

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
ÖĞRETİM ÜYELERİNİN HAZIRLANACAK ANAYASA TASLAĞI ÜZERİNE
GÖRÜŞLERİ

(29 Aralık 2011)

Aşağıda yer verilen metinler, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nın (TBMM) 29 Kasım 2011 tarih ve A.01.1.AUK.0.00.00.00-32276 sayılı yazıları ile İstanbul Bilgi Üniversitesi Rektörlüğü'ne ilettikleri, "üniversitelerin anayasaya ilişkin görüşlerini"n TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu'na iletilmesiyle ilgili olarak hazırlanmıştır.

Bu çerçevede olmak üzere, bir anayasa metninde yer verilmesi beklenen tüm başlıklara dair bir görüş sunmak tercih edilmemiş ve tartışılmasında yarar görülen belli başlıklar bu çalışmaya dahil edilmiştir. Dolayısıyla sunulan metin, bir anayasa taslak metni değildir. Böyle bir yaklaşımla, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin bu çalışmaya katkıda bulunan öğretim üyelerinin imzalarıyla sunulan aşağıdaki görüş yazılarına bu dosyada yer verirken, bir anayasa sistematığının gözönünde tutulmasına özen gösterilmiştir.

İÇİNDEKİLER

DEVLETİN ŞEKLİNE VE EGEMENLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER	4
Devletin şekli	4
Egemenlik.....	5
ÇOĞULCU DEMOKRASİ İLKESİ	7
HUKUK DEVLETİ İLKESİ	9
SOSYAL DEVLET İLKESİ	16
AYRIMCILIK YASAĞI ve EŞİTLİK	18
ANAYASA VE İNSAN HAKLARI	20
İnsan odaklı bir anayasa	20
Başlangıç kısmı ve insan hakları	20
Hak ve özgürlükleri koruma mantığı	21
Bireysel ve kolektif haklar.....	21
Sınırlandırma ölçütleri.....	22
Hakların kötüye kullanılmasının önlenmesi	23
Olağanüstü hal rejimleri altında özenle korunması gereken haklar	23
Azınlıklar hukuku.....	23
Yabancılar (T.C. uyruğu olmayan kişiler).....	24
Uluslararası insan hakları andlaşmalarının iç hukuktaki etkisi.....	25
TBMM'nin "kuvvet kullanma"ya izin verme yetkisi ve insan hakları.....	25
Mahkemelerin bağımsızlığı ve uluslararası hukuk.....	26
Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı	26
KADIN HAKLARI	28
Ayrımcılık yasağı ve eşitlik.....	28
Siyasete ve karar alma süreçlerine katılım	29
Uluslararası andlaşmalar ve yargı	30
Şiddet.....	30
İstihdama katılım/çalışma hakkı	31
Bütçe.....	31

EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER	32
YASAMA	34
YENİ ANAYASA HAKKINDA GÖRÜŞ	36
Anayasanın Temel Felsefesi	36
Başlangıç.....	38
Devletin Temel Amaç ve Görevleri.....	38
Hükümet Sistemi.....	38
Siyasi Partiler	39
Asker - sivil ilişkileri	42
YARGI	43

DEVLETİN ŞEKLİNE VE EGEMENLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Prof. Dr. Cemal Bali Akal

Devletin şekli

(Devletin şeklinin cumhuriyet olarak belirtilmesinin yeterli olduğunu ve bunun ardından “cumhuriyetin nitelikleri”nden söz edilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Önceki anayasada devletin şekline ilişkin maddeyi izleyen cumhuriyetin niteliklerine ilişkin madde kavramsal bir karışıklığa yol açıyordu. Eğer niteliklere mutlaka “devletin şekli”ne ilişkin maddede değinilmesi gerekiyorsa, “cumhuriyet” değil yalnızca “devlet” sözcüğüne demokratik, sosyal, laik... gibi sözcükler eklenebilir).

Moderniteyi modernite yapan yapısal ve zihinsel kesinti üstünde özellikle duruyorum: Orta Çağ'ın karmaşık siyasi yapılanmasına özgü hukuki düzenler olan *estat*'ların ya da onları birleştirme hayali olarak skolastik *respublica*'nın yerini modernitede “bir hukuki düzen olarak devlet” alacaktır. Bu -önce monarşik- yapılanmayı anlatan kavram da moderniteye özgü siyasi birliği karşılayıp, *respublica*'nın yeniden düşünülmesini sağlayacak ve mutlakiyetçi yapılanmadan liberal yapılanmaya evrilme sürecinde, onu yeniden anlamlandırmaya başlayacaktır: Bir siyasi iktidar tipinin ya da devletin şekli olarak, gücün tek kişinin elinde olmadığı ya da kalıtımsal olarak aktarılmadığı cumhuriyet... Öyleyse, bütünüyle farklı gerçeklikler aynı sözcüklerle, kafa karışıklığını iyice artırarak, ifade edilmekte ve saptırılmakta ya da yeniden anlamlandırılmaktadır: Site sınırları içinde düşünülmesi gereken bir yönetimle, İmparatorluk sınırları içinde düşünülmesi gereken bir yönetim, bunlarla Orta Çağ'ın parçalanmış siyasi bütünlerini dinî bir şemsiye altında toparlamaya çalışan bir zihniyetin yönetim anlayışı ve hepsiyle önce modern iradeciliğin mutlakiyetçi devleti ya da *respublicası*, sonra da liberal “devletin şekli olarak cumhuriyet” birbirine karışmaktadır... Skolastik zihniyetle modern zihniyet arasındaki sancılı geçiş sürecinde, aynı mutlakiyetçi yapılanmayı iki kavram, devlet ve *respublica* birbiriyle yarışarak karşıladı. *Respublica* bugünkü anlamında devletin şeklini ifade etmeden önce, devlet sözcüğüyle yan yana, modern siyasi birliğin başlangıcını anlatmak için kullanıldı. Ama sorun şu ki, o sırada iki kavramın da anlatmaya çalıştığı şey, mutlak monarşiydi: Modern devletin matrisi olarak

mutlakiyetçilik ve ona denk düşen zihniyet... Devletin şeklini anlatmak için seçilen *respublica*, niyet ve hassasiyet ne olursa olsun, devletle özdeşleştirilerek kullanıldığında, gizli bir zihniyet kendi yolunu izleyip mantığını açığa vurabilir. Demek ki bugünkü anlamıyla cumhuriyet kavramı, olsa olsa monarşik yapılanmadan halkın başkanını seçtiği yapılanmaya geçildiğinde kullanılabilir. Bu bağlamda, artık, egemenlik ulusta olduğu sürece, monarşik ya da değil, siyasi iktidar tipini karşılayan kavram devlettir. Cumhuriyet bu geniş kavram içinde, monarşik olamayacak bir devlet şeklini anlatır. Şunu da eklemek gerekir ki, modern anlamıyla cumhuriyet sözcüğünün monarşik yapılanmaya uygun olmaması, bu sözcüğün genel olarak mutlakiyetçi yapılanmalara uygun olmaması diye değerlendirilebilir. Mutlakiyetçi yapılanma, egemenlik soyutlamasına dayansa da, bu zihniyette birey ve bireysel irade düşüncesi - belirmiş olsa bile- henüz yeterli ağırlık taşımamaktadır. Bu nedenle, "karışmama ilkesine dayalı negatif bir özgürlük" savunucuları, birey ve bireysel irade düşüncesinin ağırlık kazandığı liberal yapılanmanın, cumhuriyet kavramının kullanımı açısından, en elverişli yapılanma olduğunu ileri sürebileceklerdir. Ancak, cumhuriyeti liberalizmle özdeşleştiren bu sava da, cumhuriyete sosyal bir nitelik kazandıracak, "liberalizmin eşitsiz düzenine karşı" bir anlayışla -bir altıncı anlamla- karşı çıkılabilir. Cumhuriyetin taşıdığı değerler konusunda fikir birliğine varıldığı zaman bile, ona verilen farklı anlamlardan kaynaklanan iki cumhuriyetçilik türü arasındaki siyasi ayrışma, geleneksel bir çatışmanın bu düzlemde de sürmesine neden olacaktır.

Egemenlik

(Egemenlik her toplumun güç ilişkilerinin üzerinde kurulan meşruiyet ilişkisinin modern adı ve hem ulus-devleti hem de ona bağlı yan kavramları anlamlandıran sözcüktür. Egemenlik kavramının aşırı bir kullanımından kaçınmak, dolayısıyla da onu -örneğin egemenliğe ilişkin maddenin önüne yerleştirilecek bir başka maddeyle- sınırlandırmak gerekir; çünkü egemenlik, gerçek güç ilişkileri düşünülürse, aldatıcı ve tehlikeli bir kavram olabilir ve son kertede en baskıcı sisteme bile meşruiyet kazandırır.)

Mutlak monarşinin meşruiyetini sözde sözleşme yapan toplumdan aldığı, dolayısıyla da onun adına hareket ettiği varsayıldığı oranda, ona karşı sorumluluk üstlendiği düşünülüyordu. Bu da genel olarak, demokrasi düşüncesinin temel unsurlarından

birinin, yani “temsil” düşüncesinin mutlakiyetçi düşünce içinde doğduğunu ve hep mutlakiyetçi izler ya da kalıntılar taşıdığını gösterir. Egemenlik kuramı, “yaratıcı irade”nin yerini alan “ulus iradesi”, onun “temsil”i ve “yönetici akıl” demokrasi düşüncemizin bu kalıntılarla beslenen unsurlarıdır. Bir başka deyişle, yaratıcı iradenin yerine dünyevi bir yasa yaratıcı koyacak olan modern düşünce, modern demokrasiyi de ulusal irade ve temsil sayesinde düşünülebilir olan bir yönetici akılla donatacaktır. Mutlakiyetçi zihniyette yöneticisini seçen yasa yaratıcı topluluk özgürlüklerinden vazgeçerken “akıl”ı da yöneticiye devreder. Mutlakiyetçilik, elbette üstüne oturduğu maddi koşullarla ve güç ilişkileriyle belirlenirken, gücü meşrulaştıran bir söylem olarak şu temel iddiaya dayanır: Yönetici akıl bu akıldan vazgeçmiş olan yönetilenler karşısında onların doğrularını onlardan iyi bilenlerin aklıdır. Mutlakiyetten liberalizme doğru atılan adımda, “temsil” ve “yönetici akıl”a ilişkin mantık değişmez. Toplumdan ayrılmış bir yönetici akıl varlığını sürdürür ve sisteme yönelik güvenlik endişesi arttığında korunması gereken bir yapılanma fikri, bazen demokrasiyle bazen de “demokrasiziz”, özgürlük fikrinden uzaklaşır. Ve özgürlükten güvenliğe her kayışta da yönetici akıl çok daha büyük bir itibar kazanır: Egemenlik ve ulusal iradeyle yönetici akıl arasındaki duygusal ve sayısal mesafe de çok değildir. Modernite “seçim”i, seçenle seçilenin iradelerini çakıştıran demokratik ilk unsur olarak sunar. Ama en adil olduğu varsayılan bir seçimde bile böyle bir çakışmanın imkânsızlığı ortada olduğundan, ister istemez ulusal irade iddiası ardında yönetici aklın üstünlüğü doğrulanır. İşin özünde, güç ilişkileri yönetenlerle-yönetilenler arasındaki altlık-üstlük ilişkileridir. Meşruiyet ilişkisi, az ya da çok, her durumda bu gerçek güç ilişkilerinin üzerinde kurulur. Yönetenler için meşruiyet yönetme konumlarının doğrulanması, yönetilenler için meşruiyet de olsa olsa yönetilme konumlarının doğrulanmasıdır. Bir yerde gerçek, öteki tarafta onu olduğu gibi düşünmeyi engelleyen perde vardır ve uygun bir göndermeyle her türlü güç ilişkisi meşrulaştırılabilir. Kısaca meşruiyet, tüm değer yargılarından uzak biçimde, gönderenle gönderilen arasında kurulan ilişkide belirir: Bu, ne tür bir meşruiyet söz konusu olursa olsun, her durumda A'nın varlık nedenini B'de bulmasıdır. Gönderme, bir şeyi başka şeyle açıklama ya da doğrulama olduğu kadar, aynı zamanda bir aşkınlaştırma ya da yüceltme işlemidir. Hukuku devletle değil, bir siyasi iktidar tipi olan devleti bir siyasi-hukuki ilişkiyle, yani gerçek güç ilişkilerinin yasalarla doğrulanmasıyla tanımlarsak, farklı toplum tiplerini birbirlerinden, devleti de tüm bu toplum tiplerinden ayırmak mümkün olur. Modern siyasi-hukuki sistemde meşruiyet ilişkisinin adı egemenliktir;

yani uygulamanın ulusun yaptığı varsayılan yasaya gönderilmesi ya da yasa yaratıcı olarak ulusun gösterilmesi... “Egemenlik ulusundur” parolası bu anlamda modern siyasi-hukuki sistemin düşünsel özünü oluşturur ve onu, farklı meşruiyet ilişkilerini belirlemiş farklı yapılanmalardan ayırır.

ÇOĞULCU DEMOKRASİ İLKESİ

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu

Kaynağı ister ulus ister halk egemenliği anlayışına dayansın, günümüzde, demokrasi olgusu her şeyden önce toplumun “temsilcilerini seçmesi” yoluyla, diğer bir deyişle seçim yoluyla iş başına gelen temsilciler aracılığı ile gerçekleşmektedir. Demokrasilerde iş başına gelen çoğunluk belirli bir süre kamu işlerini yürütme hakkına sahiptir, kural olarak çoğunluğun yönetme hakkı vardır. Fakat bu hak çoğulcu demokrasilerde azınlıkta kalanların haklarının ortadan kaldırılması, çoğunluğun her türlü tasarrufu yapabilmesi anlamına da gelmemektedir. Çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi arasındaki farklılık da burada ortaya çıkmaktadır. Eğer çoğunluğun her talebinin yapılabilmesi benimsenirse, çoğulcu bir demokrasiden değil çoğunlukçu bir demokrasiden söz edilir ki, çoğunluğun diktatörlüğüne yol açabilecek bu tür yönetim biçimleri, iktidar seçimle iş başına gelmesine rağmen artık bir demokrasi olarak isimlendirilmemektedir.

Çoğulculuk, toplumsal muhalefetin bir gün çoğunluk olma şansını yok etmemeyi amaçladığı gibi, toplumdaki her bir bireyin haklarının korunmasını, farklılıkların yaşayabilmesini de amaçlamaktadır. Bu nedenle çoğulcu demokrasilerde, çoğunluğu temsil eden siyasi iktidarın sınırları çizilir ve her zaman hem siyasi hem de hukuki olarak denetlenir.

İktidarın sınırlandırılması aynı zamanda azınlıkta kalanların korunmasıdır. Azınlıkta kalanların korunması, bunların çoğunluğu eleştirebilmesi, inanç ve düşüncelerini, yaşam anlayış ve biçimlerini tam bir açıklık ve serbestlik içinde ortaya koyabilmesi ile olanaklıdır. Çoğulculuk ile eşitlik veya ayrımcılık yasağı arasında da bir bağ vardır. Eşitlik ilkesi, benzer konumdaki kişilerin farklı muameleye tabi tutulmamasını öngörür,

kişilerin farklı bir muameleye tabi tutulması için nesnel ve makul bir neden olmalıdır. Fakat diğer yandan, ayrımcılık yasağı farklı konumdaki insanların farklı muamele edilmesini de gerektirir.

Bu çerçevede yeni Anayasada demokrasinin niteliği diğer bir deyişle çoğulculuğu vurgulanmalıdır. Düşünsel, vicdani ve yaşam biçimi bakımından farklılıkların korunabilmesi için özellikle ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, özel yaşam, örgütlenme ve gösteri özgürlükleri uluslararası standartlar esas alınarak düzenlenmelidir, azınlıkta kalanların kültür, yaşam ve anlayış biçimlerini korumaya yönelik olarak devletin pozitif yükümlülüğü Anayasada vurgulanmalıdır. Akademik özgürlük gerek devlet gerekse birey ve sermaye gruplarından gelebilecek müdahalelere karşı güvence altına alınmalıdır. Siyasi partilerin kapatılma nedenleri İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarında olduğu gibi, tek ölçüte indirilmelidir: "Bir siyasi partinin amacı (yabancı düşmanlığı, ırkçılık, nefret söylemi, teokratik devlet savunusu gibi) ve kullandığı araçlar (şiddet ve şiddete çağrı) *çoğulcu demokrasiye* aykırı olamaz". Ayrıca Meclis çalışmalarında kullanılan oyların ve dile getirilen ifadelerin parti kapatma davalarında delil olarak kullanılmasını yasaklayıcı bir hüküm getirilmesi de yasama sorumsuzluğunu güçlendirecek ve milletvekillerinin özgürce görüşlerini dile getirmesini güvence altına alacaktır.

Kadın-erkek eşitliğinin sadece hukuken değil fiilen de sağlanması için mevcut Anayasada yer alan pozitif ayrımcılık ilkesi yeni Anayasada da yer almalıdır. Fakat bu tür soyut ifadeler yeterli güvence sağlamadığından, yasama, yargı ve kamu yönetimine girmede pozitif ayrımcılığa ilişkin açık ve doğrudan uygulanabilir yükümlülükler Anayasada tanımlanmalıdır. Bu doğrultuda yasama organı için kadınlara yönelik kota uygulaması öngörülebileceği gibi, yargı ve kamu yönetimi bakımından eşit nitelikteki adaylardan eksik temsil edilen cinsiyetin tercih edilme yükümlülüğü getirilebilir. Ayrımcılık yasağı ayrı bir norm olarak Anayasada yer almalı, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim gibi ayrımcılık temelleri açıkça sayılmalıdır. Bunlara ek olarak ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve benzeri yaklaşımların koruma görmeyeceği ve devletin bu konulara yönelik çalışma yürüteceğine ilişkin belirleme yapılmalıdır. Farklılıkların korunması bakımından ayrımcılığa uğrayanların basit ve ucuz yöntemlerle başvuru yapabilecekleri, etkili yetkilere sahip özerk kuruluşlara (Ayrımcılığa Karşı Komite gibi) yer verilmelidir.

Bunlara ek olarak kurumsal çoğulculuğun sağlanması açısından da yeni Anayasa bir fırsat olarak değerlendirilebilir. Özellikle yargı alanında toplumsal çeşitliliği yansıtacak bir yapılanma modeli geliştirilmelidir. Bu modele yargı başlığı altında değinilmiştir. Yasama organındaki çoğulculuk bakımından ise bugün seçim sisteminde mevcut olan %10 ülke barajı gibi yüksek bir barajın öngörülmesini engelleyici bir hükme yer verilmesi önem arz etmektedir.

HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu

Hukuk devleti genel hatlarıyla hukukun üstünlüğüne dayalı, keyfi olmayan bir yönetimin hakim olduğu, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları bir devlet düzeni olarak tanımlanabilir. Hukuk devletinin sağlanabilmesi asgari temel koşullar: (a) kurallar hiyerarşisi çerçevesinde hukuki işlemlerin etkili bir yargı denetimine tabi olması, (b) adil yargılanma hakkının güvence altına alınması ve (c) erkler ayrılığı çerçevesinde yargının bağımsız olması olarak sıralanabilir.

Hukuk devleti bakımından önemli bir unsur hukuki işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi olmasıdır, bu konu adil yargılanma hakkının bir parçası olan hak arama özgürlüğü bakımından da son derece yaşamsaldır. Bu açıdan bakıldığında 1982 Anayasası Anayasa yargısı ve idari yargıya yer vermekle birlikte, bazı işlemleri yargı denetimi dışında tutarak, hak arama özgürlüğünü sınırlamakta, kurallar hiyerarşisini bazı yönlerden işlevsiz hale getirmekte ve böylece hukuk devleti ile çelişen bir durum yaratmaktadır. Yargı denetimi dışında bırakılan işlemlerden Yüksek Askeri Şura kararları ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bütün kararları yargı denetimine açık hale getirilmelidir. Olağanüstü Hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler de yargı denetimi dışında tutulmaktadır. Bu işlem türü tümüyle kaldırılmalıdır. Yüksek Seçim Kurulu kararlarının aleyhine başka bir mercie başvurulmadığından ve bu Kurul yargı bölümünde düzenlenmediği için Anayasa Mahkemesi tarafından mahkeme olarak değerlendirilmediğinden, Kurul işlemlerine karşı hak arama yolları kapanmakta ve ayrıca Kurul önünde uygulanan yasaların

Anayasaya uygunluğunun denetimi de ortadan kalkmaktadır. Bu nedenlerle YSK kararlarına karşı yargısal başvuru yolu açılmalıdır. Son olarak Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler de yargı denetimi dışında tutulmuştur. Parlamenter rejimlerde Cumhurbaşkanları sorumsuz olduklarından, yetkilerinin de sembolik nitelikte olmaları gerekir ve bu tür sembolik yetkilerin yargı denetimi dışında tutulması da hukuk devleti bakımından bir sakınca yaratmaz. Fakat 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanının yetkilerini önemli ölçüde artırarak ve hangi yetkilerin ortak imza ile hangilerinin ise tek başına kullanılacağı konusunda belirsizlik yaratarak yargı denetimi dışında kalan işlemleri belirlemeyi güçleştirmiştir. Cumhurbaşkanının yetkilerinin sembolik düzeye çekilmesi halinde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetiminin engellenmesi hukuk devleti bakımından sakınca yaratmayabilir.

Etkili bir yargısal denetim ve adil yargılanma hakkının korunması bakımından idari yargıdaki yürütmeyi durdurma biçiminde verilen tedbir kararına 1982 Anayasası ile getirilmiş olan istisnaya yeni Anayasada yer verilmemelidir. Mevcut Anayasada “kanun olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir” denmektedir. Söz konusu hüküm hukuk devletine aykırıdır.

Adil yargılanma hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde somut olarak tarif edilmektedir. Yeni Anayasada bu hükmün aynen yer alması İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin adil yargılanma hakkının kapsamını genişletici içtihatlarının Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmasında olumlu bir rol oynayacaktır.

Yeni Anayasada erkler ayrılığı çerçevesinde yargının bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir. Yargı bağımsızlığının hayata geçebilmesi için somut öneriler yargı başlığı altında dile getirilmektedir. Elbette hukuk devletinde denge ve denetim mekanizmaları sadece yargısal denetimle sınırlı değildir. Anayasada basit ve ucuz yöntemlerle başvuru yapılabilecek siyasi iradeden bağımsız bir biçimde örgütlenmiş özerk yapıların öngörülmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Mevcut Anayasada bir başvuru makamı olarak kamu denetçiliği kurumu yer almışsa da özerkliği ve tarafsızlığı güvence altına alınmadığından işlevsel olması güç görünmektedir. Ayrıca üniversitelerin ve TRT'nin özerkliğinin güçlendirilmesi, RTÜK'ün çoğulculuğunun artırılması da ihtiyaç duyulan konulardır.

LAİKLİK İLKESİ

Y. Doç. Dr. Lami Bertan Tokuzlu

Türkiye’de laiklik ilkesinin kurumsal yapısı Lozan Andlaşması rejimi çerçevesinde zaman içerisinde dondurulmuş haldedir. Lozan Andlaşması’nın sadece belirli dini cemaatlere yönelmiş hükümlerinin yanı sıra, militan laiklik anlayışı çerçevesinde, çoğunluk dinini kontrol altında tutmak üzere tasarlanmış bu sistem hem evrensel insan hakları standartlarının gerisinde kalmış, hem de dini kontrol altında tutma işlevini kaybetmiştir.

Laiklik ilkesinin kurumsal boyutu ile ilgili olarak günümüzde tek ve ideal bir model bulunmamakla birlikte,¹ uluslararası insan hakları denetim mekanizmalarının benimsediği birtakım standartlar bulunmaktadır. Bunlar arasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin denetim organı olan Mahkeme’nin içtihadı özel bir öneme sahiptir.

Mahkeme’nin önüne gelen önemli bir soru, hangi cemaatlere tüzel kişilik tanınacağı konusu ile ilgilidir. Mahkeme Rusya’ya karşı Kimlya ve Diğerleri davasında bu tür bir başvuruyu değerlendirmiştir. Dava konusu talep Scientology Kilisesi’nin bir dini cemaat olarak tanınıp tanınmayacağı sorunudur. Scientology Kilisesi pek çok Avrupa devletinde de varlık gösteren bir örgütlenme olduğundan sorunun çözümünde Mahkeme 'Devletin takdir yetkisi doktrini' çerçevesinde geliştirdiği 'Avrupa konsensusu' standardına başvurmuştur. Buna göre, Sözleşme’de yer alan herhangi bir standardın belirli bir yönde yorumlanması konusunda, Sözleşme’ye taraf Devletler arasında, bir konsensus mevcut ise, söz konusu uzlaşmadan ayrılacak bir uygulamaya yönelik Devletin takdir yetkisi sınırlıdır. Bu çerçevede Mahkeme Scientology Tarikatı’nın diğer Avrupa Devletlerinde dini bir cemaat olarak tanınıp tanınmadığını, dolayısıyla bu konuda bir Avrupa konsensusu bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Araştırması sonucunda Scientology Kilisesi’nin İspanya veya Portekiz gibi bazı Devletlerde bir dini cemaat olarak kabul edilirken, Belçika, Fransa, Almanya, Birleşik Krallık gibi pek çok

¹ *Human Dimension Seminar on Constitutional, Legal and Administrative Aspects of Freedom of Religion – Consolidated Summary*, Office of Democratic Institutions and Human Rights, 1996, http://www.osce.org/documents/odihr/1996/04/1777_en.pdf (erişim tarihi 06 Aralık 2009).

Avrupa ülkesinin, söz konusu Kiliseye dini cemaat statüsü vermeyi kabul etmediğini tespit etmiştir. Üzerinde Avrupa konsensusu bulunmayan konularda Devletin takdir yetkisi geniştir. Dolayısıyla, Mahkeme hangi inanışın ya da pratiğın dini inanış veya ibadet olarak kabul edileceğini soyut olarak belirleme yetkisini kendisinde görmemiştir. Bu nedenle, dava konusu inanış ya da pratiğın bir dini inanış olarak görülüp görülmediğı konusunda ilgili Devletin kendi uygulamasına odaklanmıştır. Mahkeme olayda Surgut Centre of Scientology'nin önce dini olmayan tüzel kişi olarak tanındığını, ancak daha sonra dini eylemleri sebebiyle kapatıldığını tespit etmiştir. Kapatılan tüzel kişiliğın üyelerinin daha sonra yaptığı bir kuruluş başvurusu da aynı gerekçe ile reddedilmiştir.

Nizhnekamsk Scientology Kilisesi bakımında da aynı yönde tespitler söz konusudur. Nitekim, bu konuda hem yerel mahkeme hem de Anayasa Mahkemesi örgütlenmenin dini nitelikte olduğı yönünde görüş belirtmişlerdir. Bu nedenle Mahkeme Rus yetkililerin kendi pratiğında, istikrarlı şekilde, Scientology Kilisesi'ni dini bir örgütlenme olarak gördüklerini, buna karşılık bu cemaate tüzel kişilik tanımadıklarını tespit etmiştir. Bu nedenle de Scientology Kilisesini Sözleşme'nin 9. maddesinin kapsamında yer alan bir dini cemaat olarak kabul etmiştir.²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda ifadesini bulan görüşleri değerlendirildiğinde, hangi cemaatlere tüzel kişilik tanınıp, hangilerine tanınmayacağı konusunda devletin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğundan bahsetmek mümkün görünmemektedir. Bu çerçevede, gerek Ermeni, Musevi ve Rum cemaatler dışındaki gayrı-Müslim cemaatler, (örneğin Türkiye'de yakın zamanlarda yaygınlaşmaya başlayan Yehova Şahitleri ve Türk Protestanları) bakımından ve gerekse azınlık niteliğindeki Müslüman cemaatler (örneğin aleviler) bakımından da tüzel kişiliğın tanınması zorunluluğı söz konusu olabilecektir.

Hangi gruba dini cemaat adı altında tüzel kişilik tanınacağı sorusu, belirli bir dine mensup kişilerin bölünmesi durumunda da özellik arz eder. Mahkeme bu tür bir durumla Moldova'ya karşı Bessarabia Metropolitan Kilisesi davasında karşı karşıya gelmiştir. Bessarabia Metropolitan Kilisesi 1992 yılında kuruluş başvurusunda bulunmuştur. Moldova Hükümeti, bu cemaatin diğerlerinden farklı bir cemaat olarak tanınabilmek için öğretisinin Ortodoks cemaati öğretisinden farklı olması gerektiğı, oysa

² *Kimlya/Russia*, ECHR, Appl.No. 76836/01, 32782/03, 01 Jan. 2009, para. 89.

böyle bir farklılığın mevcut olmadığı, Moldova Ortodoks Kilisesi'nin kuruluşu sorununun sadece Roma ve Rus Ortodoks Kiliseleri tarafından çözülebileceği, Bessarabia Ortodoks Kilisesinin ayrı bir tüzel kişilik olarak tanınmasının Ortodoks cemaatinde ihtilaflara yol açabileceği gerekçeleriyle söz konusu cemaate ayrı bir tüzel kişilik tanımayı reddetmiştir. Konu belirli bir cemaat içerisinde idari bir sorun olarak değerlendirilmiş ve Devlet bu soruna müdahale etmemeyi tercih etmiştir. Bu çerçevede, Devlet yetkilileri yaptıkları açıklamalarda, Bessarabia Metropolitan Kilisesi mensuplarının dinlerini özgürce yaşayabildiklerini, ibadetlerini yapmakta herhangi bir engelle karşılaştıkları yönünde hiçbir tespit bulunmadığını da eklemişlerdir. Buna karşılık Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen din özgürlüğünün taraf devletlere dini görüşlerin meşruiyetini yahut ifade edilmiş şekillerini değerlendirme yetkisi vermediğini belirtmiştir. Buna göre bölünmüş bir dini cemaate belirli bir lider veya belirli organları dayatan veya cemaatin tamamını veya bir kısmını rızası hilafına tek bir liderliğe bağlayan tasarruflar da din özgürlüğünü ihlal eder.

Demokratik toplumlarda Devletin dini cemaatlerin tek bir lider altında kalmasına veya tek bir liderlik altına sokulmasına yönelik tasarruflarda bulunması bir gereklilik değildir. Aynı şekilde, Devletlerin iç hukukuna göre bir dini cemaatin tanınmasının ön izne tabi olduğu durumlarda, söz konusu cemaatin tanınmasının, önceden tanınmış bir dini otoritenin onayına tabi tutulması da, Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. paragrafı ile bağdaşmaz.³

Yakın zamanlarda Türk yargısına da taşınmış olan bir vakanın, Bessarabia Metropolitan Kilisesi davasında tartışılan hususların gündeme gelmesine neden olacak bir sürece girmesinin de mümkün olduğu belirtilmelidir. Patrikhane'nin ekümenik sıfatının sorgulanması ve bir yargı kararına konu olmasıyla sonuçlanan süreç, Bulgar Kilise Vakfı'na ait Ortodoks Sen Stefan Kilisesi'nin papazı Konstantin Kostof'un ruhanilik sıfatının Rum Patrikhanesi tarafından kaldırılmasıyla başlamıştır. Burada, Konstantin Kostof'un ruhanilik sıfatının kaldırılmasına neden olan hususların, söz konusu dinin uygulanması konusunda Konstantin Kostof ve Patrikhane arasında çıkan ihtilaftan kaynaklandığı bilinmektedir. Böyle bir ihtilafın, cemaatin bölünmesiyle de sonuçlanması mümkündür. Böyle bir halde, cemaatten koparak oluşan yeni cemaate de tüzel kişilik

³ *Metropolitan Church of Bessarabia and Others/Moldova*, ECHR, Appl. No. 45701/99, 13 Dec. 2001, para. 117.

tanınması yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Aynı tespit Diyanet İşleri Başkanlığı altında ele alınan pek çok farklı dini mezhep için de geçerlidir.

Dini cemaatlere doğrudan tüzel kişilik tanınması konusunda göz önünde bulundurulması gereken iki ayrı model vardır: Birincisi, dini cemaatlere mahsus özel bir özel hukuk tüzel kişisi modeli, ikinci model ise bir sui generis kamu tüzel kişiliğidir. Hangi model tercih edilirse edilsin Mahkeme içtihadına göre eşitlik ilkesi farklı dini cemaatler arasında, mevcut hukuki rejimimizde olduğu gibi, önemli yetkisel ayrışmalara izin vermemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ve Diğerleri/Avusturya davasında, başvuru kendisine tanınan tüzel kişiliğin niteliğini tartışmaya açmıştır. Başvurucuya tanınan 'dini cemaat' statüsü mülk edinmesine, idari işlemler yapma ve dava ehliyetine, ibadethaneler açmasına ve dini yayınlar hazırlayarak bunları dağıtmasına olanak vermektedir. Ancak, başvuru söz konusu yetkilerin kendisini diğer bazı cemaatlere tanınan 'dini topluluk' statüsü karşısında dezavantajlı konumda bıraktığını iddia ettiğinden, Mahkeme bu talep karşısında, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesini de değerlendirmesine dahil etmiştir. Bu çerçevede, Mahkeme'ye göre belirli bir cemaatin mensuplarının farklı bir muameleye tabi tutulması nesnel ve makul bir gerekçeye dayanmıyorsa 14. maddeye göre ayrımcı bir muamele olarak kabul edilmelidir. Anılan 'nesnel gerekçe' uygulamanın meşru bir sebebe dayanmasını, 'makul gerekçe' ise kullanılan araçlar ile amaç arasında makul derecede orantılı bir ilişki bulunmasını ifade eder. Mahkeme de kararında, 'dini topluluklar'ın Avusturya hukukunda pek çok alanda ayrıcalıklara sahip bulunduğunu tespit etmiştir. Söz konusu ayrıcalıklar askerlik ve sivil hizmet görevinden muafiyet, azaltılmış vergi yükümlülüğü ve belli vergilerden muafiyet, eğitim kurumlarının kuruluş usulünde kolaylıklar ve belirli kamusal statüye sahip kurullara üyelik gibi avantajlardır. Mahkeme'ye göre bu ayrıcalıklar, özellikle de vergi ile ilgili olanları, bir 'dini topluluğun' amaçlarına ulaşmasını, tereddüde mahal bırakmayacak şekilde kolaylaştırmaktadır. Taraf Devlet, kendi iç hukukunda bu şekilde ayrıcalıklı bir statü düzenlemiş ise, bu alandaki yetkilerini tarafsızca kullanma yükümlülüğü gereği, ülkesinde bulunan tüm dini cemaatlere söz konusu statüye başvurmak için adil bir olanak vermeli ve bu çerçevede statü kazanma ölçütlerine ilişkin değerlendirmesinde ayrımcı davranmamalıdır.

Bunun yanı sıra, Avusturya Hükümeti'nin başka dini gruplara 10 yıllık bekleme süresi dolmadan Dini Topluluk statüsü tanımış olması da Hükümetin kabul edilebilirlik ölçütlerini ayımsız şekilde uygulamadığını göstermektedir. Bu değerlendirmeler ışığında, farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayanmadığını tespit eden Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu içtihat doğrultusunda Türkiye'nin dini cemaatlere yönelik kurumsal yapısı gözden geçirilmeli ve ayrımcı uygulamalara son verilmelidir. Bu çerçevede, özellikle ibadethanelerin açılması ve tanınması konusundaki ayrımcılık yaratan uygulamalara son verecek bir kurumsal yapılanma gerekmektedir.

Düzenlemede, cemaatlerin kendi mensuplarının veya başkalarının din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmesini önleyecek hükümlere de yer verilmelidir.

Tanınacak tüzel kişiliğin, ister kamu, isterse özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulsun, cemaatlerin varlıklarını koruma ve geliştirme amaçlarını gerçekleştirmelerine elverişli kapsamda yetkilerle donatılmış olması temel bir husustur. Bu yetkilerin neler olması gerektiği hususunun mutlaka cemaatlerle yapılacak görüşmelerle belirlenmesi gereklidir.

Cemaatlerin mali ve idari yönden özerk olmakla birlikte, eğer kamu kurumu şeklinde örgütlenmiş iseler kamu kaynaklarından desteklenmesi uygun olacaktır. Bu çerçevede, konulacak vergi yahut harçların, sadece bireyin belirli bir cemaatin hizmetlerinden faydalanması durumunda alınması koşulu getirilmelidir.

Laiklik ilkesinin Türkiye'deki kurumsal boyutu dışında, din ve vicdan hürriyeti konusundaki talepler de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne sıkça taşınmaktadır.

Nüfus cüzdanlarından "dini" hanesi çıkarılmalıdır.⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında zorunlu din dersi, kategorik olarak, din hürriyetinin ihlali sonucunu doğuran bir uygulama olarak görülmesi de⁵, Sözleşme'nin öngördüğü objektif esaslara dayalı tarafsız bir sistemin kurulması zorunlu din dersi uygulamasının bulunduğu bir rejimde oldukça zor sağlanabilecek bir koşuldur. Bu

⁴ *Sinan Isik/Turkey*, ECHR, Appl. No. 21924/05, 2 Feb. 2010.

⁵ *Hasan and Eylem Zengin/Turkey*, ECHR, Application No. 1448/04, 9 Oct. 2007.

nedenle, zorunlu din dersleri kaldırılmalı, söz konusu dersler seçimlik ders olarak düzenlenmelidir.

SOSYAL DEVLET İLKESİ

Y. Doç. Dr. Lami Bertan Tokuzlu

Yoksullukla mücadele konusunda yakın tarihte yetkilendirilen Sosyal Yardımlar ve Dayanışma Genel Müdürlüğü'nün giderek artan bütçesi, yeşil kartlı bireylerin sayısındaki önemli artış, sağlık harcamalarındaki önemli artış gibi sebeplerle Devlet sosyal yardımların dağıtılmasında giderek daha önemli bir aktör haline dönüşmektedir.

Buna karşılık, anılan gelişmeler, sosyal devlet yönetiminde kurumsallaşan ilerlemelere değil, devletin siyasi patronajının artmasına yol açmaktadır.⁶ Bunun nedeni, Türkiye'deki sosyal devlet politikalarının resmi olmayan stratejilere, açık olmayan sosyal uzlaşmalara ve kişisel ve aile bağlarına dayanmasıdır.⁷

5263 Sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un⁸ 5. Maddesine göre Genel Müdürlük altında oluşturulan Fon Kurulu'na "*vakıflar ve Genel Müdürlükçe yürütülecek sosyal yardım proje ve programları ile yatırım programları çerçevesinde dağıtım önceliklerini belirlemek ve dağıtımına karar vermek*" yetkisi verilmiştir. Bu çerçevede, Genel Müdürlük günümüzde önemli sayıda Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'na ait fonu idare eder hale gelmiştir.⁹

Anılan fonlar Devlet bütçesi dışında bulunduğundan, TBMM'nin denetiminin de dışındadırlar. Doktrinde bu yapının fonların keyfi ve popülist stratejiler doğrultusunda

⁶ Mine Eder, "*Retreating State? Political Economy of Welfare Regime Change in Turkey*", Middle East And Law And Interdisciplinary Governance Journal, 2 (2010), s. 152).

⁷ Eder, s. 159.

⁸ R.G. No. 25665, 9 Aralık 2004.

⁹ Eder, s. 174.

dağıtılmasına uygun bir ortam yarattığının altı çizilmektedir.¹⁰ Sosyal harcamaların önemi sebebiyle, günümüz demokrasilerinde yasama organının yakın denetimi altında düzenlendikleri görülmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde Kongre, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde, kurumların şartlı harcama yetkileri konusunda yakın bir denetim icra etmektedir.¹¹ Bu çerçevede, yeni anayasada sosyal harcamaların mutlak şekilde yasama organının denetimine tabi olduğu bir çerçeve oluşturulması uygun olacaktır.

Sosyal haklarda devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını belirten Anayasa'nın 65. Maddesi sosyal ve ekonomik alanlarda Devletin görevinin mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini düzenlemektedir. Buna karşılık, sosyal ve ekonomik haklara yönelik sınırlamalar, zaman zaman, Anayasa'nın 17. Maddesinde düzenlenen yaşam hakkı gibi, mali kaynakların yeterliliği temelinde sınırlandırılması mümkün olmayan temel haklara da dokunmaktadır. Bu durumda, Anayasa'nın iki ayrı sınırlama rejimine tabi tuttuğu haklar kategorisi arasında uygulanacak rejime ilişkin bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Anayasa metninde bu tür çatışmaların nasıl çözümleneceği konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yerleşik içtihadı yaşam hakkını ilgilendiren konularda Devlet'in 65. Maddedeki, mali kaynakların yeterliliği ölçüsü, sınırlamasına dayanamayacağı yönündedir.¹² Ancak, Anayasa Mahkemesi 30.03.2011 tarihinde verdiği yakın tarihli bir kararda önceki temel hakları koruyucu yaklaşımı ile çelişen yaklaşım sergilemiştir.¹³ Yeni anayasada bu konunun Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı doğrultusunda düzenlenmesi kişi hakları ve ödevleri bölümü altında düzenlenen haklar ile sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenen haklar arasında ortaya çıkabilecek benzer çatışmalarda tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

¹⁰ Volkan Yılmaz ve Burcu Yakut-Çakar, "Türkiye'de Merkezi Devlet Üzerinden Yürütülen Sosyal Yardımlar Üzerine Bilgi Notu" Social Policy Forum, Boğaziçi Üniversitesi, Temmuz 2008, http://www.spf.boun.edu.tr/docs/calisma%20notu_SYDGM-11.08.08.pdf [z.t. 20.12.2011]; Eder, 175.

¹¹ Kate Stith, "Congress' Power of the Purse", Yale Law Journal, 97, 1988, s. 1350.

¹² Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1990/27, Karar Sayısı:1991/2, Karar Günü: 17.01.1991; Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı : 1996/17, Karar Sayısı : 1996/38, Karar Günü : 16.10.1996.

¹³ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı : 2008/56, Karar Sayısı: 2011/58, Karar Günü: 30.3.2011.

AYRIMCILIK YASAĞI ve EŞİTLİK

Y. Doç. Dr. İdil Işıl Gül

Yürürlükteki Anayasa'nın 10. Maddesi "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşımakta ve Anayasa Mahkemesi söz konusu maddenin ilk paragrafını "eylemli değil, hukuksal eşitlik öngördüğü" yönünde yorumlamakta ve uygulamaktadır.¹⁴ Maddenin ikinci paragrafı ise, kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğunu belirttikten sonra, devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Başka bir ifade ile, ilk paragraftan farklı olarak bu paragraf, kadın ve erkek arasında eşitlikle sınırlı olmak kaydıyla, devletin "eylemli eşitlik" yükümlülüğü altında olduğunu öngörmektedir. 2010 yılı değişiklikleriyle maddeye eklenen üçüncü paragraf ise, eylemli eşitlik yükümlülüğü öngörmemekle birlikte, bazı kişi grupları bakımından devletin bu yönde tedbirler almasına izin verir niteliktedir.

Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere bakıldığında, Türkiye'nin hukuksal eşitliğin ötesine geçerek, eylemli eşitlik sağlamaya yönelik yükümlülükler altına girdiği görülmektedir. Nitekim, söz konusu sözleşmelerin taraf devletlerce uygulanmasını izleyen mekanizmalar da bu hususa vurgu yapmaktadır. Yeni Anayasa'nın, "ayrımcılık yasağı ve eşitlik" konularını düzenleyecek hükmünün bu husus da gözetilerek düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'nın şekli bir eşitlik anlayışının ötesine geçerek, "gerçek", "fiili" veya "eylemli" eşitlik olarak nitelendirilebilecek ve kişilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını ve ulusal mevzuatla düzenlenen her alanda eşit şekilde var olabilmesi olanağını sağlayacak bir eşitlik anlayışını benimsemesi ve devleti belirtilen hususları güvence altına almak üzere "olumlu eylem" şekilde ifade edilen tedbirleri almakla yükümlü tutması uygun olacaktır. Bu yükümlülüklerin cinsiyetler arası eşitlikle sınırlı tutulmaması, ayrımcılığın yasaklandığı ırk ve etnik köken, din ve inanç, engellilik, cinsiyet kimlikleri, yaş, medeni durum ve benzeri tüm sebepler bakımından geçerli olması gerekmektedir.

¹⁴ Örnekler için bkz. E. 2009/93, K. 2011/73, KT. 28.4.2011; E. 2008/35, K. 2011/65, KT. 14.4.2011; 2007/23, K.2011/64, KT. 14.4.2011.

Öte yandan, 2007 yılında Birleşmiş Milletler’de kabul edilen ve 2009 yılında Türkiye’nin taraf olduğu Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, ayrımcılığı yasaklayan diğer tüm Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri’nden daha ayrıntılı bir hüküm içermektedir. Bu husus engelliliğin özel bir durum olmasına değil, ayrımcılığı yasaklayan önceki sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen mekanizmaların yıllar içerisinde ortaya koydukları istikrarlı yorumların kodifikasyonu ihtiyacına bağlanmalıdır. Sözleşme’nin “Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik” başlığını taşıyan maddesi, sadece hukuk önünde eşitliği değil, aynı zamanda “hukuk tarafından eşit korunma” ve “hukuktan eşit yararlanma” gibi unsurları da içermektedir. İkinci olarak madde, ayrımcılığın tüm türlerinin (doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık vs.) yasaklanmasını ve ayrımcılığa karşı eşit ve etkili koruma sağlanmasını öngörmektedir. Üçüncü olarak madde, fiili eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğünü öngörmekte ve son olarak, bu tür tedbirlerin ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Her ne kadar söz konusu hüküm bu yükümlülükleri engelliler bakımından öngörmüşse de, diğer kişi grupları bakımından aynı yükümlülüklerin kabul edilmemesi, hazırlanacak Anayasa’nın “görünüşte” ve “şekli” bir eşitlik anlayışını kabul etmesi, “gerçek” ve “fiili eşitliğin” kabul edilebilir bulunmadığı anlamını taşıyacaktır. Bu durum Anayasa’nın üzerine inşa edilmesi gereken “insan onuru” kavramına aykırı olacağı gibi, Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere tam uyum bakımından da sorun yaratacaktır.¹⁵

Belirtilen nedenlerle, Anayasa’da sadece “kanun önünde eşitlik” olarak ifade edilen “ayrımcılık yasağı”nın değil, devletin ancak “olumlu eylemler” yoluyla güvence altına alabileceği “eşitlik” anlayışının da yer bulması; ayrımcılığın her türünün yasak olduğu; devletin ayrımcılığa karşı etkili koruma sağlamakla yükümlü olduğu gibi hususların açıkça yer alması gerekmektedir. Son olarak, ayrımcılığın yasak olduğu niteliklerin kapsamının genişletilmesi, cinsiyet kimliği, engellilik, yaş ve etnik köken gibi, Türkiye’nin uluslararası yükümlülüklerini de doğru şekilde yansıtacak bir listenin açık uçlu olarak kaleme alınması, madde kapsamının sınırlayıcı olmaması bakımından anlamlı olacaktır.

¹⁵ Örnek için bkz. Türkiye’nin 2002 yılında taraf olduğu “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”nin denetim organı tarafından, Sözleşme’ye tam uyum için alınması gereken “özel tedbirler” hakkında yayımladığı “Genel Tavsiye No. 32.

http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/GC32_English.pdf (erişim tarihi 20.12.2011)

ANAYASA VE İNSAN HAKLARI

Prof. Dr. Turgut Tarhanlı

Aşağıdaki başlıklar altında, hazırlanacak anayasanın “insan hak ve özgürlüklerinin tanınması, korunması, geliştirilmesi ve yerine getirilmesi” kuralı bağlamında, öncelikli bir öneme sahip konulara yer verilmiştir. Aşağıda değerlendirilen konular tüm hakları kapsayıcı bir bakışla kaleme alınmıştır. Bu yaklaşım, zaten insan hakları hukukunun da bir gereğidir. Bu başlıklar ve onlarla ilgili değerlendirmeler, Türkiye'nin önceki Anayasalarından ama özellikle 1982 Anayasası zihniyetinden bir kopuş politikasını ortaya koymanın yapıtaşları olarak da mütalaa edilebilir.

İnsan odaklı bir anayasa

İnsanın, gerek fiili gerek hukuki nedenlerle yapılacak her değerlendirme ve kurulacak her düzen bakımından temel değer olma anlayışının anayasanın tüm mimarisinde yer alması ve temel bir politika tercihi olduğunun görülür kılınmasıdır. Anayasanın Başlangıç kesiminde de bu temel tercihin yer alması önemlidir. Ama buna ek olarak, Devletin şekli, nitelikleri gibi maddelere yer vermeden önce bu ilkenin tanınması büyük önem taşır. Bu politikanın tezahürü olarak “insan onuru” kavramının tercih edilmesi de mümkündür.

Başlangıç kısmı ve insan hakları

Anayasa'nın Başlangıç kısmında, mevcut 1982 Anayasasındaki içerik ve dil tercihindense tamamen uzakta “insan odaklı” bir vurgunun hâkim olması, yeni anayasanın “yenilik” sıfatını haiz olmasının da önemli unsurlarından birini oluşturacaktır.

Aynı bağlamda olmak üzere, Türkiye'nin tüm vatandaşlarının, insan onuru ışığında, eşit haklara sahip özgür bireyler oldukları, Türkiye devleti ve toplumunun tüm işleyiş ve ilişkilerinde bu esasa dayanması şiarının beyanı, toplum ve devlet ilişkilerinin tanımlanması babında değer taşıyacak yeni bir başlangıç oluşturacaktır.

Aynı çerçevede kalmak üzere, geçmişte meydana gelen ve bu şiar ile bağdaşmayacak sonuçlara varan birtakım durumlar ve uygulamalar karşısında, vicdanen ve hukuken insan onuruna sadık kalma kararlılığı içinde bir düzeni etkili kılma azmine vurgu yapılması, yeni anayasa hazırlık süreciyle geliştirilmesi ümit edilen toplumsal uzlaşma yaklaşımına yönelik güçlü bir mesaj olacaktır. Dolayısıyla, anayasanın, Başlangıç kısmı dışındaki hükümlerinin de bu yeni yaklaşımla okunması için önemli bir başlangıç hattı çizilmiş olacaktır.

Hak ve özgürlükleri koruma mantığı

Hukuki düzenlemeler (uluslararası ya da ulusal nitelikte olması farketmez) sayesinde, hak ve özgürlükleri korumanın temel mantığı bir “güçlendirme” (*empowerment*) etkisi yaratılmasıdır. Bunun amacı, hukuki veya fiili nedenler yüzünden, tanınan hak ve özgürlüklerinden yararlanma konusunda elverişsiz, aynı haklara sahip olanlar karşısında eksik, asimetrik bir konumda bulunan kişilerin, hukuk sayesinde bu duruma son verilerek, haklarından yararlanmaları yolunun açılmasıdır. Anayasanın hak ve özgürlükler rejimine ilişkin kısmının temel mantığı bu ilke ışığında düzenlenmelidir.

Bireysel ve kolektif haklar

İnsan hakları hukukunun tasnifi ışığında, bireysel haklara ilişkin olarak, medeni ve siyasi haklar (ilk kuşak insan hakları) ve sosyal, ekonomik ve kültürel haklara (ikinci kuşak insan hakları) yer verilmesi önem taşır. Bu hak ve özgürlük tasnifi bağlamında, uluslararası insan hakları hukukunda, uluslararası insan hakları andlaşmaları şeklinde varlık bulan “uluslararası hak standartları” birer “minimum standart” olarak kabul edilmelidir. Bu kabulün, sadece hak ve özgürlüklerin tanınması ve kapsamı bakımından değil, onların sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler bakımından da belirleyici olması gerekir. Türkiye, bu uluslararası andlaşmaların büyük bir kısmını onaylamış ve dolayısıyla, onlara uygun davranma yükümlülüğü altına girmiştir.

Kolektif hak ve özgürlükler, daha önceki Türkiye Anayasalarında söz konusu olmamıştır. Ancak, bu sonucun ortaya çıkmasında, hem o dönemin Türkiye şartları hem de dünyada

bu alana ilişkin gelişmelerin yetersizliği de rol oynamıştır. Bugün, bireysel haklar arasında da tanınmakla birlikte, kolektif boyutları olabilen ya da zaten grup veya dayanışma hakları olarak kolektif bir karaktere sahip kabul edilen (üçüncü kuşak insan hakları) haklar kapsamındaki alanlar bu bağlamda, hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerin yazımında dikkate alınabilir. Kültürel haklar kategorisi, önceki anayasalarda yer almayan ancak bugünün Türkiye'si ve dünyasında gözönünde tutulması gereken bir hak kategorisi olarak önem taşımaktadır.

Yukarıda zikredilen hak tasniflerine paralel olarak, mutlak surette dikkate alınması gereken bir insan hakları hukuku ilkesi ise şudur: Hangi kuşak insan hakkı olursa olsun, tüm hak ve özgürlükler birbiriyle bağlantılı ve birbirine etkisi bulunan bütünsel bir haklar manzumesi meydana getirir (bütünsellik ilkesi). Bu nedenle, tüm hak kategorileri arasında, bir öncelik – sonralık ya da bir alt – üst ilişkisi (hiyerarşi) bulunmaz. Bu tür yorum ve uygulamalara kapı aralayan düzenlemeler ya da yaklaşımlar, yukarıda anılan insan hakları hukuku standardıyla bağdaşmaz nitelikte kabul edilir.

Sınırlandırma ölçütleri

Hak ve özgürlüklerin tümünü kapsayıcı bir biçimde sınırlandırma ölçütlerine yer verilmesi uygun değildir. Böyle bir yaklaşım, hak ve özgürlüklerin özünün korunması temel hedefi açısından tehdit yaratır. Buna ek olarak, sınırlandırılması mümkün ve sınırlandırılması mutlak olarak yasaklanmış hak kategorilerinin (mutlak haklar) bu karakterinin korunması bakımından da sorunlara yol açar.

Bu bağlamda, sınırlandırmanın genel formülü, ancak hak ve özgürlüklerin kamu otoritesi tarafından bir müdahaleye maruz kalması halinde, bunun, demokratik bir toplumda varlığı elzem olan hangi ölçütlere tâbi kılınmasına yönelik olmalıdır. Bu çerçevede, demokratik bir toplumda uluslararası insan hakları hukukuna uygunluk ilkesi, kanunilik ilkesi, meşruiyet ilkesi (sınırlandırma nedenlerinin yasal çerçevede gösterilmiş olmasına bağlıdır) ve ölçülülük/orantılılık ilkesi kayda değer sınırlandırma ölçütleri olarak gözönünde tutulmalıdır.

Sınırlandırma ölçütlerine dair bu genel esaslar dışında, her hak ve özgürlüğe dair özel sınırlandırma ölçütleri hususunda, uluslararası insan hakları hukuku sayesinde varlık bulmuş özel sınırlandırma ölçütleri dikkate alınmalıdır.

Hakların kötüye kullanılmasının önlenmesi

Bu başlık altında bir değerlendirmenin temel mantığı da, “sınırlandırma ölçütleri” başlığı altındaki temel esaslar ışığında hareket etmeyi gerektirir.

Olağanüstü hal rejimleri altında özenle korunması gereken haklar

Türkiye'nin mevcut Anayasasında da (m. 15) yer verilen bu esasa ilişkin temel ölçütler arasında (sınırlandırmanın sınırı), “uluslararası hukuk kuralları ihlâl edilmemek” kaydı korunmalıdır. Buna ek olarak, mutlak surette korunan ve bu nedenle, olağanüstü hal rejimleri döneminde ne kısmen ne de tamamen durdurulamayacak haklara da ad sayılarak yer verilmesi gerekir. Bu konuda gerek Birleşmiş Milletler gerek Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilmiş olan ve Türkiye'nin hemen hemen tümünü onaylayıp bağlandığı uluslararası insan hakları andlaşmalarında bu konuyla ilgili olarak yer verilen hükümler, anayasanın bu hükmünün çerçevesinin belirlenmesinde birer minimum standart olarak değer taşıyacaktır. Bu hükümde belirlenen “olağanüstü hal rejimleri”ne ilişkin esaslar ile yürütmenin aynı konuya ilişkin yetki ve görevlerine dair hükümler arasında da bir uyum ve paralellik bulunması gerekir.

Azınlıklar hukuku

Bilindiği gibi, 1923 Lozan Barış Andlaşması ve 1925 Türkiye – Bulgaristan Dostluk Andlaşması hükümleri bağlamında, gayrimüslim Türkiye vatandaşları, hukuken, azınlık haklarının korunması açısından bir uluslararası koruma rejimine tâbi tutulmuştur. Bugün, hazırlanacak anayasada, Türkiye'nin uzun yılları bulan bu hukuki yükümlülüğünün anayasa mertebesinde de tanınmış olduğunun beyanını ifade eden bir hükme yer verilmesi, her ne kadar Türkiye'nin bu yükümlülüğü bakımından bir

değişikliğe neden olmayacaksa da, insan haklarına dayanan bir devlet olma şiarı ışığında değer taşıyacaktır. Ayrıca, Türkiye'nin gayrimüslim vatandaşlarının, başta sahip oldukları mülkiyet hakkının icrası ve diğer bazı haklardan yararlanma bakımından değişik dönemlerde değişik kısıtlamalara mâruz kalmış olmaları nedeniyle ortaya çıkan kaygının, bunu gidermeye yönelik bazı yasal düzenlemeler sayesinde bazı iyileştirmeler yapılmış olsa bile, o kaygıyı tamir etmek bakımından büyük etkisi olacaktır.

Yabancılar (T.C. uyruğu olmayan kişiler)

Yabancıların sahip olacağı hak ve özgürlükler, her hak ve özgürlük bakımından, o ülke vatandaşlarıyla (uyruklarıyla) aynı olmak zorunda değildir. Bu konuda, "uluslararası hukuka uygun olarak tanınma ve sınırlandırma" ölçütü dikkate alınmalıdır. Uluslararası hukukta bu konuya ilişkin mevcut ilke "minimum standart ilkesi"dir ve hazırlanacak ilke metninde bu esasa uygun bir düzen kabul edilmelidir.

Aynı bağlamda, son otuz yılda, önemli sığınma vakalarıyla yüzyüze kalan Türkiye'de, sığınmacı (*asylum-seeker*) veya mülteci (*refugee*) statüsünde bulunan yabancıların haklarına da, aynı esasa dayanarak saygı gösterileceği ilkesine yer verilmesi önemlidir. Böyle bir yaklaşım, ilgili kişilere mutlak surette bir sığınma hakkı (melce hakkı) tanınması yükümlülüğünün kabulü anlamına gelmez fakat başvurularının, Türkiye'nin zaten yükümlülük altında bulunduğu, ilgili uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak incelenmesi anlamına gelir.

Aynı çerçevede, son yıllarda gözlemlendiği üzere, Türkiye'yi sadece belirli süreler zarfında ziyaret etmek üzere değil, hayatlarının kalan kısmını geçirmek üzere tercih ettikleri bir ülke olarak kabul eden, özellikle emekli ve yaşlı yabancılar da ülkemizin belli beldelerinde hayatlarını sürdürmektedir. Bu topluluğun sayıları binleri aşmış görünmektedir. Kısa süreli bir turistik ziyaretten daha farklı olan bu durum karşısında, bu kategori yabancı statüsündeki nüfusun hayat standartlarının ve hayati ihtiyaçlarının karşılanması, özellikle bazı hak ve özgürlüklerle bağlantılı bir değer taşımaktadır. Anayasada, idarenin bu durumu dikkate alan tedbirler tayinine yönelik bir ilke belirlenebilir.

Uluslararası insan hakları andlaşmalarının iç hukuktaki etkisi

Bu başlıkta yer alan konular anayasaların çok farklı başlıkları altında yer alabilir ki bunların bir kısmına yukarıdaki başlıklar altında da yer verildi. Ancak, mevcut Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle eklenen cümle, bu bakımdan özel bir öneme sahiptir. Bu değişiklik metni şöyledir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” (Ek cümle: 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun, m.7).

İç hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkilerde, bu hükümde yer aldığı gibi bir “çatışma giderici norm”un yeni anayasada da yer alması gerekir. Aynı hükümde olduğu gibi, bu normun, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ile sınırlı tutulması korunmak istenen amaç bakımından uygun olur.

Böyle bir hükme yeni Anayasada da yer verilmesi savunulurken, bu hükmün hukuki etkisini artırmak ve yaygınlaştırmak için yasama yetkileri bağlamında bir değişikliğe de ihtiyaç olabilir. Özellikle, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak tanınan ve korunan hak ve özgürlükler ile ilgili olabilecek kanunların hazırlanmasında, o kanun teklifi veya tasarısının, Türkiye'nin uymakla yükümlü olduğu, söz konusu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar ile uyum içinde olup olmadığına dair bir incelenme yapılmasına fırsat verilebilir. Bu sayede, mevcut Anayasanın 90. maddesinde öngörülen nitelikte bir uyumsuzluğun ortaya çıkması olasılığı tamamen önlenmiş sayılmasa da, asgariye indirilmesi yönünde bir çaba ortaya konulmuş olacaktır. Buna yönelik olarak, ayrıca TBMM İçtüzüğü'nde bir değişiklik yapılabilir ve TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun görevleri arasına bununla ilgili bir konunun da eklenmesi için ilgili 3686 sayılı Kanun'da değişiklik düşünülebilir.

TBMM'nin “kuvvet kullanma”ya izin verme yetkisi ve insan hakları

Türkiye'nin son iki Anayasasında da yer verilen ve 1982 Anayasasının 92. maddesindeki “Savaş hâli ilânı ve silâhlı kuvvet kullanılmasına izin verme” başlıklı hükmün (1961

Anayasasındaki buna paralel hükmün başlığı sadece “Silâhlı kuvvet kullanılmasına izin verme” şeklinde düzenlenmişti) yeni anayasada da korunmasında fayda vardır. Ancak, gerek madde başlığı gerek içeriğinde bir değişiklik yapılması gerekir. Birleşmiş Milletler düzeninde ‘savaş’ teriminin kullanılması, hem bir devlet egemenliğinden doğan yetki biçimi hem de bu durumu ifade eden bir terim olarak tercih edilmemiştir. Yeni anayasada, bunun yerine, Birleşmiş Milletler terminolojisini takip ederek, ‘kuvvet kullanma’ (*use of force*) teriminin kullanılmasının kabulü, hukuken isabetli olacaktır.

Türkiye’nin son iki Anayasasında da kabul edildiği gibi, bir kuvvet kullanma hâlinin ancak “*Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde*” tanınmış olması, zaten uluslararası hukukun emredici nitelikteki (*jus cogens*) normlarının ve Birleşmiş Milletler yükümlülüklerinin bir gereğidir. Bu nedenle, aynen korunması gerekir.

Mahkemelerin bağımsızlığı ve uluslararası hukuk

1982 Anayasasında, “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlığı altında, “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir (m. 138, fıkra I). Bu, Türkiye’nin son iki Anayasasında da yer alır. Bu temel hükmün yeni anayasada da korunması gerekir. Bu hükmün kapsamında yer verilen ‘hukuk’ terimi, ulusal olduğu kadar uluslararası hukuk ilke ve kurallarını da kapsamaktadır. Ancak, hukuken, bu ikinci durumun metinde daha açık bir biçimde ifade edilmesi, yargının uygulamasında şeffaflık, tutarlılık ve hukuka uygunluk sağlanması bakımından faydalı olacaktır. Bu nedenle, ilgili hükmün yeniden düzenlenmesinde şöyle bir değişiklik yapılması mümkündür: “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, ‘ulusal ve uluslararası hukuka’ uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*”

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunma hakkı

1982 Anayasasında 2010 yılında yapılan değişiklikle, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine*

başvurabilir” hükmüne yer verilmiştir (m. 148, fıkra III). Böyle bir başvuru hakkına yeni Anayasada da yer verilmesi, hak ve özgürlüklerin Türkiye hukuk düzeninde korunmasının sağlanmasına yönelik mekanizmaların arttırılması ve güçlendirilmesi anlayışı bağlamında önem taşımaktadır. Ancak, bu kapsamda bir incelemeye tâbi tutulacak haklar listesi, ilgili Anayasa değişikliğiyle yapıldığı gibi, 1982 Anayasasında tanımlanan sınırlar dâhilinde kalındığı sürece yeterli bir işleve sahip olmaktan uzak kalacaktır. Zira Anayasada tanınmış temel hak ve özgürlükler manzumesi, özellikle sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler kategorisini de dikkate almak gerekirse, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerdeki hak ve özgürlüklere kıyasla daha uzun bir liste oluşturmaktadır. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi merceğinden bakılarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda, bunun dışında bırakılabilecek hak ve özgürlükler, her ne kadar Türkiye Anayasasında tanınmış olsa da, Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvurunun kapsamı dışında kalacaktır. Bu durumda, Türkiye’nin kendi Anayasasında tanınmış temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı bağlamında Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru olanağından yararlanmak mümkünken diğerleri için bu olanak söz konusu olmayacaktır. İnsan haklarına dayanan ve hukukun üstünlüğünü esas alan bir Anayasa bakımından böyle bir hükme yer verilmesi uygun olmayacaktır.

Öte yandan, Türkiye’nin uymakla yükümlü olduğu uluslararası insan hakları hukuku kuralları sadece bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sınırlı değildir. Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilmiş ve Türkiye’nin de taraf olduğu evrensel insan hakları kurallarının (standartlarının) da, aynı bağlamda bir bireysel başvuru kapsamında yer alması gerekir. Kaldı ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin varlık nedeni de, Başlangıç metninde açıkça ortaya konulduğu gibi, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “Evrensel (İnsan Hakları) Bildirisi’nde yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanması yolunda” atılan bir ilk adım şeklinde tanımlanmıştır (Sözleşme, Başlangıç, para. VII). Türkiye’nin 2004 yılında yaptığı değişiklikle, bu nitelikte tüm uluslararası andlaşmalara kendi hukuk düzeni içinde öncelikli bir hukuki değer atfetmesi gerçeği karşısında, yeni Anayasadaki bu konuya ilişkin hükmün de, yukarıda temas edilen şekilde gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi şarttır.

Bu yönde bir değişikliğin, insan haklarına dayanan bir devlet şiarı bağlamında ve yine insan hakları hukuku içinde kalarak yapılacak bir değerlendirmeye en önemli dayanağı

ise, tüm hak ve özgürlüklerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin birbiriyle bağlantılı ve birbirine etkili bir bütün oluşturduğuna dair hukuk ilkesidir (hakların bütünselliği ilkesi).

KADIN HAKLARI

Sevinç Eryılmaz, MA

Kadın haklarını tanıyan, bu haklara saygı gösteren, *de jure* (hukuksal) ve *de facto* (fiili) eşitliği kabul eden ve destekleyen bir anayasa sadece cinsiyet ve toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin hükümler içermekle kalmamalı, belgenin tamamının çerçevesi insan hakları bakış açısıyla oluşturulmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu insan haklarına ve kadın haklarına ilişkin tüm uluslararası sözleşmeler, bu sözleşme organlarının yargısal ve yarı yargısal kararları, raporları, tavsiyeleri, gözlem ve değerlendirmeleri ile Avrupa Birliği müktesebatı, Birleşmiş Milletler'in ve Avrupa Konseyi'nin konuya ilişkin yayımladığı belgeler anayasa yapım sürecinde dikkate alınmalıdır. Kadın hakları bakımından özellikle Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) ile Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine ve Bunlarla Mücadele Edilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) bu konudaki birincil kaynakları teşkil etmektedir. Bu bağlamda devam eden anayasa yapım sürecinde aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik

Kadın erkek eşitliğine ve kadınlara karşı ayrımcılığın engellenmesine ilişkin düzenlemede Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin birinci maddesinde yer alan "kadınlara karşı ayırım" tanımı esas alınmalıdır. Bu tanıma göre, kadınlara karşı ayırım, kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete

bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir. Eşitliğe ilişkin yürürlükteki düzenlemede yer alan temeller dışında cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet, medeni hal, hamilelik, sınıf, yaş, engellilik, sağlık, eğitim temellerinde ayrımcılık da özel olarak yasaklanmalı ve ayrımcılık temellerinin ucu açık bırakılmalıdır. Öte yandan, ayrımcılık vakalarında ispat yükünün yer değiştirmesine olanak sağlanmalıdır. Kadın erkek eşitliğini yaşama geçirmenin Devlet'in görevi olduğu ve bu eşitliğin sağlanması için geçici özel önlemler alınacağı, pozitif ayrımcılık yapılacağı, olumlu/pozitif eylem (*positive action*) tedbirleri alınacağı açık şekilde belirtilmelidir. Kadınların daha az temsil edildiği ya da dezavantajlı durumda oldukları alanlarda geçici özel önlemlerin alınacağı ve kadınların ilerlemesi için kaynak ayrılacağı güvence altına alınmalıdır. Ataerkil kalıpların ve tutumların kadınlara karşı ayrımcılığın sürdürülmesinde ve kadınların eğitim, istihdam, sağlık, siyasi ve kamusal yaşama katılım gibi alanlarda haklarından yararlanmasının önünde engel oluşturduğu dikkate alınarak bunların değiştirilmesine yönelik tedbirlerin alınması sağlanmalıdır.

Siyasete ve karar alma süreçlerine katılım

Kadınların hem yerel yönetim düzeyinde hem de ulusal düzeyde siyasete ve karar alma süreçlerine katılımının sağlanmasının sadece siyasi bir tercih olmadığı aynı zamanda taraf olunan uluslararası sözleşmeler gereği hukuksal bir yükümlülük de olduğu aşikardır. Bu nedenle seçim sistemine ilişkin düzenlemeler ele alınmalı, seçim kanunlarının cinsiyet eşitliği ilkesi gözetilerek düzenlenmesi zorunlu kılınmalıdır. Yüzde 10'luk ülke barajına ilişkin yürürlükteki uygulama kadınların siyasete doğrudan ve aktif katılımı önünde ciddi bir engel oluşturmakta olduğundan kaldırılması yönünde düzenleme yapılmalıdır. Ayrıca anayasada kotaya ve pariteye ilişkin düzenleme yer almalıdır. Kota düzenlemesi, kadınlar aleyhine mevcut ayrımcılığı engellemeyi ve eşit temsili hızlı biçimde sağlamayı hedeflemeli bu nedenle yapılacak düzenlemede "adaylık kotaları" değil "sonuç esaslı kotalar" tercih edilmelidir. Seçim kotaları ile birlikte parti içi kota uygulaması da zorunlu hale getirilmelidir. Kota düzenlemelerine paralel olarak siyasi partilerin tüzük ve programlarının toplumsal cinsiyet eşitliğine ve ayrımcılık yasağına aykırı olamayacağını da açık şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bakanlık ve müsteşarlık gibi üst düzey yürütme konumları bakımından nitelikleri eşit farklı iki

aday arasında kadınlara önceliğın verilmesi, -Anayasa Uzlaşma Komisyonu da dâhil olmak üzere- TBMM komisyonlarında ve kamusal kurullarda eşit temsilin sağlanması, kamuda üst kademe yöneticiliğinde kadınların eşit temsiliini sağlayıcı teşvik politikalarının benimsenmesi yönünde düzenlemelere ihtiyaç vardır. Kamu hizmetlerine alımlarda ayrımcılığın yasaklanmasıyla yetinilmemeli, *de facto* (fiili) eşitliğı sağlamak için bu alanda da kotaya ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır. Yüksek mahkemeler dâhil yargıda görev yapan kadın sayısının artırılması için ilgili atama ve seçim kanunlarında kota ve cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik geçici özel önlemlerin düzenlenmesi anayasa tarafından zorunlu kılınmalıdır. Sendikalar ve meslek örgütlerinin cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik politikalar geliştirmesi desteklenmelidir. Bu yöndeki düzenlemelerde tüm karar mekanizmalarında eşit temsilin gerçekleşmesi hedeflenmelidir.

Uluslararası andlaşmalar ve yargı

Türkiye'nin taraf olduğı uluslararası insan hakları andlaşmalarının kanunların üstünde olduğı, hâkimlerin hüküm verirken Anayasadan sonra bu andlaşmaları esas almaları gerektiğı, bu andlaşmalarla uyumsuzluk içeren ulusal mevzuattaki düzenlemelerin yürürlükten kalktığı ve bundan sonra çıkarılacak mevzuatın kadın erkek eşitliğı dikkate alınarak düzenlenmesi ve toplumsal cinsiyet temelinde ayrımcılık içermemesi gerektiğı düzenlenmelidir.

Şiddet

Uluslararası belgelerde belirtildiğı üzere, şiddetin kadınlara karşı ayrımcılık teşkil ettiğı ve kadınların politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğeri sahalardaki haklarının tanınmasını, kullanılmasını ve yararlanılmasını engellediğı ve ortadan kaldırdığı dikkate alınmalıdır. Kadınlara ve çocuklara yönelik şiddeti önlemenin Devlet'in görevi olduğı ve Devlet'in mağdurlar için yeterli sayıda ve çocuklarıyla birlikte kalabilecekleri sığınak, psikolojik ve fiziksel tedavi merkezi açmak, 7/24 hizmet veren telefon hattı açmak, yasal destek, eğitim ve iş olanakları sağlamak, mağdurun şiddet ortamından uzaklaşmasına destek olmak için aynı ve maddi yardım sağlamak ile yükümlü olduğı düzenlenmelidir.

İlgili bakanlıkların, baroların ve kadın örgütlerinin kadınlara ve çocuklara yönelik şiddet davalarında müdahil olabilmelerine olanak sağlanmalıdır. Şiddet mağdurlarına istedikleri tüm sağlık kurumlarında, mümkün olduğunca kadın sağlık personeli tarafından ücretsiz sağlık hizmeti sağlanmalıdır.

İstihdama katılım/çalışma hakkı

Kadınların işe girme, serbestçe meslek ve iş seçme, işinde ilerleme ve terfi olanaklarından erkeklerle eşit şekilde yararlanma, yeterli ve eşit/eşdeğer işe eşit ücret elde etme hakları garanti altına alınmalıdır. Çocuk işçiliği yasaklanmalıdır. Devlet'in "mobbing" in yasaklanması, işyerinde kreş uygulamasının zorunlu hale getirilmesi, hem anne hem baba için ebeveyn izni hakkı tanınması, kamu hizmetlerine alımda zorunlu kota uygulaması, özel işyerlerinde kota uygulamasının teşvik edilmesi dâhil olmak üzere kadınların istihdama katılmalarının önündeki engelleri ortadan kaldırmak için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü olduğu düzenlenmelidir. Emek piyasasında toplumsal cinsiyet temelinde ayırmanın / dışlamanın ortadan kaldırılması için kadınların az sayıda olduğu mesleklere yönlendirilmeleri, erkeklerin az sayıda olduğu mesleklere erkeklerin yönlendirilmesi konusunda geçici özel tedbirler alınmalıdır. Kırsal ve kentsel aile işletmelerinde ücretsiz çalıştırılan kadınların sosyal güvence ve sosyal yardımlardan yararlanması sağlanmalıdır.

Bütçe

Bütçe Komisyonu'nunda eşit temsil zorunluluğu düzenlenmelidir. Devlet'in, toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı ve kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir bütçeleme yapma yükümlülüğü olduğu düzenlenmelidir.

EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Y. Doç. Dr. İdil Işıl Gül

Anayasa'nın diğer tüm kısımlarında olduğu gibi, "ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlüklere" ilişkin kısmı da, uluslararası hukuk bağlamındaki yükümlülükler ve küresel ölçekte gerçekleşen değişimleri yansıtmalıdır. Bu çerçevede, ekonomik ve sosyal haklar yanında, kültürel hak ve özgürlüklerin de tanındığına ve güvence altına alındığına ilişkin açık bir vurgu son derece önemlidir.

Bu kapsamda ilk olarak, Anayasa'da mevcut halde güvence altına alınan ekonomik ve sosyal hak ve özgürlüklerin nicelik ve nitelik bakımından güçlendirilmesi ve sınırlamaların kapsamının daraltılması söz konusu olmalıdır. Bu kapsamda, ekonomik ve sosyal haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan hak ve özgürlükler ile, bu sözleşmelerin uygulanmasını izleyen denetim mekanizmalarının bu hak ve özgürlüklere kazandırdığı anlam gözetilmelidir. Örneğin, Anayasa'da devletin yükümlülükleri düzenlenirken, her bir hak ve özgürlük bakımından sözleşme denetim organlarının taraf devletler bakımından ne tür "pozitif yükümlülükler" biçtiğine bakılmalıdır.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlükler, bunların "kötüye kullanımı olasılığı" bakış açısından düzenlenmemelidir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere konulan çekincelerin geri alınmasını mümkün kılacak şekilde düzenleme yapılmalı, başka bir ifade ile Anayasa'da düzenlenen kapsam, sözleşmelerle düzenlenen kapsamın gerisine düşmemelidir. Bu çerçevede "azınlık" kavramına verilen anlamın değişmesi ve her durumda azınlık dil, din ve kültürlerine ilişkin özgürlüklerin diğer tüm kişi gruplarına da sağlanması değerlendirilmelidir. Bu hak ve özgürlüklerden yararlanmanın mali külfeti azınlıkların üzerinden alınmalıdır. Her ne kadar Lozan Barış Antlaşması mali külfetin azınlıklar üzerinde olmasını öngörmüşse de, bu yaklaşımın bugünün insan hakları hukuku anlayışı karşısında kabul görmemesi gerekmektedir. Çoğunluğun din, dil, eğitim ve kültürünün devlet kaynaklarından karşılanırken, azınlıkların bu kaynaklardan yararlanamaması, hakkaniyet ilkesine de aykırıdır.

Türkçe dışındaki dillerin kullanılmasına ilişkin özgürlükler Anayasa'ya yansımali, Türkçe'nin Türkiye'deki tek "ana dil" olduğu anlayışı, yeni Anayasa'da yer bulamamalıdır. Dilin, kültürün gelişmesi ve sonraki nesillere aktarılmasındaki önemi gözetilerek, Türkiye'de konuşulan tüm dillerin öğrenilmesi, konuşulması ve geliştirilmesi yönünde etkili adımların atılması yönünde devletin yükümlülüğü olduğu, Anayasa'ya yansıtılmalıdır. Anadilde eğitime ilişkin Anayasa'nın mevcut 42. maddesindeki sınırlayıcı düzenleme kaldırılmalıdır.

Sağlık, konut, çevre gibi hakların kapsamı genişletilmeli ve uluslararası sözleşmelerle öngörülen güvence kapsamını yansıtılmalıdır. Çalışma hakkı ile sendikal haklar güçlendirilmelidir.

Her bir ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlükten yararlanmanın, diğerk hak ve özgürlüklerden yararlanma ile ilişkisi gözetilmelidir. Bu çerçevede eğitim hakkı yanında eğitimde haklar (örneğin öğrencilerin sağlıklı ve güvenli bir ortamda eğitim alma hakkı, örgütlenme özgürlüğü, anadilini öğrenme ve geliştirme vs.); sağlık hakkı yanında sağlıkta haklar (kişi güvenliği, özel hayatın gizliliği, insan onuruna saygı vs.) da gözetilmeli ve bu bütüncül yaklaşım Anayasa'ya yansıtılmalıdır.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından toplumun tüm kesimlerinin eşit konuma getirilmesi, fırsat eşitliğinin sağlanması, toplumun dezavantajlı kesimlerinin özellikle bu haklardan yararlanma bakımından güvence altına alınması, sosyal yardımlardan yararlanmada eşitlik ilkesinin hakim kılınması gibi hususlar da, bu alanda yapılacak düzenlemelerde gözetilmesi gereken hususlardır.

Sosyal yardımlarda "bütüncüllük" ilkesinin hakim kılınması, bir başka deyişle, sosyal yardıma ihtiyaç duyan kişi, aile veya kişi gruplarının bir taraftan sosyal yardım alırken, diğerk yandan muhtaçlık durumunu ortadan kaldırmaya yönelik tedbirlerle desteklenmesinin sosyal yardımlara hakim kılınması zorunludur.

Sosyal yardımın bir hak olarak Anayasa'da güvence altına alınması ve kimlerin, hangi koşullarda bu haktan yararlanabileceği, devletin sosyal yardım başlığı altında hangi yardımları sunduğu, sosyal hizmetlerle sosyal haklar arasındaki ilişkinin ne olduğu gibi hususların da açıklığa kavuşturulması gereken hususlar olduğu kabul edilmelidir.

Sosyal yardımların düzenlenmesinde, hak sahiplerinin belirlenmesinde, yardımların sağlanmasında ve bu yardımlara ihtiyaç duyan tüm kişilerle ilişkilerde “insan onuru”na saygıdan uzaklaşılması da özellikle güvence altına alınması gereken hususlar arasındadır.

Toplumun kadınlar, engelliler, Romanlar gibi dezavantajlı kesimleri “korunmaya muhtaç kişiler” olarak değil, hak sahipleri olarak görülmeli ve ifade edilmeli; bu kişilerin tüm insan hak ve özgürlüklerinden ve özellikle de ekonomik ve sosyal hak ve özgürlüklerden tam ve eşit yararlanmalarının sağlanması bakımından devletin yükümlülüklerinin altı çizilmelidir. Devletin bu kişileri güçlendirmek için atacağı adımların “izin verilebilir” olmanın ötesinde “zorunlu” olması gerekmektedir.

Devletin bu alandaki yükümlülüklerinin sınırına ilişkin mevcut Anayasa'nın 65. maddesinde öngörülen düzenleme, Devlete itiraz edilemeyecek bir takdir marjı sağlamaktadır. Bu tür bir maddenin yeni Anayasa'da ya hiç yer almaması veya somut kriterler ve hak arama yolları öngörülerek düzenlenmesi; devletin bu kriterleri gerçekleştirmeksizin hareketsiz kaldığı haller bakımından da hak arama yollarının öngörülmesi gerekmektedir.

YASAMA

Y. Doç. Dr. Lami Bertan Tokuzlu

TBMM'ne milletvekili seçilme yeterliliği son zamanlarda önemli siyasi tıkanıklıklara ve tartışmalara yol açmaktadır. Günümüzün çağdaş demokrasilerinin önemli bir kısmında milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili düzenlemelerde kişinin işlediği suçlara ilişkin sınırlamalara değil, menfaat çatışmasına ilişkin hükümlere öncelik verilmektedir.¹⁶ Bu nedenle, milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili Anayasa hükmünden seçilmeye engel suçlar çıkarılmalıdır. Diğer yandan, milletvekili seçilenlerin, resmi seçim sonuçlarının

¹⁶ Bkz. Dick Toornstra, “*Electoral Systems in Europe: An Overview*”, European Centre for Parliamentary Research and Documentation, Ekim 2000, Brüksel.

elde edilmesinin ardından, varsa, hürriyetlerini sınırlayan her türlü tedbir derhal kaldırılmalıdır.

Seçim sistemine ilişkin ilkeler arasına seçim barajının uygulanmasını yasaklayan veya %5 gibi, bunun azami sınırını belirleyen bir düzenleme eklenmelidir.

Yasama organının yasama sürecindeki aceleci tutumlarını frenleyecek mekanizmalardan yoksun yapısı nedeniyle, özellikle temel kanun olarak kabul edilen yasalarda, yasa yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra ve hatta yürürlüğe girmeden önce dahi, çok sayıda düzeltme yasaları çıkarılması ihtiyacı doğmaktadır.¹⁷ Bu sorunu aşmak için düşünülebilecek çözüm yöntemleri arasında: - yasalarda iki kere görüşme kuralının ve ivedilikle görüşme yasağının getirilmesi, - iki meclisli yapıya geçilmesi, - komisyon çalışmalarına sivil toplum kuruluşlarının doğrudan katılmasını sağlamak suretiyle şeffaflık ve danışma mekanizmasının geliştirilmesi bulunmaktadır.

Anayasa'da, önemi sebebiyle, kanunla düzenleneceği öngörülen, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve benzeri konularda yasama organının kontrolünün tesis edilmesi gereklidir. Bu alanlardaki uygulamaların, açık yasal dayanağı bulunmayan, idari düzenleyici işlemler ile şekillendirilmesi Türkiye'nin uluslararası denetim mekanizmaları önünde "hukuk yokluğu" temelinde ihlal kararlarıyla karşılaşmasına sebep olmaktadır.¹⁸

Olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin de, olağan dönemde olduğu gibi, TBMM'nin bir yetki kanunu ile vereceği yetki ile kabul edilmesinin sağlanması ve bunların Anayasa Mahkemesi'nin denetimine açılması olması gerekmektedir.

Birkaç kez Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kuralların yeniden Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yasalaştırılması uygulamada hukuk devleti ilkesinin içselleştirilmesi konusunda ortaya çıkan ciddi sistemik sorunlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle, her ne kadar bu tür uygulamalar, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında, Anayasa'nın 153. Maddesi'ne aykırılık olarak değerlendirilmekte ise de¹⁹,

¹⁷ Örneğin, 5328 Sayılı Kanun'un 1. Maddesi, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 59. Maddesini, henüz yürürlüğe girmeden değiştirmiştir. Bkz. R.G. No. 25772 (Mükerrer), 31 Mart 2005.

¹⁸ Örneğin bkz. *Abdolkhani and Karimnia/Turkey*, ECHR, *Appl. no. 30471/08*. 22 Sept. 2009.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı : 1998/58, Karar Sayısı : 1999/19, Karar Günü : 27/5/1999.

halen yasama yetkisinin kullanılması ile ilgili ciddi bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın yasama yetkisinin kullanılması ile ilgili bölümünde Anayasa Mahkemesi kararlarına saygıyı pekiştirecek bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

YENİ ANAYASA HAKKINDA GÖRÜŞ

Prof. Dr. Serap Yazıcı

1982 Anayasası, gerek yapımında izlenen yöntem, gerekse otoriter, yasadışı ve vesayetçi içeriği nedeniyle, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana haklı eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilerin önemli bir bölümü, kısmi değişiklikler yoluyla Anayasanın özgürlükçü ve demokratik bir içeriğe kavuşamayacağı yönündedir. Bu nedenle, Türkiye toplumunun genişçe bir kesimi, tümüyle yeni bir anayasa hazırlamanın gerektiği konusunda mutabıktır. Nitekim TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu da ortaya çıkan bu güçlü mutabakatın gereğini yerine getirmek üzere kurulmuştur.

Anayasanın Temel Felsefesi

Anayasaların içerdikleri hükümler kadar, dayandıkları felsefenin de önemli olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü anayasa yapıcılarının felsefesi, anayasa hükümlerinin içeriklerinin ne olduğunu belirleyen en önemli faktörlerden biridir. 12 Eylül yönetiminin olağanüstü koşullarında hazırlanan 1982 Anayasası, bunun doğal sonucu olarak, devlet odaklı, otoriter, yasadışı, vesayetçi ve milliyetçi bir ruha sahip olmuştur. Bu ise 30 yıldan bu yana Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı çeşitli sorunları çözememesi, bu sorunların kronikleşerek günümüze kadar uzanmasının başlıca nedenlerinden biridir. Nitekim yıllardan beri yeni bir anayasa yapımı ihtiyacının tartışılıyor olmasındaki temel neden de budur. Bu yüzden yeni anayasa, birey odaklı, özgürlükçü, demokratik, temsil mekanizmalarını güçlendiren ve hukuk devleti ilkesine dayanan bir felsefeye sahip

olmalıdır. Bu çerçevede, yeni anayasanın dayanması gereken kavramlar kısaca özetlenebilir.

1) 1982 Anayasası, anayasacılığın mantığına aykırı olarak, devleti, bireyler ve özgürlükler karşısında korumaya ve yüceltmeye odaklanmıştır. Bu yüzden, 1982 Anayasasına hâkim olan devlet odaklı olma ve yasakçılıktır. Yeni anayasa, bu ilişkiyi tersine çevirmek suretiyle anayasacılığın mantığıyla tutarlı olarak devlet otoritesi karşısında bireyin varlığını ve özgürlüklerini korumaya odaklanmalıdır. Böylece devlet otoritesinin keyfi olarak tezahür etmesi de önlenecektir.

2) 1982 Anayasasının yasakçı, otoriter ve vesayetçi felsefesi, aslında bu anayasanın resmi ideolojiyi koruma; toplum hayatını da bu ideoloji ile sınırlama zihniyetinden kaynaklanmıştır. Bu nedenle yeni anayasa, ideolojik bakımdan tarafsız olmalı; toplumsal ve siyasal hayatı, herhangi bir ideolojiyle dizayn etme teşebbüsünde bulunmamalıdır. Anayasanın ideolojik bir tarafsızlıkla hazırlanması, farklı kesimlerin hak ve özgürlüklerinin eşit olarak korunduğu, demokratik çoğulculuk esasına dayanan bir hukuk düzeninin yaratılmasında vazgeçilmez bir unsurdur.

3) Anayasa, dinler ve farklı inanç sistemleri karşısında da gerçek bir tarafsızlık içerisinde olmalıdır. Bu, din ve inanç hürriyetinin devlet otoritesi karşısında korunmasının ve bu özgürlüklerle ilişkili diğer tüm özgürlüklerin korunabilmesinin ön şartıdır. Bu çerçevede, devlet, bugüne kadar olduğu gibi, toplumu sekülerleştirmeyi hedefleyen savunmacı laiklik anlayışından vazgeçmelidir. Böylece, laikliğin asli unsuru olan devletin tarafsızlığı, tüm inançlara eşit mesafede olması, her türlü inanç özgürlüğünü koruması, din ve mezhep esasına dayanan her tür ayrımcılıktan uzaklaşılması mümkün olabilir.

4) Devlet aynı zamanda, etnik bir tarafsızlık içinde de olmalıdır. Bu, herhangi bir etnik grubu yücelten her tür ayrıcalıklı hükümden ve ifadeden kaçınmayı gerektirir. Bu yüzden yeni anayasa, devletin etnik ayrımcılık veya asimilasyonda bulunduğu izlenimini veren her tür düzenlemeden kaçınmalıdır.

5) Öte yandan yeni anayasa, hukukun üstünlüğü, temsili demokrasi ve kuvvetler ayrılığını aşındıran tüm vesayet kurumlarını da tasfiye etmeli, böylece devlet otoritesinin hukuk devletiyle sınırlanmasını sağlamalıdır. Bu tür bir yenilik, kamu gücünün her alandaki keyfi tezahürlerini önleyecektir.

Başlangıç

1982 Anayasasının Türkiye'nin kronikleşen sorunlarının demokratik yöntemlerle çözümünü güçleştiren özelliklerinden biri, otoriter, milliyetçi, ideolojik ve devlet odaklı bir zihniyetle kaleme alınan Başlangıç bölümüdür. Yeni anayasanın başlangıç bölümü, mevcut anayasanınkinden tamamen farklı olmalıdır. Bu bölümde, otoriter, milliyetçi ve yasakçı ifadelerden kaçınmak gerekir. Demokratik anayasalarda olduğu gibi, başlangıç bölümünde insan onuru, hukukun üstünlüğü, demokrasi değerleri, halk egemenliği, devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine bağlılığı, kültürel çoğulculuğa saygı gibi kavramlar yer alabilir. Ayrıca, kamu gücünün kullanıldığı hiçbir alanda ayrımcılığın herhangi bir türüne fırsat tanınmayacağı da vurgulanabilir. Bundan başka, başlangıç bölümünde laikliğe, din ve vicdan hürriyetinin teminatı olan bir ilke biçiminde atıf yapılmalıdır. Öte yandan, başlangıç bölümünün anayasa metnine dâhil olmadığı hükme bağlanarak başta anayasa yargısı alanında olmak üzere, yargı kuruluşlarının bu bölüme atıf vermek suretiyle yerindelik denetimi yapması önlenmelidir.

Devletin Temel Amaç ve Görevleri

1982 Anayasası, devlet odaklı bir zihniyetle hazırlandığından, bu Anayasanın devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. Maddesi, devletin bağımsızlığı, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkelerinin korunması ifadesine yer verdikten sonra, çok daha zayıf bir vurguyla, kişinin maddi ve manevi varlığının gelişiminin önündeki engellerin kaldırılmasından söz etmektedir. Yeni anayasanın, birey odaklı olarak hazırlanması gerekir. Bu nedenle, devletin temel amaç ve görevleri arasında, insan onurunun korunması, insan hakları, her türlü ayrımcılığın önlenmesi, çoğulcu demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi değerler yer almalıdır.

Hükümet Sistemi

Yeni anayasanın yapımı sürecinde dikkate alınması gereken önemli konulardan biri de hükümet sisteminin niteliği olacaktır. Yeni anayasa, klasik parlamenter sistemin özüne uygun bir hükümet modeli benimsemelidir. Bu nedenle, Anayasada Cumhurbaşkanlığı

makamının yetkileri, sembolik konularla sınırlanmalıdır. Yürütme alanındaki asıl yetkiler, parlamentoya karşı sorumlu olan Bakanlar Kuruluna tanınmalıdır. Bu, sadece parlamentarizmin değil; aynı zamanda, kamu hukukunun yetkide ve sorumlulukta paralellik ilkesinin de gereğidir. Ne var ki, yeni anayasa, cumhurbaşkanının seçimi yetkisini, halka tanıyabilir. Böylece, cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçimi sürecinde, gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası dönemlerinde ortaya çıkan krizlerin tekrarlanması önlenir. Ne var ki, cumhurbaşkanının halk tarafından seçimi esası benimsendiği takdirde, seçim sürecine ilişkin kuralların dikkatle tasarlanması gerektiği unutulmamalıdır.

Siyasi Partiler

Türkiye’de demokratikleşmeyi engelleyen en önemli faktörlerden biri, genel olarak siyasal hakların, daha özgül olarak ise, siyasi parti hürriyetinin devletin resmi ideolojisi ile sınırlanmasıdır. Bu, çoğulculuk ve temsil esasına dayanan bir düzenin kurulmasını büyük ölçüde güçleştirmektedir.

Siyasi partilerin demokrasiyi ortadan kaldıran faaliyetleri nedeniyle yasaklanması düşüncesi, ilk kez 1949 Bonn Anayasasında ifadesini bulmuştur. Ne var ki Almanya’da parti yasakları çoğulcu demokrasiyi, demokrasi karşıtı partilere karşı korumanın bir aracı olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden Almanya’da bugüne kadar sadece iki siyasi parti Anayasa Mahkemesi kararlarıyla kapatılmıştır.

Türkiye’de ise parti yasakları çoğulcu demokrasiyi değil, devletin resmi ideolojisini korumanın, meşru siyaset alanını bu ideoloji ile sınırlamanın bir aracı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, 1982 Anayasası döneminde 19 siyasi parti Anayasa Mahkemesi kararlarıyla kapatılmıştır. Bu kararlar, Türkiye’nin bireysel başvuru hakkını tanıdığı 1987’den itibaren AİHM tarafından denetlenerek, AİHS’ye aykırı görülmüştür.

Öte yandan bu kararlar Venedik Komisyonunun 1999’da yayınladığı “Siyasi Partilerin Yasaklanması Ve Kapatılması İle Benzeri Tedbirler Hakkında Yol Gösterici İlkeler” başlıklı raporundaki ölçülerle de bağdaşmamaktadır. Bu rapora göre: “Siyasi partilerin yasaklanması veya zorla sona erdirilmesi, ancak şiddet kullanımının savunuculuğunu yapan veya demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddeti bir politik araç olarak

kullanan ve böylece anayasa tarafından güvence altına alınan hakların ve özgürlüklerin altını kazıyan partilere ilişkin olarak mazur görülebilir. Bir partinin, Anayasanın barışçıl bir şekilde değiştirilmesinin savunuculuğunu yapması, bir partinin yasaklanması veya kapatılması için yeterli olmamalıdır”.

Türkiye’de parti yasaklarının siyasi parti hürriyetini ortadan kaldıracak ölçüde uygulanması, özellikle 14 Mart 2008’de AKP aleyhine kapatma istemine dayanan bir davanın açılması, Avrupa Konseyini Türkiye’deki parti kapatma rejimini incelemeye teşvik etmiştir. Sonuç olarak Venedik Komisyonu, Mart 2009’da Türkiye’deki parti yasaklarını inceleyen bir rapor yayınlamıştır. Bu rapora göre, Türkiye’de parti yasaklarının aşırı ölçüde uygulanmasının iki nedeni mevcuttur. Bunlardan biri, kapatma nedenlerinin çok sayıda olması, bu nedenlerin müphem ve muğlâk kavramlardan oluşmasıdır. Diğer ise, kapatma davalarının açılmasında izlenen usul kurallarıdır.

Yeni anayasa, parti yasaklarına ilişkin düzenlemelerinde, AİHS hükümleri, AİHM içtihatları, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi hükümleri ve Venedik Komisyonunun 1999 ve 2009 tarihli raporlarını esas almalıdır. Bu bağlamda, yeni anayasanın parti yasaklarını düzenleyen hükümlerinde yer alması gereken hususlar aşağıdaki gibi özetlenebilir.

- Yeni anayasa, siyasi partilerin serbestçe kurulmaları ve faaliyette bulunmalarını sağlayacak biçimde, kapatma yaptırımını ancak istisnaen uygulanacak bir kurala dönüştürmelidir. Bu ise siyasi partilerin kapatma nedenlerinin; şiddete başvurma, şiddet çağrısında bulunma, kin ve nefreti teşvik etme ile sınırlanmasını gerektirir.

- Bir siyasi partinin tüzük ve programında yer alan ifadeler, ancak Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 20. maddesinde yer alan hükümlerle çelişecek biçimde, nefret söylemi veya Venedik Komisyonu’nun 1999 Raporu’nda işaret edildiği gibi şiddet çağrısı içerdiği takdirde davaya konu olabilmelidir. Üstelik bir siyasi partinin tüzük veya programında bu tür ifadelerin yer alması, doğrudan doğruya kapatma davasının açılmasına neden oluşturmamalı, ancak yetkili makamların –bu Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı olabilir- uyarısına rağmen bu ifadelerin değiştirilmemesi yahut partinin söylemlerinde benzer ifadelerin tekrarlanması kapatma davasının harekete geçirilmesine yol açabilmelidir.

- Kapatma nedenlerinin sınırlanması kadar, kapatma davasının dayandığı usul kuralları da önem taşımaktadır. Bu nedenle, kapatma davasını harekete geçirme yetkisi, Almanya ve İspanya'da olduğu gibi, halka hesap verme yeteneğine sahip olan organlara tanınmalıdır. Yeni anayasa ile bu yetki, TBMM Anayasa Komisyonu ile İnsan Hakları Komisyonu üyelerinden oluşan özel bir komisyona tanınabilir. Bu özel komisyon, ancak üye tamsayısının üçte ikisi ile kapatma davasının açılabilmesine karar verebilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ancak bu kararı takiben dava açma yetkisini kullanabilir. Diğer bir deyişle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı kapatma davasını re'sen harekete geçirememelidir.

- İlgili Komisyonun kararını takiben Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yapacağı inceleme neticesinde dava açmamaya da karar verebilir.

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ceza yargılaması hukukunun ilkelerine uygun olarak kapatma davasına konu olan siyasi parti lehinde ve aleyhindeki tüm delilleri dosyaya eklemek zorundadır. İddianamenin sadece aleyhteki deliller esas alınarak hazırlanması, savcılık makamını bir tür hüküm makamına dönüştüren, bu nedenle adil yargılanma hakkını engelleyen bir uygulamadır.

- Yeni anayasa, kapatma davasını açmaya yetkili olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını seçme yetkisini Yargıtay Genel Kuruluna tanımalıdır. Genel Kurul bu yetkiyi üye tamsayısının üçte ikisi ile kullanabilmelidir.

- Bir siyasi partinin kapatılmasına veya hazine yardımından kısmen veya tamamen mahrum kılınmasına karar verme yetkisi, Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna aittir. Genel Kurul bu yetkiyi üye tamsayısının üçte ikisinin kararı ile kullanabilir.

- Yeni anayasa, 1982 Anayasasında olduğu gibi, kapatma kararının fer'î sonucu niteliğindeki siyaset yasaklarına yer vermemelidir. 1982 Anayasasının 84 ve 69. maddelerinde yer alan bu yasakların AİHS'nin 1 no'lu Protokolünün 3. maddesine aykırı olduğu, bu aykırılık nedeniyle Türkiye'nin AİHM kararlarıyla tazminata mahkum edildiği unutulmamalıdır.

Asker - sivil ilişkileri

Türkiye’de demokratik bir anayasa düzeninin kurulmasını engelleyen önemli faktörlerden biri, asker-sivil ilişkileridir. Asker-sivil ilişkilerinin demokratik modeli, askeri makamların, parlamento ve hükümet gibi seçilmiş organların kararlarına tabi olmasını gerektirmektedir. Türkiye’de ise bu modelin tam aksine parlamento ve hükümet gibi seçilmiş organlar izleyecekleri politikalar konusunda askeri makamların icazetine ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, Türkiye’de hakim olan sistemi, askeri vesayet veya vesayet demokrasisi olarak tanımlamak mümkündür. Bu tür bir sistemin oluşumunda diğer faktörler yanında en önemli etken, askeri müdahaleleri takiben kabul edilen anayasa hükümlerinin, askeri makamlara çeşitli yetki ve ayrıcalıklar sunmasıdır. İlk kez 1961 Anayasası ile kabul edilen bu yetki ve ayrıcalıklar, 12 Mart ve 12 Eylül müdahalelerini takiben genişletilmiştir. Bu yetki ve ayrıcalıkların bir kısmı 1999, 2001 ve 2004 Anayasa değişiklikleri ile ortadan kaldırılmışsa da, Türkiye’de asker-sivil ilişkilerinin demokratik modele uygun bir görüntü sergilediğini öne sürmek mümkün değildir. Bu nedenle, yeni anayasada asker-sivil ilişkilerini normalleştirmek amacıyla askeri otoriteye bugüne kadar tanınan yetki ve ayrıcalıklara yer verilmemelidir. Bu bağlamda yeni anayasada yer alması gereken hususlar, aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1) Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı’na bağlanmalıdır.

2) İlk kez 1961 Anayasasıyla kurulan 1971 değişiklikleriyle ve 1982 Anayasasıyla güçlendirilen Milli Güvenlik Kurulu, anayasal bir kurum olmaktan çıkarılmalı ve kanunla düzenlenmelidir. Bu kurul, 1961 Anayasası öncesinde olduğu gibi, sadece yurt savunması hizmetlerinin yerine getirilmesinde alınması gereken tedbirlere ilişkin kararları verme yetkisine sahip kılınmalıdır. Bu çerçevede kurul, gene 1961 Anayasası öncesinde olduğu gibi, Milli Savunma Üst Kurulu adıyla anılabilir. Kurulda asker ve sivil üyeler yer almalı; kurulun karar yetkisi, milli savunma kavramıyla sınırlandırılmalıdır.

3) Gerek asker-sivil ilişkilerini normalleştirmek, gerekse hukuk devleti ilkesinin gereği olan yargılamanın birliği esasına dayanan bir yargı düzeni oluşturabilmek için Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile Askeri Yargıtay ilga edilmeli; Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ait yargılama yetkisi Danıştay’a, Askeri Yargıtay’a ait yargılama yetkisi ise Yargıtay’ın bu amaçla kurulacak özel bir dairesine tanınmalıdır.

4) TSK harcamalarının denetimi: Demokratik bir anayasa düzeni, tüm kamu kurumlarının harcamalarının şeffaflığını ve hukuka uygunluk yönünden yargı denetimine tabi olmasını gerektirir. Türkiye’de ise, 1971’de yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte, TSK harcamaları Sayıştay’ın denetimi dışında bırakılmıştır. TSK’ya tanınan bu ayrıcalık 1982 Anayasasının 160. maddesiyle de muhafaza edilmiştir. Anılan madde 2004 Anayasa değişikliğiyle ilga edilerek, TSK harcamalarının şeffaflaşması ve denetlenebilir hale gelmesi konusunda önemli bir adım atılmıştır. Bu anayasal reformu uygulanır kılacak yasal düzenlemeler ise, kısa bir süre önce kabul edilmiştir. Yeni anayasa, TSK harcamalarının şeffaflığı ve denetlenebilirliğini sağlayacak hükümlere yer vermelidir. Sayıştay denetiminin hukuka uygunlukla sınırlı olduğu, bu denetimin yerindelik denetimini kapsayamayacağı unutulmamalıdır. Oysa savunma hizmetlerine yönelik harcamaların hukuka uygunluğu kadar, yerindeliği de önem taşımaktadır. Savunmaya yönelik harcamaların mahiyeti, savunma hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesinde, askeri ve sivil personelin can güvenliğinin korunmasında hayati bir role sahiptir. Bu nedenle, harcama stratejilerinin teknolojik gelişmeleri dikkate alacak biçimde belirlenip belirlenmediğine yönelik uzmanlarca yapılacak bir tür yerindelik denetimine ihtiyaç olduğu açıktır. Bu amaçla, TBMM’nin Milli Savunma, İçişleri, Plan ve Bütçe Komisyonlarında uzmanların yer aldığı alt birimler oluşturularak, harcama stratejileri gözden geçirilebilmelidir.

YARGI

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı Türkiye’nin her zaman gündeminde olmuştur. Yargı, uluslararası belgelerde tanımlanan ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmelidir.

Uluslararası belgelerde vurgulandığı gibi, bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından en önemli koşul yargıç ve savcılarının mesleğe kabul ve atamaları dahil olmak üzere meslekte yükselme, disiplin gibi onları yakından ilgilendiren pek çok konuda karar veren makamın diğer devlet erklerinden bağımsız ve çoğulcu bir yapıya sahip olmasıdır.

Yargıçlar ve savcılar mesleklerinin niteliği gereği birbirlerinden farklı yükümlükler ve görevler icra etmektedirler. Yargıçların savcılarla yakın ilişki içinde olmaları gerek adil yargılanma hakkı bakımından gerekse yargıcın davranış kuralları bakımından sakıncalar içermektedir²⁰. Bu nedenlerle yargıçlar hakkında karar verecek kurul ile savcılar hakkında karar verecek kurulun birbirinden ayrı örgütlenmesi daha doğru olacaktır. Yeni Anayasada Yargıçlar Yüksek Kurulu (YYK) ve Savcılar Yüksek Kurulu (SYK) olarak iki ayrı kurul oluşturulmalıdır.

Yürütme organı üyelerinin yargıçlar üzerinde etkili olması, uluslararası belgelerle çelişmektedir. Bu çerçevede yapılması tasarlanan yeni Anayasada Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarı Yargıçlar Yüksek Kurulu içinde yer almamalıdır. Savcılar Yüksek Kurulunda ise yetkileri sınırlanmış bir biçimde yer alabilir.

Mevcut durumda yürütmenin yargının yapılanması bakımından rolü, Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na (HSYK) bazı üyeleri ataması ile de ortaya çıkmaktadır. Bu rol Meclis'e verilmeli ve ancak Meclis üye tam sayısının 2/3'ünün kabulü ile diğer bir deyişle uzlaşma gerektiren nitelikli çoğunlukla üye seçimi yapılabilirdir. Elbette Meclis'in YYK ve SYK'ya seçeceği üyelerin hukuk fakültesi mezunu olmaları gerekliyse de meslekteki yargıç veya savcılar arasından olmaması önem arz eder, aksi halde yargının tarafsızlığı bakımından tehlike yaratacak biçimde yargıç ve savcıların seçilebilmek amaçlı siyasi lobi faaliyetine girme olasılığı ortaya çıkabilir. Buna ek olarak Kurullar yargıç ve savcılarının özlük hakları, atamaları, meslekte yükselmeleri, disiplin yaptırımları gibi konularda karar verdiğiinden ve bu konulara siyasi etki olması yargı bağımsızlığı bakımından büyük bir tehlike olarak görüldüğünden²¹, YYK'nın üyelerinin büyük çoğunluğunun meslekten yargıçlar, SYK'nın üyelerinin büyük çoğunluğunun ise meslekten savcılar arasından olması diğer önemli husustur. Bu nedenle Meclis tarafından Kurullara seçilecek üyelerin sayısı Kurulların üye sayılarının 1/4'ünü geçmeyecek oranda olmalıdır.

Yüksek mahkeme üyeleri ile adli ve idari yargı yargıç ve savcılarının Kurullara üye seçme esası korunmalıdır. Bununla birlikte adli ve idari yargı yargıç ve savcılar

²⁰ Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, (Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu), Mart 2007, s. 81-82, para. 116-118.

²¹ Avrupa Konseyi, Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, 1 No'lu görüş, para. 19.

tarafından seçilen Kurul üyelerinin seçim usulü üzerinde durulması gereken unsurlardan biridir. Avrupa Konseyinin 2010 tarihli Tavsiye kararı bu tür yargı kurullarında çoğulcu bir yapının olması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu nedenle seçim usulü çoğulculuğu sağlayacak bir biçime kavuşturulmalıdır. Ayrıca Türkiye’de yargıç ve savcı tanımı gereğinden fazla geniştir. Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan ve yargısal değil tamamen idari işler yapan bir kısım personel de yargıç ve savcı statüsünde bulunmaktadır. Oysa Kurullara üye seçimlerinde sadece mahkeme yargıç ve savcılarının oy kullanması ve seçilebilmesi mümkün olmalıdır. Adalet Bakanlığında çalışan yargıç ve savcıların bu Kurul içinde yer almaları veya Kurul üyelerinin belirlenmesinde rol oynamaları yürütme ve yargı arasında çizilmesi gereken sınırı ihlal etmektedir.

Yargıç ve savcıların mesleğe atanmalarında siyasi etki kuşkularını bertaraf etmek için yeni Anayasada yargıçlık ve savcılık mesleğine kabul konusu da ele alınmalıdır. Adaylığa kabul ile mesleğe kabul arasında yapılan ayrıma son verilmeli ve adaylığa kabul aşaması ile adaylığın sonlandırılması Kurullar denetiminde olmalıdır. Gerek mesleğe kabul gerekse meslekte yükselmede nesnel ölçütler öngörülmesi yönünde Anayasada vurgu yapılmalıdır.

Belirlenen yaştan önce kendi istekleri olmadıkça yargıç ve savcıların emekliye sevk edilemeyeceklerinin teminat altına alınması uluslararası kabul görmüş bir ilkedir. Bu ilke düzenlenirken sadece “bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak” ve “sağlık bakımından görevini kesin olarak yerine getiremeyeceği anlaşılanlar” istisnalarına yer verilmeli başka bir istisnaya yer verilmemelidir.

Yargının hesap verir olması gereği yargıç ve savcılar hakkında disiplin soruşturması açılabilir ve gerektiğinde meslekten de çıkarılabilir. Fakat Türkiye’de disiplin yaptırımlarına ilişkin mevcut usul adil yargılanma hakkını tam olarak sağlamamaktadır, usulün adil yargılanma ilkesine uygun ve kararların şeffaf olması gerektiği Anayasada vurgulanmalıdır.

Türkiye’de yargıç ya da savcıların, HSYK tarafından, başka bir yerdeki göreve iradesi dışında rahatlıkla atanabildiği zaman zaman dile getirilmektedir. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartında²² ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2010 tarihli

²² Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, bu ilkeye ancak şu hallerde istisna getirilebileceğini belirtmektedir: (a) Yer değiştirmenin bir disiplin cezası olarak öngörülmesi ve uygulanması, (b) mahkeme

Tavsiye kararında²³ belirtilen istisnalar dışında bu tür yer değiştirme suretiyle atamaları engelleyici bir hüküm Anayasada mutlak surette yer almalıdır.

YYK ve SYK'nın kararlarının sadece meslekten çıkarmalara yönelik olanlarının değil, tamamının yargı denetimine açılması da yargının kendi meslektaşları karşısındaki bağımsızlığını koruma bakımından son derece önemlidir.

Yargının iç işleyişinin de bağımsız bir biçimde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu çerçevede doğrudan yargısal işlevin yerine getirilmesiyle ilişkili idari ve kurumsal konulara ilişkin bağımsızlık yeni Anayasada vurgulanmalıdır.

Türkiye'deki ceza davalarında polisin işlevi yeniden ele alınmalıdır. Soruşturmanın yürütme erkinin kontrolü altında olan polis gücü tarafından değil savcılık makamına bağlı adli polis gücü tarafından yapılması soruşturmanın nesnel yürütülebilmesi ve adil bir sonuca varılması bakımından zorunlu görünmektedir. Anayasada adli polis teşkilatı kurulması yönünde bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Yargıç ve savcıların dernek ve sendika²⁴ biçiminde örgütlenme özgürlüklerinin yanı sıra yargıçlık mesleği ve savcılık mesleği için ayrı ayrı birlik kurma hakları da Anayasada yer almalıdır. Ayrıca yargı mensuplarının ödeneklerinin, statüleri hakkındaki değişiklik planlarının, maaşlarının ve sosyal haklarının belirlenmesine ilişkin yasal süreçlere, mahkemelerin idaresine ilişkin düzenleme süreçlerine yargıç ve savcıların kurdukları örgütler aracılığıyla katılmaları güvence altına alınmalıdır²⁵.

Anayasa Mahkemesinin yapısı yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından yeniden ele alınmalıdır. Pek çok demokratik ülkede Anayasa Mahkemesinin üyelerinin seçiminde yasama organı değişen ölçülerde rol oynar, yasama organında uzlaşma sağlanarak üye seçilmesi ise Anayasa Mahkemesindeki çoğulculuğu ve tarafsızlığı güçlendirir. Yeni

sisteminin hukuka uygun olarak değiştirilmesi (c) yasayla belli bir sınırlı süre öngörülme şartıyla yakın bir mahkemeyi takviye etmek amacıyla geçici bir süre görevlendirme yapılması.

²³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2010)12 Tavsiye Kararı sadece iki nedenle bir yargıcın kendi onayı dışında görev yerinin değiştirilebileceğinden söz etmektedir: (a) bir disiplin cezası verilmesi, (b) yargı sisteminin organizasyonunda reform yapılması.

²⁴ Yargıcın verdiği hizmetin kamusal ve anayasal niteliği gereği, diğer çalışanların sendikal haklarından farklı olarak, yargıçların grev hakkına sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, s. 107, para. 176.

²⁵ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 1.8.

Anayasadan beklentiler arasında yargının gerçek anlamda bağımsız hale getirilmesi, Anayasa Mahkemesinin kompozisyonunun çoğulcu ve tarafsız hale dönüştürülmesi önemli bir yer tutmaktadır. Yeni Anayasada Anayasa Mahkemesinin üyelerinin seçiminde yüksek yargı ve Meclis arasında paylaşılmış bir yetki sistemi öngörülmesi bu beklentiye karşılama yolunda bir adım olabilir, yürütme organına ise Anayasa Mahkemesinin üyelerinin belirlenmesinde rol verilmemelidir. Çoğulculuk ve tarafsızlık bakımından Meclis'te yapılacak Anayasa Mahkemesine üye seçiminin, muhalefete de söz hakkı tanıyacak bir biçimde, diğer bir deyişle Meclis üye tam sayısının 2/3 çoğunluğunun onayı ile yapılması hayati önem arz etmektedir. Görev yapan yargıç ve savcıların seçilebilmek için siyasi lobi yapmasını engellemek için Meclis tarafından Anayasa Mahkemesine seçilecek üyeler meslekteki yargıç ve savcılar arasından olmamalıdır. Buna ek olarak meslekten yargıç ve savcıların Anayasa Mahkemesinde çoğunluğu oluşturması için Meclis tarafından seçilecek üye sayısının Anayasa Mahkemesinin üye sayısının yarısından az olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuk formasyonuna sahip olmaları vurgulanmalı, adaylık ve seçim süreçleri uzun tutulmalı ve şeffaf olmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin de yeniden ele alınması düşünülmelidir. Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma yetkisi 1961 Anayasasında daha geniş bir kesime tanınmışken, dava açabilecekler 1982 Anayasası ile sınırlanmıştır. Mecliste grubu bulunan siyasi partilere dava açma imkanı tanınmalıdır. Ayrıca kendi varlık ve görev alanlarını ilgilendiren yasal düzenlemelere karşı YYK, SYK, Yargıtay, Danıştay ve Üniversiteler iptal davası açabilmelidirler.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu 2010 Anayasa değişikliği ile kabul edilmekle birlikte bu yetki sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuştur. Bu kapsam daraltması yeni Anayasada yer almamalıdır. Ayrıca Anayasa Mahkemesine, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları doğrultusunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırı olan yasal düzenlemelerin iptali için yetki verilmesi de hak ve özgürlüklerin uluslararası standartlar çerçevesinde korunması bakımından işlevsel olacaktır.

Anayasa Mahkemesi 1993 yılından bu yana yürürlüğü durdurma kararı vermektedir. Bu tedbir kararının Anayasal dayanağı Anayasaya girmelidir. Anayasa Mahkemesinin ret kararından sonra on yıl süre ile aynı kanun hükmüne ilişkin Anayasaya aykırılık

itirazının yapılamayacağı yönündeki düzenleme hak arama yolunu ölçsüz bir biçimde sınırlamaktadır. Bu hüküm yeni Anayasada yer almamalıdır.

Mevcut uygulamada idarenin yargısal denetiminde ikili bir yapılanma olması ele alınması gereken diğer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede sivil ve askeri idari yargı ayırımına son verilmesi gerek sivilleşme gerekse idari yargının bütünlüğü açısından anlamlıdır. Askeri ceza mahkemeleri uzmanlık mahkemesi olarak sadece askeri suçlara ilişkin olarak korunabilir, fakat Askeri Yargıtay sivil Yargıtay ayırımına da idari yargıda olduğu gibi son verilmesi yerinde olacaktır.

Danıştay'ın da Yargıtay gibi hukukilik denetimi yaptığı göz önünde tutularak, bağımsız bir biçimde yapılanması ve üyelerinin hukuk formasyonu dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede Danıştay üyelerinin ¼'nün Cumhurbaşkanıca seçilmesi usulüne son verilmeli, üyelerinin tamamının hukuk fakültesi mezunu olması şartı aranmalıdır.

Son olarak özel yetkili ağır ceza mahkemeleri yargılama usullerinin farklılığı ile adil yargılanma hakkı bakımından sorunlar yarattığı gibi, doğal yargıç ilkesi bakımından da sorunludur. Bu tür mahkemeler kurulmasına yönelik yasaklama Anayasada yer almalıdır.
