

Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğın Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller

*Prof. Dr. Thomas Giegerich **

I. Giriş

Öncelikle davetiniz için teşekkür ederim. Bu sunuş bana Anayasa Mahkemelerindeki üyelerin atanması ve üyeliğın sona ermesine ilişkin olarak benimsenen usullerle Anayasa Mahkemelerinin meşruiyeti, kalitesi, bağımsızlığı ve tarafsızlığı arasındaki ilişkiye dair kimi değerlendirmelerimi sizlerle paylaşma olanağı verecektir. Burada üç ülkenin ulusal sistemini karşılaştırmalı olarak ele alacağım; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki üyelerle ilgili usulü de ayrıca irdeleneceğim. Anayasa Mahkemesi üyelerinin atanması ve üyeliğın sona ermesi usullerini incelerken görev süresi ve yeniden atanma olasılığı gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir. Bunlara ek olarak, mahkeme kararlarında çoğunluk görüşüne katılmayan üyelere, karşı görüş bildirme olanağının tanınması da büyük önem taşımaktadır.

* Kiel Üniversitesi Walther Schücking Uluslararası Hukuk Enstitüsü Müdürü

II. “Frenler ve Dengeler Sistemi”nde Anayasa Mahkemelerinin Yeri

Anayasa Mahkemeleri genellikle yargı sisteminin en yüksek mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Yargısı için temel olarak iki alternatiften biri tercih edilmektedir: Ya ABD, İsviçre ve AB’de olduğu gibi, kanunların Anayasa’ya uygunluk denetimi genel mahkemeler aracılığıyla yapılmaktadır, ya da Avusturya¹, Almanya, Türkiye ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde olduğu gibi, Anayasa yargısı alanında özel bir Mahkeme kurulmaktadır. Mahkeme sisteminde yapılan tercihten bağımsız olarak, Anayasa yargısı işlevinin yerine getirilmesinde mahkemelerin sahip olduğu yetkiler arasında kimi farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar, hangi düzeydeki yasama işlemlerinin denetime tabi olduğu² hususundan Anayasa değişikliklerinin denetimi³ ve Mahkeme kararlarının etkisi⁴ hususları gibi çok değişik konularda karşımıza çıkabilmektedir. Bu analizde sadece Anayasa Mahkemelerini değil, Anayasa yargısı alanında yetkisi olan genel mahkemeleri de dikkate aldığımı bir kez daha hatırlatmak isterim.

-
- ¹ Anayasa yargısı için özel mahkeme kurulması, kökleri Hans Kelsen’e giden bir Avusturya icadıdır.
- ² Sadece Kanton düzeyindeki yasaların denetimi yetkisi verilen ve federal yasaların denetimi konusunda yetkisi bulunmayan İsviçre Federal Mahkemesi’nden farklı olarak, ABD Yüksek Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi federal yasaların Anayasa’ya uygunluğu konusunda da denetim yetkisine sahiptir; Türk Anayasa Mahkemesi de aynı şekilde, ulusal yasama organınca yapılan yasaların denetimini yapabilmektedir.
- ³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişiklikleri üzerinde Anayasa’nın (veya Almanların deyişiyle, Temel Kanun’un) 79. maddesinin 3. fıkrasındaki ilkelere uygunluk bakımından esas denetimi yapabilir; Türk Anayasa Mahkemesi ise Türk Anayasası’nın 148. maddesinin 1. fıkrasına göre, kanunların Anayasa’ya uygunluğunu hem şekil, hem esas yönünden denetleme yetkisine sahip olmakla birlikte Anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden denetleyebilir.
- ⁴ ABD’de Yüksek Mahkeme’nin bir federal yasanın ya da bir eyalet yasasının Anayasa’ya aykırılığı yönünde vereceği karar, *stare decisis* (emsal kararın bağlayıcılığı) ilkesi gereği ABD’deki bütün mahkemeler üzerinde bağlayıcı etkiye sahiptir. Almanya’da da Federal Anayasa Mahkemesi’nin vereceği iptal kararı, söz konusu kanunu geçmişe etkili olarak hükümsüz hale getirir ve *erga omnes*, yani sadece somut davanın tarafları için değil, herkes için bağlayıcı etkiye sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir ulusal yasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’yle bağdaşmazlığı yönünde vereceği bir karar ise söz konusu kanunu hükümsüz hale getirmez; AİHS’nin 46. maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “bağdaşmazlığın tespiti” niteliği taşıyan kararı, ulusal parlamentoya söz konusu kanunu değiştirme ya da yürürlükten kaldırma yükümlüğü getirir.

Anayasa yargısı, anayasacılık düşüncesinin kurumsallaşması olarak değerlendirilmektedir, çünkü Anayasa yargısı hukuk devleti ilkesini kabul eden ülkelerde bütün siyasi güçlerin Anayasa'ya bağlı kalmasını sağlayan bir mekanizmadır. Bu noktadan hareketle, Anayasa yargısının, yerine getirdiği işlev nedeniyle, kaçınılmaz olarak siyasal bir yönü olduğu da ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, Anayasa yargısı konusunda kendisine yetki ve görev verilen mahkemeler, yargısal görünüm altında siyasal güç kullanmaktadırlar. Anayasa yargısı kurumları sıklıkla “parlamento çoğunluğuyla karşı karşıya gelme” sorunu yaşamaktadırlar. Bunun nedeni, doğrudan halk tarafından belirlenmeyen Anayasa yargıçlarının, halkın iradesini temsil eden parlamento çoğunluğuna, üstelik genellikle pek kısa ve muğlak bir Anayasa metninden hareketle sınırlar getirmesidir.⁵

Günümüz Avrupa'sında, anayasal yargı sadece iç hukukla ilgili ulusal bir fenomen olmaktan çıkmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın kurulmasıyla, Anayasa yargısı uluslararası hatta ulus-üstü bir nitelik kazanmıştır. Hukuk devleti ilkesinin ülke içinde ve ülkeler arasında hayata geçirilmesi konusunda ulusal Anayasa Mahkemelerinin ve Avrupa düzeyindeki mahkemelerin ortak sorumluluğu bulunmaktadır.⁶ Bu gelişme, yukarıda değinilen “parlamento çoğunluğuyla karşı karşıya gelme sorunu”na bir de uluslararası hatta ulus-üstü boyut kazandırmaktadır.

Anayasa Mahkemelerinin kuvvetler ayrılığı sistemi içinde kendilerinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirebilmesinin şartı, Anayasa Mahkemelerinin bağımsızlığının ve tarafsızlığının tam olarak sağlanmasıdır. Farklı siyasi iktidarlar ancak tam bağımsız ve tarafsız bir Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararları itiraz etmeden benimseyeceklerdir. Bu nedenle, siyasi iktidarın Anayasa Mahkemesi'ni yandaş üyelerle “doldurma” hevesine kapılması

⁵ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), 18.

⁶ Thomas Giegerich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, den USA und Europa als Trägerin einer gemeinsamen Rechtswahrungsaufgabe, in: Marten Breuer ve diğerleri (Editör), *Im Dienste des Menschen: Recht, Staat und Staatengemeinschaft* (2009), s. 95 ve devamı.

ihtimaline karşı, bu tür girişimlerin önünü kesecek hukuki tedbirler alınmalıdır. Diğer yandan; demokratik bir sistemde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin de bir şekilde demokratik meşruiyete kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü, son tahlilde Anayasa Mahkemesi üyelerinin kullandığı yetkinin asli kaynağı da halktır. Bu meşruiyetin özellikle atama sürecinde sağlanması çok daha önem taşımaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi üyeleri bir kez atandıktan sonra Mahkeme üyelerinden siyasal olarak hesap sorulması artık mümkün değildir. Mahkeme üyeleri bir kez atandıktan sonra sadece kamu vicdanında hesaba çekilebilmektedir. Kamu vicdanını temsil işlevi de genellikle Anayasa Hukuku uzmanlarına düşmektedir. Anayasa Hukuku uzmanlarının Anayasa Mahkemesi kararları üzerinde yaptıkları eleştirel tartışmalar, bugün için mümkün olan tek kalite denetimi olarak görülebilir.

Demokrasi, Anayasa'da gösterilen şekilde işleyen bir halk idaresidir. Ancak, Anayasa'nın somut anlamını belirleme yetkisi hakimlere aittir.⁷ Bu durumda, hakimlerin yetkileri mümkün olduğu kadar açık biçimde belirlenmek suretiyle olası suistimallerin önüne geçilmelidir. Yapılacak düzenlemelerde iki temel ilkenin uzlaştırılması gerekmektedir. Bir taraftan, halkın parlamentoya gönderdiği çoğunluğun yönetme hakkını öngören demokrasi ilkesi zedelenmemelidir. Diğer taraftan, siyasi çoğunluğun da hukuka uyması gerektiğini savunan hukuk devleti ilkesinden taviz verilmemelidir. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa yargısının kendisinden beklenen işlevleri gerektiği gibi yerine getirebilmesi için Mahkeme üyelerinin atanması ve üyeliğin sona ermesi konusunda uygulanacak usul büyük önem taşımaktadır.

III. Atama Usulü: Bağımsız, Tarafsız ve Yüksek Nitelikli Kişilere Meşruiyet Kazandırılması

1. ABD Yüksek Mahkeme Üyelerinin Atanması

ABD Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa yargısı bakımından öncü rolünü dikkate alarak, bu bölüme Washington'daki dokuz yargıcın

⁷ ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı Charles E. Hughes'e atfedilen bir ifadeyle, "Anayasa, hakim in söylediği şeydir."

atama usulüyle başlıyorum. 1787 tarihli ABD Anayasası'na göre Yüksek Mahkeme üyeleri Başkan tarafından aday gösterilir; Senato'nun görüş ve onayı alındıktan sonra yine Başkan tarafından atanır.⁸ Gerek Başkan gerekse Senato halk tarafından belirlenmektedir.⁹ Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme üyelerinin demokratik meşruiyete sahip olduklarını söylemek mümkündür. Anayasa, adaylarda aranacak şartlar konusunda ayrıntıya girmemiş; Yüksek Mahkeme'ye "nitelikli hukukçuların" atanmasını Başkan ve Senato'nun sağduyusuna emanet etmiştir. Uygulamada, adaylık için Amerikan Barolar Birliği'nce "nitelikli hukukçu" olarak kabul edilme şartı aranmaktadır.¹⁰

Başkan'ın göstereceği adayın Senato'dan onay alması için en az tam sayının salt çoğunluğu olan 51 oy gerekir.¹¹ Başkan ve Senato çoğunluğunun aynı siyasi görüşten olması halinde, Yüksek Mahkeme'ye ideolojik olarak kendilerine yakın kişileri atamaları mümkündür. Yüksek Mahkeme üyelerinin ölüm ve kendiliğinden çekilme dışında ölüncüye kadar bu görevde kaldığı düşünülürse, aynı siyasi görüşü paylaşan bir Başkan ve Senato, yapacakları atamalarla Yüksek Mahkeme'nin yapısını kalıcı biçimde değiştirebileceklerdir. Bu durum, belirli bir andaki siyasi çoğunluğa kendi ideolojik görüşlerini Yüksek Mahkeme'ye taşımakla kalmayıp, bu görüşlere siyasi çoğunluk değişse bile uzun bir süre için kalıcı etki kazandırma olanağı sunmaktadır. Bununla birlikte; uç örneklerde, ideolojik yönden aşırılığıyla tanınan adayların atanmasını önlemek için Senato İçtüzüğünde yer alan bir "filtreleme" olanağından yararlanılmaktadır. İçtüzüğe göre, yargı atamalarındaki oylamaların yapılması ancak 60 Senatör tarafından bu yönde bir istem gelmesi

⁸ II. madde, 2. fıkra, 2. bent.

⁹ II. madde, 1. fıkra. Ayrıca, XII. Anayasa Değişikliği (Başkanın, halkın belirleyeceği ara seçmenler tarafından seçilmesi) ve XVII. Anayasa Değişikliği (Senato üyelerinin her bir eyalette doğrudan halk tarafından seçilmesi).

¹⁰ ABD Yüksek Mahkemesi'ne yapılan atamaların kapsamlı bir tarihçesi için bakınız: Henry J. Abraham, *Justices, Presidents, and Senators* (5th ed. 2008).

¹¹ Bazı adayların Senato'dan geçmediğini biliyoruz. Bu konuda en meşhur örneklerden biri, 1987'de Başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilen aşırı muhafazakar aday Robert Bork'un Senato tarafından reddedilmesidir. (David G. Savage, *Turning Right: The Making of the Rehnquist Supreme Court* [1992], s. 133 ve devamı).

halinde mümkündür; yani, 60 Senatör tarafından talep edilmedikçe yargı atamaları için oylamaya geçilemez.¹² ABD Yüksek Mahkemesi'nin kuruluşundan bu yana geçen 200 yılı aşkın sürede, Başkanlar Yüksek Mahkeme üyelerinin kendi siyasi görüşleri yönünde belirlenmesi konusunda ancak kısmî bir başarı elde edebilmişlerdir.¹³

Senato'daki onay sürecinde, adayla günler süren bir mülakat yapılmaktadır. Adalet Komisyonu'nda kamuoyuna açık olarak yapılan bu mülakatta, adayın karakterinden tutun da bilgi düzeyine ve "yargı felsefesi"ne kadar pek çok konu derinlemesine irdelenmektedir. Bu mülakatın atama sürecinin şeffaflığına büyük katkı yaptığı açıktır. Ancak, Adalet Komisyonu'ndaki mülakat kimi zaman, siyasi muhaliflerin elinde çirkin bir "karalama ve yıpratma" aracına dönüşme riski taşımaktadır.¹⁴

Yüksek Mahkeme üyelerinin sayısı Anayasa ile değil bir federal yasa ile belirlenmiştir.¹⁵ Dolayısıyla, siyasi iktidar teorik olarak, kanunda yapacağı bir değişiklik ile üye sayısını artırma ve kendisine yakın kişileri Yüksek Mahkeme'ye atamak suretiyle Mahkeme'deki ideolojik dengeleri değiştirme olanağına sahiptir. Başkan F. D. Roosevelt, Büyük Depresyon'u aşmak amacıyla çıkardığı New Deal kanunlarının her defasında "5'e 4" gibi küçük bir farkla Yüksek Mahkeme'den dönmesi üzerine, 1937 yılında bu yönde bir girişimde bulunmuştu. Ancak, Roosevelt Kongre'de kanun değişikliği için gerekli çoğunluğu sağlayamadı. Bununla birlikte, kanun değişikliğinin gündeme gelmesi dahi Yüksek Mahkeme'nin "mesajı almasına" yetti ve Yüksek Mahkeme bundan sonra New Deal kanunları üzerinde mümkün olduğu kadar sınırlı bir denetim yaptı.¹⁶ Bu değişiklikte, daha önce New Deal kanunlarına karşı oy kullanan

¹² Jeffrey Toobin, *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court* (Anchor Books, Eylül 2008), s. 309-310.

¹³ H. Rehnquist, *The Supreme Court: How It Was, How It Is* (1987), s. 235 ve devamı.

¹⁴ 1991 yılında Clarence Thomas ile yapılan mülakat buna örnek verilebilir. (Savage [9. dipnotta anılan eser], s. 423 ve devamı).

¹⁵ 28 sayılı Kanununun 1. maddesi.

¹⁶ Jeff Shesol, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court* (2010).

bir üyenin taraf değiştirerek bu kanunların Anayasa'ya uygun olduğunu savunmaya başlamasının da önemli rolü olmuştur.¹⁷

2. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Atanması

Anayasa Mahkemesi'nin 16 üyesinden yarısı Parlamentonun Bundestag kanadı tarafından, yarısı da Bundesrat¹⁸ tarafından seçilir.¹⁹ Anayasa Mahkemesi üyeliği için hukuk alanında lisansüstü eğitim şartı vardır. Ayrıca, üyelerden altısının federal yüksek mahkemelerden seçilmesi gerekmektedir. Federal Adalet Bakanlığı, Anayasa Mahkemesi'ne seçilme şartlarını taşıyan kişilerin listesini tutmaktadır. Bu liste bağlayıcı olmamakla birlikte, seçici makamları bilgilendirmek amacıyla sürekli güncellenmektedir.²⁰ Parlamentonun her iki kanadında da seçim için üçte iki oy gerekmektedir.²¹ Bu koşul, ana siyasi akımlar dışından üye seçilmesini engellemiştir. Merkez partilerinden de, partizanca davranma olasılığı bulunan uç isimlerin seçilme şansı yoktur. Parlamentoda gerekli oyu alan adaylar Federal Cumhurbaşkanı tarafından atanır.²² Alman siyasal sisteminde Cumhurbaşkanı'nın daha ziyade sembolik yetkilere sahip olduğunu biliyoruz.

Uygulamada, Almanya'daki iki ana siyasi akımı temsil eden Hıristiyan Demokratlar ve Sosyal Demokratlar bir tür gayriresmî uzlaşıyla Federal Anayasa Mahkemesi üyelerini paylaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin iki bölümünden her birindeki 8 üyelik, Hıristiyan Demokratlar ve Sosyal Demokratlar arasında paylaşılmış durumdadır. Sekiz üyenin altısı parti üyeleri arasından belirlenmektedir. Bunların da üçünün Hıristiyan Demokrat, üçünün Sosyal Demokrat olmasına dikkat edilmektedir. Bu partilerden

¹⁷ Yargıç Owen J. Roberts'ın West Coast Hotel Co. v. Parrish (300 U.S. 379 [1937]) davasında taraf değiştirmesi için, "dokuzu kurtaran, zamanında bir hamle" nitelemesi kullanılmaktadır.

¹⁸ Bundestag üyeleri doğrudan halk tarafından seçilir. Bundesrat ise Eyalet hükümetlerinin temsilcilerinden oluşur. Eyalet hükümetleri, Eyalet meclislerinin desteğiyle belirlenir. Eyalet meclisleri ise doğrudan eyalet halkı tarafından seçilmektedir.

¹⁹ Federal Anayasa'nun 94. maddesi; Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 5. maddesi ve izleyen maddeleri.

²⁰ Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 8. maddesi.

²¹ Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 5. fıkrası ve 7. maddesi.

²² Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 10. maddesi.

birinin, bir üçüncü partiyle koalisyon hükümeti kurmak zorunda kalması halinde dört üyelikten biri koalisyonun küçük ortağı olan partiye “bırakılmaktadır”.²³ Temsili demokrasilerde siyasi partilerin önemli kamu görevlerine yapılan atamalarda önemli bir rol oynaması normal karşılanmalıdır. Almanya örneğinde, üyelerin siyasi partiler tarafından belirlenmesinin Federal Yüksek Mahkemenin “siyasallaşmasıyla” sonuçlanmadığını ve Mahkeme kararlarının kamuoyu tarafından genel olarak çok makul ve dengeli bulunduğunu belirtmekte yarar vardır.²⁴

Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi üyeliği için kabul edilen seçim usulünün bir sonucu olarak, partilerin önde gelen kişileri arasında kapalı kapılar ardında yapılan pazarlıklar belirleyici rol oynamaktadır.²⁵ Halka açık herhangi bir görüşme veya mülakat düzenlenmemektedir. Süreç kamuoyuna tamamıyla kapalıdır.²⁶ Halka açık bir mülakat düzenlenmesi yönünde getirilen öneriler reddedilmiştir. Bu öneriye karşı çıkanlar, kendi görüşlerini desteklemek için ABD’de Senato’daki mülakat sırasında yapılan bazı çirkin oyunları örnek göstermişlerdir. Ancak, Almanya’da Anayasa Mahkemesi’ne seçilmek için aranan üçte iki çoğunluk, mülakatın daha seviyeli geçmesini sağlayabilir.²⁷ 2008 yılında Parlamentodaki küçük gruplardan birinin verdiği Federal Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçim Usulünün İyileştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, Genel Kurul’a dahi gelme şansı bulamadı.²⁸ Bu teklifte, Bundestag tarafından seçilecek üyelerin Bundestag’ın Adalet Komisyonu’nda mülakata tabi tutulması ve seçim için aranan çoğunluğun üçte ikiden dörtte üçe yükseltilmesi önerilmekteydi. Bu iki yenilikle, bir yandan Federal Yüksek Mahkemesi’ne üye seçim sürecinin şeffaflığa

²³ Uwe Kischel, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, in: Josef Isensee & Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Cilt III (3. baskı: 2005), 69. paragrafın 21. dipnotu ve devamı.

²⁴ Aynı eser, 32. dipnot ve devamı; 39. dipnot.

²⁵ Aynı eser, 25. dipnot.

²⁶ Aynı eser, 26. dipnot ve devamı.

²⁷ Karşı görüş için: Aynı eser, 40. dipnot ve devamı.

²⁸ Bundestag, Evrak no: 16/9628, 18 Haziran 2008
(<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/096/1609628.pdf>).

kavuşturulması diğer yandan da üyelerin iki büyük siyasi parti arasında paylaşımına son verilmesi amaçlanmaktaydı. Ancak, böyle bir teklifin başarı şansının sıfır olduğu baştan belliydi ve Genel Kurul'a dahi gelemedi.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi on iki yıldır; üyeler bu göreve sadece bir defalığına seçilir. Emeklilik yaş sınırı olan 68 yaşına gelen üyelerin bu süreyi doldurması beklenmez. Parlamento'da aranan çoğunluk nedeniyle yeni üyelerin belirlenmesi uzayabilir. Bu nedenle, görev süresi sona eren üyeler, halefleri atanuncaya kadar göreve devam ederler.²⁹ Bir üyenin görev süresinin sona ermesinden veya çekilmesinden itibaren iki ay geçtiği halde Parlamento'da yeni üye seçilememesi halinde, Parlamento'nun yetkili kanadı Federal Anayasa Mahkemesi'nden her bir boş üyelik için birden çok aday göstermesini ister. Ancak, Parlamento'nun yetkili kanadı, yeni üyeyi mutlaka Anayasa Mahkemesi'nce gösterilen adaylar arasından seçmek zorunda değildir.³⁰

3. Türk Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Atanması

Türk Anayasa Mahkemesi'nin 11 asıl ve 4 yedek üyesi 65 yaşına kadar görev yapar. Üyelerin tamamı Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Üyelerden büyük çoğunluğu, yüksek mahkemelerce belirlenecek üçer kişilik aday listelerinden atanır. Milletın doğrudan temsil organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, millet adına en yüksek düzeyde yargı yetkisi kullanmakta olan Anayasa Mahkemesi üyelerinin atanma sürecinin dışında tutulmuştur.³¹

Bugünlerde gündemde olan Anayasa değişikliği teklifi, Anayasa Mahkemesi üyeliği konusunda da bir takım değişiklikler getirmektedir. İlk olarak; görev süresi, 65 yaş sınırını aşmamak üzere 12 yıl ile sınırlanmaktadır. Üyeler bu göreve bir daha seçilemez. Bu düzenleme, Almanya'da olduğu gibi Anayasa Mahkemesi üyelerinin daha sık değişmesini ve ülkede değişen siyasi dengelerin Anayasa Mahkemesi'ne daha düzenli bir şekilde yansması sonucunu

²⁹ Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 4. fıkrası.

³⁰ Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 7a maddesi.

³¹ 1982 Anayasası'nın 146. ve 147. maddeleri.

doğurabilir. Anayasa değişikliği, ikinci olarak, üye sayısının 19'a çıkarılmasını öngörmektedir (Ç.N.: Anayasa değişikliğinin TBMM'de kabul edilerek halkoyuna sunulan metninde üye sayısı 17 olarak belirlenmiştir.) Bu değişikliğin kabulü halinde; üyelere üçü TBMM tarafından, diğerleri Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecektir. TBMM, üç üyeyi farklı kurumlar tarafından belirlenecek üçer kişilik listelerden seçecektir. TBMM'deki seçimin sadece ilk turunda üçte iki çoğunluk aranacaktır.³² Anayasa Mahkemesi'ne üye seçimi konusunda yürütme ve yasama organları arasındaki dengesizlik, yabancı gözlemciler için ilginç bir durumdur.

4. Lüksemburg'daki Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Üyelerinin Atanması

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Avrupa Birliği bünyesinde faaliyet gösteren; ulus-üstü işlevlerinin yanı sıra anayasal konularda da yetkisi olan bir mahkemedir. Mahkeme'de her bir üye ülkeden birer kişi olmak üzere toplam 27 hakim ve 8 savcı görev yapmaktadır.³³ Bu kişilerin tamamı, ülkesinde yüksek mahkemelere atanmak için aranan şartları taşıyan, bağımsızlığı konusunda kuşkuya yer olmayan hukukçular arasından seçilir.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na üye seçim süreci, Alman Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçim usulüne göre daha da kapalı bir süreçtir. Bu konuda, kurucu antlaşmada yer alan tek hüküm, Adalet Divanı hakim ve savcılarının altı yıllık -çok kısa- bir süre için üye devletlerin ortak kararı ile atanmasını öngörmektedir.³⁴ Uygulamada, üye devletlerin yürütme organları kendi ülkesine ait boş üyelik için bir aday göstermekte ve diğer 26 üye hükümetleri de bu adayı onaylamaktadır. Bir başka deyişle, Mahkeme üyeleri, üye

³² Bu tercihte, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yer alan partiler arasındaki derin kamplaşmalar nedeniyle üçte iki gibi bir özel çoğunluğa erişmenin her zaman mümkün olmaması ihtimali rol oynamış olsa gerektir.

³³ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın -1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'yla değiştirilmiş şekliyle- 252. maddesinin 1. fıkrası.

³⁴ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın -1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşmasıyla değiştirilmiş şekliyle- 19. maddesinin 2. fıkrası ve 253. maddesinin 1. fıkrası. Lüksemburg Mahkemesi'nin bütün görüşmeleri ve kararları Fransızca olduğundan hakimler için Mahkeme'de uzun bir eğitim gerekmektedir.

devletlerin yürütme organları tarafından belirlenmektedir. Bu atama usulü, bir AB organı³⁵ olan Adalet Divanı'nı üye devletlerin doğrudan denetimi altında bir organ halinde getirmektedir. Hal böyleyken, Lüksemburg Mahkemesi'nin genellikle AB lehine ve üye devletler aleyhine karar verdiğiinden şikayet edilmesi ilginçtir. Hakimler ve savcılar AB bürokrasisinden değil, üye devletlerden geldiği halde, Mahkeme'nin AB lehine taraf tuttuğu yönündeki eleştiriler üye devletler tarafından sıkça dile getirilmektedir.

Kurucu antlaşmada hakimlerin ve savcılarının bu görevlere -hem de hiçbir yaş sınırı getirilmeksizin- yeniden seçilebilmesine imkan tanınması³⁶, yargı bağımsızlığı açısından olumsuz bir durumdur. Bu, ulusal hükümetlere yeniden atama yetkisini bir silah olarak kullanarak, Lüksemburg Mahkemesi'ndeki hakim ve savcılarını performanslarından dolayı ödüllendirme ya da cezalandırma imkanı vermektedir. Yeniden atanma için hükümet tarafından hesaba çekilme ihtimalinin, hakim ve savcılarının bilinçaltında bir baskı unsuru oluşturacağı açıktır.³⁷ Kuşkusuz, bu tür bir görüntüden kaçınmak gerekir. Hakimleri bu tür bir etkiye karşı korumak amacıyla, "mahkeme görüşmelerinin gizliliği" ilkesi benimsenmiştir³⁸. Mahkeme kararları, en az üç üyenin katılımıyla toplanan dairelerde ve oybirliğiyle alınır; yani karşı görüş belirtilemez. Gizlilik ilkesi savcılara uygulanmaz; çünkü onların görevi, dava hakkındaki görüşlerini tamamen bağımsız ve tarafsız biçimde Mahkeme'ye açıklamaktır.³⁹

Yukarıda belirtilen atama usulü, gerek üye devletlerdeki gerekse AB düzeyindeki yasama organlarının herhangi bir müdahalesine yer vermeyen bir usul olmakla birlikte, bu usulün bütün noksanlarına

³⁵ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın 13. maddesinin 1. fıkrası.

³⁶ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın 19. maddesinin 2. fıkrası; 253. maddesinin 4. fıkrası.

³⁷ Uluslararası Adalet Divanı'nın üyeleri BM Genel Kurulu ve BM Güvenlik Konseyi tarafından dokuz yıllık bir dönem için seçilir. Uluslararası Adalet Divanı'nda da üyelerin yeniden seçilmesi mümkündür Ancak, adaylar ulusal hükümetler tarafından değil, Daimi Hakem Heyeti'ndeki ulusal gruplar tarafından belirlenmektedir. (Uluslararası Adalet Divanı Kurucu Akdi'nin 4., 8., 10. ve 13. maddeleri)

³⁸ Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Statüsüne İlişkin Protokol'ün 35. maddesi.

³⁹ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın 252. maddesinin 2. fıkrası.

rağmen Avrupa bütünleşmesinin en başından bugüne dek uygulanageldiğini ve gerçek anlamda bir reforma tabi tutulmadığını biliyoruz. Lizbon Antlaşması'yla kurulması öngörülen Yargı Uzmanları Panelinin⁴⁰ üye devletlerce atama kararı alınmadan önce adayın bu görev için uygun olup olmadığı konusunda bildireceği görüşün de esas soruna çözüm getirmesi mümkün görünmemektedir.

Kimi üye devletler bu soruna bir çözüm bulmak amacıyla kendi inisiyatifleriyle çeşitli düzenlemeler yapmışlardır. Avusturya 1995 yılında Avrupa Birliği'ne girerken Anayasa'da yapılan bir değişiklikle, hükümete Lüksemburg Mahkemesi'ne hakim ve savcı seçimi konusunda Parlamento'nun Millet Meclisi kanadının ilgili Komisyonundan onay alma zorunluluğu getirilmiştir.⁴¹ Bu zorunluluk, başka ülkelerin kontenjanından yapılacak atamalar için de geçerlidir. Almanya'da yakın tarihe kadar Hakim ve Savcılık adayları federal hükümet tarafından tek taraflı olarak belirlenmekteydi. Bu usul ancak Lizbon Antlaşması'nın kabul sürecinde bir reforma tabi tutulabildi. Bundan böyle, federal hükümet Lüksemburg Mahkemesi'ne her bir hakim ve savcı ataması için Hakim Seçim Komitesi'nden onay almak zorundadır. Hakim Seçim Komitesi, ilgili Bakanla birlikte Federal Yüksek Mahkemelerin üyelerini belirleyen bir kuruldur.⁴² Bu kurul, 16 eyaletin Adalet Bakanları ile Bundestag tarafından seçilen 16 milletvekilinden oluşur.⁴³

5. Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Üyelerinin Atanması

⁴⁰ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın 255. maddesi.

⁴¹ 1920/29 tarihli Federal Anayasa'nın değişik 23. maddesinin 2. fıkrası.

⁴² Anayasa'nın 95. maddesinin 2. fıkrası. Almanya'da beş adet Federal Yüksek Mahkeme bulunmaktadır. Bunlar: Federal Yargıtay, Federal Danıştay, Federal Sayıştay, Federal İş Mahkemesi, Federal Sosyal Mahkeme.

⁴³ 1950 yılında çıkarılan Hakimlerin Seçimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrası. Bu hüküm, "Bundestag ve Bundesrat'ın Avrupa Birliğine İlişkin İşlerde Yetkilerinin Güçlendirilmesi Hakkında 22 Eylül 2009 Tarihli Kanun"un 2. maddesiyle değiştirilerek güncel halini almıştır (Federal Resmi Gazete, 2009, Cilt I, s. 3022).

Lüksemburg Mahkemesi'ne üye atama usulünün kamuoyuna kapalı ve hükümet merkezli bir şekilde düzenlenmesini daha da anlaşılabilir kılan, aslında henüz 1950 yılı itibariyle Avrupa hukukunda oldukça ileri bir örneğin benimsenmiş olmasıdır. Hakikaten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne üye atanması konusunda oldukça ileri sayılabilecek bir usul benimsenmiştir. Strazburg Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerden seçilen 47 üyeden oluşmaktadır. Ancak, Mahkeme üyeleri kendi ülkelerini temsilen değil, birer bağımsız yargıç konumuyla görev yapmaktadırlar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre; "en üstün ahlaki vasıflarla donanmış olması gereken yargıçlar, yüksek yargısal görevleri icra için gerekli niteliklere sahip veya alanında uzmanlığı herkesçe malum hukukçu olmalıdırlar."⁴⁴

Taraf devletler, gerekli vasıflara sahip üç adaydan oluşan bir listeyi, adayların alfabetik sırasına göre hazırlayarak Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'ne sunar ve Parlamenterler Meclisi adaylardan birini oyçokluğuyla seçer.⁴⁵ Parlamenterler Meclisi, üye devletlerden gelen parlamenterlerden oluşur. Üye devletlerin parlamenter sayısı nüfusa göre belirlenir.⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne aday gösterilen kişiler Parlamenterler Meclisinin Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komisyonu'nun bir Alt Komitesi tarafından mülakata alınır. Mülakat kamuoyuna kapalıdır.⁴⁷

⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 20. ve 21. maddeleri.

⁴⁵ AİHS'nin 22. maddesi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Taraf Devletlerin ve Parlamenterler Meclisi'nin bu listelere ilişkin yetkileri konusunda iki Tavsiye Niteliğinde Görüş bildirmiştir. Bunlardan ilki: Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights of 12 February 2008 (Sadece erkek adaylardan oluşan bir listenin Parlamenterler Meclisi tarafından reddedilmesi hususunda Tavsiye Niteliğinde Görüş); İkincisi: Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (No. 2) of 22 January 2010 (Adayların veya listelerin geri çekilmesi ve Taraf Devletler tarafından yeniden belirlenmesi hususunda Tavsiye Niteliğinde Görüş).

⁴⁶ Avrupa Konseyi Kurucu Sözleşmesi'nin 25. ve 26. maddeleri. Örneğin, Almanya'nın 18, Türkiye'nin 12 temsilcisi bulunmaktadır.

⁴⁷ Parlamenterler Meclisi'nin 30 Ocak 2004 tarihli ve 1649 (2004) sayılı Kararı için bakınız: (<http://assembly.coe.int/>). Parlamenterler Meclisi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin 3. fıkrası için bakınız: (http://assembly.coe.int/RulesofProcedure/2010/20090118_RulesBilingual.pdf).

Parlamente Meclisi'nde yapılan oylamada adayların aldıkları oylar ve seçimin sonucu yayımlanır.⁴⁸

Bugüne kadar, Stazburg Mahkemesi üyelerinin görev süresi Lüksemburg Mahkemesi üyelerinin görev süresiyle aynı idi. Aynı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı üyeleri için olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyelerinin görev süresi -kısa- altı yıl olarak kabul edilmişti ve üyelerin bu göreve tekrar seçilebilmesi mümkündü. Lüksemburg Mahkemesi'nden bu konuda tek farkı, üyelik için getirilen 70 yaş sınır idi.⁴⁹ Bu durum, Strazburg Mahkemesi üyeleri için daha da büyük bir sorun teşkil etmektedir. Çünkü her üye kendi ülkesiyle ilgili davalara hem Daire hem de Genel Kurul aşamasında katılmak durumundadır.⁵⁰ Ancak, Mahkeme üyelerine tanınan "karşı görüş belirtme" hakkı⁵¹ sayesinde, taraf devletler ulusal yargıcın ulusal çıkarlara ne ölçüde hizmet ettiği (!) ve dolayısıyla yeniden atanmayı hak edip etmediği konusunda bir fikir sahibi olabilmektedir. 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girecek olan 14 No.lu Protokol bu soruna bir çözüm bulmak amacıyla Mahkeme üyelerinin görev süresini dokuz yıla çıkarmakta ve üyelerin tekrar atanabilmesine son vermektedir.⁵² Yetmiş (70) yaş sınırı korunmuştur.

6. Sonuç: Farklı Çözümler

Atama usulüne ilişkin olarak bu bölümde anlatılanlar, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerini bağdaştıran bir tek çözüm olmadığını; bu iki ilkenin çok farklı şekillerde uzlaştırılmasının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır. Bir yandan hakimlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alırken, diğer yandan da onlara demokratik meşruiyet kazandırmak için başvuru

⁴⁸ Ukraynalı üyenin belirlenmesi için 27 Nisan 2010 tarihinde yapılan seçimin sonuçları için bakınız: (http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100427_ElectionResultsUkraine.pdf).

⁴⁹ AİHS'nin 22. maddesi (11 No.lu Protokol'deki versiyon). AİHS'nin ilk halinde de Mahkeme üyelerinin görev süresi dokuz yıl olarak düzenlenmişti ve üyelerin tekrar seçilmesi mümkündü (AİHS'nin ilk versiyonu, 40. maddenin 1. fıkrası).

⁵⁰ AİHS'nin 27. maddesinin 2. ve 3. fıkraları.

⁵¹ AİHS'nin 45. maddesinin 2. fıkrası.

⁵² AİHS'nin 23. maddesinin 1. fıkrası (14 No.lu Protokol'ün 2. maddesiyle değiştirilmiş versiyon).

yöntemlerin her birisi farklı avantajlara ve dezavantajlara sahiptir. ABD'deki süreç fazlasıyla siyasallaşmış bir süreçtir. Almanya'da ve AB'de işler kapalı kapılar arkasında kararlaştırılmaktadır. Türkiye'de ise yürütme organının özellikle Cumhurbaşkanı'nın fazlasıyla ağır bastığını görmekteyiz.

Bana göre, mahkeme üyelerinin atanması konusunda en sağlıklı sistem 14 No.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle Strazburg Mahkemesi'nde uygulanmaya başlayacak olan sistemdir. Mahkeme üyelerini, bir uluslararası parlamento ulusal hükümetler tarafından gösterilecek adaylar arasından ve nispeten açık sayılabilecek bir seçim süreciyle belirlemektedir. Adaylara Mahkeme içtihatlarına sürekliliği sağlamaya yetecek uzunlukta bir görev süresi tanınmıştır ve tekrar seçilme yasağıyla, Mahkeme üyelerinin siyasilerden beklenti içine girmeleri önlenmiştir. Bununla birlikte, atama sürecinde iyileştirmeye gereksinim duyulan alanlar hala mevcuttur. Özellikle, Taraf Devletlerce üçer kişilik listelerin hazırlanması aşamasıyla ilgili olarak bazı iyileştirmeler yapılabilir. Almanya'da bu liste federal hükümet tarafından tek başına belirlenmektedir. 2009 yılında, Parlamenterler Meclisi'nin bir kararını⁵³ müteakiben, Federal Adalet Bakanlığı ilk kez AİHM'ndeki Alman üyenin belirlenmesi süreciyle ilgili duyuru yaparak gerekli şartları taşıyan kişileri adaylık başvurusunda bulunmaya teşvik etmiştir. Lüksemburg Mahkemesi'ne Hakim ve Savcı atanması prosedüründe Alman Parlamentosuna kimi yetkiler veren açılımın Stazburg Mahkemesi'ne yapılacak atamalar için de kabul edilmemesi için herhangi bir neden görülmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Geleceği Hakkında Üst Düzey Konferansta, Strazburg Mahkemesi'ne üye seçimi sürecinin ulusal aşamalarının şeffaflık ve kalite açısından iyileştirilmesi yönünde Taraf Devletlere çağrı yapılmıştır.⁵⁴

⁵³ 27 Ocak 2009 tarihli ve 1646 (2009) sayılı karar.

⁵⁴ 19 Şubat 2010 tarihli Interlaken Bildirisi

(http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf).

IV. Üyeliğin Sona Ermesi: Kamuoyunun Güvenini ve Etkinliği Sağlarken Bağımsızlığı Korumak

1. ABD Yüksek Mahkemesinde Hakimlerin Görevine Son Verilmesi

ABD Yüksek Mahkemesi'nde üyeler ölene dek görevde kalırlar.⁵⁵ Başkan da dahil olmak üzere bütün diğer federal kamu görevlileri gibi, Federal Yüksek Mahkeme üyeleri de "ihamet, rüşvet, diğer ağır suç ve cürümler"⁵⁶ nedeniyle görevden uzaklaştırılabilir. "Ağır suç ve cürümler" ifadesiyle ne kast edildiği kanunda açıklanmamıştır. Görevden uzaklaştırma/suçla itham (impeachment) prosedürü, Temsilciler Meclisi tarafından başlatılır. Senatoda yapılacak duruşmadan sonra Senatörlerin üçte iki çoğunlukla iddiaların doğruluğu yönünde oy vermesi halinde Yüksek Mahkeme üyeliği sona erer.⁵⁷

1789'dan bu yana sadece bir Yüksek Mahkeme üyesi hakkında "görevden uzaklaştırma/suçla itham (impeachment)" prosedüründe Senatodaki duruşma aşamasına kadar gelinmiş, ancak bundan sonuç alınamamıştır.⁵⁸ 1804 yılında yargı görevinde suistimal suçlamasıyla başlatılan sürecin gerçek nedeni Chase'in siyasi faaliyetleriydi.⁵⁹ Chase hakkındaki "impeachment" sürecinin başarısız olması iki yönden hala büyük önem taşımaktadır: Bir yandan, Yüksek Mahkeme üyelerinin salt yargı faaliyetlerinde aksama nedeniyle görevden uzaklaştırılmasının mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır. Diğer yandan, Yüksek Mahkeme üyelerine de partizanca tutum ve davranışlardan uzak kalmaları ve tarafsızlıklarını koruma noktasında titiz davranmaları yönünde bir mesaj verilmiştir.

⁵⁵ Anayasanın III. maddesi, 1. fıkra, 2. bent.

⁵⁶ Anayasanın II. maddesi, 4.fıkra.

⁵⁷ Anayasanın I. maddesi, 2. fıkra, 5. bent; Anayasanın I. maddesi, 3. fıkra, 6. bent.

⁵⁸ Samuel Chase'den günümüze dek çok sayıda Yüksek Mahkeme üyesi hakkında Temsilciler Meclisi tarafından impeachment süreci başlatılmışsa da hiçbirinde Senatodaki duruşma aşamasına kadar gelinmemiştir.

⁵⁹ William H. Rehnquist, *Grand Inquests: The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson* (1992).

Sağlık şartları nedeniyle görev yapamayacak durumda olan bir Yüksek Mahkeme üyesinin görevden alınması mümkün değildir; daha doğrusu, bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁰ Sağlık nedeniyle görevden ayrılma konusunda Amerikan sistemi, Yüksek Mahkeme üyelerinin sağduyulu davranarak görevden ayrılma erdemini göstermelerini beklemektedir.⁶¹

2. Alman Federal Anayasa Mahkemesinde Üyeliğin Sona Ermesi

Alman Federal Anayasa Mahkemesi üyeleri, her zaman kendi iradeleri ile görevden çekilebilirler.⁶² Bunun dışında, Federal Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Federal Cumhurbaşkanı'ndan bir üyeyi emekliye ayırmasını ya da üyenin görevine son vermesini talep etme hakkına sahiptir. Cumhurbaşkanı, bir üyeyi görevi yerine getirmeye sürekli bir engel bulunması halinde emekliye ayırabilir. Yüz kısaltıcı bir suçtan hüküm giymesi, altı aydan fazla hapis cezası alması, ya da ağır bir görev kusuru işlemesi halinde ise üyenin görevine son verilir. Cumhurbaşkanı, bir üyeyi emekliye ayırma ya da bir üyenin görevine son verme konusunda Federal Anayasa Mahkemesi'nin Genel Kurul'da üye tamsayısının üçte iki çoğunlukla alacağı kararlara uymak zorundadır.⁶³ Ancak Federal Anayasa Mahkemesi'nin altmış yıllık tarihinde böyle bir durum hiç yaşanmamıştır.

3. Türk Anayasa Mahkemesi'nde Üyeliğin Sona Ermesi

Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hakimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.⁶⁴ Tamsayının salt

⁶⁰ 28 sayılı Kanun'un 372. maddesi.

⁶¹ 1974 yılında, kalp krizi geçirdikten sonra göreve devam etmek isteyen Yargıç William O. Douglas kısa bir dönem için de olsa bu güveni boşa çıkarmıştır. Bob Woodward & Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court* (Avon Books 1981), s. 422 ve devamı.

⁶² Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 12. maddesi.

⁶³ Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 105. maddesi.

⁶⁴ Türk Anayasası'nın 147. maddesi.

çoğunluğu yerine üçte iki gibi özel bir çoğunluk, yargı bağımsızlığı açısından daha etkin bir güvence sağlayabilir. Çok açık bir durumda, bu çoğunluğa dahi kolaylıkla ulaşılabilecektir.

Türkiye'deki diğer bütün hakimlerden farklı olarak, Anayasa Mahkemesi üyeleri için "meslekte kalması uygun görülmemesi", görevden uzaklaştırılma nedenleri arasında sayılmamıştır.⁶⁵ Anayasa Mahkemesi üyelerine yapılan bu ayrıcalıklı muamelenin nedenini tam olarak anlamış değilim. Eğer, muğlak bir ifade olan "meslekte kalması uygun görülmemesi" nedenlerinin belirlenmesindeki güçlükten dolayı böyle bir tercih yapıldıysa, sadece Anayasa Mahkemesi üyelerinin değil, hiçbir hakimın bu gerekçeyle görevine son verilememesi gerekir. Öte yandan, sağlık nedeni ya da hüküm giyme dışında başka herhangi bir nedenle görevini ihmal eden ya da ağır bir görev kusuru işleyen bir Anayasa Mahkemesi üyesinin görevine son verilmesi mümkün görünmemektedir.

4. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda Üyeliğin Sona Ermesi

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın hakimleri ve savcılarını her zaman görevden çekilme hakkına sahiptirler.⁶⁶ Hakim ve savcılarının görevine son verilmesi ya da kendilerine aylıktan kesme cezasının verilmesi için, görevin gerektirdiği şartları yitirdiği yönünde bütün diğer hakimlerin ve savcılarının oybirliği gerekmektedir.⁶⁷ Görevden uzaklaştırma nedenleri açıkça sayılmadığı için bu konuda takdir yetkisi Mahkeme üyelerine bırakılmış görünmekle birlikte, görevden uzaklaştırma kararı için getirilen oybirliği şartıyla, Hakimlerin ve Savcılarının bağımsızlığına halel gelmesi önlenmiş olmaktadır.⁶⁸ Tahmin edilebileceği gibi, bugüne kadar böyle bir durum ortaya çıkmamıştır.

⁶⁵ Türk Anayasasının 139. maddesinin 2. fıkrası ile 147. maddeyi karşılaştırmız.

⁶⁶ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Hakkında Protokol'ün 5. ve 8. maddeleri.

⁶⁷ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Hakkında Protokol'ün 6. ve 8. maddeleri.

⁶⁸ Aynı durum, Uluslararası Adalet Divanı üyelerinin görevden uzaklaştırılması için de geçerlidir (Uluslararası Adalet Divanı Kurucu Akd'i'nin 18. maddesi).

5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Üyeliğin Sona Ermesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki bir yargıcın görevden uzaklaştırılması için, bu üyenin gerekli şartları yitirdiği yönünde diğer hakimlerin üçte iki oyla karar alması gerekmektedir.⁶⁹ "Gerekli şartlar" ifadesiyle, atanma için gerekli şartların kast edildiği açıktır.⁷⁰ Lüksemburg Mahkemesi'nde olduğu gibi, görevden uzaklaştırma kararı Mahkeme'nin diğer üyelerine bırakılmıştır. Strazburg'da öngörülen çoğunluğa ulaşma ihtimali Lüksemburg'a göre daha yüksek olsa da bugüne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyeleri arasında kimse görevden uzaklaştırılmamıştır.

6. Sonuç: "Mahkeme Denetimi" Sisteminin Avantajları

ABD'deki yargı dışı organların müdahil olduğu görevden uzaklaştırma usulü dışında, burada ele aldığımız bütün Anayasa Mahkemelerinde "Mahkeme denetimi" ya da "Mevkidaşlar tarafından denetim" olarak adlandırabileceğimiz bir sistem benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin görevine ancak çok açık ve uç durumlarda ve nitelikli çoğunlukla son verilebilmesi yerinde bir tercihtir. Bu sistemde, Mahkeme üyeliğini sona erdirmeye yetkisi en yüksek hakim konumundaki kişilere verilmektedir; üstelik, karar vericiler bugün bir mevkidaşa uyguladıkları standardın yarın kendilerine de uygulanabileceğinin farkındadırlar. Bu nedenle, "Mahkeme denetimi" sisteminde görevden uzaklaştırma nedenleri muğlak biçimde kaleme alınmış olsa bile yargı bağımsızlığı için ciddi bir tehdit oluşturmamaktadır. Aynı zamanda, karar vericiler açıkça görev yapamayacak duruma gelmiş veya Mahkeme'de kalması artık kabul edilemez bir hal almış bir üyenin görevden uzaklaştırılmaması halinde kamuoyunun Mahkeme'ye olan güven ve desteğinin kaybolacağına da bilincindedirler. Bu durum, onları olası bir ataletten koruyacaktır.

⁶⁹ AİHS'nin 24. maddesi. 14 No.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle, bu hükmün madde numarası "23. maddenin 4. fıkrası" olarak değişecektir. Ancak, içeriği esas itibarıyla aynı kalacaktır.

⁷⁰ AİHS'nin 21. maddesi.

V. Yargının Teminatı Olarak Halkın Güveni

1788 tarihli *Federalist*'in 78. makalesinde⁷¹, Alexander Hamilton, yargıyı devletin siyasal özgürlükler için en zararsız erki olarak nitelendirmektedir. Hamilton'a göre, bunun nedeni yargı erkinin ne kılıç, (Yürütme organına aittir) ne de bütçe (Yasama organınca kararlaştırılmaktadır) üzerinde herhangi bir tasarrufa sahip olmamasıdır. Hakimler irade kullanmaz; sadece karar verirler. Bununla birlikte, yasama organından ya da başka kurum ve kişilerden gelebilecek ihlallere karşı halkın özgürlüklerinin korunması için, Anayasa'nın birer sadık bekçisi olarak yargıçlara ihtiyaç vardır.

Mahkemelerin ve özellikle Anayasa Mahkemelerinin gücü son kertede halkın güvenine bağlıdır. Halkın, mahkemelerin her düzeyde etkin çalışmasının anayasacılığın köşe taşı olduğunun bilincine varması yargı bağımsızlığı için en büyük güvence olacaktır. Demokrasilerde, Mahkemeler "Millet adına" karar verir; bunun anlamı, Mahkemelerin bağımsızlığı, tarafsızlığı, nitelikli ve meşruiyetinin hakkını veren bir şekilde çalışması yönündeki taleplerin aslında "Millet adına" dile getirilen talepler olmasıdır. Hakimleri diğer devlet organlarının gayrimeşru müdahale girişimlerine karşı korumak, Millete düşer. Bir başka deyişle, Mahkeme üyeliğine atanma ve üyeliğin sona ermesi sürecinde yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına almak seçmenlerin sorumluluğundadır. Aynı "özgürlük" gibi, özgürlüğün güvencesi olan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı da yasal metinlerden çok halkın gönlünde yer etmelidir.⁷² Bu iki temel ilkenin en etkin güvencesi, eğitilmiş ve siyasal açıdan bilinçli bir halktır.

⁷¹ Modern Library College Editions, New York. *The Federalist Papers*, 1787'de toplanan Anayasa Konvansiyonunun (Kurucu Meclis) bir kısım üyeleri tarafından kaleme alınmış makalelerden oluşur. Bu makalelerde, yeni yapılan ABD Anayasası'nın VII. maddesi gereği, Anayasanın eyaletler tarafından onaylanması savunulmaktadır.

⁷² Bakınız: Judge Learned Hand, *The Spirit of Liberty* (Central Park'ta yapılan bir konuşma, New York, 21 May 1944 [<http://www.criminaljustice.org/public.nsf/enews/2002e67?opendocument>]).