Yeni anayasanın içeriğinde işçi ve kamu görevlileri sendikaları arasında toplu sözleşme ve grev hakkı yönüyle söz konusu hakların özünü etkileyen bir farklılık bulunması dahi özgürlükçü ve sivil bir anlayışa sahip olmadığını ifade etmek için yeterli bir neden olacaktır.

Kamu çalışanlarının sendikal haklarına insan hakları ve özgürlükleriyle ilgili hemen hemen bütün evrensel belgelerde yer verilmiştir. Temel haklar içerisinde yer alan sendikal haklar; “özgür biçimde örgütlenme”, “toplu sözleşme” ve “grev” hakkını kapsamaktadır. Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına dair 98 no’lu ILO Sözleşmesi, 8-8-1951 günlü 5834 sayılı yasayla uygun bulunmuş ve 14.08.1951 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin toplu pazarlık hakkını düzenleyen 4. maddesi uyarınca, tüm çalışanların toplu sözleşme hakkına sahip kılınması gerektiği tartışmasıdır. Mevcut anayasa döneminde göz ardı edilen bu gerçeğin yeni anayasanın düzenlenmesinde dikkate alınması kaçınılmaz bir sorumluluktur.

Kaldı ki, mevcut anayasanın 90. maddesinde yer alan “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmü esas alındığında kamu çalışanlarının toplu sözleşmeli ve grevli sendikal hak taleplerinin hukuki bir dayanağının bulunduğu söylemek yanlış olmamak gerekir. Zira, Anayasanın bu hükmü kapsamında değerlendirilmesi gereken İLO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı’nın konuyla ilgili hükümleri incelendiğinde kamu çalışanlarının toplu sözleşme ve grev hakkından yoksun bırakılmaları en yalın biçimiyle hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Demokratik ve özgürlükçü bakış açısından kusurlu bir anayasanın dahi uluslar arası sözleşmeler

aracılığıyla toplu sözleşme ve grev hakkının kamu görevlileri sendikalarına da sağlanması gerektiğini işaret ettiği düşünüldüğünde demokratik, özgürlükçü ve sivil nitelikleriyle ön plana çıkması beklenen yeni anayasanın, toplu sözleşme ve grev hakkı olmayan sendika komedisine son vermesini beklemek haklı ve makul bir taleptir.

Kamu çalışanlarının sendika ve sendikal hak terminolojisinde karşılığı bulunmayacak şekilde grevsiz ve toplu sözleşmesiz sendikalara mahkum edilen mevcut durumun sona erdirilmesi, kalıcı ve yıkılmaz bir demokratik toplumun oluşması açısından da önemli bir kazanım olacaktır. Emek yoğun örgütlerin demokrasinin gelişmesine ve korunmasına yaptığı katkılar konusunda özellikle Avrupa coğrafyasında sayısız örnek vardır. Avrupa kıtasındaki demokrasi kültürünün geniş tabanlı ve sürekli bir değer olarak algılandığı dikkate alındığında, kamu görevlileri sendikalarının gerçek anlamda sendika olarak değerlendirilmesini sağlayacak toplu sözleşme ve grev hakkı sınırlandırılmasının kaldırılması sadece çalışma hayatına ve çalışanlara ilişkin bir kazanım olarak kalmayacak demokratik düzen ve sivil toplum hedefi açısından da toplumun bütününe kuşatan bir kazanım olacaktır.

Diğer taraftan, korku ve kaygılarla temel hak ve özgürlükleri hakkın ruhunu göz ardı ederek sınırlamak ya da yok saymak, yasal sınırlar içerisinde “sivil itaatsizlik” gösteren kişi ve örgütlerin demokrasiye olan inancını ve bağlılığını törpülemek gibi istenmedik bir duruma da neden olacaktır.

Bu bakımdan, çalışanların taleplerine duyarsız kalan işveren üzerinde baskı uygulamasında ve yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla kazanım ve haklar elde etmesinde temel araçlardan biri olan grev hakkından kamu çalışanlarının yoksun bırakılmasına ilişkin olarak günümüze değin ortaya konan gerekçeler ipe un sermekten öte bir anlam içermektedir. Şüphesiz kamu hizmetlerinin herhangi bir nedenle kesintiye uğraması veya bu hizmeti sunmakla görevli olanların hizmet sunmaktan imtina etme hakkına sahip kılınmaları gerek hizmetten yararlanan bireyler gerekse hizmeti sunmakla sorumlu kamu otoritesi açısından kolay kabul edilebilir bir durum değildir. Ancak, hizmetin kesintiye uğramasını engellemek adına hizmeti sunanların haklarında kısıtlamaya gitmek demokratik hukuk devleti anlayışıyla örtüşmediği gibi örgütlenme ve çalışma hukukuna ilişkin evrensel nitelikte ilke ve değerlerde örtüşmemektedir. Kamu çalışanlarının, hak ve taleplerinin karşılanmasında kamu otoritesinin bu sıfattan kaynaklanan güce dayalı takdiri değerlendirmesine mahkum edilmesi çalışan ve işveren ilişkilerine ilişkin demokratik iletişim sürecine de uygun değildir. Kamu otoritesince konulan kurallara aykırı davranması halinde kamu çalışanı sıfatını kaybetmek yaptırımıyla muhatap kılınan kamu çalışanlarının, taleplerinin karşılanmaması halinde kamu işvereni üzerinde baskı uygulayacak ve sendikal terminolojiye uygun bir araca (grev hakkına) sahip olmaması günümüz demokratik devlet anlayışı yanında örgütlenme hakkıyla da çelişmektedir. Yeni anayasanın bu çelişkiyi gerek kamu hizmetinin sürekliliğini gerekse kamu çalışanlarının örgütlülüğünden kaynaklanan haklarını dikkate alarak çözüme kavuşturması gerekiyor.

2.7. Vatandaşlık Ayrıştırıcı Değil Birleştirici Bir Dille Tanımlanmalıdır

Devlet ile birey arasındaki ilişkilerin temelini hiç şüphesiz “vatandaşlık” oluşturmaktadır. İster tabiyet ister bağıllık olarak ifade edin bireylerin devlete ilişkin aidiyet duygusunun ya da devletin hizmet sunma ve/veya hesap verme iradesinin temelinde vatandaşlık ilişkisi bulunmaktadır. Bu yönüyle vatandaşlık, egemenlik iradesinin sahibini tespit açısından da önem arz etmektedir. Devlet ve birey arasındaki bu denli önemli bir hukuki ilişkinin Anayasal bir tanımlamaya ihtiyaç duyduğu da herkes tarafından kabul edilen bir tespittir. Vatandaşlık kavramının anayasanın içeriğinde yer alması ne kadar önemli ve gerekliyse Anayasada yer alacak vatandaşlık tanımının da bireyler ve vatandaş topluluğunun içerisinde yer alan etnik yapılar açısından birleştirici nitelikte olması da en az o kadar gerekli ve önemlidir.

Mevcut anayasanın vatandaşlıkla ilgili hükmü; **“Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.**

Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk’tür.

Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

Hiçbir Türk, vatana bağıllıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz. ...” şeklindedir. Görüldüğü gibi hükmün içeriğinde vatandaşlık en azından lafzi olarak ırki bir temele dayandırıldığı gibi Anayasanın diğer hükümlerinde yer almayan

ve sadece bu hükümde yer alan “Türk Devleti” şeklinde bir tanımlamaya da yer verilmiştir. İyiniyetli eleştiri ve önerilerin dahi toplumun kimi kesimlerince düşman ilan edilmek sonucunu doğuracak vatandaşlık tanımını konusunda yeni anayasa, ülkedeki bütün etnik kimlikleri kapsayan ve son dönemlerde değişik kurum ve kişilerce dile getirilen üst kimlik algısını ortaya koyacak bir tanıma ulaşmak zorundadır. Bu nedenle, yeni anayasa, vatandaşlığı tanımlarken devleti “Türkiye Cumhuriyeti”, vatandaşlık kapsamı içerisindeki bireyleri de “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı” şeklinde ifade eden birleştirici zemin oluşturacak bir vatandaşlık kurgusuna sahip olmalıdır.

2.8. Demokrasimiz, Kamu Görevlilerine Yönelik Siyaset Yasağı Kalktığında Topallıktan Kurtulacak

Demokrasinin ve Cumhuriyet rejiminin bireylere sunduğu en büyük imkanlardan birisi hiç şüphesiz seçebilmek ve seçilme yarışına katılabilmektir. Seçme ve seçilme hakkının tam olarak sağlanmadığı ve teminat altına alınmadığı bir sistemi demokratik olarak tanımlamak mümkün olmadığı gibi bu eksikliği barındıran bir rejimi Cumhuriyet olarak nitelemek de pek mümkün değildir.

Bu bakımdan, 1982 Anayasasının 67 ve 68 nci maddeleri incelendiğinde seçme ve seçilme hakkı yönüyle total bir demokrasi anlayışını dayatan bir Anayasal bakışla karşı karşıya olduğumuz açıktır. “**Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulun-**

ma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.” ve “Vatandaşlar, siyasî parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir. Parti üyesi olabilmek için onsekiz yaşını doldurmuş olmak gerekir.” hükümleriyle oldukça geniş bir zemin oluşturulan seçme ve seçilme hakkı alanının, söz konusu ifadelerden sonra yer verilen “Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasî partilere üye olamazlar.” hükmüne yer verilmek suretiyle oldukça fazla bireyi kapsayan siyaset yasağıyla daraltılması, seçme ve seçilme hakkına ilişkin istenmedik durumların ülkemiz açısından var olması gibi bir sonucu oluşturmuştur. Bunun yanında seçim kanunuyla kamu görevlilerine henüz adaylıkları dahi kesinleşmeden önce istifa etme yükümlülüğü getirildiği de dikkate alındığında, siyaset yasağının seçime katılma dayatmasına dönüştüğünü söylemek yanlış olmamak gerekir.

Kamu görevlisi olmak için aranan şartlar ve bu şartlara sahip olmak için gereken donanım dikkate alındığında siyaset kurumunun ve seçmen kitlesinin, yüksek donanımlı, ülke ve toplumun sorunlarını bilen bireylerden genel ve yerel düzeyde yararlanmasının önüne geçildiği tartışmasızdır. Seçmen olması ve bu sıfatıyla siyasi tercihte bulunması sakınca oluşturmeyen kamu görevlilerinin, siyasi partilere üye olmasında ve bu sıfatlarından ayrılmaksızın yerel veya genel seçimlerde aday

olarak seçilme hakkını kullanmasındaki sakıncanın ne olduğu konusunda konuya ilişkin Anayasa ve yasa hükümlerinin gerekçeleri dahi inandırıcı cevaplar üretebilmiş değildir. Geçmiş dönemlerin ortaya çıkardığı çekincelerin haklı görülmesi beklenerek devam ettirilen yasak ve sınırlamaların ortaya çıkardığı resim, birey olmanın doğasında var olan siyaset yapma hakkına yönelik Anayasal yasak nedeniyle siyasi tercihlerini hukuken olmasa bile fiilen dile getiren bir kamu görevlisi topluluğudur. Daha somut bir ifadeyle partilerin üyesi olması yasaklanarak taraftarı olmak zorunda bırakılan aydın bir topluluk. Demokrasi kültürüyle bağdaştırılması imkansız bu ayıptan kurtulmak zorundayız. Siyaset yapmak ve seçim yarışına katılabilmek için sıfatından ve ekmeğinden vazgeçmek zorunda bırakılan bireyler üreten bir düzenlemenin seçme ve seçilme hakkını düzenlediğini ve teminat altına aldığını söylemek inandırıcı olmamak yanında umut kırıcıdır.

Yeni anayasa, topluma seçme sınırlılığı getiren, kamu görevlilerini siyaset kurumu içerisinde çözüm üretme arayışlarından men eden ve seçilme konusunda ekmekle adaylık arasında tercih yapmak zorunda bırakan bu ayıba son vermelidir. Kamu görevlisi sıfatıyla seçebilenler, aynı sıfatla siyaset yapabilme ve seçime katılabilmek imkanından yararlanmadığı sürece gerek seçme hakkı gerekse seçilme hakkı yönüyle sınırlı bir demokrasi anlayışını kabul ediyoruz demektir. Oysa, yeni anayasa, sadece özgürlüklere değil demokrasi algımıza dayatılan sınırlamaların da yok edicisi olmak durumundadır.

2.9. Siyasi Partileri Kurmak da Kapatmak da Milletin Yetkisindedir

Demokrasi, siyasi iktidarın yönetilenlerin (egemenliğin asli sahibinin) rızasıyla ve temsiliyle meşruiyet kazandığı bir yönetim biçimidir. Demokrasinin “halkın iktidarı” şeklinde betimlenmesinin temelinde de bu anlayış vardır. Eşitliği, özgürlüğü ve özgürleşmeyi, çoğulculuğu önceleyen toplumlar açısından ikamesiz bir yönetim biçimi olan demokrasinin çağdaş olarak nitelendirilebilmesi, hiç şüphesiz serbest ve düzenli seçimler aracılığıyla somutlaştırılan çoğulculuk ve siyasi yarışma kurumlarının varlığını gerektirir. Yönetilenlerin karar ve kuralları belirleme sürecine katılmasını öngörmesiyle diğer yönetim biçimlerinden ayrılan demokrasinin temel nüvesi, siyasi erkin ve aldığı kararların da meşruiyet zeminini oluşturan siyasi katılımdır.

Demokrasinin özünü oluşturan siyasi katılımın gerçekleşmesinde öncül şart ise hiç şüphesiz siyasi partilerin varlığıdır. Demokrasinin kültür algısıyla varlığını devam ettirmesi ve gelişmesi için varlığına ihtiyaç duyulan siyasi partiler, halkın hem yöneten hem yönetilen olmak gibi iki ayrı konuma aynı anda sahip olmasını sağlama yeterliliğiyle donatılmış kurumlardır. Daha açık bir ifadeyle, vatandaşlar, yönetmek ve yönetilmek eylemlerine dair hedef ve beklentilerini siyasi partiler aracılığıyla deklare ederler. Siyasi iktidar sıfatıyla yürütme erkini kullanan da yürütme erkini eylemlerine dair eleştiri ve beklentilerini dile getiren de siyasi partiler aracılığıyla halkın kendisidir.

Yukarıda belirtilen nitelikleri ile demokrasinin vazgeçilmez ve ıkame edilemez kurumları olan siyasi partiler, bu nitelikleri nedeniyle Anayasal metinler aracılığıyla iç hukuk düzenleri tarafından koruma ve teminat altına alınırken evrensel nitelikteki hukuki belgelerle de daha geniş bir korunma ve dokunulmazlık alanına sahip kılınmıştır.

Bu kapsamda, kararlarıyla iç hukukumuzun bir çok alanında gerek yasama gerek yürütme gerekse yargı yönlü olumlu değişikliklerin gerçekleşmesine zemin hazırlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, siyasi partilerin demokrasinin ilke, kurum ve kurallarıyla işleyebilmesini sağlayan örgütler olarak tanımlamakla yetinmemiş siyasi partilere yönelik müdahaleleri, örgütlenme özgürlüğü yanında evleviyetle demokrasi açısından istenmez eylemler olarak nitelendirmiştir. Bu anlayışın bir yansıması olarak da, siyasi partilere yönelik müdahaleleri (kapatma veya daha alt düzeydeki yaptırımları) ancak olağanüstü durumlarda başvurulabilecek bir seçenek olarak gördüğünü deklare etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin siyasi partileri önceleyen ve siyasi partilere müdahale edilmesinde olağanüstü durumların varlığını arayan bu yaklaşımı; toplumu oluşturan kesitlerin ve bireylerin sahip oldukları farklı görüşleri yansıtmaya, yaşatmaya ve yayma aracı olan siyasi partilerin varlığının, düşünce ve ideoloji temelli çok sesliliğe hayatiyet kazandıracak tek yönetim biçimi demokrasinin olmazsa olmaz şartı olmasına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, siyaset kurumunun doğasında var olan aykırılıklara veya olağan sayılabilecek gerekçelere dayalı

olarak siyasi partilere müdahale edilmesi (kapatılması veya benzer etki doğuracak yaptırımlara tabi tutulması), bireylere ve/veya bireyler tarafından oluşturulan sivil toplum örgütlerine özgür düşünce kapılarının kapatılmasıyla ya da farklı olma hakkı tanınmamasıyla eş anlamlıdır.

Demokrasinin orijini olarak görülen Avrupa Coğrafyasında 1950’lerden bugüne değin ikisi Almanya’da biri İspanya’da olmak üzere üç siyasi parti kapatılmıştır. Almanya’daki parti kapatma kararları 1950 ve 1952 tarihli dir. Bir başka ifadeyle Almanya’da 49 yıldır parti kapatma kararı verilmemiştir. İspanya’da hakkında kapatma kararı alınan Herri Batasuna Partisi’nin kapatılma gerekçesi, ayrılıkçı terör örgütü olarak bilinen ETA ile organik bağıdır. Özet bir ifadeyle, Avrupa demokrasisi, siyasi partilerin varlığını esas, kapatılmasını istisna olarak görmektedir.

Buna karşın, Anayasasında “**Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.**” hükmü yer almasına karşın ülkemizde, 1961’den bugüne değin 24 siyasi parti hakkında kapatma kararı verilmiştir. Bir anlamda, evrensel nitelikteki Anayasal ilke göz ardı edilerek siyasi parti mezarlığı oluşturulmuştur. Kaldı ki, yargı kararıyla kapatılan 24 siyasi parti dışında askeri müdahale süreçlerinde kapatılan partiler de göz önüne alındığında durumun vahameti daha iyi anlaşılabacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin –biri hariç olmak üzere- parti kapatma kararlarını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmenin ihlali olarak kabul etmek suretiyle parti kapatma uygula-

masının siyasi alanın daha da daralması gibi bir sonuca hizmet ettiğini ifade etmiştir.

Varlık ve kuruluş gerekçesi, bireylerin hak ve özgürlüklerini devlet ve devlet iktidarı karşısında korumak olan Anayasa Mahkemesi, kuruluşundaki saik nedeniyle ülkemizde devleti bireylerden korumak görevini üstlenmiştir. Bu görev algısına bağlı olarak, güvence olması amacıyla siyasi partileri kapatma davalarına bakmakla yetkili kılınan Anayasa Mahkemesi siyasal partiler açısından güvence olmak yerine aksine tehdit unsuru haline gelmiştir. Toplumun kesitleri ve bireyler arasındaki farklılıkların siyaset aracılığıyla kamu alanına taşınmasına engel olarak siyaset alanını daraltan Anayasa Mahkemesi, verdiği siyasi parti kapatma kararlarıyla da siyaset zemininde fazla sayıda aktörün yer almasını engellemiştir. Siyasi parti kapatma davalarına ilişkin kararlarını siyasi partilerin özgürlüğü yerine devletin korunma ihtiyacını önceleyen bir bakış açısıyla oluşturan Anayasa Mahkemesi, verdiği kapatma kararları ve bu kararlara ilişkin gerekçeleriyle bir anlamda toplumun ve bireylerin oy vermek ya da oy vermemek suretiyle siyasi partilerin yaşam süresini belirleme kudretine sahip olmadığını deklare etmiştir. Ancak, kalıcı ve gelişmiş bir demokrasi kültürüne sahip olduğumuz iddiasında bulunabilmek için, siyasi partilerin ancak kendisini kuran toplum tarafından kapatıldığı bir siyasi partiler rejiminin varlığı şarttır.

Bu zorunluluğun gereklerini yerine getirmek için en uygun zemin yeni anayasadır. Yeni Anayasa, siyasi partilerin kapatılmasını zorlaş-

tırarak hükümlerle siyasi parti mezarlığına yeni definler yapılmasını engellemelidir. Bu amaçla, siyasi partilerin kapatılması istisnai bir tedbir olarak düzenlenmeli ve kapatmayı gerektiren fiil ve haller siyasi partinin şiddet odaklı ve şiddeti siyasi bir araç olarak gören bir yapı haline gelmek sınırlılığında belirlenmelidir. Herhangi bir parti hakkında kapatma kararına varılmasını gerektiren fiil ve haller, keyfi yorumlara ve siyasi partilerin sürekli kapatılma tehdidi altında tutulmasına neden olmayacak açıklıkta düzenlenmelidir. Bu çerçevede, şiddeti savunan ve şiddet kullanmaya yönelten ya da demokrasi temelli anayasal düzeni ortadan kaldırmak, hak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmede şiddeti siyasi araç olarak gören ve deklare eden siyasi partilerin kapatılması sınırlılığında bir düzenlemenin yeni anayasada yer alması yaşanan ve yaşanması muhtemel sorunları ortadan kaldıracaktır.

Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin fiil ve halleri sınırlı olarak saymak bir başka anlatımla konunun esasına yönelik bir belirleme yapmak mevcutta yaşanan sıkıntıların giderilmesi için yeterli değildir. Yeni anayasa, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin istemde bulunmak ve kapatma kararı vermek noktasında da siyasi partiler açısından teminat ve hukuki güvenlik sağlayacak bir usul ortaya koymalıdır. Parti kapatma davasının bir ceza davası mı bir tespit davası mı olduğuna ilişkin hukuki nitelik tartışmasının varlığına rağmen parti kapatmanın bir ceza davası olarak algılanması ve bu anlayışla kapatma isteminin “iddianame” olarak isimlendirilen bir metin aracılığıyla Yargıtay

Cumhuriyet Başsavcısı'nın yetkisi olarak düzenlenmesi siyaset alanının ceza hukukuyla doğrudan ilişkilendirilmesi ve parti kapatmaya ilişkin yargılama sürecinin de ceza hukuku usulleri dairesinde çözüme kavuşturulması gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir. Siyaset kurumunun ceza hukukuyla doğrudan ilişkilendirilmesi gibi bir sakıncayı üreten bu yönteme yeni anayasada yer verilmemelidir. Temel niteliği itibarıyla bir sivil toplum örgütü olan siyasi partilerin, kuruluş sürecinin medeni hukuk kurallarıyla benzer nitelikte olması karşısında parti kapatma sürecinin de dernekler veya sendikalarda olduğu medeni usul hükümleri kapsamında değerlendirilmesi anlamlı ve yerinde olacaktır. Bu çerçevede, parti kapatma davası açılması ve bu isteme ilişkin hukuki metnin hazırlanması yetki ve görevlerinin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na ait olması garabetinden kurtulmamızı sağlayacak bir yöntem yeni anayasada yer almalıdır. Siyaset kurumunun temel yaşam alanı olan TBMM'nin, parti kapatma davası açılması sürecinde karar paydaşı olması mutlak surette sağlanmalı ve kapatma isteminin yargılamaya dönüşmesi TBMM'nce nitelikli çoğunlukla alınacak bir karara bağlı olmalıdır. Parti kapatma kararını vermek yetkisine haiz kılınan Anayasa Mahkemesi'nin dahi görev ve yetkilerine ilişkin kuralları belirleme yetkisine haiz olan TBMM'nin siyasi alanın daraltılması gibi demokrasi açısından istenmez bir sonuç olan parti kapatma sürecinin hiçbir aşamasında yer almaması, demokrasiyi ve onun varlığının ön şartı olan siyasi alanı sadece yargı erkinin kanaat ve yorumlarına mahkum etmek gibi hukuk devletiyle bağdaşmaz bir rejime kapı aralamak olacaktır.

2.10. Yargının Tarafsızlığına Dair Tereddütler Giderilmeden Milletvekili Dokunulmazlığını Kaldırmak Milli Egemenliği ve Siyaset Kurumunu Riske Atmaktır

Egemenliğin milli irade şeklinde somutlaşmasının zemini olan yasama organlarında görev alanların, bu görev ve sorumluluklarının gereklerini herhangi bir baskı ve tehdit altında kalmaksızın yerine getirebilmesi için “yasama bağımsızlığı”na sahip kılınmaları bir zorunluluktur. Yasama bağımsızlığı; “dokunulmazlık” ve “sorumsuzluk” olmak üzere iki muafiyet içerir. Yasama dokunulmazlığı, yasama organı üyelerinin yasama organının izni ve kararı olmaksızın gözaltına alınmak, tutuklanmak başta olmak üzere ceza hukukuna ait tedbir ve uygulamalara maruz bırakılamaması ve yargılanamamasıdır. Bu açıdan dokunulmazlık yasama organı üyelerine tanınmış özel bir muafiyettir. Bu muafiyetin haklı gerekçesi, meclis üyelerinin yasama faaliyetlerine katılmasını engelleme girişimlerinin önüne geçmek diğer bir ifadeyle parlamenterlerin yasama faaliyetlerine her zaman katılabilmesini sağlamaktır. Yasama dokunulmazlığının olmaması, yürütme veya yargı erklerinin parlamenterlere yönelik tedbirler aracılığıyla yasama erkine yönelik bir tahakküm oluşturmalarına zemin hazırlayacaktır. Esasen, kuvvetler ayrılığının bütün kurallarıyla ve kurumlarıyla oluşabilmesinin ön şartlarından biri hiç şüphesiz yasama dokunulmazlığıdır. Yargı erki bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesiyle koruma altına alınırken yasama erkinin koruma kalkanından yoksun bırakılması, kuvvetler ayrılığının işbölümü olarak değil güç kavgası olarak şekillenmesi sonucunu doğuracaktır.

Yasama dokunulmazlığının konusunu, kural olarak milletvekillerinin görevi dışında işlediği cezaî sorumluluğunu doğurabilecek fiiller oluştururken yasama sorumsuzluğunun konusunu ise yasama fonksiyonunun ifası sırasında oy, söz ve düşünce açıklaması şeklinde işlenen fiiller oluşturmaktadır. Bu bakımdan gerek dokunulmazlık gerekse sorumsuzluk, yasama organının milli iradenin tam anlamıyla tecellisini sağlaması açısından elzem muafiyetlerdir. Ancak, bu muafiyetlerin her ikisinin de mutlak muafiyet şeklinde düzenlenmesi ve uygulanmasının beklenmesi de yanlıştır. Bu bakımdan yasama sorumsuzluğunun mutlak yasama dokunulmazlığının nispi nitelikte olması ideal durumdur. Mevcut Anayasa, yasama bağıışıklığının iki unsuru açısından da ideale yakın bir çizgi oluşturmuştur.

Yakın dönemde, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması yönünde çeşitli siyasi partiler ve sivil toplum kuruluşları tarafından dile getirilen öneri, devleti oluşturan erkler arasında kuvvetler ayrılığının özünü oluşturan işbirliği yaklaşımının kurulmamış olması gerçeğini göz ardı edildiğini göstermektedir. Siyasi irade ile bürokratik irade arasında sürekli gergin bir iletişim sürecinin bulunduğu bir zeminde yasama dokunulmazlığının kaldırılması, -yasama dokunulmazlığının varlığına rağmen- sağlanmakta zorluk çekilen erkler arası güç dengesinin yasama erki aleyhine daha da bozulmasına neden olabilecektir.

Ülkemizde yüksek yargı organlarında görev alan yargı mensupları, (yüksek yargı organlarının kuruluş yıldönümleri başta olmak üzere)

çeşitli vesilelerle gerek yürütme gerekse yasama erkine yönelik yargı mensubu kavramıyla açıklanması zor itham ve saptamalarda bulunmakla yetinmemiş yasama faaliyetinin ve yürütme görevinin nasıl yapılması gerektiği konusunda talimatlar içeren deklerasyonlara da imza atmıştır. Siyasi parti kapatma davalarında Bakanlar Kurulu üyesi olanlar dahil milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı ve yasama sorumlusuzluğu kapsamındaki eylemlerinin dahi kapatma istemine gerekçe yapıldığı gerçeği karşısında, yasama dokunulmazlığından vazgeçilmesi yargı erkine siyaset kurumuna ve yasama erkine doğrudan müdahale edebileceği bir alan oluşturmak sonucunu doğuracaktır. Temel hak ve özgürlükleri uygulama eksenli teminat altına alma yetki ve sorumluluğuna sahip olan yasama erkinin teminattan yoksun olmasını talep etmek, yargıç devlete bir adım daha yaklaşmayı istemekle eş anlamlıdır.

Yasama dokunulmazlığının mevcut durumdan daha dar bir şekilde uygulanması, yasama ve yürütme erkiyle hesaplaşmayı ve çatışmayı kendine görev edinen yargı mensuplarından arınmış bir yargı erkinin varlığına bağlıdır. Anayasanın açık hükmüne rağmen Cumhurbaşkanı “şüpheli” olarak tanımlayan ve ceza yargılamasının sujesi haline getirmeye çalışan yargı mensupları gerçeği yargı sistemimizin ve yargı mensuplarımızın, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının ya da kapsamının daraltılmasının siyaset kurumu üzerinde tahakküm riski oluşturmayacağı inancını sağlayacak demokrasi algısına ve olgunluğuna erişmediğini göstermektedir. Bu bakımdan, yargının bağımsızlığı konusundaki endişe ve taleplerini sürekli dile getirmesine karşın aynı

hassasiyeti yargının tarafsızlığı konusunda göstermekten kaçınan yargı organlarının ve mensuplarının varlığı, yasama dokunulmazlığının kapsamının daraltılması veya tamamen kaldırılması yönünde bir hükme yeni anayasada yer verilmemesinin haklı gerekçesini oluşturmaktadır.

2.11. Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkileri, Demokratik Parlamenter Rejimle Uyumlu Olacak Şekilde Düzenlenmeli

Cumhurbaşkanlığı, demokratik parlamenter rejimlerde “ülkenin ve milletin birliğini temsil etmek” temelinde sembolik bir makamdır. Parlamenter sistemde, milli iradenin somutlaşma zemini hiç şüphesiz yasama organıdır. Bu bakımdan, sorumsuzluğu esas olan Cumhurbaşkanının devleti oluşturan bütün erkler üzerinde kullanabileceği yetkilerle donatılması, parlamenter sistemin özüne uygun olmamak yanında milli iradenin gücünü kullanmak ve kararlarını şekillendirmek yönlü bir kaosa da neden olacaktır. Mevcut anayasada, “Devletin başı” olmak ile cumhurun (milletin) başkanı olmak noktasında gel-gitler yaşanmasına neden olan Cumhurbaşkanlığına ilişkin hükümler, devleti korumak ve milleti temsil etmek gibi çatışma alanları oldukça yüksek iki görevi Cumhurbaşkanına yüklerken “sorumsuz Cumhurbaşkanı”nı özellikle yürütmeyi kuşatan “yetkileri sınırsız Cumhurbaşkanı”na dönüştürmüştür. Tarafsızlığı “Anayasal sorumluluk” olarak düzenlenen Cumhurbaşkanı’nın kendisini seçen seçmenler tarafından taraflı olması beklenen siyasi partilerce oluşturulan yürütme erki kapsamında değerlendirilmesi hatta belirli dönemlerde Bakanlar Kurulu’na başkanlık

yapmasının öngörülmesi, “Devletin başı olmak” konumuyla çok örtüşmemektedir.

Yeni Anayasa, Cumhurbaşkanlığı makamını, demokratik parlamenter rejimlerdeki “sorumsuzluk hali” ile örtüşecek sembolik bir makam olarak düzenlemelidir. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanı’nın yürütme, yasaama ve yargı erkine yönelik yetkiler, “tarafsızlık” ilkesinin gereği olan hassasiyet ve “sorumsuzluk” konumunun gereği olan hakkaniyet açısından Cumhurbaşkanı’na siyasi sorumluluk yüklenmesine engel olacak şekilde sınırlanmalıdır. Bu amaçla, mevcut durum itibarıyla Anayasada ve Anayasa dışındaki yasal metinlerde yer verilen Cumhurbaşkanına ait yetki ve görevlere yeni anayasada yer verilmemelidir. Bugün itibarıyla, genel müdürlerin hatta il müdürlerinin dahi atanmasında yetkisi olduğu düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanı’nın özellikle yürütme odaklı ne kadar geniş bir yetki yelpazesine sahip olduğu görülecektir. Cumhurbaşkanının yürütme erkinin ayrılmaz parçası ve asli unsuru olarak görülmesine neden olan mevcut görev ve yetkilerden kurtarmak üzere yeni anayasa Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini; ülkenin ve milletin birliğini temsil etmek, temsili olmak kaydıyla belirli dönemlerde Bakanlar Kurulu’na başkanlık etmek, yabancı devletlere temsilci göndermek ve yabancı devletlerin temsilcilerini kabul etmek uluslararası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, usul ve esasları kanunda belirtilen şekilde hükümlülerin cezalarını hafifletmek ve affetmek, kanunların anayasa-ya uygunluğuna yönelik anayasa yargısına başvurmak sınırlılığında hüküm altına almalıdır. Yetki ve görevlerinin bu şekilde sınırlanması,

Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanlığı makamını siyasi çekişme malzemesi olmaktan kurtaracaktır.

2.12. Milli Güvenlik Kurulu’nun Anayasal Kurum Kimliğine Son Verilmeli

Yaşadığımız dönemde devletler açısından en önemli kavramlardan biri hiç kuşkusuz “milli güvenlik” kavramıdır. Ülkemiz, milli güvenlik kavramını içeriğinde yer alan “güvenlik” kavramından hareketle askeri terminoloji dahilinde değerlendirmek hatasından henüz kurtulamamıştır. Oysa, askeri tedbirler ve doktrinler “milli güvenlik” olgusunun sadece bir yönünü oluşturmaktadır. Günümüz dünyasında ekonomiden teknolojiye, dil biliminden halk kültürüne kadar bir çok alan ve konu doğrudan veya dolaylı milli güvenlik kavramıyla ilişkilidir. Bu bakımdan milli güvenlik olgusu, askeri konu olarak değerlendirmek şeklindeki dar çerçevenin içerisinden kurtarılmak zorundadır.

Milli güvenlik kavramının anlamlandırılmasına ilişkin düşünce boyutlu hata konunun fiili süreçlerine de etki etmiştir. Milli güvenlik konusunun değerlendirildiği ya da tartışıldığı her zeminde ve bu konuya dair hizmetleri yürütecek her kuruluştaki askeri unsurlara ağırlık verilmesi tercihi kullanılmıştır. Milli Güvenliğin genel geçer nitelikteki; “Milli güvenlik; Devletin anayasal düzenini, milli varlığını, bütünlüğünü, uluslararası alanda siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik bütün çıkarlarını ve uluslararası antlaşmalarla belirlenen haklarını her türlü iç ve dış tehditlere karşı koruması ve kollamasıdır.” tanımı dikkate alındığında ortaya konan bu tercihin çok doğru olmadığı açıktır.

Milli güvenliğin, siyaset kurumunun doğasında var olan çekişme ve yarışma süreçlerinden olumsuz etkilenmemesi gerekçe gösterilerek siyaset dışı bir alan olarak belirlenmesi kabul edilemez olduğu gibi icrai yetkisi ve siyasi sorumluluğu bulunmayan bir kurulun görev sahası olarak düzenlenmesi de kabul edilebilir değildir. Mevcut Anayasa, 117 nci maddesinde milli güvenliği sağlamak görev ve sorumluluğunu Bakanlar Kurulu'na tevdi etmesine karşın bir sonraki (118 nci) maddesiyle yetkili fakat siyaseten sorumsuz nitelikteki Milli Güvenlik Kurulu'nu milli güvenlik siyasetini belirleme konusunda asli yetkili bir organ olarak düzenlemiştir. Daha açık bir ifadeyle, Milli Güvenlik Kurulu'na “Anayasal Kurum” sıfatı kazandırarak siyaset üzerinde baskı oluşturma imkanı sağlamıştır. Nitekim, Kurul Anayasanın kendisine sağladığı bu alanı kullanarak “28 Şubat Süreci” olarak bilinen –dönemin Milli Güvenlik Kurulu üyelerinden bir bölümü tarafından, oldukça uzun bir zaman dilimini kapsayacağı belirtilen- antidemokratik ve milli iradeyi yok sayan bir sürece start vermiştir.

Milli Güvenlik Kurulu'nun milli güvenlik siyasetine ilişkin tavsiye niteliğinde kararlar almak görev ve sorumluluğuna sahip olmasına karşın bu konumunu çok aşacak biçimde demokratik süreci askıya alacak bir süreci başlatabilmesinin arkasında, mantıklı hiçbir gerekçesi bulunmayan Anayasal kurum statüsü yatmaktadır. Bu nedenle, yeni anayasa milli güvenliği sağlamak görev ve sorumluluğu ile birlikte milli güvenlik siyaseti stratejisi belirleme yetkisinin de Bakanlar Kurulu'na

ait olduğunu hüküm altına almalıdır. Bakanlar Kurulu'nun bu görev ve yetkisini yerine getirirken üyelerini kendisinin belirleyeceği kurul ve komisyonlar oluşturmak suretiyle milli güvenlik olgusunun içerisinde yer alan konu ve alanlar itibarıyla daha zengin bir içerikte ve tavsiye niteliğinde karar oluşturmayı gerçek anlamıyla sağlayabilecek bir kurguyu oluşturabileceği kuşkusuzdur.

2.13. Olağanüstü Hallerde Yönetim Anlayışı Değil Karar Alma Süreçleri Değişmeli

Hayatın sürekli olağan akışında seyretmesi devlet veya bireyler tarafından sağlanabilecek bir durum değildir. Bu bakımdan, anayasal metinlerde olağanüstü hallere (hayatın olağan akışında olmadığına) yönelik tanımlara ve bu dönemlerde Devlete ait görev, yetki ve sorumlulukların nasıl sağlanacağına ilişkin belirlemelere yer verilmesi olağan bir durumdur. Bu tanım ve belirlemelerin bireyin hak ve özgürlüklerini bütünüyle yok sayacak ve devletin yönetim şeklini ve sivil iradenin varlığını göz ardı edecek nitelikte olmaması da demokratik ve sivil idareyi esas alan sistemler açısından asli sorumluluktur.

Mevcut Anayasanın olağanüstü hal kapsamında değerlendirdiği durumlar ve bu durumlarda uygulanmasını öngördüğü yönetim anlayışı, demokratik ve sivil irade esasıyla paralellik göstermekten uzaktır. Ekonomik bunalım, tabi afet ve tehlikeli salgın hastalık hallerinin olağanüstü hal için gerekçe kılınması ve Devlet yönetiminin işleyişinin özellikle yürütme erki boyutuyla başkalaşmasının öngörülmesi günümüz imkan

ve kabiliyetleri dikkate alındığında makul ve makbul değildir. Bu hallerin varlığında, yönetime ilişkin işleyişin ve kurgunun değiştirilmesi yerine daha hızlı karar alınmasına ve uygulanmasına imkan sağlayacak biçimde karar alma süreçlerinde değişikliğe gidilmesi daha anlamlı ve yerinde olacaktır. Mevcut anayasanın sıkıyönetimle ilgili hükmünün son bölümünde, sıkıyönetim komutanlarının Genelkurmay Başkanlığına bağlı olarak görev yapmalarının öngörülmesi Anayasanın olağanüstü halleri “sivil idare” anlayışından vazgeçmek için haklı bir gerekçe olarak görüldüğü gibi bir algıya sebep olmaktadır.

Aslında, Anayasanın sivil idare ile askerler arasındaki ilişkilere yönelik hükümlerinin bütününde askeri yapıyı, yasama, yürütme ve yargı erki dışında ve hatta üzerinde dördüncü bir kuvvet olarak tanımladığını görüyoruz. Genelkurmay Başkanı’nın atanmasına ilişkin hükümde, Milli Güvenlik Kurulu’nun üye yapısında, Genelkurmay Başkanının Başbakana karşı sorumluluğunda, Milli Savunma Bakanı ile askerler arasındaki hiyerarşik açıdan kimin ast kimin üst olduğu konusundaki belirsizlikte dördüncü bir erkin varlığına işaret edilmiştir. Daha açık bir ifadeyle mevcut Anayasa, Genelkurmay Başkanlığı öznesinde askeri kanadı zımnen fiili durumlara göre yürütme erkinin bir parçası veya olağan stepnesi olarak görmüştür. Bu yönüyle Milli Güvenlik Kurulu, askeri kanadın yürütme erkinin parçası olmak konumunun fiili kullanım zemini olmak gibi demokratik parlamenter rejimlerle örtüşmeyen bir işlevi fazlasıyla yerine getirmiştir.

Günümüzde devletlerin siyasi bağımsızlığı açısından önemi tartışmasız olan ekonomiyle ilgili sorunların veya çözüm önerilerinin belirlendiği ve tartışıldığı katılımcı bir organizasyon olan Ekonomik ve Sosyal Konsey, anayasal bir kurum olmak gibi bir niteliği bulunmamasına karşın kamuoyunda gündem oluşturan ve siyasi irade açısından da tavsiye olarak kabul edilen kararlar almaktadır. Bu fiili durum karşısında, –içeriğinde bugün itibarıyla küçümsenmeyecek ağırlıkta ekonomi bilimine ilişkin unsurların yer aldığı- milli güvenliğe ilişkin siyaset ve stratejinin belirlenmesine dönük tavsiye niteliğinde kararlar alması beklenen Milli Güvenlik Kurulu’nun anayasal kurum statüsünde olması, yasama ve yürütme erkine ruh ve vücut kazandıran siyaset kurumunu, kapsamı ve amacı döneme göre değişecek sürekli bir vesayet riski altında bırakmaktır.

Bu bakımdan yeni anayasa, milli güvenlik siyasetini ve stratejisini belirlemek yetki ve görevinin bütün unsurlarıyla Bakanlar Kuruluna ait olduğunu belirlemek yanında bu görev ve yetkinin gereklerini yerine getirmek konusunda kim ya da kimlerden tavsiye alacağı konusunda –siyasi sorumluluğun asli muhatabı olan- Bakanlar Kuruluna değişik tercihler kullanabileceği bir hareket alanı bırakmalıdır. Bakanlar Kurulu’nun milli güvenlik açısından sorumluluğuyla paralel yetkiye sahip olmasını engelleyen mevcut Milli Güvenlik Kurulu uygulaması son ermediği sürece, sivil siyasi iradeyi belirleyen milletin Bakanlar Kurulu’na (daha geniş bir ifadeyle siyaset kurumuna) milli güvenlik odaklı hesap sorma yetkisi olmayacaktır.

2.14. Hukuk Devleti Olabilmenin Ön Şartı Yargı Yolunun Kapatıldığı Eylem ve İşlemin Olmamasıdır

Evrensel hukukun insanlık ailesine hediye ettiği en anlamlı ilkelerden birisi hiç kuşkusuz ki “Hukuk Devleti” ilkesidir. Yalın bir tanımla “bireylere hukuki güvence sağlayan devlet” olarak ifade edebileceğimiz hukuk devletinin varlığına ilişkin ön şartlardan biri, sadece yönetilenlerin değil egemen erk olarak Devletin ve yönetenlerin de hukuk kurallarına bağlı olmasıdır. Bu bağlılığı somutlaştıracak uygulama ise idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olmasıdır. Daha somut anlamda, devletin, egemen erk olarak kendisinin vazettiği hukuka tabi olmak ve hukuka aykırı işlem ve eylemleriyle ilgili olarak yargılanabilmek tahammülü gösterebilmesidir.

Hukuk devleti ilkesi, bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Hukuk devleti’nin en önemli niteliği, hiçbir idari işlem ve eylemin yargı denetimi dışında kalmamasıdır. Batı demokrasisi kavramı içerisinde değerlendirilen ülkelerin tamamında bu şart, somut olarak karşılandığı gibi vazgeçmenin mümkün olmadığı bir ilke haline de gelmiştir. Soyut ve somut gerekleri bu kadar açık olan “hukuk devleti” ilkesini devletin temel niteliklerinden biri olarak belirleyen ve bu belirlemenin yapıldığı maddeyi değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez madde olarak düzenleyen mevcut anayasa, hukuk devletinin temel şartı olan hiçbir idari işlem ve eylemin yargı dışı kalmaması ilkesi konusunda ne yazık ki aynı kararlılığı gösterememiştir. Mevcut Anayasa’da; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere, olağanüs-

tü haller ile sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere, YAŞ ve HSYK kararlarına karşı yargı yolu açıkça kapatılırken kamu görevlilerine uygulanan uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatabilmek konusunda yasama organına takdiri bir yetki alanı bırakılmıştır. Hukuk devleti ilkesinin en önemli ön ilkelerinden bir olan yargı denetiminin genelliği ilkesinin aksine olacak şekilde yargı yolunun kapalı olduğu eylem ve işlemler öngörmek ile devletin temel niteliklerinden birinin hukuk devleti olduğunu belirtmek gibi açık bir çelişkiyi barındıran mevcut anayasa, bütün iyi niyetli girişimlere rağmen aradan geçen 27 yılda bu eksikliğini giderememiştir.

Mevcut anayasanın 27 yıldır gideremediği bu eksikliği, yeni anayasa ortadan kaldırmalıdır. Yeni anayasa, Cumhurbaşkanının –yürütme organının bir parçası olarak yaptığı işlemler dahil- devletin başı olmak sıfatıyla tek başına yaptığı işlemler hariç idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açmak suretiyle hukuk devleti olmak noktasındaki bütün tereddütlere son vermelidir. Bu eksikliğin oluşturduğu mağduriyetleri gidermek amacıyla da, yargı yolunun kapatıldığı işlemlerle haklarında hüküm tesis edilen bireylere geçmişe dönük bir başvuru hakkı sağlamalıdır. Anayasanın geçici maddeleriyle –anayasal düzeni yıkmak gibi şedit bir suçu işleyen- darbecilerin geleceğe etkili olacak şekilde anayasal koruma altına alınması karşısında yargı yolunun kapalı tutulması nedeniyle mağdur olanlara bu hakkın sağlanması makul bir talep olmak gerekir.

2.15. Özerk Üniversite ve Özgür Bilimi Ütopya Olmaktan Çıkarmak YÖK’ün Anayasal Kimliğine ve Varlığına Son Vermeyi Gerektirir

Eğitim ve öğretim özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün en önemli ve somut alanlarından birini oluşturmaktadır. Eğitim ve öğretim özgürlüğünün kuramsallıktan kurtarıp kurumsal bir zemine ulaştırmanın en kestirme yolu ise üniversitelere özerklik, bilime özgürlük sağlamaktır. Üniversiteleri özerk kılmak ve bilime özgürlük tanımak; yüksek öğretim alanının siyasi çekişmelerin zemini olarak kullanılmasına engel olmak yanında eğitim-öğretim sürecinin bilimsel bir bakışla düzenlenmesine de imkan sağlayacaktır. Özerk üniversite, üniversitenin bilimsel çalışmalarını ve sunduğu yüksek öğretim hizmetini kendi organlarıncı tesis edilen düzenleyici ya da birel işlemler aracılığıyla düzenleme ve yürütme yetkisine sahip olmasıdır.

Bilimsel bilginin ve birikimin oluşturulması ve toplumla paylaşılması gibi unsurları içerisinde barındıran bilimsel özgürlük, ancak özerk üniversiteyle sağlanabilir. Bilimsel bilgi ve birikimin herhangi bir engelle karşılaşmaksızın paylaşılması ve öğretilmesi, esasen düşünce özgürlüğünün gerçek anlamda teminat altına alındığının da göstergesidir. Bu bakımdan özerk üniversite ve bilimsel özgürlük sadece yükseköğretim sistemi ve organizasyonu ile ilişkilendirilebilecek kadar yalın bir konu değildir. Daha yalın bir ifadeyle, “özerk üniversite” ve “özgür bilim” var edilmeden düşünce özgürlüğünün varlığına dair bir iddiada bulunmak Anayasal kandırmacadan başka bir anlam ifade etmez. Bu

yönüyle mevcut anayasa, düşünce özgürlüğü konusunda bireyler kaynaklı kaygısını, özerk üniversite ve bilimsel özgürlük konusunda daha da derin bir şekilde hissettirmiş ve YÖK aracılığıyla bu kaygısını baskıya dönüştürmüştür.

Niteliği itibarıyla hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan üniversiteleri Anayasal kurum statüsü verdiği YÖK’ün taşra teşkilatı olarak gören mevcut anayasa, özerklik bir yana “üniversite” kavramının dahi gerçek anlamıyla yaşanmasına ve oluşmasına engel olmuştur. Anayasanın 130 ve 131 nci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, YÖK’ün üniversiteler açısından yasama, yürütme ve yargı erklerini elinde bulunduran “topraksız devlet” olarak kurgulandığını görüyoruz. Özerklik yönüyle üniversiteler, bilimsel özgürlük yönüyle akademisyenler üzerinde hükümler güç olan YÖK, kuruluşundan bu yana ideolojik açıdan taban tabana zıt görüşlerin ortak tepkisine mazhar olmak birleştiriliciliği dışında gerek yükseköğretim öğrencileri gerekse akademisyenler arasında “bizimkiler” ve “ötekiler” tespiti yapmak ayrıştırıcılığının merkezi olmuştur. YÖK, sadece özerk üniversitenin ve bilimsel özgürlüğün önünde engel olmakla yetinmemiş Anayasal bir vaat olan “eğitimde fırsat ve imkan eşitliği” kavramının yüksek öğretim düzeyinde hangi sınırlılıkla uygulanacağını belirleme keyfiyetini de kullanmıştır.

Derinlemesine analiz edebilmek ve ürettiği mağduriyetlerin bütünü nü ifade edebilmek için ayrı bir rapor düzenlenmesi gereken YÖK’ün sultasını bitirmek ve yeni mağdurlar üretmesini engellemek yanında

özerk üniversite ve özgür bilim özlemine son vermek, yeni anayasaya ilişkin öncelikli beklentiler arasındadır. Yeni Anayasa, YÖK'ün Anayasal kurum kimliğine son vermekle yetinmemeli içeriğinde YÖK'ün varlığını sona erdirecek hükümleri de barındırmalıdır. Yükseköğretim sistemine dönük merkezi nitelikteki teşkilat, Anayasal kurum niteliğinde olmamak kaydıyla üniversiteler arasında koordinasyonu sağlamak ve bilimsel özgürlük alanını genişletmek işlevini görmekle sınırlı bir görev sahası ve yetki alanı sınırlılığında oluşturulmalıdır.

2.16. Sivil-Askeri Yüksek Yargı Garabetine Son Veren ve Yargının Tarafsızlığını Önceleyen Yargı Sistemi

Mevcut Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ve özellikle de son dönemde gündem yapılan konulardan biri hiç kuşkusuz yargının bağımsız olmadığına ilişkin iddialardır. Bu iddialar, yargı organlarının ve mensuplarının yürütme erkinin etkilerine açık olduğu savıyla güçlendirilmeye çalışılmıştır. İddiadan daha vahim durum ise yargının bağımsız olmadığı konusunda görüş beyan edenlerin neredeyse bütünü, yargının tarafsızlığına ilişkin tespit ve beyanlarda bulunmaktan imtina etmeleridir. Oysa evrensel nitelikteki bağımsız yargı ilkesinin temel amacı yargının tarafsızlığını sağlamaktır.

Yargının bağımsız olmadığı iddialarına gerekçe olarak, HSYK'nın üye yapısı, üyelerinin belirlenmesine ilişkin usul ve kendisine özgü bir kuruluş binasının ve sekreteryasının olmaması gösterilmektedir. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından

atanması ve hakim ve savcılar hakkındaki idari kovuşturmaların Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerce gerçekleştirilmesi de yargı bağımsızlığının olmadığı yönündeki fikir ve beyanların dayanağı olarak gösterilmektedir.

HSYK'nın üye yapısından rahatsız olanların HSYK kararlarının yargı denetimi dışında tutulması ve bu nedenle bir çok hakim ve savcının mağdur edilmesi gerçeğini göz ardı etmeleri, konuya tek yönlü bakıldığını göstermektedir. Yargının bağımsızlığı konusunda gösterilen –taraf- ları- hassasiyetiyle paralel bir değerlendirmenin –bağımsız bir şekilde- yargının tarafsızlığı konusunda gösterilmemesinin nedenini belirlemek çok mümkün değildir. Ancak, ilginç olan mevcut anayasanın da yargı bağımsızlığına münhasır bir hüküm ayırırken ve diğer bazı maddelerde bağımsızlık konusuna vurgu yaparken yargının asli niteliğini oluşturma- sı gereken “tarafsız yargı” ilkesiyle ilgili hükme yer vermemesidir. Anayasanın yargı tarafsızlığına yönelik bu kayıtsızlığının yargı organ- larına ve mensuplarına da sirayet ettiğini söylemek, özellikle yakın dö- nemdeki Anayasa yargısı kararları dikkate alındığında haksız bir tespit olmamak gerekir. Anayasanın yargının tarafsızlığına bu kadar kayıtsız kalmasının ve yargı sisteminin de bu kayıtsızlığa destek vermesinin arkasındaki neden, hiç şüphesiz Anayasanın yargı erkine, devleti ko- rumak ve kollamak gibi tarafsız yargı ilkesiyle bağdaşmaz bir görev yüklemesidir.

Gerçektende iktidardaki siyasi partinin kapatılmasına ilişkin dava ve yükseköğrenim hakkının kılık-kıyafet odaklı engellenmesine ilişkin

fiili durumu sona erdirmeyi amaçlayan Anayasa değişikliğine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları ve gerekçeleri, yargının tarafsızlığı konusunda duyulan endişelerin haklı olduğunu doğrular niteliktedir.

Bu nedenle, Yeni Anayasanın yargı erki ve sistemi üzerindeki temel paradigması yargının tarafsızlığının sağlanması üzerine kurgulanmalıdır. Bu amaçla yargının tarafsızlığı temel değer olarak hüküm altına alınmalı ve tarafsızlığın ihlaline zemin hazırlayan “devleti korumak ve kollamak” veya “sisteme dair bütün meselleri kuşatan resmi ideoloji üretmek” anlayışı ve ruhuna anayasada yer verilmemelidir.

Yüksek yargı organlarının sivil ve askeri olmak üzere iki başlı düzenlenmesi garabeti de demokratik hukuk devleti algısıyla örtüşür değildir. Yeni Anayasa, hukuki kavramların ve değerlendirmelerin sivil ve asker açısından farklı tanımlanması gibi adalet algısıyla ve hukuka güven ilkesiyle çelişen bu çarpık yargı sistemine son vermek zorundadır. Sivil ve askerler için farklı Yargıtay ve Danıştay’ın olduğu bir yargı sisteminin, üye olmak kararlığında olduğumuz Avrupa Birliğinin mevcut üyelerinin hiç birinde olmadığı göz önüne alındığında AB üyelik sürecinin bu çerçevede bir dayatma üreteceği açıktır. Bu bakımdan, AB eksenli bir dayatma yerine bu değişikliği yeni anayasayla gerçekleştirmek daha anlamlı olacaktır.

Sonuç olarak Yeni Anayasa, yargı sistemindeki sivil ve askerler için farklı yüksek mahkemelerin varlığı çarpıklığına son vermek, öncelikli değeri bağımsızlık olarak gösterilmeye çalışılan yargı erkine, “tarafsız-

lığı” kaçınamayacağı ve göz ardı edemeyeceği bir sorumluluk olarak yüklemek öncelikleriyle demokratik hukuk devleti olmak erdemini sağlamalıdır.

2.17. Anayasa Mahkemesi’nin Kendisini Anayasanın Üstünde Görme Özgürlüğüne Son Verilmeli

Yeni anayasanın çözüm üretmesi beklenen konulardan biri, Anayasa Mahkemesi’nin üyelerinin belirlenmesi ve görev süreleri ile görev ve yetkileridir. Mevcut anayasanın mahkeme üyelerinin belirlenmesine ilişkin sistemi üyelerin kim tarafından atandığı dikkate alınarak Anayasa Mahkemesince verilecek kararların tahmin edilmesine imkan sağlaması (yargı tarafsızlığının ihlaline ilişkin fiili durum yaratması) nedeniyle haklı şekilde eleştirilmiştir. Haklı eleştiri olarak görülebilecek diğer hususlar ise Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi ve mahkemenin anayasanın kendisine tanımadığı (yürütmenin durdurulması kararı gibi) kararlar almak şeklinde kendi anayasasını oluşturma keyfiyetini kullanmasıdır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin bu sıfatlarını emekli oldukları tarihe kadar korumaları dinamikliği ve değişkenliği asıl olan hukuk bilimi açısından kabul edilir değildir. Yasama ve yürütme erki üyeliğine ilişkin –dönemsel bazlı- süre sınırlaması öngörülmesine karşın yüksek yargı organı üyeliklerine yönelik bir süre sınırlamasının öngörülmemesi erkler arasındaki denge açısından da risk oluşturmaktadır/olusturacaktır. Bu bakımdan Yeni Anayasa, yüksek yargı organı üyelikleri için özel-

likle de Anayasa Mahkemesi üyeliği için süre sınırlaması öngörmelidir. Süre sınırlamasında, yasama organı seçimlerine ilişkin olağan seçim tarihi aralığı kriter olarak alınabilir. Mutlak surette bir süre belirtmek gerekirse, üyelerin görev süresinin 5 yıl olması ve görev süresi bitenlerin tekrar üyeliğe atanabilmeleri yönünde bir hükme yer verilebilir.

Yeni Anayasa, Anayasa Mahkemesinin üye sayısında ve üyelerin atanması usulünde, mevcut üye sayısı arttırılmak ve yasama, yürütme, yargı erklerinin her birine eşit sayıda üye belirleme imkanı vermek suretiyle anayasa yargısı açısından erkler arası dengeyi sağlayacak bir hüküm içermelidir. Bu yönde yapılacak düzenleme, özellikle son dönemde Anayasa Mahkemesi üzerinde yoğunlaşan bağımsızlık ve tarafsızlık eksenli eleştirileri de sona erdirecektir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin, kendisini Anayasanın üstünde görmek anlayışıyla karar vazetmesine engel olacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Mevcut Anayasanın özgürlükler konusunda devleti bireylere karşı koruma eksenini, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin düzenlenmesinde yerini yasama ve yürütme erkine karşı “kırmızı kitap” aracılığıyla devletin ve resmi ideolojinin korunması eksenine terk etmiştir. Esasen yeni Anayasanın sağlaması gereken asli durum, kendisi dışında devleti şematize edecek –başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere bürokratik oligarşiyi var eden ve güçlü kılan- gizil anayasa vesvesesine son vermektir. Bunu sağlamadığı sürece Anayasa Mahkemesi dahil bir çok kurum, kendisini milli

iradenin asli sahibi ve Anayasanın üstünde görmeye devam edecektir. Demokratik hukuk devleti olmak ve bunu sürdürebilmek, sadece yönetenlerin kendisini hukuka bağlı kılmasıyla sağlanamaz, bunun yanında başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yargı erkinin yürütme ve yasa-
ma üzerinde tahakküm oluşturma alışkanlığından kurtulması da gere-
kir. Yeni Anayasa, Anayasa Mahkemesine bu alışkanlıktan kurtulmada
evleviyetle destek olmalıdır.

III. BÖLÜM

SONUÇ

Bu ülkenin ve insanların, anayasal düzeni yıkma suçunu işleyen darbeciler tarafından kaleme alınan ya da aldırılan anayasalarla yönetilmesine son vermek için kurucu meclis kurmak işgüzarlığına gerek olmadığı açıktır. Diğer taraftan, mevcut yasama organının yeni bir anayasa yapmak konusunda mutlak ve tek yetki sahibi olduğu gerçeğine aykırı bir iddia kim tarafından ortaya atılırsa atılsın anlamsızdır. Bu nedenle, yeni anayasa yapmak konusunda toplumdan yönelen baskıyı sindirmek için ortaya konan bu ve benzeri görüşlere itibar edilmeksizin, mevcut anayasayla milli egemenlik merkezli yönetmek ve yönetilmek talebinin karşılanamayacağı konusunda oluşmuş olan mutabakat asıl kabul edilerek, sadece yapanlar yönüyle değil yazarlar yönüyle de sivil bir anayasanın ivedilikle yapılması gerekmektedir.

Bütün hükümlerine “İnsanı yaşat ki Devlet yaşasın” anlayışının hakim olması istenen ve beklenen Yeni Anayasa;

a) Egemenliğin asli ve tek sahibinin millet olduğunun Devleti oluşturan bütün erkler tarafından kabul edilmesini,

b) Hukukun evrensel ilkeleriyle desteklenmiş kanun önünde eşitlik ilkesinin, idarenin bütün işlem ve eylemlerinde istisnasız uygulanmasını,

c) Kuvvetler ayrılığını, çatışma nedeni olmaktan çıkarıp “güçlü ülke-özgür birey” idealini gerçekleştirecek bir işbölümü olarak algılamayı,

d) Laiklik ilkesinin, özgürlüklerin yaşanmasının engeli değil özgürlüklerin teminatı olarak görülmesini,

e) Devletin, “tek millet algısı”nı dayatan egemen güç olmak yerine din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet ayırımı yapmaksızın “ortak bir yaşam alanı” geliştirmekle görevli ortak güç olarak tanımlanmasını,

f) Düşünce özgürlüğünün soyut bir olgu olmaktan öte somut durumlar var etme gücü olarak kullanılmasını,

g) Temel hak ve özgürlüklerin, bireylerin Devletin varlığını tehdit eden bir suje olarak algılanmasına gerekçe yapılmamasını,

h) Bireyi tanımlayan Devletten, milli egemenlikle örtüşen ve Devletin birey tarafından tanımlandığı demokratik bir sürecin başlamasını,

ı) Hukuk devleti, sosyal devlet, laiklik gibi kavramların, keyfiyete tabi tanımlamalar yerine Anayasada yer verilmek suretiyle üzerinde mutabakata varılan şekliyle tanımlanmasını,

i) İdarenin de iradenin de sivilleşmesini,

j) Cumhuriyet ve demokratik parlamenter rejimle örtüşen ve sivillerin belirleyici olduğu sivil-asker ilişkisini,

ğ) Yargı bağımsızlığının ön şartı olan yargı tarafsızlığını,

h) İdarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olmasını,

ı) Özgürlüklerin hak temelinde düzenlenmesini,

i) Din ve vicdan hürriyetinin, dininin veya inancının gereklerini yerine getirmek şeklinde de kullanılabilmesini,

j) Devleti oluşturan erkler dışında hiçbir kuruma ve yapıya Anayasal kurum statüsü vermemek suretiyle kimi kurumlarca egemenlik yetkisi iddiasında bulunulmamasını,

k) Bireylerin güvenlik ve özgürlük arasında tercih yapmak zorunda bırakılmamasını,

l) Militarist devlet ve yargıç devlet gibi milli egemenlik ve demokrasi kavramlarıyla örtüşmeyen yönetim uygulamalarının seçenek olmaktan çıkarılmasını,

m) Anayasal düzeni yıkmak ve millet iradesine ipotek koymak eylem ve girişimlerinin en ağır biçimde cezalandırılmasını

öngören bir ruhla kaleme alınmalı ve bu ruhu alenen ve tereddütsüz yansıtacak hükümler içermelidir. Özgür bireye, şeffaf ve hesap verebilir Devlete ulaşmak, demokratik hukuk devleti olabilmek adına ikamesi olmayan yeni anayasa yapmak sorumluluğu bu çerçevede sivil toplum, siyaset kurumunun ve mevcut yasama organının ortak ve öncelikli görevidir.



Memur Sendikaları Konfederasyonu

GMK Bulvarı Özveren Sokak No: 9/4 Demirtepe/ANKARA
Tel: 0312 230 48 98 - 230 09 72-73 • Faks: 0312 230 39 89
www.memursen.org.tr