

# Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi

*Doç. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU \**

## I. Giriş

20. yüzyılın ikinci yarısında anayasa yargısı küresel bir yaygınlık kazanmıştır. Türkiye’de de 1961 Anayasası ile öngörülen ve 1962’de faaliyete geçen Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) bu sürecin bir parçasını oluşturmuştur.

1945 öncesi anayasa yargısı farklı kapsamlarda da olsa sadece 4 ülkede bulunmaktaydı: Anayasa yargısının anavatanı Amerika Birleşik Devletleri (1803 tarihli Federal Yüksek Mahkeme kararı), İsviçre (1874 Anayasasının öngördüğü Federal Yüksek Mahkeme), Avusturya (1920 Anayasasının öngördüğü AYM) ve İrlanda (1937 Anayasasına göre ABD modeli bir Yüksek Mahkeme).

Bu tarihten sonra anayasa yargısında ilk örnekler diktatörlükten çıkan İtalya ve Almanya olmuş, 70’li yıllarda demokratik sisteme geçen İspanya, Portekiz ve Yunanistan bu örneği izleyen ülkeler olmuştur. 1989’dan sonra da doğu ve orta Avrupa’nın dönüşen devletleri anayasa yargısını benimseyerek<sup>1</sup>, bu kurumun anayasal

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> 1989’da Macaristan Anayasa Mahkemesinin kurulmasıyla başlayan bu süreç, 1996’da Letonya Anayasa Mahkemesinin kuruluşuna kadar sürmüştür. Yeryüzündeki son demokratikleşme dalgasının sonucu olarak kurulan bu anayasa mahkemelerine ilişkin olarak bkz. Frowein J./Marauhn T., Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York 1997. Bu süreçte kurulan Macar, Çek ve Polonya Anayasa Mahkemeleri için ayrıca bkz. Erdoğan M., “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekışmesi”, AÜHFD. Yıl 2005, C. 54, Sy. 3.

devletin temel taşı ve en uygun ifade aracı olduğu anlayışını sürdürmüşlerdir.

Böylelikle, devlet yaşamında yeni ve asli bir kurum olan anayasa mahkemeleri, anayasa hukukunu ve Anayasayı en yüksek ve bağlayıcı biçimde yorumlayan organ sıfatıyla güvenceli bir anayasal konuma kavuşmuştur. Gerçekten de, bağımsız ve güvenceli bir anayasa yargısı Türk kamu hukuku için nitelikli bir gelişmenin başlangıç adımlarından birini oluşturmuştur.

45 yılı aşan bir süredir Anayasanın üstünlüğünü sağlama yolunda çalışan AYM'nin, bu yöndeki çabasını daha etkin biçimde sürdürebilmesine yönelik olarak kuruluş ve yetkilerine ilişkin çeşitli kişi ve kurumlarca yapılan bütüncül değişiklik önerileri uzunca bir süredir –en azından- hukuk dünyasının bilgisi dahilindedir. Özellikle 22 Temmuz 2007 genel seçimleri sonrasında iktidar partisinin yeni bir anayasa yapılması istemini dile getirmesiyle birlikte, aynı Parti'nin bir bilim komisyonuna hazırlattığı anayasa önerisi internet üzerinden yayımlanmış ve bu konudaki tartışmalar yoğunlaşmıştır. Bu tartışmalar üzerine bazı kurumlar anayasa önerilerini –taslaklarını- kamuoyuna açıklamışlardır. Bu anayasa önerilerinin gerekçelerinde, bu konuda daha önce yapılmış olan çalışmalardan yararlandığı da açıkça belirtilmiştir. Söz konusu bu öneriler, doğaldır ki, AYM'ye ilişkin düzenlemeleri de içermektedir.

Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, AYM'ye ilişkin bu düzenlemeler, Mahkemenin etkinliğini ve meşruluğunu artırmaya yönelik kamusal bir yarar dışında, sadece görülmekte olan bir davanın sonucunu etkilemeyi amaçlaması halinde amaç unsuru bakımından sakat hale gelecektir. 1982 Anayasasının 138. maddesiyle doğrudan çelişen böyle bir girişim, bu nedenle Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan demokratik hukuk devleti ilkesine de aykırı olacaktır.

Bu çalışma kapsamında, Anayasa önerilerinin anayasa yargısına ilişkin değişiklik öngören bölümleri, mevcut anayasal düzenlemeler ve AYM pratiği ile birlikte karşılaştırmalı hukuka da başvuru olarak değerlendirilecektir. Çalışmada yararlanılacak bir yöntem olan karşılaştırmalı hukukun her zaman en iyi çözümü ya da reform gereklerinin hareket noktasını oluşturması beklenemez. Buna karşılık incelenen kurumun diğer hukuk düzenleri karşısında iyi ve kötü yönlerinin daha iyi anlaşılmasının bir yolunu oluşturabilir. Yeryüzündeki anayasa yargılarının karşılaştırmalı olarak incelenmesi, günümüzde anayasa mimarisinin yapıtaşı haline gelmiş olan anayasa mahkemelerini kendi iç çeşitliliği içinde anlamamıza kolaylık sağlayacaktır. Bu nedenle anayasa yargılaması yapan mahkemelerin oluşumları, yetkilerin kapsam

ve ağırlığı, denetim yoğunluğu ve diğer devlet organları karşısındaki rolü bakımından bir özdeşlik aranmamalıdır.

Anayasa yargısı bakımından gerekli bir karşılaştırmanın çok sayıda konusu olabilir. Bu çalışmada ön planda olacak konular ise yapılan değişiklik önerileri bağlamında mahkemenin işlevi (II), kuruluşu (III), yetkilerin kapsamı (IV) ve kararlarıdır (V).

## II. İşlevi

Anayasa yargısının işlevine ilişkin görüşler, anayasa yargıçılarının seçiminden, yetkilerine kadar geniş bir alanda farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Doğaldır ki, anayasa yargısında bir çeşit yasa koyuculuk gören ve yasaları iptal etme tekeline sahip anayasa mahkemelerini ikinci bir meclis olarak niteleyen görüşler olacaktır<sup>2</sup>. Bu görüşü savunanlar, siyasi nitelikli faaliyetlerde bulunduğunu iddia ettikleri anayasa mahkemelerinin oluşumunda parlamentoların belirleyici bir rol oynamasını, bu mahkemelerin demokratik meşruluğu açısından kaçınılmaz olduğunu da ileri sürmektedirler<sup>3</sup>. Ancak AYM'nin bu konudaki görüşü açık ve nettir; "Mahkemenin görevi, kuşkusuz kural koymak olmayıp, Anayasaya aykırılığı gidermektir. Ancak, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen bir statü ya da kural işlemin yürürlükten kalkması, yeni bir hukuksal durum doğurur ve uygulama bulunduğu statü içinde yürürlüğünü sürdürür. Başka bir deyişle, her iptal kararı yeni bir hukuksal sonuca neden olur. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin kendisini yasa koyucu yerine koyduğu anlamına gelmez"<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Türk anayasa hukukunda bu görüşü savunanlara örnek olarak bkz. Kaboğlu İ. Ö., Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2000, s. 177; Gözler K., "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı 15, Ankara 1998, s. 209-220. Özellikle öndenetim (a priori) bağlamında Fransız anayasa hukuku doktrininde savunulan bu görüş, giderici denetimin benimsendiği Almanya'da Federal AYM'ce kabul görmese de (BVerfGE 36, 1, 14; 48, 127, 160) doktrinde destek bulabilmektedir; örneğin bkz. Starck C., " Die Bindung des Richters An Gesetz und Verfassung", VVDStL 34, s. 74.

<sup>3</sup> Bkz. Z. Arslan'ın AYM'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum kapsamında "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli"nde yaptığı konuşma, Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s. 132. Özbudun Taslağı da aynı gerekçeye dayanmaktadır, bkz. AYM'nin kuruluşuna ilişkin 112. madde gerekçesi.

<sup>4</sup> AYM. E. 1991/17, K. 1991/23, KT. 19.7.1991, AYMKD. 27/2, s. 483. Aynı yönde bkz. AYM. E. 1994/82, K. 1995/9, KT. 15.2.1995, AYMKD. 31/2, s. 512. AYM'nin, "yasama faaliyetlerinin orijinal biçimde sürdüğü bir organ" ya da "yasamanın değişik biçimde devamı" olduğu yönündeki görüş, Türk AYM'nin 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararları içinde sadece tek bir karşı oy

AYM'nin işlevinin hukuksal olduğu kabul edildiğinde, anayasa yargısının bu kez de birbiriyle bağlantılı iki tehlikeye maruz kalabileceği ileri sürülmektedir; "hukukun siyasallaşması ve siyasetin hukukileşmesi". Bu tehlikelerden ilki, anayasa yargıçlarının belirli parti politikalarına yakınlığı temelinde siyasete özgü alana müdahale ederek içtihadını siyasallaştıracağı korkusundan kaynaklanırken, diğeri anayasa yargısının sivil toplumdaki uzlaşmayı aşarak anayasanın uygulamasını belirlediği ve temel hakları gerçekleştirdiği noktasında somutlaştırılabilir. AYM'nin siyasal sürece etki eden bir faktör oluşturduğu bir gerçektir. Ancak AYM, siyasi bir güç faktörü olarak anlaşılmalıdır. Yasama ve yürütme arası yetki uyuşmazlıklarında karar verirken, normu anayasaya aykırı bulup iptal ederken ya da anayasaya aykırı bir siyasi partiyi kapatırken AYM, devletin siyasal işleyişine düzenleyici bir etki yaratacak hukuki bir müdahalede bulunur. Ancak bu onun yasamayla birlikte hukuk üretmesi anlamına gelmez. AYM, yasamanın yarattığı hukuku denetleyendir. Bu açıdan bakıldığında, Alman Federal AYM Başkanlarından J. Limbach'ın belirttiği gibi; "gücün denetimi de zorunlu olarak bir güçtür"<sup>5</sup>. Buradan çıkan sonuç, sahip olduğu hukuksal denetim işleviyle anayasa yargısının, siyasal işlevi olan diğer anayasal organlar gibi anayasayla bir işbölümüne göre örgütlenen devlet iktidarının bir parçası olmasıdır.

Bugün için anayasa yargısının kurucu unsuru ve yetkilerinin özünü oluşturan dava türü olan norm denetiminin gerekliliğine dair uzlaşmanın bile tek bir sebebe dayandığı söylenemez. Nitekim halkın seçtiği parlamentonun egemenliğini, anayasal yaşamın temeli gören ülkelerde, böyle bir parlamento denetimini tanımanın yolu çok uzun ve zorluklarla dolu olmuştur. Bu düşüncenin örnek ülkesi Fransa'da ancak yüksek anayasa organlarının başvurusuyla önleyici bir anayasallık denetimi yapabilen Anayasa Konseyi başlangıçta "siyasi bir organ" olarak görülürken, bugün Fransız anayasa literatüründe bir "yargı organı" sayılmaktadır<sup>6</sup>. Parlamentonun üstünlüğü ilkesine çok

---

yazısında ifade edilmiştir, bkz. Anayasa yargısı N. Saçlıoğlu'nun karşı oy yazısı (AYM. E. 1984/1, K. 1984/2, KT. 1.3.1984, AYMKD. 20, s. 215).

<sup>5</sup> Limbach J., "Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor", www.humboldtforum – recht. de (17.3.2008).

<sup>6</sup> Nitekim Fransız Anayasa Konseyinin resmi internet sitesinde, görevleri açıklanırken Anayasa Konseyinin, yasama alanında denetim yapan bir hakem konumundan, yasaların anayasa derecesindeki ilke ve kurallara uygunluğunu denetleyen bir hakime dönüştüğü açıkça ifade edilmektedir, bkz. www.conseil – constitutionnel. fr / langues / allemand / missions. htm (17.3.2008).

daha sıkı bağı olan İngiltere, norm denetimine kısa bir süre öncesine kadar çok daha uzaktı. Oysa son yıllarda İngiltere’de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ölçü norm olarak alınarak, norm denetiminde önemli bazı adımlar atılmaktadır<sup>7</sup>.

Bu açıdan bakıldığında, ülkelerin anayasal kültür ve gelenekleri anayasa yargısının ve bu yargılamayı oluşturan farklı dava türlerinin kabulünde önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin, yaratıcısı meclis, cumhurbaşkanı, siyasi partiler ve tek bir milletvekilinin de olabileceği devlet organları arasındaki çatışmaların çözümüne yönelik organ uyuşmazlığı davası ve devletin vatandaşa karşı faaliyetleri üzerinde denetimi sağlayacak anayasa şikayeti Almanya’da doğal dava türleri olarak algılanırken ABD, Fransa ve İngiltere’de bu yol tanınmamaktadır. Söz konusu edilen bu ülkelerde anayasal organlar arası siyasi sorunlar, mahkeme ve yargıdan uzak kalmaktadır<sup>8</sup>. Bu bakımdan anayasal organlar arası siyasi uyuşmazlıkların hukukileşmesi sorununda belirleyici olan, bu sorunun en iyi mahkemeler eliyle mi, yoksa yine siyasi organlarca mı çözüleceği konusunda tarihsel deneyimden çıkan temel tavır alıştır. Devlet yaşantısının ve sorunlarının daha siyasi bir anlayışa dayandığı ve yargı ile ilişkilerinde siyasi alana belirli bir özerklik tanıyan bir kültürün anayasa yargısına yaklaşımı da bu doğrultuda olacaktır.

Türkiye’de bu tür bir yaklaşımın taraftarları, parlamentonun üstünlüğü anlayışını, parlamento içindeki muhalefeti göz ardı eden bir milli irade yüceltmesiyle çarpıtarak çoğunlukçu bir anlayışı benimseyen siyasi akımlar olmuştur. “Saf milli irade teorisini” savunan bu çizgi, kuvvetler ayrılığına ve özellikle anayasallık denetimine kuşkuyla yaklaşmakta, dolayısıyla oluşumunu siyasilerin belirlediği ve dar kapsamlı yetkileri olan bir AYM’yi tercih etmektedir. Bu yaklaşıma göre daha çoğulcu ve dengeli (kurumlara dayalı) bir demokrasiyi savunan çizgi ise siyasi karar organları üzerinde daha etkili bir yargı denetiminden

---

<sup>7</sup> Bu konuda 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası bağlamındaki gelişmeler için bkz. Grote R., “Die Inkorporierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht durch das Human Rights Act”, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 56, (1998), s. 309 vd.

<sup>8</sup> Wahl R., “Das Bundesverfassungs – Gericht im europäischen und internationalen Umfeld”, Aus Politik und Zeitgeschichte (B 37-38/2001), www. bpd. de / publikationen (11.3.2008).

yana olmuştur<sup>9</sup>. Bu iki ana çizgi arasındaki bugün de süren mücadele, AYM'nin oluşum ve yetkileri üzerinde belirleyici olacaktır.

1982 Anayasasıyla anayasa yargısı kapsamlı bir daralma ve gerilemeye maruz kalmıştır. Oysa daha çoğulcu ve güvenceli bir demokrasi hedefine varabilmek için anayasa yargısı en azından 1961 Anayasasındaki konumuna kavuşturulmalıdır. 1961 Anayasasında olduğu gibi yasama organını diğer devlet organlarıyla birlikte egemenliği kullanan kuvvetlerden birisi olarak tanımlamakla 1982 Anayasası, AYM'nin işlevi için önemli bir anayasal dayanak sunmaktadır. Bu Anayasalara göre yasama diğer kuvvetler üzerinde herhangi bir üstünlüğe sahip değildir. Devlet yetkileri kullanan her organ, anayasanın kendisine çizdiği sınırlar içinde faaliyette bulunur. AYM ise bu organların sınırları üzerinde karar vermek olan anayasal görevini yerine getirmek için kendisine tanınan yargı yetkisini kullanan yüksek bir mahkeme olarak kurulmuştur. Diğer yüksek yargı organlarıyla birlikte kurumsal bir bağımsızlığa sahip olan AYM, bu yargı organlarından anayasal bir organ olarak devlet örgütü içinde oynadığı özel rol nedeniyle ayrılmaktadır<sup>10</sup>.

### III. Kuruluşu

AYM'nin kuruluşuna ilişkin değişiklik önerileri, Türk Anayasa Mahkemesi (2004)<sup>11</sup>, TBB (2007)<sup>12</sup> ve Prof. Dr. Özbudun'un başkanlığını yaptığı komisyonun<sup>13</sup> hazırladığı üç ayrı taslak metin esas alınarak değerlendirilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk ışığında yapılan bu değerlendirmede, AYM'nin üye sayısı ve yapısı (Tablo 1), üye seçme ve atamaya yetkili kurumlar (Tablo 2) ile üyelerin görev süreleri ve emeklilik yaşları (Tablo 3) göz önünde bulundurulmuştur.

<sup>9</sup> Her iki çizgi ve eğilimleri için bkz. Tanör B., İki Anayasa 1961-1982, Beta Basım Yayım, İkinci Baskı, İstanbul 1991, s. 77-80.

<sup>10</sup> AYM, Anayasa'da öngörülen görev ve yetkilerinin değişikliği ile statüsünün özelliği bakımından kendisini diğer yüksek yargı organlarından ayırmaktadır. Nitekim AYM'ye göre Yargıtay ve Danıştay üyeleri, Anayasanın 146. maddesi gereği AYM üye adayı konumundadır, bkz. AYM. E. 1992/37, K. 1993/18, KT. 27.4.1993, AYMKD. 31/1, s. 131.

<sup>11</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin önerisi hakkında bkz. Kılıç H., "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri", Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s. 80-94.

<sup>12</sup> Bkz. Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, TBB Yayınları, Ankara 2007.

<sup>13</sup> Bkz. [www.cnnturk.com/dosyalar/anayasa/anayasa\\_Giris.asp](http://www.cnnturk.com/dosyalar/anayasa/anayasa_Giris.asp).

**Tablo 1:** Anayasa Önerilerinde Anayasa Mahkemesinin Üye Sayısı ve Yapısı

	2004 Anayasa Mahkemesi Taslağı	2007 Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi	Özbudun Komisyonu Anayasa Önerisi
Toplam Üye Sayısı	17	17	17
Yapı	Genel Kurul + İki Daire	Genel Kurul (1 Başkan-12 üye) + İki Daire (1 Başkan-6 üye)	13 üye ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alır

**Tablo 2:** Anayasa Önerilerinde Anayasa Mahkemesine Üye Seçme ve Atamaya Yetkili Kurumlar

	2004 Anayasa Mahkemesi Taslağı	2007 Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi	Özbudun Komisyonu Anayasa Önerisi
Yargıtay	5 üye	4 üye	4 üye
Danıştay	4 üye	4 üye	4 üye
Askeri Yargıtay	1 üye	1 üye	-
Askeri Yüksek İdare Mahkemesi	1 üye	1 üye	-
Sayıştay	-	-	1 üye
Cumhurbaşkanı	2 üye En az 3 yıl vali, büyükelçi, müsteşar (hukuk, siyasal, iktisat mezunu) görevinde bulunanlar arasından	2 üye En az 3 yıl vali, büyükelçi, müsteşar (hukuk, siyasal, iktisat mezunu) görevinde bulunanlar arasından	-
Anayasa Mahkemesi	-	1 üye 50 yaşını doldurmuş, en az 10 yıllık raportör hakimler arasından	-

TBMM	1 üye genel kamu, anayasa, idare, ceza hukuku profesörlerinden YÖK'ün göstereceği 3 aday arasından	2 üye genel kamu, anayasa, idare, ceza hukuku profesörlerinden Yüksek Öğretim Eşgüdüm Kurulunun göstereceği 3'er aday arasından	8 üye En az 3'ü Anayasa, Kamu, Siyaset Bilimi Profesörlerinden olmak üzere, öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından
	1 üye 15 yıllık avukatlar arasından TBB'nin göstereceği 3 aday arasından	1 üye 20 yıllık avukatlar arasından TBB'nin göstereceği 3 aday arasından	
	2 üye Sayıştaydan	1 üye Sayıştaydan	
<b>Toplam Üye</b>	<b>17</b>	<b>17</b>	<b>17</b>

**Tablo 3:** Anayasa Önerilerinde Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Görev Süreleri ve Emeklilik Yaşı

	2004 Anayasa Mahkemesi Taslağı	2007 Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi	Özbudun Komisyonu Anayasa Önerisi
Görev Süresi	12 yıl (Atanma yaşı 50)	12 yıl (Atanma yaşı 50)	9 yıl (yeniden seçilmek mümkün değil)
Emeklilik Yaşı	67	67	65

- Giderici norm denetimi yapan merkezleşmiş anayasa yargısını benimseyen ülkeler arasında Türk AYM, en az üyeye sahip olanıdır (örneğin; İspanya'da 12, Portekiz'de 13, Avusturya'da 14, İtalya'da 15, Almanya'da 16). Bu açıdan tüm önerilerdeki üye sayısının artırılmasına yönelik tutum, Avrupa'daki genel eğilime uygundur. Bu eğilime uymayan ise sayıları yüz binlere ulaşan anayasa şikâyeti davalarına bakan AYM'ler, örneğin Alman Federal AYM 16 üyeye bu yükün altından kalkmaya çalışırken<sup>14</sup>, bu dava türünün kabul

<sup>14</sup> Alman Federal AYM resmi internet sitesinde yayınlanan istatistiklere göre sadece 2007 yılında toplam 6005 anayasa şikâyeti davası açılmış, bunlardan 5884'ü kabul edilmemiş, yalnızca 148'i kabul edilmiştir, bkz. www. www. bundesverfassungsgericht. de.



görmemesine rağmen AYM üye sayısının 17 olarak önerilmesidir (bkz. Özbudun önerisi).

- Avrupa ülkelerinde anayasa yargıçlarının seçiminin karşılaştırmalı hukuk açısından analizi, iki temel seçim usulünün varlığını gösteriyor. Bunlardan birincisi, anayasa yargıçlarının seçiminin tek bir devlet gücüne bağlı kalmamasını güvence altına alan, dolayısıyla devlet yetkileri kullanan birçok organı; çoğunlukla yasama ve yürütme (Fransa, ABD, Romanya, Arjantin, Brezilya, Avusturya, Azerbaycan, Slovenya) daha az sayıda örnekte olsa da yargının (İtalya, İspanya, Bulgaristan), yargıç seçimine katılmasını sağlayan usuldür. Diğer usulü benimseyen ülkelerde ise meclis anayasa yargıçlarının seçiminde söz sahibi olan tek organdır (Almanya, Belçika, Macaristan, Polonya ve büyük ölçüde Portekiz). Ancak bu devletlerde seçim parlamentonun basit çoğunluğunun tercihine bırakılmamaktadır<sup>15</sup>. Meclisin seçiminde alışlagelen çoğunluk, üye tamsayısının 2/3'dür ve anayasa yargıçlarının seçiminde aranan bu sayı genellikle o ülkede anayasa değişikliği için aranan çoğunluktur.
- AYM'nin oluşumunda cumhurbaşkanının yetkilerin fazlalığı, mevcut anayasal kompozisyon çerçevesinde, 11. Cumhurbaşkanının TBMM'de uzlaşma aranmaksızın seçilmesi ve 12. Cumhurbaşkanının da halk tarafından seçilecek olması yüzünden eskisinden çok daha fazla eleştiriye açıktır. Bu bakımdan tüm önerilerde cumhurbaşkanının bu konudaki yetkisinin tırpanlanması yerinde olmuştur.
- Anayasa önerilerinin büyük çoğunluğu, Avrupa ülkelerindeki usullere uygun biçimde seçim sürecine yasama organının da katılımını öngörmektedir. Anayasa yargıçlarına demokratik meşruluk kazandırmanın en basit yolunun yargıç seçimine yasama organının da dahil edilmesi olduğu açıktır. Ancak işlevi anayasallık denetimiyle sınırlı olan AYM'de çoğunluğu oluşturacak sayıda yargıcın seçiminde bu yöntemin kullanılması, seçimlerde hukuksal yeterlilik yerine siyasi

<sup>15</sup> Bu usulün nadir bir istisnasını oluşturan Hırvatistan örneğinde parlamento basit çoğunlukla AYM yargıçlarının tümünü seçmektedir. Bu durum, Hırvatistan'da yoğun eleştirilere konu olmaktadır; bkz. Podolnjak R., Die Wahl des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien in der Rechtsvergleichung, www.

kaygıların ön plana geçmesine yol açacaktır. Bu durumda da anayasa yargıçları, yargısal faaliyetlerini icra ederlerken kendilerini seçen siyasi organlara bağlı hissedebileceklerdir. Bugün bazı anayasa mahkemelerine eski bakan veya milletvekillerinin bile üye seçilmesinin, bu yargıçların bağımsızlığı üzerinde herhangi bir şüphe yaratmadığı söylenebilirse de<sup>16</sup>, eğer bir ülkede siyasi sempatisi olan yargıçların tarafsızlığı kuşkuyla karşılanıyorsa<sup>17</sup>, siyasi organlar tarafından yapılacak yargıç seçimine bir sınırlama getirmenin gerekli olduğu ortadadır.

Diğer yandan bütün devlet yetkilerinin kaynağı Anayasa olduğuna göre, bu Anayasanın öngördüğü usullerle oluşturulmuş devlet organları tarafından göreve getirilmeleri, anayasa yargıçlarını demokratik kaynakları bakımından meşru kılacaktır. AYM yargıcının faaliyetine meşruluk katan, meclis tarafından seçilmesinden çok, yargıç bağımsızlığına ve güvencesine sahip olmasıdır. Anayasal demokratik sistemde yerine getirdiği tarafsız yargı işlevi, AYM'ye meşruluk katan asıl belirleyici unsurdur. Buna göre anayasal sistem içinde AYM'nin tarafsız konumuna zarar vermeyeceği noktasında toplumsal bir uzlaşmaya varılması koşuluyla TBMM, anayasa yargıçlarının seçimine katılabilir.

- Belirli sayıda AYM üyesinin parlamento tarafından seçiminin öngörülmesi halinde bile nitelikli bir çoğunluğun ve/veya oranlı bir temsilin aranması yerinde olacaktır. Örneğin Almanya, Portekiz, İtalya ve Avusturya'da Anayasada yer alan düzenlemelere rağmen anayasa yargıçlarının seçiminde belirleyici olan siyasi partilerdir ve anayasa yargıçlarının seçimde özellikle nitelikli bir çoğunluğun aranması, partiler arasında oranlı bir dengenin gözetilmesini sağlamaktadır. Bu orana göre meclisteki çoğunluk AYM'deki yerleri tek taraflı

<sup>16</sup> Örneğin çoğunluğu eski politikacılardan oluşan Fransız Anayasa Konseyi dikkate değer bir bağımsızlık göstermiş ve yüksek bir itibara kavuşmuştur, bkz. Fromont M., "Der französische Verfassungsrat", in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, Baden Baden 1986, s. 338.

<sup>17</sup> Türkiye'de ise AYM'nin "apolitik yapısı" hakkındaki duyarlılık çok fazladır. Örneğin Cumhurbaşkanı Sezer'in avukat kontenjanından AYM üyeliğine atadığı Barolar Birliği Başkanı Özok, bir siyasi partiye üye olduğunun anlaşılması üzerine "AYM'nin tarafsızlığının ve saygınlığının tartışılmaması amacıyla" görevi kabul etmediğini açıklamak zorunda kalmıştır, bkz. Radikal, 20.7.2003.

olarak kendi belirleyeceği kişilerle dolduramaz. Oysa özellikle AYM'nin taslağında, anayasa yargıçlarının seçiminde meclis üye tamsayısının 2/5'nin yeterli görülmesi seçimi kolaylaştırmakla beraber dengeli ve nitelikli bir oranı sağlayamamaktadır. Oranlı temsil konusunda düzenlemelerin getirilmemesi, genel olarak uzlaşma kültürüne yabancı siyasi partilerin varlığı da düşünüldüğünde -nitelikli bir çoğunluğu öngörmesine rağmen Özbudun önerisi bakımından da- bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

- Yargıç seçimine ilişkin hangi usul benimsenirse benimsensin, burada aranması gereken asıl koşul yargıç adayının bu göreve ehil olmasıdır. Bunu sağlayacak olan tek unsur, yargıçlık mesleğinden gelmiş olmak değildir, fakat hukukçu olmaktır. Hukukçu olma özelliği anayasadan kaynaklanmış olsun veya olmasın, anayasa yargısının benimsendiği tüm ülkelerde anayasa yargıçları, yalnızca uzman bilgisiyle kamuoyunda tanınmış hukukçular arasından seçilmektedir. Bu açıdan Türkiye, anayasa yargılaması yapılan ülkelerde bu konudaki tek istisnadır. Bu ayrıksı durum, ne yazık ki, tüm önerilerde varlığını sürdürülmektedir.
- Anayasa yargıçısı seçim sürecinin, potansiyel adayın seçim yapılacak organla arasındaki kişisel ve/veya siyasal ilişkilere, çeşitli kurumların tavsiyelerine, belki de rastlantılara bırakılması tehlikesi karşısında daha açık ve saydam bir seçim usulünün tercih edilmesi, hem adaylar arası şans eşitliğini hem de demokratik meşruluğu sağlayacaktır. Böyle bir usul, aynı zamanda her bir yargıç ile kamuoyunu yakınlaştıracak ve Mahkeme kararlarının kabul derecesini de yükseltecektir<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Son günlerde Almanya'da yaşanan gelişmeler, siyasi partilerin yargıç adayı belirlemede kamuoyunun tepkilerine ne denli açık olduğunu göstermektedir. SPD tarafından Federal AYM üyeliğine aday gösterilen Prof. Dr. H. Dreier'in yazarı olduğu anayasa şerhinde, insan onurunun korunmasını öngören Anayasanın 1. maddesine ilişkin olarak, belirli uç hallerde işkencenin hukukun uygulanmasını tartışılabilir bulması, adaylığının eleştirilere uğramasına yol açtı. Bunun üzerine CDU, Federal Konseydeki (Bundesrat) seçimi bloke edeceğini açıkladı ve 15 Şubat 2008 günü yapılacak seçimler sonraki bir tarihe ertelendi ([http://de.wikipedia.org/wiki/Horst\\_Dreier](http://de.wikipedia.org/wiki/Horst_Dreier), 17.3.2008). CDU'nun engellemesinin ardında Prof. Dr. Dreier'in özellikle çekirdek hücre konusundaki liberal görüşlerinin yattığı da ileri sürülmektedir, bkz. Müller R., "Die Karte Dreier stricht nicht", www. Faz. net (17.3.2008).

- Önerilerde, özellikle toplantı ve karar yetersayılarının, AYM'nin üye tamsayısından farklı belirlendiği hallerde, davanın çeşitli aşamalarındaki toplantılara aynı yargıçların katılmasını sağlayacak bir düzenlemenin eksikliği hissedilmektedir<sup>19</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yargıçları çift sayıdan oluşan AYM'lerde -ve bölünmüşse dairelerde- karar yetersayısının belirlenmesi sorun yaratabilecektir. Nitekim oyların eşit çıkması, Almanya'da olduğu gibi belirli durumlarda anayasaya uygunluk kararının tesadüflere kaldığı eleştirilerine yol açabilir<sup>20</sup>.
- AYM'nin anayasa şikâyeti gibi konularda da yetkilendirilmesi ve olası iş yükünün adil ve dengeli bir şekilde dağılımının sağlanması koşuluyla dairelere bölünmesi ve Mahkemeye yapılan başvuruların ilk incelemesini sonuçlandırarak gerektiğinde davanın geçersizliğine karar verecek komisyonların oluşturulması, anayasa yargılamasının hızlanmasına ve AYM kararlarının etkinliğine katkı yapacaktır.
- Yedek üyeliğin kaldırılması gereği üzerinde gerek anayasa önerilerinde, gerekse anayasa hukukçuları arasında bir görüş birliğinden söz edilebilir. Ancak AYM'nin dairelere bölünmesi halinde, bu dairelerde görevli yargıç sayısının toplam üye sayısından az olması bir tür yedek üyeliği ortaya çıkaracaktır. Bu sayıların eşitlenmesi, belirtilen sakıncanın giderilmesi için akla gelen tek çözümdür.
- Askeri yüksek mahkemelerden gelen üyeler<sup>21</sup> dışında başka asker kökenli üyelerin varlığı (general/amiral gibi) AYM'nin çalışma konusuyla bağdaşmamaktadır. Tüm önerilerde haklı olarak bu durum dikkate alınmıştır.

<sup>19</sup> Örneğin bunun için üyelerin "kıdem esasına" göre toplanmasını önerilmektedir, bkz. Y. Aliefendioğlu'nun AYM'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum kapsamında "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli"nde yaptığı konuşma, Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s. 123.

<sup>20</sup> Lorz. R. A., "Die Gefahr der Stimmgleichheit", ZRP 2003, Heft 2, s. 36-39.

<sup>21</sup> Türkiye dışında askeri yargıya bu konuda yetki veren bir örneğin dünyada olmadığı belirtilse de (Gözler K., "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçilmeleri – Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", www. anayasa. gen.tr), AYM'nin uzun yıllara dayanan deneyimi bu konuda bir sıkıntı yaşadığını göstermediği gibi anayasa taslaklarında da bu noktada herhangi bir değişikliğe gerek duyulmamıştır.

- Raportörlerin, AYM toplantılarına katılmalarına ve karar taslaklarını yazmalarına<sup>22</sup> engel olacak şekilde çalışmaları yasal bir dayanağa kavuşturulmalı ve atanma koşulları nesnel olarak belirlenmelidir. İyi yetişmiş genç hukukçuların mesleki kariyerlerinin başlangıcı için cazip olması gereken raportörlüğün, AYM'nin üye oluşumunu sağlayan kaynaklar arasında gösterilmesi, raportörlük kurumunun işlevine uygun düşmemiştir (bkz. TBB 2007 Önerisi).
- Anayasa yargıçılığı için üst yaş sınırı koyan ülkeler arasında en düşük sayı Türkiye'dedir (Almanya'da bu sınır 68, Avusturya ve Brezilya'da 70, Arjantin'de 75'dir). Buna bakarak, AYM yargıçlarının emeklilik yaşı yükseltilebilir. Görev süresi için önerilen 9-12 yıl, Avrupa ülkelerinde kabul edilen ortalama değerle örtüşmektedir (İtalya, İspanya, Fransa 9 yıl, Almanya 12 yıl). Bu arada adaylık için de bir üst yaş sınırının belirlenmesi, mahkeme içtihadının sürekliliğini sağlamada etkili olacaktır.

#### IV. Yetkileri

Yargı yetkisi kullanan bir organ olan AYM'nin diğer anayasa organları ile arasındaki denge, her şeyden önce bu mahkemeye hangi yetkilerin verildiğine bağlıdır. Bunun için öncelikle anayasal dava türleri ve başvuru koşullarının belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda AYM'nin yetkilerinin kapsamına ilişkin Anayasa değişiklik önerileri üç ana grupta toplanabilir: Norm denetimi (1), Yüce Divan yargılaması (2) ve anayasa şikayeti (3).

##### 1. Norm Denetimi

Norm denetimine ilişkin değişiklik önerileri iki başlık altında değerlendirilebilir; denetlenen normlar (a) ve başvuru yolları (b).

##### a) Denetlenen Normlar

Taslakların tümünde anayasallık denetimine bağlı kılınan normlar 1982 Anayasasında olduğu gibi kanun, kanun hükmünde kararname (KHK), TBMM İçtüzüğü ve Anayasa değişiklikleriyle sınırlı tutulmuştur. Fakat denetimin yoğunluğu bakımından farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Her bir norm açısından bu konudaki değişiklik önerileri şöyle sıralanabilir:

<sup>22</sup> Bkz. AYM İçtüzüğü md. 8, 9 ve 12/2.

**i) Anayasa değişiklikleri:** Özbudun önerisi mevcut anayasal düzenlemelerden ayrılan önemli bir değişiklik içermemektedir. Yalnızca, 1982 Anayasasında şekil denetiminin kapsamında yer alan ivedilik yasağı, iki kere görüşülme koşuluyla değiştirilerek Anayasanın 175. maddesine uygun hale getirilmiştir.

TBB önerisinde ise Anayasa değişikliklerinin esas denetimi de öngörülmektedir. Önerinin gerekçesine göre Anayasanın 4. maddesiyle birlikte okunduğunda “içerik bakımından değişmezlik kuralının ihlali sonucunu doğuracak bir Anayasa değişikliği, üçte bir teklif yeter sayısına, üçte iki karar çoğunluğuna ve ivedilik yasağına uyulmuş olsa bile denetlenebilir. Çünkü Anayasa'nın değişmez nitelikteki hükümlerini değiştirme sonucunu doğuracak bir teklif yapılamaz”.

Anayasa değişiklikleri için denetim yasağı getirmek, değişiklik yasağı öngören Anayasa hükümlerinin normatif değerini önemli ölçüde azaltmaktadır. Bu bakımdan Anayasa ile değiştirilmesi yasaklanarak sonsuzluk güvencesine bağlanan yapısal temel ilkelerle çatışan anayasa değişikliklerinin anayasa yargısı yoluyla denetlenebilmesinin yolu açık olmalıdır. Karşılaştırmalı hukuk verileri de bu konuda çoğu ülkede herhangi bir sınırlamanın olmadığını göstermektedir. Almanya, Avusturya, İtalya, İsviçre, Hindistan ve - halkoylamasına sunulmamış olması kaydıyla- Fransa'da anayasa değişikliklerinin anayasa yargısının denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

**ii) Kanun:** TBB'nin, kanunların şekil bakımından denetimindeki sınırlamayı kaldıran önerisi dışında bu konuda herhangi bir değişiklik öngörülmemektedir<sup>24</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasasının kanunların şekil bakımından denetimine ilişkin düzenlemesi bugüne kadarki uygulamasında kayda değer bir itiraza konu olmamıştır.

**iii) KHK:** AYM, KHK konusunda 1989 yılından bugüne kadar gelen istikrarlı içtihadıyla bu alanı sınırlandıran bir yol izlemiştir. Bu içtihat sayesinde yasama yetkisinin kullanımında TBMM'nin işlevsizleştirilmesi önlenmiş; hukuksal saydamlık, güvenlik ve

<sup>23</sup> Bkz. Kanadoğlu O. K., Anayasa Mahkemesi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 123-128.

<sup>24</sup> Yüzbaşıoğlu ve Onar da AYM'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum kapsamında “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli”nde yaptıkları konuşmalarda bu konudaki sınırlamaların kaldırılmasını önermişlerdir, bkz. Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s. 107 ve 114.

belirginlik sağlanarak çoğunlukçu bir yönetim anlayışına engel olunabilmiştir. Zaten Alman ve İspanyol hukuklarında olduğu gibi 1982 Anayasasında da KHK çıkarma yetkisi olabildiğince sınırlı bir yetki olarak öngörülmüştür. Oysa Özbudun taslağında, bugünkü anayasal çerçevede yetki yasasının içerdiği kapsam, ilke ve amaç unsurları aranmayarak, KHK'ye ilişkin norm, gerçek bir “yetki devri”ne dönüştürülmüştür<sup>25</sup>. Bu yaklaşımın bir izdüşümü olarak aynı taslakta KHK'lerin yargısal denetimi, sadece temel hak ve özgürlüklerle ilgili olup olmadıklarıyla sınırlı tutulmuştur; diğer bir anlatımla KHK'ler eğer temel hak ve özgürlüklerle ilgili değilse her türlü denetimin dışında bırakılmış olmaktadır. Böylece hem AYM'nin bu konudaki içtihadı aşılacak, hem de 1876 tarihli Kanun-u Esasi'den bu yana tüm Anayasaların duyarlı ve tutarlı biçimde koruduğu “yasallık ilkesi” ortadan kaldırılmak istenmiştir.

Olağanüstü KHK'lerin kaldırılması ise (bkz. Özbudun taslağı), sorunlar doğuracaktır. İvedilik, önemlilik ve zorunluluk gibi KHK'ye özgü niteliklerin olağan dönemlerden çok olağanüstü dönemlere denk geldiği düşünüldüğünde, KHK'lerin öncelikle olağanüstü yönetim usulleri bakımından gerekli olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Burada çözüm, olağanüstü KHK'leri kaldırmak değil, anayasallık denetimine açmaktır.

**iv) TBMM İçtüzüğü:** Özbudun taslağı parlamento hukuku açısından da yürürlükteki anayasa kurallarını ve bu çerçevede şekillenen AYM içtihadını değiştiren hükümler içermekte ve AYM'nin yetki alanını daraltmaktadır. Taslakta yer alan TBMM İçtüzüğü'nün sadece öndenetim yoluyla denetlenebileceğine ilişkin düzenleme, Meclisin İçtüzük değişikliği hükmündeki eylem ve kararlarının hiçbir zaman denetlenememesi sonucunu doğuracaktır. İçtüzük kurallarının uygulamada aşılması durumunda, organ uyumsuzluğu davasına da yer verilmemiş olduğu için ortaya çıkacak denetim açığı, parlamento çalışmalarının dengeli biçimde sürdürülmesi konusunda önemli sıkıntılar yaratabilecektir.

Parlamento hukuku açısından sorun yaşanan bir başka alan temel kanunlardır. 1996 yılından itibaren 5 ayrı AYM kararına konu olan temel kanun sorunu, yalnızca İçtüzükte temel kanunların görüşülmesi bakımından özel usullerin kabul edilebileceğine dair bir hükme Anayasada yer vermekle aşılabilecek nitelikte bir sorun

---

<sup>25</sup> Bkz. B. E. Oder'in Galatasaray Topluluğu İşbirliği Kurulu'nun düzenlediği Forum'da yaptığı konuşma, İstanbul 2007, s. 18.

değildir (krş. Özbudun Önerisi md. 65). AYM içtihadının<sup>26</sup> “belirlilik”, “genellik”, “soyutluk” ve “öngörülebilirlik” özelliklerine sahip olmasını aradığı İçtüzük kurallarına dayanak oluşturacak biçimde Anayasada temel kanunun tanım ve kapsamının belirlenmesine yönelik somut ölçütler getirilmedikçe, bu sorun kolay kolay çözümlenemeyecektir.

## b) Başvuru Yolları

AYM'nin anayasal görevlerini yerine getirmek üzere kendi inisiyatifıyla harekete geçemeyişi, bu konuda bir başvurunun gerekli oluşu, onun yargılama yapan bir mahkeme olmasının doğal sonucudur. AYM'yi harekete geçirecek olansa soyut ve somut norm denetimi yoludur.

**i) Soyut norm denetimi:** Anayasa yargısının etkinliği, AYM önünde kimlerin dava açabilecekleri sorusuyla yakından ilgilidir. İptal davası açabileceklerin aşırı sınırlandırılması, soyut norm denetiminin etkin kullanımını engelleyebileceği gibi sınırsız bir başvuru da AYM'nin iş yükünü büyük ölçüde artırabilecektir. Almanya, Avusturya, İtalya, İrlanda, Portekiz gibi ülkeler dikkate alındığında, meclisteki muhalefetin AYM'ye başvuru hakkı, 1982 Anayasası ile 1961 Anayasasına göre önemli ölçüde sınırlandırılmış olsa da, bunun Avrupa modeli anayasa yargısıyla çeliştiği söylenemez.

Buna karşılık 1982 Anayasasında, “kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren” alanlarda yargı organları ve üniversitelerin dava açma hakkının ortadan kaldırılması, özellikle Romanya, Polonya ve Bulgaristan gibi demokrasiye geçiş yapan doğu Avrupa ülkelerinin bu konudaki düzenlemeleriyle örtüşmemektedir. Bu bakımdan yargı başta olmak üzere üniversiteler, meslek örgütleri gibi diğer belirli bazı anayasal kurum ve kuruluşlar göz önünde bulundurularak AYM'ye dava açabileceklerin kapsamı genişletilmelidir<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> AYM. E. 2001/129, K. 2002/24, KT. 31.1.2002, AYMKD. 38/2, s. 546-558. AYM, konuya ilişkin bir sonraki kararında 766 sayılı Kararın TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesinde değişiklik yapan hükmünü, hangi tür yasaların temel yasa olduğuna ilişkin açıklık taşımadığı ve bölüm içi maddelerin ret ya da kabulünü olanaksız kıldığı gerekçesiyle iptal etmiştir, bkz. AYM. E. 2003/30, K. 2003/38, KT. 29.4.2003, AYMKD. 39/1, s. 524-525.

<sup>27</sup> TBB'nin anayasa önerisinde ve TOBB'un da içinde yer aldığı Anayasa Platformunun yayımladığı Çalıştay Raporunda da bu istek dile getirilmektedir (bkz. [www.anayasaplatformu.net/indir/ANAYASA](http://www.anayasaplatformu.net/indir/ANAYASA)).



**ii) Somut norm denetimi:** Özbudun taslağında, itiraz yoluyla başvurulması halinde AYM, usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara uygunluk denetimi yapan bir organ haline getirilmektedir. Böylece AYM'nin bu konudaki tutumuyla çelişecek biçimde temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler destek ölçü norm olmaktan çıkarılıp doğrudan uygulanabilir bağımsız bir ölçü norma dönüştürülmektedir. Ancak böyle bir düzenleme şu soruları açıkta bırakmaktadır; örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AYM ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından farklı yorumlanırsa, bu yorum çatışması nasıl çözümlenecektir? Uluslararası insan hakları mekanizmalarının öngördüğü kurumların, örneğin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ya da Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesindeki komite benzeri organların kararları ne tür bir değer taşıyacaktır? AYM, AİHM'in içtihadı olmayan konularda nasıl yorum yapacaktır?<sup>28</sup> Anayasalarda bu ve benzeri konularda açık ve kesin normların tasarlanmasının güçlüğü karşısında, İspanyol Anayasasının öngördüğü (md.10/2) Sözleşmeye uygun yorum yöntemi bu konuda en uygun çözüm olarak görünmektedir.

TBB önerisinde, 1961 Anayasasında olduğu gibi genel mahkemelere şarta bağlı olarak anayasallık denetimi yapma ve aykırılık halinde bu hükmü uygulamaktan kaçınma yetkisinin tanınması, pratik ve teorik açıdan eleştiriye açıktır. 1961 Anayasası uygulamasında dava mahkemeleri sadece bir kez önsorun yaparak anayasaya aykırılık hakkında bir karar vermişler, bunun dışında süre dolsa bile AYM kararını beklemişlerdir. Teorik açıdan belirtilmesi gereken ise genel mahkemelere bu yetkinin verilmesinin, iptal yetkisinin tekelden kullanıldığı merkezileşmiş bir norm denetimi sistemiyle bağdaşmaz oluşudur.

## 2.Yüce Divan Yargılaması

Devlet organlarının ceza sorumluluğu ve bu kapsamda itham ve yargılama makamına ilişkin olarak yapılan değişiklik önerileri mevcut anayasal düzenlemelerden önemli farklılıklar içermektedir. Söz

---

ANKARA.CALISTAY.SONUC.RAPORU.pdf.). Özbudun başkanlığındaki kurul ise herhangi bir değişiklik önermemektedir.

<sup>28</sup> Bkz. B. E. Oder'in Galatasaray Topluluğu İşbirliği Kurulu'nun düzenlediği Forum'da yaptığı konuşma, s. 17.

konusu değişiklik önerileri, Yüce Divanın kuruluşu (a) ve Yüce Divanda yargılanan kişiler (b) bakımından incelenebilir.

### a) Kuruluşu

AYM taslağı dışındaki önerilerde AYM'nin bu konudaki yetkileri ya tamamen kaldırılmış (bkz. TBB taslağı<sup>29</sup>) ya da Yargıtay ile paylaşır hale getirilmiştir (bkz. Özbudun taslağı). Yüce Divanın oluşumuna ilişkin bu önerilerin doğru biçimde değerlendirilebilmesi için önce bu Divanda yargılanacak olan kişilerin belirlenmesi gerekir.

### b) Yargılanacak Kişiler

Kuruluşu farklı olsa da her iki taslakta Yüce Divanda yargılanacak kişiler değişmemiş, hatta 1982 Anayasasına göre bu kişilerin kapsamı genişletilmiştir<sup>30</sup>. Böyle bir genişleme her şeyden önce karşılaştırmalı hukukun verilerine uygun düşmemektedir. Hükümet biçimlerine bağlı olarak çeşitli ülkelerin konuya ilişkin anayasal düzenlemeleri, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Devlet başkanının ceza sorumluluğunun olmadığı sınırlı monarşilerin hiçbirinde, yürütmenin sorumlu kanadı olan bakanlar kurulu üyelerinin ceza yargılaması için ayrı, özel bir organa gerek görülmemiştir. Bu ülkelerde yargılama görevi, en yüksek yargı organı olan Temyiz mahkemelerince yerine getirilmektedir (Hollanda, Belçika, Lüksemburg, Danimarka, İspanya vb.).

Cumhuriyetlerde ise devlet başkanının vatana ihanet ve/veya anayasayı ihlal olarak belirlenen sorumluluk hallerinde, yargılama yapma yetkisi çoğunlukla anayasa mahkemelerine (Almanya, Avusturya, İtalya, Bulgaristan, Hırvatistan, Macaristan, Slovakya, Slovenya, Çek Cumhuriyeti) ya da bunun için oluşturulmuş bir Yüce

<sup>29</sup> TBB taslağında, Yargıtay'ın düzenlendiği maddede (md.168), en kıdemli dört Yargıtay ceza dairesi başkanından oluşan Yüce Divanın kararlarına karşı temyiz başvurusunun Yargıtay Ceza Genel Kuruluna yapılması öngörülmüştür. Ancak AYM'nin daireler ve genel kurul olarak çalışmasının öngörüldüğü maddede (md.160), Yüce Divan davalarında verilen kararların temyiz mercii Genel Kurul olarak gösterilmiştir. Bu çelişkinin yanında TBB taslağındaki bir eksiklik de Yüce Divan yargılamasında savcılık görevi yapacak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının seçim usulünün belirlenmemiş olmasıdır.

<sup>30</sup> Genelkurmay başkanını ve kuvvet komutanlarını görev suçlarıyla ilgili olarak yargılama görevi, TBB ve Özbudun taslaklarında Yüce Divana verilmiştir. Askeri Yargıtay'ın varlığını koruduğu her iki öneride de, Yüce Divanın yargılayacağı kişiler bakımından getirilen bu genişleme için herhangi bir (makul) gerekçe belirtilmemiştir.

Divana bırakılmıştır (Fransa)<sup>31</sup>. Ancak bu ülkelerde hükümet üyelerinin görev sırasında işledikleri suçlar bakımından AYM tarafından yargılanmadıkları görülmektedir. Bu konuda yetki ya genel mahkemelere bırakılmış (Almanya, Portekiz, İtalya), ya da istisnai olarak özel bir yargı yeri kurulmuştur (Fransa ki, burada da dava açılmasına karar veren yargıçlardan oluşan bir komisyondur ve temyiz mercii de Yargıtay'dır).

Yukarıdaki verilerden de anlaşılacağı üzere karşılaştırmalı hukukta genel eğilim, cumhurbaşkanlarının AYM'de, devlet yetkisi kullanan siyasilerin de genel ceza mahkemelerinde yargılanmaları yönündedir. Yargılama yerinin belirlenmesinde, yargılamanın süjesi kadar konusu da belirleyici olmaktadır. Vatana ihanetin ceza kanunlarında yer alan belirli suç tipleriyle sınırlandırılmaması kaydıyla cumhurbaşkanlarını yargılama yetkisinin, genel mahkemeler yerine bu konuda daha geniş bir hareket alanına sahip olan AYM'ce kullanılması amaca daha uygun düşecektir. Buna karşılık bakanlar kurulu üyeleri ve yüksek yargı mensuplarının görev suçları nedeniyle yargılama görevinin Yargıtay'a verilmesi, bu görevin AYM tarafından yapılmasıyla ortaya çıkabilecek sorunlara çare olacaktır. Ceza hukukunda uzman yargıçlar tarafından yapılacak bu yargılama sonucunda kanun yollarına başvurma olanağının da sağlanması, adil yargılanma hakkını güvence altına alacaktır.

### 3. Anayasa Şikayeti

Büyük ölçüde vatandaşla ilgili olan bu dava türünde, kamu gücünün temel hakları ihlal ettiğini iddia eden herkes yargı yolunu tükettikten sonra AYM'ye başvurabilmektedir. Kural olarak anayasa şikayetine, kesin hüküm halini almış mahkeme kararlarına yönelik olarak başvurulmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukun verilerine göre, bireylere AYM'ye doğrudan başvuru yolunun açılması hakkında belirli bir sonuca varmak kolay değildir, çünkü bu konuda mutlak en iyi çözüm yoktur. Ancak somut ülke koşullarına uygun iyi çözümlerden söz edilebilir. Demokratik meşruluğa sahip anayasa koyucu, bu koşulları dikkate alarak hangi kapsamda ve hangi amaçla AYM'ye bireysel başvuruyu mümkün kılacağına kendisi karar verecektir. Ancak, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı üyesi toplam 55 devletten, merkezi anayasa yargısı olan 42 devlet arasında sadece 11'nin, AYM'nin bireylerin

<sup>31</sup> Bkz. Kanadoğlu O. K., Anayasa Mahkemesi, s. 196; Kaboğlu İ. Ö., Anayasa Yargısı, s. 136.

müdahalesi olmadan anayasayı koruma görevini gerçekleştirdiğini düşünerek bireysel başvuru olanağını tanımaması, bu konudaki genel eğilimi yansıtmaktadır<sup>32</sup>.

Bu konuda çıkış noktası olarak şu soru sorulabilir; özel bir temel hak koruması ya da en azından sübjektif çıkarların objektif anayasa düzeninin korunması için harekete geçirilmesi ne ölçüde bir gereksinimdir? Bunun otoriter ve totaliter yönetimleri geride bırakmış ve demokratik hukuk devletini yapılandırmaya çalışan ülkeler için bir gereksinim olduğu açıktır. Böylece bireysel başvuru, anayasanın objektif olarak korunması ile birleştirilebilir ve sübjektif hak koruması bu amaç için kullanılabilir.

Özellikle idare hukuku bakımından yargısal korumada boşluk olan ülkelerde, bu boşluğun doldurulmasında, Alman hukuk çevresinde geliştirilmiş olan (İsviçre, Avusturya, Liechtenstein, Almanya) ve güney Avrupa (İspanya, Andora) ve hatta doğu ve orta Avrupa'da (özellikle Çek Cumhuriyeti, Hırvatistan, Slovenya) uygulanmakta olan temel hak şikayeti bir araç olarak kullanılmaktadır. Hatta çoğu doğu Avrupa ülkesinde bu başvuru yolu çok daha yaratıcı bir şekilde kullanılmıştır. Herhangi bir hak ihlali aranmaksızın sınırsız kütleli (popüler) bir davaya izin verilmiştir (Macaristan, Makedonya, Gürcistan).

Temel hak şikayeti, aslında anayasal devlette sübjektif temel hak korumasının taçlandırılması olarak görünmektedir. Ancak bunun bedeli, özellikle nüfusu çok olan ülkelerde AYM'nin aşırı yüklenmesi ve AYM ile diğer mahkemeler arasındaki rekabette basit hukuka aykırılıkların temel hak aykırılıklarından dogmatik olarak açık bir biçimde ayırt edilmesinin olanaksız oluşudur. Gerçi bu bedel, anayasa şikayetinin kabulü için aranacak sıkı ölçütler ile belirli bir düzeye indirilebilir.

Anayasa şikayetinin, AYM'ler için aşırı bir iş yükü yaratmasına rağmen, doğu ve orta Avrupa'da demokratik hukuk devletinin oluşumunda anlamlı katkıları olmuştur. Yine bu başvuru yolu, Almanya'da olduğu gibi, kamu gücünün anayasaya bağlılığı inancını

---

<sup>32</sup> Brunner G., "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum", [www.venice.coe.int/does/2001/CDL-JU\(2001\)02\(12.3.2008\)](http://www.venice.coe.int/does/2001/CDL-JU(2001)02(12.3.2008)).

önemli ölçüde güçlendirmiş, anayasa ve AYM'nin kamuoyundaki imajına büyük katkı yapmıştır<sup>33</sup>.

Anayasa şikayetine ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilimi yansıtan yukarıdaki açıklamalar, bu kurumun kabulünün Türkiye'de tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu teorik tartışmada anayasa şikayetinin artı ve eksilerine ilişkin bir bilanço çıkarılması yararlı olacaktır<sup>34</sup>.

Artıları sıralarsak;

- Anayasa uygun olduğu varsayılan bir yasal düzenlemeye dayanan kamusal bir eylem ya da işlem bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edebilir. Anayasa şikayeti, böyle bir durumda o kişinin hakkının korunmasının en kestirme yoludur.
- Bu bağlamda anayasa şikayetinin asıl önem taşıyan yönü, Anayasanın hukuk düzeni içindeki üstünlüğünün ve etkililiğinin yaşama geçirilmesidir.
- Anayasa şikayetine ancak yargı yolunun tamamen tüketilmesi halinde başvurulabilir. Uzman yargı, temel hakların ihlal edilmesine karşı etkin bir hukuki koruma sağladığı sürece bu yol kapalıdır.
- Anayasa şikayetine karşı özellikle genel mahkemelerin kaygılarını gidermek için AYM'nin denetim alanını sınırlandıracak ölçütler getirilebilir. Örneğin Alman anayasa hukukunda; olayın maddi unsurlarının saptanması ve değerlendirilmesi, yasa düzeyindeki hukukun yorumlanması ve somut olaydaki uygulaması sadece bunun için yetkili genel mahkemelere aittir<sup>35</sup>. Anayasa şikayeti, ancak yasanın yorumu ve uygulamasında temel hakkın anlamının, özellikle de koruma alanının hatalı değerlendirilmesi halinde başarıya ulaşabilir.

---

<sup>33</sup> Scholler/Strassmair., "Bundesverfassungsgericht und Verfassungsbeschwerde", www.heinrich-scholler.de (12.3.2008).

<sup>34</sup> Genel olarak bu bilançoğu oluşturan unsurlar için bkz. Kanadoğlu O. K., Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 38-44; TBB Anayasa Önerisi, (166. madde ve gerekçesi).

<sup>35</sup> BVerfGE 18, 85, 92; 42, 143, 147; 67, 213, 222.

- Anayasa şikayeti, özel hukuk ilişkilerinin hükme bağlanmasında temel hakların dikkate alınmasını zorunlu kılacaktır (temel hakların yatay etkisi).
- Ayrıca bu yolun açılması, AİHM'de Türkiye aleyhine açılacak davalarda önemli bir azalmaya yol açacak, ama daha da önemlisi Türkiye aleyhine verilecek ihlal kararlarının önemli ölçüde azalmasını sağlayacaktır.

Eksileri sıralarsak;

- Anayasa şikayetinin genel hukuk yolu kaydını tamamlayan ya da ona paralel bir düzenleme olduğu kanısı uyanabilir. Türkiye'de diğer yüksek mahkemelerin en çekindikleri nokta da budur. Bu bakış açısıyla genel hukuk yolu garantisi yanında temel hakların korunması için anayasa şikayetinin öngörülmesi gereksiz görülebilir.
- Sadece anayasa hukuku denetimi yapılacağı açıklaması, AYM'nin denetim faaliyetini sınırlandırmaya yetmeyecektir. Kamu gücünün her yasa ihlali, aynı zamanda bir temel hak ihlali de içerir. Başka türlü ifade edersek, yasal dayanaktan yoksun her mahkeme hükmü ilgili temel hakkı da ihlal eder.
- Anayasa ve usul kanunlarına göre idare herhangi bir şekilde kişinin haklarını ihlal ederse, idarenin bu işlemine karşı yargı yolu açıktır. Bu usuli olanaklarla temel hak koruması en iyi biçimde gerçekleştirilebilir.

Yukarıdaki bilançoya bakıldığında teorik açıdan anayasa şikayetinin artılarının eksilerinden fazla olduğu görülebilir. Ayrıca AYM'nin karar pratiğinde bu kurumun gerekliliğini gösteren örneklerle de karşılaşmak olasıdır<sup>36</sup>. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, kural olarak AYM kararlarının diğer anayasa organlarını ne ölçüde bağladığı konusunda son söz yine AYM'nin olmalıdır. Anayasa şikayeti yolunun açılması, bu açıdan büyük bir ihtiyacı karşılayacaktır. Özellikle AYM'nin yorumlu ret kararlarında<sup>37</sup> (anayasaya uygun

<sup>36</sup> Bu örnekler şu makaleden aktarılmıştır: Kanadoğlu K., "Anayasa Hukukumuzun Gelişiminde Anayasa Mahkemesinin Rolü (1983-2007)", <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal>, 22.04.2008.

<sup>37</sup> Yorumlu ret kararlarına örnekler için bkz. AYM. E. 1982/4, K. 1983/17, KT. 20.12.1983, AYMKD. 20, s. 137-138; E. 1984/9, K. 1985/4, KT. 18.2.1985, AYMKD. 21, s. 62-23; E. 1984/12, K. 1985/6, KT. 1.3.1985, AYMKD. 21, s. 117-118; E. 1986/24, K. 1987/8,

yorum), bu kurumun getirilmesi çok yararlı olacaktır. Yorumlu ret kararları bağlamında normun AYM tarafından anayasaya aykırı bulunan yorumu, uygulamada hiçbir biçimde geçerlilik kazanmamalıdır. Diğer bir anlatımla, AYM'nin normu belirli bir yorum ile anayasaya uygun bulması halinde kesin hüküm niteliğindeki bu tespitin konusu sadece AYM'nin dayandığı yorum çerçevesinde normun anayasaya uygun olmasıdır. Kesin hüküm niteliğindeki bu yorumun, sonuç olarak diğer mahkeme kararlarıyla ihlali, anayasa şikayetinin konusunu oluşturacaktır. Anayasaya uygun yorum tekniği kullanılarak verilen AYM kararlarının bağlayıcı etkisi ve bu kararlardaki yoruma uyulmaması sonucu doğacak hak kayıplarının giderilmesi ancak bu şekilde sağlanabilecektir.

Anayasa şikayetinin kabulü noktasında ortaya çıkan bu gereklilik, AYM kararları çerçevesinde şöyle somutlaştırılabilir;

- AYM, İhtira Beratı Kanununun, taklit olduğu anlaşılan eşyanın üretimine ilişkin alet ve edevatın zorralımına ve berat sahibine verilmesine ilişkin 50. maddesini; çok amaçlı, taklit edilen eşya yanında başka maddelerin üretiminde de kullanılan makineleri söz konusu madde kapsamı dışında tutarak Anayasaya uygun bulmuştur<sup>38</sup>. Kamu gücünün AYM'nin bu yorumuna aykırı bir uygulamasına karşı anayasa şikayetine başvurulabilmelidir.
- 9.7.1948 gün ve 4785 sayılı Kanunun 1. maddesi özel kişiler elindeki tüm ormanları hiçbir işlem ve bildiriye gerek olmaksızın devletleştirmiştir. TCK'ya göreyse devlet ormanların sürülüp ekilmesi suçtur. AYM, kişinin tapu kaydına güvenerek sürdürdüğü tarlanın devlete geçtiğini bilmesini engelleyen 4785 sayılı Kanunu, Anayasanın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin güvencelere aykırı bulmamıştır. Ancak, Yasanın bu ibaresinin belirsizliğe neden olduğunu da kabul ederek, yargıca Anayasa md. 138 ve TCK'nın kasta ilişkin hükümlerine göre davayı görmesini önermektedir<sup>39</sup>. İşte bu öneriye (uyarıya) uyulmamasının sonucu, anayasa şikayetinin konusunu oluşturabilmelidir.

---

31.3.1987, AYMKD. 23, s. 183-184; E. 1998/34, K. 1989/36, KT. 8.9.1989, AYMKD. 25, s. 363; E. 2000/80, K. 2003/46, KT. 11.11.2003, AYMKD. 40/1, s. 232.

<sup>38</sup> AYM. E. 1981/10, K.. 1983/16, KT. 8.12.1983, AYMKD. 20, s. 118-119.

<sup>39</sup> AYM. E. 1984/15, K. 1985/5, KT. 19.2.1985, AYMKD. 21, s. 95.

- TCK md. 119/4 hükmü ön ödeme yapılmaması halinde cezanın yarı oranında artırılmasını öngörmektedir. Somut olayda Askeri Ceza Kanununun 63/A bendinde düzenlenen bakaya suçunu işleyen kişiye ön ödeme bildirisi gelir. Fakat bu kişi ödeme gücü olmadığını belirtir. AYM ise TCK md. 119'un eşitlik ilkesini ihlal etmediğine; Anayasanın 141. maddesindeki davaların en az gider ve süratle görülmesi hükmünün gereği olduğuna karar veriyor. Oysa karara karşı oy yazan F. Sağlam'a göre somut olay gereği Anayasanın 2., 5., 17., 18., 38. maddelerindeki ilke ve kurallar, anayasanın bütünlüğü ilkesi dikkate alındığında ceza yargılamasının rasyonelliği ilkesine feda edilmemesi gerekirdi. Anayasa şikayeti de olmadığından, dava mahkemesi anayasaya uygun yorum yolunu izlemeliydi<sup>40</sup>.

Konuya son verirken, anayasa şikayetinin koruduğu hak ve özgürlüklerin hangileri olması gerektiği sorusuna da değinmek gerekir. Gerek TOBB'un gerek TBB'nin gerekse AYM'nin hazırladıkları taslaklarda anayasa şikayeti, AİHS'in koruduğu hak ve özgürlüklere karşılık olarak Türk Anayasasında yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuştur. Bu formül haklı olarak doktrinde genel bir kabul görmemiştir<sup>41</sup>. Karşılaştırmalı hukukta benzerine pek rastlanmayan bu formül, AYM'nin AİHM'den bağımsız olarak yazısız temel haklar türetmesine engel olabileceği gibi kendisinden beklenen sınırlayıcı işlevi de yerine getiremeyecektir.

İlk sakıncaya ilişkin olarak Alman Federal AYM'nin yakın tarihte verdiği bir karar belirtilebilir. Mahkeme, anayasa şikayeti başvurusu üzerine verdiği 27.2.2008 tarihli bu kararında<sup>42</sup> genel kişilik hakkından (Alman Anayasası md. 2/1) hareketle Anayasada yazılı olmayan bir temel hak türetmiştir: "Bilişim tekniği sistemlerinin mahremiyet ve dokunulmazlığının güvence altına alınmasına ilişkin temel hak".

<sup>40</sup> AYM. E. 2002/143, K. 2004/46, KT. 31.4.2004, AYMKD. 40/2, s. 690.

<sup>41</sup> Gören ve Türk AYM'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum kapsamında "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışılma Paneli"nde yaptıkları konuşmalarda bu hakların Anayasada belirtilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir, bkz. Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s. 290 ve 291. Sabuncu/Esen Arwine ise bu formülü, "Sözleşmenin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerini" de içermesi kaydıyla benimsemişlerdir, bkz. "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", Anayasa Yargısı 21, s. 237.

<sup>42</sup> BVerfG, 1BvR 370/07 vom 27.2.2008, Absatz – Nr. (1-333).



Anayasa şikayetine konu hakların AİHS'deki haklarla paralellik kurularak belirlenmesi yoluna gidilirse, örneğin AYM'nin önüne bilişim tekniği sistemlerinin mahremiyeti ve dokunulmazlığına ilişkin bir şikayet geldiğinde, bu başvurunun kabulü hakkında duraksamalar yaşanabilecektir. İkinci sakınca ise kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin temel hakkın (Anayasa md. 19, AİHS md. 5) kapsayıcı bir ana özgürlük olarak kabulü halinde, AİHS'a yapılan göndermenin de anayasa şikayetine konu olan temel hakların sınırlandırılmasına bir katkı yapmayacak oluşudur. Nitekim AYM, kişi özgürlüğünü bir ana özgürlük olarak nitelendirmektedir. AYM'ye göre, kişi özgürlüğü kavramı "kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumsallaşmamış özgürlükler alanını kapsar"<sup>43</sup>.

## V. Kararları

AYM, yarım yüzyıla yaklaşan içtihadıyla anayasal usule ilişkin Anayasa metnini biçimlendirmiştir ve uygulama için esas alınması gereken de bu içtihatdır. Bu içtihat kapsamında AYM, açıkça yeni karar türleri keşfetmiş olduğu gibi bazı tür kararların da ipuçlarını vermiştir (a). Buna karşılık yargılama usulüne ilişkin AYM kararları incelendiğinde, belirli noktalarda henüz aşılammış sorunların olduğu da açıkça görülecektir. Nitekim Anayasada iptal kararlarının yürürlüğe girmesi gerekçeli kararın Resmi Gazetede yayımlanması koşuluna bağlı kılınmasına rağmen kararların yazımı ve yayımında gecikmeler yaşanmaktadır (b). AYM kararlarının etkileri ve bu bağlamda bağlayıcılığı, tartışma yaratan bir başka konudur (c).

### a) Yeni Karar Türleri

Anayasa şikayeti bağlamında yukarıda değinilen yorumlu ret kararları dışında Anayasada açıkça belirtilmediği halde AYM'nin verdiği bir diğer karar yürürlüğün durdurulmasıdır. AYM'ye göre yasal boşluk olduğunda Anayasa koyucunun aksine iradesi de yoksa yargılama usulüne ilişkin kurallar içtihat yoluyla türetilir<sup>44</sup>. AYM'nin yürürlüğü durdurmaya ilişkin bu gerekçesi, yargılama usulüne ilişkin bilinçli boşlukların diğer usul hukuklarından yapılacak kıyasla

<sup>43</sup> AYM. E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AYMKD. 22, s. 363-364. AYM, nüfus sayım günü sokağa çıkma yasağını, Anayasanın 19. maddesine aykırı bulduğu kararında da aynı görüşü tekrarlamıştır (AYM. E. 2000/82, K. 2002/193, KT. 26.11.2002, AYMKD. 39/1, s. 253-254).

<sup>44</sup> AYM. E. 1993/33, K. 1993/40-2, KT. 21.10.1993, AYMKD. 29/1, s. 564.

doldurulabilmesine olanak tanıyan Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihadıyla da paraleldir<sup>45</sup>.

1993 yılından beri kullanılan bu içtihadî yetkinin, yazılı bir dayanağa kavuşturulması olumlu bir gelişmedir. Ancak bu yetkinin kullanımının neredeyse olanaksız duruma getirilmesi, bu olumlu girişimi anlamsız kılacaktır. Nitekim yürürlüğü durdurmanın koşulu olarak anayasaya aykırılık konusunda güçlü belirtilerin bulunması ile yetinilmeyerek açıkça anayasaya aykırılık aranması, bu kararın toplantıya katılanların üçte iki çoğunluğuyla verilebilmesi ve yalnızca iptal davalarına özgülenmesi, AYM'nin bu konudaki iradesini devre dışı bırakacak boyutta düzenlemelerdir (bkz. Özbudun taslağı).

AYM'nin ipuçlarını verdiği yeni bir karar türü de anayasayla uyumsuzluk kararıdır. Bir grubun, diğer bir gruba yasayla tanınan belirli bir olanaktan yoksun bırakıldığı bazı eksik düzenleme hallerinde AYM, iptal isteminin reddine karar vermiş olsa da, bu kararların gerekçesinde kullandığı ifadelerle anayasaya aykırılığı açıkça dile getirmektedir. AYM böylece, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla yarattığı ve bir yasayı hükümsüz kılmaksızın, o yasanın yalnızca anayasaya aykırılığına hükmettiği anayasayla uyumsuzluk (bağdaşmazlık) kararlarını çağrıştıran kararlar vermiştir.

Bu türden kararlarına örnek vermek gerekirse AYM, Milli Savunma Bakanlığına bağlı işyerinde çalışan sigortalıların, "itibari hizmet süresi"nden yararlanmalarını öngörmeyen düzenlemeye ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur: "Anayasa Mahkemesi'nden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre; bir takım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır"<sup>46</sup>.

Anayasayla bağdaşmazlığı daha açık belirleyen bir başka kararında AYM'ye göre; "Kaldı ki, düzenlemenin özelliğinden kaynaklanan nedenler, inceleme konusu hükmün iptal edilmesi

---

<sup>45</sup> BVerfGE 1, 109, 110.

<sup>46</sup> AYM. E. 1988/51, K. 1989/18, KT. 2.5.1989, AYMKD. 25, s. 228.

halinde bile, iptal isteminin hukuksal dayanağını oluşturan adaletsizliği gidermiş olmayacaktır. Bu durumda, hazine avukatları dışındaki kamu avukatları yol tazminatından yine yararlanamayacaklar, üstelik Hazine avukatları yasayla kendilerine tanınan ve ileride öteki kamu avukatlarının da yararlanmalarına engel teşkil etmeyen ekonomik bir haktan yoksun kılınmış olacaklardır. Böylece, olumsuz doğrultuda gerçekleştirilecek eşitsizliğin, aslında büyük ölçüde çözüme bağlanmış olan soruna olumlu ve köklü çözümler getireceği düşünülemez"<sup>47</sup>.

### b) Kararların Yazımı ve Yayımları

Uygulamada etkin bir yargılama düzeni içerisinde kabul edilemeyecek sonuçların<sup>48</sup> ortaya çıkmaması için AYM'nin, kararlarını gerekçelerini yazmadan açıklamaması (bkz. Özbudun taslağı) ve/veya azami bir sürede yazması (bkz. TBB taslağı) gerekmektedir. Ancak önerilen bu düzenlemelerin de etkili olabilmesinin tek yolu AYM'nin, gerekçesiyle Resmi Gazetede yayımlamadan önce kararları hakkında herhangi bir açıklamada bulunmamasıdır. Aksi takdirde herkes anayasaya aykırı norma, gerekçeli iptal kararı RG'de yayımlanıncaya kadar uymak zorunda kalacaktır. Anayasa yargısının işlevine uygun düşmeyen bu duruma engel olabilecek bir düzenleme, 1961 Anayasasının ilk metninde yer almaktaydı. Buna göre kararların gerekçeli olma zorunluluğu aranmamaktaydı. Kararın hüküm fıkrasında dayandığı gerekçelerin kısaca

<sup>47</sup> AYM. E. 1987/24, K. 1987/32, KT. 24.11.1987, AYMKD. 23, s. 428. Mahkemenin aynı yönde bir diğer kararı için bkz. AYM. E. 2002/70, K. 2004/56, KT. 6.5.2004, AYMKD. 41, s. 152. AYM'nin eşitsizliği olumlu doğrultuda giderdiği kararları da olmuştur. Örneğin AYM, basın yoluyla işlenen suçlar için erteleme olanağı veren yasayı, aynı türden daha az cezayı gerektiren basın yoluyla işlenmemiş olan suçları haklı bir neden olmaksızın kapsam dışı bıraktığı gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. 5 AYM yargıcı yazdıkları karşı oylarda, haklı olarak bunun yerindelik denetimi olduğunu, iptal kararıyla 12 yıla kadar cezası olan tüm suçlar için erteleme yolunun açılmış olduğunu belirtmişlerdir (AYM. E. 1999/39, K. 2000/23, KT. 19.9.2000, AYMKD. 36/2, s. 748-758).

<sup>48</sup> Örneğin 1.8.1996 gün ve 4160 sayılı Kanunun iptali istemiyle açılan davada karar tarihi 24.6.1997, ama kararın Resmi Gazetede (RG) yayım tarihi 13.1.2005'tir (AYM. E. 1996/56, K. 1997/58, KT. 24.6.1997, AYMKD. 40/1, s. 1 vd). 2004/120 karar sayılı kararında ise AYM, 16.7.1981 tarihli Kanun ile değişik 1086 sayılı HUMK'un 195. maddesini Anayasanın geçici 15. maddesi kapsamında görmüş ve denetlememiştir<sup>48</sup>. Karar tarihi 2.12.2004, RG'de yayım tarihi ise 21.10.2005'tir. Böylelikle söz konusu kararda, 3.10.2001 tarihli Anayasa değişiklikleri ve bu bağlamda Geçici 15/3. maddenin ilgası dikkate alınmamış olmaktadır (AYM. E. 2001/216, K. 2004/120, KT. 2.12.2004, AYMKD. 41, s. 256).

belirtilmesi zorunluluğunun eklenmesiyle 1961 Anayasası metni bu konuda akla gelebilecek bir başka çözüm yoludur.

### c) Kararların Etkileri

Anayasa yargılama usulü, sadece şekli değil, maddi anlamda da hukuki uyumsuzluğun sona erdirilmesini amaçlar. Bu nedenle, davanın kesin hükümle sonuçlanmasına ve yeniden devam ettirilemeyeceğine ilişkin hükümler yeterli değildir. Kararın taraflar için aynı zamanda bağlayıcı olması gerekir. AYM kararlarının bu bağlayıcı etkisi olmasaydı, maddi anayasa hukukunun bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri geçerli kılınamazdı.

AYM kararları, somut olayı aşan bir bağlayıcı etkiye sahiptir; kararın hüküm fıkrası ve kararın dayandığı gerekçelerinden çıkan ilkeler, Anayasanın uygulanması ve yorumunda tüm mahkemeler ve resmi makamlar tarafından dikkate alınmak zorundadır. Buna göre; benzer hukuki durumlar yasama dahil tüm devlet organları tarafından AYM kararlarında belirtilen şekilde çözüme ulaştırılmalıdır. Bu bağlamda bağlayıcılık, tüm anayasal organlar için anayasaya aykırı bulunan işlemi tekrarlama ya da kopyalama yasağını da içerir. Yasakoyucu bakımından mutlak olan bu yasağı, anayasakoyucu da dikkate almak durumundadır. Nitekim anayasal düzeyde yapılan birçok değişiklik, aynı konuda daha önce verilmiş AYM kararlarını teyit eden bir rol oynamıştır<sup>49</sup>.

Ancak AYM kararlarının bağlayıcı etkisini ortadan kaldırmak üzere bu kararlara dayanak oluşturan Anayasa hükümlerinde değişiklikler yapılması halinde, anayasal sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu nitelikteki değişikliklerden bir kısmı, konusu bakımından tali kurucu iktidarın takdirinde olan, bir başka anlatımla Anayasayla değiştirilmezlik güvencesine bağlanan Cumhuriyetin nitelikleriyle ilgisi olmayan düzenlemelerdir<sup>50</sup> ki, uygulamada bunlara ilişkin herhangi bir anayasallık tartışması yaşanmamıştır. Buna karşılık, AYM'nin yorumunu etkisiz ve geçersiz kılmak üzere yapılan bazı Anayasa değişiklikleri aynı zamanda Anayasa ile değiştirilmeleri yasaklanan Cumhuriyetin yapısal temel ilkeleriyle çatışabilir. AYM'nin verdiği iptal kararının gerekçesinin açıkça Anayasanın değiştirilmez hükümlerine dayandığı bu hallerde tali kurucu iktidar, var olan

<sup>49</sup> Bkz. Anayasanın 68/son, 47, 10/2 ve 13. maddelerinde yapılmış olan değişiklikler.

<sup>50</sup> Bkz. Anayasanın 47/4, 133 ve 102. maddelerinde yapılmış olan değişiklikler.

anayasal engellere rağmen Cumhuriyetin nitelikleriyle çatışan anayasa değişiklikleri yapmışsa, bu değişikliklerin anayasa yargısı yoluyla denetlenmesi gerekir.

Sonuç olarak, verdiği kararlarla AYM, Türkiye’de çoğulcu ve özgürlükçü demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından birisi olmaya devam etmektedir. Tüm mahkemeler gibi AYM’nin de aktif<sup>51</sup> ya da temkinli (çekingen)<sup>52</sup> davrandığı kararları olsa da, bu noktada asıl önemli olan kararlarının dayandığı gerekçelerin hukuki inandırıcılık derecesidir. Bu derecenin yüksekliği, kararlarının toplum tarafından kabulünü de kolaylaştıracaktır. Böylece AYM’nin siyasal süreçteki ağırlığı ve toplumsal saygınlığı pekişmiş olacaktır.

---

<sup>51</sup> AYM’nin aktif bir tutum takınarak verdiği kararlarına örnek olarak, KHK rejimi ve yürürlüğün durdurulmasına ilişkin olanlar gösterilebilir.

<sup>52</sup> Anayasanın Geçici 15. maddesi (bu kapsamda toplam 883 yasama işlemi olmasına rağmen AYM denetimden kaçınmıştır; bkz. AYM. E. 1990/32, K. 1990/25, KT. 16.10.1990, AYMKD. 26, s. 439), seçim hukuku (bkz. AYM. E. 1984/1, K. 1984/2, KT. 1.3.1984, AYMKD. 20, s. 184), silahlı kuvvet gönderme kararları (bkz. AYM. E. 1990/31, K. 1990/24, 24.9.1990, AYMKD. 26, s. 406) ve ceza kanunları, AYM’nin çekingen davrandığı alanlar olarak gösterilebilir. AYM, özellikle ceza hukuku alanında yasama organının takdir yetkisini çok geniş tutmakta ve kendisini sınırlamaktadır. AYM kararları arasında bu çekingen yaklaşıma en belirgin örnek, kadının hukuki statüsü bakımından da en olumsuz kararlar arasında gösterilebilecek olan “İffetsiz Kadınlar Kararıdır”. AYM, bu kararında fuhşu meslek edinen kadınlara karşı zorla kaçırma ya da ırza geçme suçunu işleyenlere, aynı eylemi iffetli kadınlara karşı gerçekleştirilecek kişilere verilecek cezadan daha az bir ceza verilmesini, yasa koyucunun takdirinde görmüştür (AYM. E. 1988/4, K. 1989/3, KT. 12.1.1989, AYMKD. 25, s. 13).