

# YENİ BİR ANAYASA İÇİN/İNİNDE HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER

(RIGHTS AND FREEDOMS FOR/IN A NEW CONSTITUTION)

**Prof. Dr. Meltem Dikmen Canikliođlu**  
*İzmir Ekonomi Üniversitesi*

## ÖZET

Anayasalar, siyasal iktidarın elini güçlendirmek için değil, siyasal iktidarı sınırlandırmak amacıyla yapılmışsa anayasal bir devletin kurucu belgesi olma niteliğini kazanırlar. Bu sınırlamanın çeşitli yol ve yöntemleri vardır. En işlevsel olanları yargının muhalefetin ve kamuoyunun aydınlanmasını sağlayacak her türlü iletişim kanalının görevlerini gerektiği gibi yapmalarına fırsat verir nitelikte hükümleri anayasaya koymak, bir başka deyişle iktidarı sınırlayan güçlerin önünü açarak hak ve özgürlükleri güvence altında tutmaktır.

Demokratik bir anayasanın öncelikli düzenleme alanı haklar ve özgürlüklerdir. Özgürlük öncelikle siyasi bir sorundur ve bir demokraside özgürlük talep etmek, ortak yaşam alanımızın tüm bireyler açısından eşit paylaşılacak özgürlükler düzeni olarak dizaynında hukuku görev ve çağırarak demektir.

İnsan hakları ilkesel olarak bireyi, siyasi iktidarın keyfi otorite kullanımının tehlikelerine karşı koruyan haklardır. Güçler ayrılığı ilkesi gücün her türlü tekelleşmesine karşı geliştirilmiş bir dizi aracı ifade eder. Anayasalar bu araçları, kurum ve kuralları ile tanıdıkları ve korudukları sürece yurttaşların hukuka aykırı müdahalelerden korunduklarından söz edebiliriz. Dolayısıyla sadece haklar ve özgürlüklere vurgu yapan ya da hak ve özgürlükler vurgusunu, bu özgürlükleri koruyacak anayasal araçlar ve demokratik düzenin gereklerinden bağımsız bir biçimde kurgulayan bir anlayış sorunu çözmez. Anayasayı hakların ve özgürlüklerin olabildiğince en geniş uçlarda tanınması ve korunması anlamına özgülemek eksik bir bakış açısıdır.

Bir başka deyişle sorun iki boyutludur. Birinci boyutunda siyasi iktidarın müdahalelerine karşı hak ve özgürlük alanlarının nasıl korunabileceği konusu vardır. Dolayısıyla hak ve özgürlükleri en geniş sınırlar içinde tanımak kolay bir çözümdür ve anayasal demokrasilerde hak ve özgürlüklerin demokratikleştirilmesi sorununu hiçbir şekilde çözmez. Koruma yol ve yöntemlerine odaklanmak, bu konuda çözümler üretmek zorundayız.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, Haklar ve Özgürlükler, Demokrasi, Anayasal devlet, Anayasal demokrasi, Siyasal iktidar, Anayasal sınırlar

### **ABSTRACT**

*A constitution achieves the character of founding a constitutional government when it limits political power, but not when it curries favor with those in power. There are various methods of limitation. The most functional ones include clauses allowing all kinds of channels of communication, opposition and public in a constitution. Put another way, they secure rights and freedoms by unblocking the forces limiting the power.*

*The primary role of a democratic constitution is organising rights and freedoms. Freedom is a political issue. To request freedom in democracy means asking law to take action to design a set of freedoms shared by all people in the common area of living.*

*Human rights, principally protect people from the political power using the authority arbitrarily. The principle of separation of powers includes a range a file of instruments against the monopolization of power. As long as constitutions recognize and protect these instruments, we can say that person is protected against illegal interventions. Therefore, neither a perspective focusing only on rights and freedoms, nor doing this independently from constitutional instruments and democratic system which will protect these rights solves the problem. It is a weak point of view that constitutions will specifically aim at recognizing and protecting rights and freedoms as widely as possible.*

*In other words, the issue is two –dimensional. How to protect rights and freedoms against the interferences of the political power is the first dimension. The second dimension is how to protect them among people. This means that recognizing rights and freedoms as widely as possible is an easy solution but does not democratize right and freedoms in constitutional democracies. We should focus on protective methods and create solutions.*

**Key words:** *Constitution, rights and freedoms, democracy, constitutional state, constitutional democracy, political power, constitutional limits*

\*\*\*

## GİRİŞ

Anayasacılık ilke ve teknikleri gözetilerek hazırlanmış demokratik bir anayasanın içermesi gereken haklar ve özgürlükler neler olmalıdır? Ülkemizde yapılacağı söylenen yeni anayasanın yöntem ve içeriği etrafında yürütülen tartışmalara bu boyutuyla katkı sunmayı deneyeceğiz. Ancak şu önemle vurgulanmalıdır ki, yeni anayasanın nasıl ve hangi içerikte yapılacağından daha öncelikli konu, yeni bir anayasaya niçin ihtiyaç duyduğumuz konusudur. Bu sorunun cevabı verilmeden girişilecek içerik ve yöntem tartışmaları temelsiz kalmaya mahkûmdur.

Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren defalarca değişikliğe uğramış ve pek çok maddesi adeta yeniden yazılmış bir anayasa, demokratik bir anayasa olduğu konusunda hâlâ itirazlarla karşılaşılıyorsa, bu itirazların nedenleri üzerinde durulmalıdır. 1982 Anayasası'nın, taşıdığı içeriksel öz ve temel felsefesiyle insan özgürlüğüne ve evrensel hukuk anlayışının ulaştığı değerlere yabancı kaldığı yönündeki eleştiriler, bilhassa anayasanın ilk şekli göz önünde bulundurulduğunda son derece haklıdır. Birrey-toplum-devlet ilişkilerinin sağlıklı bir zemine oturması demokratik bir siyasi yapının kurulması ile mümkündür. Bunun için de toplumsal uzlaşmayı ve demokrasiyi esas alan bir anayasanın rehberliğine ve düzenleyici işlevine ihtiyaç vardır. Toplumsal gelişmenin önünü açabilmek, karşılaşılan yeni durumlara uyum sağlayabilmek vs. nedenlerle anayasaların zaman zaman yenilenmesi kaçınılmazdır. Önemli olan tüm bu süreçlerin, sağlıklı bir siyasal toplumun varlığı için vazgeçilmez olan düzen, adalet, hukuk, demokrasi, özgürlükler gibi temel değerlerden ödün vermeden ve bu değerleri gerçekleştirmek amacı çerçevesinde işlemesidir.

Son yıllarda yeni bir anayasa yapmanın Türkiye için zorunlu hale geldiği konusunda yaygın bir düşünce oluşturuldu. Devletin temel yapısını belirlemek, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak işlevi olan anayasalar, savaş ve darbe gibi olağanüstü dönemler dışında yenisiyle değiştirilmek üzere hedefe oturtuluyorsa aklımıza şu soru geliyor: Temel işlevleri bağlamında daha demokratik ve güvenceli bir hukuk

sistemi oluşturabilmek için mi yoksa farklı ideolojik temeller üzerinde inşa edilmesi düşünülen bir devlet ve toplum modeline hukuki zemin oluşturmak üzere mi ülkemizde yeni anayasayı konuşuyoruz?

Daha çok demokrasi, daha çok özgürlük, daha iyi yönetilen bir siyasal sistem, daha fazla refah, iyi işleyen bir ekonomi ve bunların kurumsal güvenceleri meşru ve makul taleplerdir. Ama bunlar, mükemmel bir anayasa ile halli mümkün sorunlar veya mükemmel bir anayasa ile ulaşılabilecek hedefler değildir. Anayasalar siyasal toplumun yöneldiği bu hedeflerin ancak niyet belgesi olabilirler. Anayasalar siyasal sistemin tüm sorunlarını çözmek gibi bir beceriye sahip olamadıklarından; toplumun, en iyi anayasayı yaparsak en iyi toplum olacağız gibi bir beklenti içine sokulmasının yanlış olduğu, anayasa hukukçularının da kendilerine en iyi anayasayı yazmak gibi bir misyon vehmetmemeleri gerektiği öncelikle belirtilmelidir. İyi anayasalar sadece, demokratik bir hukuk devleti olma amacının önündeki potansiyel engelleri kaldırır. Bunun başarılabilmesi ise, öncelikle siyasal sistemin yönetiminden sorumlu kamu gücünün görev ve yetki çerçevesinin doğru çizilmesine, sınırlarının hiçbir yoruma imkân bırakmayacak kadar açık ve kesin olarak belirlenmesine bağlıdır. Yani biz iyi toplum ve iyi devlet olma amacını gerçekleştirmeye odaklanmış bir anayasa yapmayı konuşuyorsak, temel hak ve özgürlükleri hangi içerikle tanımlayacağımızdan daha önemli olan, siyasi iktidarın bu hak ve özgürlük alanlarına girmesine engel olacak duvarları anayasada nasıl örmemiz gerektiğidir.

## **I. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER İÇİN İLK ADIM: SİYASAL İKTİDARA ANAYASAL SINIR**

Bir anayasa siyasi iktidarın elini güçlendirmek için değil, siyasi iktidarı sınırlandırmak amacıyla yapılmışsa anayasal bir devletin kurucu belgesi niteliğini kazanır. Bu sınırlamanın ise çeşitli yol ve yöntemleri vardır. En işlevsel olanları yargının, muhalefetin ve kamuoyunun aydınlanmasını sağlayacak her türlü iletişim kanalının görevlerini gerektiği gibi yapmalarına fırsat verir nitelikte hükümleri anayasaya koymak, bir başka deyişle iktidarı sınırlayan güçlerin önünü açarak hak ve özgürlükleri güvence altında tutmaktır.

Son yıllarda anayasa konusunda yapılan tüm tartışmalar ve hazırlanan tüm taslakların dayandığı ana fikir şu düşünce unsurlarından oluşuyor:

a. Türkiye anayasası yolu ile demokratikleştirilmelidir.

b. Türkiye’de anayasanın ruhu demokratikleşmelidir.

c. Türkiye’de sistem tıkanıklıklarının önünü açmak için anayasa hükümlerini yorum yoluyla değiştiren ve siyasi iktidarın elini bağlayan anayasal kurumların görev ve yetki haritası, yapılacak bir anayasa ile yeniden düzenlenmelidir.

2010 Anayasa değişikliği ile yargının bağımsızlığını tümüyle yitirmesi ve siyasi iktidara demirlenmesinden sonra, verili anayasal çerçevede, anayasanın ruhunu nasıl demokratikleştireceğimiz ve Türkiye’yi anayasa yoluyla nasıl demokratikleştireceğimiz çetrefil hatta çözümlü imkânsız bir sorundur. Yargısı iktidara teslim edilen bir siyasi yapıda, demokrasinin en etkili güvence mekanizması ortadan kaldırılmış demektir. İç tutarsızlık sorunu ile sakatlanmış böyle bir anayasal tabloda temel hak ve özgürlükleri geniş ve ayrıntılı olarak düzenlemenin hiç bir anlamı yoktur.

## II. ANAYASALARIN İŞLEVİ AÇISINDAN HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER

“Yeni anayasada temel hak ve özgürlükleri ne içerikle ve nasıl düzenleyeceğiz?” sorusunu hem özgürlüklerin ve anayasaların anlamı ve amacı hem de bu iç tutarlılık sorununun bir parçası olarak düşünmemiz gerekiyor.

Demokratik bir anayasanın öncelikli düzenleme alanı haklar ve özgürlüklerdir. Özellikle son iki yüz yılın siyasi gelişmeleri modern demokratik sistemlerin başlıca görevinin haklar konusunda anayasal bir güvence yaratmak olduğu noktasında bir bilinç uyandırmıştır. Ancak bu konuyu anayasanın taşıması gereken iç tutarlılıkla birlikte düşündüğümüzde, bir anayasanın hak ve özgürlükleri güvence altına almak kadar önemli ve öncelikli diğer işlevi bir yönetim çerçevesi oluşturmaktır. Anayasa aynı zamanda içinde demokratik süreçlerin işleyeceği bir devletin organizasyon şemasıdır.

O zaman sorun en gelişmiş, en kapsamlı hak ve özgürlük kataloğunu anayasaya yerleştirmekten daha başka ve daha fazla bir sorundur.

Özgürlük öncelikle siyasi bir sorundur ve bir demokraside özgürlük talep etmek, ortak yaşam alanımızın tüm bireyler açısından eşit paylaşılacak özgürlükler düzeni olarak dizaynında hukuku göreve çağırarak demektir.

Başlarken bir konuya çekince getirmek isterim:

Çok bilinen ve söylenen “anayasa devlet odaklı değil, birey ve insan odaklı bir felsefeyle kaleme alınmalıdır” sözü pek de anlamlı değildir. Tüm bireyler arasında eşit ve adil paylaşılacak bir özgürlükler düzeninin odağında ne devlet olabilir ne de birey. Anayasanın odağında evrensel değerlerle zenginleştirilmiş birkaç yüzyıllık anayasacılık geleneği ve bu geleneğin parçası olan “bir anayasa niçin yapılır?” sorusuna aranan cevaplar olmalıdır. Birey özgür olmak ister ama aynı birey özgürlüklerini tehdit veya ihlâl eden tehlikelere karşı etkin ve duyarlı bir siyasi otoritenin sağlayacağı güvenliği de talep eder. Otorite kabul etmeyen özgürlük keyfi özgürlüktür. Her bireyin veya toplumsal kesimin özgürlüğünü en aşırı uçlarda talep edebildiği ve bunun demokrasi adına teşvik edildiği yerde demokratik siyasetin oyun kuralları bozulmuştur ve anayasa da işlevini kaybetmiştir. Anayasal devlet, devlet fonksiyonlarının anayasal değerler çerçevesinde işlediği bir devlet, hukuk devleti ise anayasal değerlerin ihlâlini hukukla denetleyen ve hukukla düzelten bir devlettir. Anayasal bir hukuk devletinde eylem ve işlemleri ile potansiyel tehdit kaynağı, üzerinde gerekli ve yeterli denetim ve yaptırım mekanizmaları oluşturulmamış tüm kamusal otoriteler ve bireylerdir.

Bununla bağlantılı olarak talep edebileceğimiz özgürlüklerin neler olabileceği konusunda bir açıklık sağlamalıyız.

Özgürlüğün ne olduğu konusunda pek çok tanım yapılabilir ve bu tanımların hepsinin kavradığı bir temel özgürlük yaklaşımı vardır. Özgürlük Spinoza’ya göre mükemmel bir rasyonelliktir, Leibniz’e göre zekânın yaratıcılığıdır, Kant’a göre özerkliktir, Hegel’e göre gerekliliğin kabulüdür vs. Ama Sartori’nin deyişiyle, bu kavramsallaştırmalar kendi çevreleri içinde ele alındığında yetkin birer anlama sahip olmakla birlikte bunların anlamı ve doğrulukları temel veya bir son özgürlük arayışıyla ilgilidir ve ayrıca hepsi tekil bireyin özgürlüğü üzerine üretilmiş düşüncelerdir.

Daha somut bir şeyi konuşuyoruz. Demokratik hukuk devletinin anayasasına hangi hak ve özgürlükleri koyacağımızı, bunların sınırlarını nasıl belirleyeceğimizi. Özgürlüğü bir yaşam ve değerler alanı olarak

görsek dahi (ki öyledir), yasalarla tanımlanan ve yasalarla korunan özgürlükler, demokratik bir hukuk düzeninin işlevselliği içinde anlam kazanır. Bu düzen ancak, eşitlik ve adalet değerleri çerçevesinde tüm bireylerin insan ve yurttaş olmaktan doğan haklı ve kabul edilebilir taleplerinin karşılık bulmasıyla kurulabilir. Bu da özgürlük sorununun, sadece siyasi iktidarın müdahalesi tehlikesi değil, bireylerin ve toplumsal grupların birbirlerinin hak ve özgürlük alanlarına müdahalesi tehdit ve tehlikesi gerçeği de göz önünde bulundurularak düşünülmesi gerektiğini ortaya koyuyor.

Bir başka deyişle sorun iki boyutludur. Birinci boyutunda siyasi iktidarın müdahalelerine karşı, ikinci boyutunda bireylerin birbirlerine karşı hak ve özgürlük alanlarının nasıl korunabileceği konusu vardır. Dolayısıyla, hak ve özgürlükleri mümkün olan en geniş sınırlar içinde tanımak kolay bir çözümdür ve anayasal demokrasilerde hak ve özgürlüklerin demokratikleştirilmesi sorunu hiçbir şekilde çözmez. Koruma yol ve yöntemlerine odaklanmak, bu konuda çözümler üretmek zorundayız.

Diğer yönden biraz da açık sözlü olmak zorundayız. Bugün biz Türkiye’de adı Kürt sorunu olarak konulan sorunun çözümü için yeni devleti, yeni anayasayı, yeni anayasa ile inşa edeceğimiz yeni hukuk düzenini, bu hukuk düzeni içinde sorunu çözmesini beklediğimiz haklar ve özgürlükler reformunu konuşuyoruz. Yani bir yurttaşlar toplumunun değil, bir yurttaşlar kesiminin dayattığı gündem üzerindediz. Eğer bir anayasa için toplumsal uzlaşma aranacaksa, bu toplumsal uzlaşmanın dinamiği terör ve şiddet olamaz. Toplum korkutulmuştur, geleceği konusunda endişe taşımaktadır. İktidar ve gabin hukukta iradeyi sakatlayan etkenlerdir. Türkiye toplumunun iradesinin sakatlandığı ve bu ortamda yapılacak bir anayasanın hiçbir şekilde toplumsal onay görmeyeceği, bu anayasa ile getirilen yeni düzenin de Türkiye’nin demokrasi sorununu çözemeyeceği çok açık bir gerçektir.

Diğer yönden; Anayasaya hangi hak ve özgürlükleri hangi genişlikte koyarsak koyalım, bu hak ve özgürlük katalogunun tâbi olacağı anayasal rejim, aynı anayasa ile kurulmuş siyasal yapıyla ve onun rejimiyle iç içe olacağına göre bunların birbirleri ile etkileşimi hak ve özgürlükleri ne yönde etkileyecektir?

Sorun biraz da buradadır. Anayasa tartışmaları biraz da bu yüzden anayasal yoldan yeni rejim tesisi veya yeni rejimi dayatacak yeni bir

anayasanın hangi egemen gücün iradesiyle biçimleneceği noktasında endişe ve gerilim yaratmaktadır.

Tekrara düşmeyi göze alarak anayasaların, en başta ve her şeyin üzerinde siyasal iktidarın kullanılmasını sınırlayan ve bunun denetlenmesine imkân veren yönetim araçları olduğunu yine söylemeliyiz. Anayasaların varlık sebebinden, anayasacılığın tarihsel gelişiminden bağımsız olarak, anayasanın hangi hak ve özgürlükleri içermesi gerektiği konusunda yapılacak bir öneri temelsiz kalmaya mahkûmdur. Ancak iktidarın kullanımının devlet organları arasında bölüştürüldüğü, kurulu düzenin hukukla tanımlandığı ve kontrol altında tutulduğu, uyumsuzlukların hukuk aracılığı ile çözüme kavuşturulduğu bir normatif yapıda özgür ve hak sahibi bir birey olmak anlam kazanır. Bu bağlamda anayasanın temel amacı işleyen bir hukuk devletini tüm kurum ve kurallarıyla var etmek olmalıdır<sup>1</sup>. Sağlam temeller üzerine oturan bir hukuk devletinde, tanımlamadığımız, anayasaya almadığımız haklar dahi kendilerine koruma alanı bulurlar.

### III. ANAYASAL SINIRLARI AÇISINDAN HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER

İnsan hakları, ilkesel olarak bireyi siyasi iktidarın keyfi otorite kullanımının tehlikelerine karşı koruyan haklardır. Güçler ayrılığı ilkesi gücün her türlü tekelleşmesine karşı geliştirilmiş bir dizi aracı ifade eder. Anayasalar bu araçları kurum ve kurallarıyla tanıdıkları ve korudukları sürece yurttaşların hukuka aykırı müdahalelerden korunduğundan söz edebiliriz. Dolayısıyla sadece haklar ve özgürlüklere vurgu yapan ya da hak ve özgürlükler vurgusunu bu özgürlükleri koruyacak anayasal araçlar ve demokratik düzenin gereklerinden bağımsız bir biçimde kurgulayan bir anlayış, sorunu çözmez. Anayasayı salt hakların ve özgürlüklerin olabildiğince en geniş uçlarda tanınması ve korunması amacına özgülemek eksik bir bakıştır.

Anayasanın bir haklar ve özgürlükler kataloguna yer açması ve siyasal iktidarın sınırlarını bu katalogu eksen olarak belirlemesi hukuki özgürlüklerin güvencesi kılabilme amacına yöneliktir. Özgürlük sorunu da her zaman iktidarı engelleyecek kuralların bulunması sorunudur. Yasa

<sup>1</sup> Tanım ve anayasanın hukuk devleti ile ilişkisi için bkz. M.H.REDISH; The Constitution as Political Structure, New York-Oxford University, 1995, pp.3-21.



önünde özgürlük ya da yasalar yoluyla özgürlük olarak formüle ettiğimiz bu sorun bizi, hukukun bir özgürlük sağlama tekniği olarak kullanılması sürecinde anayasanın bu süreçteki yeri ve rolü üzerinde de düşünmeye sevk ediyor. Dolayısıyla onurlu insan=özgür birey gerçekliğini inkâr etmeden ve özgürlükçü düşünce çizgisinden sapmadan ama devleti de bireyin özgürlük alanlarına her fırsatta saldırmaya hazır potansiyel bir kötülük olarak görmeden birey-toplum-devlet ilişkilerini nasıl bir anayasal model içine oturtabiliriz? sorusu, (yapacaksak) yeni anayasayı pür liberal bir bakış açısıyla tasarlamak tuzağına düşmekten bizi alıkoyacak bir sorudur. Modern anayasaların haklar ve özgürlükler konusundaki düzenlemeleri, hak ve özgürlüğün bireyin tasarrufundaki mutlak bir yetki olmadığını bize gösterir.

Özgürlüklerin tanımlanmış ve koruma altına alınmış birer hak olarak anayasalarda yerini aldığı demokratik bir toplumda hakların kötüye kullanılma ihtimali her zaman vardır. Bu kötüye kullanma, siyasi iktidarın otorite kullanımında yetki çerçevesini aşan bir keyfilik sergilemesi biçiminde olabileceği gibi birey haklarının doğasındaki anlam ve amacı aşan kötüye kullanım da olabilir. Özgürlükler başkalarının özgürlüğü ile birlikte var olan ve başkalarıyla paylaşılan bir alanda kullanılan serbestîlerdir. Liberal düşüncenin özgürlük savunusu özgürlük konusundaki felsefi yaklaşımlarıyla bire bir örtüşmektedir. Bu düşünce içinde özgürlüklerin verilmesi nihai bir amaçtır, özgürlükler bir kez tanınırsa toplumdaki birçok sorun kendiliğinden çözülecektir. Rasyonel ve kendini geliştirme yolunda önündeki engellerden kurtarılmış birey kendisi için en doğru olanı bulacak, bireysel olarak ulaşılan doğrular ise toplumsal doğruyu ve faydayı kendiliğinden gerçekleştirecektir. Bu bağlamda örneğin etnik grupların kültürel hak ve etnik aidiyete dayalı taleplerini birer özgürlük hakkı olduğundan bahisle tanımak, bu grupları silaha başvurarak ulaşmak istedikleri siyasi hedeflerden vazgeçirecektir. Ölçütlerini ve standardını Batı dünyasının belirlediği özgürlüklere sahip olmak ileri demokrasi için gerekli ve yeterlidir. Böyle bir özgürlük algısı ve savunusunun gözden kaçırdığı ya da hesaba katmadığı bazı önemli hususlar vardır. Örneğin özgürlüklere sahip olmakla özgürlükleri kullanabilir olmak arasındaki ilişki kurulmamakta, özgürlüğün ancak bu iki boyutuyla var olabileceği hiç dikkate alınmamaktadır. Grup haklarına ilişkin özgürlüklerin kullanılmasında toplumun tümünün ve siyasi yapının söz hakkı hiç hesaba katılmamaktadır. Liberal yaklaşım, özgürlüğün var olabilmesi için gerekli (sahip olma ve tasarruf etmeden ibaret) iki boyu-

tunu dikkate almadığı gibi özgürlüğü, talep amacı ve kullanımı ile ortaya çıkacak sonuçlardan da bağımsız düşünmektedirler. Oysa özgürlük taleplerinin arkasında yatan amaçlardan, bu özgürlüklerin kullanılması vasıtasıyla gerçekleştirilmek istenen çıkar veya ulaşılmak istenen amaçlardan bağımsız, soyut bir özgürlük talep ve savunusu olamaz. Talep ettiğimiz ve kazandığımız özgürlüklerle ne yapmak istediğimiz ve nasıl bir yaşam kurmayı amaçladığımız bu taleplerin değerlendirilmesinde mutlaka dikkate alınmalıdır.

### SONUÇ ve ÖNERİLER

Bir anayasa, özgür bir demokratik düzenin hukuk çemberini oluşturabildiği ölçüde meşrudur. Böyle bir düzen ise ancak toplum içindeki tüm bireylerin birbirlerinin eşit hak ve yükümlülüklerine saygı göstermesi ve siyasal erkin de bu hak ve özgürlükler siperine uygun bir mesafede tutulması kaydıyla kurulabilir. Anayasa, içerdiği hak ve özgürlük güvenceleri ve devlet erkinin kullanımına ilişkin getirdiği düzenlemelerle, siyasi iktidarın olası keyfi müdahalelerine karşı öğretilmiş koruma duvarları ile demokratik toplum düzeninin inşasının aracıdır. Dolayısıyla bir anayasaya hangi hak ve özgürlükleri hangi içerikle ve nasıl tanımlayarak koyacağımızdan daha önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin ihlâl potansiyellerini nasıl ortadan kaldırabileceğimizdir. Bu da anayasayı bir bütün olarak düşünmemiz, anayasacı bir bakış açısıyla öncelikle siyasi iktidarı sınırlandırma tekniği olarak anayasacılığı nasıl işlevsel kılabileceğimizle ilgili bir sorundur. En son anayasa değişikliği ile kat ettiğimiz mesafeyi anayasacılık adına hukuk devletine yaklaşmak mı, hukuk devletinden uzaklaşmak mı olarak görüyoruz önce bunu konuşmalıyız. Diğer yönden yaşadığımız bu kadar derin ve kapsamlı insan hakları sorunları varken, insan haklarının söylem ve kapsam alanını daraltıp yurttaşlık, kimlik, kültürel hak, anadil vb. konular üzerinde sürdürülen tartışmalar demokratik hukuk devletini tahkim etmekten başka bir amaca, örneğin grup hakları ekseninde toplumu ve ona uygun siyasi modeli yeniden tanımlamaya yönelmiş tartışmalardır. Türkiye’de bakışını yeni anayasaya çeviren siyasi irade, demokrasiyi kurmayı ya da genişletmeyi değil,, yeni bir toplum modelini mümkünse demokratik araç ve yöntemlerle inşa etmeyi hedefliyor.. Sorunu dosdoğru ortaya koymak sağlıklı sonuçlara ulaşmak için gereklidir.

Yeni bir toplum arayışının yöntemi siyasi, dili siyaset dilidir. Anayasa hukukçularının bu sürece sunacakları katkı, (eğer içlerine sindirebiliyorlarsa) kendilerine sipariş edilen toplum modellerine en uygun anayasayı dikmek olabilir ancak.

Bizim rolümüz bu olmamalıdır. Tüm toplumsal kesimleri anayasacılık ilke ve hedefleri konusunda ortak bir zeminde birleştirecek bir dünsel ortak payda yaratmak için çabalamak zorundayız.

Konjonktürün ittiği bir zeminde bazı kesimleri tatmin edecek şekilde yeni bir toplum modeli yaratmak üzere anayasal rejimde revizyon yapmayı değil, demokratik hukuk devletini hem iktidar hem de yurttaşlar açısından mümkün ve işlevsel kılan ve böylece toplumsal bütünleşmeye katkı sunabilecek anayasal formüller üretmeyi öneriyorum. Bu formüller salt anayasa metni içinde kalarak değil, anayasal devletin tüm hukuki zemininde üretilmelidir. Bu formüller üretilirken anayasacılığın dün bugün ve daima, siyasi iktidarı sınırlandırmak için ihtiyaç duyulan bir metin olduğu hiç hatırdan çıkarılmamalıdır. Sınırlı devleti kurmak ve siyasi iktidarı kendi sınırları içinde tutmak amacıyla yapılmış anayasalar için bugün gündemde olan sorun, siyasi iktidarı gerçek anlamda sınırlamanın kural, kurum ve yöntemlerini yeniden düşünmek ve formüle etmektir. Buna siyasi sistemi yeniden yapılandırmak da diyebiliriz.

Anayasaya toplumsal bütünleşmeyi sağlama gibi bir işlevi atfediyorsak, o zaman kendisine bunun altından kalkabileceği bir meşruiyet temeli ile tutarlı ve kapsamlı bir içerik kazandırmak zorundayız.

Tüm bu çekinceleri ortaya koyduktan sonra, anayasacılık ilkeleri ışığında, demokratik bir hukuk sisteminin sahip olması gereken bir anayasanın nasıl olması ve hangi temel hak ve özgürlükleri içermesi gerektiği konusunda görüşler şöyle özetlenebilir:

1. 1982 Anayasası'nın 28 Nisan 2010 tarihi itibarıyla haklar ve özgürlükler konusunda sahip olduğu tanım ve düzenleme alanlarını çağdaş demokratik anayasaların düzeyindedir. Fakat koruma önlemleri yetersiz, siyasi iktidara anayasa ve yasalar ile tanınan müdahale olanakları geniş ve tehlikelidir. Temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile öngörölmüş güvencelere aykırı bir biçimde, uygulamada kullanılmasının zorlaştırıldığı, imkânsızlaştırıldığı, bunun için de hukuk boşluklarından yararlandırıldığı çok açıktır. Bu konuda daha iyi bir anayasaya değil, daha iyi yasalara ihtiyacımız var.

2. Anayasalar evrensel ilkeler ışığında geçerli oldukları coğrafyanın özgün koşullarına uygun olarak yapılması gereken metinlerdir. Ev-

rensel ilkeler çağdaş, demokratik laik bir hukuk düzenini kurmak ve korumaktır. Yaşadığımız coğrafya laik hukuk düzeninin varlığına her şeyden fazla ihtiyaç duyulan bir coğrafyadır.

Cumhuriyet vazgeçilmez bir rejim tercihidir ve ayrıca demokrasi cumhuriyetin değil, cumhuriyet demokrasinin garantisidir. Nereye çeksen giden bir demokrasi polemiği ile cumhuriyet değerlerinin tahrip edilmesi sürecinde yeni anayasada haklar ve özgürlükler konusunu cumhuriyeti eksen alarak konuşmalıyız. Eşitlik ve adalete yapacağımız vurgu hak ve özgürlüğe yapacağımız vurgu kadar önemlidir.

3. Hangi demokrasi anlayışı içinde yeni anayasa yapma çabalarının tarafı olduğumuz da önemlidir. Siyasal iktidara bir yönetim tekniği olarak sunulan araçsallaştırılmış bir demokrasinin tarafı olamayız. Kalkan yapılan halk, demokrasinin kendisi değil sadece bir bileşenidir. Demokrasi, seçenlerin, seçilenlerin, yönetenlerin, yönetilenlerin, azınlığın, çoğunluğun, bireylerin, çıkar gruplarının, iyinin kötünün, yurtseverin ve sevmezin, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, temel hak ve özgürlükler, çoğulculuk gibi değerler sistemi üzerine kurulan bir hukuk düzeninde bu değerlere saygı çerçevesinde sürdürdüğü bir yaşam biçimidir. Bu değerler sistemi aynı zamanda siyasal iktidarın keyfiliğe kaçmasını önleyici bir fren işlevi görerek haklar ve özgürlükler konusunda etkili güvenceler yaratır, bir anayasa bu değerler sistemine dayanmak zorundadır ve hiçbir anayasa bu değerler sistemi içinde bir ayıklamaya gitmemelidir.

4. Birey hak ve özgürlükleri ile devletin kuruluşunu açıklayan evrensel hukukun korunmaya değer tüm ilke ve normları, bir anayasanın koruduğu değerleri oluştururlar. Bu bağlamda her demokratik anayasal sistemin, hukuk devleti adına korunması ve kollanması gereken evrensel ilkelere dayalı kurucu değerleri aşağı yukarı aynıdır. Örneğin devletin dayandığı temel felsefe, devleti yaşadığı coğrafyanın tüm koşullarına karşı tahkim eden örgütlenme modeli, toplumsal birliğini yasladığı yurttaşlık statüsü ve elbette siyasi iktidar karşısında birey hak ve özgürlüklerinin güvence altında tutulmasına ilişkin yoğun duyarlık ve buna dayalı kurumsal önlemler her anayasanın koruma altına aldığı temel değerlerdir. ABD'nin kuruluş öyküsü ABD Anayasasında, Fransız Devrimi Fransız anayasalarında, Türk ulusal kurtuluş mücadelesi de Türk anayasalarında resmedilir, doğrusu da budur.

5. Anadilde eğitimin değil, anadili öğrenme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak 42. maddede veya müstakil bir madde ile bir düzenleme getirilebilir. Anadil evde, ana ocağında öğrenilir. Ana ocağında

öğrenilemeyen bir dil, yaşayan dil olma vasfını yitirmiş veya yitirmekte demektir. Devletin hiçbir yurttaşını anadilini öğrenmeye veya hatırlamaya zorlaması düşünülemez, devletin anadili öğretmek gibi bir görev ve sorumluluğu da yoktur. Ama yurttaşlar anadillerini günlük hayatta da kullanmak üzere geliştirmek ve unutmamak istiyorlarsa, çağdaş uygulama örnekleri de göz önünde bulundurularak bir düzenleme yapılması yararlıdır. Böylece bu konuda özel kurslar açılmasına olanak sağlayan yasal düzenlemeye anayasal bir zemin de yaratılmış olur.

6. Seçme ve seçilme hakkı bir temel haktır. Seçim kanunu bu temel hakkın nasıl kullanılacağına ilişkin düzenleyici bir çerçeve oluşturması gerekirken sınırlayıcı ve bu temel hakkın özünü ihlâl eden hükümler bulundurmaktadır. Seçim barajı en fazla % 3 olarak tespit edilip bu konuda bir hüküm anayasaya konulmalıdır. Böylece Anayasanın 67. maddesindeki “seçim kanunları yönetimde istikrar ve temsilde adalet ilkesini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.” kuralı bir anlam kazanacaktır.

7. Anayasanın yurttaşlık tanımı doğrudur. Etnik kimlik taleplerine uygun bir memnuniyet yaratma yoluna girilirse bu yolun bizi nereye götüreceği bilinmez. Türk kelimesi, yurttaşla devleti arasında bir etnik aidiyet bağı kurmuyor, devletin uyruğuna bir ad veriyor. Türkiye'nin yurttaşı Türk'tür, o kadar. Bunu değiştirelim demenin bir adım ötesi “Türkiye'nin adını değiştirelim” olur. Fakat anayasanın diğer bazı maddelerinin (örn.70., 72.maddeler) “Her Türk” diye başlamasına gerek yoktur. “Her yurttaş”, anayasa yazım tekniği ve hukuki bakımdan daha doğru bir ifadedir.

8. Vicdani ret hakkının tanınması gerektiği kanısında değilim. Vicdani ret hakkı, dünya görüşü veya kişiliği nedeniyle asker olmayı veya silâh kullanmayı istememektir. Askerlik hizmeti yurttaşların devlete sadakat borcu çerçevesinde ödev ve sorumluluklarının bir parçasıdır. Anayasanın 72. maddesi bu ödevi, “...Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.” diyor. Demek ki anayasadan değil kanundan doğan bir sorun var. Askerlik görevini kamu hizmeti şeklinde yapmak isteyenler için Anayasa bir engel oluşturmamaktadır.

9. Hak ve özgürlüklerin etkin ve kullanılabilir olması bunların anayasada tanınmasından daha önemlidir. Bunun için de ihlâlleri halinde sorumlulara uygulanacak yaptırımlar konusunda ve mümkünse yoruma yer bırakmayacak bir açıklıkla düzenlemeler getirilmelidir.

Örn. 1982 Ay m. 40 “temel hak ve hürriyetlerin korunması” ana başlığı altında şöyle bir düzenleme getiriyor: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurulma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.”

Bu madde çok önemli bir konuda çok yanlış bir yazım tekniği ile kaleme alındığı için işlevsiz bırakılmış bir maddedir. Bu madde şöyle yazılsa daha iyi olur: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, ihlâl nedeniyle yapacağı başvuru en geç üç gün içinde yetkili makama ulaştırılır ve işleme alınır. Tıpkı dilekçe hakkının kullanımı gibi başvurunun yapıldığı kamusal makam, başvuruyu ilgili birime gecikmeden yönlendirebilmelidir.

10. Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde temelinde bir yetki kanununa gerek olmaksızın temel haklar, kişi hakları ve ödevleri, siyasi haklar ve ödevler konusunda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini yürütmeye veren Anayasanın 91. maddesindeki bu hükmün kapsamı daraltılmalı ayrıca OHAL kanun hükmünde kararnameleri yargı denetimine açılmalıdır.

11. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri için, kararnamenin R.G.’de yayımını takiben en geç on beş gün içinde Meclis onayı koşulu getirilmelidir.

12. Yüksek Askeri Şura ve HSYK’nın tüm kararlarına karşı yargı yolu açılmalıdır.

13. Hakların bütünlüğü ve gelişmeci karakteri göz önünde bulundurulduğunda temel insan haklarından asla ayrılamayacak olan sosyal haklar anayasada daha da geliştirilerek muhafaza edilmelidir.

14. Yargı bağımsızlığı noktasında son anayasa değişikliği ile onlarca adım geriye yol aldık. Yargı bağımsızlığı sağlanmalıdır.

## KAYNAKÇA

M.H.REDISH; The Constitution as Political Structure, New York-Oxford University, 1995.

## ***RIGHTS AND FREEDOMS FOR/IN A NEW CONSTITUTION***

**Prof. Dr. Meltem Dikmen Canikoğlu**  
*İzmir Ekonomi University*

### ***ABSTRACT***

*A constitution achieves the character of founding a constitutional government when it limits political power, but not when it curries favor with those in power. There are various methods of limitation. The most functional ones include clauses allowing all kinds of channels of communication, opposition and public in a constitution. Put another way, they secure rights and freedoms by unblocking the forces limiting the power.*

*The primary role of a democratic constitution is organising rights and freedoms. Freedom is a political issue. To request freedom in democracy means asking law to take action to design a set of freedoms shared by all people in the common area of living.*

*Human rights, principally protect people from the political power using the authority arbitrarily. The principle of separation of powers includes a range a file of instruments against the monopolization of power. As long as constitutions recognize and protect these instruments, we can say that person is protected against illegal interventions. Therefore, neither a perspective focusing only on rights and freedoms, nor doing this independently from constitutional instruments and democratic system which will protect these rights solves the problem. It is a weak point of view that constitutions will specifically aim at recognizing and protecting rights and freedoms as widely as possible.*

*In other words, the issue is two –dimensional. How to protect rights and freedoms against the interferences of the political power is the first dimension. The second dimension is how to protect them among people. This means that recognizing rights and freedoms as widely as possible is an easy solution but does not democratize right and freedoms*

*in constitutional democracies. We should focus on protective methods and create solutions.*

**Key words:** *Constitution, rights and freedoms, democracy, constitutional state, constitutional democracy, political power, constitutional limits*

\*\*\*

## INTRODUCTION

What rights and freedoms should a constitution that is compiled considering constitutional principles and techniques include? We will try to make a contribution to the discussions conducted on the method and content of the new constitution said to be executed in our country. However, it should be strongly emphasized that why we need a new constitution has priority over how it is executed and what its content is. It is unavoidable that before answering the question, discussions on the method and content will be baseless.

Even if it has been changed many times and many articles re-written since it came into force, if a constitution still faces objections raised against its democratic situation, the reasons for these objections are to be considered. Critiques of the 1982 Constitution claim that its spirit and main philosophy, do not meet the standards that human freedom and a universal sense of law have reached, especially when the first shape of it is considered. Person-society-government relationships on a healthy basis have possible through a democratic political structure. This requires a constitution based on democracy and social compromise that regulates democracy. Amending constitutions from time to time in order to unblock social development and to adapt to new situations is unavoidable. What is important is that this process runs without concession to the master principles indispensable for existence of a healthy political society so that the regime meets the standards of justice, law, democracy, freedoms.

In the recent years, the idea that a new constitution ought to be executed has become prevalent. If constitutions determining the government's basic structure and securing basic rights and freedoms are to be renewed outside extraordinary periods like war and coup, then we ask this question: Do we talk about a new constitution in our country to de-



velop a more democratic and secure legal system or to develop a legal base for a government and society model thought to be built on different ideological fundamentals?

More democracy, more freedoms, a better managed political system, more welfare, a well operating economy and organizational assurance are legal and moderate requests. However, problems relating to these matters cannot be solved with a perfect constitution and those targets cannot be reached with a perfect constitution. Constitutions can only be documents of intent, setting out the targets towards which political societies gravitate. As constitutions cannot solve all problems within a political system, before all else it needs to be emphasized that the society should not expect to be the best if it executes the best constitution, and constitutional jurists should not imagine executing the best constitution without an adequate basis. Good constitutions only sweep the potential obstacles away from the aim of becoming a democratic, legal government. Such an achievement depends on correctly circumscribing the tasks and authority of the public management of the political system and determining the limits absolutely and exactly without leaving any doubt. If we talk about a constitution focused on fulfilling the purpose of becoming a good society and a good government, what is more important than determining the content of basic rights and freedoms is how to build the walls to prevent political power entering the area of these rights and freedoms.

## **I. THE FIRST STEP FOR THE BASIC RIGHTS AND FREEDOMS: CONSTITUTIONAL LIMITS ON POLITICAL POWER**

A constitution achieves the character of founding a constitutional government when it limits political power, but not when it curries favor with those in power. There are various methods of limitation. The most functional ones include clauses allowing all kinds of channels of communication, opposition and public – in a constitution. Put another way, they secure rights and freedoms by unblocking the forces limiting the power.

In the last years, the main idea, on which all the discussions on constitutions and all draft constitutions rely, consists of these conceptions:

- a. Turkey should be democratized by its constitution.
- b. The soul of the constitution should be democratized in Turkey.

c. Map of tasks and authorities of constitutional foundations limiting political power should be designed with a new constitution in order to unblock systematic congestions.

After the constitutional change in 2010, courts lost their independence and were tied to the political power. And in these constitutional circumstances it is a very tough, even an impossible problem to democratize the soul of the constitution and Turkey. To give the judgment in the political power's hand means that the most effective security mechanism of democracy is abolished. In such a disabled situation with internal discrepancies, it is not sensible to compose rights and freedoms vastly and in detail.

## **II. RIGHTS AND FREEDOMS IN ASPECT OF CONSTITUTIONS' FUNCTIONS**

We need to consider the question 'With what content and how are we going to compose the basic rights and freedoms in the new constitution?' as a part of the consistency problem, the aim of the freedoms and the sense of the constitution.

The primary role of a democratic constitution is organizing rights and freedoms. Especially, political activities of the last two hundred years raised a consciousness that the main task of a modern democratic system is to create secure rights in a constitution. However, when considered together with the internal-consistency of a constitution, another important and prior function of a constitution is to develop a management framework within which to secure the rights and freedoms. The constitution is also an organization scheme of a government where democratic processes operate.

Therefore, the problem is more than inserting the most developed and the most comprehensive list of rights and freedoms into the constitution.

Freedom is a political issue. To request freedom in democracy means asking law to take action to design a set of freedoms shared by all people in the common area of living.

In starting, I would like to pause on one subject:

The very common and known statement that 'the constitution should be written with a human-focused philosophy rather than a gov-

ernment-focused one' is quite meaningless. A set of freedoms shared by all people equally and fairly can focus on neither government nor person. In the focus of a constitution, a constitutional tradition, gained over several centuries and enriched with universal values, that also answers to the question 'why is a constitution executed?' should exist. A person must be free. On the other hand, the same person requires a against that which threatens and infringes his freedom. An effective and sensitive political authority will provide such security. A freedom not accepting authority is arbitrary. A constitution loses its function and the rules of democratic politics break down where all people and social sectors might require freedom exaggeratedly and where this is encouraged. In constitutional government, governmental functions process in constitutional assets. However, when government is under the rule of law, infringement of constitutional rights is controlled and fixed by law. In a constitutional government under the rule of law, the potential sources of threat are people and public authorities over which sufficient control and sanction mechanisms are not developed. Connected to this, we must clearly introduce what freedoms we can require.

Many explanations can be made about what freedom means. All these explanations cover a main freedom approach. To Spinoza freedom is a perfect rationalism; to Leibniz creativity of intelligence; to Kant autonomy; to Hegel acceptance of necessity. But Sartori says these concepts have a sense when approached within their own frame. Nonetheless, their sense or accuracy is related to seeking a basic or final freedom. What is more, all of them are produced upon a single person's freedom.

We talk about a more absolute thing. We talk about what rights and freedoms we include in a constitution of a democratic government under the rule of law and how to limit them. Even though we consider freedom as an area of life and assets, freedoms determined and protected by code of laws gain sense in a democratic system of law. For this, all appropriate and acceptable demands of people's should be met in an environment of equality and justice. The freedom issue should be deliberated considering the threat and danger of people and social groups interfering each others rights and freedom but not the threat from the political power.

In other words, the issue is two-dimensional. How to protect rights and freedoms against the interferences of the political power is the first dimension. The second dimension is how to protect them among people. This means that recognizing rights and freedoms as widely as possible is an easy solution but does not democratize rights and freedoms in constitutional democracies. We should focus on protective methods and create solutions.

On the other hand, we should be forthright. As the solution to the Kurds' issue, today we discuss a new government, new constitution, new legal system built with the new constitution, and reform of rights and freedoms in this legal system. This is an agenda imposed by a part of the citizenry, not the society of all citizens. If a social compromise is sought for a new constitution, dynamics for this social compromise cannot be terror and violence. The society is threatened and anxious about the future. Duress and fraud damage the willpower in law. It is obvious that executing a constitution in this environment will not be affirmed when power of Turkish society is damaged. The new system of this constitution cannot solve Turkey's democracy issue.

No matter how widely we include the rights and freedoms in the constitution, this constitutional regime and the regime of the political structure founded with the new constitution will be connected to each other. So how will their connection affect rights and freedoms?

Here is little bit problematic. Constitutional discussions create concern and stress on which dominant power will determine the shape of a new constitution and build a new regime.

We need to express once more that constitutions limit the use of political power and should include the administrative arrangements to control that. A suggestion of what rights and freedoms constitutions should include will be baseless if independent from the historical development of constitutionality and basis of its existence. To be a holder of rights and freedoms is meaningful only in a normative environment where the use of power is distributed among the governmental organs and where law states and controls the system and solves disagreements. The main aim of the constitution should be perpetuating a government

under the rule of law with all its organizations.<sup>1</sup> In a healthy system of law, even the rights we did not cover in the constitution find a protective area for themselves.

### **III. RIGHTS AND FREEDOMS IN TERMS OF THEIR CONSTITUTIONAL LIMITS**

Human rights, principally, protect people from the political power using the authority arbitrarily. The principle of separation of powers includes a range a file of instruments against the monopolization of power. As long as constitutions recognize and protect these instruments, we can say that person is protected against illegal interventions. Therefore, neither a perspective focusing only on rights and freedoms, nor doing this independently from constitutional instruments and democratic system which will protect these rights and freedoms solves the problem. It is a weak point of view that constitutions will specifically aim at recognizing and protecting rights and freedoms as widely as possible.

When constitutions include a list of rights and freedoms and limit political power on this basis, then this is to gain the purpose of stating law as a security of freedoms.

The freedom issue is the issue of rules blocking power. This issue of freedoms before the law or freedom by law makes us think about constitution's role on use of law as a freedom provider. Therefore, in what type of constitutional model can we put person-society-government relations without denying the fact that honored person = free person and without deviating from principle of freedom but not considering the government as a mischief attacking area of people's freedom. This question saves us from falling into the trap of designing a purely liberal constitution. The constitutions' formulation on rights and freedoms shows us rights and freedoms are not under a person's own authority.

There always exists the probability of misuse of rights in a democratic society where constitutions include freedoms as recognized and protected rights. As far as this misuse can form as political power over-

---

<sup>1</sup> For the explanation and the relation of constitution with a state under rule of law please see:

M.H.REDISH; *The Constitution as Political Structure*, New York-Oxford University, 1995, pp.3-21.

using the authority, it can also form as over usage of person's rights. Freedom exists together with the others' freedom and is used with others in common areas. Freedom in liberalism overlaps with its philosophic approach on freedom. The final aim is to give freedom. Once freedom is recognized, many problems in society will be solved automatically. Rational people, when released from obstacles to develop, find the best accuracy for themselves. For example, recognizing ethnic groups' demands of cultural rights and ethnic relations will provide a rational for them to stop arming themselves to achieve their political aims. Holding freedoms determined in the West is necessary and sufficient for advanced democracy. There are some matters this kind of freedom overlooks or does not allow. For example, holding freedom and being able to use freedom are not correlated. It is not considered that freedom can exist with both dimensions. Whole society's and political structure's right to speak is not recognized for freedom of groups' rights. The liberal approach does not only ignore two dimensions of freedom but also considers freedom independently from its consequences if used for demands. However, there cannot exist an abstract freedom approach and demand independent from the aims behind it and advantages willed. What we want to do with the freedom we demand and gain and what type of life we want to set up should be considered by all means when evaluating those demands.

## **CONCLUSION AND SUGGESTIONS**

A constitution is lawful as long as it encompasses a free, democratic system of law. This kind of system can only be installed when people respect each other's rights and responsibilities equally and where political power keeps some distance from the wall of these rights and freedoms. A constitution builds a democratic social system with walls paved against the liable arbitrary interventions of political power, with adjustments for the use of governmental power to govern and to provide security for rights and freedoms. Therefore, the question of how we can abolish potential infringement of rights and freedoms is more important than what content rights should have and how we should include them in a constitution. This is an issue of considering the constitution entirely and how we can execute functional constitutions limiting political power in a constitutional perspective. As far as a constitutional perspective is

concerned, after the last constitutional change, we need to discuss if the progress is towards or away from legal government. On the other hand, while we have such deep and wide human rights problems, narrowing them and discussing citizenship, identity, cultural rights, native language etc. help re-determining a political model serving group rights rather than strengthening the democratic legal government. Political power in Turkey has converted its perspective to a new constitution and aims to build a new society model with democratic instruments and methods, but not to establish or enlarge the democracy. In order to reach healthy conclusions, the problem needs to be introduced well.

The method and language of seeking a new society are political. The contribution of constitutional lawyers to this process – if it clears their conscience – can be building the constitution which suits with the society model ordered from them. Our role should not be this. We have to create an ideological common denominator where all parts of society come together in terms of constitutional principles and aims. I suggest constitutional formulas validating democratic legal government, functional in terms of both power and citizens and that contribute to social integration. These formulas should be generated not only in the constitutional text but also on the whole legal basis of the constitutional government. When generating these formulas, it should not be forgotten that, in the past, present and future, the constitution is a text needed for limiting political power. On the agenda today, for the constitution, executed to establish limited government and keep political power inside its boundary, the problem is to reconsider and reformulate methods and rules to literally limit political power. We can call it re-structuring the political system.

If we attribute a social integrating function to the constitution, then we should prepare legal basis and a coherent, comprehensive content for it.

After displaying all these reservations, under the light of constitutionality, in a democratic legal system the basic rights and freedoms a constitution should include possibly can be summarized like this:

1. By 28 April 2010, 1982 Constitution in terms of recognition and adjustment areas of rights and freedoms stands at the level of modern democratic constitutions. However, protection methods are insufficient, and possibilities enabling the political power interfere are wide and dangerous. It is obvious that the advantages of legal gaps are taken

to complicate use of rights and freedoms which is contrary to the security systems in the constitution. What we need is not a better constitution but better codes of law.

2. The Constitution should be prepared appropriately with its geographical conditions under the light of universal principles. Universal principles are founding and protecting modern, democratic and secular law system. The zone we live in needs a secular legal system more than anything. A republic is an indispensable regime and also not democracy for republic, but the republic is a guarantee for democracy. While republican values are demolished with a weak democracy controversy, we should emphasise the freedom issue in terms of republic. Our stress on equality and justice is as significant as on rights and freedom.

3. The approach to democracy we support is also important in efforts for a new constitution. We cannot support a democracy provided for the use of political power as a management technique. Nation acting as a shield is only a component of a democracy, not the democracy itself. Democracy is a life style in which elector, elected, governor, governed, the majority and minority, person, interest groups, the bad and the good, patriot and disloyal respect the legal system founded on the values like the legal government, separation of powers, independency of justice, basic rights and freedoms, and pluralism. This system of values also secures rights and freedoms by preventing the political system being arbitrary. A constitution ought to rely on this system of values and not even one constitution can winnow it.

4. All principles and norms, explaining universal law and rights and freedoms, are worth protecting. These principles and norms conduct the values that a constitution protects. Founder values of each democratic constitutional system are almost the same. Those values should be protected on behalf of the legal government, for example, the main philosophy government relies on; the organization model which strengthens the government against all aspects of its geography; citizenship status which social unity depends on; sensitivity to secure rights and freedoms against political power; and precautions taken in these terms. The formation story of the USA figures in the USA's constitution, the French revolution in France's, and the Turkish national liberation struggle in Turkey's. And that's what the truth is.



5. About the usage of the right of learning mother tongue – not education in native language – adjustments can be made in article 42 or a separate one. Mother tongue is learnt at home. If a language is not learnt at home, it has already been lost or is about to lose its vitality. Government does not have a responsibility of teaching the mother tongue and cannot force any citizen to learn or remember it. However, if citizens wish to develop and not to forget their mother tongue in daily life, it is useful to implement a structure considering modern examples. Therefore, the constitutional basis is created for a legal adjustment to allow open private courses.

6. The right to elect and to be elected is fundamental. Whereas election law should include articles regulating how to use this right, it includes articles limiting this right and infringing its spirit. The lowest passing percentage in elections should be maximum 3% and an article should be included in the constitution to this effect. Thereby the rule ‘electing laws are regulated to connect stability in management and fairness in representation’ in the article 67 gains a sense.

7. Citizenship definition in constitution is accurate. If the aim is to satisfy all ethnic demands, where it takes us is not foreseeable. The word ‘Turk’ does not establish an ethnic relation between the citizen and the government. It gives a name to the nation of the government. ‘Turk’ is just Turkey’s citizen. What comes after this intention is to change Turkey’s name. But there is no need to start some constitutional articles (e.g. article 70 and 72) with ‘Every Turk’. ‘Every citizen’ is more suitable for constitutional texts in terms of law.

8. I am not in support of recognizing the right of conscientious objection. The right of conscientious objection is to refuse arming and doing military service because of one’s ideology or character. Military service is a part of citizens’ responsibilities and civic duty in terms of loyalty to the government. Article 72 in the constitution describes this duty as ‘how to fulfill this duty in Armed Forces or public sector is regulated with code of law.’ That means the problem is not with the constitution but with the code of law. The constitution is not an obstacle for those who prefer fulfilling the military service in public sector.

9. Effective and usable character of rights and freedoms is more important than recognizing them in the constitution. Therefore, regula-

tions should apply sanctions to the responsables in case of infringement clearly and with no comment.

For example, article 40 in 1982 Constitution states under the title 'protecting basic right and freedoms' that 'whose rights and freedoms are infringed, they have a right to petition the authority immediately'. Because this article is written with an incorrect technique, it is not functional. It is better to write it like this: 'whose rights and freedoms are infringed, their petition is forwarded to the authority in maximum three days and processed'. The public authority, where people petition, should forward the application to the related unit as quickly as possible just like usage of right to petition.

10. The clause in the article 91 is to be narrowed. In martial and emergency cases, without necessity to a code of law, it gives authority to issue decree law about basic rights, people's rights and duties, political rights and duties to the executive. Furthermore, in case of emergency, decree laws should be judicially reviewed.

11. In regular time periods, decree laws should be approved within a maximum of 15 days in the parliament following their publication on the Official Journal.

12. There should be an ability to judicially review all decisions of the Supreme Military Court and the Supreme Board of Judges and Prosecutors.

13. As far as integrity and developing the character of rights are concerned, improved social rights should be included in the constitution like basic human rights.

14. As far as judicial independence is concerned, with the change in the constitution, we have taken tens of retrograde steps. Judicial independence should be secured.

## **BIBLIOGRAPHY**

M.H.REDISH; *The Constitution as Political Structure*, New York-Oxford University, 1995.