

ÜÇÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : *Prof. Dr. Celal GÖLE*^(*)

“SUNULAN RAPORLAR KAPSAMINDA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN SORUNLARININ TARTIŞILMASI PANELİ”

KONUŞMACILAR : 1) *Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

: 2) *Prof. Dr. Erdal ONAR*

: 3) *Prof. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU*

: 4) *Doç. Dr. Zühtü ARSLAN*

: 5) *Prof. Dr. Burhan KUZU*

: 6) *Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK*

^(*) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı

SUNULAN RAPORLAR
KAPSAMINDA TÜRK ANAYASA
MAHKEMESİ'NİN
SORUNLARININ TARTIŞILMASI
PANELİ

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU^(*)

Teşekkür ederim sayın Başkan, şimdi bu onbeş dakikada olabildiğince düşüncelerimi aktarmaya çalışacağım. Öncelikle bu toplantıyı çok önemsiyorum. Çünkü bu tür organik yasaların ilgili kurumlar tarafından hazırlanması bence son derece önemli. Anayasa Mahkemesi'nin kırk yıllık deneyim ve birikimine dayanarak ihtiyaçlarını öngören bir taslak hazırlaması, bunu kamu oyunun önüne sunması, bizlere tartışma fırsatı vermesi, Anayasa değişikliği ve yasa yapıcılığı bakımından son derece önemli bir adımdır. Bu süreç içerisinde fikirlerimi söyleme imkanı verdiği için Anayasa Mahkemesi yetkililerine de teşekkür ediyorum. Umarım Parlamento da bunu yapar. Bu demokrasiye; çoğulcu, özgürlükçü, katılımcı kurumlar demokrasisi, ya da Anayasal demokrasi diyoruz ve bu çerçevede çağımızda yani yüzyılımızda, kanun artık yalnızca seçilenlerin iradesiyle değil, iktidarıyla muhalefetiyle denetleyenlerin de iradesinin kabulüyle Anayasal anlamına kavuşmaktadır. Anayasal denetim organları bu faaliyetleriyle genel iradenin oluşumunu önleyici ya da engelleyici değil, bu iradeye katkıda bulunan bir rol oynamaktadırlar. Siyasal bilimci Robert DAHL'ın ifadesiyle; kararlarıyla siyasi oluşumlara katkıda bulunan Anayasa Mahkemeleri aynı zamanda demokratik temsil ile liberal prensipleri uzlaştırmayı amaç edinen kuruluşlardır. Bunu şunun için söyledim. Türkiye'de genellikle milli irade denildiği zaman hep parlamentonun iradesi anlaşılır. Oysa, günümüzdeki milli irade anlayışı içerisinde burada da açıklandığı üzere yargı organlarının iradesi de vardır. Bu irade, asıl milli iradenin oluşumunu sağlar hem de hep beraber. Bunu ifade ettikten sonra Anayasa Mahkemesi'nin yeni yapılanmasında bir zorunluluk olduğunu zannediyorum; bu zorunluluk sabahtan beri yapılan tartışmalardan ortaya çıkıyor. Bu tartışmalara Anayasa şikayeti de eklendiğinde; ben öteden beri savunmuşumdur bireysel başvuru hakkının da, Anayasa şikayetinin de Türk Anayasal yargısına alınmasını, iş yükü daha da artacaktır, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin daireler şeklinde yapılanarak verimliliğini artırması artık kaçınılmazdır. Peki bu yapılanma nasıl olmalıdır. Burada da Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde iki model var. Sabahtan da üzerinde durduğumuz, prototipini Almanya'nın oluşturduğu, Anayasa Mahkemesi üyelerini yasama organının seçmesi, Macaristan, Polonya, Slovenya bunun diğer örnekleri oluyor. Bu modeli de tabii parlamento seçiyor; ama özellikle Almanya ve Macaristan'da siyasi organın tarafsız kimseleri

^(*)Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

seçmesi bakımından 2/3 çoğunluk gibi süborklar öngörülmüştür. İkinci model prototipini İtalya'nın oluşturduğu prototipi diyorum, yerleşmiş mahkemeler olduğu için bunları kastediyorum. Anayasa Mahkemelerini Yasama, Yürütme ve Yargı organlarının seçtiği karma model kaynaklar, Yasama, Yürütme, Yargı organlarından geliyor, ve Avrupa'daki bir çok mahkemelerin daha çok daha doğrusu çoğunluğu bu modeli belirlemiştir. Her iki modelde de dikkati çeken bir diğer husus daha var. Anayasa Mahkemeleri üyeleri için yargıç olabilecek hukuki formasyona sahip olmak, ve deneyimli hukukçu olmak şartları aranmakta olup, bu Anayasa Mahkemeleri üyeleri daha çok yüksek yargıçlar, hukuk profesörleri, ve deneyimli avukatlar arasından seçilmektedir. Burada elimde örnekler var ülkelerden; ama bu on beş dakika dolayısıyla bunları okuma fırsatım yok, dolayısıyla Türk Anayasa Mahkemesi'nin yapılanmasında da bu hukukçu olma özelliğine dikkat edilmeli diye düşünüyorum. Şimdi her ülke kendi yapısına uygun bir model benimsemiş, sorunlarını çözmek bakımından. Almanya, 2 daire 1 genel kurul, İspanya, Portekiz oradan örnek almış, Avusturya sabah anlatıldı, büyük kurul, küçük kurullar yoluyla sorunlarını aşmaya çalışıyor. Türkiye için bu modellerden hangisi örnek olabilir? Türkiye 1961 Anayasası ile Anayasa Yargısına geçerken İtalyan Anayasası'nı örnek almıştır. 5 üye parlamentodan, 5 üye yargı yerlerinden, 5 üye de Cumhurbaşkanı tarafından; İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin yapılanması böyledir. Bizde 15 üye vardır; ama sekiz, beş, iki gibi bir sapma göstermiştir; fakat kaynaklar bakımından İtalya'yı örnek aldığı söylenebilir. Ama mahkemenin yapılanması bakımından bize örnek olabilecek model Federal Alman modelidir; 50 yıllık deneyim birikimi ve tecrübeleriyle. Şimdi bu noktada zaten yeni öneriler de ileri sürülmüş değildir. Bu taslaktan önce 1998'de TÜSİAD'a hazırlamış olduğumuz bir raporda benim de içinde bulunduğum, Anayasa Mahkemesi'nin 18 üyeden oluşan iki daire biçiminde yapılanması o zaman da öngörülmüş idi. Keza Türkiye Barolar Birliği'nin raporunda da Anayasa Mahkemesi'nin 21 üyeden oluşması, iki daire, iki kurul şeklinde çalışması daha önce de öngörülmüştü. Dolayısıyla mahkemenin daireler şeklinde çalışma yönünde bir taslak hazırlamış olması talepleri de öngören yerinde bir girişimdir. Bu nedenle ben Anayasa Mahkemesi'nin yeni oluşumunda 17 üyeden oluşmasını makul bir sayı olarak görüyorum. Üyelerin kaynakları bakımından da parlamentoya 4 üye kontenjanı ayrılmıştır. Yani bu bir manada 1961'e dönüşür. Bunu da isabetli buluyorum. Esas itibarıyla bu kompozisyona katılmakla birlikte küçük bir eleştirim olacak, o da öğretim üyesi kontenjanının az olduğunu düşünüyorum. Sakın kendimi düşünerek böyle söylediğimi düşünmeyin. Sabahleyin de örnekleri verildi. Kurulun kendi iç daireler şeklinde yapılanması da

düşünülürse bence en azından iki öğretim üyesi, iki avukatın o kontenjanın da düşük olduğunu düşünüyorum Anayasa Mahkemesi üyesi olmasında yarar var. Bu nereden düşürülebilir. Yargıtay 5, Danıştay 4, denilmiştir. Öteden beri bu iki kurum arasında eşitlik ilkesi yönünden hassasiyet vardır. Yargıtay'ın bir kontenjanı alınabilir yine bir kontenjan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'dan iki kontenjan yerine bunların genel kurullarının göstereceği üç aday arasında Cumhurbaşkanının seçmesi şeklinde bir kontenjan alınabilir ve dolayısıyla öğretim üyesi ve avukat kontenjanı birer yerine ikiye olmak suretiyle bir yapılanmanın daha isabetli olacağını düşünüyorum. Bunun dışında 67 yaşı olumlu buluyorum. 12 yıllık süre de makuldür. Asgari yaş sınırı 50, yani bunlar tartışılabilir ama olumlu değişiklikler olarak bütünüyle değerlendiriyorum. Özetle mahkemenin bu yeni yapılanma modelini bütünü itibariyle olumlu değerlendirmekteyim. Buna ek olarak burada değinilmeyen yeni bir takım önerilerde bulunacağım; kalan zamanımı da buna ayırmak istiyorum. Anayasa Yargısında yeni yapılanma dışında çözümlenmesi gereken sorunlar olarak bunlardan birisi, denetim yetkisinin biraz daha genişlemesi. Anayasa Mahkemesi'nin özellikle Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil denetimindeki sınırının kaldırılması gerekir. Öyle matematiksel rakamlarla değil, şekil denetimi esas denetimi olmasa bile şekil denetimi tam olarak yapılabilirdir. Bunun dışında olağanüstü kanun hükmünde kararname halen denetim dışı bırakılıyor. Bu artık denetim kapsamına alınmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıçlarının denetlediği normları bizim kendi milli yargıçlarımıza denetletmemenin bir anlamı yoktur. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin kararları arasında bir ayırım yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararları içerisinde şu anda sadece yasama dokunulmazlığının kaldırılması, üyeliğin düşmesi kararları denetlenilebilir. Kanımca bunun tersi yönündeki kararlar da denetlenmelidir; dokunulmazlığın kaldırılmasının reddi, düşmenin reddi, Yüce Divan'a sevkini reddi kararları da parlamentoda siyasi çoğunluğun kendi bakanları ve kendi milletvekillerini koruma yönündeki girişimleri bu yolla önlenir. Yine meclis kararları içerisinde dışa dönük olarak nitelendirdiğimiz bizim kararlar var öğretide. Bunlar örneğin 92. maddedeki silahlı kuvvet göndermeye izin verme, 121-122. maddede ki olağan üstü hal ve sıkıyönetim kararları da denetim kapsamına alınmalıdır. Denilebilir ki bu noktada takdir yetkisi çok önemlidir; kuşkusuz önemlidir, ama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ulus'un yaşamını tehdit eden bir kamusal tehlike var mı, yok mu? yönünden denetliyor hepimizin bildiği gibi. 15. maddeyi devreye koymak bakımından bizde de kuşkusuz bu noktalarda hükümetin, parlamentonun takdir yetkisi geniş olacaktır;

ama hiç değilse şekli de olsa bir denetim olmalıdır. Bir hukuk devletinde denetim dışı büsbütün bırakılması savunulamaz. Bir başka söylemek istediğim yenilik ise, ön denetimin de Türk Anayasa yargısına girmesi gerekir. Bu bence demin söylediğimden çok daha önemlidir. Bakınız Türkiye’de giderici denetim var, yani sonradan iptal ediliyor. Bununla ilgili özellikle organik yasalar bakımından Fransa’da olduğu gibi ön denetim yoluna gitmemiz gerekir. Siyasi partiler ve seçim yasaları işte yüksek mahkemelerin kuruluş yasası, YÖK Yasası gibi yerel yönetimde yeniden yapılandırma yasası var. Bugün bu tür organik yasalarda ön denetim yolu, ileriye dönük sorunlarımızın çıkmamasını daha baştan engelleyecektir. Çünkü gerek seçim yasasında 1968’de, gerek siyasi partiler yasalarının iptali büyük sorunlar yaratmıştır, sonradan iptali, ön denetim bunu da engelleyecektir. Hukuki boşlukların çıkmasını daha baştan engelleyecektir diye düşünüyorum. İptal kararlarının yürürlüğe girmesi bakımından önemli sorunlar vardır. Türkiye’de gerçi iki dairesel yapılanmayla belki gerekçeli karar daha çabuk yazılabilecektir; ama yine bu da süre isteyecektir. İptal kararlarının geç yürürlüğe girmesi Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya aykırı bulduğu kanunun bir süre daha uygulanmasına sebep olmaktadır. Bu da uygulamada yargı yerlerinde tereddüt uyandırmaktadır. Bunun giderilmesi bakımından iptal kararları, kamuoyunda duyurulduğu anda bence yürürlüğe girmelidir. Gerekçeli karardan kuşkusuz vazgeçmeyeceğiz. Bunun için de Anayasa Mahkemesi’ne bir an için gerekçeli kararı yayınlaması için 30 gün gibi bir süre verilmelidir. Anayasa’nın 153/2’deki; Anayasa Mahkemesi’nin kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak hüküm tesis edemez şeklinde bir hükmü var, bu hüküm çıkarılmalıdır. Sabahleyin yapılan oturumda söylendi. Alman Anayasa Mahkemesi düzenleyici tedbir kararı dahi verirken bizde böyle bir hükmün varlığı kabul edilemez. Anayasa Mahkememizin her kısmi iptali esasen yeni bir uygulamaya yol açacak niteliktedir, bu hükmün kaldırılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının gerekçeleriyle birlikte bağlayıcılığını hepimiz biliyoruz. Anayasa Mahkemesi Kararları maalesef çok uzun, ayrıntılı, yer yer de olsa tekrarlar içeriyor. Daha özlü olmalı, daha kısa olmalı, bir örnek vereyim; Demokratik Barış Harekatı kararında partinin kapatılması 6 oyla reddedilmiştir. Bu kararda üç gerekçe ayrıdır. DEP kararında iki gerekçe ayrıdır, bir gerekçe ayrıdır. Şimdi bu gerekçelerin hangisi bağlayıcı olacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararları olabildiğince kısa, özlü ve tekrarların olmadığı nitelikte olmalıdır. Bunu gerekçelerinde bağlayıcı olması bakımından söylüyorum. İptal kararının geriye yürümezliği

kuralı bakımından bir istisna konmalıdır. Uygulanmakla hükmünü icra eden yasalar dediğimiz yasalar var bir kez uygulanmakla bunlar bakımından iptal kararı geriye yürümelidir. Aksi halde bu iptal kararının ne manası var. Çok yakında yaşadığımız bir yürürlüğü durdurma kararı var; TÜBİTAK'la ilgili. Biliyorsunuz yürürlüğü durdurma kararı verdi, burada yürürlüğü durdurma kararının nedeni atamayla ilgiliydi; ama hala yürürlüğü durdurma kararına dayanarak yapılan atamalar sürmekte, görevler devam etmektedir, o zaman bu yürürlüğü durdurma kararı ne işe yaradı? Yani her bir üye tek tek İdare Mahkemesi'ne baş vuracak, o uygulayacak. TÜBİTAK örneği bile bize iptal kararlarının özellikle uygulanmakla hükmünü icra eden kararlar bakımından geriye yürürlü olmasını gerektirmektedir.

Son olarak, Anayasa Mahkememiz itiraz yolunda mahkeme ve bakılmakta olan dava kavramlarını çok dar yorumlamaktadır. Sanki bir temyiz mahkemesi gibi bir tutum içindedir. Burada kendi görevi açısından bunu yapmaktadır; ama özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında mahkeme kavramı idari kurulları da kapsayan biçimde geniş yorumlanmaktadır; bunu da geniş yorumlamakta yarar vardır. En son söyleyeceğim, yürürlüğü durdurma kararının pozitif bir kural haline getirilmesi doğru bir yaklaşım olmuştur. Bununla birlikte bence sabahdan beri anlatıldığı gibi muhafaza niteliğindeki tedbir kararının yanında düzenleyici tedbir kararı da verilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma ve iptal kararlarının anlamı olabilsin. Şimdilik teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Erdal ONAR^(*)

Anayasa Mahkemesi'nin sayın Başkanı, sayın misafirler ve meslektaşlarım.

Ben de böylesine önemli bir konunun için uzmanı Anayasa Mahkemesi eliyle hazırlanması doğrultusundaki bu girişimin çok önemli bir gelişme olduğuna yönelik düşüncelerimi aktararak başlamak istiyorum söze.

Anayasa Mahkemesi'ne bugün çoğu ülkede görüldüğü üzere, Anayasa şikayeti ile başvuru yetkisinin tanınması her şeyden önce son derece isabetli ve biraz da geç bile kalınmış bir düzenlemedir bana göre. Şöyle baktığımda, özellikle Sovyetler Birliği'nin çöküşü sonrasında Doğu Avrupa'da ve Orta Asya Devletleri'ndeki yeni yapılanmaların hemen tümünde bir Anayasa şikayeti kurumu ön görülmüş bulunmakta, buna daha yerleşmiş demokrasilerde olanları da eklersek sayı -sabahleyin sayın KILIÇ'ın da ifade ettiği gibi- gerçekten çok fazla miktarda örneği karşımıza çıkarmaktadır. Madem ki bu çok yerinde bir düzenlemedir, o zaman kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'ni de bu çok yeni görevin altında ezilmeyecek bir yapıya kavuşturmak icap eder, bu da haliyle gerekli bir düzenleme. Bu doğrultuda iki daireye ayrılmasını bende isabetli görmekteyim. Ancak, yine bir önceki oturumda Venedik Komisyonu adına yapılan açıklamada işaret edildiği üzere gerçekten bu daireler arasında görüş ayrılıkları, bir başka deyişle içtihat farklılıkları olduğunda hernekadar bunu genel kurulun çözebileceği bir varsayım olarak ifade edilmekteyse de, bunun ne şekilde olacağına da Anayasal düzeyde ele alınması lazım. Bence bu önemli bir konudur ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usullerini Düzenleyen Kanun'a bırakılmayacak kadar hayatidir. Bu bağlamda, bu tür bir görüş ayrılıklarında Genel Kurul'un işe ne şekilde el koyacağına da ayrıca bu taslakta ifade edilmesi gerekir düşüncesindeyim.

Oluşumu yönünden bazı yeniliklere işaret edildi; yine Başkanvekili Sayın Haşim KILIÇ'ın tebliğinde. Gerçekten şimdi belli bazı kotalar içinden dahi olsa üyelerin tümünü Cumhurbaşkanı'nın atıyor olması bir eleştiriyi de beraberinde getirmekteydi; 1982 Anayasası'na yönelik. Bunun giderilmiş olması ve yüksek yargı organlarının kendilerine ayrılan kotayı doğrudan doğruya kendilerinin

^(*)Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

direkt olarak belirlemesi bence isabetlidir. Yasama organının üye seçmesi de yine bu noktada yapmış olduğum inceleme ki, tamamen sayın KILIÇ'ı doğruluyor. Bu incelemem gerçekten bugün Anayasa Mahkemesi olan her ülkede Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna yasama organı ciddi ölçüde katılmakta. Bazılarında doğrudan doğruya tüm üyeleri yasama organı seçmekte, bazılarında Cumhurbaşkanı tarafından yapılan seçimi yasama organının onaylaması gerekmekte, bazılarında ise, belli bir oranda üyeyi yasama organı seçmektedir. Hepimizin malumu 1961 Anayasası'nda bizde de böyleydi ve yasama organı hem Millet Meclisi hem Cumhuriyet Senatosu olarak ayrı ayrı üyeler seçmekteydiler ve mahkememizin değerli üyelerinin bir kısmı o zaman seçilen üyelerle birlikte çalıştıklarından mutlaka çok iyi anımsarlar. Son derece değerli katkıları da bu kotadan gelen üyelerden gerçekten gelmekteydi.

Şu an eski Başkanlarımızdan Sayın Yekta Güngör ÖZDEN'i hatırlıyorum. Sayın Yılmaz ALİFENDİOĞLU'yla aynı masayı paylaşmanın şerefini taşıyan bir kişi olarak kendisinin de yine yasama organından Anayasa Mahkemesi'ne seçilmiş bir yedek üye olduğunu anımsıyorum ve tabii Muhittin TAYLAN'ı rahmetle anmak istiyorum ve tabii unutulmuş başkaları olabilir şu an benim aklıma gelmeyenler. Dolayısıyla, gerçekten yasama organının da bir miktar bu üye seçimine katılması gerekir; ama bunun acaba yargıyı küçük ölçekte de olsa politize etmesi, siyasal görüşler doğrultusunda bu seçimin yapılması gibi bir riski beraberinde getirir mi? Bu soruya bütünüyle hayır demek tabii ki mümkün değil. Kuşkusuz ki, bu tür dürtüler bu tür faktörler yasama organının özellikle yapacağı seçimlerde diğer organlara göre biraz daha ön plana çıkacaktır. Çünkü yasama organı siyasal bir organdır. Oradaki insanlar haliyle partilidir. Partili oldukları için de işlemlerinde o parti gözüyle sorunlara yaklaşmak isteyeceklerdir. Ancak, Yüce Mahkeme'mizce hazırlanmış olan bu taslakta bu tür risk çok büyük ölçüde önlenmiş gibi görünmektedir bana; neden? Çünkü, Anayasa Mahkemesi'ne yasama organının seçeceği üye sayısı bir kez 4'dür. Bunun ikisi yasama organının rahatça seçebileceği kişiler değildir. Yüksek Öğretim Kurulu'nun önereceği üç aday arasından bir kişi, veya Barolar Birliği'nin önereceği üç aday arasından bir kişi, öyleyse ancak onlarla yetinmek durumundadır Yüce Meclis. Onları beğense de beğenirse de biri üzerinde bir mutabakata varmak durumundadır. Yani, ben bunları beğenmedim, bunları geri gönderiyorum size, başkalarını bana gönderin deme yetkisi yok taslakta, zaten öyle olması lazım. Dolayısıyla bu tür bir riski çok açıkçası korkulacak bir boyutta görmüyorum. Kaldı ki, bununla ilgili hala bir endişe varsa, aşılabileceği

yollarının da var olduğu görünüyor bana. Venedik Komisyonu'nu temsilen burada bulunan değerli Venedik Komisyonu yedek üyesi sayın PACZOLAY'ın ifade ettiği Macaristan'daki durum örneğin. Bir komite bunu seçmekte ve o komite belirlemede adayları ve o komitede tüm siyasal partiler temsil edilmekte; dolayısıyla meseleyi daha küçük bir birimin önereceği adaylar içinde ele almak belki Sayıştay'dan gelecek üyeler için düşünülebilir. Eğer çok miktarda talep geldiyse Sayıştay'dan, bir ön elemanın yasama organında temsil edilen tüm siyasal partilerin temsil edileceği bir komisyonda somutlaştırılması düşünülebilir veya bunu zamana yayıp pekala bir demokratik geleneğin sağlanması da beklenebilir; bu da çok hayalcilik olmasa gerekir.

Bu tür bir uygulama İtalya'da süre gelmekte, İtalya'da ciddi ölçüde üye seçilmekte yasama organınca; telaffuzunu ne kadar doğru yapacağım bu İtalyanca sözcüğün bilemiyorum; ama Lottizzazione denilen bir kurum bir tür hakemlik, böyle bir yükümlülük yasada ve Anayasada yer almadığı halde; bir bakıma centilmenlik anlaşması biçiminde partiler arasında yasama organı seçimini yaparken mutlaka dağıtımını ona göre gerçekleştirmekte ve bugüne kadar ki uygulama da böyle sürmüştür. Özellikle 1994'e kadarki parti yapılanması içinde örneğin Hıristiyan Demokratlara 2 tane, Komünistlere 1 tane, geriye kalanların da birini diyelim sosyal demokratlara, bir diğerini liberallere veriyor. Çoğunluk Hıristiyan Demokratlarda olduğu dönem dahi bu böyle sürüyor. Çoğunluk bende, fırsat bana geçti benim görüşüme yakın kişileri belirlemek pek de gerçekçi olmasa gerek.

Başka birşeyi daha hatırlatmak istiyorum bu doğrultuda; Örneğin, ABD'de, Anayasa Mahkemesi yok; ama Anayasa'ya uygunluk denetimi yapan bir yüksek yargı organı var, Federal Yüksek Mahkeme. Oradaki dokuz yargıcın dokuzunu da Cumhurbaşkanı atıyor, gerçi senatonun onayı gerekiyor, ama bu onayın verilmediği haller çok sınırlı. Peki, Cumhurbaşkanı kendi görüşüne yakın kişileri atamıyor mu? Evet atıyor. NİXON. Eski Başkanlardan NİXON, bu doğrultuda şanslı bir başkan, kısmen de olsa. Neden? Çünkü Amerika'da Yüksek Mahkeme Üyeleri ömür boyu görev yaptıkları için boşalmaları hayli zaman alıyor, haliyle dört üyelik boşalmış ve dördünü de NİXON atamış; o tarihte mahkemenin adı NİXON mahkemesiyken, Watergate skandalı çıktığında ve telefon bantlarının Watergate skandalını soruşturan yasama komitesine verilmesi istendiğinde; bunu başkanlık ayrıcalığının ve imtiyazının ihlali olarak değerlendiren NİXON, konuyu yüksek mahkemeye götürüyor; yüksek mahkeme oy birliğiyle bantların verilmesi gerektiğinden yana bir karar

veriyor. NIXON mahkemesi diye adlandırılan mahkeme açıkçası bir bakıma NIXON'ı son derece müşkül bir durumda öylece bırakıyor.

Değınmek istediğım bu husustan sonra vaktin de çok azalmış olduğunu dikkate alarak iki hususa da kısaca işaret etmek istiyorum izninizle. Bunlardan bir tanesi elli yaş. Yine Venedik Komisyonu adına yapılan açıklamalara bütünüyle katılıyorum, bana göre çok yüksek, özellikle avukatlar için bir onbeş yıllık deneyim aranıyor. Onbeş yıllık deneyimi olacak, bu yetmez, bir de elli yaşında olacak. Çok yükseltmiyor muyuz? Kırk, bence makul bir taban değil mi? Altmışyedi yine benim yaptığım incelemeye göre dünya Anayasa Mahkemeleri içinde ömür boyu görev yapılmayan yerlerde hayli düşük. Yoğunlaşma yetmiş üzerinde. Anayasa Mahkemesi'nde yapılan işin niteliği de pekala buna izin verebilir diye düşünüyorum.

İşaret etmek istediğım bir konu da sayın Başkan izin verirseniz; bu taslakla birlikte Anayasa'nın ilgili maddeleri değiştirilecekken bir terim birliğinin sağlanması hususu. Örneğın, Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa değışikliğinden söz edilirken, 1987'den beri artık malumunuz ivedilikle görüşülemez denmiyor; iki defa görüşülür deniyor. O zaman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değışikliklerini şekil yönünden denetlerken de artık Anayasa'da kullanılmayan bir terimi değil ivedilikle görüşülemeyeceğı hususunu değil, iki defa görüşülüp görüşülmediğini denetler biçiminde bir uyumlaştırma zannederim yerinde olacaktır. Yine aynı metin içinde aynı amaca yönelik farklı iki söz kullanılıyor. Örneğın yüksek yargı mensuplarından geleceklerden elli yaşını bitirmiş olma; ama TBMM'since ve Cumhurbaşkanı'nca seçileceklerden elli yaşını doldurmuş olma gibi iki farklı terim. Birinden birini tercih etmek zannederim yerindedir. Son bir konu da soyut ve somut norm denetimlerinde beş yıl yasağı; malumunuz şu an bu somut norm denetiminde yoğunlaşmış bulunmakta ama soyut norm denetiminde esasında girilip Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle iptal istemi reddedildikten sonra aynı kanunun belkide hatta aynı hükmü bir mahkemede uygulanabildiğı zaman getirilebiliyor. Bence bunun muhafazası lazım. Neden? Çünkü soyut normda açıkçası ne şekilde uygulanacağı tam görülmeyebilir. Şöyle masa başı incelemede aykırı gibi görülmeyen bir hususun uygulama sırasında uygulayıcılar tarafından ona daha farklı bazı anlamlar yüklenerek işin Anayasa Mahkemesi'nin önüne o anlayışla geldiğinde belki Anayasa'ya aykırı olduğu gözlenebilir. O nedenle bu konunun zannediyorum aynı şekilde korunması, ama beş yıla indirilmesinin kuşkusuz çok yerinde olduğunu düşünüyorum.

Bitirirken çok değerli meslektaşım sayın YÜZBAŞIOğLU'nun işaret ettiği bir hususa ben de bütün içtenliğimle katılıyorum. 1982 Anayasası'nın kanunların Şekil bakımından denetlenmesini son derece sınırlı bir alana indirgemesi -sadece son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı gibi- ama Anayasa'nın kendisinin de Şekle yönelik, bazı yasalarda da çok ayrıntılı düzenlemeler var. Bütçe Kanunu 162. madde, Kesin Hesap Kanunu, eğer onlara aykırı davranılmışsa; Peki Bütçe Kanunu'nun son oylamasında öngörülen çoğunluk sağlanmışsa ne yapacak? Yani Anayasa Mahkemesi eylemde iç tüzük değişikliği olarak düşünecek te o Şekilde mi dolanarak bunu iptal edecek bilemiyorum, yani Şekil nedenini, artık Anayasa Mahkemesi olgunluk çağında. Belki 1961 Anayasası dönemindeki ilk kararlarında ayrıntıları özü asla etkilemeyecek bir takım ayrıntıları Şekil aykırılığı olarak değerlendirip iptal kararı vermiş olabilir; ama artık kararlarının oturduğu bu olgunluk çağında bu tür tutumlar olmayacağına ben bütün kalbimle inanıyorum; dolayısıyla Yüce Mahkemeye de biraz güvenmek gerekir. Onu bu kadar dar bir çember içine almamak icap eder diye düşünüyorum. Bu aşamada arz etmek istediklerim bunlar efendim, çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU^(*)

GİRİŞ

Anayasayla, kanunların, kanun hükmünde kararnemelerin ve TBMM İctüzüğü'nün şekil ve esas açısından Anayasaya uygunluğunu denetlemekle; Yüce Divan sıfatıyla görev yapmakla (m.148); siyasî partilerin malî denetimini yapmak ve kapatma davalarına bakmakla (m.69); TBMM'nin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ya da milletvekilliğinin düşmesine ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan iptal istemlerini kesin olarak hükme bağlamakla (m.85); Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığını yapmak üzere kendi üyelerinden birini görevlendirmekle (m.158) görevli Türk Anayasa Mahkemesi (TAYM), 42. kuruluş yıldönümünde uygulamadan doğan sorunları tartışmak durumundadır.

Bu güne değin tekli kurul halinde karar veren Türk Anayasa Mahkemesi için getirilen çözüm önerilerinin tartışılmasına geçmeden önce 42 yıllık uygulama sonucunda, karşılaşılan sorunları aşağıdaki başlıklarda toplayabiliriz:

- Asıl – yedek üye ayrımı;
- 1982 Anayasasına göre TAYM üyelerinin tümünün doğrudan ya da gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi;
- İş yükünün giderek artması ve buna bağlı olarak; iptal ve itiraz yoluyla gelen işlerde, işin mahkemeye gelişiyle kararın Resmi Gazete'de yayımı arasındaki geçen zaman aralığının kimi dosyalarda birkaç yıla kadar uzaması; kararların veriliş tarihleri ile yayımı tarihleri arasındaki sürelerin de bir hayli uzun olması; gerekçeli kararların yazılmasındaki gecikmeler;
- Anayasada, kişinin, Anayasaca korunan bir temel hakkının bir yasayla ya da bir yönetsel işlemle veya yargı kararıyla ihlal edilmesi durumunda kişiye, bireysel başvuru (Anayasa Yakınması) yolunun öngörülmemiş olması;
- 1982 Anayasasında, kimi konuların Anayasa yargısı ve kimi yönetsel işlemlerin yargı denetimi dışında kalması sonucunda anayasal yargının denetim alanının daraltılmış olması;

^(*)Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

- Anayasada, TAYM'sine yürürlüğü durdurma kararı verme ve kimi durumlarda öndenetim yapma yetkilerinin verilmemiş olması;
- Türk Anayasa Yargısının, "ihmal yoluyla" anayasaya aykırılık savlarına karşı kapalı olması.

TAYM'NİN, KENDİSİYLE İLGİLİ MADDELERE İLİŞKİN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNERİSİ

Kuruluş (m. 146)

Öneriye göre, Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul ve iki Daire halinde çalışmak üzere on yedi üyeden oluşur.

Türk Anayasa Mahkemesi raporunda, iş yükündeki artışın getirdiği ve getireceği sorununun, iki daire ve bir genel kurul halinde çalışılarak aşılmasının düşünüldüğü belirtilmektedir. Bu amaçla Mahkemenin üye sayısı, asıl-yedek ayırımı yapılmadan 12 yıl için seçilen 17 üye olarak belirlenmiştir. Üyelerin seçilmesi, yüksek yargı organları, TBMM ve Cumhurbaşkanı arasında paylaştırılmıştır. Bu bağlamda Yargıtay beş; Danıştay dört; As. Yargıtay ve As. Yüksek İdare Mahkemesi birer üyeyi, kendi başkan ve üyeleri arasından genel kurullarınca, üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla, salt çoğunlukla sonuç alınamadığı takdirde, üye tamsayılarının 2/5'inden az olmamak kaydıyla altıncı turdan sonra çoğunlukla; Cumhurbaşkanı, iki üyeyi, hukuk, iktisat ve siyasal bilim dallarından mezun üst düzey yöneticiler arasından doğrudan; TBMM, ikisi Sayıştay başkan ve üyeleri arasından doğrudan, biri YÖK Genel Kurulunca, genel kamu hukuku, anayasa, idare ve ceza hukuku alanlarında profesör olarak görev yapmış olanlardan önerilecek üç aday arasından, ötekisi, TBB'nin en az 15 yıl avukatlık yapmış olanlar arasından göstereceği üç aday arasından. Genel Kurulunca toplam dört üye, seçer.

Öneriye göre Anayasa Mahkemesi, bir başkanı ve iki başkanvekilini, üyeleri arasından gizli oyla ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile 4 yıl için seçer. Süresi bitenler yeniden seçilebilir. Bu seçimlerde toplantı yeter sayısı en az on üçtür.

Mahkeme üyeleri, aslî görevleri dışında resmî ya da özel hiç bir görev alamazlar.

Madde gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, Anayasa değişikliklerinin denetlenmesi, siyasi parti kapatma davaları ve yüce Divan dışında kalan işler, Dairelere eşit olarak paylaşılacak; içtihat farklılıkları Genel Kurul bünyesinde çözümlenecektir.

Tüm üyelerde aranan ortak özellik 50 yaşını doldurmuş olmalarıdır. Yüksek yargı organlarından ve üst kademe yöneticilerden seçileceklerde bu görevlerde en az üç yıl hizmet yapmış olmaları koşulu aranacaktır. Üyeler 12 yıl için seçileceklerdir.

ANAYASANIN 146. MADDESİYLE İLGİLİ OLARAK ÖNERİLEN DEĞİŞİKLİK METNİNDE TARTIŞILACAK KONULAR

Yazıma ve usule ilişkin konular:

1. Anayasanın 146. maddesiyle ilgili önerinin ilk fıkrasında, “AnayasaMahkemesi genel kurul ve iki daire halinde çalışmak üzere on yedi üyeden oluşur .” denilmektedir. Madde başlığında “Kuruluş” sözcüğü kullanıldığına göre, yazım açısından “oluşur” yerine “kurulur” denilmesinin daha isabetli olacağı kanısındayım.
2. Ayrıca, maddede, “iki daire halinde çalışma” dan söz edilmektedir. Çalışma yöntem ve usulüne ilişkin bu düzenleme “çalışma ve yargılama usulüyle” ilgili 149. maddede yer almalı idi. 146. madde ile ilgili bir örnek vermek gerekirse, “Anayasa Mahkemesi, bir Genel kurul, iki Daire ve yeterli sayıda komitelerden ve 17 üyeden kurulur.” denebilirdi. Böylece, Anayasada, Türk Ulusu adına yargı yetkisi kullanacak kurul, daire ve komitelere, kuruluşla ilgili maddede yer verilmesinin, “Anayasayla kurulma ve kaynağı Anayasada bulunan bir yetkiyi kullanma” ilkesiyle daha bağdaşır olacağı görüşümdedir.
3. İşlerin dairelere paylaşılması maddede yer almamış, ancak, gerekçede bu konuda açıklama yapılmıştır. Kanımca bu konudaki düzenleme ve gerekçede açıklama, Mahkemenin çalışması ve yargılama usulünü belirleyen 149. maddede yer almalıydı.
4. Kuruluşla ilgili maddede ve öteki maddelerde Genel Kurulun ve dairelerin görevleri açık olarak belirtilmemiştir. Sadece bu konuda madde gerekçesinde açıklama bulunmaktadır. Kanımca genel kurulun, dairelerin ve komitelerin görevleri madde içinde ayrıca gösterilmesi gerekirdi.

5. TBMM'nin, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimiyle ilgili karar nisabının, "üye tamsayısının salt çoğunluğu, salt çoğunlukla sonuç alınamadığı takdirde üye tamsayısının 2/5'inden az olmamak üzere altıncı turdan sonra en çok oy alan seçilmiş sayılır." biçiminde belirlenmesi yerine, Anayasanın 96. maddesindeki genel karar nisabının esas alınması daha gerçekçi bir yaklaşım kabul edilebilir. Kaldı ki, öneride, yüksek mahkemeler ve TBMM açısından "salt çoğunlukla sonuç alınamama"nın kaç turdan sonra anlaşılacağı açık değildir. Sözü geçen "6 tur" ölçütü, sonuç alınamamanın anlaşılmasının mı; yoksa, "en çok oy alanın kazanması" kuralına geçebilmenin mi ölçütüdür?
6. Maddede, YÖK'ün önereceği Öğretim Üyeleri arasında siyasal bilimler ve iktisat bilimi alanlarında görev yapan profesörlere yer verilmemiştir.
7. Öneride, TAYM'ne kendi raportörleri arasından bir üye seçme yetkisi verilmemiştir. Kanımca, başarılı raportörlere üyelik yolunun açık tutulması Mahkemenin etkinliğini arttıracaktır.
8. Öneride, Anayasa Mahkemesi üyelik süresinin 12 yıla sınırlanması isabetli ise de, mahkeme üyelerinin 4 yılda bir 1/3'ünün değişimine olanak sağlanması yönteminin benimsenmesi, Mahkemenin değişime ve yeni görüşleri tartışmaya açık olması açısından yararlı olacağını düşünmekteyiz. Üye seçilebilmede, bir tavan yaş (örneğin 62) kabul edilmeli, böylece emekliliğine bir ya da iki yıl kalanların üye seçilmeleri yolu kapatılmalıdır.
9. Üyeler, Mahkemenin olurlu kalmak ve haftada belirlenecek bir süreyi aşmamak kaydıyla Üniversitelerde ders verebilmeli ve bilimsel çalışmalara katılabilmelidir. Bu durum, Anayasadaki ve önerideki, "Anayasa Mahkemesi üyeleri, aslî görevleri dışında resmî veya özel hiçbir görev alamayacaklarına" ilişkin yasağın istisnasını oluşturmamalıdır. Böylece, 12 yıllık süreyle sınırlanan Anayasa Mahkeme Üyeliği daha çekici kılabilir.
10. Önerilen maddede, Anayasa Mahkemesi Başkan ve Başkanvekillerini seçecek kurulun toplantı yeter sayısı "en az on üç" olarak belirlenmiştir. "Yeter sayı" denildiğine göre ayrıca "en az " sözcüğünün kullanılmasına kanımca yer yoktur. Maddede, başkan ve başkanvekillerini seçmekle görevli kılınan "Anayasa Mahkemesinin", "Genel Kurul"dan ayrı bir kurul olup olmadığı anlaşılmalıdır. 149. maddede, genel kurulun bir başkan ve on iki üyeye

toplanacağı belirtilmiştir. Bu durumda iki madde arasında farklılık vardır, bu farklılığın, kanımca, giderilmesi ve toplantı ya da toplantı yeter sayısının 149. maddede düzenlenmesi gerekir.

Esasa ilişkin konular:

1. TBMM'ne üyelik için kontenjan tanınmasının sonuçları, siyasallaşma, kuvvetler ayrılığı ve TBMM'nce üye seçilememesi durumları ortaya çıkabilecek sorunlar açısından tartışılmalıdır. Bu konuda iki görüş ileri sürülebilir:

- Birinci görüş, yasaları iptal yetkisiyle donatılmış TAYM'nin üyelerinin bir bölümünün, ulusal irade adına yasama yetkisini kullanan ve yasa yapan TBMM'nce seçilmesi, kuşkusuz demokratik teamülle ve ulus adına kullanılacak yetkilerin seçilmişler eliyle kullanılması gerekliliği anlayışıyla bağdaşır. Burada güçler ayrımı ilkesine aykırılıktan çok, Meclisin, pozitif irade kullanarak yaptığı yasanın, Anayasa Mahkemesince, anayasaya aykırı bulunarak ve negatif karşı irade kullanılarak iptali söz konusudur. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesinin yaptığı işin, yasama etkinliğinin devamı ve yasama işleminin anayasallaştırılması olduğu söylenebilir. Bu görüşle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir bölümünün Parlamento tarafından seçilmesiyle, Mahkemenin meşruiyeti arasında bağlantı kurulabilir.
- İkinci görüş, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli bir mahkemenin üyelerinin, olabildiğince politik etkiler dışında seçilmeleri ve yargısal denetim işlevlerini yansız ve nesnel ölçütlerle yürütebilmeleri, büyük oranda, siyasallaşmamalarına bağlıdır. Siyasal bir organ tarafından yapılacak seçimlerde, kuşkusuz, bir oranda, siyasal etkiler de rol oynar, karşılıklı etkileşim söz konusu olabilir; bu yolla yapılan seçimlerin, yargıçların görevlerinde yansız olmaları ilkesini zedelediği ileri sürülebilir; ya da yargısal alana yasamanın müdahalesi olarak algılanabilir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi meşruiyetini, meclis ya da halk tarafından seçilip seçilmediğine göre değil, Anayasadan aldığı söylenebilir.

Mahkeme üyelerinin seçiminde, her ikisinde de haklılık payı bulunan bu iki görüşün bağdaştırılması gerekir. TAYM'nin önerisinde Meclis tarafından seçilecek üyelerinin sayısının fazla olmaması,

TBMM'nin, Sayıştay hariç öteki iki üyeyi, önerilecek adaylar arasından seçmesi, kanımca amaca uygun düşer.

1961 Anayasası döneminde Parlamentodan yapılacak seçimlerle ilgili gözlenen bir başka önemli sorun, seçimi parlamentoya bırakılan üyelerin Meclislerce bir türlü seçilememesinden kaynaklanmakta idi. O dönemde, meclislerce, seçilecek toplam 7 üyenin ya da 6'sının seçimlerinin sonuçlanamaması Mahkemenin toplanamaz, çalışamaz duruma girmesine neden olabilirdi. Böyle bir olasılık için çözüm, görevi sona eren yargıcın yerine yeni yargıç gelinceye kadar eskisinin göreve devam etmesi (İHAS, m.23/7) ya da üye seçme hakkının, belirli bir süre içerisinde seçimi sonuçlandıramayan organdan, o seçim için, bir başka organa verilmesi yolunun açık tutulmasıdır.

2. İki daire, bir genel kurul çalışmasıyla iş yükü azaltılması ne oranda gerçekleştirilebilir? Sorusu, kanımca, tartışılacak bir başka konudur.

İş yükünün azaltılması açısından, kimi konularda kesin karar vermeye yetkili komitelerin sayısının artırılması gerektiği görüşündeyim. Ayrıca, dosyanın Mahkemeye gelişiyle karara bağlanıp çıkışı arasındaki, kararın yazılması da dahil, tüm işlemlerin zamanla sınırlı iş akımı içinde planlanması ve ihmale bağlı gecikmelerin yaptırıma bağlanması gerektiğini düşünmekteyim.

MAHKEMENİN ÜYELİĞİN SONA ERMESİYLE İLGİLİ ÖNERİ (m. 147)

Maddede önerilen değişiklik, emekliliğe ayrılma yaşının 67'ye yükseltilmesidir.

Bu değişiklik, üyelik süresinin 12 yıla sınırlandırılması ve üyeliğin 50 yaşını doldurma koşuluna bağlanması gerekçesine dayandırılmıştır.

ANAYASA MAHKEMESİNİN GÖREV VE YETKİLERİ (m. 148)

Maddede, öneriyle getirilen en önemli yenilik, herkese, AİHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerinden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği savıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması koşuluyla bireysel başvuru olanağının tanınmasıdır. Bireysel başvurunun koşulları, görüşülebilirliği (kabul edilebilirliği) ve

öninceleme komisyonunun kuruluş ve yetkileri, Daire kararına ilişkin usul ve esaslar (kararın içeriği ve sonuçları, nasıl etkili kılınacağı gibi hususlar) yasayla düzenlenecektir.

Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin, şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı savıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına ilişkin Anayasadaki hüküm, önerilen maddede aynen saklı tutulmuştur.

Öneride, “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.” hükmü ile, “Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir” kuralı Anayasadan aynen alınmıştır. Anayasadaki, şekil bozukluğu savıyla 10 günlük süre içerisinde dava açılabilmesine ve itiraz yoluyla şekle ilişkin başvuru yapılamayacağına ilişkin kurallar aynen korunmuştur.

Öneride, Yüce Divan ile ilgili konuda Anayasadan farklı bir düzenlemeye gidilmiş; Yüce Divan Sıfatıyla yargılama yetkisi Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna tanınmıştır. Önerilen maddede bu Kurulun vereceği kararlara karşı, aynı kurula, yeniden inceleme başvurusu yapılabilmesi olanağı tanınmış ve Genel Kurul’un yeniden inceleme sonunda verdiği kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ayrıca, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirecektir.

Tartışılacak konular:

1. Önerilen maddede, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri (OÜHKHK) ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri (SYKHK)ne karşı Anayasal denetim yolunu yasaklayan Anayasa hükmü, aynen alınmıştır. Hukuk devletinin temel unsurlarından birisi Anayasaya uygunluk denetimidir. Olağanüstü hal ya da sıkıyönetim K.H.K.’lerinin denetim dışında bırakılması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğini zedeler. 1982 Anayasasında değişiklik yapılırken hukuk devletiyle bağdaşmayan bu istisnanın Anayasadan çıkarılması gerekirken saklı tutulması kanımca yerinde olmamıştır.

2. Anayasanın 148. maddesi ile 150. maddesi arasında şekil yönünden iptal davasının açılabilmesi yönünden çelişki vardır. Anayasaya göre, şekil açısından denetleme Cumhurbaşkanı veya TBMM üyelerinin, en az, 1/5'i tarafından istenebilir (m.148). Halbuki, iptal davasıyla ilgili Anayasanın 150. maddesinde, şekil ve esas bakımından dava açabilecekler açısından bir ayırım yapılmamıştır. Bu maddeye göre, "şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesinde doğrudan dava açma hakkı, Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. Her ne kadar, Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yasasında, maddeler arasındaki bu çelişki Anayasanın 148. maddesine göre giderilmiş ise de, bu durum, Anayasa yapım tekniğiyle bağdaşmamaktadır. Anayasa maddeleri arasındaki çelişki, normal yasalarla değil, anayasa değişikliği yoluyla giderilmesi gerekirdi. Anayasada değişiklik yapılırken, bu arada, sözü edilen çelişkinin de giderilmesi yerinde olacaktır.

3. Anayasada 1987 de 3361 sayılı yasayla yapılan değişiklik sırasında Anayasanın değiştirilmesiyle ilgili 175. maddesinden "ivedilikle görüşülmeme koşulu" çıkarıldı, yerine "iki defa görüşülür" hükmü konuldu. Bu durumda 148. maddede yapılması istenen değişiklikle ilgili öneride, hala, "ivedilikle görüşülemeyeceği şartı"ndan söz edilmesi kanımca isabetli olmamıştır.

4. Anayasa Mahkemesi'nin hazırladığı öneriye göre, parti kapatma davalarına, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nca bakılacaktır. Ancak, önerilen metinde, bu kurulun verdiği kararlara karşı temyiz yolu öngörülmemiştir. Kanımca, parti kapatma davalarına bakmak görevi dairelerin birine verilmeli ya da Anayasa Mahkemesi bünyesinde, siyasi partilerle ilgili davalarda ve mali denetimle ilgili işlerde yetkili bir kurul (siyasi partiler kurulu olarak adlandırılabilir) kurulmalı ve siyasi partilerin kapatılması davalarında ve mali denetimle ilgili konularda karar vermeye yetkili dairenin ya da kurulacak ayrı bir kurulun verdiği kararlara karşı taraflara, Genel Kurul'a başvuru hakkı tanınmalıdır.

5. Anayasa Mahkemesi'nin hazırladığı Anayasa değişikliği önerisine göre, Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisi Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na aittir; bu Kurulun vereceği kararlara karşı temyiz yolu öngörülmemiş, temyiz yerine taraflara, aynı kurula "yeniden inceleme başvurusu" yapabileme olanağı tanınmıştır. Gerekçede, "Yeniden inceleme" yolunun benimsenmesinde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ilk derece

mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı, bu kez “ kararın yeniden incelenmesi” biçimindeki kanun yolunun esas alındığı belirtilmektedir. Ancak, “yeniden inceleme” kavramının Anayasa yargısı açısından anlamı açıklanmamıştır. Yeniden inceleme başvurusunun ve Kurul’un, bu konudaki yetkisinin yasayla düzenlenebilmesi için Anayasada gönderme yapılması gerekir.

ÇALIşMA VE YARGILAMA USULÜ (M. 149/1)

Anayasadaki ilgili maddenin birinci fıkrasının değiştirilmesi önerilmektedir. Bu fıkrada, TAYM’nin nasıl çalışacağı, Genel Kurulun ve dairelerin toplantı ve karar çoğunluğu belirtilmiştir.

Öneriye göre, TAYM, Genel Kurul ve iki Daire şeklinde çalışacaktır. Genel Kurul, bir başkan ve 12 üye ile toplanır, salt çoğunlukla karar verir. Genel Kurul’un anayasa değişikliklerinde iptale, siyasi parti kapatma davalarında kapatmaya karar verebilmesi için 3/5 çoğunluk gerekir.

Daireler, bir başkan ve altı üye ile toplanır ve salt çoğunluk ile karar verir.

Tartışma konuları :

1. Öneriye göre, “Genel Kurul, bir başkan ve on iki üye toplanır” denildiğine göre, arta kalan 4 üyenin görevlendirilmesi nasıl olacaktır? Kararlarda istikrar sağlanabilmesi açısından, toplantılar, olabildiğince aynı üyelerin katılımıyla gerçekleştirilebilmelidir. Bunun için üyeler “kıdem esasına göre toplanmalı” ve tamamlayıcı üye de, gerektiğinde, bu esasa göre kurula katılmalıdır.

2. Önerinin, Anayasanın 146. maddesinin değiştirilmesine ilişkin ilk fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin on yedi üyeden oluşacağı (kurulacağı) belirtilmekle beraber, Genel Kurul’un ve Dairelerin kuruluşu değişiklik metninde yer almamıştır. Mahkemenin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen 149. maddenin ilk fıkrasında, her dairenin “bir başkan ve altı üye ile toplanacağı” belirtilmiştir. Ancak bu üyelerin hangi esasa göre toplanacağı ve tamamlayıcı üyelerin dairelere nasıl katılacakları belli edilmemiştir. Bu husus yasaya bırakılmıştır. Kanımca, daire üyeleri de, kıdem esasına göre toplanmalı, tamamlayıcı üyeler, aynı esasa göre üyesi eksik olan dairedeki boşluğu doldurmalıdır.

3. Bu maddeye göre, Anayasa Mahkemesi, eskiden olduğu gibi Yüce Divan dışında kalan işleri dosya üzerinden inceleyecektir. Bu durum, özellikle siyasi partilerin kapatılmaları davalarında, AİHS'nin "adil yargılanma hakkı" ile ilgili maddesindeki (m.6) "dinlenmeyi isteme hakkı" ile çelişecektir.

İPTAL DAVASI

Öneride, Anayasanın "iptal davası" başlıklı 150. maddesinde değişiklik önerilmemiştir. Halbuki bu madde ile, 148. madde arasında "şekil açısından" iptal davası açabilecekler yönünden çelişki bulunmaktadır. Anayasanın değişikliği sırasında bu hususun da düzeltilmesi uygun olacaktır.

ANAYASAYA AYKIRILIĞIN DİĞER MAHKEMELERDE İLERİ SÜRÜLMESİ (M. 152)

Anayasanın bu maddesinde öngörülen değişiklik, sadece son fıkradadır. Öneriye göre, Anayasa Mahkemesinin iptal ve itiraz davalarında işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra beş yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılık iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz." Böylece, Anayasada 10 yıllık "yasak" süresi, iptal davalarını da kapsayacak biçimde konuca genişletilerek, süre yönünden 5 seneye indirilmiştir.

Tartışma

TAYM'ye İtiraz yolu ile yapılacak başvuruyu düzenleyen maddede, yeniden başvuru açısından getirilen yasak süreyi "iptal davalarını" da kapsayacak biçimde değişiklik yapılmasının pratikte yararı bulunmamaktadır. Kanımca, "iptal davası" sözcükleri değişiklik metninden çıkarılmalıdır. Ayrıca, beş yıllık süre de fazladır. Belki iki yıl, daha uygun düşebilir.

TAYM KARARLARI (M.153)

"TAYM'nin önerisinde, 153. maddenin birinci fıkrasındaki "iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz." hükmü maddeden çıkarılmış; ayrıca, maddenin üçüncü fıkrası, esas olarak, "Anayasa Mahkemesi, kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM İktüzüğünün tamamının veya bir hükmünün iptali istemiyle açılan davalarda, Anayasa'ya aykırılık konusunda güçlü belirtiler bulunması

ve uygulanması halinde sonradan giderilmesi imkânsız durum ve zararların önlenmesi bakımından yürürlüğün durdurulması kararı verebilir.” hükmü eklenmek suretiyle değiştirilmiştir. Böylece, Anayasa Mahkemesinin kendi içtihatlarıyla uygulamada kazandığı bu yetkinin anayasal bir içeriğe dönüştürülmesi istenmektedir.

Tartışma

Anayasadaki, “iptal kararı gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” kuralı, iptali takiben hukuksal boşluk doğmaması için TBMM’den beklenen, “iptal kararının gerekçesini dikkate alarak yeni bir yasa yapmasıdır.” görüşüne dayanmaktadır. Öte yandan, gerekçenin yazılmasındaki gecikme nedeniyle iptal hükmü henüz yürürlüğe girmemiş ancak Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırılığı belirlenmiş ve duyurulmuş kuralın, yürürlükte kalmaya ve anayasaya aykırı bu kurala göre işlem yapılmaya devam edilmesi ayrı bir sakınca oluşturmaktadır.

TAYM’nin değişiklik önerisi ikinci görüşü dayanmaktadır. Ancak, Mahkeme, yürütmeyi durdurma yetkisini elde ettiğine göre, iptal kararlarının gerekçeli yazılarak açıklanması daha uygun düşer; TBMM’ne zaman kazandırılmış olur. Mahkeme, iptal kararının duyurulması ile birlikte yürürlüğün durdurulması kararını da verebilir.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararların, kaynağı Anayasada bulunan bir yetkiye dayandırılması kuşkusuz isabetlidir.

Yürürlüğün durdurulması kararlarına süre sınırı getirilebilir mi? Mahkemenin taleple bağlı olması ilkesi yürürlüğün durdurulması açısından da geçerli midir? Yürürlüğü durdurma kararlarına karşı itiraz yolu, gibi hususlar, değişiklik önerisinde yer almamıştır. Yürürlüğün durdurulması ile ilgili bu tür ayrıntıların düzenlenmesi yasaya bırakılmalıdır.

Ayrıca, Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasındaki, “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.” hükmü pratikte bir sonuç doğurmamaktadır ve Anayasadan çıkarılması gerekir. Öneride, bu kural aynen saklı tutulmuştur.

**TAYM'NİN ÖNERİSİNDE YER ALMAYAN, ANCAK,
ANAYASA YARGISININ ETKİNLİĞİ AÇISINDAN ÖNEM ARZ
EDEN VE DEĞİŞİKLİK KAPSAMI İÇERSİNE YASAKLARI
KALDIRICI BİÇİMDE DAHİL EDİLMESİ GEREKEN
KONULAR:**

- Anayasanın, anayasa yargısına sınır getiren 148.; yargı yetkisini sınırlayan 125. ve 159. maddelerdeki yasakların Anayasadan çıkarılması.;
- Yasama organının, hareketsiz kalarak, Anayasanın çıkarılmasını emrettiği yasaları makul süre içerisinde çıkarmamasından doğan Anayasaya aykırılık (ihmal yoluyla Anayasaya aykırılık.) hallerinin Anayasa yargısına dahil edilmesi;
- Uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin, TBMM üyelerinin özlük işlerine ilişkin yasaların ve yetki yasalarının Anayasaya uygunluğunun öndenetim yoluyla sağlanması;
- İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda, mahkemelere, 1961 Anayasasında olduğu gibi, kimi koşullarla “Anayasaya aykırılık savlarını kendi kanılarına göre çözümlenmek yetkisinin tanınması;
- Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla gelen işlerde, 1961 Anayasasında olduğu gibi, “olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı” karar verebilmesi;
- Öneride, Mahkemenin, itiraz yoluyla önüne gelen işlerde, “olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayacak biçimde” karar verebileceğine ilişkin hüküm ile Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesinin de bağlayıcı olduğuna ilişkin kural, önerilen değişiklik kapsamında yer almamıştır.

SONUÇ

Cumhuriyetin, demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin yaşama geçirilmesinde ve insan hakları temeline dayalı hak ve özgürlüklerin çağdaş bir yorumda değerlendirilmesinde önemli bir işlev gören Anayasa Mahkemesinin, 42. kuruluş yılında anayasa yargısı alanında karşılaşılan sorunları tartışmaktan, çözüm üretmeye çalışmaktan ve varılan sonuçları Anayasa değişikliği haline getirebilmenin çabası içinde bulunmaktan mutluluk duymaktayız.

Anayasa Mahkemesinin, Türk Anayasa Yargısı konusundaki 42 yıllık deneyimlerinin ışığında yeniden yapılanma yolunda önemli adımlar atması ve çaba göstermesi, kuşkusuz, daha etkin bir anayasa yargısına ulaşmada önemli bir atılımdır.

Doç. Dr. Zühtü ARSLAN^(*)

Avrupa'da anayasa yargısı, post-otoriteryen dönemlerin ürünü olarak doğmuştur. Bu açıdan, Huntington'un demokratlaşma dalgalarına¹ benzer şekilde, anayasa yargısının üç dalga halinde yayıldığını söylemek mümkündür. Birinci dalga, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avusturya, Almanya ve İtalya'da faşist rejimlere tepki olarak ortaya çıkan ve yeni(den) kurulan "hür demokratik düzen"i korumayı amaçlayan anayasa mahkemelerini doğurmuştur.² İkinci dalga Güney Avrupa'da ortaya çıkmış ve bunun sonucunda 1970'li yılların ikinci yarısından itibaren Yunanistan (1975), İspanya (1980) ve Portekiz'de (1983) anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Üçüncü dalga ise 1989 yılından itibaren özellikle Berlin Duvarı'nın yıkılışı ile başlayan dönemde Doğu Avrupa ülkelerinde demokratikleşmeye paralel olarak anayasa yargısının doğuşuna neden olmuştur.³ Faşizm ve komünizm gibi ideolojilere dayanan otoriter rejimlerin yıkılmasıyla benimsenen anayasa yargısı modellerine hakim olan duygu, parlamentoya ve yargıya karşı duyulan güvensizliktir. Bunun sonucu olarak, parlamentonun aldığı kararları anayasallık denetimine tabi tutacak ve yargısal sistemin kısmen dışında müstakil organlar olarak çalışacak anayasa mahkemeleri kurulmuştur.⁴

Türkiye'de de anayasa yargısının nispeten benzer bir kuruluş öyküsü vardır. Türk Anayasa Mahkemesi, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinin bir ürünü olarak ortaya çıkan 1961 Anayasasıyla kurulmuştur. Mahkeme, Demokrat Parti uygulamalarına tepki olarak, siyasal iktidarı kontrol edecek bir organ misyonuyla doğmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu ve işlevlerini tanımlayan

^(*)Doç.Dr., Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

¹S.P. Huntington, *Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, çev. E.Özbudun, (Ankara: Türk Demokrasi Vakfı yayınları, 2004).

²Avusturya'da Anayasa Mahkemesi ilk olarak 1920'de kurulmuş, bazı değişiklikler geçirmiş, nihayet Nazi Almanya'sının işgali ile faaliyetleri durdurulmuştur. Bu mahkeme, 1945 yılında yeniden kurulmuştur. Bkz. İ.Ö.Kaboğlu, *Anayasa Yargısı: Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine*, (Ankara:İmge Kitabevi, 1994), ss.11-12.

³Doğu Avrupa'daki "liberal devrim" ve bunun anayasacılık boyutu için bkz. B.Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, (New Haven: Yale University Press, 1992), ss. 46-68 ve E.Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, (Ankara: Bilgi Yayınevi, 1993), ss.158-168.

⁴Bkz. J. Ferejohn & P.Pasquino, "Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice, W.Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, (Hague: Kluwer Law International, 2002), s.21.

anayasal hükümler, askeri müdahaleler sonucu ortaya çıkan olağanüstü durumlarda formüle edilmiştir. 12 Eylül 1980 müdahalesinden sonra hazırlanan 1982 Anayasası bu kurumun oluşumunu değiştirmekle birlikte işlevlerine pek fazla dokunmamıştır. Bu nedenle denebilir ki, Türk Anayasa Mahkemesi olağanüstü ortamların ürünü olarak şekillenen bir kurumdur.

Anayasa Mahkemesi'nin Reform Önerisi

Anayasa Mahkemesi, belki de kuruluşundan bu yana ilk kez olağan bir dönemde çok ciddi yapısal ve işlevsel değişikliklerle karşı karşıya bulunuyor. Anayasa Mahkemesi tarafından hazırlanan anayasa değişikliği önerisi, anayasa yargısında yeniden yapılanmayı amaçlamaktadır. Öneri, iki önemli değişiklik öngörmektedir. Buna göre (a) Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı 11'den 17'ye yükselecek ve bu üyeler iki daire altında çalışacaklar, ve (b) anayasa şikayeti yoluyla bireyler de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bünyesindeki haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecekler. Bu öneride yer alan bazı "teknik" nitelikli değişikliklerle ilgili görüşümüzü kısaca belirttikten sonra, değişiklikler arasında temel eksiklik olarak gördüğümüz üye oluşumuna ilişkin öneriye ayrıntılı olarak bakacağız.

1. Öneriye göre Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilebilmek için asgari yaş 50'dir. Bu Türkiye'deki ortalama ömür de dikkate alındığında oldukça fazladır. Bu bakımdan mevcut durumun, yani kırk yaş şartının, korunması gerekmektedir.

2. Öneri, Mahkeme'ye seçilecek öğretim üyeleri sayısını bir kişiyle sınırlandırmaktadır. Özellikle Anayasa Hukuku ve Siyaset Bilimi ile uğraşan bilim adamlarının Anayasa Mahkemesi'ne yapacağı katkılar düşünüldüğünde bu sayının artırılması, en azından beş üyenin öğretim üyeleri arasından seçilmesi gerekliliği ortadadır.

3. Bununla ilişkili olarak, Mahkeme'ye üye seçilecek öğretim üyelerinin profesör olması şartı da gereksizdir. Seçilecek kişilerin "öğretim üyesi" olması yeterlidir.

4. Mahkeme üyelerinin başka bir işle uğraşamayacaklarına ilişkin mevcut durum korunmaktadır. Oysa, öğretim üyelerinin Mahkeme üyeliği yanında üniversitelerinde ders vermelerine ve bilimsel çalışmalarını devam ettirmelerine izin verilmesi

gerekmektedir. Esasen, 1982 Anayasasını hazırlayan Anayasa Komisyonu'nun teklifi de bu yöndeydi.⁵

5. Son olarak, anayasa şikayetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki haklarla sınırlandırılması bireysel başvuru yoluyla yapılacak şikayetleri kısmen azaltsa bile artan iş yüküyle başa çıkabilmek için etkili ve hızlı öndenetim mekanizması oluşturulmalıdır. Bu noktada aynı sıkıntıyla başa çıkabilmek için şu sıralar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 14 Nolu Protokolün hazırlıklarını sürdüren Avrupa Konseyi'nin tecrübelerinden faydalanılabilir. Özellikle "tek yargıçlı" karar seçeneği dikkate alınmalıdır.⁶

Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti

Anayasa Mahkemesi'nin mevcut önerisine göre 17 üyeden dördü dolaylı ve yarı dolaylı yöntemlerle TBMM tarafından seçilecektir. Buna göre parlamento, iki üyeyi Sayıştay Başkan ve üyeleri arasından seçecek, bir üyeyi YÖK'ün göstereceği üç profesör arasından, kalan bir üyeyi de Barolar Birliği'nin göstereceği üç avukat arasından seçecektir.⁷ Böylece yeni Mahkeme, önerinin gerekçesinde belirtildiği üzere, "ulusal iradenin de katkısı"yla oluşturulacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, bu katkı tamamen formaliteden ibarettir. Ulusal iradeye güvensizliğin kurumsal anlamda zirveye çıktığı 1961 Anayasasında bile parlamentoya karşı daha cömert davranılmıştı; Mahkeme'nin toplam onbeş asıl üyesinden üçte birini parlamento hem de daha doğrudan bir yolla seçmekteydi. Bu bakımdan, Anayasa

⁵Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun bu konudaki ilk teklifi şöyleydi: (madde 181) "Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen üniversite öğretim üyelerinin kazanılmış hakları saklıdır, seçilen öğretim üyeleri aynı zamanda üniversitedeki faaliyetlerini sürdürebilirler." Bu maddenin Milli Güvenlik Konseyi'ne sunulan son hali ise şöyleydi: (madde 155) "Anayasa Mahkemesi üyeleri, asli görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar. Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen üniversite öğretim üyelerinin üniversitedeki kadroları saklı tutulur." Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu* (1/463), 30 Temmuz 1982, s.147.

⁶Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim sistemindeki reform çalışmaları için bkz. http://www.coe.int/T/E/Human_rights/ECHRReform.asp.

⁷Anayasa'nın 146.maddesinde değişiklik öngören önerinin TBMM ile ilgili kısmı şu şekildedir: "Bir üye genel kamu hukuku, anayasa, idare ve ceza hukuku alanlarında profesör olarak görev yapmış olanlardan Yüksek Öğretim Kurumu Genel Kurulu'nun teklif edeceği üç aday arasından; bir üye en az 15 yıl fiilen avukatlık yapmış olanlardan Barolar Birliğince önerilecek üç aday arasından, iki üye de en az üç yıl üyelik yapmış Sayıştay başkan ve üyeleri arasından olmak üzere dört üye, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçilir. Salt çoğunlukla sonuç alınmadığı takdirde üye tam sayısının beşte ikisinden az olmamak üzere altıncı turdan sonra en çok oy alan seçilmiş sayılır."

Mahkemesi'nin mevcut önerisi, 1961 Anayasasının da gerisine düşmektedir.

Anayasa mahkemeleri, birbirinden farklı özelliklere ve işlevlere sahip olsalar da, demokratik yollarla oluşmuş yasama organını denetleyen, kararları bütün kurumları bağlayan ve fakat faaliyetleri hiçbir siyasal ya da yargısal güç tarafından kontrol edilemeyen organlardır.⁸ Anayasa yargısı işlevi itibarıyla siyasal niteliklidir. Özellikle soyut norm denetimi yasama sürecinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Nitekim, Kelsen anayasa mahkemelerinin yaptığı işi “negatif yasa koyuculuk” olarak tanımlamıştır. Böyle olunca da yasamaya ait bir denetimin yasama organı dışında bir kurum tarafından denetlenmesi bu kurumun meşruluğunu nereden aldığı sorusunu akla getirmektedir.⁹ Anayasa yargısının meşruluğu (a) biçimsel düzeyde anayasa mahkemesinin oluşumunda ulusal iradeye belirleyici oranda bir rol tanımakla, (b) maddi düzlemde ise karşı çoğunlukçuluğun haklılaştırılmasının tek yolu olarak kabul edilen hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamakla mümkündür.¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin önerdiği anayasa şikayeti, ikinci amacı yani “hak-eksensiz” (rights-based) bir yaklaşımı benimseme amacını kolaylaştırıcı bir etkide bulunacaktır. Yapısal değişikliğe ilişkin önerisi ise parlamentoya daha fazla söz hakkı verecek şekilde değiştirildiğinde demokratik/biçimsel meşruiyeti de sağlayıcı bir niteliğe bürünecektir.

Anayasa yargısını benimsemiş ülkelerde demokratik meşruiyet, anayasa mahkemelerinin oluşumunda siyasi iradeye belirleyici bir yer vermekle sağlanmaktadır. Anayasallık denetiminin vatanı kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Yüksek Mahkeme, 1803 tarihli meşhur *Marbury v. Madison* kararından bu yana aynı zamanda anayasallık denetimi de yapmaktadır.¹¹ Bu mahkemenin dokuz üyesi de ABD Başkanı ve Senatosunun ortak iradeleriyle belirlenmektedir. Başkan, üyeleri önermekte Senato da onaylamaktadır. Senato'nun onaylama işlemi kesinlikle bir formalite değildir. Nitekim, şu ana kadar Başkan'ın önerdiği adayların yaklaşık dörtte birinin Senato tarafından

⁸Bkz. A.S.Arnaiz, “Constitutional Jurisdiction in Europe: Between Law and Politics”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6/2 (1999), s.124.

⁹Bu konuda bkz. J.Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (translated by W.Rehg), (Cambridge: Polity Press, 1996), s.242.

¹⁰Anayasal yargı ve meşruluk ilişkisi hakkında bkz. Z.ARSLAN, “Anayasalar ve Meşruluk Sorunu”, *Yeni Türkiye*, Sayı 29-30 (1999), ss.564-571.

¹¹Bkz. Z.ARSLAN, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, Z.ARSLAN (Der.), *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, (Ankara:LDT ve Avrupa Komisyonu, 2003), ss.18-21.

reddedilmesi de onaylama yetkisinin işlevselliğini göstermektedir.¹² Avrupa'da da parlamentolar anayasa mahkemesinin oluşumunda belirleyici bir rol oynamaktadırlar. Sözelimi, Almanya (16), Macaristan (11) ve Polonya (15)'da anayasa mahkemesi üyelerinin tamamı parlamento tarafından seçilmektedir.¹³ Bunun dışında Portekiz Anayasa Mahkemesi'nin 13 üyesinden onunu parlamento, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin 14 asıl üyesinden sekizini Federal Hükümet, altısını parlamento, Fransa'da Anayasa Konseyi'nin 9 üyesinden üçünü Cumhurbaşkanı, üçünü Millet Meclisi Başkanı, diğer üçünü de Senato başkanı, İtalya'da 15 üyenin beşini Cumhurbaşkanı, beşini parlamento, diğer beşini de yargı, İspanya'da Kral'ın formalite olan onaylama yetkisiyle birlikte 12 üyenin sekizini parlamento, ikisini de hükümet seçmektedir.¹⁴

Görüldüğü gibi, hem ABD'de hem de Avrupa'da genelde siyasi irade özede parlamentolar, anayasa mahkemelerinin üye oluşumunda belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu durum, doğası gereği siyasal nitelikli faaliyetlerde bulunan bir organın demokratik meşruluğu açısından kaçınılmazdır. Dahası, bu ülkelerde siyasi partiler anayasa mahkemesine üye belirlemede oldukça etkili olmaktadır. Gerçekten de, "anayasa yargıçlarının belirlenmesi konusunda -farklı biçimlerde gözlenen- siyasal partilerin etkisi, bu belirlemenin demokratik meşruiyetini sağlamak için vazgeçilmezdir".¹⁵

Meclis'e Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin belirlenmesinde hiçbir rol vermeyen anayasamız aslında ABD ve Avrupa modellerinin dışında, üçüncü bir modeli "Türk tipi anayasa yargısı" modelini oluşturmaktadır. Meclis'in anayasa mahkemesine üye seçmesi, bazı

¹²Bu konuda bkz. C. Guarneri & P.Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), s.28. Hatta genellikle Federal Yüksek Mahkeme'nin üyelerinin Başkan tarafından "atandığı" söylenmektedir. Macedo'ya göre bu "atama" ifadesi yanlıştır. Başkan, üyeleri atama yetkisine değil, "aday gösterme", "önerme" yetkisine sahiptir. Önerilen adayları kabul etme(me) ve onaylama(ma) yetkisi ise Senatonundur. Bkz. S.Macedo, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism*, (Oxford:Clarendon Press, 1990), s.150.

¹³Bkz. Alman Anayasası, madde 94; Macaristan Anayasası, madde 32; Polonya Anayasası, madde 194.

¹⁴Bkz. Portekiz Anayasası, madde 224.; Avusturya Anayasası, madde 56; İtalya Anayasası, madde 135; İspanya Anayasası, madde 159. Bu ülkelerin dışında anayasa yargısını benimsemiş ülkelerdeki durum için bkz. K.Başlar, "Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma Sürecinde Bazı Düşünceler", 20-21 Şubat 2004 tarihleri arasında düzenlenen "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Yargısı" konulu sempozyumda sunulan bildiri.

¹⁵Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s.22. Aynı sayfanın 30 nolu dipnotunda da şu ifade yer almaktadır: "Aslında halkın temsilcilerinin kendi çalışmalarını yargılayacak kişilerin belirlenmesine katılımı, anayasa yargısının demokratik meşruiyetini daha iyi kuracak niteliktedir."

siyaset ve yargı çevrelerince iddia edildiği gibi, ne güçler ayrılığı ilkesine aykırıdır, ne de anayasa yargısının siyasallaşmasına yol açacak bir durumdur. Güçler ayrılığı ilkesi açısından asıl tartışmalı olan, yasama sürecine müdahil olan anayasa yargısının varlığıdır. Değilse, kendi kararlarını denetleyecek ve geçersiz kılabilecek bir kuruma yasama organının üye seçmesi, güçler ayrılığı ilkesinin tamamlayıcı unsuru olan “kontrol ve denge” (checks and balances) mekanizmasının gereğidir. Nitekim, güçler ayrılığının en iyi uygulandığı ABD’de, yukarıda belirtildiği gibi, Federal Yüksek Mahkeme’nin üyelerini, yürütme ve yasama organları birlikte belirlemektedirler.

Meclis’in Anayasa Mahkemesi’ne üye seçmesinin anayasa yargısını siyasallaştıracağı iddiası da totolojiktir. Zira anayasa yargısı niteliği gereği zaten siyasaldır. Ayrıca, Meclis dışındaki organların seçimlerinde siyasi mülahazaların etkili olmadığını söylemek de pek inandırıcı değildir. Nitekim, tarafsız Cumhurbaşkanı’nın siyasi parti mensubu olan birisini üye olarak atamış olduğu, ancak durumun ortaya çıkması sonucunda bu kişinin görevi kabul etmediği gerçeği hafızalardaki canlılığını korumaktadır. Eğer kastedilen siyasi partilerin seçim sürecinde etkili olacağı, bunun da tercihleri partizan kılacağı ise bu yöndeki kaygılar da yersizdir. Siyasi partiler, ulusal iradenin taşıyıcıları ve temsilcileri olarak demokratik yaşamın vazgeçilmez unsurlarıdır. Bu nedenle, anayasa mahkemesi üyelerinin belli niteliklere sahip kişiler arasından siyasi partilerin etkili olacağı bir süreçte parlamento tarafından seçilmesinin hiçbir sakıncası yoktur. Üstelik üye seçiminde özellikle nitelikli çoğunluk şartının arandığı ülkelerde, bu durum siyasal uzlaşma kültürünün gelişimine de katkıda bulunmaktadır.

Anayasa Yargısı ve “Ülkenin Gerçekleri”

Dünyanın en aktivist mahkemelerinden biri olan Türk Anayasa Mahkemesi’nin¹⁶ oluşumunda parlamentoya söz hakkı verilmemesi ve yeni öneride de mevcut durumun çok fazla değişmemesi dikkat çekicidir. Bu durum, genellikle “ülkenin kendine has şartları” gibi özel gerekçelerle haklılaştırılmaya çalışılmaktadır. Parlamentoya güvensizliğin beslediği paternalizmi sürdürebilmenin bir yolu olarak “ülkenin gerçekleri” ya da “milletin özellikleri” gibi söylemler kullanılmaktadır. Bu konuda 1961 Anayasasını hazırlayanlarla 1982

¹⁶Bkz. Y.Hazama, “Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey”, *The Developing Economies*, XXXIV-3 (September 1996), ss.324-325.

Anayasasını hazırlayanların önemli ölçüde hem fikir oldukları söylenebilir.

1961 Anayasasını hazırlamak üzere toplanan Temsilciler Meclisi'nde TBMM'nin Anayasa Mahkemesi'ne üye göndermesine karşı çıkanlar bunu "ülkenin gerçekleri" temelinde haklılaştırmaya çalışmaktaydılar.¹⁷ Mesela bir üye (Saadettin Tokbey) şöyle diyordu:

"(Anayasa Mahkemesine) Millet Meclisinden 3, Cumhuriyet Meclisinden iki üye seçilmemelidir... Teşrii organdan mutlaka bunu almak lazımdır. Bu husus başka memleketler için belki düşünülebilir. Türkiye'nin realitesi şudur ki, teşrii organın yapmış olduğu tasarruflardan bu millet çok eziyet çekmiştir. Bundan dolayıdır ki, bu müessese ihdas edilmiş bulunmaktadır."¹⁸

Anayasa Komisyonu üyelerinden Nurettin Ardıçoğlu, bu itiraza şöyle cevap vermişti:

"Bir defa bu mahkemeye teşrii organ eliyle en az üye seçen Anayasa bizimki olmaktadır. Bu sebeple artık hiç meclislere seçtirmeyelim demek fazla vehme kaçmak olur"¹⁹

Mahkeme'ye yasama organı eliyle en az üye seçilmesinin nedeni olarak da "ülkenin gerçekleri" gösterilmekteydi. Nitekim Anayasa Komisyonu sözcüsü Muammer Aksoy aynı üyeye şu cevabı vermektedir:

"Mevcut modern anayasaların hiçbirisinde yargı organları tarafından seçilen üyelere, huzurunuzla getirilmiş olan tasarıdaki

¹⁷Burada yer verdiğimiz 1961 ve 1982 Anayasasının hazırlanışları sırasında Anayasa Mahkemesi'nin üye oluşumuna yönelik tartışmaların bir kısmı, 19 Nisan 2004 tarihinde TBMM'de düzenlenen "Milli Egemenlik ve Siyaset" konulu Sempozyumda sunulan "Egemenliğin İki Yüzü: TBMM-Anayasa Yargısı İlişkisi Üzerine" başlıklı bildirimizin 3.Bölümünden alınmıştır.

¹⁸K.Öztürk, *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları İle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Cilt III, (Ankara: İş Bankası Kültür Yayınları, 1966), s.3709. O dönemde Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin hazırladığı "Anayasa Tasarısı"nda da benzer şekilde "Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde siyasi organlara yetki tanıyan ve *ileri demokratik memleketlerde uygulanan, fakat bizde mahzurlu olabileceğini sandığımız* bir usule yer vermedik" denmekteydi. *Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü*, (Ankara: AÜ SBF Yayınları, 1960), s.86.

¹⁹Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, s.3713.

kadar geniş yer verilmemiştir. Niçin bunu yaptık? Memleketin özelliğini düşündük te onun için!”²⁰

Diğer yandan Aksoy, anayasa yargısının oluşumunda Meclis’e hiç söz hakkı tanımamanın, bütün yetkiyi yargı organlara bırakmanın sakıncalı olduğunu vurguluyordu. Aksoy’a göre, böylesi bir durum bizi “hukuk devleti”ne değil, “hakimler devleti”ne götürecektir. Aksoy, şunları söylüyordu:

“Pek tabiidir ki, bütün azaların da hakimlerden seçilmesi ve bir hakimler hakimiyetinin kurulması caiz değildir. “Hukuk Devleti” başkadır, “Hakimler Devleti” başkadır... Dünyanın hiçbir yerinde kabul edilmemiş bu kadar aşırı bir hal suretini, Anayasa Mahkemesi’ni ilk defa tedvin edecek bir memlekette kabul etmek, çok tehlikeli gelişmelere yol açabilir.”²¹

“Memleketin özelliği” ve Anayasa Mahkemesine ilk kez yer veren bir ülke olma hususiyeti, 1961 Anayasasının ulusal iradeye yönelik iflah olmaz güvensizliğine rağmen, yasama organını Anayasa Mahkemesi’ne üye seçme konusunda tamamen dışlamaya engeldi. Ancak, 12 Eylül’den sonra “ülkenin gerçekleri” değişti. 1982 Anayasası siyaseti neredeyse siyasi partiler için bile yasaklayacak kadar yoğun ve sistematik bir depolitizasyon politikası tarafından şekillendirildi.²² Bu depolitizasyondan Anayasa Mahkemesi de nasibini aldı ve yasama organının mahkemeye üye seçmesi yolu yeni anayasada kabul edilmedi. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu’nda bu kez ters yönde eleştiriler yapıldı. Anayasa Mahkemesi’ne bir veya

²⁰*ibid.*, s.3717. Aksoy, bu görüşünü diğer ülkelerden örnekler vererek şöyle açıklıyordu: “Modern anayasalardan İtalyan Anayasasında, büyük bir adım olarak, üyelerin üçte birinin hakimler tarafından seçilmesi esası kabul edilmiştir. Biz bununla da yetinmedik; çoğunluğun hakimler tarafından seçilmesi gibi daha ileri, daha cesur bir adım attık. Ama bunu da kafi görmiyerek, bütün üyeleri hakimlere seçirmek ve genel olarak milli iradeyi temsil eden- yasama organına veya tarafsız Cumhurbaşkanına, azınlığı teşkil edecek miktarda üye seçme yetkisini dahi tanımamak, ikinci bir ekstrem’e gitmek, ifrattan tefride düşmek demektir.” (ss.3717-3718)

²¹*ibid.*, s.3718.

²²Orgeneral Kenan Evren, yeni anayasayı tanıtmaya gezilerinde siyaseti siyasi partiler dışında bütün kurumlara yasakladığını şu sözlerle ifade etmişti: “Siyaset yapmak, siyasi partilerin ehliyeti dahilinde ve onlara aittir. Siyasi parti mahiyet ve hüviyetinde olmaksızın ve siyasi partilerin tabii bulunduğu düzenlemeler içinde ve bir siyasi parti statüsünde olmaksızın hiçbir kurum siyaset yapamaz. Nitekim siyasi partiler de sendikacılık, dernekçilik yapamayacaktır; meslek teşekkülü veya vakıflara ayrılan işlere girişemeyeceklerdir. Herkes kendi çerçevesi içinde işleyecektir. Böylece her teşekkül kendisinin ne olduğunu bilmiş olacaktır.” *Türkiye Cumhuriyeti Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren’in Yeni Anayasayı Devlet Adına Resmen Tanıtma Programı Gereğince Yaptıkları Konuşmalar (24 Ekim-5 Kasım 1982)*, (Ankara: TBMM Basımevi, 1982), s.41.

iki üyenin Meclis tarafından seçilmesini önerenler oldu. Mesela Feyyaz Gölcüklü önerisini şöyle ifade etmişti:

“...malumunuz demokrasilerde bütün iktidar halktan neşet eder. İktidarın temsilcisi Türkiye Büyük Millet Meclisidir ve bilhassa Anayasa Mahkemesi Yasama Meclisi'nin tasarruflarını denetlemektedir. Bu sebeple 1 veyahut 2 kişinin Meclisçe seçilmesinde yarar görürüz.”²³

Bu öneri Anayasa Komisyonu'nda değişik gerekçelerle kabul görmemiştir. Kimine göre “seçimlerden önce Yüksek Mahkeme üyelerinin Yasama Meclisine yönelmeleri, politik girişimlere tevessül etmeleri gibi durumlara şahit olunmaktadır”.²⁴ Kimine göre de “siyasetin bütün koyuluğuyla hüküm sürdüğü yasama organına üye seçtirmek tarafsız ve adaletli olmakla oynamak gibi bir şeydir.”²⁵ Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı da görüşünü şu şekilde açıklayarak tartışmaya son noktayı koymuştu: “1-2 üyenin dahi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilmesinin Türkiye'yi nerelere getirebileceğini gördünüz.”²⁶

Anayasa Mahkemesi'nin mevcut önerisini bu tarihsel arka planı dikkate alarak değerlendirmek gerekecektir. Önerinin gerekçesine göre “üye seçimi, yargı bağımsızlığı ilkesi esas alınmak ve ulusal iradenin de katkısı sağlanmak üzere yüksek yargı organları, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı arasında paylaştırılmıştır.” Bu paylaştırmada “aslan payı” 11 üyeye yüksek yargıya aittir. Meclis 4, Cumhurbaşkanı da 2 üye seçecektir. Halbuki, anayasallık denetimi yapan bir organın demokratik meşruiyetinin sağlanması bu organın üyelerinin çoğunluğunun ulusal iradeyi temsil eden parlamento

²³ *Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanağı*, Cilt 15, (15.7.1982), s.376.

²⁴ *ibid.*, s.380 (A.Mümin Kavalalı). Komisyonun bir diğer üyesi de benzer gerekçeyle öneriye karşı çıkıyordu: “Yüzde yüz bu kişiler politize olmuş kişiler oluyor. Partiler bir yarış içine giriyorlar ve Anayasa Mahkemesi gereksiz yaralar alıyor”. *ibid.*, s.382.

²⁵ *ibid.*, s.386.

²⁶ *ibid.*, s.396. Anayasa Komisyonu Başkanı Meclis'in Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesine izin veren 1961 Anayasasını da şiddetle eleştirmişti. Aldıkaçtı Komisyonunda bu konudaki görüşlerini şöyle ifade etmişti: “Şimdi bizde bu müessese (Meclisin Anayasa Mahkemesine üye seçmesi) alınırken o 1961 yılının gragerizmi içinde, yani anarşisi içerisinde halkı her şeyin üzerinde tutacağız, demokrasiyi kuracağız havası içerisinde bu karma sistem meydana getirilmiştir...Burada Senatodan 2 kişi, yok Cumhuriyet Senatosundan 3 kişi...Mesele arkadaşlar, yani Yargıtaydan üye seçilmesi, Meclisten üye seçilmesi değildir. Mesele memleketin en iyi hukukçularından 9'unu , 10'unu, 11'ini Anayasa Mahkemesi'ne seçmektir. Sorun budur. Çözüm yolu budur, hedefi bu olmalıdır. Yoksa biz bir denge sağlıyoruz, bir politika yapıyoruz değildir. 1961 Anayasasının getirdiği sistemin temelindeki bozukluk, sakatlık ve mantıksızlık budur...” (s. 397).

tarafından seçilmesine bağlıdır. Hatta Anayasa Mahkemesi üyelerinin belli niteliklere sahip kişiler arasından belli aralıklarla doğrudan halk tarafından seçilmesi gerektiğini düşünenler de olabilir.²⁷ Üyelerinin doğrudan ya da dolaylı olarak ulusal iradeye dayalı bir yöntemle seçildiği bir Anayasa Mahkemesinin, öneri gerekçesinde üye kaynaklarını haklılaştırmak için kullanılan ifadeyle, “ülkemizin gereksinimlerini en iyi bir biçimde yansıttığı” ilerde görülecektir.

Sonuç Yerine : Ne Değişmeli?

Anayasa yargısında yapısal ve işlevsel anlamda radikal değişiklikler yapmayı amaçlayan bu anayasa değişikliği önerisi siyasal ve yargısal normalleşmenin sağlanması açısından büyük bir şanstır. Bu önerinin dışarıdan değil de Anayasa Mahkemesinin bizzat kendisinden gelmesi de bireysel ve kurumsal düzeyde özeleştirici ve kendini yenileme iradesine ve geleneğine pek fazla sahip olmayan bir ülke bakımından ayrıca takdire şayan ve örnek bir girişimdir.

Bu reform girişiminin başarılı olabilmesi, ona hakim olduğu anlaşılan siyaset korkusunun giderilmesine bağlıdır. Bu korkunun giderilmesi ise, sadece anayasa yargısı yasama organı arasındaki sağlıklı ilişkiyi normalleştirmeye değil, aynı zamanda Türkiye’de uzun zamandır bürokratik kuşatmaya maruz kalmış olan demokratik siyasetin de önünün açılmasına katkıda bulunacaktır. Siyasetin ve onun temeli olan ya da olması gereken ulusal iradenin önüne yeni ve daha sağlam bir sur çekmenin demokrasiyi geriye götüreceği kesindir. Parlamenta güvensizliği, onu anayasa yargısının oluşumundan önemli ölçüde dışlayarak, tehlikeli bir paternalizmin eşliğine taşımamak gerekir. “Ülkenin gerçekleri” ya da “memleketin özelliği” gibi söylemlerin bu güvensizliği beslemesine artık bir son verilmelidir.

²⁷Nitekim bu yönde bir görüş, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu üyelerinden Kemal Dal tarafından 1-2 üyenin Meclisçe seçilmesinin Anayasa Mahkemesi’ni ulusal iradeyle buluşturmaya yeterli olmadığını dolayısıyla bu görüşün kabul edilmemesi gerektiğini savunmak için dile getirilmiştir. Dal bu konuda şunları söylemişti: “Yani ne kadar uğraşsak Anayasa Mahkemesi milli iradeye dayanmalıdır, milli iradede kaynaklanmak suretiyle Anayasanın denetimini yapıyor diye gerekçe aramaya çalışsak ve milli iradeye dayandıracak dayanak aramaya kalksak, bir üyenin oradan, yani Millet Meclisi’nden seçilmesi Anayasa Mahkemesi’nin milli iradeye dayandığına yeterli değildir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanı seçer, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bilgi verir ve bu da yeterli gibi gelir. Aksi halde milli iradeye dayandırmak istiyorsak 9 yahut 10 üyeyi doğrudan doğruya milli irade tarafından seçtirmek daha makulü ve doğrusudur. 5 yılda bir seçim yaparsınız, 9 üyeyi millet tarafından seçtirirsiniz, Anayasa Mahkemesi üyesi olarak. O en doğru ve en demokratik yoldur. 9 üyenin direkt olarak 5 yılda bir yapılacak seçimlerde milli irade tarafından seçilmesi. Adayların durumunu da tespit edersiniz; yüksek hakim olma durumunu...Bunu yapamadığınız takdirde ne yaparsanız milli iradeye dayandırmaya imkan yoktur.” Bkz. *DM Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanağı*, Cilt 15, s.377.

Ülkenin hiçbir gerçeği, parlamentonun anayasa mahkemesi üyelerinin çoğunluğunu seçmesine mani değildir.

İkinci Dünya Savaşından sonra, Nazi dönemine tepki olarak ortaya çıkan Alman Anayasa Mahkemesi'ne bütün üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi o ülkenin gerçeklerine aykırı görülmemiştir. Oysa, bazı otoriter uygulamalara rağmen, tek parti dönemi dahil hiçbir zaman TBMM kendisine yönelik böylesine derin bir güvensizliği haketmemiştir.

42 yaşındaki Anayasa Mahkemesi, 84 yaşındaki parlamentonun tecrübesine ve demokratik birikimine artık güvenmelidir. Bu güveni ülkenin gerçekleri ve yaşadığımız demokrasi ağı kaçınılmaz kılmaktadır. Elbette bu demokratik meşruiyet tek başına yeterli değildir. Biçimsel ve yapısal değişiklikler yanında asıl önemli olan Anayasa Mahkemesi'nin varlık nedenini "hak-eksenli" bir paradigmayla yeniden tanımlamasıdır. Bu paradigmatik dönüşüm, hem Anayasa Mahkemesi'nin kurumsal meşruiyetini pekiştirecek, hem de gerçekten liberal demokratik düzenin korunmasına ciddi bir katkı sağlayacaktır.

Prof. Dr. Burhan KUZU^(*)

Anayasa Mahkememizin değerli başkanı, değerli üyeleri, emekli ve halen çalışanları; yargı mensuplarının diğer üyeleri ve değerli konuklar, hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.

Siyasete girmeden önce de bu kürsüde Anayasa Mahkemesi sağ olsun bize konuşma fırsatı verdi. Siyasete girdikten sonra da bizim elbetteki bilim adamı kimliğimiz her zaman öne çıktığı için ya da ben öyle düşündüğüm için en azından bu fırsatı vermeye devam ediyor. Teşekkür ediyorum kendilerine. Mecliste Anayasa Komisyonu Başkanı olduktan sonra yargı mensuplarımızı ve özellikle başkanlarını ziyaret ettim, tek tek. Üst yargı organlarımızın başkanlarıyla en azından mahkemenin kimi sorunlarını tartışma fırsatı buldum. Dedim ki, bende siyasetçiyim ama bilim adamlığı tarafımızda var az çok dolayısıyla biz oradayken el birliğiyle bazı değişiklikleri birlikte yapalım. Bize yardımcı olun dedik. Gerek Danıştay, gerek Yargıtay'dan da benzeri görüşmelerimiz oldu. Bu açıdan Anayasa Mahkememizi ben gerçekten tebrik ediyorum bu tür bir çalışmayı başlattığı için. Şimdi Anayasa Mahkemesi'nin tartışmalı statüsü konumu diye başlıyorum. Bu konuda birkaç kelam ettikten sonra mevcut metne geçeceğim.

Bir defa Anayasa Mahkemesi dünyanın her ülkesinde olan bir mahkeme değil. Bir Yargıtay gibi bir alt mahkemelerde olduğu gibi klasik bir yargı organı değil. Tabii bunun nedeni demokratik ülkelerde milli iradenin somut göstergesi olan kanun gibi bir işlemi iptal etmesi ya da denetlemesi şeklinde söyleyebiliriz. Peki ya duyulan kaygı nedir? Duyulan kaygı yerindelik denetimine kayma riskidir. Anayasa Mahkemesi çok dikkat etse bu dengeyi nasıl kuracaktır? Yargıçlar devletine kayma riski taşımaz mı? Bu hep tartışıla gelmiş bir husustur. Peki buradan neyi çıkarıyoruz? Buradan şunu çıkarıyoruz. Bu konuda benimsenen görüş ne olursa olsun açıkça görülen bir şey varsa o da kanunun Anayasaya uygunluğunun denetimi önemli bir iş olduğudur ve bunu yapacak olan organların tespitinin ve üye belirlenmesinin çok dikkatli yapılması gerektiğidir. Bu açıdan bir çok ülke işte ön denetimi kabul etmiş Fransız menşeli özellikle Anayasa konseyi gibi, Anayasa Komitesi gibi bir takım formüller ön görülmüş hatta bazı yerlerde siyasi denetim yollarıyla bu iş yapılmaya çalışılmış, dolayısıyla Anayasa yargısı belki en son düşünülmüş; fakat

^(*)TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı

bugün gelinen noktada bu yaygın hale gelmiştir. Mahkemenin varlığını elbetteki artık tartışmayız, yerleşmiştir ülkemizde de bu konu; ama üye seçimi gene de hala önem arz etmekte. Peki oluşumun nasıl olması gerekir? Mevcut duruma baktığımızda 11 asıl üye 4 yedek üyeden kuruluyor. Seçim şekli ilgili mercilerin üye göstermesi ve bunun içinden Cumhurbaşkanı'nın ataması, yani seçip ataması şeklinde gerçekleşiyor. Elimizdeki örneklerle baktığımız zaman gerek Haşim KILIÇ beyin metninde, gerek benim elimdeki notlara baktığımız zaman bu tür bir yolun dünyanın hiçbir ülkesinde olmadığını görüyoruz. Bir tek bizim Anayasadaki ön görülen formül ayrı bir durum ön görüyor. Hatta bilindiği gibi danışma meclisinde Anayasa Mahkemesi oluşturulurken Cumhurbaşkanı'na aday gösterme yöntemi de ön görülmeksizin doğrudan doğruya üye atama yetkisi verilmişti tabi o çok daha sakıncalı bir yoldu. Hiç olmazsa Anayasa komisyonu ve danışma meclisinden geçen bu metni Askeri Konsey sağ olsun düzeltti ve bir anlamda daha doğru bir iş yapmış oldu.

Üyelerin nitelikleri konusunda da bir takım şeyler söyleyelim. Şimdi 40 yaş meselesi var 50'ye çıkarılıyor bu eğer biz süreyi 12 yıl olarak ön görecekseniz o zaman 50 yaş 62'de dolmuş oluyor. 65 zaten normal emeklilik süresi, böylece 3 sene daha çalışmış olur. Belki 50'ye çıkarırsak 65'i de muhafaza etmek kaydıyla belki sınır koymaya da gerek olmayabilir. Çünkü zaten 12 yıllık süre Almanya ve bildiğim kadar Rusya'nın ön gördüğü süre, onun dışındakiler 6 yıl 4 yıl 5 yıl 9 yıl daha çok ağırlıklı olarak gözükmüyor. 40 yaş kalacaksa o zaman 12 yıl da kalacaksa üyelerin emeklilik halinde daha sonraki durumu düzenleyici bir takım tedbirle düşünmemiz lazım. Anayasa Mahkemesi üyesini filan yaşta meydan da bırakmak bence doğru değil ona bir çözüm bulmamız lazım. Belki öğretim üyesi görevine filan döner ama diğer kaynaktan gelenlere nasıl bir çözüm bulacağız?

Aranan niteliklere baktığımız zaman mutlaka hukukçu mu olması lazım. Bence olmaması lazım, tamamının hukukçu olmaması lazım. Anayasa Mahkemesi'nin yapısı gördüğü iş sebebiyle derim ki ben ağırlıklı olarak hukukçu olsun bugün de zaten öyle bildiğim kadarıyla ama çeşitli kaynaklardan üye gelsin. İktisatçı, işletmeci vs. bulunsun diye düşünüyoruz. Çünkü söylediğim gibi saf bir yargılama olarak bakmamak lazım. Elbetteki belli bir süre aranır ille porfösör olması şart mı Zühtü beyin de söylediği gibi o da düşünülebilir. Başka ülkelere baktığımız zaman 15 yıl, 18 yıl 20 yıl gibi, ülke isimlerini söylemiyorum vakit geçmesin diye, hep meslekte belli bir noktada çalışma aranmış bu anlamda her halde bir tecrübe öne çıkarılmak

isteniyor. Belli bir süre aranabilir ille de profösör olması lazım mı, o ayrıca düşünülebilir; olmayabilir de bence.

Üyelerin belirlenmesine gelince; bu çok konuşuldu işte iki yol var dendi. Bunların örnekleri elimizde işte, Almanya, İtalya iki ayrı örnek olarak baktığımız zaman tamamını meclise seçtiren sistemle, atama yöntemi, karma sistem dediğimiz yol. Çoğunluğu karma modeli olarak gözükmüyor ama bir şeyi söylemem lazım burada o da söylendi. Parlamento'ya hemen hemen tüm ülkede ya tamamını ya da 2/3'ünü atama yetkisi verilmiş, seçme yetkisi daha doğrusu verilmiş ve tabii seçip atama yetkisi verilmiş. Kimi yerde Cumhurbaşkanı atar diyor, ama mesela Avusturya örneğinde olduğu gibi üyelerin tamamını hükümet ve parlamentolar öneriyor, Cumhurbaşkanı atıyor. Geri gönderme olduğunu düşünelim, yeni bir üye gönderilir, dolayısıyla orada bir ciddi engel yok. Tamamını elbetteki Türkiye'de meclis atasın gibi bir talebimiz yok; doğru da olduğunu ben şahsen düşünmüyorum bunun; fakat hiç olmazsa 1/3 gibi bir oranın muhafazasından yanayım, benim de kafamdan geçen 21 üyenin hiç olmazsa 7'sini seçsin diye düşünüyoruz. Yani, 61 modelini biraz arttırarak, 17'de olsa ona göre bir denge kurarak sağlanması gerekir diye düşünüyorum. Tabii milletvekillerine ve parlamento'ya güvensizlik konusu Türkiye şartlarında kısmen doğrudur belki, ama bunu çok korkulu hale getirmemek gerekir. Siyasetçileri de böyle kötü iş yapar şeklinde de görmemek lazım. Nitekim Haşim beyin çıkardığı notlardan bakıyoruz 18 üye seçilmiş 61 döneminde; 17'si hakim bunların hiçbir şart olmadığı halde -ki üniversitelerden gelenler için belki bir şart vardı- ama diğer üyeler için 4 üye için en azından yedek üyelere baktığımız zaman 5 üye için böyle bir şart yoktu; buna rağmen uygulamada hakimleri hep öne çıkararak bu seçimi yaptırmışlar bir üye avukat mesleğinden gelme ama o da sonuçta hukukçu olması sebebiyle sorun yok. Demek ki parlamento görevini yapmış; sıkıntı seçimle alakalı, bunun da çözümü zaten elimizdeki metinde var. Bu da belki seçimde zorluk çıkarabilir; 220 üye ile seçilecekse bile, ona da bir formül bulabiliriz ama her halde meclisin bir şekilde bu işe iştirakinde yarar var diye düşünüyorum o bakımdan; ve burada Baronun, Sayıştay'ın aday göstermesi yöntemini de doğru bulmuyorum. Direk seçim işi parlamento'ya verilmeli ama kaynak gösterilebilir işte şu, şu alandan, üniversitelerden filan gibi denebilir gibi diye düşünüyorum.

Yedek üyelik konusu bu zaten kaldırılma şeklindeki görüşü mutlak destekliyoruz. Bu konuda zannediyorum oy birliği gibi neredeyse bir birlik var bu konuda yedek üyenin uygulamada yarar

vermediği hatta sıkıntılı bir statü olduğunu hepimiz biliyoruz. Üyelerin süresi konusu üzerinde durduk yani o konuda söylediğim gibi emeklilik yaşını kabul eden ülkeler işte Belçika gibi Avusturya gibi Ermenistan gibi bu ülkeler de var, mevcut durum da kalabilir belirttiğim gibi; ama eğer biz 40 yaşı koruyacaksak o zaman mutlak surette 50'den sonraki işte 52, 53 gibi neyse o süreden sonraki kısmı ciddi olarak bir masaya yatırmamız gerekir diye düşünüyorum; aksi halde buralara özellikle yargıç kesiminden pek gelen olmaz diye de ilave etmek istiyorum.

Anayasa Mahkemesi üyeliğiyle ilgili bağdaşmayan işler konusu, bu konudan bilindiği gibi birinci gurup Almanya, İspanya, İtalya, Türkiye, Bulgaristan'ın başında bulunduğu tam zamanlı çalışma yöntemi, Fransa, Avusturya'daki kısmi statülü yöntem var. Üniversite hocalarının ders verme şeklinde, biz bunu aslında politika bakımından da düşünüyoruz. Yani politikaya giren öğretim üyeleri de Avusturya'da derse gidiyor bizim bildiğimiz, hatta bazı başka ülkelerde de bunun örnekleri var; Amerika'da var mesela bildiğim kadar, bu da belki asli görevini aksatmamak kaydıyla buradaki işlerini yapmasını sağlamak lazım ama o zaman buradaki görevler ciddi olarak ikisi birlikte ağır mı gelir o ayrı bir konu. Belki bazı davalara girmesi - çıkması sağlanabilir özellikle kendisini ihtisas olarak ilgilendiren kimi konular da olabilir ama o yolun açılmasında ben de yarar görüyorum. Belki diğer yargı mensuplarımız özellikle, Yargıtay, Danıştay bu konuda bizde de öyle olsun der mi, dememesi lazım çünkü aynı yapıda değil yani bir ceza davasındaki yüklerle dosyalarla buranın akışı bence biraz daha farklı diye düşünüyorum bu konuda.

Anayasa Mahkemesi'nin işleyişi konusuna gelince; tabi tek kurul konusu ya da iki kurul, bir genel kurul meselesi bizde tartışılmış daha önce de Mustafa GÖNÜL malum eski üyelerimizden emekli, bu konuda teklifleri var. Eski yıllarda sayın ALİEFENDİOĞLU tevazu gösterdi söylemediler onun teklifleri var elimizde tabi o biraz daha farklı bir teklifte bulunuyor işte genel kurul, Anayasa denetim kurulu, Yüce Divan; mali denetim kurulu gibi yaptığı işe göre bir ayırım yapıyor dört beş kuruluş şeklinde bu tür bir örnek dünyada yok ama tabi bu da bir fikir olarak elbetteki masaya yatırılabilir. İkili sistemi biz de kabul ediyoruz. Avusturya'daki genel kurul ve küçük kurul modeli bize pek uymaz gibi geliyor; çünkü Anayasa Mahkemesi'nin görevlerine baktım, Danıştay'ın görevi de oraya verilmiş, Sayıştay'ın görevi de oraya verilmiş. Çok farklı bir model gibi geliyor bana. O ayrı bir konu.

Şimdi Anayasa Mahkemesi'nin elbetteki diğer işler bakımından yetkileri konusunda iptal davası malum önemli bir yetki. Bunun dışında bazı yetkiler verilebilir mi? Almanya'daki örnekler düşünülmez mi bağdaşmazlık kararı, uyarı kararı şeklinde Anayasaya uygun yorum bu Anayasaya uygun yorum bana çok cazip geldi belki siyasetçi olarak cazip geldi. Yani uygun birkaç alternatif varsa Anayasaya uygun olanı tercih etmek suretiyle mümkün olduğu kadar yasayı ayakta tutma yolu uygun gibi geliyor. Belki bunlar tekrar bir düşünülebilir şeklinde bir fikir ileri sürmek istiyorum hani ara formüller dediğimiz, parti kapatmada da buna benzer formüller bulduk biliyorsunuz. Belki bu bir çözüm olabilir mi ama o zaman da Anayasa Mahkemesi iptalden ziyade hep bu yola mı gider, daha kolay mı gelir onu da bilmiyorum ama bunu bir daha düşünmek lazım.

Yürütmeyi durdurma yetkisi konusuna Anayasa Mahkemesi'nin ben hiçbir zaman sıcak bakmadım; olmasın demiyorum mevcut hali üyelerimiz alınmasın hep o zaman da söyledim Anayasaya açıkça aykırıdır. 10 yıldır 1993'ten bu tarafa bana sorarsanız fiilen Anayasaya aykırı bir durum icra ediliyor. Anayasa Mahkemesi'nin eski kararları çok net ortada yetkim yoktur, kanun vermemiştir, Anayasa vermemiştir, kullanamam diyor, böyle bir yetki lazım ise açıkça verilmelidir. 1993'te malum sayın Mümtaz SOYSAL'ın açtığı bir dava ile gündeme geldi, Anayasa Mahkemesi'ne sulh mahkemesinin de böyle bir yetkisi var sen en büyüğün nasıl veremezsin şeklindeki bence çok yanlış bir yaklaşımdır bu; o zaman belli kişilerin boşanma davalarına Anayasa Mahkememiz baksın. Bana sorarsanız bu görev ayırımında büyüklük küçüklük meselesi ölçü olmamalıydı; ama 5/6 bir karar verdi bence o yanlış devam ediyor lazımsa olabilir, şartlarını belirleriz ve bu metindeki belirleme de biraz bana zayıf geldi mesela Anayasaya aykırılık konusunda belirtiler, kuvvetli belirti varsa gibi halbuki Danıştay'la ilgili düzenlemede bile açıkça hukuka aykırılık şeklinde çok net olarak vurgulamış zannediyorum bu formül daha doğru olsa gerektir. Telafi edilemez durum, kamu yararı gibi şart aranmalıdır.

Son olarak burada ekonomik ve sosyal alanlarda -tabi bunu bir tavsiye türünden söylüyorum- Anayasa Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı mümkün olduğu kadar az vermeli. Yani bunu tamamen kendimi çekerek söylüyorum, tavsiye türünden söylüyorum. Çünkü bunlar yasamanın takdirine giren konulardır. Ekonomiyle alakalı Anayasamız çok net bir takım ilkeler koymamıştır. Hükümetlere bu alanda biraz daha esneklik vermek lazım diye düşünüyorum.

Son bir cümleyle bitireceğim. Yüce Divan konusundaki duruma gelince; Yüce Divan'ın Anayasa Mahkemesi'nde kalmasından yana olduğumu belirtmek istiyorum. Gerçi benim eski yayınlarda baktığımız zaman orada farklı görüşteyim; bugün ne değişti? Belki buraya gelince biraz değiştik çünkü siyasetçinin gerçekten bir bakanın durumunu düşünüyorum bir yığın bürokratla çalışıyor siz sonra bu insanı Yüce Divan olarak yargılıyorsunuz ceza yargılaması ile ilgili olduğu için de ceza dairesinden oluşan bir kurula veriyorsunuz; çok güzel yargılar, tam yargılar; ama bu adil olur mu, sonunda hakkaniyete uyar mı, nesafete uyar mı, kanuna uysa bile oradaki elastikiyet o kadar olur mu yani ben bunlar bu işi bilenler olduğu için zaten çok iyi bildikler için tam ceza noktasına mı giderler böyle bir endişem var. Halbuki siyasi makamdaki konum biraz elastikiyeti de gerektiriyor diye düşünüyorum bu bakımdan burada kalmasında yarar olduğunu ileri sürüyorum. Sayın Başkan, değerli konuklar çok teşekkür ediyor ve saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK^(*)

Sayın Başkan, Anayasa Mahkemesi'nin sayın Başkanı, değerli üyeleri, değerli hukukçular,

Anayasa Mahkememiz, 42 yıldan beri Türkiye'de hukuk devletinin gerçekleşmesi yolunda çok büyük hizmetler yaptı. Anayasa Mahkemesi, yalnız hukuk devletinin güvencesi değil; aynı zamanda demokratik rejimin güvencesi, demokratik rejimin aksamadan işlemesi bakımından başlıca güvencesi. O nedenle Anayasa Mahkemesi ile ilgili yeni düzenlemelerin böyle geniş bir tartışma ortamında ele alınması çok yerinde. Anayasa Mahkemesi'ni hem yapmış olduğu hazırlıktan dolayı, hem bu hazırlıkları bilimsel tartışmaya sunmasından dolayı kutluyorum. Burada görüşlerini açıklayan arkadaşlarımız da çok değerli düşünceler öne sürdüler. Onlar hakkında belki ikinci konuşmada kısaca düşüncelerimi söyleyebilirim. Ama öncelikle bu gün gerek Almanya, gerek Avusturya adına sunulan bildirimler ve Venedik Komisyonu adına yapılan açıklama ışığında hazırlanmış olan Anayasa değişikliği taslağı üzerindeki düşüncelerimi söylemek istiyorum.

^(*)Eski Adalet Bakanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Bu taslağın temelinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ya da Anayasa şikâyeti konularında yetki verilmesi var. O nedenle Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı genişliyor. Yüksek Mahkeme, bugün dahi tek kurul hâlinde büyük bir yük altında. Taslakta iki daire şeklinde çalışması öneriliyor. Buna göre Anayasa Mahkemesi, 11'i yüksek yargı organlarınca, 4'ü TBMM tarafından, 2'si Cumhurbaşkanı tarafından seçilen 17 üyeden oluşacaktır.

Bu gün Prof. Dr. HASSEMER'in ifade ettiği gibi, daha önce de Türkiye Barolar Birliği tarafından yapılan Anayasa değişikliği önerisinde dile getirildiği gibi; TBMM'nin Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi, demokratik meşruiyetin önemli bir koşuludur. Çünkü burada Anayasa Mahkemesi'ne üye seçecek olan organlar arasında Millet'in oyuyla seçilen tek organ TBMM'dir. O nedenle gönül isterdi ki TBMM'sine tanınan kontenjan daha geniş olsun. Yüksek yargı organlarımızın bunun yargının siyasallaşmasına yol açacağı konusundaki kaygılarını paylaşmıyorum. Bu sabah sayın Başkan BUMİN'in de açış konuşmasında ifade ettiği gibi, bugün bir siyasi partinin genel başkanı yarın Cumhurbaşkanı seçildiği takdirde —bugün olduğu gibi— bütün üyelerin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinde siyasallaşma rizikosuna daha mı az? Aslında seçim olan her yerde belli bir ölçüde siyaset vardır. Bu seçim, ister TBMM tarafından yapılsın, ister başka kurullar tarafından yapılsın; her seçimin kendisine göre bir siyasal ortamı vardır. Bunu unutmamak gerekir.

Şimdi bu açıdan baktığımız zaman ben, her şeyden önce 15 üyenin de yeterli olacağını düşünüyorum. Bugünkü yedek üyelerin de üye olmasıyla —şimdilik yeni üye seçimine gerek olmaksızın— Anayasa Mahkemesi, 15 üyeli bir yüksek mahkeme olarak görevini sürdürebilir.

Onun yanında TBMM'nin yapacağı seçim için doğrudan doğruya Meclise yapılacak başvurular üzerine belki Anayasa Komisyonu'nda oluşturulacak bir ön seçim komisyonu eliyle önerilecek adaylar arasından TBMM Genel Kurulunun üye seçmesi düşünülebilir. Hâlen Sayıştay başkan ve üyeleri, Plân ve Bütçe Komisyonu'nda partilerarası temsil oranı gözetilmek suretiyle oluşturulan bir ön seçim komisyonunca önerilen adaylar arasından TBMM Genel Kurulunca seçilmektedir. Böyle bir model düşünülebilir.

Burada daha önce Sayın Prof. Dr. CANSSEL'in ifade ettiği gibi, eğer bu düzenleme çerçevesinde kalınacaksa, yüksek öğretim kurumlarının önereceği adayların sadece kamu hukuku, anayasa, idare ve ceza hukuku gibi belli dallarla sınırlanması doğru değil. Belki —Cumhurbaşkanınca seçilecek üyeler bakımından olduğu gibi— alan itibariyle, hukuk, iktisat, siyasal bilimler gibi alan itibariyle belirtilen, görevleri alan itibariyle belirtilen öğretim üyeleri arasından seçim yapılması daha doğru olur. Ayrıca öğretim üyesi sayısının da artırılması yerinde olur.

Burada teknik bakımdan bazı konulara değinmek istiyorum: Daha önce yedek üyelik dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin toplanmasında herhangi bir sıkıntı yaşanmıyordu. Fakat şimdi yedek üyelik kaldırıldıktan sonra bu sıkıntı yaşanabilir. Bunu giderebilmek için toplantı yetersayı düşürülmüştür. Dairelerin ve genel kurulun hangi toplantı yeter sayısı ile çalışabileceği gösterilmiştir. Ama her olasılığı düşünmek zorundayız. O bakımdan ileride herhangi bir sıkıntı ile karşılaşılması için iki tedbirin alınması üzerinde düşünülmesi gerekir.

Birincisi, görevleri sona eren üyeler yerine yapılacak seçimlerin Cumhurbaşkanı seçiminde olduğu gibi yapılması, görevi sona erecek üyenin görev yaptığı son ay içinde veya onun başka bir nedenle, örneğin ölüm, istifa gibi nedenle ayrılması durumunda yine bir ay içinde seçilmesi gibi bir sistem üzerinde düşünülmesi gerekir.

Ayrıca taslakta öngörüldüğü gibi 6 tura gerek yok. Bir de şu “tur” kelimesinin bizim Anayasa'da kullanılan bir sözcük olmadığını ifade edeyim. Anayasa terminolojisi kendi içinde tutarlı olmalıdır. Bizim Anayasa'mız “oylama” sözcüğünü kullanır. 6 oylamaya da gerek yok. Eğer ilk üç oylamada aranan yetersayı sağlanamazsa 3. oylamada en çok oyu alan iki aday arasında 4. oylamada yapılacak seçimde en çok oy alanlar, ilgili kurullardan seçilmiş sayılabilir ve bu, bir ay içerisinde tamamlanabilir.

İkinci tedbir: Alman sisteminde olduğu gibi yeni üyeler seçilinceye kadar daha önce görev başında olan üyelerin görevlerini sürdürmeleri üzerinde durulmalıdır. En iyisi, her iki tedbirin birlikte yeni Anayasa taslağına geçirilmesidir.

Aslında üyelerin dönemsel yenilenmesi, örneğin —eskiden Cumhuriyet Senatosu'nda olduğu gibi— 1/3 yenileme sistemi üzerinde de durulabilirdi. Ama geçen zaman içinde Anayasa

Mahkemesi üyelerimizin çeşitli tarihlerde seçilmesi ve emeklilikleri nedeniyle görev sürelerinin yine farklı tarihlerde sona ermesi nedeniyle buna ihtiyaç duyulmadı. Şimdi 12 yıllık bir görev süresi konuyor. Bu bakımdan dönemsel yenilemeyi de değişen koşullara, değişen düşüncelere uyma bakımından değerlendirmek durumundayız. Taslaktaki “Üyeler 12 yıllığına seçilir” biçimindeki ifade de doğru değil. Türkçe bakımından doğru bir ifade değil bu. “12 yıl için seçilir” denilmelidir.

Öte yandan dairelerin —Alman sisteminde olduğu gibi— belli görevlerle çalışması yerinde olur. Her iki daire sadece gelen işe göre önündeki konuya bakmak şeklinde çalışacak olursa, bundan içtihat farkları doğabilir; bir takım spekülasyonlar ortaya çıkabilir. O nedenle önceden iki dairenin görev alanlarının belirtilmesinde yarar var. Örneğin iptal davaları bir dairede, bireysel başvurular diğer dairede ele alınabilir. Tabii, —yine Alman sisteminde olduğu gibi— genel kurulun her yıl başında yapacağı toplantı ile dairelerin iş yüküne göre belirleyeceği kriterlerle onların verimli çalışması sağlanabilir. Ama her iki dairenin görevlerinin önceden belli olmasında yarar var.

Yüce Divan konusu çok önemli, çok tartışılan bir konu. Öteden beri Yargıtay, bu yetkinin kendisine verilmesini ister. Yargıtay’ın gerekçeleri bir bakıma yerinde. En önemlisi, bugünkü sistemde Yüce Divanda temyiz yolunun bulunmayışı çok büyük bir eksiklik. Buna yeni taslakta “yeniden inceleme” yoluyla sınırlı ölçüde bir çözüm getiriliyor. Ama —sabahleyin sayın Başkanvekili KILIÇ’ın ifade ettiği gibi— eğer bir maddî hata yoksa, aynı kurulun daha sonra farklı bir sonuca varması olasılığı çok zayıf. Bu bakımdan belki dairelerden birinin davaya bakması, temyiz durumunda genel kurul olarak konunun ele alınması üzerinde durulmalıdır. Daha önce tartışılmış olmasına rağmen, bu yola gidilmesi yerinde olur. Aynı şey, siyasî partilerin kapatılması bakımından da düşünülmelidir.

Sadece Anayasa Mahkemesi hâkimleri için ayrı bir emeklilik yaşının doğru olacağını düşünmüyorum. Eğer bu konu ele alınacaksa, genel olarak bütün hâkimlerimiz için düşünülmelidir.

Bu arada yeni 12 yıllık uygulamanın getireceği önemli bir sorun, üyelerin daha sonra ne yapacağı, 12 yıl dolduktan sonra ne yapacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Öğretim üyelerinin eski görevlerine dönebileceği söylendi. Doğru, ama burada genel olarak bir açıklığa ihtiyaç var. Eğer Anayasa Mahkemesi’nde 12 yıllık görev süresi dolanlar henüz emeklilik yaşına ulaşmamışsa, onların eski

görevlerine dönebilecekleri, başkanlık gibi seçimle gelinmeyen görevlere dönebilecekleri belirtilmelidir. Bu, onlar bakımından meslekî bir güvencedir ve Anayasa Mahkemesi üyeliğine olan rağbeti artıracak bir sistemdir.

Birçok arkadaşımız, Anayasa Mahkemesi için yeni görevler düşünüyor. Ben ise, zaten bugün de Anayasa Mahkemesi'nin Sayıştay'ın desteği ile yaptığı bir görevin doğrudan doğruya Sayıştay'a verilmesinin uygun olacağını düşünüyorum. Siyasî partilerin hesap denetimlerinin TBMM adına Sayıştay'ca yapılmasının doğru olacağını düşünmekteyim. Anayasa Mahkemesi, böylece asıl görevlerinde yoğunlaşma olanağını bulacaktır.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Bütün panelistlere gönülden teşekkür ediyorum. Hepsi de zamanlarını fevkalade güzel kullandılar.

Efendim ikinci tura geçmeden önce sizlerin de yakından izlediğiniz gibi iki tane temel tespit var; onları söylemeden geçemeyeceğim. Birincisi, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılanması konusundaki hazırlığı ve bu hazırlığın bilimsel bir toplantıda tartışmaya açmasının ne kadar önemli olduğunun altı bütün panelistler tarafından çizildi. Gerçekten Anayasa Mahkememizi bu açıdan kutluyorum; örnek alınması gerektiğini, özellikle yasa çalışmaları açısından düşünüyorum. İkinci nokta, Anayasa Mahkememizin yeniden yapılanması konusunda da bütün panelistlerin görüş birliği içerisinde olduğunu hemen hemen söyleyebilirim. Bu açıdan da tasarı olumlu karşılanmıştır. Tabii panelistler zaman darlığı içerisinde satır başları ile bazı konulara değinmeden geçmişlerdir. İşte iki dairesel sistemin yerinde olabileceği, ancak daireler arasında farklı görüşlerin ortaya çıkması halinde sorunun nasıl çözümleneceği, tasarı çok olumlu olmakla beraber denetim yetkisinin yeterince genişletilmediği, ön denetim mekanizmasının oluşturulmadığı gibi konular üzerinde durulmuş; elli yaş sınırının Anayasa Mahkemesi yargıçları için çok yüksek olacağı, hemen hemen oy birliğine yakın bir şekilde ifade edilmiş, 67 yaşın emeklilik için daha uygun olacağını üzerinde durulmuş, 12 yıl sınırlandırılmasının yeniden bu çerçevede göz önüne alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Kontenjanlar bakımından öğretim üyesi kontenjanının düşük olduğu, -fazla ayrıntıya girmek istemiyorum- ama bir profesör olarak

öğretim üyeliği koşulunun aranmasının da pek doğru olmadığını, avukatlık kontenjanının artırılması gerektiğini, hatta raportörlere dahi yer verilmesinin gerekliliği üzerinde durulmuştur. Terim birliğine mutlaka dikkat edilmesi gerektiğini görüyoruz. Burhan KUZU hocam yürütmeyi durdurma yetkisinin açıkça Anayasa'ya aykırı olduğunu vurgulamıştır. Bir tek kendisi tarafından takip edebildiğim kadar vurgulanan bir husustur. Temelde, katkıları fevkalade olumlu, aynı istikamette görmekle beraber, bir konuda -ki çok güncel bir konu- Anayasa Mahkememizin yapılanması konusunda, Anayasa Mahkememizin oluşumu konusunda Necmi YÜZBAŞIOĞLU hocam, Erdal ONAR hocam, Yılmaz ALİFENDİOĞLU hocam 4 üyenin TBMM'den seçiminin fevkalade uygun olacağını, bunun siyasallaşmaya kesinlikle yol açmayacağını, özellikle getirilen sistem çerçevesinde ifade etmişlerdir. Buna karşılık, Zühtü ARSLAN, Burhan KUZU, Hikmet Sami TÜRK hocalarım ise, parlamentoya ayrılan -tabiri caizse- kotanın veya kontenjanın çok az olduğunu, ekseriyetin demokrasinin bir gereği olarak TBMM'sinin seçtiği üyelere olması gerektiği üzerinde durmuşlar; özellikle bu günkü sistemin sayın Zühtü ARSLAN deyimiyle 1961 yılı Anayasası'nca getirilen sistemin gerisine dahi gittiğini, Hikmet Sami TÜRK hocam sınırlandırma olmaksızın -yani Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilecek kişilerde bir sınırlandırma olmaksızın- direk parlamentonun Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi gerektiği üzerinde durmuş; aynı şekilde Burhan KUZU hocam da direkt seçim yetkisinin parlamentoda olması gerektiğini vurgulamıştır. İfade etmek istediğim husus, temelde yeniden yapılanma tasarısı olumlu karşılanmıştır. Bazı eksikliklerin kayıtlara geçtiğini tahmin ediyorum, panelistler vurgulamışlardır; ama temel oluşum konusunda biraz farklılığın olduğu göze çarpmaktadır görüşlerde. Ben şimdi 5'er dakikalık daha panelistlerimize söz hakkı vermek istiyorum.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK^(*)

Sayın Başkan,

Kaldığım yerden devam edeyim. Demin sürenin darlığı nedeniyle ve bana göndermiş olduğunuz not dolayısıyla bazı konuları tamamlayamadım. Yüce Divan, Türkiye’de hiçbir zaman sadece adli yargıya bırakılmamıştır. Ta Kanun-i Esasi’den bu yana her zaman karma kurullar tarafından Yüce Divan görevi yerine getirilmiştir. 1876 Kanun-i Esasi’sinde ve 1924 Anayasası’nda *ad hoc* kurullar oluşturuluyordu. 1876 Kanun-i Esasi’sinde hem Ayan Meclisi’nden, hem Şura-yi Devletten, yani o zamanki Danıştay’dan, hem Temyiz ve İstinaf Mahkemelerinden kur’a ile belirlenecek üyeler görev yapıyordu. 1924 Anayasa’sına göre ise Yüce Divan, Yargıtay ve Danıştay’ın kendi başkan ve üyeleri arasından seçtikleri bir karma kurul niteliğindedir. Bu karma yapının nedeni, bu çeşit görev suçlamalarının çoğunlukla görevin ihmal edilmesi ya da görevin kötüye kullanılması ile ilgili suçlamalar olmasıdır. O bakımdan durumun gereklerini takdir etmek için yalnız adli yargı hâkimlerinin değil, idarî yargı hâkimlerinin de, hatta idareden doğrudan doğruya gelen kişilerin de işin içinde bulunması, durumun tam olarak değerlendirilmesi bakımından uygundur. 1961 Anayasa Koyucusu ile 1982 Anayasa Koyucusu, —Anayasa Mahkemesi’nin yapısında bu karma yapı zaten gerçekleşmiş olduğu için— Yüce Divan görevini Anayasa Mahkemesi’ne vermiştir. Bunun sürdürülmesinde yarar görüyorum. Ama dediğim gibi, yeni yapılanmada temyiz mercii olarak genel kurulun görev yapması uygun olur.

Burada başka bir çözüm yolu da düşünülebilir. Yüksek mahkemeleri rencide etmemek için belki siyasîlerle ilgili Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi’nde kalması, yani Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu üyeleri ile ilgili Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi’nde kalması; buna karşılık yüksek yargı organları ve Anayasa’mızda sayılan diğer yüksek görevlilerle ilgili Yüce Divan görevinin Yargıtay’a verilmesi düşünülebilir. Bu da bir seçenek olarak değerlendirilebilir.

Yürürlüğü durdurma, Anayasa Mahkemesi’nin içtihadıyla yaratıldı; ama artık benimsendi. Başka bazı ülkelerde de var. Böyle bir tedbir yerinde ve gerekli. Fakat yeni taslakta bunu anayasal bir

^(*)Eski Adalet Bakanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

temele kavuştururken kullanılan ifadeler, sanıyorum ki, eksik ya da hatalı. Burada Anayasa'nın 125. maddesine paralel bir ifade kullanılması gerekir. Örneğın yeni taslakta yürürlüğü durdurma kararı verilmesi koşulları arasında "Anayasaya aykırılık konusunda güçlü belirtiler bulunması" ibaresi geçiyor. Aslında biz, bu ifadeyi suçlar bakımından kullanırız. Örneğın Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda telefon dinleme gibi birtakım istisnâ tedbirlerin uygulanabilmesi için örgütlü bir suç işlendiğı konusunda "kuvvetli belirtilerin varlığı" koşulu aranmaktadır. Bir kanun, bir kanun hükmünde kararname bakımından bu söz konusu olmaz. Belki 125. maddede olduğı gibi, "açıkça Anayasaya aykırı olma" koşulunu "uygulanması hâlinde giderilmesi olanaksız zararların doğması" koşulu ile birlikte belirten bir ifade kullanılması daha uygun olur. Böylece iki koşulun bir arada bulunması yeride olur. Hem "daha sonra giderilmesi olanaksız bir zarar olasılığının bulunması," hem "Anayasaya aykırılığın açıkça görülmesi" gibi iki koşulun birlikte aranması yerinde olur.

Teşekkür ederim sayın Başkan.

Prof. Dr. Burhan KUZU^(*)

Sayın TÜRK'ün son açıklamalarına ben de aynen iştirak ederek sözüme başlıyorum. Yürütmeyi durdurma konusunda kararlara baktığımız zaman özellikle Medeni Kanun'un birinci maddesindeki boşluk doldurur şekilde özel hukuktaki gibi, buna atıf yaptığını görüyorum. Anayasa Mahkememizin bu yaklaşımı bence doğru değil. Kamu hukukunun kendine has kriterleri vardır. Biz hep şunu deriz, kamu hukuk alanında yetki varsa vardır, yoksa yoktur; yani yasak yoktur, o halde yetki vardır yaklaşımı kamu hukukunda yanlış bir yorumdur. Bu çok sık yapılıyor. Bu tür yanılığa Anayasa Mahkememiz de maalesef bence düşmüştür. Yürütmeyi durdurma bugün her ülkede yok. Yani Avusturya'da mesela yok sabahta burada dinledik ama, hakikat lazımsa ki özellikle idam cezaları, gerçi onları şu anda kaldırdık, o da ihtiyaç olmaktan çıktı, fakat sınır dışı etme örnek verildi. Mesela tipik bazı durumlarda ve çok da sık kullanmamak, -bu tabii tavsiye olur- kaydıyla diyelim ki biz yürütmeyi durdurma verdik, bir sene sonra karar verdik iptal etmedik bu bir varsayımdır; olamaz mı olur. Peki bir sene milli iradeyi geciktirmenin sorumluluğunu kim üstlenecek? Bu nedenle 1982 Anayasası ve 1961 Anayasası her ikisi de bu kurumu bilerek vermemiştir. Daha doğrusu bunu Danıştay'a verirken niçin vermemiş Anayasa Mahkememize. Ama söylediğim gibi Anayasa Mahkememiz sekiz on karar hakkındaki bu doğru görüşünü maalesef 1993'te farklı bir yola çekmiştir, beş altı gibi sınırdan kalan bir oyla; ama söylüyorum bu ille lazımsa sayın TÜRK'ün belirttiği şartlarda Anayasaya açık yazılmak kaydıyla elbetteki konulabilir.

Şimdi bir de bu kararın açıklanma meselesi var. Gördüğüm kadar taslakta bu iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamaz hükmü çıkarılıyor metinden. Ret kararı açıklanabilir anlamı çıktığı için filan deniyor, ama bence bu konuyu çözmüyor, yani ondan sonra ne olacak? şimdi kararı açıkladık, henüz yayınlamadık, gerekçesini de bilmiyoruz, mahkemeler bunu uygulamayacaklar; ama Anayasada bildiğiniz gibi kararlar Resmî Gazete'de yayımlandığında yürürlüğe girer diyor, o tezati nasıl gidereceksiniz. Malumunuz 1961'de de bu formül vardı; o zaman da karar verildiğinde hüküm ifade ediyordu, 1971'de bu değiştirildi; çünkü, Anayasa Mahkemesi karar verdi şimdi kılıf hazırlıyor şeklinde. Bunu engellemek için gerekçe de beraber açıklanır denildi, önce açıklandığı için de mahkemeler ve kamuoyu bunu bildiği için uygulamıyor. Böyle bir sıkıntı var bence buna daha ayağı yere basan bir formül bulmamız lazımdı diye düşünüyorum. Burada o hükmü çıkarmak bence sorunu çözmez.

Siyasi partilerin mali denetimi konusunda da ben sayın TÜRK gibi düşünüyorum, elimdeki notlarım da öyle. Bunu Sayıştay'a vermek lazım; şu anda çok eski yıllara -bildiğim kadarıyla- ait mali denetim devam ediyor. Bu arada partinin kapatılması güdeme geliyor ve hatta kapatıldığı durumlar var, o anda icabında konu bitiriliyor ve Maliye Bakanlığı malların tasviyesi sırasında yetkisi olmayan işlere girebiliyor. Bunun uygulamalarını da gördük daha önce bildiğiniz gibi; bence bunu ilgili kurula vermek lazım, Sayıştay olabilir diye düşünüyorum.

Kanunların şekil bakımından denetimi konusundaki bu görüşe katılmıyorum. Bence Anayasa'nın belki bu yaptığı düzenlemede biraz şekli sadece genel kuruldaki kanunların son oylamasına bırakmış, ama eski yıllarda da hakikaten sayın ONAR'ın da belirttiği gibi çok kötü örnekleri var maalesef. Bilhassa komisyondaki çalışmalarda şekille alakalı ufak tefek bir takım ihlaller bile iptal sebebi olmuş öyle hiç ilgisi olmadığı halde ama belki bunda sayılarak bazı şu, şu alandaki filan denebilir mi, bilemiyorum yani belki o konuda birkaç önemli üç beş daha yazılabilir mi bunun yanına ama her şekil kuralını almamak lazım. Ön denetim yetkisine ben hep karşı oldum ya onu getirirsiniz ya da giderici modeli bunu getirirsiniz ikisinin bir

^(*) TBMM Anayasa Komisyon Başkanı

uygulandığı ülkeler bilemiyorum nerede var, ben pek dünyada bilmiyorum doğrusu; çok sık olduğunu zannetmiyorum.

Son olarak yine bu konuda söylememiz gereken bir husus 1/3 yenileme meselesi. Notlarım da var, sayın TÜRK'de söyledi. 12 yıla çıkacaksa belki yenileme bu alanda da düşünülebilir. Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak bizim oradaki görüşümüz yani ağırlıklı olarak seçmek filan değil, hiç olmazsa 1/3'lk bir kısım 7 ye gibi 5 ye gibi meclisin seçmesini özellikle onu söylüyorum, yani 1/3'n üzerinde de bir talepte bulunmuyoruz ve kaynak konusunda da belirttiğim gibi belli alanlar söylenebilir, ama aday gösterme konusunu çok doğru bulmuyorum. Teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. Zühtü ARSLAN^(*)

Teşekkürler sayın Başkan, ben kısaca bu ABD'de Federal Yüksek Mahkeme'nin oluşumu üzerinde durmak istiyorum; bu konu biraz eksik kaldı kanaatindeyim. Bu konuda yaygın yanlışlıklar var gibi geliyor bana, bunu şuradan biliyorum. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tutanaklarına bakıldığında Anayasa Komisyonu Başkanı Sayın ALDIKAÇTI o zaman Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesini haklılaştırmak için ABD'yi örnek olarak veriyordu ve diyordu ki; ABD'de de bütün üyeler başkan tarafından seçiliyor. Bu çok yaygın bir yanlış. Çünkü ABD'de 9 üye başkan tarafından seçilmiyor. Başkan tarafından öneriliyor. Başkan ABD'de bu üyeleri aday gösteriyor ve bu aday gösterme sürecinde senatoya çok ciddi pazarlıklar yapılıyor; yani senatodan dönmeyecek adayların gösterilmesine Başkan özen gösteriyor. Ama buna rağmen senato onaylama yetkisine sahip bir kurum olarak, parlamentonun bir kanadı olarak çok önemli sayıda adayı geri çevirmiştir şu ana kadar. Adayların yaklaşık 1/4'ünü senato kabul etmemiştir. Bu da senatonun onay mekanizmasının sembolik olmadığını, göstermelik olmadığını gösteren bir örnektir.

Ayrıca ABD'de başkan biliyorsunuz halk oyuyla seçiliyor, seçimle geliyor yani; demokratik meşruiyeti olan bir organ başkan. Bunu Türkiye'yle karşılaştırmak ve buna dayanak olarak göstermek kanımca son derece yanlış. ABD örneği şu açıdan da çok önemli, Anayasa Yargısının siyasallaşmasını çok sakıncalı görüyoruz, genellikle böyle bir kanaat var; bu da yanlış bence, bu siyasallaşmadan bu kadar korkmamak lazım, çok da kötü bir şey değil siyasallaşma. ABD'de Anayasa Yargısı ciddi anlamda siyasal bir organ ve ABD'de Mahkeme bizim Anayasa Mahkemesi'ne benzemiyor; o Federal Yüksek Mahkeme; ama Anayasa Mahkemesi'nin gördüğü işi de görüyor; Anayasallık denetimi yapıyor. Yargıtay'ın gördüğü işi de görüyor; temyiz mahkemesi yapıyor. Danıştay'ın gördüğü işi de görüyor; yani Federal Yüksek Mahkeme, buna rağmen üyeleri son derece siyasal kişiler ve bu siyasallığı gösteren çok tipik bir örnek var, onu anlatmak istiyorum, 1954 tarihli ABD Yüksek Mahkemesi'nin Brawn kararı var, çok meşhur bir karar. Brawn Wourhses Bourded Education kararı, bu kararla ABD tarihinin belki dönüm noktası sayılabilecek bir karar ortaya çıktı. Yüksek mahkeme ırk ayrımcılığını kurumsallaştıran bir kanunu bu kararda iptal etti, ama karar açıklanmadan hemen önce yüksek mahkemenin ırkçı görüşleriyle bilinen bir yargıcı öldü. Bunun üzerine liberal yargıçlardan birisi Frankfurter adındaki yargıç aynen şu açıklamayı yaptı. Dedi ki, hayatım boyunca Tanrı'nın varlığına dair ilk kez bir işaret gördüm.

Bu Anayasa yargıçlarının ciddi anlamda siyasal olduğunu, siyasal nitelikte olduğunu gösteren tipik bir örnek. Kısaca, bir Anayasa arayışımız var, bir Anayasa Mahkemesi arayışımız var; ama işte bu diyebileceğimiz bir Anayasa Yargısı modeline henüz bu öneri bence ulaşmış değil; ama ulaşma yolunda. İşte bu değince de aklıma benim çok sevdiğim bir anekdot geliyor, onu aktararak bitirmek istiyorum.

Zizek adında Slovenya'lı bir düşünür var, onun kitabından okuduğumu hatırlıyorum. Eski Yugoslavya'da zannediyorum zorunlu askerlikten kurtulmak için bir adam deli numarası yapmaya karar veriyor ve eline geçen her şeyi bu değil, bu değil diyerek sağa sola dağıtmaya, savurmaya başlıyor. Komutanlar adamın davranışlarından şüpheleniyorlar ve durumu açıklığa kavuşturmak için askeri hekime götürüyorlar. Askeri hekim bazı sorular soruyor adama; ama o hiçbirisine cevap vermiyor. Askeri hekimin masasındaki evrakları dağıtmaya başlıyor; bu değil, bu değil, bu değil diye hepsini yere atıyor. Sonunda askeri hekim pes ediyor; diyor ki, askerlik için uygun değildir. Teskeresine karar verilmiştir. Adama teskeresi veriliyor. Adam şöyle bir bakıyor evraka, işte bu, işte bu, diyor. Yani, işte bu diyebileceğimiz bir Anayasa'ya sanırım önümüzdeki dönemde kavuşacağız. Benim ümidim bu, teşekkür ediyorum.

^(*) Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU^(*)

Önemli gördüğüm birkaç noktaya değinmek istiyorum. Birincisi, iptal kararları gerekçesi yayımlanmadan açıklanamaz, hükmü taslaktan çıkarılmıştır; kanımca bu iyi olmuştur. Fakat olayla sınırlı yalnız tarafları bağlayacak biçimde karar yetkisi bu taslakta yer almamıştır. 1961 Anayasası'nda vardı. Bence bütçe yasalarında iptal edilmiş bir normun Anayasa'ya uygunluk denetimi için uygun bir formüldü, sanki konulması daha yararlı olabilir. Anayasaya uygun yorum tekniğini Anayasa Mahkemesi kendi içtihatlarıyla da geliştirmiştir ve birkaç kararında bu yola gitmiştir. Ancak burada bir noksanlık Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesinde bağlayıcı olduğunun belirtilmesi lazım. Çünkü Anayasaya uygunluk, Anayasaya uygun yorum tekniğini yalnız Anayasa Mahkemesi değil, diğer yargı yolları da kullanmakta ve bir çokları da Anayasa Mahkemesi yorumuyla kendilerini bağlı kabul etmemektedirler.

Son olarak siyasallaşmak konusuna kısaca değinmek istiyorum. Zühtü ARSLAN beyin “-siyasallaşmaktan hiç korkmayacağız” derken siyasal mahkemenin siyasal bir kurum haline dönüşmesi belki daha iyi olabileceği gibi bir izlenim de akla gelebiliyor. Aslında Anayasa'ya uygunluk denetimi siyasi meclisler tarafından yapılmaktaydı; ama bu yol terk edilerek Anayasayı yargı yoluyla denetim benimsenmiştir. Bunun nedeni de, siyasi organlar vasıtasıyla denetimin pek de yararlı olmadığına görülmesindedir. Ama gerçekte şunda da yine tereddütlerim var. Anayasa Mahkemesi parlamentodan ancak üye seçildiği zaman meşruiyet kazanır konusu biraz bana ters geliyor. Çünkü Anayasa Mahkemesi meşruiyetini büyük oranda Anayasa'dan alır. Tabii parlamento milletin seçtiği temsilcilerden seçilmiş ve onların çıkardığı yasaları denetleyen bir organ olarak bu iradeden de bir bölüm bulunması uygun olabilir ve zaten taslakta da bu yer almıştır. Ama meşruiyeti mutlaka parlamento seçimine bağlamak yani parlamentoları yargıç seçimine bağlamanın pek uygun düştüğü kanısında değilim. Teşekkür ederim.

^(*)Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR^(*)

Çok kısa da olsa Amerika'daki Devlet Başkanı'nın konumuna ben yeniden dönmek mecburiyetindeyim. Çünkü, benim hatırladığım Regan'ın en son yüksek mahkemeye üye ataması, senatodan dönmüştür. Sonrakinde de çok tartışmalar olmuştur. Hatta Yale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden kara derili bir üye halen yüksek mahkemenin üyesidir. Cinsel tasaddi de bulunduğu ithamıyla karşı karşıya kalmıştır, yine aynı fakülteden bir bayan öğretim üyesi tarafından; ama buna rağmen başkan çekmemiştir bu adayı ve senatoda kırk sekiz'e elli iki yine onanmıştır. Yani son dönemlerde onanmama çok istisnai. Tabii ABD'nin çok öncelerinde hukuk öğrenimi görmesi de gerekli değil. Halen öyle. İstediyini seçebilir başkan, ve o tarihlerde -hukuk öğrenimi görmüş değil- hukukla meşgul olmuş kişiler yüksek mahkemeye üye olarak önerilmekteydiler, başkan tarafından. O tarihlerde buna senatonun bir tepkisi var; ama benim bilebildiğim kadarıyla son dönemlerde yok. Bizde de böyle birşey olsun diye söylemedim ben. Amerika zaten bir örnek değil, tamamen apayrı bir kurum. Konuya gelecek olur isek, bu siyasallaşma ürküntüsü sözlerin bugünkü yapısında bu yok, ama eğer yasama meclisinin üyesini, seçeceği üye sayısını arttırsak o zaman kuşkusuz başka bazı değişiklikler de gündeme gelir. Örneğin, %10 barajın çok daha aşağılara çekilmesi icap eder. Çünkü bu, ülkedeki siyasal parçalanmışlığı -bunu olumsuz bir anlamda kullanmıyorum- doğru dürüst yasama organına yansıtmadığında sadece küçük bir azınlığın diyelim, şöyle ifade edeyim azınlıklar içinde çoğunluğun yasama organında çok büyük bir çoğunluğa sahip olması oradan seçilecek üyelerin meşruiyetini açıkçası sorgulattır. Örneğin Macaristan'daki üye belirleyen komitede her bir siyasal parti, -lütfen dikkat buyurun- kuvvetleri oranında değil benim bilebildiğim kadarıyla her biri eşit birer sayıda üye ile temsil ediliyorlar ve onlar adayı belirliyorlar yani adayda bir konsensüs sağlanıyor yasama organında temsil edilen partiler arasında. Son bir husus değinmek istediğim, sayın ALİEFENDİOĞLU, sayın Hikmet Sami TÜRK Hocam ve sabahki oturumda da çok değerli Alman Profesörümüz HASSEMER işaret ettiler; Almanya'daki sistemin olumlu oluşundan, şu anlamda; emekliye ayrılacak üyenin yerine yeni üye seçilinceye değin, diğerinin görevine devam etmesi. Ancak o bizim şimdiki yapımızda zannederim sakınca doğurur. Neden? çünkü bir kotadan seçecek yasama organı. Diyelim ki YÖK'ten önerilen ya da Barolar Birliği'nden önerilen üç adayı da beğenmedin, mevcudu daha iyi, o zaman bir türlü onu seçmez, mevcut görev süresi dolmuş olanın görevi daha fazla sürer.

Son olarak da şuna değinmek istiyorum; yine 1982 Anayasası'nda mevcut bir husus bu taslakta da korunuyor bence; onu değiştirmenin tam fırsatıdır. Def-i ve itiraz sözcükleri. Def-i zaten Anayasa yargısına yabancı bir kavram, neden? Çünkü, hakim kendisi re'sen de dikkate alabiliyor. Hatta KUNTER hocanın ifade ettiğine göre, itiraz da -ben bir ceza hukuku uzmanı değilim ama- ceza yargısında bambaşka bir anlam taşıyor. O da belki değil, öyleyse Anayasa'ya aykırılığın ileriye sürülmesi, mahkemelerce ileri sürülmesi bu şekildeki bir ifade, zannediyorum bu terim sorunlarını da giderir diye düşünüyorum. Tekrar saygılarımı yineliyorum efendim. Teşekkür ederim.

^(*)Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU^(*)

İlk başta belirttiğim şeyi, bu konuşmamda da tekrar vurgulamam gerekiyor. Gerçi sayın ALİEFENDİOĞLU konuşmasında değindi; Anayasa Mahkemelerinin meşruiyet sorununa. Şimdi siyasi demokrasi ile Anayasa Mahkemesi'nin meşruiyetini açıklayamayız bir kere bu bir. İkincisi, milli irade eşittir parlamentonun iradesi, çoğunluğun iradesi dersek yine bir takım şeyleri çözemeyiz. Parlamentodaki irade siyasi iradedir, evet çoğunluğun iradesidir; sadece milli irade değildir. II. Dünya Savaşı sonrası Anayasa anlayışı değişmiştir, demokrasi anlayışı değişmiştir, artık çoğunlukçu demokrasi değil, çoğulcu, özgürlükçü, kurumlar demokrasisi, konsensüs demokrasisinden bahsediyoruz ve bu anlayış içerisinde milli irade Anayasal sistem içerisindeki siyasal karar organlarının artı denetim organlarının birlikte iradesidir. Dolayısıyla, parlamentonun kabul ettiği bir kanun, milli irade değildir, çoğunluğun iradesidir o, siyasi tercihtir. Anayasa Mahkemesi bu kanunu iptal ettiği zaman çoğunluğun iradesini milli iradeye aykırı bulduğundan iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi eğer onu Anayasa'ya uygun bulursa o, o zaman Anayasa Mahkemesi'ni denetleyen organın iradesi ile milli irade olur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin meşruiyetini, siyasi demokrasiyi, kurum ve kuralları ile açıklarsak yanılıya düşeriz.

Anayasa Mahkemesi'nin meşruluğu, onun kuruluş nedeni olan bireyin temel hak ve özgürlüklerini ne ölçüde koruyabileceği ile ilgilidir. Bunu koruyabildiği ölçüde meşrudur. Ve Anayasa'mızda bütün kurumlar gücünü Anayasadan alır, meşruiyetini Anayasa'dan alır. Parlamento seçildiği için meşru değildir. Anayasa seçilmesini ön gördüğü için Anayasal organdır. Bu doğrultuda yasama yetkisini Türk Milleti adına meclis kullanır, yürütme yetkisini de yine Türk Milleti adına yargı kullanır. Meşruiyetini sağlayan bunlardır. Bunun altını çizmek isterim. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda siyasal odakları ne kadar katarsanız? Yargı için esas olan bağımsızlıktır. Çünkü, bağımsız mahkemeler kullanmalı diyor, Anayasal bağımsızlığı. Mesele budur. Bu taslaktaki dört kişilik, bu beş de olabilir, oluşum bir takım alt odaklardan gelmesi koşuluyla riske atacak boyutlarda değildir, onu söyleyebilirim; ama sayın ONAR'ın da ifade ettiği gibi belli nisaplar da ön görülebilir, üçle iki gibi; ama parlamentonuzun da buna uygun oluşması gerekir, bu nisapları ön gördüğünüz zaman. Bunu Almanya, Macaristan tedbirlerini öyle almış fakat oradaki parlamentonun oluşumu da buna uygun yani meclis de seçebilir kuşkusuz; fakat yargı bağımsızlığını zedelemeyecek bir ön güvenceler konulmalıdır.

İlk konuşmamda da belirttiğim gibi, eğer milli irade istiyorsanız, şimdi hemen şu ön denetimini açalım. Asıl milli irade Anayasa Mahkemesi'nin de denetiminden geçtikten sonra yürürlüğe giren kanunlar bakımından söz konusudur. O zaman o kanun Anayasa'ya da uygun olduğu için tüm Anayasal kurumların katıldığı iradedir. O'dur milli irade. Bakın Türkiye yetki kanunlarından çok çekti; yüksek mahkemeler bunu çok iyi bilir. 1989'dan itibaren 1996-1997'lere kadar Anayasa Mahkemesi kararlarının yarısı yetki kanununu kapsıyor. Kanun iptal edildiğinde ise, bu kanuna dayanarak çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle doludur. Bu kadar iş yükü yarattı. Şu yetki kanunlarına ön denetim getirseydik bunu yaşamayacaktık. Siyasi partiler kanunu, seçim kanunu, milletvekillerinin özlük hakları, parlamentoyu çok yıpratmıştır. Kurumsal kanunlar dediğimiz organik kanunlar, mahkemelerin kuruluş kanunları işte yerel yönetimler yasası gibi yasalar bunların iptali büyük kargaşaya yol açar daha sonra, bunları ön denetimden geçerse çoğunluğun iradesi olmaz o zaman, Milli İrade o zaman olmuş olur. Son bir şey daha ekleyeyim sayın Başkan, bu dairelerin görev paylaşımı, şimdi eşit paylaşma mı, yoksa ihtisaslaşma mı? Biz çok kafa yorduk, ben iki çalışmada buldum; bir Barolar Birliği'nin, bir de TUSİAD'ın çalışmasında. Şimdi Alman Anayasa Mahkemesi ihtisaslaşmayı seçmiş, onun görev ve yetkileri biraz daha uygun, Federal Devlet olduğu için. Biz de bunu seçerken ne yapalım diye gerçekten ince ince düşündük; biz de iki daire arasında görev yükünü eşit paylaşmak oldukça güç gibi görünüyor. Zannediyorum mahkeme

^(*)Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

de iki daire arasında bütün yükün eşit paylaşmasından yana. Tabi eşit paylaşım da sıkıntı şu; iki daire arasında içtihat uyumsuzluğu sık çıkabilir. Yani ileride denilebilir ki, bu kanun filanca daireye gitseydi iptal olmazdı, ya da filanca daireye gitseydi bu parti kapatılmazdı gibi; bu da mahkemeyi yıpratır ileriye dönük olarak, sakıncası budur. İhtisaslaşmada ise sakınca bizim sistemimizde iki daireye eşit iş yükü nasıl verebileceğimiz yolundadır. Bir TUSIAD raporunda ceza normu ön gören Anayasaya uygunluk denetimi, Anayasa şikayetlerini, Yüce Divan yetkisini birinci daireye verdik, onları daha çok ceza hukukçuları ağırlıklı ön görmüştü, tabi mahkemenin kuruluşu da bu görev dağılımına uygun olmalıdır diğer hukuk davalarından kaynaklanan Anayasa şikayetleri somut norm denetimi bakımından da diğer dairenin de yetkili kılınması yolunda bir çare bulmaya çalışmıştık. Tabi üst kurul temyiz gibi çalışıyor. Yüce Divan'da Anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda da üst kurula vermiştik. Bence bu daireler arasında yetki paylaşımında biraz daha düşünmemiz gerekir. Bir de mutlaka şu komiteleri kurmamız lazım, Almanya'da olduğu gibi bu Anayasa'da ön görülüyor; ama yasada ön görürsek sonra problem çıkarabilir; belki Anayasa'ya da konulmalıdır. Eğer üç kişilik komiteler kurmazsak, Anayasa şikayetlerinde ve somut norm denetiminde başvuru koşullarını inceleyecek Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü inanılmaz artar, bu bir de mutfığa raportör üyeler Avusturya'da olduğu gibi asistan üyeler bunların özlük haklarıyla kurumsal alt yapısının Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Kanunu'nda çok iyi kurulması gerekir diyorum. Teşekkür ediyorum.