

30.YILINDA 1982 ANAYASASI VE BAZI DÜŞÜNCELER⁽¹⁾

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN* (em.)

I. GİRİŞ

Sayın dekanlar, sayın öğretim üyeleri, sevgili öğrenciler!

Bu konferans, benim Isparta'da verdiğim ikinci konferans olacaktır. 1980 yılında Isparta Ticaret ve Sanayi Odasının dâvetlisi olarak bir konferans vermiştim. 1981- 1983 yılları arasında ise Isparta Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademisinde, Devrim Tarihi, Genel Hukuk, İşletme Hukuku ve İş Hukuku dersleri vermiştim. Bu sebeple, ben bir bakıma bu Üniversitenin bir(ve eski) öğretim üyesi sayılırım.

Bir hatıramı anlatarak konferansıma başlamak istiyorum. Isparta Devlet Akademisinde dersler verirken, 12 Eylül 1980 askeri darbesi gerçekleşmişti. Bir gün akademiye resmi bir yazı gelmiş ve biz öğretim üyelerinin ertesi gün belli saatte şehirdeki bir sinema salonunda toplanmamız istenmişti. O gün, o saatte öğretim üyeleri olarak orada toplandık. Sahneye Genel Kurmay Başkanlığından gönderilen bir teğmen çıktı. 12 Eylül 1980 askeri darbesinin gerekçelerini anlattı. Bu gerekçeler özetle şöyle idi: 1-bozulan kamu düzeni 2-sendikaların yıkıcı faaliyet yapmaları 3-TBMM'nin Cumhurbaşkanı seçmemesi vb. Teğmen son derece güzel Türkçe konuşuyordu. Konuşmalarını slayt gösterileri ile de destekliyordu.

1982 Anayasası, yapıldığı günden bugüne kadar henüz 30 yıllık bir müddet geçmiş olmasına rağmen, değiştirilmesinden en çok bahsedilen anayasa olmuştur. 1982 Anayasasının yapıldığı günleri gayet iyi hatırlıyorum. Daha halkoyuna sunulmadan önce bile, bu anayasanın değiştirilmesi ve memleketin gerçeklerine uygun hale getirilmesi gereği; hukukçular, politikacılar ve münevverler tarafından ileri sürülmüştür. O tarihten bu yana da diyebilirim ki en çok tenkide uğrayan, değiştirilmesi en çok arzu edilen ve hatta, en çok yıpratılan anayasa, 1982 Anayasası olmuştur. Gerçi bundan evvel 1961 Anayasası da tenkid ediliyordu ama 1982 Anayasası kadar değil. Daha önceki 1924 Anayasası

¹ Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verdiğim konferans (1 Ekim 2012)' in, gözden geçirilmiş, düzeltilmiş ve eklemeler yapılmış metnidir.

* İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Profesörü

döneminde ise fazla bir tenkid ve değişiklik talebi görülüyordu. Gerçi 1924 Anayasası da bir kaç defa değiştirilmiştir, ama üzerine çok yüklenen, değişiklik talebine en çok muhatap olan ve mâruz kalan bir anayasa olmamıştır.

Uzunca bir zamandır memleketimizde yeni bir anayasa yapılması veya hazırlanması üzerine yoğun bir fikri faaliyet görülmektedir. Medyada ve ilim çevrelerinde hemen her fırsatta yeni bir anayasa yapılmasının Türkiye için bir “**ihtiyaç**” olduğu ifade edilmektedir. Bu yöndeki açıklamaların belki de en dikkat çeken, memleketimizin artık sivil bir anayasaya muhtaç olduğu, askerlerin yapıp yürürlüğe koyduğu 1982 Anayasasından mutlaka kurtulmamız gerektiği yolundaki açıklamalardır. 1 Ekim 2008’de ve 1 Ekim 2011’de başlayan yeni yasa dönemi açış konuşmalarında Cumhurbaşkanı da bu yönde dileklerini TBMM önünde dile getirmiştir. Cumhurbaşkanının bu açıklamaları, yukarıda bahsettiğimiz medyadaki açıklamalarla paralellik arz etmekte ve zaman zaman da tekrarlanmaktadır.

Bendeniz bir hukukçu olarak ve 50 yıla yakın hukuk mesleğinin içinde ve bunun 40 küsur yılı Anayasa Hukuku alanında öğretim ve araştırma ile geçiren mütevazı bir ilim eri olarak müşahede, tespit ve tekliflerimi arz etmek isterim:

1-Çok Konuşulmasının Sebepleri:

Acaba neden anayasa değişikliğinden bu kadar çok bahsediliyor ve her gün bu konu konuşuluyor? Bunun sebepleri:

1- Anayasadaki bazı hükümlerin içtimai, siyasi ve iktisadi **huzursuzlukların kaynağı olduğu** düşüncesi veya bu şekilde bir kanaatin toplumumuzda yerleşmesidir. Meselâ enflasyon mu yüksek? Kabahat anayasada bulunuyor. PKK terörü mü devam ediyor? Kabahat anayasada bulunuyor. Ahlaksızlık başgöstermiş ve pornografik yayınlar mı çoğalıyor? Yine anayasa kaynak ve sebep olarak gösteriliyor.

2- **Bu Anayasa militer rejim döneminde yapıldı.** Askeri darbenin arkasından ve darbeyi yapanlar tarafından hazırlandı. Aslında halen yürürlükte bulunan anayasayı sadece askerler hazırlanmamıştır: Danışma Meclisi ve 1980 askeri darbesini yapan komutanlar kurulu birlikte hazırlamışlardır. Bu iki kurula birden Kurucu Meclis unvanı ve yetkisi verilmiş ve 1982 Anayasası böylece hazırlanmıştır. Ancak, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul üyeleri darbeci komutanların tesirinde ve eğilimi yönünde hareket etmişlerdir denilebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 23.9.1982 tarihinde Danışma Meclisi ve 18.10.1982 tarihinde de Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Halkoyuna sunulmak üzere 20.10.1982 tarih ve 17844 sayılı RG’ de

yayınlanmış, 7 Kasım 1982 günü halkoylaması sonucu kabul (halkımızın kahir ekseriyeti tarafından, yani % 98'i tarafından) edildikten sonra, 2709 sayılı Kanun olarak RG' de 9.11.1982 tarih ve 17863 sayısında yayınlanmıştır.

2-Anayasalar Değişir mi ?

Anayasalar değişmez diye bir kaide yoktur, elbette değişebilir. Değişmeyen bir anayasa varsa o da Allah kelamı olan ve kıyamete kadar baki kalacak Kuran-ı Kerim'dir. Bunun dışında insan eseri olan her anayasa değişebilir, değişmiştir ve değişmesi yadırganmaz. Meselâ şu anda yürürlükte bulunan Amerika Birleşik Devletleri Anayasası yaklaşık 250 yıllık bir anayasadır ve bazı değişiklikler geçirmiştir. 1949 tarihli Batı Almanya Anayasası, hükümleri itibarıyla çok güzel bir anayasadır fakat 50'den fazla değişiklik geçirmiştir. Bizim anayasamızda da değişikliklerle ilgili birkaç madde yer alıyor ama anayasanın değiştirilmesi usulü esas itibarıyla 175. maddede düzenlenmiştir.

Değiştirilemeyen maddeler:

Tabii bütün bunların dışında ve ötesinde hiç **değiştirilemeyen maddeler** de vardır. Bunlar Anayasanın 4. maddesinde belirtilmiştir. 1. maddede yer alan Devletin Cumhuriyet olduğu ve 2. maddede Cumhuriyetin özelliklerini belirten hükümlerin değiştirilemeyeceği yine anayasa tarafından belirtilmiştir. Bunlar da: Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu ve 3. maddede yer alan, Türkiye'nin Bölünmezliği, resmi dilinin Türkçe olduğu, Bayrağının şekli, Milli Marşının İstiklâl Marşı olduğu ve Başkentini Ankara olduğudur.

Tüsiad'ın Anayasa Raporunu hazırlayanlar, Cumhuriyet özelliği dışındaki hükümlerin değiştirilemez hükmünün anayasadan kaldırılmasını teklif etmişlerdir.² **Gerçekten de bu şekilde, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez şekilde bir hüküm modern demokratik anayasalarda yer almamaktadır**³.

² Ama daha sonra basına yaptıkları açıklamada bu ve benzeri görüşlerin, TÜSİAD' ın değil, ilgili tasarıyı hazırlayanların şahsi görüşleri olduğunu ifade etmişlerdir! (Bkz. 28 Mart 2011 tarihli gazeteler) 30 Mart 2011 tarihinde Kanal 24 ekranlarında, benim de konuşmacı olarak katıldığım "Açık Görüş" programında; TÜSİAD Taslağını hazırlayanlardan ve basın önünde sunan Prof. Dr. **Ergun Özbudun'** a Program sunucusu **Yavuz Baydar** bey, TÜSİAD tarafından böylece yalnız bırakıldığını ve bu tarz davranışın uygun olmadığını ifade etti, bizlerin katini aldı. Özbudun, bu değerlendirmeyi doğruladı ve konuşması ve davranışı ile kırılgan olduğunu gösterdi. **Taha Akyol**, Doç. **Mustafa Şentop** ve benimiz, TÜSİAD' ın açıklamasının uygun olmadığını ifade ettik. Ben ayrıca, bu şekilde yalnız bırakmanın bir belirtisinin TÜSİAD Taslağı Sunuş Raporunun son paragrafında sezildiğini de ilave ettim.

³ Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Konseyinin en önemli danışma organı Venedik Komisyonunun Genel Sekreteri **Thomas Markert** 1982 Anayasasındaki değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi

Tabii, değiştirilemez yolundaki hükmün kaldırılması, ilgili hükümlerin hemen kaldırılması veya değiştirilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Kanaatimce „değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez“ yolundaki bir hüküm, modern anayasalarda yer almıyor, ama bugün, bu hükümlerin hemen değiştirilmesini, ilgili hükümlerin tümünde haklı gösteren bir zaman ve zemin yoktur.

Burada değiştirilemez gibi görünen bir diğer maddeden de bahsetmek lâzım. Gerçekten de 174. maddeye göre; bazı kanunlar hakkında Anayasa Mahkemesine iptal davası açılabilir, bunların „Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.“ Bu maddede sayılan ve „İnkılap Kanunları“ ismi verilen kanunlar 8 adet kanundur.

Anayasamızda yapılan en kapsamlı değişiklik 2000 yılında, DSP, MHP ve ANAP Koalisyonu döneminde yapıldı. Bu değişiklik ile 34 madde değiştirildi. Bkz: 4709 sayılı ve 3.10.2001 günlü kanun (RG 17/10/2001 - 24556 mükerrer). 6. değişiklik o zaman o kadar sükselendi, o kadar çok konuşuldu ki, bu değişiklik hakkında, yürürlüğe girdiği günlerde gazetelerimizde övgü dolu cümlelerle haberler çıkmıştı: Artık daha fazla hürriyete sahibiz, Avrupa standartlarına biz de ulaştık vb... Bu değişikliğin amacı medyamızda kısaca, halkımıza “**daha çok özgürlük ve daha çok eşitlik sağlama ve Türk halkını Avrupa standartlarına yaklaştırma**” şeklinde özetlenmiştir.

Aynı durum, 12 Eylül 2010 referandumuna sunulan ve anayasanın 26 maddesini değiştiren metnin(5982 s. Kanun) kabulünden sonra medyada yer alan haberler ve yorumlarda da görüldü. Bilhassa Avrupa Birliğine adaylık görüşmeler sebebiyle, anayasa hükümlerinin de Avrupa standartlarına uygun haline getirilmesine gayret edilmiştir.

3- Anayasa Değişikliği Neleri Hedefler? Toplumdaki Rahatsızlıklarla Anayasa Arasında ne gibi bir Münasebet Vardır?

Bu başlık altında şu esasları belirtebiliriz:

1- Her şeyden önce, anayasa, toplumdaki siyasi, içtimai, iktisadi ve

edilemez maddeler (bkz. Md. 4) için şunları söylemiştir: ”Prensip olarak biz bu maddelerin tartışılmasından ve hatta değiştirilmesinden yanayız ama siyasi olarak bu konuda anlaşma sağlanması zor görünüyor. Asıl önemli olan bu maddelerin nasıl yorumlandığı. Eğer bu maddeler geniş değil de dar kapsamda yorumlanırsa daha az problem olarak karşımıza çıkacak” (9 Ekim 2011-Zaman). Ayrıca yapılacak yeni anayasanın Türk toplumunun genel bünyesini yansıtmaması gerektiğini de vurgulamıştır: ”En önemli beklentimiz, yeni Anayasanın toplumu yansıtan bir yapıya kavuşturulmasıdır.” (Aynı kaynak).

benzeri huzursuzluklardan mesul değildir, daha doğrusu tek mesul değildir. Meselâ enflasyon artıyorsa bunun sebebi sadece anayasada aranmaz. Askeri bir muvafakiyetsizlik varsa yine sadece anayasa mesul değildir. Bir terör fiili gelişmiş ve devam ediyorsa yine anayasa mesul değildir. Çünkü anayasa bu gibi marazi veya patolojik hallerin devamını istemez. Tersine, anayasalar; refah ve saadetin temini, huzur ve istikrarın tesisi için yapılır. Gerçi huzursuzların kaynağı olarak anayasayı gösterenler, hiç bir zaman “Anayasadaki şu madde, şu sefaletimize sebeptir” diye bir madde göstermemekte; “enflasyona sebep olan Anayasanın şu maddesidir; PKK terörüne sebep olan şu maddedir” şeklinde her hangi bir maddeye işaret etmemektedir. Bu sebeple her şeyden evvel “yaşadığımız problemlerin kaynağı anayasadır” düşüncesini peşinen silmek gerekir. Mesela biz Türkiye'nin bazı problemlerini sayalım ve bunların hangisinin çözümünde bugünkü anayasanın nasıl engel olduğunun veya olabildiğinin cevabını arayalım:

a- Memleketimizde uzun bir zamandır devam eden ve Türkiye ekonomisini kemiren enflasyonu düşürmek teşebbüslerine anayasanın hangi hükmü engeldir?

b- Memleketimizde en az 30 yıldır devam eden ve resmi beyanlara göre, en az 600 milyar dolar devlet harcaması yapılan **ayrılıkçı terörü** sona erdirmek yolundaki adımlara anayasanın hangi hükmü veya hükümleri engel olmuştur, idarecilerimizin elini kolunu bağlamaktadır? Bazı hukuki engeller, kanun ve yönetmeliklerden kaynaklanmaktadır.

c- Yolsuzluklar, çeteler-mafya vb. patolojik durumların giderilmesi için alınan tedbirlerin hangisine ve ne ölçüde anayasa engel olmuştur? Son aktüel olay **Ergenekon** çetesinin veya suç örgütünün oluşmasına 1982 Anayasası hangi hükmü ile destek verdiği kabul edilebilir? Ergenekon vb. davaların açılması ve takibine de anayasa engel olmadığı gibi.

d- Senelerdir bütçemiz açık, yani denk bütçe yapamıyoruz. Benim bildiğim rakamlara göre, halen vergi gelirimizin % 100'ü faiz ödemelerine gidiyor, % 26 ise açık ve ancak iç borçlanmalarla kapatılıyor. Bu acı ve acıklı duruma gelinmede ve bu marazi halin giderilmesi istikametindeki adımlara 1982 Anayasasının hangi hükmü engel olmuştur veya olmaktadır?

e- Maalesef lise seviyesine kadar inen uyuşturucu alışkanlığı veya salgınını önlemede anayasanın hangi hükmü engeldir? Tersine anayasa hükümleri bu gidişe engel hükümleri ihtiva etmektedir. Mesela bu konu ile ilgili anayasa maddesini ele alalım. Anayasanın 58.madde hükmü şöyledir:

„IX. Gençlik ve spor

A. Gençliğin korunması

Madde 58 — Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilimin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.

Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korunmak için gerekli tedbirleri alır.“

Devlet idarecilerimiz bu maddenin uygulamasını gerçekleştirmek için attıkları hangi adıma bu anayasa engel olmuştur? Veya bu uğurda alınan hangi tedbirin gerçekleşmesine bu anayasa engel olmuştur?

Bu ve buna benzer problemlerimizin giderilmesinde 1982 Anayasası açık-seçik bir engel ihtiva etmiyor. Dolaylı olarak **engel kabul edilen maddeler** ise, zaten değiştirilmektedir. Kamu hak ve hürriyetlerinin tam uygulanamamasında, kanaatimce, idarecilerimizin yanlış tutumları ile bazı yargıçlarımızın modern demokrasilerdeki gelişmelere ve uygulamalara sırt çeviren yorum ve kararları sebep olmaktadır.

2- Anayasa hüsnü niyetle uygulandığı takdirde birçok problem kendiliğinden halolur. Bir diğer deyişle; her kanun gibi anayasa da bir kanundur. Bu sebeple de şerh ve tefsire müsaittir. Başka türlü düşünülemez. Anayasa uygulanırken; hakimler, politikacılar ve bilim adamları tarafından yorumlanırken, muayyen bazı istikâmetlerde yorumlanması ve netice çıkarılması mümkündür. Eğer bu yorumlar hüsnü niyetle yapılırsa, yani yorumlar anayasanın metnine ve ruhuna ve memleket menfaatine uygun ve onlarla ahenkli (**ratio legis**) bir biçimde yapılırsa, toplumdaki bir çok huzursuzluk ortadan kalkabilir. Aksi takdirde öyle bir yorum yaparsanız ki, bu, anayasaya karşı bir hile (Fransızların "Froude a la Constitution" dediği) olur. Yani anayasanın mevcut bir hükmünden istifade ile yasak getiren başka bir hükmün bertaraf edilmesi demek olur. Bu, emredici bir hükmün bertaraf edilmesi neticesini douran bir tatbikat ve bu tatbikatın esasını teşkil eden tefsir anayasaya karşı bir hiledir. Hüsnü niyetle yapılan tefsir ise; yukarıda da belirttiğim gibi, memleket menfaatini dikkate alan, anayasanın özüne ve ruhuna uygun olan yorumdur.

Bonn Anayasası diye de isimlendirilen 1949 tarihli Alman Anayasası, bir hukuk abidesidir. İfadesi güzel, mühkem hükümler ihtiva eden, yaklaşık 60 yıldır muvaffakiyetle tatbik edilen ve büyük bir şikayete maruz kalmayan bir anayasadır. Kanaatimce bunun başlıca sebebi; bu anayasanın tatbikatçıları elinde hüsn-ü niyetle tatbik edilmesidir. Bonn Anayasası bugüne kadar 50'den fazla değişikliğe uğramıştır.

3- 1982 Anayasası şimdiye kadar 17 defa değiştirildi (6. ve 17. değişiklik en kapsamlıdır). Bütün bu değişiklikler Türk halkının daha modern ve çağdaş medeniyet düzeyine kavuşması için yapıldı. Özellikle Avrupa Birliğine uyum gayesi ile atılan adımlar olarak değerlendirildi.

4- Kurucu Meclislerin yaptıkları anayasalarımız ve memleketimizdeki Anayasa Halk Oylamaları

Bu güne kadar memleketimizde iki anayasamız Kurucu Meclis tarafından hazırlanmış, iki defa da Anayasa Halk Oylaması yapılmıştır:

1-1961 Anayasası

27 Mayıs 1960 tarihinde, başta bulunan DP iktidarı askerî bir hareketle devrilmiştir. Bu hareketi yapanlar ordu mensubu subaylar idi ve kendilerine T.C. Millî Birlik Komitesi ismini vermişlerdir. Millî Birlik Komitesi, 27 Mayıs 1960'tan sonra bir kanun yapmış ve 1924 tarihli Anayasanın ehemmiyetli bazı hükümlerini değiştirmiş veya yürürlükten kaldırmıştır. 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı olan bu kanun⁴ 1924 tarihli Anayasanın yasama ve yürütme ile ilgili hükümlerini değiştirmiştir.

13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kurucu Meclis teşkili hakkındaki kanun⁵ çıkarılmış, bundan sonra Kurucu Meclis'in teşkili için çalışmalar yapılmıştır. Şunu belirtelim ki, Kurucu Meclis iki meclisten meydana gelmiştir; birinci Meclis, Millî Birlik Komitesidir. Bu komite 27 Mayıs 1960 askerî darbesini yapan subaylardan meydana gelmiştir. Ancak daha sonraki bir tarihte bu komitenin içinden 14 üye uzaklaştırıldığı ve 1 kişi de vefat ettiği için 23 kişiden meydana gelmiş bir heyet idi. İkinci meclis, Temsilciler Meclisi adı altında kurulacak meclis olmuştur. Bu meclisin teşekkülü 13 Aralık 1960 t. ve 158 s. **“Temsilciler Meclisi Seçimi Kanunu”**⁶ na göre yapılmıştır. Bu üyelerin teşkil ettiği komisyon bir Anayasa tasarısı hazırlamış ve Temsilciler Meclisi'nde müzakereye başlanmıştır. Bu tasarı 9 Temmuz 1961 tarihinde halkın oyuna, yani referanduma sunulmuş ve halkın % 61, 5'i tarafından kabul edilmiştir. Bu metin daha sonra 20 Temmuz 1961 tarihli RG' de 9 Temmuz 1961 tarih ve 334 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası” ismiyle yayınlanmış ve hemen yürürlüğe girmiştir.

⁴ Bkz. RG 14/6/1960 - 10.525. Bu kanun daha sonra 12.8.1960 t. ve 55 s.K. ile değiştirilmiştir (RG 16/8/1960 - 10.579)

⁵ Bkz. RG 16/12/1960 - 10.682.

⁶ Bkz. RG 16/12/1960 - 10.682.

2-1982 Anayasası

12 Eylül 1980 tarihinde vuku bulan bir askeri darbe sonucu, 1961 Anayasasının bazı hükümleri askıya alınmıştır. Daha sonra bir Danışma Meclisi teşkil edilmiş, ve yeni bir Anayasa hazırlama görevi kendisine verilmiştir. Hazırlanan Anayasa Taslağı evvela Danışma Meclisinde, daha sonra da askeri darbeyi yapan Kuvvet Komutanlarının, Genel Kurmay Başkanlığında teşkil ettikleri Komitede müzakere edilmiştir. En sonunda, Türkiyemizde, tekrar bir referandum yapılarak Anayasa Taslağı Halkın oyuna sunulmuştur. Halk 7 Kasım 1982 tarihinde anayasayı büyük bir çoğunlukla kabul etmiştir⁷.

II- DÜŞÜNCELER VE TEKLİFLER

Hazırlanan yeni anayasamızda yer almasını uygun gördüğümüz bazı özelliklere ve hükümlere de kısaca temas etmek isteriz. Kanaatimce aşağıdaki açıklamaları, anayasanın yapılmasında üzerinde özenle durulması gereken maddelere misâl gösterebiliriz.

1- Anayasanın dili

Anayasanın dili, açık-seçik olmalı, teknik hukuk tabirleri kullanılmalı, okurken ve uygularken tereddütlere yer vermemelidir. Maalesef, 1982 Anayasasının dili kötüdür, yer yer anlaşılmaz ifadeler vardır. Hatta biz anayasa hukukçularının dahi zaman zaman bir okuyuşta anlayamadığımız hükümler bulunmaktadır!

Avusturya ve Federal Almanya Cumhuriyetinde Parlamento bünyesinde “**Dil Komisyonu**” bulunduğunu gördüm. Bu komisyon, hazırlanan taslak ve tasarıları, Almanca dil yapısı bakımından kontrol etmekte ve gerekirse düzeltmektedir. Tabii söylemeye gerek yok ki, bu Komisyon metinleri düzeltirken, muhtevasını değiştirecek istikamette dil değişiklikleri yapamaz.

2- Anayasanın “Giriş” kısmı belli bir resmi ideolojiyi Türk halkına kabule zorlayan istikamette hükümler ihtiva etmemelidir.

3-Devletin Ana organları

1-Yasama

a-Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin üye sayısı azaltılmalıdır: Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye sayısı kanaatimce en fazla 300 olarak

⁷ Anayasanın Halk Oyu ile kabul edilip RG’ de yayınlanan bu Anayasayı şu şekilde adlandırabiliriz: “7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI”. Resmi Gazete ile ilanı : 9/11/1982-17863.

belirtilmelidir. Çünkü: Birincisi, bu kadar milletvekilinin devlet bütçesine getirdiği yük çok fazla. Ocak 1995 ayı içinde, Show TV'nin bir programında, milletvekili sayısının 600'e çıkarılması halinde, bütçeye gelecek trilyonluk masraflar uzun uzadıya anlatılmıştı.

Diğer yandan, 550 milletvekilinin yaptığı fonksiyonu çok rahat bir şekilde, 300 milletvekili de yapabilir. Meselâ "Milli Eğitim Komisyonu" 11 kişiden meydana gelmez de 5 kişiden meydana gelir. Veyahut "Milli Savunma Komisyonu" 21 kişiden değil de 11 kişiden meydana gelir. Böylece "Plan ve Bütçe Komisyonu" dahil bütün komisyonların üye sayısı azalır ve kanunların kabulü, kaldırılması, ilgası gibi diğer teşrii faaliyetlerde hiç bir şekilde bir aksama meydana gelmez.

TBMM üye sayısının 450 den 550 ye geçmesinin garip bir gelişmesi var: Yapılan bir değişiklik ile, "**Türkiye Milletvekilliği**" ismi altında 100 milletvekilliği ihdas edilmişti. Bu değişikliğe karşı Anayasa Mahkemesine dava açıldı. Anayasa Mahkemesi, bu değişikliğin bazı hükümlerini iptal etmiş, ama 100 sayısına dokunmamıştı. Böylece „**Türkiye Milletvekilliği**“ iptal sebebiyle kalmış, ama onun sayısı olan 100 kalmıştır!

b-Parlamento seçimleri-Yasama Dönemi: Gerek Cumhuriyet döneminde, gerekse daha önceki dönemlerde parlamento seçimleri 4 senede bir yapılırdı. Parlamento seçimlerinin 5 senede bir yapılacağı şekilde düzenlenme (AY m.77) vardı ama bir fayda temin etmedi. Nitekim 2007 değişikliği ile bu hüküm kaldırıldı, eski hale dönüldü. Yasama döneminin 4 sene olarak muhafazası yerinde olur kanaatindeyim.

c-TBMM "Çoğunluk Sistemi" ile seçilmelidir⁸: Memleketimiz, "Nispi Temsil" sistemi ve bunun çok defa normal bir neticesi "Koalisyon Hükümetleri"nden çok çekmiştir. Son 3 dönemdir bir siyasi parti tek başına iktidara gelebilecek sayıya ulaşmıştır ama bu durum, her zaman böyle olmayabilir. "**İstikrar**" ülkemizin muhtaç olduğu hedeflerin başında gelmektedir. Küçük partilerin, seslerini ve görüşlerini duyurmak için tek alternatifleri Parlamenteoya girmek değildir. Medya ve diğer yollarla da, varsa, çözüm tekliflerini halkımıza duyurabilirler.

2-Yürütme:

a-Yürütme zayıflatılmamalıdır: Mademki yürütme organından hizmet bekliyoruz ve onu siyasi ve hukuki mesuliyete bağlıyoruz, o halde yürütmenin eli kolu bağlı ve her şekli ile sadece kişiyi koruyan ve kollayan bir organ olarak

⁸ Çoğunluk sisteminin memleketimiz için en uygun seçim sistemi olduğunu seneler önce yazdığım ve ilmi bir dergide yayınladığım şu makaleme bkz: Çoğunluk Sistemi ve Bazı Düşünceler. İHFM,c.XXXVI,s.1-4,1971.

düzenleme ve uygulama, sıkıntıya sebep olur ve olmaktadır. Mesela bilhassa Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının sağlıklı şekilde gerçekleşmesi yürütmenin de karar inisiyatifinin olmasını gerektirir. Yürütmenin güçlendirilmesi, onun fiil ve işlemlerine karşı dava açılmasına engel değildir(Gerek hizmet kusuru ve gerekse şahsi kusur esasına göre). Aşağıda bahsedeceğimiz, İdari Yargı mercilerinin bazı kararlarının, Anayasanın 125. madde hükmünü ihlâl ederek, yürütmeyi işlemez hale getirmesi, kabul edilemez sağlıklı bir gelişmedir.

b-Mahalli idareler kuvvetlendirilmeli: Kanaatimce, mahalli idareler, halk tarafından seçilen birimlerdir ve bu sebeple halka hizmet götürme yolunda biraz daha güçlendirilmelidir. Bu arada, “Yerel Yönetim Reformu” diye adlandırılan değişikliklerin de ana hatları anayasada yer almalıdır.

c-Başkanlık sistemi fayda sağlamaz: Zaten bu sistem, ABD dışında muvaffak olmuştur denemez. Memleketimizde 1876 Anayasası döneminden beri alışılmış ve uygulanmış Parlamenter sistem muhafaza edilmelidir.

d- Cumhurbaşkanının yetkileri: Cumhurbaşkanının yetkileri Parlamenter Sistemin gereklerine uygun ölçüde olmalıdır. Bu sebeple 1982 AY m.104’deki hükümlerin ve **Cumhurbaşkanına verilmiş yetkilerin bir kısmı kaldırılmalıdır.**

e-Milli Güvenlik Kurulu bir Anayasal Kurum olmaktan çıkartılmalıdır: Zaten 1961 Anayasası ile hukuk hayatımıza giren bu kurumun, daha sonraki senelerde, yetkileri ve fonksiyonu daraltılmıştır. Üstelik modern demokrasilerde de bizdeki kuruluş ve çalışma şekli ile mevcut değildir.

f-Genel Kurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığına bağlanmalıdır. Böylece senelerdir devam eden tartışmalar ve sıkıntılara son verilmelidir.

g-YÖK kaldırılmamalı, ama yetkileri azaltılmalı ve Yüksek Öğrenim Kurumlarında “Koordinatör” ve “ Denetici” rolü ağırlık kazanmalıdır.

h-Ombudsman: 1982 Anayasasına son değişiklikle giren bu müessese yeni A.da da muhafaza edilmelidir.

i-Bazı konular Anayasa ile değil, kanunlar ile düzenlenmeli(Üniversitelerin işleyişi, mahkemelerin kuruluşu vb .) Böylece Anayasa daha kısa ve anlaşılır hale gelir.

3- Yargı:

a- Anayasa Mahkemesi kendisinden beklenen faydaları sağlamamıştır. Yani 50 küsur yıllık uygulaması ile: 1- Kişi haklarını koruyan ve 2- Hukuk Devletini koruyan ve işleten fonksiyonunu ifa edememiştir. Anayasa

Mahkemesi kendisinden beklenen ümitleri gerçekleştirilememiştir. Anayasa Mahkemesinin, AY m.153/2'deki açık hükme rağmen **“...kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis...”** eder özellikte karar vermesi; ve yine AY m.148/1'deki **“...Anayasa değişikliklerinin ise sadece şekil bakımından uygunluğunu denetler”** hükmüne ve o değişikliğin muhtevasına inmemesi yolunda emredici hükme rağmen (AY, m.148/2), aksi yönde kararlar vermiştir. Şüphesiz bu uygulama Anayasa Mahkemesinin bir anayasa ihlâlidir ve üyelerinin Yüce Divanda yargılanmalarını gerektirir. Bu ve benzeri konular, doktora tezimde incelenmiş, daha sonra yazdığım bazı makalelerde de ele alınmıştır.⁹

b-Anayasa Mahkemesinin en azından belli sayıdaki üyeleri TBMM tarafındaan seçilmelidir.

c-Askeri yargının sahası daraltılmalıdır; Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemeleri ilga edilmelidir. 12 Eylül 2010 Referandumunda kabul edilen son Anayasa değişikliğinden sonra zaten Askeri Ceza yargısının sahası daraltılmıştır. Bu anlayışa paralel olarak 1-Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ilga edilmeli, görevleri Danıştay bünyesinde, 2-Askeri Yargıtay ilga edilmeli, görevleri Yargıtay bünyesinde bir veya birkaç daireye verilmelidir.

d-İdari Yargı için, Anayasa Mahkemesi münasebetiyle söylediklerimizin bir benzerini söyleyebiliriz: İdari Yargı ve bilhassa Danıştay, Anayasanın 125. madde hükmüne rağmen, zaman zaman **“İdari eylem ve eylem niteliğinde ve takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı...”** kararları vermiştir. Sayın Başbakan bu durumdan son zamanlarda haklı olarak sık sık dert yanmaktadır.

e-Danıştay ve Anayasa Mahkemesine çok sayıda iptal davası açılıyor. Bu hak kısıtlanamaz. Ama böyle bir gelişme, Anayasa Mahkemesini **“ikinci bir parlamento “ ve Danıştayın ikinci bir İdare haline dönüşmesine yol açtığı** unutulmamalıdır.

f-Yargı fonksiyonunun sağlıklı gelişmemesi neticesinde **”Hâkimler Hükümeti”** tabiri yerleşmiş durumdadır. Bu patolojik durumdan Türk Demokrasisi bir an önce kurtulmalıdır.

g-1982 Anayasasında 2010 yılında yapılan 125. madde değişikliği ile:

⁹ Bu konuda ilmi tahlilleri ihtiva eden makalelerim ilmi dergilerde seneler evvel yayınlanmıştır: Bkz. 1- Memleketimizde Anayasa Mahkemesi ve Bazı Kararları.in: 50.Yıl Armağanı. Cumhuriyetin Döneminde Hukuk, İstanbul,1973, İHFY. 2- Anayasa Mahkemesi ve Bazı Mülâhazalar.in: **Prof.Dr. Nurullah Kunter** e ARMAĞAN, İÜHF y., İstanbul, 1998;

Meslektaşım **Prof. Ergun Özbudun** bir ilmi toplantıda şunları söylemiştir: “1960larda sandıktan hep Demokrat Parti çıkıyordu. CHP bunu önleyemediği için hiç olmazsa hükümetin yetkilerini sınırlamak için “Anayasa Mahkemesi”ni kurdu. Anayasa Mahkemesi de 1960’dan bu yana onu kuranların sözlerinden çıkmamıştır. Anayasa Mahkemesi resmi ideolojinin değil, bireylerin ve elitlerin koruyucusu olmuştur.” (9.10.2011 Zaman Gazetesi).

Kadrosuzluk sebebiyle emekliye ayırma ve terfi işlemleri hariç, diğer sebeplerle TSK den ihraç kararlarına karşı tanınan dava hakkı ve AY m.159'daki Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararlarına karşı, ama sadece meslekten çıkarma kararlarına karşı, dava açılma hakkının verilmesi muhafaza edilmelidir.

4-Temel Hak ve Hürriyetler

Genel olarak hak ve hürriyetlerde aşırı derecede sınır getiren, vatandaşın temel hak ve hürriyetlerine kısıtlamalar getiren maddeler düzeltilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Bir taraftan kişilerin hak ve hürriyetleri korunurken, diğer taraftan da iktidarın yetkileri korunmalı ve böylece, kişi hak ve hürriyetleriyle kamu otoritesi arasında bir denge sağlanmalıdır.

Yeni anayasa bürokratik ideolojilerin değil, milletin eseri olacak

Sayın Başbakanımız haklı olarak bu konuda şu ifadeleri kullanmıştır: “Sözleşme, toplumsal mukavele gibi kavramların hepsinin sınırlayıcı olduğunu düşünüyoruz. Bütün vatandaşlara kendi ülkelerinde ev sahibi olduklarını hissettiren bu anayasa kiracı ile ev sahibi arasında bir mukavele değil, istisnasız her vatandaşımızın hukukunu güvence altına alan toplumsal bir mutabakat metni olmalıdır. Başta Cumhuriyetimizin bekası olmak üzere, bütün kazanımlarımızın güvencesi de demokrasidir, millet iradesidir. Devletimizin hukuk zeminini sağlam kılmaktır, gerisi teferruattır, detaydır, usule ilişkindir. Herkese çağrımız şudur. En az Türkiye büyüklüğünde düşünün. Zira Türkiye yeni dünyanın kutup yıldızı olmak için sabırsızlanıyor. Eski yanlışların yerine doğruları koymak mecburiyetinde.”¹⁰

Bu konuda aşağıdaki misalleri vermek isterim:

1-Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı memleketimizde, belki de en sık kullanılan haktır. Bu hak, bir bakıma düşünceleri açıklamanın bir şeklidir. Silahsız ve saldırısız olması yanında, başkalarının malına ve güvenliğine de zarar vermemesi gerekir. Bu gereklerin gerçekleşmesi, kamu gücünü kullanan görevlerinin elinin kolunun bağlı olmadan tedbirler alabilme konumunda olmaları da gerekir. Bu noktaya “Yürütme Organı” ile ilgi yukarıda temas etmiştik.

2-Din ve Vicdan Hürriyeti konusu memleketimizde en çok konuşulan bir hürriyettir. Yeni Anayasada bu hürriyetin, teorisine uygun ve aynı zamanda halkımızı rahatsız etmeyecek tersine onu memnun edecek bir şekilde düzenlenmesi temennimizdir.

3-Din ve Vicdan Hürriyeti ile ilgili olarak 1982 Anayasasının 14 ve 24.

¹⁰ 16 Ekim 2011 Zaman.

maddelerine de temas etmek isteriz: Bu maddeler üzerinde 1982 Anayasası yapıldığından beri çok konuşuluyor. Aynı maddeler son zamanlarda da gündemi büyük ölçüde işgal ediyor. Seneler önce, Meclis Başkanı başkanlığında kurulan ve parti üyelerinden meydana gelen komisyonda her noktada anlaşma sağlanmış, fakat bu maddelerin kalması veya kaldırılması konusu ihtilafın başlıca noktasını teşkil etmişti. Bu iki madde din ve vicdan hürriyetini düzenlemesi yanında, bu hürriyetlerin kötüye kullanılması ismi altında, din ve vicdan hürriyetine sınırlar getiren maddelerdir. Gerçekten de AY m.24/son, Türk Ceza Kanununun 163. maddesinde yer alan ve daha sonra kaldırılan hükümlerin bir başka şekilde ifadesidir. Tek farkı, TCK m.163'de ceza miktarı belirtilmişken, anayasada ceza belirtilmemiştir. Fakat "Şu şu fiiler anayasaya aykırıdır ve kabul edilmez" şeklindeki hüküm hem 163. maddede vardı, şimdi ise, bu maddede yer alıyor. Halbuki 163. madde kaldırıldığına göre, aynı manadaki bu hükmün artık Anayasada yer almaması gerekirdi. Tüsiad hazırladığı Taslak Raporda, AY m.24/son hükmünün de kaldırılmasını ve 14. maddedeki sınırlamaların da ıslah edilmesini teklif etmiştir(Mart 2011).

4- Ve nihayet üniversiteli kızlarımıza uygulanan "**başörtü yasağı**" konusu. Yaklaşık çeyrek asırdır üniversitelerimizde, kız öğrencilerimiz için bir başörtü yasağı uygulanmaktadır! YÖK başkanı Kemal Gürüz devrinde şiddetlenen bu yasak, maalesef binlerce genç kızımızın Üniversitede okuyamamasına yol açmış veya üniversite öğrenimine başlamışsa bile, terk etmek mecburiyetinde bırakmıştır!

Anayasada başörtüsü kullanmaya yasak bir hüküm yok, üstelik 2547 s. YÖK Kanununda açıkça serbest olduğuna dair madde var! (bkz. Ek m.17). Buna rağmen, genç üniversiteli kızlarımıza karşı bir başörtüsü terörü uygulanmıştır! Halbuki modern temel hak ve hürriyetler teorisi ve tatbikatına göre: 1-Kılık kıyafet, kişinin tercihine bağlıdır 2-Dini sebeplerle başlarını örtmek, "Din ve Vicdan Hürriyeti"nin bir uzantısıdır 3-Hatta sağlık sebepleri ile veya moda sebebiyle dahi bir kız başını örtmek istese, ona mani olan bir anayasa hükmü yoktur. Diğer yandan belirtelim ki, Üniversiteli kız öğrencilerimizin başörtüsü kullanmalarını engelleme, bir temel hak sınırlamasıdır. Ve bu sınırlama Anayasaya dayalı hukuki bir sınırlama değil, tersine fiili ve hukuk dışı bir sınırlamadır.

Şayan-ı takdir ve şükran olan ise, son 2 seneden beri YÖK Başkanı Prof. Dr. Yusuf Ziya ÖZCAN' ın inisiyatifi ile ve sayın rektörlerimizin demokratik hürriyet anlayışlarının neticesi bu problem asgari seviyeye inmiş veya kalkmış bulunuyor. Halen YÖK Başkanı olan Prof. Dr. ÇETİNSAYA da bu doğru anlayışın devamını sağlamıştır.

Temel Hakların Sınırlanması:

Konunun burasında modern anayasa hukukunda temel hakların sınırlanması konusuna girmek mecburiyetinde kaldık çünkü başörtü yasağı bir açıdan temel hakların sınırlanması konusuyla ilgilidir. Öyle ya, bir kız öğrenci üniversite kapısından içeriye her hangi bir kıyafetle girebilir, yeter ki bu kıyafet ceza kanunlarımızda belirtilen “**vatandaşın ar ve haya duygularını rencide etmeyen**” bir kıyafet olsun. Başörtülü olsun veya olmasın, o kız öğrenciye okula giremezsin ya da yüksek öğrenim yapamazsın demek, onun din ve vicdan hürriyetine bir müdahale olduğu gibi, öğrenim hakkına ve hayat felsefesine de bir saldırdır, bir hak ihlalidir.

Temel hakların sınırlandırılması konusunda kısaca şu başlıkları verebiliriz:

- a) Temel haklar konusunda asıl olan hürriyettir. Sınırlanma istisnadır.
- b) Temel haklar ancak bir kanunla sınırlanabilir. Yani halkın ve milletin temsilcisi olan parlamento ancak temel hak ve hürriyetlere bir sınır getirebilir (AY m.13).
- c) Temel haklar sınırlanırken o temel hak için Anayasada gösterilen özel sebeplerle sınırlanabilir.
- d) Temel hakları sınırlayan kanun da olsa “**Anayasanın sözüne ve ruhuna, toplum düzeninin ve lâik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük esasına uygun**” olmalıdır. Bu konuda geniş bilgiyi “**Sosyal ve Siyasal Hayatımıza Ait Pratik Bilgiler**” isimli kitabımızda bulabilirsiniz¹¹

Kamusal Alan

Üniversitelerimizde anayasaya aykırı olarak uygulanan başörtüsü (türban) yasağı ile ilgili bir konuya daha temas etmek istiyoruz. Bu konu “**Kamusal Alan**”dır. Bir yanlışlık eseri olarak bu söz hukuk literatürümüze girmek üzeredir. Günlük lisanımıza çoktan yerleşti, ama korkum, onun hukuk edebiyatımıza da yerleşme ihtimalidir. “**Yanlışlık eseri**” diyoruz, çünkü aşağıdaki açıklamalardan da görülecektir ki, bu söz bir hukuki tabir değildir ve olamaz da. Çünkü Hukuk İlminin verilerine aykırıdır ve üstelik, Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku esaslarına da uymamaktadır.

İşin daha acıklı yanı, bu sözün, bir hukukçu tarafından “din ve vicdan hürriyeti” ni kısıtlamak için ortaya atılmış olmasıdır. Hem de bu hukukçu, Yüksek Mahkemelerde üyelik yapmıştır, en son olarak da Anayasa Mahkemesi başkanı idi. 7 yıl da Türkiye Cumhuriyetinin Başkanı olarak görev yapmıştır!

¹¹ Çağrı y.İstanbul,2008. Bkz. sh. 213-228.

Bu sözün aşağıdaki hukuki sebeplerle ilmen yanlış olduğunu ve Anayasa ve İdare Hukuku tabiri sayılmadığını açıklamak isteriz:

a- “Kamusal Alan” sözü bir İdare Hukuku kavramı değildir. Hukuk öğrenimim esnasında İdare Hukuku okudum, imtihanlar verdim ve senelerce de İdare Hukuku anlattım. Ama böyle bir tabir kullanmadım, çünkü İdare Hukuku üzerine yazılı eserlerde bu kavram yer almamaktadır. İdare Hukuku zevkli bir hukuk branşıdır. Bu hukuk dalının kavramları Türk hukuk literatürüne, Fransız İdare Hukuku kavramlarından aktarılmıştır. Memleketimizde modern İdare Hukuku’nun kurucusu sayılan **Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR**’ın “İdare Hukukunun Genel Esasları” adlı kitabında bu tabire rastlanmaz. Osmanlı İdare Hukuku’nun esaslarını da güzel bir şekilde anlatan yine bu zattır ve kitabı en az 40 sene hukuk fakültelerinde ders kitabı olarak okutulmuştur, halen de kendisinden istifade edilmektedir. Ondan sonra yazılan diğer değerli İdare Hukuku kitaplarında da bu tabire rastlanmaz. Mesela, merhum hocam **Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK**, ayrıca, **Prof. Dr. Pertev BİLGİN**, **Prof. Dr. Akın DÜREN** gibi meslektaşlarımla kitaplarında da “kamusal alan” sözü bir İdare Hukuku kavramı olarak kullanılmamıştır. Memleketimizde İdare Hukuku alanında yazılan en geniş ve en ilmi kitap **Prof. Dr. Kemal GÖZLER**’e aittir¹². Bu kitapta da aynı şekilde “kamusal alan” sözcükleri bir İdare Hukuku tabiri olarak kullanılmamaktadır. Buna benzer ve fakat doğru olan kavramlardan bazıları şöyledir: ”Kamu malları”, ”kamu mülkiyeti”, ”kamulaştırma”, ”kamu gücü”, ”kamu(amme)”, ”kamu hukuku”, ”kamu yararı” vb.

b- “Kamusal Alan” sözü bir Anayasa Hukuku tabiri de değildir. Anayasa Hukukçusu sıfatıyla diyebilirim ki, “kamusal alan” sözü bir Anayasa Hukuku tabiri de değildir çünkü okuduğum ve öğrendiğim Anayasa Hukuku kitaplarında bu tabire rastlamadım. Türk Anayasa Hukuku otoritelerinin kitaplarında “kamusal alan” sözüne rastlamadığım gibi, yabancı dildeki kitaplarda da rastlamadım çünkü bir Anayasa Hukuku kavramı değildir! Bu tabirin, hukuk öğrenimi görmüş bir kimse, üstelik bir Yüksek Mahkeme yargıcı tarafından kullanılmış olması ise gerçekten çok acıdır.¹³

¹² İdare hukuku, 2.baskı, Bursa, 2009,Ekin y(Büyük by 3000 sh.den fazla)

¹³ İlim dışı bu sözü kullanan ve memleketimizde sayısız haksızlıklara sebep olan, zamanın Cumhurbaşkanı A. Necdet Sezer ile ilgili bir hatıram var ve şöyledir: 1999 yılında, Anayasa Mahkemesi tarafından düzenlenen “Anayasa Yargısı Sempozyumu” için Anayasa Mahkemesinde idim. Tebliğimi sunduğum gün, tartışmalardan sonra, o zaman Anayasa Mahkemesi Başkanı olan A. Necdet Sezer, koluma girip, “Buyurun odamda bir kahve içelim” dedi. Beni odasına çıkarttı. Ve daha oturmadan, camlı dolaplardan birisinin kapısını açtı, bir kitap çıkarttı ve “Servet Bey! Bu kitap sizin Anayasa Mahkemesi üzerine yaptığınız tezdır. Başımız sıkıştığı zaman bu kitaba başvuruyoruz” demişti. Sezer, bu görüşmemizden kısa bir müddet sonra Cumhurbaşkanı seçilmişti.

c- “Kamusal alan” sözünün getirdiği sınırlama karışıklığa ve haksızlığa açar ve açmıştır! Cumhurbaşkanı tarafından ortaya atılan “kamusal alan” sözü, kadınlarımızın başörtülerini “kamusal alan” içinde takamayacakları şeklinde idi ve bu amaçla kullanılmıştır. Kullanılmıştır ama karışıklığa ve hak ihlallerine yol açabilir bir söz idi ve açmıştır. Bazı yerler, kamu iktidarının kullanıldığı yerlerdir, bu sebeple bu yerlerde de başörtüsü kullanılamaz neticesi ortaya çıkar. Örnekler: 1- Otobüs durakları, 2-Devlet hastaneleri,;3- Vergi daireleri, 4 Belediyeler, 5- Oy Sandık Mahalleri ve 6-TBMM Binası ve eklentileri. Halbuki ne teorik olarak ve ne de uygulamada, yukarıda sayılan yerlerde başörtüsü kullanılmasına engel olunamaz ve olunmamaktadır.

III- ANAYASA, DEVLET VE MANEVİ HAYATIMIZ

Temas etmek istediğimiz bir başka konu da şudur: Anayasa denildiği zaman çoğu defa meclisler, seçim sistemleri, temel haklar ve hürriyetler, devletin merkez kuruluşları vs. hatıra gelir. Yani ilk anda, daha çok siyasî tarafı olan ve toplum hayatımızın maddi tarafıyla ilgili hükümler hatırlanır. Hâlbuki aşağıda da göreceğimiz gibi, Anayasamızda, ve bu arada modern demokrasilerin anayasalarında, manevi hayatla ilgili de bir hayli hüküm bulunmaktadır. Burada bunların bir kısmına temas etmek istiyoruz. Daha doğrusu Anayasamızdaki, manevi hayatla ilgili hükümlerden genel hatları verecek ve ana istikametler tespit edeceğiz. Yayınladığımız iki eserimizde¹⁴, bilhassa din ve vicdan hürriyetini ele alarak Anayasanın bu konuya nasıl baktığını göstermeye çalıştık. Böylece anlaşılacaktır ki, Anayasa sadece maddi hayatı değil, manevi hayatı da korumak için hükümler koymuş ve devlete vazifeler yüklemiştir. Vatandaşlarımız bu hükümleri iyice bilmediklerinden, manevi hak ve hürriyetlerini talep etmek hususunda yetersiz kalmaktadırlar.

1- Her Türk Vatandaşı Maddi ve Manevi Saadetini Temin Etme Hakkına Sahiptir:

Bu durum, Anayasanın metnine dahil olan başlangıç kısmının 4. fıkrasında dikkatimizi çekmektedir. Gerçekten bu fıkrada, devletin, Türk Milletinin ve onu oluşturan fertlerin **maddi ve manevi saadeti** ve çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak için azimle çalışacağı belirtilmiştir. Anayasanın genel felsefesini belirten başlangıç kısmındaki bu ifadeler dikkat çekicidir.

¹⁴ Bkz. **Prof. Dr. Servet ARMAĞAN**: Din ve Vicdan Hürriyeti-Lâiklik,2.baskı, İstanbul , 2012,İnsan y. ve 2- Türkiye’de Kadın-Erkek Eşitliği ve Türban Yasağı, 2. baskı, İstanbul,2010,Mavi Ufuklar y.

Yine başlangıç kısmının 8. fıkrasında, her Türk vatandaşının **maddi ve manevi varlığını geliştirmek** hak ve yetkisine **“doğuştan sahip olduğu”** belirtilmiştir ki, önemli bir mesajdır.

Bir adım daha ileri atalım: Anayasamız, devlete, maddi ve manevi varlığımızı geliştirmek için gerekli şartları hazırlamak vazifesini de yüklemiştir. Gerçekten AY m.5’e göre, **“Kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”** devletin vazifesi olarak gösterilmektedir. Bu madde, vatandaşlara, devlet kuruluşlarından, kendi maddi ve manevi varlıklarının gelişmesine engel olacak birtakım kayıtları, sınırları ve engellemeleri kaldırmayı talep hakkını vermektedir.

Akla gelen bir diğer madde de, kişinin dokunulmazlığını düzenleyen 17. maddedir. Bu maddeye göre **“herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”** Maddi varlığını geliştirme hakkını, sol kesim daha çok idam cezalarına karşı olmakla izah etmekteyse de, bununla sınırlanamaz. Maddi varlık da tıpkı manevi varlık gibi, birçok bakımlardan izah edilebilecek, geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu maddenin kapsamı içinde, vatandaşın manevi hayatını geliştirme hakkı da, açıkça belirtilmiştir.

2- Devlet, Özel Olarak Korunması Gereken Kimseleri Korumak İçin Tedbirler Almakla Yükümlüdür.

Devletin korumakla yükümlü olduğu kimselerin başında kadınlar ve çocuklar gelmektedir. Çalışan kadın ve çocukların özel olarak korunacağı Anayasada belirtilmiştir. Bu hüküm bundan önceki Anayasalarda bulunduğu gibi, bugünkü Anayasamızda da 49 ve 50. maddelerde düzenlenmiştir. Mesela 50. maddede şöyle denmiştir: **“Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar, çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”**

3- Gençliğin Kötü Alışkanlıklardan Korunması

Görüldüğü gibi maddi ve manevi varlığımızı koruma konusunda bir adım daha ileri atmaktayız. Burada gençliğin korunması ile ilgili bir hayli enteresan ve tebrike şayan bir fıkradan bahsetmek istiyoruz. 58. maddenin son fıkrası şöyle demektedir: **“Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar vb. alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.”** Görüldüğü gibi burada, devletimizin ve bütün dünyadaki devletlerin, geleceği olan gençliğin korunması özel olarak genel bir hüküm halinde belirtilmiş, başta alkol olmak üzere, uyuşturucu, kumar vb. kötü alışkanlıklar, tehlike odakları olarak sıralanmıştır.

Belirtelim ki devlet, bu konuda gerekli tedbirleri almıştır denemez çünkü elde bulunan az sayıdaki istatistiklere göre, gençlerimiz arasında alkol ve uyuşturucu alışkanlığı başlamıştır. Devlet alkol, uyuşturucu, zina, fuhuş gibi kötü alışkanlıkları önlemek için daha kapsamlı ve etkin tedbirler almalıdır çünkü **Anayasanın 58. maddesi devletin her kademesindeki görevlilere bu mükellefiyeti yüklemiştir.**

59. maddede belirtilen sporun geliştirilmesi ise sadece gençlere değil, her vatandaşa tanınmış olan bir imkândır. Nitekim 59. maddeye göre, "**Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alarak, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.**" Devlet spor imkânlarını her yaştaki vatandaşlara sağlamakla görevlidir, ama spordan maksat sadece futbol değildir çünkü futbolun bedeni ve maddi varlığımızı büyük çapta geliştiren bir özelliği yoktur. Bunun yerine yüzme, yürüme gibi sporların geliştirilmesi düşünülebilir ve düşünülmelidir.

Son olarak belirtelim ki, kişinin manevi varlığı hakkındaki Anayasa hükümleri bunlardan ibaret değildir. Anayasamızın birçok maddesinde kişilerin manevi varlığını koruyacak hükümler vardır. Mesela 19. maddede kişi dokunulmazlığının genel hatları belirtilmiş, 20. maddede kişilerin özel hayatının gizliliği korunmuş, 63 ve 65. maddeler arasında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması, sanatın ve sanatçının korunması ile devletin diğer sahalardaki görevleri sayılarak manevi varlığımızın korunmasını sağlayacak hükümler yer almıştır.

Özet olarak şu noktaları belirtelim:

1-Vatandaşlarımız, devletimizden ve bütün kamu kurum ve kuruluşlarından, manevi hayatlarının da korunması ve geliştirmesini talep hakkına sahiptirler.

2-Vatandaşlarımız, manevi hayatlarına şekil verecek ve onları manen tatmin edecek ibadet, dinlerini öğrenmelerini sağlama ve bu arada hanım vatandaşlarımızın başörtülerine karışılmamasını talep hakkına da sahiptirler çünkü Başörtüsü kullanmak, kişilerin manevi hayatı ve manevi mutluluğu ile yakından bağlantılıdır.

3-Vatandaşlarımız, resmen Kur'an kurslarının kurulmasını talep hakkına da sahiptirler çünkü vatandaşın, bir kamu hizmeti olduğu için, dinini öğrenmek için devletten talep hakkı vardır. Devlet de, bu istikametteki taleplere, mali imkânları ölçüsünde (Bkz. A. md.65: "**Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirtilen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir**").

4-Maddi hayatları yanında, manevi hayatlarının korunması ve geliştirmelerini sağlayacak tedbirleri almada ihmalleri görülen resmi kamu görevlilerinden davacı olma hakkına da sahiptirler(AY m.40/son)¹⁵.

Anayasanın tatbikatında, daha çok, siyasi tarafı nazara verildiği için, vatandaşların yukarıda bahsettiğimiz manevi hayatlarının korunması ve geliştirilmesini talep yolu kullanılmamaktadır. Biz de bir Anayasa Hukuku uzmanı olarak bu gerçeği yazdık, ta ki vatandaşlarımız bu konuda aydınlasınlar. Yaklaşan seçimler vesilesiyle, vatandaşlarımız, milletvekili adaylarından, seçim propagandaları esnasında manevi hayatları ile ilgili de talepte bulunabilirler. Manevi varlığımızı korumakla yükümlü olan devletin bu sahadaki vazifeleri ve Anayasa hükümlerinin açıklamasını daha yakın bir perspektiften yaparak din ve vicdan hürriyetini ana hatlarıyla ele aldık. Bu konuda iki kitabımız çıkmıştır¹⁶.

SONUÇLAR

40 küsur yıllık bir Anayasa Hukukçusu ve bu konuda birçok yayın yapmış bir ilim adamı olarak yukarıdaki gerekçelerimi ve şu sonuçları sunuyorum:

1-Anayasa değişikliği veya yeni bir Anayasa yapılması konusunda belirtmek istediğimiz hususlar kısaca bunlardır. Ülkemizde 196 Anayasasının üzerinden yaklaşık 20 yıl geçtikten sonra, 1982 Anayasası yapıldı ve yürürlüğe konuldu çünkü 12 Eylül 1980 de bir “Hükümet Darbesi” yapıldı. Yapılan bu 1982 Anayasası, yapıldığından beri ağır tenkitlere hedef teşkil etmiş ve değiştirilmesi lehinde beyanda bulunanların boy hedefi haline gelmiş bulunuyor.

2-Türkiye'nin önünde yeni bir Anayasa yapmak kadar önemli ve acil ihtiyaçları vardır. Mesela enflasyonu düşürmek, uygulamada hürriyetlere fiilen geniş yer vermek, bilimsel kuruluşlara ve özellikle üniversitelere ilmi araştırma ve yayın için daha yeterli ödenek ayırmak, refah seviyesini arttırmak ve terör belasından kurtulmak gibi.

3-Anayasa ve kanunları uygulayanlar, modern bir anlayışla uygularlarsa, bir anayasadan çok iyi neticeler alınabilir. ”En kötü bir kanun bile, iyi ellerde, yani iyi niyetli uygulayıcıların elinde çok iyi neticeler verebilir.” İdarecilerimiz ve yargıçlar Anayasa hükümlerini, bu hükümlerin

¹⁵ Belirtelim ki, vatandaşlarımız manevi haklarını talep etmekte yeteri kadar inisiyatif kullanmamaktadırlar.

¹⁶ Bkz.1-**Prof. Dr. Servet ARMAĞAN:** Anayasa Hukukunda Temel Haklar ve Hürriyetler (Din ve Vicdan Hürriyeti.-Teori ve Pratik),Harran Üniversitesi yayınları, Şanlıurfa, 1996.2- **Prof. Dr. Servet ARMAĞAN:** Din ve Vicdan Hürriyeti-Lâiklik, 2.baskı, İstanbul, 2012,İnsan y.

“**Ratio legis**” ine uygun uygulamalı ve yorumlanmalıdır. Modern hukukun gereği budur.

4-Çok söylenen ve istenen **Milli Birlik ve Beraberlik** bu Anayasa döneminde de rahatlıkla sağlanabilir. Yeter ki, iktidar ve muhalefet parti veya partileri milli birlik ruhu ile hareket etsinler. Tam bir **Uzlaşma** (Konsensüs) ise, TBMM çatısı altında bile maalesef gerçekleşmiyor! TBMM Sayın Başkanının Anayasa Hukuku öğretim üyelerini toplantıya davet etmesi ve onlarla görüşmesi, takdire değer bir davranıştır. Ayrıca TBMM’nde temsilcisi bulunan partilerin eşit sayıdaki temsilcilerinden oluşan bir “**Uzlaşma Komisyonu**” teşkilini de sağlaması, her türlü takdirin üstündedir. Parlamentodaki siyasi partiler, “**ön şart**” ileri sürmeksizin, hazırlık çalışmalarına katılmalı, görüş ve düşüncelerini sözlü veya yazılı ortaya koymalı ama teklifi kabul edilmeyince de çalışmaları tıkama yoluna gitmemelidir.¹⁷ Maalesef medya haberlerine göre bilhassa muhalefet partileri sık sık “**kırmızı çizgilerinin olduğunu**” ifade etmektedirler. Bu kırmızı çizgileri nazara alınmazsa, Uzlaşma Komisyonunu bile terk edeceklerini eklemektedirler.

5-Hazırlanan yeni Anayasamız ve herhangi bir Anayasa, tek başına huzur ve sükunun, refahın ve kalkınmanın temin edilmesi vb. hedeflerin gerçekleşmesi neticesini doğurmaz. Anayasa kadar, onu uygulayanların iyi niyeti de önemlidir. Bunun acı ve acıklı misali, Anayasada doğrudan ve dolaylı

¹⁷ İstanbul Bilgi Üniversitesi ve çeşitli sivil toplum örgütleri üniversitenin Dolapdere Kampüsünde 'Yeni Anayasa Yolunda' isimli konferans düzenledi. Olağanüstü durumlar sonrasında anayasa yapmış olan Almanya, İspanya, Güney Afrika ve Polonya'dan gelen anayasa profesörleri, anayasa yapım sürecindeki olumlu ve olumsuz gelişmeleri paylaşarak şu önerilerde bulundu: "Yeni anayasa çalışmalarında aşılması en zor konuları sona bırakın, anayasayı en sade şekliyle hazırlayın." Almanya Aşağı Soksonya Eyaleti Anayasa Mahkemesi üyesi **Hans Peter Schneider**, anayasa yapım sürecinde kurulacak komisyondaki parti temsilcilerinin eşit olmasını olumlu bulduğunu belirtti. Schneider, komisyona "Anayasa tartışmalarında ele alınacak ihtilafı yüksek konuları en sona bırakmak ve en kolaydan başlamak anayasa sürecinin tıkanmasını engelleyecek en önemli yöntemdir." çağrısında bulundu. Oluşturulacak yeni anayasayı "iktidarın anayasası" şeklinde değerlendirmenin de yanlış olduğunu dile getirerek, "Ortaya çıkacak metin iktidar partisi metni değil uzlaşma metni olacaktır" diye konuştu. İspanya'dan katılan **Prof. Dr. Carles Viver Pi-Suñer** (Barselona Üniversitesi) de kendi anayasalarının, kurucu meclis ile değil seçimle gelmiş meclis tarafından yapıldığını anlattı. Türkiye'nin de bunu yapabileceğini kaydederek, anayasa sürecinde karşılaştıkları zorlukları aktardı: "Biz, yeni anayasa ile askerî yapıyı demokrasiye adapte ettik ve askerî eğitimin yapısını anayasa ile demokratik hale getirdik." Güney Afrika'dan **Dr. Albie Sachs** (Anayasa Mahkemesi eski üyesi) ile Polonya'dan **Prof. Mirosław Wyrzykowski** (Anayasa Mahkemesi eski üyesi) de kendi ülkelerindeki anayasa yapım deneyimlerini aktardılar. Sachs, "Kürt sorunu olarak adlandırılan mesele aslında Türk sorunudur ve bu açıdan değerlendirilmelidir." ifadelerini kullandı. Konferansta **Prof. Dr. Turgut TARHANLI** da konuşma yaptı. Halkın geleceğini kendisinin tayin etmesinin bu süreçte asıl unsur olduğunu altını çizerek şunları dile getirdi: "Yeni anayasadan önce üzerinde uzlaştığımız ortak metni hazırlamak ve bu çerçevede metinle yeni anayasa sürecine girmek gerekiyor. Hızımız öncelik olmamalı önceliğimiz nitelikli demokrasi olmalıdır." (16 Ekim 2011 Zaman).

engelleyici bir hüküm olmamasına rağmen, üniversiteli kızlarımıza uygulanan ”Başörtüsü yasağı”dır.

6- Halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası kusursuz mudur? Hayır elbette ki değildir. Esasen hiçbir kanun veya anayasaya kusursuz olmaz, çünkü insan eserdir. Yapılmakta olan 6. anayasamızın da bazı kusurları olacaktır veya uygulamada bunlar görülecektir. Bununla beraber kusurlar zamanın seyri içinde giderilir ve düzeltilir. Zaten bu amaçla ve özellikle Avrupa Birliği standartlarına uyum sağlamak için, Anayasa şimdiye kadar kaç defadır değiştiriliyor.

7-Esas kusur, hazırlanacak taslak komisyonlarda ve TBMM Genel Kurulunda görüşülürken, görüşmeleri tıkama (**obstruction**), veya “**önergelerle uzatma,**” **dediğim-dedik**” tavırlar ile tasarının kanunlaşmasını geciktirmek vb. davranışlardır.

8- Militer rejimlerin bir eseri olan 1982 Anayasasının kaldırılıp yeni bir Anayasanın yapılması veya hazırlanması, bu rejimleri seven ve isteyenleri belki memnun etmeyecektir ama milletimizin çoğunluğu memnun olsun yeter. Ümit ederim, halen TBMM çatısı altında ve Sayın Başkanı **Cemil Çiçek**'in inisiyatifi ile başlamış bulunan Anayasa hazırlama çalışmaları tam manasıyla milletimizi memnun edecektir.

9-Memleketimizde güzel gelişmeler yaşamaktayız. Bu güzelliklerin farkına varmak ve onlardan istifade etmek lazım. Anayasa Hukuku sahasında yaşadığımız en son güzellik ise, 2010 Referandumuna sunulan Anayasa değişikliğidir. Ve bu değişikliğin, uygulama gayesi ile çıkarılan kanunlar ve mevzuat hükümlerine yansımalarıdır.

10-TBMM’nde kabul edilecek metin mutlaka Halkın Oyuna (Referandum) sunulmalıdır. Yani 6. Anayasamız hakkında son ve kesin sözü halk söylemelidir. Şu anda, Halk Oyu ihtimalinden nedense bahsedilmemektedir.

Yeni bir Anayasanın yapılması veya hazırlanması ile militer rejimlerin izlerinin silinmesi gayretlerini tebrik ediyor, altıncı Anayasamız şimdiden milletimize hayırlı olsun diyorum.

Errare humanum est.