

“ANAYASAL DERİNLİK”

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOGLU¹
Anayasa Hukukçusu

Türkiye, yeni bir anayasanın yazımı sürecine girmiştir. Yeni bir anayasa yapılmasını toplumun hemen her kesimi istemektedir. Üniversiteler ve çeşitli kurum ve kuruluşlar yeni anayasa önerilerini hazırlamakta ve birçoğu yaptıkları anayasa önerilerini kamuoyu ile paylaşmaktadırlar. Yapılan anketlere göre halkımızın % 70'i yeni bir anayasa yapılmasını istemektedir.

1. Yeni bir anayasaya **ihtiyaç** gerçekten de vardır. Çünkü mevcut anayasa darbe ürünüdür, halkın iradesine el konulmuştur. 17 kez değiştirilerek insicamı bozulmuştur. Mevcut haliyle bile meşhur “**367 sorunu**” benzerlerine teşne olabilme ihtimali vardır. “**Başlangıç hükümleri**” ve “**değiştirilemez hükümler**” yeni nesillere saygısızlık ve görüşlerine ipotek koymaktır; bu hükümler nedeniyle Anayasa Mahkemesi kendisini sınırsız yetkili görebilmektedir. Ayrıntılı oluşu sorunlara gebe olabilmektedir. **Yeni Ortadoğu ve yenedünya düzeni** çerçevesinde artan rolü nedeniyle Türkiye yeni bir anayasaya muhtaçtır. Bütün bu belirtilen nedenlerle tarih Türkiye'yi eteklerinden tutup yeni rolüne doğru çekmektedir.

Bu ve benzeri gerekçeler yeni bir anayasa yapılmasını gerekli kılmaktadır.

2. Yeni bir anayasa yapımı için TBMM, soruna el koymuş, açtığı web sitesi ile çeşitli önerilere açık olduğunu belirtmiş, isteyenlerin sözlü olarak da önerilerini “**TBMM Anayasa Hazırlık Alt Komisyonu**”na bildirmelerini istemiştir.

3. TBMM'de grubu bulunan 4 siyasi parti, **Anayasa Hazırlık Komisyonu** için üçer milletvekilini tayin etmiştir (toplam 12 Milletvekili). Bu Komisyon 15 maddelik bir **İç Tüzük** yaparak 2012 yılını **yeni anayasaya hazırlık yılı** olarak etmişlerdir. Buna göre tüm kamu ve özel kuruluşlar ile bireyler görüşlerini **30 Nisan 2012** tarihine kadar yazılı veya sözlü olarak sunabilecekleri gibi, bu konudaki materyallerini TBMM web sitesinde yayımlayabileceklerdir. **1 Mayıs 2012** tarihinde ikinci aşamaya geçilecek, sunulan bu görüşler tasnif edilecek ve ulaşılan sonuç yeni bir anayasa teklifi halinde kamuoyuna sunulacaktır. İsteyenler bu yeni anayasa önerisine de karşı görüşlerini TBMM'e bildirebileceklerdir. 2012 yılının sonunda TBMM **Anayasa Hazırlama Komisyonu**, gelen görüşleri yeniden değerlendirerek

¹ Anayasa Hukukçusu.

nihai bir **Yeni Anayasa Önerisi** hazırlayarak TBMM Genel Kuruluna sunacaktır.

4. Görüldüğü gibi 2012 ve 2013 yılları (2012 yılında TBMM Anayasa Hazırlık Komisyonunun faaliyetleri, 2013 yılında TBMM Genel Kurulunun anayasa ile ilgili çalışmaları) anayasa tartışmaları ile geçecektir. Bir başka deyişle **2012 ve 2013 yılları anayasa yılları** olacaktır.

5. “Anayasacılık”, devlet iktidarının sınırlanması ve insan haklarının korunması hareketi olduğuna göre, görüşü olan herkesin bu sürece katkıda bulunmaları mutlak bir gerekliliktir.

6. “Yeni Türkiye için yeni anayasa” yapımı hazırlıklarında 3 tür araştırma yapılabilir;

- a. **Cumhuriyet** anayasaları ve uygulama sonuçları.
- b. **Çağdaş** ülkelerin anayasaları ve uygulama sonuçları.
- c. **Anayasal derinliğimiz.**

7. Cumhuriyet dönemi anayasacılığımız ile çağdaş ülkelerin anayasaları ve uygulama sonuçları yanında neden “anayasal derinliğimiz” önem taşımaktadır?

ABD Anayasası 225 yıl önce 1787 tarihinde yapılmıştır. Günümüzde ABD dünyanın en önemli ve en çağdaş ülkelerinin başında yer alıyor. Yeni anayasa yapımında ABD anayasacılığı ve **Supreme Court** uygulamaları kuşkusuz ki önem taşımaktadır. **ABD’nin 225 yıl önceki** anayasal hareketleri önem taşıyor da bizimki neden önem taşımaz? Acaba bizim anayasal hafızamızın, anayasal tarihimizin araştırılması gerekmez mi? ABD Anayasası yapılırken, ABD’liler, o dönemin süper gücü olan Osmanlı’yı kuşkusuz ki incelemişler, belki de yararlanmışlardır. O dönemde **Fatih** Sultan Mehmet’in yaptığı **Anayasa** (Kanuni Osmanî) yürürlükteydi. Fatih’in yaptığı anayasa yaklaşık **400 yıl** yürürlükte kalmıştı. Fatih’in bu Anayasası, bu Anayasaya etki eden sosyal, siyasal, tarihsel ve felsefi etkenler üzerinde durmak gerekmez mi?

8. Wikipedi’ye göre, Osmanlı İmparatorluğu, günümüzdeki **50** devlete tekabül etmektedir. Bu 50 devletin **16** tanesi **Balkanlarda**, **4** tanesi **Kafkaslarda**, **15** tanesi **Ortadoğu’da**, **15** tanesi de **Afrika’da** olmak üzere toplam 50 devletti. Ayrıca Osmanlıya bağlı **himaye bölgeleri Avrupa’da 3, Asya’da 2, Afrika’da 3** olmak üzere 8 tane idi. Buna ek olarak **hilafete bağlı devlet** sayısı 3 idi. Ayrıca **ordunun bulunduğu** devlet sayısı 26 taneydi. Bu şekildeki toplam devlet sayısı 87’dir. Bugünkü en az **50**, en çok **87** devlete hitap eden bu İmparatorluğun anayasal yapısını irdelemek lüzumsuz mudur?

Dünyanın her yerinde Osmanlı eserlerine rastlamak mümkündür; **İrlanda, İsveç, Fransa, İsviçre, ABD, Mısır, Ortadoğu** ülkeleri vs.

Gerçek bu iken, bizde uzun yıllar tarih düşmanlığı ve tarihe karşı önyargı pompalanmış, tarihi miras reddedilmiş, Anadolu'daki İslam eserleri yerine İslam öncesi tarih ve kültür eserlerine vurgu yapılarak, diğer milletlerin Anadolu'ya karşı iştahları kabartılmıştır.

9. Belirtilenlerin yanında **Pakistan**, Hindistan ve **Bangladeş**'i anlamak için Gazneliler'in, Ortadoğu ülkelerinin ve özellikle Türkiye'nin anayasal yapısını iyice bilmek için de Selçuklu-Osmanlı anayasal çizgisini bilmek gerekmez mi? **Arap baharı** sonrası **model-ülke** olabilmek için 400 sene birlikte yaşadığımız müşterek devletimiz Osmanlı'nın anayasal yapısını araştırmak doğru olmaz mı?

10. Osmanlı anayasal düzeni ile ilgili nesnel olmayan, **çarpıtılan** veya **ideolojik yaklaşılan** tartışmalı konular bilimsel açıdan sorgulanmalıdır.

11. Kaldı ki günümüzde tartışılan çoğu konuların kökeni Osmanlı dönemine aittir. "**Köle**", "**Cariye**",² "**Harem**", "**Alevilik**" gibi kavramlar anayasal açıdan nesnel olarak irdelenmelidir. "**İnsan hakları**", "**kadın hakları**", "**muhalefet hakları**", "**hukukta değişim**", "**hukuk ekolleri**", "**mezhepler ve resmi mezhep**", "**padişahı sınırlayan esaslar**" "**suç ve ceza hukukunun esasları**", "**Divan-ı Hümayun**", "**Yeniçeri**", "**Devşirme**", "**İnsan kavramı**", "**Yahudilik**", "**Hıristiyanlık- İslam ve hukuk**", "**Osmanlı'da laiklik**" gibi konular irdelenmelidir. Bu ve benzeri kavramlar/konular derinliğine sorgulanmalı, başlangıcından itibaren derinliğine tartışılmalı, geldikleri aşamalar ve yönetim üzerindeki etkileri tartışılmalıdır. Kısaca milletimizin başlangıcından itibaren ne tür anayasal gelişmeler içerisinde bulunduğu anayasal açıdan irdelenmelidir. Bu incelemeler karşılaştırmalı yapılmalı, ABD ve Avrupa'daki anayasal sistemlerle birlikte incelenmelidir. Örneğin 19 uncu yüzyılda ABD'deki satılık insanlarla ilgili gazete küpürleri ve Avrupa uygulaması incelenmelidir.

12. Medeniyet zincirinin halkaları sayılırken, bize ait olan halkalar yok sayılmakta, atlanmakta, gizlenmekte ve inkâr edilmektedir. Demokrasi ve insan haklarının temelleri araştırılırken neden anayasal derinliğimiz göz ardı edilir, anlaşılır gibi değildir.

13. Çoğulculuk kavramı çalışılırken, Osmanlı'nın dinde, dilde, idarede, kabilede, hukukta, kültürde ve ticaretteki çoğulculuğu da tartışılmalıdır.

14. Osmanlı anayasa kurumlarının **Bizans**'tan alınma olup-olmadığı, hatta İslam hukukunun **Roma hukukundan** alınıp alınmadığı irdelenmelidir.

² Osmanlı'da köle/cariye almanın tek kaynağı meşru bir savaşın esiri olmaktır. Meşru bir savaşın esiri olmayan kişi, asla köle/cariye statüsüne konulamaz. Savaş esiri, mutlaka köle/cariye olacak değildir. Osmanlı Devletinin 5 farklı seçeneği olabilirdi; **(1)** Savaş esirlerini bir bedel almadan serbest bırakabilirdi; **(2)** Savaş esirlerini bir bedel alarak serbest bırakılabildi; **(3)** Savaş esirlerini kendi vatandaşı yapabiliirdi; **(4)** Savaş esirinin şayet bir suçu varsa yargılayabilirdi; **(5)** Aşağıdaki 5 koşulun tamamı mevcutsa köle/cariye yapılabilirdi. Bu beş koşul şudur: **(1)** Kişi meşru bir savaş sonucunda esir alınmış mıdır? **(2)** Mütakabiliyet (karşılıklılık) var mıdır? **(3)** Dünya konjonktürü uygun mudur? **(4)** Kamu yararı var mıdır? **(5)** Yetkili makamın kararı var mıdır? Ancak bu beş koşulun tamamının varlığı halinde kişinin köle/cariye statüsüne konulması mümkündür. Geniş bilgi için bkz. Fendoğlu, H.T., **Anayasal Derinlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 475.

15. Bir taraftan, Papa tarafından da onaylanan **engizisyon mahkemelerinin kurulması** sonucunda Avrupa'da Müslüman ve Yahudilerin "**ya Hıristiyanlık veya ölüm**"ü seçmeleri gerçeği; diğer yanda **Fatih'in Galata ve Bosna Ahitnameleri** insan hakları açısından incelenmelidir.³

16. "**Anayasacılık hareketi**" açısından **İttihat Terakki** olayı analiz edilmeli, bazı macera-perestlerin oldu-bittilerle İmparatorluğu tuz-buz etmeleri irdelenmelidir. **Hürriyet-İtilaf Partisi** ile **İttihat-Terakki Partileri** arasındaki ilişkiler anayasal açıdan araştırılmalı, tecrübesi ve birikimi olmayanların İmparatorluğu **Birinci Dünya Savaşı**na sokarak parçaladıkları ve binlerce insanın hayatına mal oldukları belirtilmelidir.

17. Türkiye'nin anayasal hafızası anlatılırken sadece "anayasa tarihi" çalışması yapılmamalı, ötesine gidilerek karşılaştırmalar yapılmalı, **AİHS**, **AİHM** ve çağdaş anayasalarla da karşılaştırmalar yapılmalıdır.

18. Osmanlı Devletini kurtarmak için yapılan reformlar, modernleşme ile Osmanlı ve Cumhuriyet modernleşmeleri incelenmelidir. Osmanlı İmparatorluğunun anayasal düzeninin yıkılışının **anayasal, felsefi, sosyolojik nedenleri** analiz edilmelidir.

19. **Anayasacılık**, devlet gücünün kendi halkına karşı sınırlandırılması ve insan haklarını korumasıdır. Bu açıdan Osmanlı dönemi ile Cumhuriyet dönemi anayasacılık hareketleri karşılaştırılmalıdır. Acaba Cumhuriyet dönemi anayasacılığında devlet iktidarı halkına karşı sınırlandırılabilmiş midir? Görüldüğü kadarıyla 1924 Anayasası **1960 darbesi** ile sonlandırılmıştır. 1961 darbe anayasası bir başka darbe (1982 darbesi) ile kesilmiştir. **28 Şubat Light Darbesi** ile demokratik dengeler yeniden alt-üst edilmiş, **27 Nisan 2007 tarihli e-Muhtıra** Hükümet'in dik duruşu ile önlenebilmiştir. Mevcut Hükümete karşı yapılan gizli darbelerin sayısı bir görüşe göre 10 adettir.

Bu haliyle **Cumhuriyet anayasacılığı adeta darbeler tarihidir.**

20. Belirtilen durumlar nazara alındığında, Cumhuriyet dönemi anayasacılığımızın pek de ideal meyveler verdiği söylenebilir mi? Belirtilen darbeler, seçilmişler tarafından kullanılması gereken siyasal iktidarı, düşmana karşı kullanması gereken silahın gücü ile haksız olarak ellerinden almıştır. Ayrıca **Dersim katliamı, İstiklal Mahkemeleri, faili meçhuller, siyasal cinayetler ve insan hakları** ihlallerinin olduğu Cumhuriyet döneminin anayasacılık açısından ne kadar verimli olduğu ortadadır. Çünkü bir anayasa, devlet iktidarına karşı, halkı koruyamıyorsa, o anayasa gerçek anayasa değildir, **nominal anayasa**dır. Bu açıdan Ülkemizin **yeni bir nominal anayasa**ya ihtiyacı olmadığı belirtilmelidir.

³ Eski Başbakanlardan Bülent **ECEVİT**'in ABD Başkanı **Clinton**'a hediye ettiği Fatih Sultan Mehmet'in bu ahitnameleri, Clinton'un da dikkatini çekmişti. Sayın ECEVİT'in ölmeden önce **Osmanlı Tarihi** üzerinde çalıştığı da belirtilmektedir (bkz. Wikipedi).

21. Anayasacılık açısından pek de olumlu bir sınav veremeyen 20 inci yüzyıl Türk Anayasacılık Hareketinin geçmişi üzerinde yeterince araştırma yapıldığı söylenemez. Lozan Antlaşması ile **Osmanlı** demek yasaklanmış, Cumhuriyet ile Osmanlı **Özal** zamanında barışmıştır. Latin harflerine geçildikten sonra, kültürel bir kesinti oluşmuş, geçmiş red edilmiş, hatta “tukaka” denilmiştir. Tarihimiz için “**redd-i miras**” politikası uygulanmış, Başbakanlık Osmanlı Arşivleri (**BOA**) ancak **Özal** döneminde faaliyete başlayabilmiştir. Türkiye Osmanlı'nın kuruluş yıldönümü ilk kez **1999** yılında kutlayabilmiştir.

22. Anayasacılık hareketlerinde **çağdaş ülkeler kendi geçmişlerine** büyük bir önem vermişlerdir. Bu önemin Türkiye’de verildiği söylenemez. ABD ve Avrupa’da kendi geçmişimizle ilgili olarak yapılan araştırmaların çok daha azını bizim yaptığımız açıktır.

Bununla birlikte Türkiye’de bu tür çalışmaların yapılmış ve yapılmakta olduğunu belirtmekle birlikte sayılarının çoğalmasını beklemenin doğru olacağı kanısındayız. ⁴

Alıntı (İktibas) Konusunda Açıklamalar

Bu çalışmadan yapılacak alıntılarda (iktibaslarda) 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35’inci maddesinde öngörülen şu şartlara uyulmalıdır: **(1)** İktibas, bir eserin “*bazı cümle ve fıkralarının*” bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). **(2)** İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla yapılmalıdır (m.35/3). **(3)** İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5) [Bilimsel yazma kurallarına göre, aynen iktibasların turnak içinde verilmesi ve iktibasın üç satırdan uzun olması durumunda iktibas edilen satırların girintili paragraf olarak dizilmesi gerekmektedir]. **(4)** İktibas ister aynen, ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). **(5)** İktibas edilen kısmın alındığı yer belirtilmelidir (m.35/5).

Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 18 Şubat 1981 tarih ve E.1980/1, K.1981/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kararına göre, “iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserinin adı belirtilse bile eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine dayanarak Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebilir”. Bu sayfaya izin almadan link verilebilir. Ancak, bu web sayfası, önceden izin alınmaksızın ne suretle olursa olsun, kopyalanamaz, çoğaltılamaz, tekrar yayınlanamaz, dağıtılamaz, başka intent sitelerine metin olarak konulamaz.

Yukarıdaki şartlara uygun olarak alıntı yapılırken bu çalışmaya şu şekilde atıf yapılması önerilir:

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “ANAYASAL DERİNLİK” (03.03.2012)

<http://www.hasantahsinfendoglu.com/> / <http://www.sde.org.tr/>

⁴ Bu tür çalışmalarda metne eklenen harita, resim, özet ve benzeri yöntemler, daha rahat okumayı sağlayabilir.