

HUKUK DEVLETİNDE YARGI ANAYASA MAHKEMESİ

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Galatasaray Üniversitesi

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ: Anayasa Mahkemesi, hükümet sistemi tercihiyle doğrudan ilgili bir kurum değildir. Hangi hükümet sistemi tercih edilirse edilsin, hukuk devleti olmanın gereklerini sağlamak bakımından Anayasa Mahkemesine ihtiyaç vardır. Anayasa Mahkemesinden vazgeçilemeyeceği açık olmakla birlikte, “hangi Anayasa Mahkemesi” sorusuna cevap aramak gerektiği görülüyor. Bu cevabı, Mahkemenin üye yapılanması, bu yapılanmada yaşanan değişikliklerin kararlara etkisi ve Mahkemenin işleyişine ilişkin temel hususlar üzerinden değerlendirmeye çalışacağım.

2010 Anayasa değişikliği sonrası üç üyenin TBMM tarafından belirlenmeye başlamasıyla, Türk Anayasa Mahkemesinin üye yapısının yeniden karma sistem olduğu kabul edilmeye başlandı. Oysa bu sistemi gerçek anlamda bir karma sistem olarak nitelendirmek doğru değildir. 1961 Anayasasının ilk halinde öngörülen sistemi karma sistem olarak nitelendirmek daha uygun olur. Bu sistemde dört üye Yargıtay Genel Kurulu, üç üye Danıştay Genel Kurulu, bir üye Sayıştay Genel Kurulu, üç üye Millet Meclisi, iki üye Senato ve iki üye de Cumhurbaşkanı tarafından belirleniyordu. Yargıtay Genel Kurulu iki, Danıştay Genel Kurulu, Millet Meclisi ve Senato birer de yedek üye seçiyorlardı. Öncelikle bu yetkilerini nasıl kullandığına bakılabilir.¹

Tablo 1: 1961 Anayasası Dönemi – Yargı Organı²

Yargıtay	Danıştay	Sayıştay
4 asil + 1 yedek üye	3 asil + 1 yedek üye	1 asil üye
Toplam 16 asil 10 yedek seçildi	Toplam 11 asil altı yedek seçildi	Toplam üç kişi belirlenmiş
Bir ila dört ay arasında yeni üye seçimi tamamlanmış. Uzama nedeni adli tatil.	Bir ay içinde yeni üye belirlenmiş	Bir ay içinde yeni üye belirlenmiş
Hepsi hukuk mezunu	Beşi SBF 12’si hukuk mezunu ³	İkisi SBF, biri hukuk mezunu

¹ Tablolardaki veriler Anayasa Mahkemesi internet sitesinde üyelere ve emekli üyelere ilişkin verilerin derlenmesiyle oluşturulmuştur.

² 1961 Anayasası döneminde Sayıştay yargı organı olarak kabul edilmemiş olsa da Yasama-Yürütme-Yargı ayrımında bu kapsamda yer alması daha uygun görülmüştür.

³ Sadece 26.04.1973 ila 14.07.1976 tarihleri arasında 4 üyenin 3’ü SBF mezunu, kalan dönemde 4 üyenin üçü hukuk mezunu olacak şekilde belirlenmiştir.

Bu tabloda görüldüğü gibi, yargı organları üzerlerine düşen görevi makul sürede tamamlamış, Anayasa Mahkemesinin işleyişine engel olmamıştır. Danıştay'dan seçilen beş, Sayıştay'dan seçilen iki üye hukuk fakültesi mezunu değildir.⁴ 1961 Anayasası döneminde sadece bu yedi üye hukuk fakültesi mezunu değildir. Hukuk fakültesi mezunu olmayanların makul bir sayıda olduğu kabul edilebilir.

Yasama organının Anayasa Mahkemesine üye belirlemesi ise aynı ciddiyette gerçekleşmemiştir. Yıllarca Anayasa Mahkemesine üye seçme işleminin yapılmadığı görülüyor (Tablo 2 ve 3). 12 Eylül askeri darbesinin ardından Milli Güvenlik Konseyince boş üyelikler doldurulmuştur. Ancak, arada çok uzun boşluklar olmuştur. Salt çoğunlukla seçim yapılabilmesine rağmen bu kadar uzun süreler üye seçiminin gerçekleştirilememesi, 1982 Anayasası döneminde yasama organının üye seçme yetkisinin kaldırılmasında haklı bir gerekçe teşkil etmiştir.

Tablo 2: 1961 Anayasası Dönemi – Yasama organı – Millet Meclisi (3 asil + 1 yedek üye)

1.üye	2.üye	3.üye	Yedek Üye
22.05.1965- 01.12.1965 (7 ay boş)	27.04.1971- 13.06.1974 (Yaklaşık 3 yıl boş)	13.07.1971'den itibaren yaklaşık 9 yıl boş	13.07.1973- 30.05.1974 (10 ay boş)
14.07.1075'den sonra 5 yıl boş			

Tablo 3: 1961 Anayasası Dönemi – Cumhuriyet Senatosu (2 asil + 1 yedek üye)

1.üye	2.üye	Yedek üye
18.07.1979'dan sonra yaklaşık 14 ay boş	01.01.1964-30.03.1967 arasında yaklaşık 3 yıl boş	21.02.1968-11.01.1979 arasında yaklaşık 11 yıl boş
	05.12.1977-11.01.1979 arasında yaklaşık 1 yıl boş	

2010 Anayasa değişikliğiyle, yeniden üç üyenin TBMM tarafından belirlenmesi kabul edildi. Meclis iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun, bir üyeyi ise Baro başkanlarının belirleyeceği üç aday arasından seçiyor. İlk turda üye tamsayısının üçte ikisi, ikinci oylamada ise üye tamsayısının salt çoğunluğu aranıyor. Salt çoğunluğa dahi erişilememesi durumunda, ikinci turda en yüksek oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılıyor ve burada en fazla oyu alan aday seçilmiş oluyor. Uygulamaya bakıldığında TBMM'de bir uzlaşma arayışı olmadığı görülüyor. İlk Sayıştay üyesinin seçiminde sorunlarla karşılaşılıyor. Üç adayın adı TBMM'ye sunulmakla yetiniliyor. Adaylarla görüşme yapılması bir kenara, özgeçmişleri dahi milletvekilleriyle paylaşılmıyor. İkinci oylama yapıldığında ise ikinci ve üçüncü adayın birer oy aldığı ve kimsenin salt çoğunluğa ulaşamadığı görülüyor. En fazla oy alan iki aday arasında yapılması gereken üçüncü oylama için 2,5.oylama yapılmasına karar verilip, eşitlik

⁴ Sayıştay Genel Kurulu tarafından seçilen Muhittin Gürün ve Mehmet Nuri Çınarlı; Danıştay Genel Kurulu tarafından seçilen İsmail Hakkı Ülkmen, İhsan Ecemiş, Sait Koçak, Ahmet Koçak ve Ali Kemal Berkem Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunudur.

bozulduktan sonra son oylama yapılıyor. Son oylamaya katılan milletvekili sayısı bile salt çoğunluğa ulaşmıyor. Bir hafta sonra yapılan avukat üye seçiminde gereken çoğunluk ikinci oylamada sağlanıyor. Sayıştay kontenjanından ikinci üyenin seçiminde de yapılan oylamaların hiçbirinde katılım salt çoğunluğa ulaşmıyor. Beş yıl önce son turda 6 oy alan aday bu sefer Anayasa Mahkemesi üyesi oluyor. Böyle bir usulün demokratik meşrulukla ilişkilendirilen parlamento tarafından Anayasa Mahkemesine üye seçilmesi olarak tanımlanması doğru olmayacaktır. Bu meclis çoğunluğunun Anayasa Mahkemesine üye atamasıdır. Mahkemenin aşırı siyasileşmesi ile sonuçlanır.

Tablo 3: 2010 Anayasa Değişikliği Sonrası – TBMM – 2 Sayıştay Genel Kurulu + 1 Baro Başkanlarının gösterdiği üç aday arasından)⁵

	1.tur	2.tur	2,5.tur	3.tur
1.üye (Sayıştay) 06.10.2010	297 katılan 259/5/3 30 boş/geçersiz	321 katılan 263/1/1 56 boş/geçersiz	230 katılan 190/31/8 1 boş/geçersiz	265 katılan 256/6 3 boş/geçersiz
2.üye (Avukat) 13.10.2010	353 katılan 242/9/61 41 boş/geçersiz	385 katılan 290/5/29 61 boş/geçersiz		
3.üye (Sayıştay) 13.03.2015	257 katılan 229/6/1 21 boş/geçersiz	260 katılan 248/3/2 7 boş/geçersiz		264 katılan 253/3 8 boş/geçersiz

Cumhurbaşkanı 1961 Anayasası dönemindeki en yetkisiz kişiydi. Sadece iki üyeyi belirlemekteydi. Bunlardan biri, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun gösterdiği üç aday arasından seçiliyordu. 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanlarınca toplam altı üye belirlenmiştir. Bunlardan ikisi (Ahmet Akar ve Necdet Darıcıoğlu) Askeri Yargıtay tarafından aday gösterilen kişiler arasından seçilmiştir. Cemal Gürsel ve Cevdet Sunay diğer üye için Danıştay kökenli yargıçları (İbrahim Senil ve Avni Givda) tercih ederken, Fahri Korutürk tercihini Askeri Yargıtay kökenli yargıçlardan (Hasan Gürsel ve Nahit Saçlıoğlu) yana kullanmıştır.

1982 Anayasası, sadece uzun süreler üye seçme görevini yerine getirmeyen yasama organının bu yetkisini kaldırmakla yetinmemiş, bu görevi gereği gibi yerine getiren yargı organlarının üye seçme görevi üzerinde kısıtlamaya gitmiştir. Artık yargı organlarının ve diğer kurumların belirleyeceği üç aday arasından son kararı Cumhurbaşkanı vermektedir. Bu atamalar arasında en dikkat çekici olan üç asil ve bir yedek üyenin doğrudan Cumhurbaşkanınca atanmasıdır.

Üç asil üyeden birinin avukat, diğer ikisinin üst kademe yöneticiler arasından atanmasının tercih edildiği tespit edilebilir. 1982 Anayasası döneminde yapılan asil üye atamalarında biri (Lütfü F. Tuncel-SBF) hariç tamamının hukuk fakültesi mezunu olduğu

⁵ Uygulama hakkında detaylı bilgi için, tabloda seçim günü olarak belirtilen gündeki TBMM Tutanakları incelenebilir. Bu tablo Tutanaklarda yer alan verilerle hazırlanmıştır.

görülyor. Yedek üye kontenjanı ise, son yedek üye olan Alparslan Altan hariç SBF mezunu valiler arasından doldurulmuştur. Açık bir kural olmadığı halde, Cumhurbaşkanlarının bu yapıyı korumaya çalıştığı anlaşılıyor. Kuralı bozan son yedek üye ataması ise, bilindiği gibi birçok tartışmaya neden olmuştu. Eski Başkan Haşım Kılıç'ın ifadelerine göre, o dönem raportör olan bu kişinin çocuğunun sağlık sorunları nedeniyle daha iyi sosyal güvenlik koşullarına ulaşması ve başarılı raportörlerin ödüllendirilmesi anlayışıyla, dönemin Ulaştırma Bakanı Binali Yıldırım, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ve Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşım Kılıç'ın ortak iradeleriyle bu sürecin gerçekleştiği görülyor.⁶ Ulaştırma Bakanlığına müsteşar olarak atanan Altan aynı ay sonunda üst kademe yönetici kontenjanından Anayasa Mahkemesine üye atanmıştı. Birazdan değinileceği üzere, bu üyenin gelişi gibi gidişi de hukuka uygun olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin Cumhurbaşkanlarınca belirlenmesine yönelik incelemelerde toplam sayıya bakmanın hatalı bir yaklaşım olduğu kanısındayım. Özal altı asil iki yedek, Demirel yedi asil üç yedek, Sezer on asil beş yedek üye atadı ifadesi doğru olmakla birlikte sandalye dağılımındaki gerçeği tam olarak yansıtmamaktadır. 11 asil üyede çoğunluğa ne zaman ulaşıldığı daha önemli bir veridir. Dolayısıyla aşağıdaki tabloda doğrudan Mahkeme'de sonuca etkili atama sayısı dikkate alınmıştır.

Tablo 4: Cumhurbaşkanlarınca belirlenen üyeler (2010 Anayasa Değişikliği Öncesi)

Cumhurbaşkanı	Atama yapılan koltuk sayısı	Bu üyelerin kaynağı	Çoğunluğu elinde bulundurduğu süre
Turgut ÖZAL	5 asil	2 Danıştay / 1 Ask. Yarg/ 1 Sayıştay/ 1 Yargıtay	Çoğunluğa ulaşamadı
	1 yedek	1 Yargıtay	
Süleyman DEMİREL	6 asil	1 Yargıtay/ 1 Danıştay/ 1 AYİM/ 3 doğrudan	22.12.1999-09.08.2001 –
	3 yedek	1 Yargıtay/ 1 Danıştay/ doğrudan	
Ahmet Necdet SEZER	8 asil	Sadece YÖK/Sayıştay ve bir doğrudan kontenjanını kullanamadı	19.07.2005-2010 Anayasa değişikliği
	4 yedek		
Abdullah GÜL	2 asil	1 Askeri yargı/YÖK	6.asil üye 09.02.2014'te atanacaktı
	3 yedek	2 Yargıtay / 1 doğrudan	

⁶ Alparslan Altan'ın yargılandığı davada tanık ifadelerine ilişkin 27.09.2018 tarihli haberler için bkz. Cumhuriyet, odatv.com ve memurlar.net internet siteleri.

Tablo bu şekilde oluşturulduğunda, Özal'ın beş asil üye atayabildiği, Anayasa Mahkemesinde çoğunluğa ulaşamadığı görülüyor. Demirel görev süresinin sonlarına doğru altı asil üye atamış, üstelik bunlardan üçünü doğrudan kendisi belirlemiştir. 1999-2001 yılları arasında görev yapan bu Mahkeme'ye, Cumhurbaşkanı sıfatıyla Demirel tarafından yapılmış hiçbir başvuru bulunmamaktadır. Bu açıdan Mahkeme'nin sadakatini doğrudan ölçme imkânı bulunmuyor. Ahmet Necdet Sezer'in diğerlerine göre daha çok atama yapmasının bir nedeni, hiç kuşkusuz Kenan Evren tarafından atanan birçok üyenin görev süresinin anca sona ermesidir. Yıl sınırı olmaksızın 65 yaşına kadar görev yapmak üzere atama yapıldığında mümkün olduğunca genç üye tercihi Mahkeme'deki değişimi yavaşlatmıştır. Sezer'in altıncı üye ataması, 2005 yılı temmuz ayında gerçekleşiyor. 2010 Anayasa değişikliğiyle Mahkemenin yapısı değiştirilinceye kadar da bu çoğunluk korunuyor. Burada, Cumhurbaşkanlarının atama yetkisi çok önemli olmakla birlikte, aday gösteren kurumların tercihlerini de göz ardı etmemek gerekir. Aday gösterilen üç kişinin de Cumhurbaşkanının tercihleriyle uyuşmama ihtimali mevcuttur. Cumhurbaşkanları bu tür durumlarda kendi açılarından en az sakıncalı gördüklerini atama yolunu tercih etmektedir. Dolayısıyla, atama Cumhurbaşkanlarınca yapılırsa da bu atamalar neticesinde Mahkeme için doğrudan "Demirel Mahkemesi", "Sezer Mahkemesi" biçiminde nitelendirilmesi çok da uygun değildir.

Cumhurbaşkanı Sezer, Mahkeme'nin çoğunluk üyelerini atadığı dönemde on bir iptal davası açmıştır. Bunların yedisinde oybirliğiyle karar alındığı görülmektedir. Sezer tarafından atanmamış üyelerin de aynı yönde oy kullandığı görülüyor. Üç başvuru oyçokluğu ile Sezer'in talebi doğrultusunda karara bağlanıyor. Bunlardan biri (K.2006/57), kurucu rektör atamasında Millî Eğitim Bakanlığı ile Başbakan'ı yetkilendirip YÖK'ü devreden çıkaran hükme ilişkin başvurudur. Özal tarafından atanmış olan Haşim Kılıç ve Sacit Adalı karşı oy kullanmışlardır. Ancak bu üyeler, benzer nitelikteki bir diğer başvuruda (K.2007/18) bu görüşlerini değiştirmişlerdir. Sadece bir başvurusu oy çokluğu ile reddediliyor (K.2007/68). O başvuru, 2007 Anayasa değişikliğinin Anayasaya uygunluğuna ilişkindir. Hatırlanacağı gibi, bu başvurudan sonra Anayasa değiştirme usulüne yönelik olarak Anayasa Hukuku kitaplarının değişmesi gerekmişti. Sonuç olarak, bu tabloda, Cumhurbaşkanının belirlediği üyeler ile açtığı iptal davalarının sonuçları arasında belirli bir bağlantı tespit edilemiyor. Anayasa Mahkemesi üyeliğinden gelen Sezer'in içtihadı hakimiyetinin de bunda etkili olduğu düşünülebilir.

Tablo 5: Ahmet Necdet Sezer tarafından atanan çoğunluk döneminde Sezer tarafından açılan iptal davalarının sonuçları

Karar künyesi	Karar Sonucu	Oylama sonucu
E.2005/85, K.2009/15	YD + İPTAL + ERTELEME	Oybirliği
E.2005/139, K.2007/33	RET+İPTAL+ERTELEME	Oybirliği + Oyçokluğu
E.2005/143, K.2005/99	İPTAL + ERTELEME	Oybirliği
E.2006/51, K.2006/57	İPTAL + YD	OÇ- 2/9 Kurucu rektör atama
E.2006/111, K.2006/112	İPTAL + RET (OB)	OÇ- 3/8 SGK
E.2006/121, K.2009/90	İPTAL + RET	OÇ 5/6 TMK
E.2006/140, K.2008/185	İPTAL	Oybirliği
E.2007/5, K.2007/18	İPTAL + YD	Oybirliği

E.2007/18, K.2007/23	YD + KVYO	Oybirliği
E.2007/57, K.2009/91	KVYO	Oybirliği
E.2007/72, K.2007/68	RET	OÇ 5/6 – Anayasa değişikliği

Cumhurbaşkanı Abdullah Gül, 2010 Anayasa değişikliğine kadar iki asil üç yedek üye atayabilmişti. 6. asil üyeyi atayabileceği zamansa Şubat 2014'tü, ama 2010 Anayasa değişikliği yapılarak bu süreç hızlandırılmış oldu. 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin yapısının değiştirilmesinin nasıl bir etkisi oldu? Bu etkinin, önceki iptal sayısı, sonraki iptal sayısı gibi verilerle ölçülmeye çalışılması yanıltıcı sonuçlar çıkarabilir. Bu etkinin somut sonuçlarını değerlendirmek için, Anayasa değişikliği yapıldığı tarihteki asil üye çoğunluğunun değişlikten sonra kullandıkları karşı oyları incelemek daha uygun geldi. Süresi dolan üyeler nedeniyle bu inceleme ancak kısa bir dönemde anlam ifade ediyor. Yine de değişimin ne yönde olduğunu belirlemek mümkün. 2010 Anayasa değişikliği öncesi çoğunluğu oluşturan üyelerin, değişiklik sonrası azınlıkta kaldıkları ilk karar evli kadının soyadına yönelik Anayasa Mahkemesi kararıdır.⁷ Anayasa Mahkemesi üye yapısı değişmemiş olsaydı, bu hükmün anayasaya aykırı olduğu tespit edilmiş ve iptal edilmiş olacaktı. Bu kararın olumsuz etkileri daha sonra bireysel başvuru yoluyla giderilmeye çalışılmış olsa da 2010 Anayasa değişikliği sonrası hak temelli inceleme yapan bir Anayasa Mahkemesi olduğu iddialarının her konuda geçerli olmadığı açıkça görölmektedir.

Aynı durumdaki bir sonraki karar ise normatif düzene yönelikti. 2011 yılında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunu hakkındaki bu karar Anayasa Mahkemesinin önceki içtihadından döndüğü karar olarak da bilinmektedir. Eğer 2010 Anayasa değişikliği olmasaydı, bu kararın da iptal yönünde olacağı, Mahkeme'nin içtihadını değiştirmeyeceği tespit edilebiliyor.⁸ Bu Yetki Kanunu'nun iptal edilmiş olması halinde, sonraki kanun hükmünde kararnamelerin de anayasaya aykırı hale geleceği dikkate alınır, kararın etkisinin ne kadar yüksek olduğu rahatlıkla anlaşılır. Bir süre sonra, sürelerinin dolması nedeniyle eski dönemden kalan üyelerin oyları belirleyici olmaktan çıkıyor. Ancak, beş üyenin istikrarlı şekilde karşı oy kullandığı kararlara bakıldığında, bunların daha çok hukuk düzenini, normatif yapıyı korumaya yönelik olduğu görölmüyor. Yasama yetkisinin devredilmezliği içtihadındaki değişim, kanun hükmünde kararnamelerde yetki kanunu kapsamı ve temel hak ve özgürlüklere yönelik düzenleme yasağı, belediyelerin köye dönüştürölmesine yönelik kararlar bunlar arasında sayılabilir. Yasama yetkisinin devredilmezliği, temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi gibi hususlar, günlük yaşamı ve hakları uzun vadede ve dolaylı olarak etkileyen kararlardır. Tam da bu nedenle kamuoyu ve hatta genel

⁷ E.2009/85, K.2011/49, Kt.10.03.2011, Medeni Kanun m.187, (ret kararı). 2010 değişikliği öncesi asil üyelerden Osman Alifeyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Ayla Perktas, Engin Yıldırım, yedek üyelerden Recep Kömürcü ve Fettah Oto karşı oy kullanmıştır.

⁸ E.2011/60, K.2011/147, Kt.27.10.2011. Önceki asil üyelerden Serruh Kaleli, Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten, Serdar Özgüldür, Recep Kömürcü, Fettah Oto karşı oy kullanmıştı. Eski üyelerden Haşim Kılıç, Engin Yıldırım, Nuri Necipoğlu, Alparslan Altan ve Burhan Üstün ise ret yönünde oy kullanmıştı. Eski üyelerden birinin görevi sona ermiş, ikisi ise bu kararın verildiği toplantıya katılmamıştır.

olarak hukukçular bu kararlarla pek ilgilenmiyor. Genel kanı, Anayasa Mahkemesinin yürütmenin önündeki engelleri kaldırdığı yönündedir.

2017 Anayasa değişikliği Mahkemenin üye yapısında küçük bir değişiklik yaparak üye sayısını 15'e düşürdü. Askeri yargının kaldırılmasına paralel bu değişiklik sonucunda on iki üyenin Cumhurbaşkanınca, üç üyenin ise TBMM tarafından belirlendiği bir sistem ortaya çıktı. Ancak 2017 Anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi görevlerine ilişkin getirdiği değişiklik bu oluşumun sorgulanmasını gerektiriyor. Artık hukuk sisteminde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı bir işlem türü olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri var ve bu işlemin denetim yeri Anayasa Mahkemesi. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanının belirlenmesinde yasama organının takdir yetkisi olması ve çeşitli çatışma hükümlerinin belirlenmesi nedeniyle bu konularda nihai kararı verecek olan Anayasa Mahkemesinin yasama yürütme arasında bir denge gözetmesi gerektiği düşünülebilir. Olası bir uyuşmazlığın üyelerinin on ikisi Cumhurbaşkanı, üçü TBMM tarafından belirlenmiş üyelerce çözülmesi uygun olmayacaktır.

Cumhurbaşkanı bu 12 üyenin dördünü doğrudan atamakta, üçünü de YÖK'ün belirlediği adaylar arasından belirlemektedir. YÖK ise Cumhurbaşkanınca atanan ve Cumhurbaşkanınca seçilen üyelerden oluşmaktadır. 21 YÖK üyesinin 14'ü Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekte, 7'si Üniversitelerarası Kurul tarafından seçilip Cumhurbaşkanınca atanmaktadır. Dolayısıyla YÖK'ün önereceği adayların Cumhurbaşkanının iradesiyle uyuşacağı konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Hakimler Savcılar Kurulu üzerindeki etkiyi sonraki konuşmacılara bırakırsak, Danıştay üyelerinin ¼'ünün de Cumhurbaşkanı tarafından belirlendiğini hatırlamak gerekir. Her durumda üyelerini kendi belirlediği kurumun göstereceği adaylar arasından üye seçme yönteminden vazgeçilmesi beklenir. YÖK'ün belirlediği adaylar arasından bir seçim yapılacaksa bu seçim TBMM tarafından yapılabilir. Cumhurbaşkanı tarafsız olsa, yeniden parlamenter sisteme dönülse dahi, Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine üye belirlemede bu derece yetkili olmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin güncel yapısına bakıldığında hiç kadın üye olmaması ilk dikkat çeken husus. Bugüne kadar Mahkeme'de görev yapan beş kadın üyenin biri Özal, üçü Demirel, biri de Sezer döneminde belirlenmişti. Gül ve Erdoğan döneminde hiç kadın üye belirlenmemiş olması eşitlik ilkesinin ve hakların koruyucusu konumundaki Anayasa Mahkemesi adına ciddi bir eksiklik. Üye yapısında üzerinde durulması gereken bir diğer konu sadece sekiz üyenin hukuk fakültesi mezunu olmasıdır.⁹ Mevcut 16 üyenin sadece yarısı lisans düzeyinde hukuk eğitimi almıştır. İki üye ise (Zühtü Arslan ve Yusuf Şevki Hakyemez) lisans düzeyinde olmasa da lisansüstü düzeyde hukuk alanında çalışmalar yapmıştır. Altı üyenin ise hiç hukuk eğitimi bulunmamaktadır.¹⁰ Bu dağılım hem Avrupa geneline hem de Anayasa Mahkemesinin kendi tarihine bakıldığında çok yüksek bir orandır. Tam da bu

⁹ Bu sekiz üyenin üçü üst düzey yönetici kontenjanından, üçü Yargıtay Genel Kurulunun gösterdiği adaylar arasından, biri Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve biri de avukat kontenjanından belirlenmiştir.

¹⁰ Bu altı üyenin ikisi Danıştay, ikisi Sayıştay, biri YÖK Genel Kurulu tarafından adaylar gösterilenler arasından, biri üst kademe yönetici kontenjanından doğrudan belirlenmiştir.

nedenle, Anayasa Mahkemesinin hukuk düzenini/normatif yapıyı korumaya yönelik kararlar bakımından oldukça zayıf olduğunu görüyoruz. Yani 200-300 yıldır kamu hukuku alanında Kıta Avrupası'nda, Türkiye'de elde edilmiş olan birikim, yorum yöntemleri Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmıyor. Anayasa Mahkemesi sadece lafzi yoruma indirgemiş durumda yorum yöntemlerini. Anayasa'da yazıyor mu, yazmıyor mu? Temel soru bu. Anayasayı yorumlamak lafzi yorumdan ibaret olsaydı bizlerin işsiz olması gerekirdi. Mahkemenin kararlarında kamu hukuku birikiminin zayıflığı üye yapısındaki bu durumun sonucu olabilir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının hukuk lisans eğitimi alması gerektiği düşünülebilir. Farklı kaynakların Mahkeme'yi zenginleştireceği de düşünülebilir ki ben de bu görüşteyim. Ancak, tercih bu yönde kullanıldığında, daha nitelikli bir sayının hukuk eğitimi sahibi olmasının sağlanmasına ihtiyaç olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarını 2/3 çoğunlukla alabildiği dikkate alınırsa hukuk eğitime sahip üye sayısının en az bu orana eşit olması gerekir. Hiç şüphesiz hukuk lisans mezunu olmak da bugün yeterli bir koşul değildir. Örneğin avukatlar arasından seçilecek üyenin haklar üzerine çalışmış biri olması tercih edilebilir. Bu kadın hakları, işçi hakları, işveren hakları, avukat hakları gibi birçok alanı içerebilir. Bu alanda tanınmış, mücadelesiyle bilinen isimlerin Anayasa Mahkemesine aday gösterilmesi beklenir. Sadece icra işi yürütüp, siyasi parti üyeliği ya da yakınlığı ile bu konuma gelmesi Anayasa Mahkemesinde avukatlara ayrılan kontenjanın amacına hizmet etmemektedir. Benzer şekilde, lisans düzeyinde hukuk eğitime sahip olmayan üyelerin seçiminde bu kişilerin nitelikleri çok önemlidir. Anayasa Mahkemesinin karar alma sürecindeki tartışmaları zenginleştirecek, niteliği arttıracak üyeler bu alanda yaptığı çalışmalar ile tanınmış kişiler arasından bir seçim yapıldığı takdirde anlamlı olur. Bugün bu nitelikte üyeler de vardır Anayasa Mahkemesinde ancak toplam sayıları çok fazladır.

Bugün hukuk eğitimi alan üyelerin bölümlere dağılımına baktığımız zaman 4'e 4 olduğunu görüyoruz. 4 hukukçu Birinci Bölümde, 4 hukukçu İkinci Bölümde görev yapıyor. Bölümlerin belirlenmesinde Başkan'ın yetkisi var. Gelecekte bir Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın, bir Bölümü ağırlıklı olarak hukuk eğitime sahip olmayanlardan ve hatta Cumhurbaşkanı'nın doğrudan atadığı üst kademe yöneticilerden oluşacak şekilde düzenlemesi, o Bölüme düşen görevleri özel olarak belirlemesi ve bir Bölüm üzerinden temel hak ve özgürlük rejimine hâkim olması ihtimali vardır. Bunun önüne geçilmesi için, hem hukuk eğitimi alanların bölümlere eşit dağılımını sağlayacak bir yasal değişiklik yapılması hem de üyelerin Bölümlere dağılımında asgari koşulların belirlenmesi (farklı kaynaklardan üye olunması gibi) gerekir.

Güncel yapıda beş üyenin mevcut Cumhurbaşkanı tarafından, yedi üyenin önceki Cumhurbaşkanı tarafından, bir üyenin ise iki önceki Cumhurbaşkanı tarafından ve üç üyenin ise TBMM çoğunluğu tarafından belirlendiği görülüyor. Üç üyenin hangi siyasi çoğunluk tarafından belirlendiği başlangıçta açıklanmıştı. Bu üç üyeyi belirleyen Adalet ve Kalkınma Partisi çoğunluğu ile partinin Genel Başkanı olan şimdiki Cumhurbaşkanı arasında doğrudan bir ilişki var. Sekiz üyenin Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından belirlendiği açıktır. Aslında önceki Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ile de aralarında bir ilişki var ama günümüzde yaşanan

bazı sorunlar nedeniyle Anayasa Mahkemesinin bölündüğü yönünde yayınlar yapılabiliyor. Her karşı oyda kimlerin atadığı kişilerin ne dediğini ayrıca tespit etmek gerekiyor. Mevcut Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan iki atama sonra 10 Ocak 2021 tarihi itibarıyla tam olarak tek başına çoğunluk üyeyi belirlemiş olacak Anayasa Mahkemesinde. Bu Mahkemenin, teorik olarak da olsa, Yüce Divan sıfatıyla Cumhurbaşkanı'yı yargılayacak ve Genel Başkanı olduğu partinin kapatılma davasına bakacak Mahkeme olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde yeni bir sisteme geçilirse, şu öneriler dikkate alınabilir: Öncelikle Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca belirlemenin doğrudan yapılması gerekir. Bunlar üzerinde başka bir organa yetki verilmemelidir. Cumhurbaşkanı tarafsız da olsa, istihbarat olanakları da olsa bu yetkiyi kullanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi üyesi olmaya "layık" görülmeyen kişinin Yargıtay ya da Danıştay üyesi olarak görevine devam etmesi de sorundur. Dolayısıyla yargı organlarının tercihi üzerinde ikinci bir irade kullanılmasından vazgeçilmelidir. TBMM'nin seçeceği üyeler nitelikli çoğunlukla seçilmeli, uzlaşma arayışı bırakılmamalıdır. Uzlaşamaması halinde TBMM üyelerine çeşitli yaptırımlar getirilerek uzlaşmanın sağlanması kolaylaştırılabilir. Cumhurbaşkanı'nın doğrudan üye belirlenmesine son verilmelidir. Yargı organlarınca belirlenen üyelerin toplam üye sayısının en az salt çoğunluğunu sağlaması ve hukuk eğitimine sahip olan üye sayısının en az üçte iki oranında belirlenmesi düşünülmelidir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi kadar, bu üyelerin görevlerinin sonlandırılması başka bir ifadeyle üyelerin güvenceleri de son derece önemlidir. Anayasa Mahkemesi kararları her zaman eleştirilir ama son olağanüstü hâl döneminde Anayasa Mahkemesi varlığı ile yokluğu fark etmeyen bir kurum görüntüsü verdi. Bu dönemde verdiği ilk karar da kendi iki üyesinin ihracına yönelikti.¹¹ Anayasa Mahkemesi Kanunu ve İçtüzüğü, üyelerin çekilmeye davet edilmelerine ve davete uymadıkları takdirde istifa etmiş sayılmalarına ilişkin usulü ayrıntılarıyla düzenlemiştir. Mahkemenin hızlı bir şekilde bu usulü işletmesi mümkün olduğu halde, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye dayanarak ihraç kararı vermesi en hafif deyimle talihsizliktir. Temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olma işlevine sahip bir Mahkemenin, üyelerini anayasal ve yasal güvencelere uyarak ihraç etmesi beklenirdi. Eğer süreç usulüne uygun işletilmiş olsaydı, bu diğer Mahkeme üyeleri için de bir güvence teşkil ederdi. Oysa, somut durumda olağanüstü hâl süresince her üyenin her an Mahkemenin salt çoğunluğuyla ihraç edilmesi olasılığı ortaya çıkmıştır. İhraç edilen iki üye oybirliğiyle ihraç edilmişti. Olağan usulde üçte iki çoğunluk aranmaktadır. Kanun hükmünde kararname ise salt çoğunluğu yeterli görmekteydi. Aynı şekilde, bu üyeler hakkında yürütülen ceza soruşturmasında da Anayasa Mahkemesinin yasal yetkilerini kullanmaktan kaçındığını görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Alparslan Altan kararında tespit edildiği gibi, olağan usuller işletilmeden bu kişilerin tutuklanmaları yargıç güvenceleri bakımından son derece isabetsiz bir tercihtir.¹² Burada da Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun koruma

¹¹ AYM, E.2016/6(*Değişik işler*), K.2016/12, Kt.04.08.2016.

¹² AİHM, Alparslan Altan/Türkiye, Başvuru n° : 12778/17, Kt.16.04.2019. 15 Temmuz gecesi herhangi bir eyleme katılmayan lojmanda oturan üyelerin eyleminin suçüstü hali olarak nitelendirilmesi AİHM tarafından öngörülebilir bulunmamıştır. Aynı nitelemenin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması beklenirdi.

tedbirleri konusunda karar vermesi hukuka uygun olacaktı. Konuşmanın başında belirtildiği gibi, ihraç edilen üyelere birinin Mahkemeye atanması da oldukça tartışmalı bir süreçte gerçekleşmişti.¹³ Ancak, bu durum görevden uzaklaştırılma sürecinin hukuka uygun olmamasını haklı kılmamaktadır.

Olağanüstü hâl, her yerde hakların daha fazla sınırlandığı ya da ihlal edildiği bir dönemdir. Bu nedenle etkin yargı denetimine en çok ihtiyaç duyulan dönemdir. Anayasa Mahkemesi ise yerleşmiş içtihadından dönerek, bu dönemde çıkan kanun hükmünde kararnameleri denetleme yetkisi olmadığına karar vermiştir. Aslında, Anayasa Mahkemesi, önceden de olağanüstü hâl kararnamelerini denetlemiyordu. Sadece önüne gelen metnin, Anayasadaki yetki kuralları çerçevesinde olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi olarak nitelenip nitelendirilemeyeceğini inceliyordu. 2016'da bu sınırlı incelemesinden de vazgeçmiş oldu ve yürütmeye sınırsız bir düzenleme olanağı tanındı. Hiç şüphesiz bu sonucun ortaya çıkmasının asıl sorumlusu 1982 Anayasasını yapan asli kurucu iktidar ve değiştirmeyen tali kurucu iktidarlardır. Ancak, hak temelli denetim yaptığı iddiasında olan bir Mahkemenin, farklı yorum yöntemi tercihi kullanması mümkündür. Anayasa Mahkemesi ise son dönem yaklaşımına uygun olarak kendini geri çeken bir mahkeme olmayı tercih etti.

Kararnameler sorunu, neticede bir yorum sorunudur. Bu açıdan, asıl sorumlunun Mahkeme olmadığı kabul edilebilir. Ancak, kanuna dönüşen kanun hükmünde kararnamelerin denetimi sorunu tamamen Anayasa Mahkemesinin işleyişine yönelik bir tercihi yansıtmaktadır. Olağanüstü hâl döneminde çıkarılan 32 kanun hükmünde kararnamenin beşi 2016'da kanuna dönüşmüştü. Diğerleri ise 2018 yılında kanuna dönüştü. 2016 yılının sonlarına doğru kabul edilen bu kanunlara karşı açılan iptal davalarından bazıları ancak 2019 yılının temmuz ayında karara bağlandı ve bu kararlar bugün itibarıyla hâlâ yayımlanmadı. 2016-2017 döneminde Anayasa Mahkemesine yapılan iptal davası ve itiraz başvurularından sadece bu başvuruların kaldığı görülüyor. Bazıları 2,5 yıl sonra görüşülüyor ve kararın yazılması üç ayı geçiyor, bazıları ise hiç görüşülüyor. Bu bilinçli bir tercihtir. Bugün Anayasa Mahkemesinin hak ve özgürlükleri koruyacağına güvenmek oldukça güçtür.

Olağanüstü hâl döneminde bireysel başvurularda hak ihlallerine bakıldığında, öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi gereği nedeniyle bu alanda daha geç bir dönemde bazı başvurularla karşılaşıldığını ve bireysel başvuruda Mahkemenin karar verme süresinin olağan halde bile oldukça uzun olduğunu dikkate almak gerekir. Bununla birlikte, olağanüstü halde hak ihlallerine yönelik artışın göz ardı edilmeyerek, normatif denetim eksikliğinin telafi edilmesi mümkündür. Ancak, olağanüstü hâl sona erdikten sonra bile Anayasa Mahkemesi kararlarının çok sınırlı olduğu görülüyor. 2019'da verilen infaz kurumlarında eşlerin görüşmesinin engellenmesine yönelik ihlal kararları örneğinde olduğu gibi verilen kararların bir kısmı etkili olmaktan uzak.¹⁴ Bir daha olağanüstü hâl ilan edildiği takdirde, o dönemin infaz memurlarının eşlerin görüşmesine engel olmayacaklarını ileri sürmek de oldukça güç. Engel oldukları takdirde Anayasa Mahkemesi üç-beş yıl içinde ihlal

¹³ Milliyet Gazetesi internet sitesi: 31.03.2010 tarihli Gökçer Tahincioğlu haberi

¹⁴ Örnek olarak: Hüseyin İkinci başvurusu, Başvuru n° : 2016/38867, Kt.03.07.2019.

kararı verip tazminat ödeyerek temel hak ve özgürlükleri koruduğunu varsayabilir. Yürütme bu kişileri koruduğu ölçüde Anayasa Mahkemesi kararları daha da etkisizleşecektir.

Hiç şüphesiz Anayasa Mahkemesinin ara ara verdiği hak temelli kararlar da var. Gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvurularda karşımıza çıkan bu kararlar Mahkeme'den tam olarak umut kesilmemesine yol açıyor. Hatta, Mahkeme'nin tam da bu nedenle bu tür kararlar verdiği ileri sürülüyor. En son Sırrı Süreyya Önder başvurusunda verilen ihlal kararı da bu tür kararlara bir örnektir. Bu kararın oybirliği ile verilmiş olmasının hükümetin politika değiştirmesi olarak yorumlandığını görüyoruz. Aslında Anayasa Mahkemesi karar vermedi, hükümet bir yerlere mesaj verdi iması yapılıyor. Bu doğru ya da yanlış olabilir. Ama kamuoyunda bu yönde bir izlenim varsa Anayasa Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olma niteliği tartışmaya açılmış demektir.

Bireysel başvurular, her şeye rağmen Anayasa Mahkemesinin en etkili olduğu alandır. Ama burada da hangi hakkınızın hangi kapsamda ihlal edildiğini ileri sürdüğünüz çok önemlidir. Hükümet ile doğrudan ilgisi olmayan mülkiyet hakkı ihlalleri, yargı sürecine yönelik adil yargılanma hakkı ihlalleri, din ve vicdan özgürlüğü ihlalleri bakımından korunma görme ihtimali daha yüksektir. Öte yandan “cumhurbaşkanına hakaret” suçu bağlamında ifade özgürlüğünüzün ihlal edildiğini ileri sürerseniz aynı korunmayı göremeyebilirsiniz. Binlerce mahkûmiyet kararı olduğu bilinen bu alanda, bir başvurunun bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Eon/Fransa kararına benzer bir içerik taşıyıp taşımadığını öğrenemiyoruz. İfade özgürlüğü bakımından bu kadar önemli bir konuda Anayasa Mahkemesi içtihadı olmaması Mahkemenin görünümüyle ilgili olumlu olmayan bir işaret veriyor.¹⁵

Yine tutukluların ya da hükümlülerin tahliye edilmesiyle sonuçlanan kararların yürütmeden çok tepki aldığını görüyoruz. Sırrı Süreyya Önder kararı bu yönde bir tepki almadığı için farklı olduğu düşünülüyor. Şahin Alpay kararı ve Mehmet Altan kararlarının uygulanmadığını, uygulamak için Anayasa Mahkemesinin iki ay sonra yine karar verdiğini gördük. Anayasa Mahkemesinin oybirliği ile verdiği bu kararı Genel Kurul olarak vermesi de dikkate değer bir durum. Oysa bireysel başvuruda Genel Kurul olarak bakması için özel bir sebep yok. Popüler ve riskli konularda Anayasa Mahkemesi Genel Kurul olarak bireysel başvuruları karara bağlamayı tercih ediyor. Neden? Sorumluluğu hep birlikte üstlenmek için olduğu düşünülebilir.

İçerik olarak da hak koruyucu nitelikte olduğunu söyleyebileceğimiz, birçok kararın karar tarihinde sonuç doğurucu nitelikte olmadığını görüyoruz. Olağanüstü hâl döneminde Anayasa Mahkemesi karara bağladığı dosya sayısının istatistiksel olarak yüksek olduğunu belirtmiştir.¹⁶ Bunların çok önemli bir kısmının Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun kurulmasıyla verilen kabul edilemezlik kararları olduğu bilinmektedir.

¹⁵ Bu konuda Anayasa Mahkemesine yapılmış bir bireysel başvuru bulunmuyorsa, bu da Cumhurbaşkanı karşısında bireylerin haklarının korunacağına inanmadıkları anlamına geleceği için, Anayasa Mahkemesinin görünümüne ilişkin tespiti değiştirmeyecektir.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi Başkanının 56. Kuruluş Yıldönümü konuşması ve 2017-2018 yılı istatistiklerine bakılabilir. Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2018, s.66 ve 363.

Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi içtihadına tabii çok değinmek isterim. 15 ay oldu yeni norm tipi yürürlüğe gireli, tek bir karar yok. Yakında verecektir elbette, ama yine yürütme karşısında etkili bir denetimden kaçınan Anayasa Mahkemesi görünümü var. Bu kadar süre anayasaya aykırı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürürlükte kalması Anayasanın öngördüğü normatif düzenin belirliliği bakımından sorunludur.

Anayasa Mahkemesi üç gün önce Resmî Gazetede yayımlanan kararında “*Devletin bu olaya göstereceği yargısal tepkinin benzer olayların yaşanmaması bakımından önem taşıdığına özellikle vurgulanması gerekmektedir.*” ifadesine yer vermiştir.¹⁷ Anayasa Mahkemesinin yargısal tepkisinin de benzer aykırılık ve ihlallerin yaşanmaması bakımından önem taşıdığı özellikle vurgulanabilir. Teşekkür ederim.

¹⁷ AYM, BB Selman Timur vd., Kt.12.09.2019, RG.09.10.2019, §78