

*** YARGI BAĞIMSIZLIĞININ SAĞLANMASINDA HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULU İLE ANAYASA MAHKEMESİNE ÜYE SEÇİMİ ÜZERİNE**

(ON THE ELECTION OF MEMBERS TO THE COUNCIL OF JUDGES AND PROSECUTORS AND THE CONSTITUTIONAL COURT IN ENSURING INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY)

Doç. Dr. Fahri Bakırcı * **

ÖZ

Yargı bağımsızlığı ve anayasanın üstünlüğü ilkesi hukuk devletinin önkoşullarıdır. Bu koşullar yoksa devlet bir tür polis devletidir. Polis devleti bir hukuk devleti olmak yerine bir kanun devleti; anayasal devlet olmak yerine bir anayasalı devlettir. Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için mahkemelerin ve dolayısıyla mahkemelerde görev yapan hâkimlerin bağımsız olması, yani kurumsal ve kişisel bağımsızlığın sağlanmış olması zorunludur. Hâkim bağımsızlığını sağlamanın koşulu hâkim teminatıdır. Hâkim teminatını güvenceye alacak kurum, bağımsız ve tarafsız bir kurum olmak zorundadır. Bu kurumun siyasal iktidara bağımlı olması halinde, hâkimler üzerinde bir baskı oluşturması kaçınılmazdır. Baskı altındaki hâkimlerin bağımsız mahkemelerin üyesi olması mümkün değildir. Bağımsız olmayan mahkemelerin olduğu yerde hukuk devletinden söz etmek mümkün değildir. Öte yandan anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmek için bağımsız bir Anayasa Mahkemesinin varlığı gerekir. Anayasa Mahkemesi üyeleri siyasal iktidarın etkisiyle seçilirse bu durum Anayasa Mahkemesinin kuvvetler ayrılığı içinde bir karşı dengeleme gücü haline gelmesini önleyecektir. Makalede, hukuk devleti üzerinde bu kadar önemli etkisi bulunan Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile Anayasa Mahkemesinin oluşumu üzerinde durulmakta ve bu kurumlar tarihsel bir bakış açısıyla incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Yargı Bağımsızlığı, Hukuk Devleti, Hâkim Teminatı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Anayasa Mahkemesi*

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.09.2021. İlk hakem raporu tarihi: 01.11.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 22.11.2021. Onaylanma Tarihi: 15.12.2021.

* TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4783-2336

Esere Atıf Şekli: Fahri Bakırcı, “Yargı Bağımsızlığının Sağlanmasında Hâkimler ve Savcılar Kurulu İle Anayasa Mahkemesine Üye Seçimi Üzerine”, YÜHFD, C.XIX 2022/1, s.1-70.

ABSTRACT

The principle of judicial independence and the supremacy of the constitution are the prerequisites for the rule of law. If these conditions do not exist, the state is a kind of police state. The police state is a state of law rather than a rule of law; it is a state with constitution rather than a constitutional state. In order to ensure the judicial independence, it is necessary that the courts and therefore the judges working in the courts be independent, that is, institutional and personal independence must be ensured. The condition of ensuring the independence of the judge is the legal guarantee of the judge. The institution that will secure the guarantee of judge must be an independent and impartial institution. If this institution is dependent on the political power, it is inevitable that it will create pressure on the judges. Judges under political pressures cannot be members of independent courts. It is not possible to talk about the rule of law where there are non-independent courts. On the other hand the existence of an independent Constitutional Court is necessary to ensure the principle of supremacy of the Constitution. If the election of the members of the Constitutional Court is carried out under the influence of the political power it will prevent the Constitutional Court from becoming a counterbalancing power in the separation of powers. The article focuses on the formation of the Council of Judges and Prosecutors and the Constitutional Court, which have such a significant impact on the rule of law, and examines these institutions from a historical perspective.

Keywords: *Judicial independence, Rule of Law, Legal Guarantee of Judges, Council of Judges and Prosecutors, Constitutional Court*

I. GİRİŞ

1982 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu saptadıktan sonra (m. 2) çok sayıda maddesinde hukuk devletinin yaşama geçirilmesine yönelik ilke ve kurallar koymuş ve kurumlar oluşturmuştur. Doktrinde hukuk devleti, genel olarak 'ülkesinde yaşayan kişilere hukuk güvenliği sağlayan, yöneticilerin de hukuka bağlı oldukları devlet'¹ ya da benzer biçimde hukuki güven ortamının sağlandığı, devletin hukuka uyduğu ve bu amaçla devlet organlarının karar ve işlemlerinin yargı denetimine

¹ SABUNCU, Yavuz., **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005, s. 83.
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

bağlı olduğu devlet² biçiminde tanımlanmaktadır. Karşıtıyla tanımlanacak olursa hukuk devleti, *polis devleti*'nin zıddıdır. Polis devleti, tam tersine, hukuka bağlı olmayan devlettir. Ancak hukuka bağlı olmayan polis devletlerinde de çeşitli kurum ve kurallar bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ile polis devletini ayıran temel ölçüt birinde kanunlar bulunması, diğerinde kanunların bulunmaması değildir. Bir devlet ne kadar baskıcı olursa olsun uyulması gereken kanunları ve anayasası olabilir. Kanun ve anayasa, polis devletini ya da baskıcı devleti *kanun devleti* ve *anayasalı devlet* yapar ancak *hukuk devleti* ve *anayasal devlet* yapmaz. Hukuk devletinin “hukuku” yetkili organlar tarafından çıkarılmış anayasa ve kanunları değil, evrensel nitelik kazanmış belli değerlere uygun olarak yapılan düzenlemelerdir. Kanunları olan devlet hukuk devleti değil ama kanun devleti; anayasası olan devlet de anayasal devlet değil ama anayasalı devlettir. Dolayısıyla hukuk devletinde kanunlar ve anayasa vardır; ancak kanunlar ve anayasa evrensel değerlere uygun oldukları ölçüde hukuk devletini ve anayasal devleti doğururlar.³

Anayasalar öngördükleri hukuk devletini yaşama geçirmek için sadece onu anmakla ve tanımlamakla yetinmezler ama aynı zamanda hukuk devletine ilişkin çok sayıda kural, ilke ve kurum öngörürler. Anayasacılık tarihimizde de anayasalarımız hukuk devletini güvenceye almak için çok sayıda kural, ilke ve kurumu düzenlemiştir. Ancak hukuk devletini sadece anayasa ve yasalardaki kural, ilke ve kurumlarla güvence altına almak mümkün değildir. Toplumsal ve siyasal yönden yaşanan olumsuz gelişmeler anayasa ve yasalarda hukuk devletini güvence altına alan kural, ilke ve kurumların zaman içinde değiştirilerek etkisizleştirilmesine yol açabilmektedir. Öte yandan bu olumsuz gelişmeler, anayasa ve yasalarda önemli değişiklikler yapılmaksızın da hukuk devletinin rafa kaldırılmasına neden olabilirler. Dolayısıyla hukuk devletinin sadece anayasa ve yasalardaki düzenlemelerle güvence altına alınması olanaklı değildir. Mümtaz Soysal anayasaların sıklıkla değiştirilmemesi gerektiğini ve en kötü anayasanın bile toplum tarafından onararak benimsenebileceğini

² TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi., **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku.**, 13. Basım, Beta, İstanbul, 2013, s. 105; ALDIKAÇTI, Orhan., **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Toker Matbaası, İstanbul, 1964; ÖZBUDUN, Ergun., **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995, s. 328; ANAYURT, Ömer., **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 709;

³ TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, **2013**, s. 104-105.

belirtmektedir.⁴ Buradan yola çıkarak hukuk devletinin korunmasının aynı zamanda toplumun da görevi olduğu sonucu ortaya çıkar. Dolayısıyla hukuk devletini inşa etmenin, sürdürmenin ve güçlendirmenin kolay bir iş olmadığı kendiliğinden anlaşılır. Anayasanın hukuk devletine ilişkin kural, ilke ve kurumları benimsemiş olması yeterli değildir; bunun yanında bütün devlet organlarının da anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince üstlerine düşen sorumluluğu yerine getirmeleri gerekir. Bu kural, ilke ve kurumlardan bir sapma olduğunda, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince kuvvetler birbirlerini frenlemeli ve dengelemelidir. Fren ve denge mekanizmaları etkin biçimde işlediklerinde, hukuk devletinin işleyişinde karşılaşılabilecek kısmi sorunlar, sistemin kendi dengeleri içinde düzeltilebilir. Ancak bu koruyucu mekanizmaların son derece hassas bir denge içinde çalıştıkları ve dengenin bozulması halinde bu mekanizmaların kendilerinin de zarar gördüğü ve hukuk devletinin özüne ciddi zararlar verdikleri görülmektedir.

Bu bağlamda hukuk devletinin korunmasında iki önemli kurum Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) ile Anayasa Mahkemesidir (AYM). HSK özetle yargı bağımsızlığının en önemli güvencelerinden biridir. Hâkimlik ve savcılık teminatını güvenceye alan HSK siyasal iktidarların etkisine girdiğinde sadece HSK siyasallaşmış olmaz, yargı teşkilatı bir bütün olarak siyasallaşma tehdidi altına girer. Çünkü böyle bir durumda siyasal iktidarcı taraflı davranması beklenen hâkim ve savcıların, aksine bir davranış içinde olabilmeleri son derece güçtür. Kararını hukuksal kurallara göre değil, karşılaşıacağı yaptırım tehdidinde göre veren bir hâkim ya da savcının artık yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına göre davranmadığı açıktır. Bu yüzden hâkimlik ve savcılık teminatının koruyucusu olan HSK'nın nasıl oluşturulduğu büyük önem taşımaktadır: Bağımsızlığını kaybeden bir HSK yargı bağımsızlığının ortadan kaldırılmasının doğrudan nedenidir. Bu makalede özellikle 1961 Anayasası döneminden başlanarak Kurulun nasıl bir dönüşüm geçirdiği ve bugün yapısal yönden geldiği nokta seçilme yöntemi yönünden incelenmektedir. Sonuçta, Kurulun bugünkü yapısıyla, yargı bağımsızlığını sağlama potansiyeli değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

Hukuk devleti ve bu bağlamda anayasal devletin korunmasında çok önemli bir başka kurum AYM'dir. Hukuk devletlerinde siyasal iktidarların anayasal sınırlar dışına çıkma girişimlerine karşı çıkabilecek ve anayasanın üstünlüğünü güvence altına alabilecek en önemli kurum AYM'dir. Siyasallaşmış ve siyasal iktidarın etkisine giren bir AYM'nin ancak siyasal

⁴ SOYSAL, Mümtaz., **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1986, s. 401.

iktidarın izin verdiği ölçüde anayasallık denetimi yapma ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilir. Bu nedenle AYM'nin siyasal iktidarın etkisinde olmaması anayasal devletin ve hukuk devletinin en önemli güvencesidir. Makalede AYM'nin, kurulduğu 1961 Anayasası döneminden günümüze nasıl bir dönüşüm geçirdiği irdelenmeye ve bu bağlamda Mahkeme üyelerinin bir kısmının parlamento tarafından seçilmesinin hukuk devleti yönünden hangi anlama geldiği değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

Makalede günümüzde hukuk devletinin ciddi yaralar almış olduğu ileri sürülmekte ve incelenmiş olan iki kurulun oluşturulmasında siyasal etkilere izin verilmiş olmasının bu aşınmada başrolü oynadığı iddia edilmektedir. Dolayısıyla makalenin birinci bölümünde HSK'nın oluşumu ve ikinci bölümünde AYM'nin oluşumu tarihsel bir bakış açısıyla incelenmekte ve son bölümde kurumların geçirdikleri dönüşümün hukuk devletinin geriye gidişi üzerindeki etkileri ortaya konmaya çalışılmaktadır.

II. HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULU

1982 Anayasası hâkimlerin, görevlerinde bağımsız olduklarını; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermeleri gerektiğini belirtmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal bir sonucu olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Anayasa, yargı organının yasama organı tarafından tehdit edilmesini önlemek için görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağını, görüşme yapılamayacağını veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağını öngörmüştür. Bu düzenleme yasama organında, yargı organı ile ilgili ya da yargının görev alanına giren konularla ilgili düzenleme yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Sadece somut bir davanın sonucunu etkilemek için yasama organına sınırlama getirildiği anlamına gelir. Anayasa son olarak yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu; bu organlar ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceklerini ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceklerini öngörmüştür (m. 138). Bu hükümler hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde yargı bağımsızlığına ve yargı bağımsızlığının sağlanmasında bağımsız yargıç ve mahkemelere verilen önemi de yansıtmaktadır.

Anayasanın yargı bağımsızlığına ilişkin söz konusu hükümlerinin yaşama geçirilmesinde kilit rolü oynayan hâkimler ve savcılardır. Baki Kuru, yargı

bağımsızlığı ile hâkim ve savcılık teminatı arasındaki bağlantıyı şöyle özetlemektedir:

“Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelir. Hâkimlik teminatı ise, hâkimlerin bağımsızlığını korumaya hizmet eden müesseselerden sadece biri ve fakat en önemlisidir.”⁵

Aynı şekilde İnceoğlu da “*bir hukuk devletinde yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması için temel koşul yargının diğer erklerden, ...yasama ve yürütmeden bağımsız olmasıdır. Yargı bakımından bağımsızlık...diğer müdahalelerden hatta yargıçların kendi meslektaşlarından gelebilecek müdahalelerden de korunmasını içerir*”⁶ diyerek hem korumanın alanını genişletmekte ve hem de hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve yargıç güvencesi arasındaki kopmaz ilişkiye dikkat çekmektedir.

Dolayısıyla yargı bağımsızlığına ilişkin madalyonun öteki yüzü *hâkimlik ve savcılık teminatı*dır. Mahkemelerin bağımsızlığı *kurumsal* bir bağımsızlık iken hâkim ve savcı güvencesi bu kurumsal bağımsızlığın altında yatan *kişisel* güvencelerdir.⁷ Doktrinde bu bağımsızlık türleri *Objektif* ya da *Nesnel* ve *Şahsi* bağımsızlık olarak da adlandırılmaktadır.⁸ Amaç hâkim ve savcılarının her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak biçimde bağımsız bir yargı organının üyeleri olarak yargı bağımsızlığını sağlayacak nitelikte kararlar vermesini sağlamaktır. Bu güvenceler, hiçbir biçimde hâkim ve savcılara bu statüyü elde etme başarısı gösterdikleri için verilmiş ayrıcalıklar değildir. AYM de bir kararında “*Hâkimlik teminatı hâkimleri korumak için değil, yargı organını bağımsızlığa kavuşturmak yolu ile adaletin gerçekleşmesini sağlamak için kabul edilmiştir*” sözleriyle bu durumu onaylamıştır.⁹

Aslında hiçbir kamu görevi şahıslara kendi kişisel niteliklerinden dolayı ayrıcalık sağlamaz. Kamu görevlileri ancak kamu hizmetinin daha iyi biçimde yerine getirilmesini ve bu yolla kamu yararının gerçekleştirilmesini

⁵ KURU, Baki., **Hakim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 6.

⁶ İNCEOĞLU, Sibel., “Yargı Bağımsızlığı için Anayasal Öneriler”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (2012), s. 260.

⁷ SABUNCU, 2005, s. 102.

⁸ TANİLLİ, Server., **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayınları, İstanbul, 1982, s. 593; KURU, 1966, s. 29.

⁹ 15.05.1963 tarihli ve E. 1963/125 ve K. 1963/112 sayılı Karar.

YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

sağlamak amacıyla hizmetin gerekleriyle sınırlı ayrıcalıkla donatılırlar. Bu ayrıcalıkların kamu görevlileri tarafından kişisel menfaatleri tarafından kullanılması olanaklı değildir ve bu tür eylem ve işlemler cezai yaptırım gerektirir.¹⁰ Bu durum hâkim ve savcılar için de geçerlidir: Hâkim ve savcılar hukuka göre karar verdiklerinde yargı bağımsızlığı gerçekleşmiş ve bu yolla kamu yararı somutlaşmış olur. Bağımsız bir yargı organına duyulan güven sayesinde toplumdaki bütün kişi ve kurumlar bir taraftan sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri herhangi bir korkuya kapılmaksızın özgürce kullanırken, öte yandan hukukun dışına çıkma girişiminde bulunmazlar. Bu tür bir girişimde bulunanlar hiçbir etki altında kalmayan bağımsız yargı organı tarafından gerekli hukuksal yaptırımla karşılaşacaklarını bilirler. Bu döngü bir hukuk devletinin güvencesi olarak işler. Özetlemek gerekirse hâkim ve savcılara hukuk devletlerinde görevlerini bağımsızlık içinde yerine getirebilmelerini sağlamak için çeşitli teminatlar verilir ve bu teminatlar sayesinde kamu yararı gerçekleşir.¹¹ Hâkimler ve savcılar kararlarından dolayı sorumlu tutulmayacaklarının güvencesine sahip olmadıklarında bağımsız davranamazlar ve bu durumda yargı bağımsızlığı kâğıt üzerinde kalmak durumundadır.

Hâkimlik teminatından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde anayasalardan ve kanunlardan hareketle çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütler şunlardır:

¹⁰ Siyasal liberalizmin ve modern devletin kuramcılarının biri olan John Locke devletin kaynağını insanlar arasında yapılan toplum sözleşmesine dayandırdığı *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* adlı eserinde ‘ayrıcalık’ konusuna öneminden dolayı bir bölüm ayırmıştır. Locke şunları söylemektedir: “Kamu yararı için Yasanın buyruğu olmaksızın ve hatta bazen Yasaya karşı biçimde takdir yetkisine göre hareket etme İktidarı, Ayrıcalık olarak adlandırılan şeydir... Bu iktidar, Topluluğun yararına ve Yönetimin amaçlarıyla Yönetime verilen güvene uygun şekilde kullanılırken kuşkusuz Ayrıcalıktır ve asla sorgulanamaz... Ancak Yürütme İktidarı ile Halk arasında bir Ayrıcalık olduğu iddia edilen şey konusunda bir soru oluşursa, bu tür bir Ayrıcalığın uygulamasının Halkın iyiliği ya da zararı yönündeki meyli bu Sorunun cevabına kolaylıkla karar verecektir” (LOCKE, John., **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, (çev. F. Bakırcı), 6. Basım, Serbest Yayınları, Ankara, 2021, 14, 160-161, s. 172-173). Ayrıcalıkların kamu yararına kullanılmaması halinde, halkın güvenine aykırı davranılmış olacağından “direnme hakkının” kullanımı bile gündeme gelebilmektedir. Son olarak burada Locke’un yargıyı yürütme erkinin bir parçası olarak gördüğünü eklemek gerekir.

¹¹ SABUNCU, 2005, s. 102-103.

1. Azlolunamama ya da azledilmeme

Görevin huzur ve sükûn içinde yerine getirilebilmesinin ön koşulu görevden çıkarılma korkusu içinde olmamaktır.¹² *Azilden masuniyet prensibi* olarak da adlandırılan bu ilkenin aşağıda incelenecek çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz mesleğin şeref itibarı ile bağdaşmayan çeşitli durumlarda ya da görevin yerine getirilmesinin sağlık nedeniyle imkânsız olması halinde görevden azledilmenin mümkün olması gerekir. Bu sayede güven ögesinin çok önem taşıdığı bu mesleğin kalkan olarak kullanılması engellenmiş olur¹³. Ancak akıldan çıkarılmaması gereken husus azledilmenin istisnai olması ve koşullar gerçekten oluşmaksızın azlin mümkün olmamasıdır. Hâkim ya da savcılar, azil ile ilgili değerlendirmelerin siyasi gerekçelerle yapıldığı algısına ulaşırlarsa, azil korkusu doğar ve yargı bağımsızlığı en hafif tabiriyle “zedelenmiş” olur.

2. Bakanlık emrine alınamama

Azilden masuniyet prensibine rağmen bakanlık emrine alınma yoluyla bu prensip işletilemez hale getirilebilir. Bir başka anlatımla “*hâkimlerin bakanlık emrine alınması, ismi değiştirilmiş bir çeşit idari azildir.*”¹⁴ 04.07.1934 tarihli ve 2556 sayılı Hâkimler Kanununda hâkimlerin “*vekâlet emrine alınama*”ması öngörülmüştür (m. 79/c). Ancak aynı kanunun bir başka maddesinde “*...şeref ve haysiyeti ve itimat ve emniyeti muhıl sebeplerden dolayı inzibat meclisinin mütalesası alınarak...lüzum görüldüğü takdirde vekâlet emrine alınabilirler ve haklarında memurin kanunu, hükümlerine göre muamele olunur*” (m. 82) denmektedir. Bu hükmün hâkimlik teminatını dolaylı olarak etkisizleştirdiği ileri sürülerek kaldırılması gerektiği savunulmuştur.¹⁵ Nitekim daha sonraki düzenlemelerde bu hükme yer verilmemiştir. Hâkimin bir soruşturma nedeniyle soruşturmanın selameti için işten geçici olarak el çektirilmesi olağandır. Bu bağlamda 22.04.1962 tarihli ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununda da “*...hakkında soruşturma yapılmasına karar verilen hâkim (in)... görevinde devamının soruşturmanın selâmetine yahut yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse, geçici bir tedbir olarak işten eli çektirilebilir*”eği öngörülmüştür (m. 53). Burada

¹² GÖZLER, Kemal., **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s. 407.

¹³ KURU, **1966**, s. 30-31.

¹⁴ KURU, **1966**, s. 31.

¹⁵ KURU, **1966**, s. 31.

dikkat edilmesi gereken nokta, bakanlık emrine alınmanın bakanlık hizmetine alınmadan farklı olmasıdır.

3. Bakanlık hizmetlerine atanamama

Hâkimlik teminatına zarar verecek hususlardan biri, önceki paragrafta belirtilen durumdan farklı olarak, ortada bir soruşturma da olmaksızın bakanlık hizmetine atanma durumudur. Siyasal iktidarlar, böyle bir olanak varsa kararlarından hoşlanmadıkları hâkim ve savcılar bakanlık hizmetine atayarak onları etkisizleştirebilirler. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Adalet Bakanlığı, hizmetlerinin yürütülmesinde hâkim ve savcılarının bilgi ve deneyimine ihtiyaç duyulabilir. Bu durumlarda görevlendirilecek kişinin de rızasının olması koşuluyla bakanlığı çeşitli birimlerinde sürekli ya da geçici görevlendirme yapılması mümkündür. Anayasa'nın "*Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir*" (m. 159/12) biçimindeki hükmü bu tür görevlendirmelere olanak tanımaktadır. 1961 Anayasasında bu tür bir hüküm bulunmamasına rağmen 45 sayılı Kanunda buna olanak tanınmıştı. Ne var ki bu kanunda sadece ilgilinin rızası yeterli olmayıp Yüksek Hâkimler Kurulu'nun da kararı gerekmekeydi(m. 94).

4. Emekliye sevk edilemememe

Hâkimin erken bir yaşta emekliye sevk edilebiliyor olması, azil yasağını etkisiz hale getirir. Çünkü bu durumda görev yapması istenmeyen hâkimin bu yolla görevine son verilebilir.¹⁶ Bu bağlamda 1982 Anayasası hâkim ve savcılarının "*kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılama*"yacaklarını (m. 139/1) öngördükten sonra bir başka maddesinde bu yaşı altmışbeş olarak belirlemiştir (m. 140/4).

5. Aylık ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmama

Hâkimlik ve savcılık görevinin yerine getirilebilmesi için bu görevlerde bulunan kişilerin hiçbir şekilde aylık ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmaması gerekir. Bir mahkemenin kaldırılması nedeniyle, hâkimin yapacak görevinin olmamasından dolayı aylık ve özlük haklarından yoksun bırakılması azil yasağına aykırı olur. Çünkü aylık ve özlük hakları olmayan bir görevin yerine getirilmesi olanaksızdır ve hâkim dolaylı olarak azledilmiş olur. Bu nedenle Anayasa hâkim ve savcılarının "*...bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun...*" bırakılmasını yasaklamıştır (m. 139/1).

¹⁶ GÖZLER, 2014, s. 407.

Ancak burada bir başka noktaya da dikkat çekmek gerekir. Hâkim ve savcıların, yargı bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde davranmasını güvence altına almak için, hâkim ve savcılara sadece aylık ve özlük hakkı vermek yeterli değildir; bu görevin her türlü maddi ve manevi endişeden uzak biçimde yürütülebilmesi için hâkim ve savcılara toplum içindeki konumlarıyla orantılı haklar tanımak gerekir.¹⁷ Bu sorun “*vicdaniyla cüzdani arasına sıkışan hâkim*” deyiimiyle başarılı biçimde özetlenmiştir.¹⁸ Buradan çıkan sonuç şudur ki hâkim ve savcılara sadece aylık ve özlük hakları garantisi vermek yetmez, onları bağımlılıktan kurtarmak için insani bir yaşam standardı sağlayacak düzeyde gelir sağlamak gerekir.

6. Savcılık sınıfına nakledilememe

Bir hâkimin kararlarından memnun olmayan bir siyasal iktidarın bu hâkimi savcılığa atayarak etkisiz hale getirmesi olanaklıdır. Bu tür bir uygulama da azil ile benzer sonuç doğurabilir. Bu bağlamda 2556 sayılı Hâkimlik Kanunu “*Adliye vekili ayırma meclisinin mütaleasile bağlanmaksızın istihkak kazandıkları sınıf içinde hâkimlikten müddeiumumiliğe ve müddeiumumilikten hâkimliğe tayin edebilir...*” hükmünü içermiştir. Bu kurala dayanılarak kimi hâkimlerin rızaları alınmaksızın savcılığa nakline karar verilmiştir.¹⁹ Konu daha sonra yasama yorumu için TBMM’ye intikal ettirilmiş ve 23.01.1956 tarihli ve 1954 sayılı TBMM kararıyla maddenin “tefsirine mahal olmadığı” öngörülmüştür.²⁰ Genel Kurul tarafından benimsenen komisyon yorumunda şunlar söylenmektedir:

“Bu kadar güç şartlarla karşılaşan ve onları yenebilmek için yüksek vasıflara ve bilgilere sahip olması iktiza eden hâkimin rolünü bir müddeiumumi veya müfettişin ifa edeceği vazife ile ölçmek bir kıyas maalfarikten başka bir şey değildir. Bunun içindir ki, hâkimin asıl vazifesi değiştirilirken ondan muvafakatini istihsal etmek hâkimin ruh ve zihniyetinde husule getireceği tabii olan tereddüt ve itimatsızlığa mâni olmak yönünden lâbüttür, zaruridir.”

Yorumun esası, hâkimlerin savcılardan daha nitelikli olmasına ve daha düşük nitelikli bir göreve, rıza olmaksızın nakledilmenin doğru olmayacağı anlayışına dayanmaktadır. Yorum doğru sonuca ulaşmışsa da yargı

¹⁷ KURU, 1966, s. 34.

¹⁸ 1998 Adli Yıl açılışında Yargıtay Başkanı Mehmet Uygun, , " *vicdaniyla cüzdani arasına sıkışan hâkim kararının tam ve sağlıklı olacağını düşünmek, insan aklına ters düşer*" diyerek soruna dikkat çekmiş ve daha sonraki yıllarda önemli iyileştirmeler yapılmıştır.

¹⁹ KURU, 1966, s. 39.

²⁰ Resmi Gazete, 01.02.1956, s. 9222.

bağımsızlığıyla bağı kuramadığından sorunludur. 1962 yılında çıkarılan 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu'nda “*Bir kimsenin hâkimlik görevinden savcılık görevine geçmesi, kendi isteği ve Yüksek Hâkimler Kurulunun muvafakati üzerine Adalet Bakanının kabulü...*” (m. 92) koşullarına bağlanmışsa da bir başka maddede “*Hâkimlik mesleğinde bulunan bir kimsenin savcılık mesleğinde... hizmet icaplarına göre daha ziyade muvaffak olacağı anlaşılırsa, bu kanun hükümlerine göre yetkili merciler tarafından diğer meslek içinde sınıf ve derecesine eşit bir göreve rızasına bakılmaksızın atanması yapılabilir*” (m. 93) hükmüyle 92. maddedeki hüküm etkisizleştirilmiştir. Konu AYM'ye götürülmüş ve iptal ettirilmiştir. Mahkeme, kararında²¹ şunları söylemektedir:

“Bir taraftan idarenin arzusu, diğer taraftan Yüksek Hâkimler Kurulunun iradesiyle mesleğini kaybedebileceği endişesine kapılacak bir hâkim, görevini adalet icaplarına uygun şekilde yapmakta müşkülâta düşebilir, bağımsızlığını kaybedebilir. Sadece bir hâkimin bu duruma düşebilmesi ihtimali dahi, Anayasa'nın 133 üncü maddesiyle kabul edilen hâkimlik teminatının ve 7 nci maddesinde yer alan mahkemelerin bağımsızlığı esasının zedelenmesine yeterlidir...Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununun 92 nci maddesinde bir meslekten diğer mesleğe ve 94 üncü maddesinde her iki meslekten Bakanlık hizmetlerine geçişte ilgilinin isteği şart koşulmuşken 93 üncü maddede bu esastan uzaklaşılması makul bir sebeple izah edilemez.”

Yargı bağımsızlığını dayanak yapan bu karar soruna tefsir kararından daha doğru bir yerden bakmış ve sözü edilen 93. maddeyi iptal etmiştir. Tefsir kararı, soruna, kişilerin kazanılmış hakları açısından bakarken, AYM kararı yargı bağımsızlığının korunması yönünden bakmıştır.

1982 Anayasası hâkimler için bu tür bir teminat öngörmemiş ve 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu bu tür nakilleri olanaklı kılan bir düzenleme yapmıştır.²² Düzenlemede “*Hizmetin gereklerine, teşkilatın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteğine göre, adli yargıda görevli hakimler(in), adli yargıda savcılık ..idari yargıda görevli hakimler(in), idari yargıda savcılık ; idari yargıda görevli savcılar, idari yargıda hakimlik görevlerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca nakledilebil*”ecekleri öngörülmüştür. (m. 36) Dolayısıyla günümüzde savcılığa nakledilememe biçimindeki teminatın geçerli olmadığı söylenebilir.

²¹ 15.05.1963 tarihli ve E. 1963/125 ve K. 1963/112 sayılı Karar.

²² GÖZLER, 2014, s. 408.

7. Yerlerinin değiştirilememesi teminatı ya da coğrafi teminat

Coğrafi teminat ya da yer bakımından teminat ya da yer teminatı olarak adlandırılan bu teminat hâkimin, terfi suretiyle bile olsa kendi rızası hilafına görev yerinin değiştirilememesini ifade etmektedir. Coğrafya, toplumsal şartlar, yaşam olanakları, eğitim, gelişmişlik düzeyi, iklim gibi yönlerden çok keskin biçimde ayrılıklara sahip olan ülkemizde bu teminat son derece önemlidir. Kuru bu öneminden dolayı konu üzerindeki tartışmaların 1960'lı yıllarda üç seneden fazla gecikmiş olduğu saptamasını yapmaktadır.²³

Coğrafi teminat 1934 yılında çıkarılan 2556 sayılı Kanunda şu cümleyle ihdas edilmiştir: “Hâkimlik teminatını kazananlar... Muvafakatleri olmaksızın terfi suretile dahi olsa mevki ve memuriyetleri değiştirilemez” (m. 79/2-B). Aynı kanunda bu hükmü zayıflatan hükümler bulunmakla birlikte, bu düzenlemenin ülkemizde coğrafi teminatla ilgili tek düzenleme olduğu hatırlatılırsa önemi anlaşılabilir. Gerçekten de bundan sonraki 1961 ve 1982 Anayasalarında olduğu gibi hâkimlerle ilgili kanunlarda da bu konuda bir hükme yer verilmemiştir. Bu teminatın 1972 yılından sonra ülkemizde mevcut olmadığı ifade edilmektedir.²⁴

Kuru tarafından 1960'lı yıllarda Hâkimler ve Savcılar Kanun Tasarısı üzerine yapılan incelemede coğrafi teminat konusunda lehte ve aleyhte ileri sürülen görüşler ayrıntılı olarak açıklanmıştır.²⁵ Bu görüşler şöyle özetlenebilir. Coğrafi teminatın aleyhinde olanlar, ülkenin değişik bölgelerinin olanaklarının çok farklı olduğunu ve gelişmiş bölgelerde görev yapan hâkimlerin görev yerlerini değiştirmek istememesi halinde buralarda boşalma olmayacağını; bu durumda da az gelişmiş bölgelerde yaşayan hâkimlerin yaşamlarını bu bölgelerde geçirmek zorunda kalarak mağdur olacaklarını ileri sürmektedirler. Bu durum adalet ilkesinin daha başlangıçta ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Teminatın lehinde olanlar ise hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilmesine olanak tanınması halinde bunun siyasi bir baskıya dönüşebileceğini ve yargı bağımsızlığını zedeleyebileceğini ileri sürmektedirler. Halk arasında da yerleşmiş deyimle “sürgün yeme” ya da “sürgün olma” biçimindeki yer değiştirmeler hâkimleri baskı altında tutarak belirli siyasal tercihler doğrultusunda karar vermeye zorlayabilmektedir.²⁶ Bu tartışmada adaletin sağlanmasıyla görevli olan

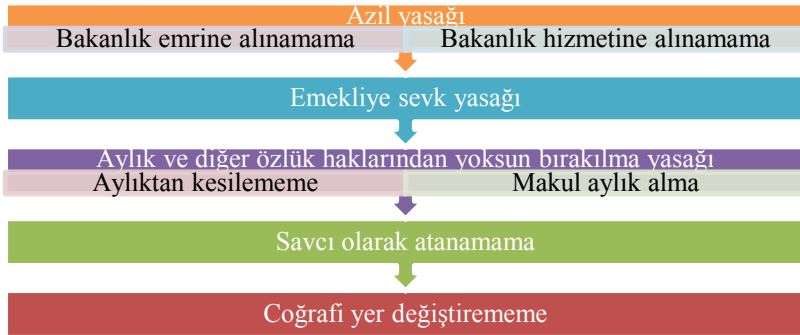
²³ KURU, 1966, s. 40.

²⁴ GÖZLER, 2014, s. 408.

²⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz: KURU, 1966, s. 40-58. Kuru, yaklaşık 80 sayfalık kitabının 18 sayfasını bu konunun tartışılmasına ayırmıştır. Bu da konunun önemine vurgu yapan önemli bir göstergedir.

²⁶ ANAYURT, 2018, s. 624.

hâkimlerin kendi aralarında bir adalet sağlanması için görev yerlerinin değiştirilmesi gerektiğini kabul etmek ve yargıçların siyasi baskılar altında kalmalarını önlemek için kendileri istemedikçe görev yerlerinin değiştirilmemesi gerektiğini savunmak gerekir. Bu iki zıt amacın başarılabilmesi için, görev yeri değişikliklerinin belirli sürelerle bağlanarak bağımsız ve tarafsız bir kurul tarafından yapılması gerekir. Karar veren kurulun yargı işlevinin yerine en uygun şekilde yerine getirilmesini sağlamak yerine siyasi saiklerle kararlar vermesi halinde, coğrafi teminatın önemi artacaktır. Bir başka anlatımla coğrafi teminatın gerekli olup olmaması, hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilmesinde nesnel kriterlerin bulunup bulunmadığına ve bu kriterleri değerlendiren kurulun bağımsız olup olmamasına bağlı olarak değişecektir.²⁷



Şekil 1. Hâkimlik Teminatının Gerekleri

Bu bağlamda 1982 Anayasası, hâkimler ve savcılarının adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını görev yapacaklarını ve bu görevlerin meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütüleceğini belirttiikten sonra hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edeceklerini öngörmüş (m. 140) ve ayrı bir maddesinde “hâkimlik ve savcılık teminatı”nı özel olarak düzenlemiştir (m. 139). Anayasa bu düzenlemesinde hâkimler ve savcılarının azlolunamayacaklarını, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacaklarını; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacaklarını öngörmüştür.

²⁷ YAVUZ, Bülent., **Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 286.



Şekil 2. 1982 Anayasasında Hâkim ve Savcılık Teminatı

1982 Anayasasında yer alan bu ilkeler doktrinde tartışılmakta olan teminatlarla karşılaştırıldığında bakanlık emrine alınamama teminatı ile bakanlık hizmetine alınamama teminatlarını da kapsadıkları ancak savcılığa nakledilme teminatı ile coğrafi teminatını içermedikleri görülmektedir.

Anayasada hâkimlik ve savcılık teminatına ilişkin bu düzenlemeler yargı bağımsızlığını sağlamada çok önemli olmakla birlikte bunların kişisel ayrıcalığa dönüşmemesi gerekmektedir. Bu nedenledir ki Anayasa bu teminatların kişisel ayrıcalığa dönüşmesini ve bu ayrıcalığın görevle ilgili olmayan biçimde kullanılmasını önlemek için çeşitli istisnalar öngörmüştür. Anayasa bu konuda üç istisna getirmiştir (m. 139):

1. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak,
2. Görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılmış olmak,
3. Meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmiş olmak.

Buradaki ilk iki ölçütün nesnel olduğunu kabul etmek gerekir. Bir hâkim ve savcı da pekâlâ suç işleyebilir ve suçluluğun saptanabilmesi için yargı organları önünde yargılanabilir. Suçluluğu mahkeme kararıyla tespit edilen bir hâkim ve savcının, işlediği suçun, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suç olması halinde hâkimlik ve savcılık teminatının kalkması doğaldır. Aynı şekilde görevini sağlık koşulları bakımından yerine getiremeyeceği anlaşılanların da bu teminatın dışında bırakılmaları olağandır; çünkü

hâkimlik ve savcılık teminatı bu görevin yerine getirilmesiyle ilgilidir. Bu ilk iki ölçütü ilgili olarak şu noktaya dikkat çekmek gerekir ki her iki durumda da ortada bir kurul kararı vardır. Birincisinde bir mahkeme kurulunun kararı, ikincisinde bir sağlık kurulunun kararı gereklidir.

Ancak üçüncü ölçüt belirli yönleriyle ilk iki ölçütten ayrılmaktadır ve bu nedenle yargı bağımsızlığını zedeleme tehlikesi taşımaktadır. Bu konuda yetkili kılınmış kurul, ilk iki kuruldan farklı olarak özel olarak görevlendirilmiş HSK'dır. Kurulun meslekte kalmanın uygun olmadığına karar verirken nesnel olması, yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi yönünden yaşamsal önemdedir. Kurulun nesnel kararlar yerine subjektif kararlar vermeye başlaması, hâkim ve savcılar üzerinde ciddi bir siyasal baskı oluşmasına neden olabilir. Bu yüzden kurulun oluşumunun siyasal etkilerden arındırılması, hukuk devleti ilkesiyle doğrudan yakın ilişki içindedir.

Öte yandan, Anayasa'ya göre, HSK sadece hâkim ve savcılarının görevden alınmalarına ilişkin kararlar vermemekte ama aynı zamanda hâkim ve savcılarının mesleğe kabulü, atanmaları, geçici yetkilendirilmeleri, disiplin cezasına çarptırılmaları, görevden uzaklaştırmaları, yükseltilmeleri, yer değiştirmeleri ve diğer özlük haklarına ilişkin konularda da tek belirleyici olmaktadır (m. 140). Dolayısıyla HSK'nın belirli bir siyasal yapının etkisiyle oluşturulması, yargı organının bir bütün olarak belirli siyasal güçlerin etkisi altına girmesine neden olabilir. Çünkü hâkim ve savcılarının mesleğe kabul edilmelerinden, yükselmelerine; disiplin soruşturması sonunda cezalandırmalarından meslekten ihracına kadar bütün işlemlerini HSK yürütmektedir. Dolayısıyla bir siyasal iktidarın, hukuki denetimden kaçınmak ve kuvvetler ayrılığını ortadan kaldırarak yargı organını etkisi altına alma istemesi halinde ele geçirmek isteyeceği ilk hedef HSK'dır.

Bu bağlamda Kurulun bugünkü durumunda hukuk devletini koruma potansiyeli hakkında bir değerlendirme yapabilmek için kurulun oluşumuna ilişkin tarihsel bir analiz yapmak gerekir.

A. 1924 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası yargı organı ile ilgili son derece yüzeysel düzenlemeler yapmış ve ayrıntıdan kaçınmıştır. 'Yargı Erki' başlıklı dördüncü bölümde sadece 8 maddeye (m. 53-60) yer verilmiştir. Benzer bir yaklaşımı temel hak ve özgürlükler konusunda da görmek olanaklıdır ve doktrinde bu tür bir yaklaşımın nedeni olarak "TBMM'nin ulusun tek ve gerçek temsilcisi olduğu bir düzende, bu hakların ulus temsilcileri tarafından yasa yoluyla yeterince

korunacağıının varsayılmış olması” gösterilmiştir.²⁸ Muhtemelen aynı gerekçeyle yargıyla ilgili düzenlemelerin yapılması için çoğunlukla TBMM görevlendirilmiştir. Anayasa AYM ve HSK gibi kurumlara yer vermemiş, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkilerinin kanunla gösterileceği (m. 53); hâkimlerin kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden azledilemeyecekleri (m. 55); hâkimlerin nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tâyin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacaklarının özel kanunla gösterileceği (m. 56); hâkimlerin kanunla gösterilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamayacakları; hâkimlerin, bütün dâvaların görülmesinde ve hükmünde bağımsız oldukları ve bu işlerine hiçbir türlü karışılmayacağı ancak kanun hükmüne bağlı oldukları (m. 54) öngörülmüştür.

Anayasa, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini benimsemiş olmakla birlikte bunu sağlayacak güvenceleri düzenlememiş²⁹ ve bu tür düzenlemelerin yapılmasını kanuna bırakmıştır. Dolayısıyla bu dönemde hâkim teminatı ile ilgili olarak ilgili kanunlara bakmak gerekmektedir. Bu dönemde bu konudaki temel kanun 04.07.1934 tarihli ve 2556 sayılı Hâkimler Kanunudur. Kanunda hâkimlerin emekliliklerine ilişkin özel bir düzenleme yer almamakta ve bunların “1683 sayılı askerî ve mülkî tekaüt kanunu hükümleri”ne tabi oldukları öngörülmektedir (m. 69). Yukarıda tartışıldığı gibi bu dönemde hâkimlerin Cumhuriyet savcısı olarak görevlendirilmesi konusunda, 1956 yılında TBMM tarafından yorum yapıncaya kadar, hâkimlerin rızası aranmamış ve ancak sözkonusu yorumdan sonra rıza aranmaya başlanmıştır (m. 62). Kanunda “*hâkimlik teminatı*” başlıklı “*dördüncü bab*” bu konuya ayrılmıştır. Dikkat çekici nokta hâkimlik teminatının kazanılması için “*üçüncü sınıf hâkimliğin 7 nci derecesine geçmiş*” olmanın zorunlu kılınmış olmasıdır. Bu kişilerle ilgili olarak şu teminatlar getirilmiştir:

A - Bir mahkemenin ilgası veya kadrosunun tenkisi sebeplerine müstenit olsa bile maaşlarından mahrum edilemez.

B - Muvafakatleri olmaksızın terfi suretile dahi olsa mevki ve memuriyetleri değiştirilemez.

C - Vekâlet emrine alınamaz.

D - 1683 sayılı kanunun hükümleri dışında tekaüde sevkolunamaz” (m. 79).

²⁸ EROĞUL, Cem., **Anatüzeeye Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş)**, 7. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2004, s. 259.

²⁹ GÖZLER, 2014, s. 32.

Dolayısıyla Anayasa’da öngörülmemiş olmasına rağmen kanunda önemli teminatlar bulunduğu söylenebilir. Hatta coğrafi teminat yönünden, kanunun daha sonraki düzenlemelerden daha ileri noktada olduğu söylenebilir. Ancak bu teminattan sadece belli bir düzeyde olan hâkimlerin yararlandırılması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Bu dönemde bir HSK bulunmamasına rağmen “İkinci bab”ın “dördüncü fasıl”ında” (m. 50-55) bir “Ayrırma Meclisi” bulunmaktadır. Meclisin oluşumuna ilişkin düzenleme şöyledir:

“Ayrırma meclisi umumî heyeti, Temyiz mahkemesi birinci reisinin reisliği altında başmüddeiumumî ile Adliye vekilince bir sene müddetle seçilen dört temyiz azasından ve Teftiş heyeti reisi ile hukuk, ceza ve zat işleri umum müdürlerinden teşekkül eder. Bunlardan başka icabında heyet noksanını tamamlamak üzere birinci sınıf hâkimlerden üç ihtiyat aza intihap olunur.

Temyiz azalarından müddetlerini dolduranların bir sene geçmedikçe yeniden seçilmesi caiz değildir.

Ayrırma meclisinin bir umumî kâtibi ve bir de muavini vardır. Bunlar Adliye vekilince tayin olunur” (m. 50).

Ayrırma Meclisi, hâkim ve savcılarının özlük hakları ile ilgili kararların alınmasında Adalet Bakanlığına yardımcı olan karma bir yapıdır. Kurulun üyeleri, temyiz mahkemesi başkan ve üyeleri ile çeşitli genel müdürlerdir. Ancak temyiz mahkemesinden gelecek üyeler Adalet Bakanı tarafından belirlenmektedir. Kurulun diğer üyelerinin bakanlık görevlisi oldukları dikkate alındığında, Adalet Bakanının hâkim olduğu bir yapı karşısında olduğumuz anlaşılır. Ancak söz konusu ayrırma Meclisinin, aynı konularda işler yapması nedeniyle daha sonraki HSK benzeri kurulların nüvesini teşkil ettiği söylenebilir. Ancak buradaki amaç günümüz HSK’sının oluşumunun hâkim teminatı ve yargı bağımsızlığı üzerindeki etkisini değerlendirmek olduğundan Adalet Bakanlığına yardımcı olmak üzere oluşturulan *Ayrırma Meclisi* üzerinde fazlaca durulmayacaktır.

B. 1961 Anayasası dönemi

1961 Anayasası “Yüksek Hâkimler Kurulu”nu (YHK) düzenleyerek yargıç güvencesi açısından tarihi bir adım atmıştır. Düzenlemeyle adli yargıçların özlük işleri Adalet Bakanlığından alınarak bu kurula verilmiştir. Kurulun yapısı ve oluşumu şöyledir:

“Yüksek Hâkimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay genel kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş veya bunlara

üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usûlle Yargıtay Genel Kurulunca iki birinci sınıfa ayrılmış hâkimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu tarafından birer yedek üye seçilir...Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin görev süresi dört yıldır. Her iki yılda yarısının seçimi yenilenir. Hâkimlik görevinde iken seçilmiş olan üyeler ardı ardına iki defa seçilemez....Adâlet Bakanı, Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına katılabilir; oylamaya katılamaz” (m. 143).

Maddeye göre üye dağılımı şu şekilde gösterilebilir:

Yargıtay Genel Kurulu tarafından	Birinci sınıfa ayrılmış hâkimler tarafından	Millet Meclisi tarafından	Cumhuriyet Senatosu tarafından
<ul style="list-style-type: none"> • 6 Asıl • 2 Yedek 	<ul style="list-style-type: none"> • 6 Asıl • 1 Yedek 	<ul style="list-style-type: none"> • 3 Asıl • 1 Yedek 	<ul style="list-style-type: none"> • 3 Asıl, • 1 Yedek

Şekil 3. 1961 Anayasasında YHK'nın Yapısı

Düzenlemede *ilk* dikkat çekici husus, toplam onsekiz üyenin çoğunluğu oluşturan 12'sinin Yargıtay genel kurulu ile hâkimlerin kendileri tarafından, kendi aralarından seçilmesidir. Böylece hâkimlerin özlük hakları ve hâkimlik teminatı ile ilgilenecek kurulun çoğunluğunun hâkimler tarafından ve hâkimler içinden oluşturulması öngörülmüştür. *İkinci* olarak kurula Danıştay genel kurulu tarafından üye seçimi öngörülmemiştir. *Üçüncü* olarak kurula demokratik bir nitelik kazandırmak için Cumhuriyet Senatosu ile Millet Meclisine yüksek mahkemelerde hâkimlik yapmış ya da hâkimlik yapma hakkını kazanmış olanlar arasından üçer üye seçme hakkı tanınmış ancak buradaki seçimde, yasama organı üyelerinin vicdanlarına göre karar vermelerini güvence altına almak için gizli oylama esası getirilmiştir. *Dördüncü* olarak seçilecek kişiler üzerinde bir uzlaşmaya varılması zorunlu görülmüş ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verme şart koşulmuştur. *Beşinci* olarak adalet teşkilatının başındaki Adalet Bakanının kuruldaki gelişmeler hakkında bilgilenebilmesi için toplantılara katılmasına izin verilmiş ancak oy kullanmasına; bir başka anlatımla üyelik yapmasına izin verilmemiştir. *Son* olarak savcılar maddenin kapsamı dışında tutulmuş ve

onlar için ayrı bir düzenleme yapılmıştır.³⁰ Vurgulamak gerekir ki YHK bu haliyle, daha çok yargı mensupları tarafından ve yargı mensuplarının üye seçilmesiyle oluşturulan; yasama organının her bir kanadının üzerinde uzlaşarak sınırlı sayıda üye seçtiği ve bu nedenle de hâkimlik teminatını sağlayarak yargı bağımsızlığına katkıda bulunma potansiyeli olan bir kuruldur.

C. 1971 Anayasa Değişikliği Dönemi

1961 Anayasası döneminde yargı bağımsızlığını sağlama potansiyeli olan bir Kurul oluşturulmasına rağmen söz konusu dönemde YHK'nın yapısı doktrinde eleştirilmiş ve 1971 Anayasa değişikliğinde bu eleştiriler tümüyle dikkate alınarak çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1971 değişikliğine geçmeden önce doktrinde ileri sürülen eleştirileri aktarmak yararlı olabilir. Doktrinde ilk olarak, “*yasama meclislerine Yüksek Hâkimler Kuruluna üye seçme yetkisi verilmesi(nin) isabetli olma*”dığı ileri sürülmüştür. Yasama organı üyelerinin seçecekleri kişileri teker teker tanıma olanaklarının olmaması; yasama organındaki üye seçimlerinin gecikmesi; yasama organı tarafından seçilecek üyelerin siyasal partilerden destek arayacakları ve bunun da siyasal iktidarlar lehine işleyen bir Kurula yol açması³¹; yasama

³⁰ 1961 Anayasasındaki ilk düzenleme şöyleydi: “*Kanun, Cumhuriyet savcılarının ve Kanun sözcülerinin özlük işlerinde ve görevlerini yapmalarında teminat sağlayıcı hükümler koyar*”(m. 137). Bu hüküm doğrultusunda 22/04/1962 tarihli ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunuyla “Yüksek Savcılar Kurulu” kurulmuştur (ÇELİK, 2018, 1059). 1971 değişikliğiyle ise Kurula anayasal dayanak kazandırılmıştır: “*Yüksek Savcılar Kurulu, Adâlet Bakanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunca seçilen üç asil ve iki yedek üye ile Adâlet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdüründen kuruludur. Adâlet Bakanı bulunmadığı zaman Kurula Cumhuriyet Başsavcısı Başkanlık eder* (m. 137/3).” Kurul her ne kadar Yüksek Hâkimler Kurulundan farklı olarak yürütme organı temsilcilerinin de üye olduğu bir kurul olarak düzenlenmişse de Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kuruluna üye seçme hakkı verilerek karma bir yapı oluşturulmuştur. Kurulun yapısının 1924 Anayasasındaki Ayırma Meclisini andığı görülmektedir.

³¹ Sorun şu sözlerle ifade edilmiştir: “*yasama meclisleri üyelerinin, adayları teker teker tanımalarına imkân yoktur. Bundan dolayı Kurul üyeliğine seçilmek isteyenlerin zaruri olarak bir siyasi partinin desteğini araması ve bu hususta çalışması gerekecektir. Bu ise hâkimliğin zaruri vasfı olan bağımsızlık ilkesi ile bağdaşmaz bir durumdur. ...meclisler...tarafından seçilen üyelerin ...herhangi bir siyasi partiye fikren mütemayil olmaları tabiidir. Başlı başına hükümet kuracak nispete ...çoğunluk sağlayan ve iktidara sahip olan siyasi partinin ...seçilecek üyelerin tamamını kendi temayülünden olan kimselerden seçmesi kabil olduğu gibi, bu üyeler vasıtasıyla YHK'nın kendi iktidarları veya mensupları lehine işlemesine müessir olması da mümkündür*” (KURU, 1966, 20). HSK'nın bugünkü sorunlarına aşına olan bir okuyucunun, bu sözleri duyduğunda geçmişten neden ders alınmadığı konusunda hayıflanması muhtemelen kaçınılmazdır.

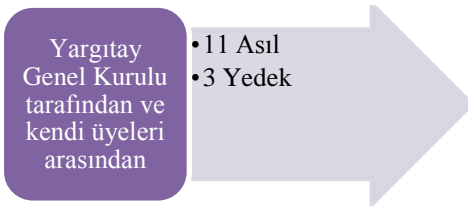
organı tarafından hâkim olmayan üyelerin de seçilme şansının bulunduğu ve hâkim teminatına sahip olmayan bu kimselerin hâkimler hakkında karar vermesinin sakıncalı olması bu isabetsizliğin nedeni olarak açıklanmıştır.³²

İkinci olarak birinci sınıfa mensup hâkimler tarafından ve birinci sınıfa mensup hâkimler arasından seçim yapılması eleştirilmiştir. Gerekçe olarak birinci sınıf hâkimler ile diğer sınıflardaki hâkimler arasında ayırım yapmayı gerektirecek haklı bir neden bulunmaması gösterilmiştir.³³

Üçüncü olarak Kurula seçilen üyelerin görev süresinin dört yılla sınırlı olması ve iki kez seçilememe kuralının sakıncalı olduğu ileri sürülmüştür. Kurulda hâkimlik teminatı bulunmayan üyelerin varlığının ve deneyimli üyelerin yeniden seçilememesinin bir araya gelmesiyle Kurulun hafızasının kaybolabileceği ileri sürülmüştür. Bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için bir Anayasa değişikliğinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.³⁴

Doktrindeki bu görüşler TBMM’de yansıma bulmuş 1971 Anayasa değişikliğiyle, Anayasa hükümleri, bu görüşlerin tümünün gereğini yerine getirecek biçimde değiştirilmiştir. 1971 Anayasa değişikliğiyle getirilen düzenleme şöyledir:

“Yüksek Hâkimler Kurulu, onbir asıl ve üç yedek üyeden kuruludur. Üyeler, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile gizli oyla seçilir...Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin görev süresi dört yıldır. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler....Adâlet Bakanı, gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına başkanlık eder” (m. 143)



Şekil 4. 1971 Anayasa Değişikliğinden sonra YHK’nın Yapısı

Anayasa değişikliğiyle *ilk olarak* Kurulun üye sayısı 18’den 11’e, yani %50’den fazla azaltılmıştır. *İkinci olarak* Kurula yasama organları tarafından üye seçilmesi uygulamasına son verilmiştir. *Üçüncü olarak* Kurula birinci sınıf hâkimler tarafından seçim yapılmasından vazgeçilmiştir.

³² KURU, 1966, s. 20-21.

³³ KURU, 1966, s. 23.

³⁴ KURU, 1966, s. 25-26.

Dördüncü olarak seçimin birinci sınıf hâkimler arasından yapılmasına gerek görülmemiştir. *Beşinci* olarak süresi dolan üyelerin yeniden seçilmesi olanaklı kılınmıştır. *Altıncı* olarak toplantıya katılma hakkı olan bakana getirilmiş olan oy kullanma yasağı kaldırılmıştır.

Anayasa değişiklik teklifinin gerekçesine bakıldığında yasama meclislerinden ve birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından üye seçilmesi yönteminden “uygulamada görülen aksamalar ve sakıncalar” nedeniyle vazgeçildiği belirtilmiştir. Kurulun üye sayısının azaltılmasının gerekçesi olarak ise Kurul bünyesinde “Müfettiş Hâkimlik” kurumunun ihdas edilmesi gösterilmiştir. Adalet Bakanına oy hakkı verilmesinin gerekçesi olarak oy kullanmanın toplantıya katılmanın doğal sonucu olması gösterilmiştir.

Doktrindeki görüşlerin etkisiyle gerçekleştirilen anayasa değişikliğiyle Kurulun tam bağımsızlığa kavuşacağı ve böylece hâkimlerin bağımsızlığının etkili biçimde garanti altına alınmış olacağı düşünüldüğü³⁵ yüksek ihtimaldir. Özbudun 1971’de getirilen bu sistemin hem faydalı, hem de sakıncalı yönlerinin olduğunu belirtmektedir. Bu tür bir sistemin faydalı yönü, hâkimlerin yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığını en üst noktaya çıkarmasıdır. Özbudun’a göre bu sistemin sakıncalı yönü ise hâkimlerin, hâkimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin hâkimler tarafından yürütülmesi nedeniyle bir tür kast sisteminin oluşmasıdır. Kooptasyon modeli olarak adlandırılabilir bu modelde kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisinin oluşumu ve yargı organlarının toplumdaki değişimlere duyarsız kalması söz konusudur. Özbudun bu kurulun milli iradeye dayanmaması nedeniyle milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun düşüp düşmediğinin de tartışma konusu olduğunu bildirmektedir. Özbudun bu yargısını desteklemek için çeşitli örnekler vermektedir.³⁶ Bu örnekler çalışmanın sonuç bölümünde özetlenecektir. Ancak burada, halk tarafından ya da Meclis tarafından seçilmemiş bu kurulun “milli iradeye dayanmadığı” “milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun düşmediği” biçimindeki yargıların siyasal teoriyle bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Nitekim Anayasa, egemenliğin Meclise değil millete ait olduğunu ve milletin de egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları aracılığıyla kullandığını öngörmüştür. Hem Meclis, hem de yargı organları Anayasa tarafından tanımlanan egemenlik yetkisini kullanırlar ve her ikisinin milli iradeyle ilişkisi aynı mesafededir. Seçilmiş organların milli iradeye dayandığı ve atanmışların milli iradeyle

³⁵ ÖZBUDUN, 1995, s. 334.

³⁶ ÖZBUDUN, 1995, s. 335-336.

bağının olmadığı iddiası kabul edilebilir bir iddia değildir. Bu tartışmayı şimdilik burada keserek, 1971 yılında getirilen sistemin saf anlamda hâkimlerin “hâkim” olduğu bir YHK öngördüğü söylenebilir. Bu dönemde Yüksek Savcılar Kuruluna anayasal dayanak kazandırılmışsa da henüz iki kurul tek çatı altında birleştirilmemiştir.

D. 1982 Anayasası Dönemi

12 Eylül 1980 Darbesinden sonra hâkimler ve savcılarla ilgili iki kurul önce MGK tarafından çıkarılan 13/05/1981 tarihli ve 2461 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu”yla birleştirilmiş ve daha sonra 2461 sayılı Kanunla oluşturulan bu yapı, özü korunarak Anayasaya aktarılmıştır.³⁷ 1982 Anayasası’nın özgün halindeki düzenleme şöyledir:

“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar./ Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabî üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler....” (m. 159).

1982 Anayasasının özgün halindeki düzenlemede *ilk olarak* kurulun adı “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu” (HSYK) olarak değiştirilmiştir. *İkinci olarak* ad değişikliğine koşut olarak savcılar da düzenlemenin kapsamına alınmıştır. Farklı meslekler olan hâkimlik ve savcılık mesleklerinin tek çatı altında birleştirilmesi bundan sonraki dönemde temel eleştiri konularından biri olmuştur. Bu tür bir birleştirmenin yargıç güvencesi ve bağımsızlığı yönünden sakıncalar yaratacağı ileri sürülmüştür.³⁸ *Üçüncü olarak* kurulun üye sayısı 7’ye düşürülmüştür. Bu sayı 1961’de 18, 1971’de 11’dir. Dolayısıyla üye sayısı 1961’deki sayının 1/3’üne, 1971’deki sayının yarısına yakındır. *Dördüncü olarak* sadece adli yargıdaki hâkim ve savcılar değil idari yargıdaki hâkim ve savcılar da Kurulun yetki alanına sokulmuştur. *Beşinci olarak* idari yargı hâkim ve savcılarının da kapsama alınmasının doğal bir sonucu olarak Danıştay genel kuruluna da üye seçme hakkı verilmiştir. *Altıncı olarak* Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun doğal üyesi haline getirilmiştir. Adalet Bakanının Kurul toplantılarına katılması ve hatta kurula başkanlık etmesi olağan karşılanabilir. Çünkü adalet hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu bu kişilerin yargı organı mensuplarıyla ilgili sorunların görüşüldüğü

³⁷ ÇELİK, 2018, 1060.

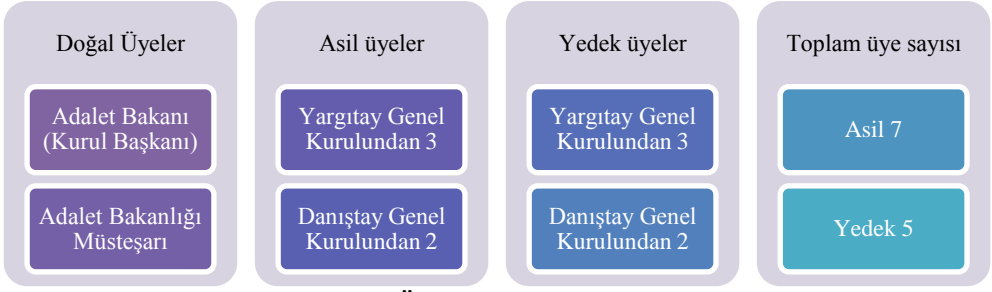
³⁸ ÇELİK, 2018, 1060.

Kuruldaki müzakerelerden haberdar olması, alınacak önlemlerin isabetli olmasını kolaylaştırabilir. Ancak bunların oy hakkına sahip olacak biçimde doğal üye yapılması, Kurulun kuruluş felsefesine aykırı olmuştur. Böylece ilk defa yargı organı üyeleri hakkında karar verirken yargı organının üyesi olmayan kişilere de söz hakkı verilmiştir. Yürütme organı üyesinin yargı organı üzerinde etkide bulunmasını sağlayan bu gelişme kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Karşılaştırmalı hukukta örneği bulunmayan bu uygulama, yargı bağımsızlığını zedeleme potansiyeli yönünden doktrinde sürekli olarak şiddetle eleştirilmiş ve Kurul hakkındaki en yoğun eleştiri bu konuda olmuştur.³⁹ *Yedinci olarak* doğal üyeler dışındaki Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay üyeleri tarafından seçilmelerine rağmen, Cumhurbaşkanına da seçimde bir rol verilmiştir. Kurul yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşmakta ve doğal üyeler dışındaki beş üyenin üçünü Yargıtay ve ikisini Danıştay genel kurulları seçmektedir. Ancak genel kurullar atanacak üyelerin üç katı kadar aday seçmekte ve Cumhurbaşkanı bunlar arasından atama yapmaktadır. Bu düzenleme doktrinde yargı bağımsızlığıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilse⁴⁰ de Soysal bu durumun yargının yürütmeye bağlanması anlamında değil devlet sistemi içinde yargıya verilen yerin yüceliğinin bir sonucu olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu yorumun geçerli olabilmesi, sembolik bir ağırlığı olan Cumhurbaşkanının adaylar arasından seçim yaparken nesnel bir titizlik gösterip göstermemesine bağlıdır. Ayrıca yargı üyelerinin seçim yaparken yürütme organının eğilimlerini değil bağımsızlık ilkesini esas alarak hareket etmeleri yargı bağımsızlığı için yaşamsal önemdedir.⁴¹ Özetle yürütme organının, yargı organının tarafsızlığını ve bağımsızlığını güvenceye alacak Kurulun seçiminde söz sahibi olması yargı bağımsızlığını zedeleme tehlikesi taşımaktadır. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması yürütmenin tercihlerini yaparken “sembolik” bir yetki kullandığının farkında olmasına bağlıdır.

³⁹ TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, 2013, s. 457.

⁴⁰ ÇELİK, 2018, 1061.

⁴¹ SOYSAL, 1986, s. 247-248.



Şekil 5. 1982 Anayasasının Özgün Halinde HSYK'nın Yapısı

Burada dikkat çekilmesi gereken husus, asıl üyelerin tamamını Cumhurbaşkanının atamasına rağmen, Cumhurbaşkanının bu atamayı istediği kişiler arasından yapmamasıdır: Yargıtay ve Genel Kurulları seçim yapmakta ve belirlenen üç kat aday arasından Cumhurbaşkanı seçim yapmaktadır. Dolayısıyla 1982 Anayasasının getirdiği sistemde, yürütme organına Kurulun oluşumunda bir yetki verilmiş olmakla birlikte, bu yetki sınırsız değildir; asıl seçim yargı organlarının içinde yapılmaktadır. Bu sistemle, 1971'de getirilen saf olarak yargı organları tarafından oluşturulan bağımsız kurul sisteminden vazgeçilse de, 1961'de olduğu gibi yasama organı tarafından Kurula üye seçilmesine izin verilmemiştir. Yürütmenin müdahalesi ise adalet bakanı ile müsteşarının doğal üyeliği dışında, sınırlı bir müdahaledir. Çünkü parlamenter sistemi benimseyen ve devlet organları arasında uyumu gözetme görevi olan sembolik yetkili Cumhurbaşkanına sahip olan bir sistemde Cumhurbaşkanının siyasal saiklerle atama yapması zayıf bir olasılıktır. Cumhurbaşkanı böyle bir atama yapsa bile kendisine önerilen adaylar arasından atama yapmak zorunadır; Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının belirlediği bütün adayların yargı bağımsızlığı hassasiyeti olan adaylar olması halinde Cumhurbaşkanı istese bile siyasal yönü ağır basan atamalar yapamaz. Bu sistem yukarıda Özbudun'un sözünü ettiği kooptasyon tehlikesini azaltırken, kurulun siyasallaşmasını da önleme potansiyeline sahip, karma bir sistemdir. Nitekim bu dönemde Kurulun oluşturulma yöntemi çoğunlukla Cumhurbaşkanı tarafından yapılan seçim yönünden değil, Adalet Bakanı ve müsteşarının doğal üyeliği yönünden eleştirilmiştir. Bu nedenle de sistemin pek çok yönden hâkim teminatını ve dolayısıyla yargı bağımsızlığına güvence oluşturma potansiyeli bulunduğu söylenebilir:

1. Asıl seçim Yargıtay ve Danıştay genel kurulları tarafından yapılmaktadır.

2. Cumhurbaşkanı sembolik yetkilidir ve yaptığı seçim Kurula bir ağırlık kazandırma anlamını taşır.
3. Cumhurbaşkanının mensubu olduğu siyasi partiyle bağıni kesmek zorunda olması ve tarafsızlık yemini etmiş olması siyasi atama yapılmasını önlemenin güvencesidir.
4. Yasama organının üye seçmesi olanağının olmaması, adayların siyasi destekle seçilme olasılığını ortadan kaldırmaktadır.
5. Adalet Bakanı ve müsteşarının Kurulun doğal üyesi olmaları eleştirilse bile Kurulun çoğunluğu bağımsız ve tarafsız hâkimlerden oluşacağından bu mahsur törpülenebilmektedir.

Ancak buna rağmen bu dönemde doktrinde (1) Hâkimlik ve savcılık mesleklerinin tek çatı altında birleştirilmesi, (2) Adalet Bakanının ve Bakanlık Müsteşarının Kurula başkan ve doğal üye olmaları, (3) Yargıdan gelen üyelerin atanmasında son sözün Cumhurbaşkanında olması, (4) Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açık olmaması, (5) Kurulun yargı kökenli üyelerinin yalnızca yüksek yargıçlar arasından belirlenmesi yönünden çeşitli eleştiriler yapılmıştır.⁴² Bu dönemde ayrıca Kurulun işleyişine ilişkin çeşitli eleştiriler de yapılmıştır: (6) Kurulun bağımsız bir sekreteryasının bulunmaması ve sekreteryaya görevinin Adalet Bakanlığı bürokrasisi tarafından yürütülmesi, (7) Yargıç ve savcılarının disiplin işlemleriyle ilgili olarak, Kurula bağıli bir teftiş kurulunun bulunmaması ve denetim işlevinin Adalet Bakanlığına bağıli müfettişlerce yerine getirilmesi önemli eleştiriler arasında yer almaktaydı.⁴³

E. 2010 Anayasa Değişikliği Dönemi

2010 Anayasa değişiklikleriyle Kurulun yapısında çok önemli şü değişiklikler yapılmıştır:

“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe

⁴² Hukuk devletlerinde her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olması gerekir. Nitekim Anayasaya göre “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” Bu genel kuralın istisnalarından biri Anayasanın 159. maddesindedir: “Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.” Madde gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte, Kurul üyelerinin yargı üyesi olması bu tür bir istisnaya neden olmuş olabilir. Ancak Kurulun yargılama yapan bir organ olmadığı dikkate alındığında bu düşüncenin haklı bir gerekçeye dayanmadığı söylenebilir.

⁴³ ÇELİK, 2018, 1061.

yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılarını arasından adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılarını arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.”

Bu değişikliklerle *ilk olarak* üye sayısı tarihi zirvesine ulaşmıştır: 22 Asıl, 12 Yedek. Oran vermek gerekirse, asıl üyeler üç kattan fazla ve yedek üyeler iki kattan fazla artırılmıştır. Gerekçede üye sayısının artırılmasıyla ilgili şu ifadelere yer verilmiştir: “*Yüksek yargı kurullarıyla ilgili olarak mukayeseli hukuka bakıldığında, bu kurulların Fransa’da 18, İtalya’da 27, İspanya’da 21, Polonya’da 25 ve Portekiz’de 17 üyeden oluştuğu ve bu kurullarda hâkim ve savcılarının da yer aldığı görülmektedir.*”⁴⁴ İkinci olarak Cumhurbaşkanına ilk defa hâkim olmayan öğretim üyeleri arasından seçim yapma olanağı getirilmiştir.⁴⁵ Kurul üyeliğinde yüksek yargı tekelinin kırılması ve kürsü hâkim ve savcılarında HSYK üyesi olabilme olanağının getirilmesi yargının içsel bağımsızlığı olumlu bir gelişme olarak görülebilir. Çünkü bu yolla kürsünün yargı hiyerarşisinin üst basamaklarındaki yargıçlar karşısındaki bağımsızlığı sağlanmış olur. Bu düzenleme ayrıca kürsü yargıç ve savcılarının ve yüksek yargı dışındaki yargı yerlerinin sorunlarının ve gereksinimlerinin Kurula daha kolay yansımaya katkıda bulunabilir. Ancak “Üstünlerin hukukundan hukukun üstünlüğüne geçiş” sloganıyla gerçekleştirilen bu düzenlemenin, özünde, iktidar blokunun yargı organı üzerinde hâkimiyet kurarak siyasal sistemi denetimi altına alma amacına dönük olarak hazırlandığı dikkate alındığında olumlu gibi görülen bu adımlar olumsuz bir mekanizmaya dönüşmektedir. Nitekim yargı içindeki cemaat yapılanmaları, değişiklikten hemen sonra harekete geçerek Kurul üzerinde ciddi bir hâkimiyet kurmayı başarmıştır. Ekim 2010’da yapılan ilk seçimleri, kamuoyuna ‘Bakanlık Listesi’ olarak yansıyan liste kazanmış ve söz konusu listede yer alan dört Bakanlık bürokrati da HSYK’ye girmiştir. Bu kişiler, daha sonra, HSYK’deki dairelerin başkanlıklarına seçilmiştir. Bu

⁴⁴ BAKIRCI, Fahri/ İBA, Şeref., **Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 575.

⁴⁵ Kabul edilen değişiklikte üst kademe yöneticileri arasından da seçme olanağı tanınmışken sonraki bir dipnotta sözü edilen AYM kararıyla bu olanak iptal edilmiştir. *YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)*

yapı Adalet Bakanı ile müsteşarının Kurul üyeliği ile birlikte düşünüldüğünde, bağımlı bir yargı düzenininin başlangıç adımlarından birini oluşturmuştur. Nitekim bu gelişmelerden sonra HSYK'nın Adalet Bakanlığında bağımsız olmadığı değerlendirilmiştir.⁴⁶ Üçüncü olarak seçici organlar çeşitlendirilmiş ve örneğin Türkiye Adalet Akademisi gibi bir kuruma üye seçme yetkisi verilmiştir. Dördüncü olarak Adalet Bakanının kurul başkanlığı ile müsteşarının doğal üyelikleri sürdürülmüştür. Kurulun yeni yapısı şu şekilde gösterilebilir:



Şekil 6. 2010 Anayasa Değişikliğinden Sonra HSYK'nın Yapısı

Beşinci olarak, daha önceki dönemde yapılan eleştiriler dikkate alınarak Kurula bağlı bir Genel Sekreterlik kurulması öngörülmüştür. Genel Sekreterin, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı tarafından atanması öngörülmüştür(m. 159/11). Uygulamada Genel Sekreter çoğunlukla Adalet Bakanlığına bağlı bürokratlar arasından atanmıştır.⁴⁷ Dolayısıyla Genel Sekreterlik kurulması daha önceki eleştiriler doğrultusunda atılan olumlu bir adım iken, atamaların Adalet Bakanlığına bağlı bürokratlar arasından yapılmış olması, pratikte oneli bir değişiklik olmadığını göstermektedir. Çünkü eskiden de bu tür hizmetler Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmektedir; değişen tek şey Adalet Bakanlığında bu tür hizmetler için özel bir teşkilat kurulmuş olmasıdır. Dolayısıyla Genel Sekreterliğin, bu haliyle eleştirileri karşılama yeteneğinde olmadığını söylemek yanlış olmaz. Altıncı olarak, hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere

⁴⁶ ÇELİK, 2018, 1061.

⁴⁷ ÇELİK, 2018, 1062.

ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerinin, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılması öngörülmüştür. Ayrıca Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının, muvafakatleri alınarak atanması yetkisi Kurula verilmiştir. Daha önce belirtildiği gibi “*yargıç ve savcılarının disiplin işlemleriyle ilgili olarak, Kurula bağlı bir teftiş kurulunun bulunmaması ve denetim işlevinin Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerce yerine getirilmesi*” eleştiri konusu olmuştu. Dolayısıyla buradaki düzenleme ilk bakışta bu eleştiriye cevap vermekte gibi görünmektedir. Ancak sonuçta inceleme ve soruşturma izni verme yetkisi bakımından herhangi bir değişiklik yapılmış değildir. Bu inceleme ve soruşturmanın Kurul başkanının onayına bağlı olması, eski uygulamanın korunduğu anlamına gelmekteydi; eski sistemde de aynı şekilde inceleme ve soruşturma Adalet Bakanlığına bağlı müfettişler tarafından yapılmaktaydı ki sözkonusu müfettişlerinin harekete geçmesi Adalet Bakanının onayına bağlıydı.⁴⁸ Dolayısıyla hem Genel Sekreterlik kurulması, hem de Teftiş Kurulu oluşturulması daha önceden dile getirilen bir gereksinime karşılık gelmesine rağmen uygulamada önemli bir değişiklik olmamıştır.

Yedinci olarak önceki dönemde “Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açık olmaması” önemli bir eleştiri idi ve bu eleştiriye karşılık için Kurul kararlarının yargı yoluna açılması sağlanmıştı. Ne var ki “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulama” yacağı öngörülmüş ve böylece meslekten çıkarma dışındaki Kurul kararlarının yargı kararlarına kapalı olmasına ilişkin kural sürdürülmüştü. Dolayısıyla Kurul kararlarının önemli bir kısmının yargı denetimi dışında kalması önemli bir eksiklik olarak varlığını sürdürmüştür.⁴⁹

Yeni düzenleme AYM'nin önüne götürülmüş ancak AYM düzenlemeyi genel olarak Anayasaya uygun bulmuş ve sadece birkaç ibarenin iptaliyle yetinmiştir.⁵⁰ Mahkeme şu değerlendirmesiyle değişikliği benimsediğini belli etmiştir:

⁴⁸ ÇELİK, 2018, 1063.

⁴⁹ ÇELİK, 2018, 1063.

⁵⁰ AYM'nin 07.07.2010 tarihli ve E. 2010/49; K. 2010/87 sayılı kararında “... üçüncü fıkra...nın üçüncü tümcesinde yer alan "iktisat ve siyasal bilimler " ve " üst kademe yöneticileri " ibareleri ile beşinci fıkra...nın, birinci tümcesinde yer alan ' ' ancak bir aday için " ibaresi iptal edilmiştir.

YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

“Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden birisi olan yargı bağımsızlığını sağlamak amacıyla yargıç ve savcılarının özlük, tayin, terfi ve disiplin işlerini yürütmek üzere bağımsız idari kurullar (Yüksek Yargı Konseyleri) oluşturulması Güney Avrupa demokrasilerinin yerleşik geleneklerinden birisidir. Türkiye de 1961 Anayasasından beri bu geleneğe dâhil olmuştur. Ancak Yüksek Yargı Konseylerinin oluşumuna bakıldığında her ülkede farklı modellerin benimsendiği görülmektedir. Bazı ülkelerde sadece yargıçların bu kurulların üyesi olduğu, bazı ülkelerde ise yargıç olmayan hatta hukukçu olmayan üyelerin bulunduğu, bazı ülkelerde yargı içinden ya da yürütmeden doğal üyelerin bulunduğu, üye seçimlerinde genellikle yargıçlara rol verildiği, ancak parlamentolara ya da devlet başkanlarına da üye seçme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Yargıç üyelerin genellikle tüm yargıçları temsil edecek şekilde ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve yüksek mahkemelerde çalışan yargıçlar arasından seçildiği anlaşılmaktadır.”

HSYK'nın yapısındaki bu değişiklik, 1961'den beri uygulanmakta olan modeli radikal biçimde değiştirdiğinden sonuçlarını izlemek önemlidir. Çünkü 2010 değişikliğine kadar, sorunları olmakla birlikte iyi kötü işleyen bir sistem bulunmaktadır ve 2010 değişikliğiyle birlikte bu sorunlara odaklanmak yerine bir model değişikliğine gidilmiştir. 2010 değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden hemen sonra bu konuda tartışmalar yoğunlaşmış ve tartışmanın tarafları birbirlerini suçlamaya başlamıştır. O dönemde yazılan “*Yargı Meselesi Hallolundu!*” başlıklı kitapta şu sözler söylenmektedir:

“Yargının demokratlaşması talebi, bütün endişelerini ve iddialarını aynıyla ve bu kez aynı iktidarın yeni sahiplerine karşı taşımaya devam etmektedir.”⁵¹

Bu dönemde bir başka bilimsel toplantıda şu değerlendirme yapılmıştır:

“Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile yapılmak istenen değişiklikler, açık söylemek gerekirse, verilmek istenmeyen bir yetkinin devam ettirilmesi çabasının bir çeşit gizlenmesi anlamını taşımaktadır...Dolayısıyla yürütmenin ve siyasi iktidarın baskısı devam ettirilmek istenmektedir. Bu durum,...yargı bağımsızlığını ihlal etmektedir ve yargının yürütme karşısında güçsüz kalışını sonuçlandırmaktadır.”⁵²

⁵¹ ERTEKİN, Orhan Gazi., **Yargı Meselesi Hallolundu! Yargıçların "eşekli demokrasi" ile imtihanı**, 3. Basım, Epos Yayınları, Ankara, 2011, s. 205.

⁵² BAYRAKTAR, Köksal, “Genel Değerlendirme”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der.Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 160.

Aynı toplantıda Anayasada yapılan değişikliklerin yargının siyasallaştırılması ve iktidarın yargı üzerinde hâkimiyet kurma arzusunun bir yansıması olduğu ifade edilmiştir.⁵³ Kurulun yeni yapısı ayrıca birçok yönden eleştirilmiş ve örneğin Türkiye Adalet Akademisinden seçilen üyeye birlikte yürütme organının toplam yedi üyeyi belirlemesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmuştur.⁵⁴

“Üstünlerin hukukundan hukukun üstünlüğüne geçiş” sloganına dayanan⁵⁵ 2010 Anayasa değişiklikleriyle ilgili genel bir değerlendirme yapılırsa Sevinç’in, Arato’dan aktardığı “soğanın kücüğü” benzetmesi iyi bir özet vermektedir: “Dış kabuğu ilerici maddelerden oluşan, ortasında tartışmalı maddelerin yer aldığı bir değişiklik kanunu”.⁵⁶ Ancak “dış kabuğu ilerici” niteliğinin de son derece sorunlu olduğunu belirtmek gerekir. Çelik’in son derece isabetli biçimde saptadığı gibi 2010 anayasa değişikliğinin odağında yargı bulunmaktadır ve değişiklik teklifindeki toplam yirmi dokuz maddeden on ikisinin yargıya ilişkin olması bunun kanıtıdır. Yargıyla çeşitli düzeylerde sorun yaşamış iktidar partisi, sisteme ilişkin değişiklik planlarının engeli olarak yargıyı görmüş ve bu engeli kaldırmayı hedeflemiştir.⁵⁷ Siyasal iktidar bu engeli aşabilmek için “yurttaşı, “12 Eylül Anayasası’ndan yana mısın, değil misin?” sorusuyla karşı karşıya bırakmak ve bu yanlış sorudan başkaca sonuçlar elde etmek”⁵⁸ yoluna gitmiştir. Dolayısıyla kabuğun dışı “ilerici” olmayıp “ilericilik görüntüsü” vermektedir. “12 Eylül’le hesaplaşma” bu ilerici görüntünün maskesidir ve içerik 12 Eylül’le hesaplaşmanın tam tersine 12 Eylül’ü tamamlamaktadır. Üstelik bu değişiklik de 12 Eylül günlüdür. İkinci 12 Eylül, özünde, birinci 12 Eylül’ü tamamlamakta ve yürütmenin üstünlüğüne giden yolda eksik kalan adımları tamamlamaktadır. Ancak son derece “başarılı” biçimde bir 12 Eylül hesaplaşması olarak sunulmuştur ve “ilerici” olarak nitelenen hamlenin göbeğinde bu hesaplaşma bulunmaktadır. Dolayısıyla 12 Eylül 2010 düzenlemelerinin “dış kabuğu ilerici” olarak

⁵³ YARSUVAT, Duygun. “Genel Rapor”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 162.

⁵⁴ ÖZBEK, Kadir/ ERTOSUN, Ali Suat., **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010, s. 13.

⁵⁵ ÇELİK, **2018**, 1061.

⁵⁶ SEVİNÇ, Murat., “2010 Anayasa Değişiklikleri: Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 65, no. 2, (s. 271-294), 2010, s. 278.

⁵⁷ ÇELİK, **2018**, 1061.

⁵⁸ SEVİNÇ, **2010**, 279.

nitelendirilmesi son derece sorunludur. Değişiklik paketinin hedefi yargı organıdır ve yargı organı üzerinde amaçlanan tasarrufların gerçekleştirilmesi için son derece isabetli biçimde, bu makalenin konusu olan AYM ve HSYK seçilmiştir. Çelik 2006, 2010 ve 2012 yıllarında çıkan gazete haberlerine dayanarak o dönemde Başbakan olan Erdoğan'ın görev süresinin ilk döneminde “memleketin üçüncü kamarayla meselesi var” diyerek yargıyla ilgili değişiklik düşüncesinin mesajını verdiğini; 2010 değişikliklerini “yargıya millet eli değdi” biçiminde değerlendirdiğini ve daha sonra “yargı, bir hizbin, dar bir anlayışın, bir grubun arka bahçesi olmaktan çıkmış, milletin yargısı haline gelmiştir” sonucuna ulaştığını belirtmektedir. Gerçekten de “yargıya milletin eli”nin değmesi için önce bir hazırlık süreci geçirilmiş ve el değdikten sonra yargının “milletin yargısı” haline geldiğinin farkında olunmuştur. O dönemde asıl amaç “*Kurulu ve genel olarak yargıyı, iktidar çoğunluğu lehine yeniden biçimlendirmek*”tir⁵⁹, ancak bu amacın ana mimarı olan “cemaat”i unutmamak gerekir. Daha sonraları bir terör örgütü olduğu anlaşılan “cemaat” o dönemde Anayasa değişikliklerinden sonra seçimlerde son derece aktif biçimde çalışmış ve önemli başarılar elde etmiştir. Günümüze kadar gelen süreçte yargı organında yapılan operasyonlar, o dönemde elde edilmiş olan bu başarının kanıtıdır.

F. 2017 Anayasa Değişikliği Dönemi

2017 Anayasa değişikliğiyle parlamenter sistemden vazgeçilmiş ve “Türk Tipi Başkanlık Sistemi” ya da “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” adı verilen yeni bir modeline geçilmiştir. Bu kapsamda yapısı değiştirilen kurumlardan birisi de HSYK olmuştur. Yeni adıyla HSK'nın oluşumuna ilişkin düzenlemeler şöyledir:

“Hâkimler ve Savcılar Kurulu onüç üyeden oluşur; iki daire halinde çalışır.

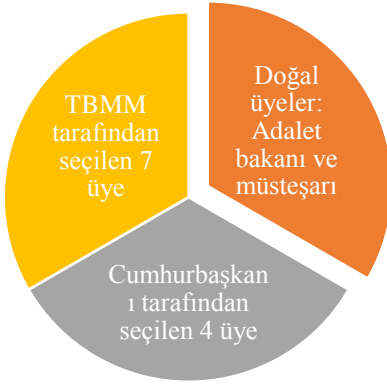
Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîi üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasında, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılar arasında Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasında seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur.

⁵⁹ ÇELİK, 2018, 1063.

Kurulun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır” (m. 159/2-3).

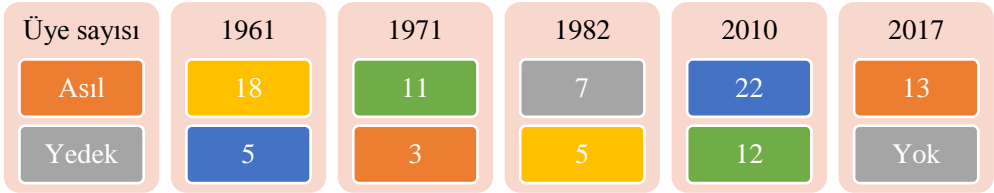
Düzenlemenin göze çarpan özellikleri şöyle özetlenebilir: *İlk olarak* kurulun üye sayısı onüç indirilmiştir. *İkinci olarak* yedek üyelik sistemine ilk defa son verilmiştir. *Üçüncü olarak* kurula üye seçme yetkisindeki çeşitlilik azaltılmış ve *Cumhurbaşkanı ve TBMM* olmak üzere iki seçici organ belirlenmiştir. *Dördüncü olarak* daha demokratik olacağı iddiasıyla Kurul üyelerinin çoğunluğunun (7 üye) TBMM tarafından seçilmesi öngörülmüştür. *Beşinci olarak* Cumhurbaşkanının üye seçimi sırasında kendisine aday önerilmesine gerek görülmemiş ve belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler arasından özgürce seçim yapmasına olanak tanınmıştır. Bu değişiklik 2010’da yapılan değişikliğin devamı gibi görünse de yeni anayasal sistemde Cumhurbaşkanının partisi ile bağıni sürdürme hakkını elde etmesi ortada bir devamlılık bulunmadığını gösterir. *Altıncı olarak* Adalet Bakanı ile müsteşarının Kurulun doğal üyesi olması uygulaması sürdürülmüştür. Ancak bu kural eski sistemin devamı gibi görünse de Anayasada bir sistem değişikliğine gidildiği dikkate alındığında bir devamlılık olmadığı görülür. Çünkü eski sistemde Adalet Bakanı siyasal sorumluluğa sahip bir hükümetin üyesidir ve kendisinin de TBMM’ye karşı siyasal sorumluluğu vardır. Oysa yeni sistemde yürütme organı sadece Cumhurbaşkanından oluşmaktadır ve Adalet Bakanı Cumhurbaşkanının atadığı diğer kamu görevlilerinden birisidir. Aslında Bakanlara tanınan ayrıcalıklar dışında, Adalet Bakanının, statü yönünden müsteşarından bir farkı bulunmamaktadır: her ikisi de yürütmenin görevlisidirler. *Yedinci olarak* TBMM tarafından yapılacak seçimin yöntemi son derece ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

Yeni sistemde kurulun yapısı şu şekilde gösterilebilir:



Şekil 7. 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonra HSK'nın Yapısı

Kurulun üye sayısındaki değişim başlangıcından günümüze şu şekilde gösterilebilir:



Şekil 8. HSK (YHK- HSYK)'nın Üye Sayısının Zaman İçinde Değişimi

2017 Anayasa değişikliğiyle yapısı ve adı bir kez daha değiştirilen “Hâkimler ve Savcılar Kurulu”nun, “*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yap*”ması öngörülmüştür. Son düzenlemede Kurulun görevleri şöyle tanımlanmıştır:

“Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal

ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” (159/8-9-10).

Hâkim ve savcılarla ilgili bu kadar geniş yetkileri olan Kurulun hâkimlik ve savcılık teminatı ile yargı bağımsızlığı üzerinde çok büyük bir etkisinin olduğu yadsınamaz. AYM yukarıda sözü edilen 2010 yılında verdiği kararının Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin görüşüne dayandırdığı kısmında şunları söylemektedir:

“Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 'Toplumun Hizmetinde Yargı Konseyleri' üzerine 2007 tarihli 10 No'lu görüşünde, bu kurulların yapısının her durumda yargı bağımsızlığını güvenceye alacak ve görevlerini etkin biçimde yerine getirmesine izin verecek bir şekilde olması, üyelerin tamamının ya da çoğunluğunun yargıçlardan oluşması, yargıç üyelerin kendi meslektaşları tarafından seçilmesi, kurulların karma yapılı olması halinde mesleki dayanışma ve kayırmacılığın önlenebileceği ve farklı toplumsal taleplerin temsiline imkân vereceği ancak bu durumda da yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması gerektiği vurgulanmıştır.”⁶⁰

Şimdi bu görüşten yola çıkılarak 2017'den sonra oluşturulan HSK'nın “yürütmenin kontrolünde” olup olmadığı sorusu cevaplandırılabilir. Bu soruyu cevaplandırırken tarihsel gelişimin dikkate alınması yararlı olacaktır. Tarihsel gelişimi de dikkate alan bir değerlendirme kapsamında şunlar söylenebilir:

1. HSK'ya Adalet Bakanı ile müsteşarının doğal üye olmaları eskiden beri şiddetle eleştirilmiştir. Üstelik yeni sistemde Adalet Bakanı bir hükümet üyesi olmayıp yürütme görevlisidir. Adalet Bakanının müsteşarı ise Bakana göre daha alt düzeyli bir kamu görevlisidir. Adalet Bakanı ve Adalet Bakanı müsteşarı doğrudan Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlendiğinden, Cumhurbaşkanı, HSK'nin iki üyesini doğrudan belirlemiş olmaktadır. Dolayısıyla yürütmenin HSK üzerinde etkili olma ve yargı bağımsızlığını tehlikeye düşürme potansiyeli, yeni sistemde, Cumhurbaşkanının bakan ve müsteşarla ilişki biçimi nedeniyle artmıştır.

⁶⁰ AYM'nin 07.07.2010 tarihli ve E. 2010/49; K. 2010/87 sayılı Kararı.
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

Eski sistemde büyük çoğunlukla TBMM üyeleri içinden seçilen hükümet üyeleri, TBMM'ye karşı siyasal sorumluluğa sahipti ve bu bakanların Cumhurbaşkanı'na karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktaydı. Oysa yeni sistemde bakanlar Cumhurbaşkanı'na karşı sorumludurlar.⁶¹ Adalet Bakanı ve müsteşarı Cumhurbaşkanı tarafından hiçbir gerekçe gösterilmeksizin görevden alınabilirler ve bu nedenle Cumhurbaşkanı'na itirazda bulunmaları ne hukuki olarak ne de pratik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın HSK üzerinde etkili olmak ve siyasal kararlar verilmesini sağlamak istemesi halinde Adalet bakanı ve müsteşarına talimat vermesi yeterli olacaktır.

2. Cumhurbaşkanı, 2010 düzenlemesinde olduğu gibi yüksek mahkemelerin genel kurulları tarafından seçilen adaylar arasından atama yapmamaktadır. Öte yandan Anayasanın mevcut hükümlerine göre Cumhurbaşkanı tarafsızlık yemini etmesine rağmen (m. 103) artık mensubu olduğu siyasi parti ile bağıni kesmek zorunda olmadığından tarafsız da değildir. Bir başka anlatımla Cumhurbaşkanı'nın partisi ile bağıni sürdürmesi tarafsızlık niteliğini anayasal olarak ortadan kaldırmıştır. Bu durumda Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin başı olarak kendi siyasal eğilimlerine yakın bulduğu adayları HSK'ya ataması son derece güçlü bir olasılık haline gelmiştir. Yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, bakanlarla birlikte üst düzey kamu görevlilerini tek başına atadığından, Adalet Bakanı ve müsteşarı ile birlikte yürütmenin HSK'daki üye sayısı altıya çıkmaktadır. Toplam üye sayısının onüç olduğu düşünülduğünde, yürütmenin HSK'da istediği kararları aldirmek için tek bir üyeye ihtiyacı kalmaktadır. Bu yüzden de TBMM'den seçilecek üyelerden sadece birinin bile yürütme organının etkisiyle seçilmesi, Cumhurbaşkanı'nın HSK üzerinde hâkimiyet kurmasına neden olabilir. Bu tür bir sonuçla karşılaşmamak için TBMM'de yapılacak seçimde, seçilenlerin tümünün bağımsız ve tarafsız olması büyük önem taşımaktadır. Bunun ne derece mümkün olabileceğini anlayabilmek için TBMM'de yapılan HSK üyeliği seçimlerini incelemek gerekir.

3. Kurulun geriye kalan yedi üyesinin TBMM tarafından değişik kaynaklardan seçilmesi gerekmektedir. Adaylık için başvurulması gereken makam TBMM Başkanlığıdır. Başkanlık, yapılan başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden Kurulu Karma Komisyona göndermekle görevlendirilmiştir. TBMM Genel Kurulu'nun yapacağı oylama öncesinde, doğrudan Anayasa hükümleri gereği Anayasa ve Adalet Komisyonlarından

⁶¹ BAKIRCI, Fahri ve diğerleri., **Parlamento Hukukuna Giriş**, Lykeion, Ankara, 2020, s. 468.

oluşan bir “*Karma Komisyon*” kurulması gerekmektedir. Karma Komisyon her bir üyelik için birinci oylamada üye tamsayısının 2/3 çoğunluğuyla; bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamada üye tamsayısının 3/5 çoğunluğuyla üç aday belirlemek durumundadır. İlk iki turda öngörülen çoğunluklar sağlanamadığı takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday adayı arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanmak zorundadır. Teorik olarak her bir adaylık için kuraya girecek iki aday adayından birisinin iktidardan, birisinin muhalefetten olması gerekmektedir. Dolayısıyla Genel Kurula gidecek adaylar arasında kurayla belirlenmiş muhalefet adaylarının bulunması olasılık dâhilindedir. Bu olasılığın güçlenmesi, TBMM komisyonlarında ve Genel Kurulunda liyakat esasına uygun objektif bir seçim yapılmasının önünü açacaktır. Aksine uygulamalarla, tek bir üyenin bile yürütme organının isteğiyle seçilmesine olanak tanınırsa, Kurulun bağımsızlığı ortadan kalkmış ya da en azından Cumhurbaşkanının kişisel tercihine bırakılmış olacaktır. Bu nedenle şimdiye kadar TBMM’de yapılan iki seçim ve bu seçimlerde oluşturulan teamüller gözden geçirilecektir.

1. Geçici Madde Gereğince Yapılan İlk Seçimler: Mayıs 2017 HSK Komisyon Seçimleri

2017 Anayasa Değişikliğinden sonra Anayasa’nın geçici hükümlerine göre Anayasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kurula üye seçimi yapılması gerekmiştir (Geçici m. 21/C). TBMM Anayasa ve Adalet Karma Komisyonunun 9 Mayıs 2017 tarihli 2. toplantısına ait tutanaklar incelendiğinde⁶² şöyle bir yöntem belirlendiği görülmektedir:

“Bu hesaplamayla üye tam sayısının üçte 2 çoğunluğunun arandığı durumda 52 üyeden 35’inin oyu gerekmektedir. Birinci turda yani üçte 2’yle seçim yapılamadığı takdirde bu sefer ikinci turda üye tam sayısının beşte 3 çoğunluğu aranmaktadır. Bu, 32 oydur, 32.... Yine üçüncü turda da beşte 3 çoğunluk aranmaktadır, bu da 32’dir. Eğer üçüncü turda, beşte 3’te de seçilemediği takdirde adaylar, o zaman ikinci ve üçüncü turda üye tam sayısının beşte 3 çoğunluğu sağlanamaması hâlinde üçüncü oylamada en çok oyu almış olan seçilecek üyelerin 2 katı aday arasından ad çekme usulüyle üye belirleme işlemi yapılacaktır. Burada birinci turda üçte 2, ikinci ve üçüncü turlarda da beşte 3 çoğunluk yani önce 35, sonra 32, 32 oy aranacaktır. Tabii, Anayasa’daki hüküm her 1 üyelik için 3 kişi aday

⁶² Tutanakların incelenmesinden yöntemin belirlenmesi amacıyla Karma Komisyon tarafından bir alt komisyon oluşturulduğu ve yöntemin, muhalefetin katılmaması nedeniyle iktidar grubunun katıldığı alt komisyon tarafından belirlendiği görülmektedir.

belirlenecek burada. Dolayısıyla, Yargıtaydaki 3 üyeliğin her biri için 3'er kişi, tabiri caizse birer paket hâlinde burada seçilecek, Genel Kuruldaki oylamada o 3 kişi üzerinden bu sefer tek bir kişi içinden seçilecek."⁶³

Seçim günü de Karma Komisyonda şu benzer açıklama yapılmıştır:

“Burada, malumunuz, ilk oylamada üçte 2 çoğunluk aranıyor, bu 35'e tekabül ediyor, bu sağlanamadığı takdirde, 35 oy alan çıkmadığı takdirde yeniden beşte 3'le bir 2'nci tur oylama yapacağız. Olmadığı takdirde 3'üncü tur oylama yine beşte 3'le yapılacak, burada da sağlanamadığı takdirde 3'üncü oylamada en çok oy alan 2 kişi arasından ad çekmek suretiyle belirleme yapacağız.”⁶⁴

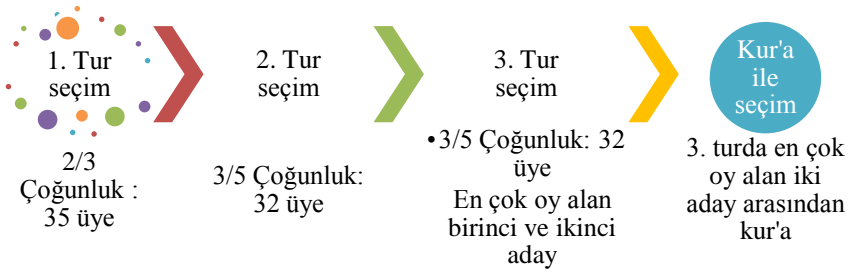
Burada öngörülen yöntem, ilk bakışta Anayasadaki düzenlemeyle çelişkili gibi görünmektedir. Ancak bu çelişkili görüntü Anayasanın, konuyla ilgili geçici madde ve olağan madde düzenlemelerinin birbirinden farklı olmasından kaynaklanmıştır.⁶⁵ Anayasa koyucu ilginç biçimde 159. maddede Karma Komisyon için iki türlü seçim öngörmüşken, bir uyarılama amacı taşıyan geçici madde düzenlemesinde üç türlü seçim öngörmüştür. Aynı kurulun oluşumu için, biri geçici, biri sürekli olmak üzere getirilen iki düzenlemenin neden farklı tasarlandığını anlamak güçtür. Geçici maddede 3/5 çoğunluğun iki defa aranması yoluna gidilirken, sürekli maddede bu çoğunluğa bir defa aramak yeterli görülmüştür.

Anayasanın da öngörülen yöntem şu şekilde gösterilebilir:

⁶³ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 09 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1, s. 23.

⁶⁴ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 10 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 3, Oturum: 1, s. 6.

⁶⁵ Doktrinde geçici madde ile olağan maddenin birbirlerinden farklı olduğunun farkına varılmadığından hatalı çıkarımlar yapılmıştır. Örneğin Çelik şöyle demektedir: “*Meclis tarafından yapılan seçimde uygulanacak yönteme ilişkin bir yorum hatasına da burada değinmek gerekir. Tutanaklardan anlaşıldığına göre, gerek karma komisyon başkanı Mustafa Şentop gerekse TBMM Genel Kurulunda seçimin yapıldığı oturumu yöneten Meclis Başkanvekili Akif Hamzaçebi Anayasa hükmünü yanlış yorumlamışlar ve üç tur seçim yapılacağını; üçüncü turda da yeterli çoğunluğun sağlanamaması durumunda ad çekme yöntemine başvurulacağını açıklamışlardır.... Oysa Anayasa hükmü yoruma yer bırakmayacak denli açıktır ve ilk oylamada üçte iki, ikinci oylamada beşte üç çoğunluğun sağlanamaması durumunda ad çekme yöntemine başvurulması gerekir*” (ÇELİK, 2018, 1063). Oysa burada Şentop ve Hamzaçebi değil, onları hatalı bulan Çelik hatalıdır. Çünkü geçici madde, olağan maddeden farklı olarak iki tur yerine üç tür seçim öngörmüştür. Kuşkusuz burada olduğu gibi kafa karışıklığına neden olan maddelerin neden farklı düzenlendiğini anlamak güçtür.



Şekil 9. Karma Komisyona Göre TBMM tarafından HSK Üyeleri Seçimi

Kurula 2017 yılında Anayasanın geçici 21. maddesi gereğince yapılan seçimlere muhalefet partilerinden ikisine mensup milletvekillerinin katılmamıştır.⁶⁶ Alt komisyon ve Karma Komisyon görüşmelerinde muhalefetin, iktidarın, bölünme yoluyla adayları tek başına seçtirebileceğinden duyduğu endişenin seçimlere katılmama gerekçesi olarak gösterildiği görülmektedir. Oysa muhalefetin aday belirleme şansı %50'dir. Bu şansa rağmen, muhalefet, adayların tümünün iktidar partisinden seçilmesine izin vermiştir. Muhalefet partilerinden birisi siyasi iktidarın adaylarını doğrudan destekleyerek, diğer ikisi katılmamakla dolaylı destek vererek bu sonucu sağlamışlardır.⁶⁷

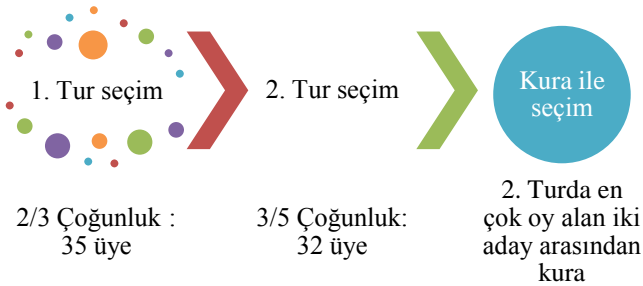
⁶⁶ Aslında, bilindiğinin aksine, bu seçimde “Millet İttifakı” olarak bilinen CHP+HDP+İYİ Parti'nin birlikte hareket etmediği görülmektedir. Örneğin Çelik “AKP-MHP bloğu, ikinci turda beşte üç çoğunlukla adayları belirlemiştir” demektedir (ÇELİK, 2018, 1063). Oysa tutanaklar incelendiğinde sadece CHP ve HDP milletvekillerinin alt komisyona üye vermeyeceklerini ve seçimlere katılmayacaklarını açıkladıkları görülmektedir. Buna karşılık İYİ Parti milletvekillerinin bu tür bir açıklamalarına rastlanmadığı gibi oylama sonuçlarına bakıldığında toplantılara katılarak oy kullandıkları görülmektedir. Çünkü “Cumhur İttifakı” olarak bilinen AK Parti+MHP ittifakının iki komisyondaki toplam üye sayıları 30 olmasına rağmen, adaylar 34 oy almışlardır. Bu durumda İYİ Partili üyelerin Cumhur İttifakı adaylarını destekledikleri sonucunu çıkarmak olanaklıdır. Bu tablonun basında dillendirilmemiş olmasının muhtemel nedeni ittifaka zarar gelmesini önlemektir. Dolayısıyla muhalefet partilerinden verilen destek nedeniyle iktidar partisinden adaylarının ilk turda 2/3 çoğunluğa (35 milletvekili) bir hayli yaklaştıkları görülmektedir. Dolayısıyla HSK'nin siyasi iktidarın etkisinde bir kuruma dönüşmesinde muhalefet partilerinden birinin doğrudan payı olduğunu söylemek mümkündür.

⁶⁷ Bu noktada şöyle bir itiraz gelebilir: Seçilen adayların belirli partiler tarafından desteklenmiş olması ve muhalefet partilerinden birinin bu adaylara destek vermiş olması, seçilen adayların bir parti aidiyeti olduğunu kanıtlamaz. Bu itirazda haklılık payı bulunmakla birlikte bu konuda basına yansıyanlar ve komisyonda dile getirilenler, bu itirazı geçersiz hale getirmektedir. Bu konuda basında çıkan şu tür haberler partiye sadakatini önemini göstermektedir: “seçilecek 7 üye için gönderilen 83 aday arasında Trabzon doğumlu İbrahim Keskin, dosyasına AKP'li yeni ve eski bakanların ve milletvekillerinin de YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

Anayasanın sürekli maddesinde öngörülen yöntem şöyledir:

“Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır” (m. 159).

Buna göre Anayasa sadece iki tur seçim öngörmüş ve bu turlarda çoğunluğa ulaşılamaması halinde ikinci turda en çok oy alan iki aday arasında kur’ya başvurulmasını istemiştir.



Şekil 10. Anayasaya Göre TBMM Tarafından HSK Üyeleri Seçimi

Geçici madde düzenlemesi ile sürekli madde düzenlemesi arasındaki fark ilkinde 3/5 çoğunluğun iki kez aranması nedeniyle iki tur yerine üç tur seçim yapılmasıdır. Anayasada tanımlanan bu yöntemle kur’ya girecek iki adaydan birinin muhalefet tarafından desteklenen bir aday olma olasılığı yüksektir. Çünkü ikinci turda en yüksek oyu iktidar partisinin desteklediği aday almışsa, ikinci en yüksek oyu muhalefetin desteklediği adayın alması matematik kurallarının doğal sonucudur. Somut olarak rakamlar şöyledir.

içinde bulunduğu toplam 24 ismi referans gösterdi.... avukatlar kontenjanından başvuran isimlerin önemli bir kısmının AKP ile bağlantısı olması dikkati çekti... TBMM’de 1990’larda irtibat subayı olarak görev yaptığını söyleyen, Diyanet İşleri Başkanlığı’nda müezzin, kayyım, imam ve hatip olarak çalıştığını belirten avukat Ahmet Hilmi Ocak, başvurusunda Manisa-Akhisar Hilaliye Kuran Kursu’nda hafızlık yapmış. Özgeçmişinde merhumŞahin Yılmaz Hoca’nın talebesi olduğunu belirtiyor.... Şaştım, 2015 seçimlerinde milletvekilliği aday adayı olduğunu ve 2002 ile 2009 tarihleri arasında İstanbul AKP teşkilatında Ana Kademe İl Yönetim Kurulu üyesi, AKP kongrelerinde demokrasi hakem üyesi olarak seçildiğini belirtti. Birlik Vakfı, Ensar Vakfı gibi yerlerde yönetim kurulu üyeliklerini hatırlatan Şaştım, hâlen Hukukçu Kadınlar Derneği üyesi olduğunu da kaydetti...” (KARABAĞLI, 2017). “Üye olmak isteyen birçok hâkim ve savcı, AKP milletvekilleriyle temasa geçti...” (ULUDAĞ, 2017).

Karma Komisyonun toplam üye sayısı 52 (26+26)'dır. İktidar ittifakının komisyondaki üye sayısı 30, muhalefetin toplam oyu 22'dir. İktidar, olağandışı bir durum olmadığı takdirde, birinci ve ikinci turda 35 ve 32'ye ulaşamayacağından ikinci turda en çok oy alan iki aday arasında kur'a çekilmesi gerekir. İkinci turda oyların bölünmemiş olduğu varsayımıyla iktidarın adayı 30 oy almışsa, muhalefetin adayı 22 oy almış demektir ve bu iki aday arasından kur'a çekilmesi zorunludur.⁶⁸ Bu durumda Kur'ada muhalefetin desteklediği adayın çıkma şansı %50'dir. Yedi üye seçileceği dikkate alırsa, kur'ada muhalefetin 3-4 adayını seçtirmesi olasılık dâhilindedir.

İşin ilginç tarafı muhalefetin bu hesabı görememesi ve yenilgiyi peşin olarak kabullenmesidir. Muhalefet partisi temsilcisi şunları söylemektedir:

“Şimdi burada biz sisteme karşı çıktık “13 kişinin 6'sını siyasi kimliği daha ağır basan bir kişiye, cumhurbaşkanına seçtiriyorsunuz.” dedik. Mevcut, eski Anayasa'daki cumhurbaşkanından daha fazla siyasi kimliği olan, yürütmenin doğrudan doğruya tek temsilcisi olan kişiye seçtiriyorsunuz yani eskiden Bakanlar Kuruluna seçtirmek gibi bir şey; geriye kalan 7'sini de güya Meclise ama kurgulanan sistem son noktada AK PARTİ çoğunluğunun burada seçebileceği bir yapı. Ama çoğunlukla seçer ama ittifakla bilemem, bir tercih ama elinde bu yetki ve imkân var, dağıtır oyları ikiye ve bu şekliyle seçer. Burada saatlerce onu anlattım.”⁶⁹

Muhalefet temsilcisi tarafından yapılan tespitin ilk kısmı doğrudur. 13 üyeden 6'sı siyasal iktidar tarafından seçilmektedir. Ancak Anayasanın tasarladığı sistem TBMM tarafından seçilecek 7 üyenin tümünün çoğunluk tarafından seçilmesine izin vermemektedir. Anayasa, muhalefet partisi temsilcisinin dediği gibi “AK PARTİ çoğunluğunun burada seçebileceği bir yapı” kurmamıştır. Matematiksel olasılık olarak muhalefetin en az 3-4 üye seçtirme şansı bulunmaktadır. Buna rağmen yapılan yanlış hesabın sonucunda muhalefet partilerinin çoğu milletvekilleri seçimlerin yapılacağı toplantıya girmeme kararı almış ve iktidar adayları, toplantıya katılan

⁶⁸ Bir an için iktidar bloğunun 30 üyesini iki adaya oy vermem üzere böldüğünü düşünelim. Böyle bir durumda adaylardan birinin 23'ün altına düşürülmemesi gerekir; çünkü muhalefet bloğunun 22 oyu vardır. Bu durumda da 22 oy alan muhalefet bloğu adayının 7 oyda kalan iktidar bloğunun ikinci adayını geçebileceği konusunda kuşku yoktur. Dolayısıyla iktidar bloğu ister oylarını bölsün ister bölmesin, kur'aya girecek ikinci adayın muhalefet bloğundan olacağı konusunda kuşku yoktur.

⁶⁹ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 09 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1, s. 12.

muhalefet milletvekillerinin de desteğiyle 3/5 oy olarak ikinci turda seçilmişlerdir.⁷⁰ Bundan sonraki uygulama 2021 yılında yapılmıştır.

2. İkinci HSK Seçimleri: Mayıs 2021

Anayasanın geçici maddesine göre tamamlanan 2017 seçimlerinden sonra Anayasa'nın olağan maddelerine göre seçimin 2021 yılında yapılması gerekmiştir. Karma Komisyon başkanı 20 Mayıs 2021'de yapılan toplantıda şunu söylemektedir:

“Tabii, bu usulle ilgili konu çok su götürcek bir konu. Anayasa'nın 159'uncu maddesi gerçekten, tartışmalara izin vermeyecek bir açıklıkta değil. Maalesef, demin de ifade ettiğim gibi, oylamanın kaç defa olacağı, her kişi için ayrı ayrı mı olacağı, her üye için ayrı ayrı mı olacağı, ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği vesaire; kimine göre şöyle, kimine göre böyle. Ben de bir sürü anayasacıyla ve hukukçuyla bu konuda Komisyonumuzdan önce istişarelerde bulundum, Meclisimizin ilgili birimleriyle de oturduk, konuştuk; gerçekten burada çok net bir açıklık yok, yoruma açık kapılar var. Demin de ifade ettim, o yüzden, biz bu usul tartışmasını başlatırsak veya burada böyle bir yolu tercih edersek o zaman doğru bir uygulamayı birlikte bulma imkânımız olmayabilir çünkü burada bir seçim yapacağız. Ama bu işin en doğrusu bence Meclisimizin bir İç Tüzük değişikliği ve İç Tüzük'e bu konuda bir hüküm koyarak bu meseleyi çözmektir. O yüzden de Komisyonumuzun her bir üyesine ve Meclisimizin değerli üyelerine görev düşmektedir. Biz, bunu İç Tüzük'te çözersek bir dahaki seçimde böyle bir tartışmayı yaşamayız.”⁷¹

⁷⁰ Doktrinde de benzer bir hata görülmektedir. Çelik şöyle demektedir: “İlgili hükmün TBMM’de yapılacak seçimler bakımından da hiçbir açık kapı bırakmayacak biçimde kaleme alındığı belirtilmelidir.... aday belirleme sürecinde, birinci oylamada üye tam sayısının üçte ikisi, ikinci oylamada üye tam sayısının beşte üçü aranacak; bu oylamada da aday belirlenememesi durumunda en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme yoluna başvurulacaktır.... her halükârda TBMM içindeki çoğunluğun/çoğunluk koalisyonunun belirleyeceği adayların seçilmesi sonucunu doğuracaktır. ...sonuçta yine çoğunluğun belirleyeceği adaylar Genel Kurula gönderilecektir. Çünkü ikinci oylamanın ardından ad çekmeye katılacak olanlar, en çok oyu alan iki adaydır, ki bunlar da çoğunluğun desteklediği adlar olacaktır” (ÇELİK, 2018, 1082). Bu tespit yanlıştır ancak muhalefet partilerinin de aynı yanlış düşüncede oldukları söylenebilir. Çünkü varsayımları toplantıya katılsalar bile bütün adayların iktidar bloku tarafından seçilebileceğidir. Oysa en çok oy alan iki adaydan birisi muhalefetin desteklediği aday olmak zorundadır.

⁷¹ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı:4, Toplantı 4, Oturum: 1, s. 17-18.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki “*ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği*” konusunda Anayasada hiçbir belirsizlik yoktur. Bu belirsizlik siyasal iktidarın TBMM tarafından belirlenecek bütün üyeleri kendisinin belirlemesi isteğinden kaynaklanmaktadır. Bu istek, siyasal iktidarın, Anayasaya aykırı bir yöntem geliştirmesine neden olmuştur. Nitekim Başkan “*ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği*” konusunda tereddütler bulunduğunu ifade ettikten hemen sonra, bu konuda bir tereddüt bulunmadığını şu sözlerle ortaya koymuştur:

“Tabii, bir kişinin üye adayı olarak Genel Kurula gönderilebilmesi için birinci seçimde Komisyonumuzun üye tam sayısının üçte 2 çoğunluğunun yani 35 üyenin oyunu alması gerekiyor. Eğer bu oy sağlanamazsa oylama ikinci defa tekrarlanacak, burada da beşte 3 oy çoğunluğu yani 31 üyemizin oyunu alması gerekiyor; bu da sağlanmadığı takdirde en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekimiyle oylama işlemi tamamlanacaktır.”⁷²

Komisyon Başkanının açıkladığı bu yöntem Anayasada açıkça öngörülüş olan ve Anayasaya uygun olan yöntemdir. Bu durumda şu soruyu sormak gerekir: Başkan Anayasaya uygun yöntemin hangisi olduğunu bildiğine göre neden konuşmasına başlarken “*ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği*” konusunda tereddütler bulunduğunu ifade etmiştir? Bunun nedeni, Anayasaya aykırı bir yöntemde ısrar ederek bir iptal riskini göze almak yerine kontrol edilebilir bir kayba razı olmanın daha makul görülmesidir. Bir başka anlatımla ortada üç seçenek bulunmaktadır:

1. Anayasaya aykırı bir yöntem kullanarak bütün üyeleri seçtirmek ve AYM tarafından verilecek bir iptal kararı riskini göze almak,
2. Anayasaya uygun bir seçim yaparak bazı üyelikleri ikinci turdan sonra yapılacak kur’a sonuçlarına göre muhalefet partilerine bırakmak; ancak kur’anın sonuçlarını öngörmek mümkün olmadığından istenmeyen miktarda üyelik kaybetmek.
3. Hem Anayasaya aykırılık riskini göze almaksızın, hem de muhalefete umulanın üstünde üye bırakmaksızın muhalefetle uzlaşarak belli sayıda üyeliği onlara vermek.

İktidar grubu muhtemelen zaten 6 üyeliğin kendilerinde olduğunu ve 2-3 üyeliği muhalefete vermenin Kurulun kararları üzerinde bir etkide bulunamayacağı hesabını yaparak üçüncü seçeneği seçmiş ve uzlaşma

⁷² https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Toplantı 4, Oturum: 1, s. 18.
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

yoluna gitmiştir. Komisyon başkanının yukarıda önce tereddütler bulunduğunu açıklaması, ardından doğru yöntemi açıklaması ve son olarak da şu sözleri söylemesi bu hesabın yapıldığını ispatlamaktadır:

“İç Tüzük konusu tartışmalarını saklı tutuyorum çünkü buna gerçekten ihtiyaç var ve bu konunun düzenlenmesi Meclisimiz için bir zaruret arz ediyor. Uzlaşma da olduğu için böyle bir tartışmayla bu uzlaşmayı da zedelemem istiyorum.”⁷³

Komisyon Başkanının bu sözlerinden gruplar arasında bir uzlaşma sağlandığı görülmektedir.⁷⁴ Oylama sonuçlarına bakıldığında bütün adayların toplam 52 oyun ortalama 45’ini alarak ilk turda 2/3 çoğunlukla uzlaşmayla seçildikleri görülmektedir.⁷⁵ Bu sonuçlara bakıldığında ilk bakışta Anayasa’nın gereği olan uzlaşmanın sağlanması amacının gerçekleştiği zannedilebilir. Nitekim komisyonlarda ve Genel Kurul’da yapılan konuşmalardan bu tür bir izlenim edinmek mümkündür. Oysa Anayasa’nın aradığı uzlaşma bu değildir. Anayasa herkesin vicdani kanaatine göre, siyasal parti ayrımı gözetmeksizin oy kullanmasını güvenceye almak için gizli oylama yapılmasını öngörmüştür. Bu durumda siyasal partilerin herhangi bir aday göstermemesi ve adayların özgeçmişlerinin incelenmesinden sonra vicdani kanaatlerine göre oy kullanmaları gerekmektedir. Gizli oylama milletvekillerinin, mensubu oldukları siyasal partilerin etkisinde kalmaksızın oy kullanmalarını güvenceye almaya yöneliktir. Disiplinli parti yapısının egemen olduğu TBMM’de milletvekillerinin olağan koşullarda gruplarının kararları aleyhine eylemde bulunmaları olanaksız yakındır. Gizli oylamayla grupların etkisi kırılmaya ve milletvekillerinin tamamen kişisel kanaatlerine göre oy vermeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Oysa basına da yansıyan haberlerde siyasal parti gruplarının kendi aralarında anlaşarak üyelikleri dört siyasal parti grubu arasında paylaştıkları haberi yer almıştır. Bu durum seçimlere katılmayan bir muhalefet partisinin sözcüsü tarafından şöyle dile getirilmiştir:

⁷³ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Toplantı 4 Oturum: 1, s. 18.

⁷⁴ Basında çıkan haberlerde uzlaşmanın ayrıntılarına yer verilmiştir: “*Hâkimler ve Savcılar Kurulu seçimleri için Millet İttifakı ve Cumhuriyet İttifakı anlaştı. Anlaşmaya göre HSK seçimlerinde 4 üyeyi Cumhuriyet İttifakı, 3 üyeyi Millet İttifakı belirleyecek*”. (Sözcü Gazetesi 2021)

⁷⁵ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Toplantı 4, Oturum: 1, s. 20-36.

“Hâkimler ve Savcılar Kuruluna üye seçiminin ilk kez Mecliste yapılması gerçekten önemli bağımsız ve tarafsız bir yargı mekanizmasına ulaşabilmek açısından çünkü şu anda taraflı ve bağımlı bir yargı var ve bunun en önemli nedenlerinden bir tanesi Hâkimler ve Savcılar Kurulunun bileşimidir. Dolayısıyla bu ilk kez yapılacak seçimin usulünün bir teamüle dönüşmesi, bundan sonraki seçimlerin de bu ilkeler çerçevesinde gerçekleşeceğini varsaymak ve bunu önermek önemliydi. Biz bunu karma komisyonda dile getirdik ve bu şekilde demokratik usulle bir seçim yapılması gerektiğini dile getirdik ancak bu öyle olmadı...Olması gereken, başvuran adayların incelenmesi ki 115 aday var- ve seçimlerin en demokratik yöntemle yapılmasıydı ama öyle olmadı ve kapalı kapılar arkasında kiminin avukatı, kiminin yakını, kiminin partisinde hizmet etmiş olan ve siyasi bagajlarını yanlarında taşıyan isimler belirlendi, liyakat ön plana alınmadı. Biz bunun doğru olmadığını düşünüyoruz ve bundan sonrası için de dört yıl için seçilecek olan Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yargı açısından baktığımızda son derece sıkıntılı bir döneme bir kez daha imza atmış olacağını düşünüyoruz. Bunun sadece iktidarın değil, aynı zamanda bizim dışımızdaki muhalefetin de yaptığı yanlış bir tutum olduğunu düşünüyoruz. Bunu dile getirmek istedik ve bu seçimlere bu nedenlerle katılmayacağız. Bunu önemli bir vicdani sorumluluk olarak görüyoruz ve bu nedenle de seçimlerden çekileceğimizi...”⁷⁶

Gerçekten de “*kapalı kapılar arkasında kiminin avukatı, kiminin yakını, kiminin partisinde hizmet etmiş olan ve siyasi bagajlarını yanlarında taşıyan isimler belirlen*”miştir. Muhalefet partisi sözcüleri TV kanallarında yaptıkları açıklamalarda bu anlaymayı, tarafsız ve bağımsız bir HSK oluşturmak için değil, HSK’da olup bitenleri öğrenebilmek için yaptıklarını ifade etmişlerdir. Aslına bakılırsa, yürütmenin HSK’da zaten 6 üyesi bulunmaktadır ve 13 kişilik Kurul’da çoğunluğu elde etmesi için sadece 1 ek üyeye ihtiyacı vardır. Dolayısıyla her durumda Kurul’un çoğunluğunu sağlama potansiyeline sahiptir. TBMM’nin bağımsız bir Kurul oluşturmak için yapması gereken siyasal partilerden herhangi birinin desteğine sahip olmadığı halde mesleki yeterliliği nedeniyle adayları seçmektir. Siyasal partilerle bağı olmayan üyeler Kurulda yürütme tarafından belirlenen üyelere karşı bir karşı denge oluşturarak bağımsız bir Kurulun yolunu açabilirlerdi. Yukarıdaki anlaşma böyle bir olasılığın önünü tümüyle kapatmıştır.

⁷⁶ www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 25.05.2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 83, Oturum: 1, s. 15-16.

3. Genel Kurulda HSK Seçimleri

Anayasa'ya göre, Genel Kurul'daki seçimler Karma Komisyondaki seçimleri andırmaktadır. Karma Komisyon adaylar arasında bir eleme yaparak seçilecek üye sayısının üç katı kadar aday belirlemekte ve Genel Kurul aynı yöntemle seçilen adayların 1/3'ünü üye olarak seçmektedir: Genel Kurul, karma Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapmaktadır. Birinci oylamada üye tamsayısının 2/3 çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının 3/5 çoğunluğu aranmaktadır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçiminin tamamlanması gerekmektedir.

Yukarıdaki iki uygulamaya da baktığımızda ana kararın Karma Komisyon tarafından verildiği ve Genel Kurul'da üzerinde fazla tartışma yapılmaksızın komisyonda alınan kararın yerine getirildiği görülmektedir. Örneğin 25 Mayıs 2021'de Genel Kurul'da yapılan seçimde bir muhalefet partisi temsilcisi dışında konuşan olmamış ve seçim bir saati aşmayan bir sürede sonuçlandırılmıştır.⁷⁷

Şimdi bütün bu anlatılanlardan sonra Anayasa değişikliğinin, amacına ne kadar ulaştığı sorusunun cevabını vermek gerekir. Anayasa değişikliğiyle amaçlanan hiç kuşkusuz HSK'nın yapısını parlamentoyu devreye katarak demokratikleştirmektir. TBMM tarafından yapılan seçimlerin Kurula “demokratik bir öz” katacağı ileri sürülebilirse de bu özün varlığı yapılan seçimin niteliğine bağlıdır. Yukarıdaki iki seçim incelendiğinde Kurul'a siyasal parti tarafından desteklenen kişilerin seçilmiş olduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim bu durum bilindiğinden başvuran adaylar genellikle bir siyasal parti desteği sağlama arayışına girmektedirler.⁷⁸ 2017 yılında

⁷⁷ www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 25.05.2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 83, Oturum: 1, s. 1-18. Söz konusu birleşim toplam 2 saat 48 dakika sürmüş ve 18 sayfalık tutanak yazılmıştır. Bu 18 sayfanın 15'i gündem dışı konuşmalar ve grup önerilerine ve sadece 3 sayfası seçime ilişkindir. Adaylar toplam 460 oy alarak ilk turdaki 2/3 koşulunu sağlamış ve seçilmişlerdir.

⁷⁸ Siyasal iktidarın gösterdiği adaylar dışındaki kimsenin seçilmesine izin verilmeyeceği aday potansiyeli taşıyan kimseler tarafından da bilindiğinden başvuruda bulunanlar genellikle bu tür bir desteği sağlamış kişilerdir. Bu durum 83 adayın başvurusu üzerine yapılan Komisyon toplantısında şöyle dile getirilmiştir: “Şimdi, aday olma süreçlerine baktığımızda ne yazık ki baştan işaret ettiğimiz bu tehlikelerin tamamının aslında sadece bir vehim değil, yalın, somut gerçeklik olduğunu görüyoruz; müracaatlar ortada. Bakıyoruz -işte şurada bize dağıttığınız, teşekkür ederiz- bir buraya bakalım, buradaki referanslara, referanslarını yazmış: AK PARTİ il başkanı, AK PARTİ milletvekili. Buradaki referanslar, ben uydurmadım, özellikle ihtiyaç duymuş bu referansları yazmaya veya açık kaynaklardan

yapılan birinci seçimde Karma Komisyon çoğunluk sağlanamaması halinde kendi adayları arasından kur'a çekilmesine olanak tanıyan bir yöntem uygulayacağına mesajını vermiş ve muhalefet buna itiraz edeceğine toplantılara katılmama kararı almış ve siyasal iktidar seçilecek üyelerin tümünü belirlemiştir. 2021 yılında yapılan seçimde siyasal partiler, üyelikleri kendi aralarında bölüşmüşlerdir. Dolayısıyla seçilen üyelerin belirli siyasal partilerin desteğine sahip oldukları söylenebilir. HSK'ya parlamento tarafından yapılacak seçimin Kurul'a demokratik bir öz katabilmesi, seçimlerde kişilerin yeterliliklerini dikkate alan bir eleme yapılmasıyla mümkündür; oysa bunun tam tersi yapılmıştır. İktidar partisi son seçimde 7 üyelikten 4'ünü alarak Kurul'un toplam 13 üyesinden 10'unu belirleme şansı elde etmiştir. Dolayısıyla siyasal partilerle bağı nedeniyle seçilen üyelerin hâkim teminatını sağlama düzeylerinin yetersiz kalacağı öngörüsünde bulunulabilir. Bütün bu nedenlerle 2017 Anayasa değişikliği sonrasında oluşturulan HSK'nın yürütmenin etkisinde hareket etme ihtimalinin kesine yakın olduğu söylenebilir ve bu tasarım 2017 değişikliklerinin genel yaklaşımına uymaktadır. Çünkü 2017 Anayasa değişiklikleri kuvvetler ayrılığını, yasama ve yargı erklerinin, yürütme erkine tabi oldukları bir ilişki biçimi olarak tanımlamıştır: Yargı ve yasama organik olarak yürütme erkinden ayrı olmakla birlikte işlevleri yönünden yürütme erkinin belirlediği çerçeve içinde hareket etmek zorundadırlar. Bu durumda HSK da yargı organını yürütmenin belirlediği hedeflere uygun davranmayı sağlayan bir organ olup üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi doğaldır. Ancak bu yaklaşımın yargı bağımsızlığını ortadan kaldırdığı söylenmelidir.

Yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla hukuk devleti ile ilgili genel değerlendirmeyi tamamlamak için "anayasanın üstünlüğü" ilkesini güvenceye alan AYM'nin yapı ve oluşumunu da incelemek gerekir.

araştırıyorsunuz: Milletvekili adayı, belediye meclis üyesi adayı, belediye meclis üyesi, AK PARTİ il yöneticisi, ilçe yöneticisi. Yani, şu veya bu şekilde, işte biraz önce söylediğim filanca cemaatlerle teması; sosyal medya paylaşımlarına bakıyorsunuz, çok net işaret ediyor. Açıyorsunuz, Facebook'a girseniz yetiyor, Twitter hesabına girseniz "Neyi paylaşmış?" diye görebiliyorsunuz. Değerli arkadaşlar, böyle bir tablo içerisinde... Yani, 83 adayın hepsi böyle demiyorum ama yüzde 80'inin böyle olduğu bir tabloyla karşı karşıyayız. Soruyorum size: Bu bir tesadüf mü?"(https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 09.Mayıs.2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1, s. 12.)

III. ANAYASA MAHKEMESİ

Bir ülkede uygulanan pozitif hukukun anayasal ilke ve değerlere uygunluğu, anayasanın hiyerarşik olarak diğer kurallara üstün olmasıyla sağlanır. Anayasanın korunabilmesi öncelikle, devlet iktidarını kullanan organların bütün faaliyetlerinde anayasaya uygun hareket etmelerine bağlıdır. Yürütme ve yargı organlarının ve idare makamlarının faaliyetlerinde anayasaya uygun hareket etmeleri, dolayısıyla bunu sağlayacak yargı denetimi gibi mekanizmaların varlığı bu yönden önem taşımaktadır. Ancak, hem yürütme, hem de yargı organına karşı sağlanan bu koruma, tek başına yurttaşların hukukî güvenliğini sağlayamaz. Çünkü yasama organının çıkaracağı yasaların anayasaya aykırı olması halinde “*idarenin kanuniliği*” ilkesine uygun olarak faaliyette bulunmak zorunda olan yürütme organının temel hak ve özgürlüklere zarar vermesi kaçınılmaz olur. Yurttaşların temel hak ve özgürlükleri konusunda yeterince titiz davranmayan ya da otoriter eğilimleri olan bir yasama çoğunluğu, çıkardığı kanunlarla temel hak ve özgürlükler için anayasada getirilmiş güvencelere aykırı kurallar koyabilir. Bu durumda çıkarılan kanuna uygun hareket eden yürütme ve yargı organları, kanuna uyararak anayasaya aykırı biçimde temel hak ve özgürlüklere zarar vermiş olurlar. Bu yüzden, anayasa sınırları içinde hukuksal düzenin yaratıcısı olan yasama organının anayasaya uygun hareket etmesinin sağlanması yaşamsal önem taşır.⁷⁹ İktidarın sınırlandırılması amacı anayasaların üstünlüğü prensibi tarafından korunabileceği gibi görünmesine rağmen tarihsel süreç, anayasanın üstünlüğü prensibinin tek başına anayasaya uyulmasının güvencesi olmadığını ispatlamıştır. Anayasanın üstünlüğünü korumak etkili bir denetim mekanizmasının kurulmasına bağlıdır ve bu denetim mekanizması kurulmadığı sürece anayasanın üstünlüğü ilkesi kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdur. Bunun bir sonucu olarak, anayasalarda temel hak ve özgürlükleri koruyan soyut normların yanında, bu normlara uyulmasını sağlayacak, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini hayata geçirecek bir kuruma ihtiyaç olduğu söylenebilir. Bu bağlamda anayasaya uygunluğu sağlamaya yönelik bir anayasa yargısı en etkin hukuki teminat olarak keşfedilmiştir.⁸⁰

⁷⁹ ÖDEN, Merih., “Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Yargı”, *AÜHFĐ* 48, no. 1 (1999): 24.

⁸⁰ ERGÜL, Ozan., **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 70; CENGİZ, Burcu., **Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Nitelikleri ve Etkileri**, TBMM Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s. 2.

Türkiye’de AYM, “anayasanın üstünlüğü” ilkesini hayata geçirmek ve hukuk devletini güçlendirmek için ilk defa 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Eroğul Mahkemesiyle ilgili şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“Yargı alanında önemi güçlkle abartılacak bir başka yenilik, Anayasa Mahkemesinin kurulmuş olmasıdır. Böylece Türk anayasa geleneğinde bir devrim yapılarak yasaların yargısal denetimi kurumsallaştırılmıştır...bu mahkeme anayasal geleneğimize öylesine güçlü bir biçimde girmiştir ki, artık Türkiye’de Anayasa Mahkemesi olmadan tüze devleti ilkesinin gerçekleşebileceğini savunmak neredeyse olanaksızlaşmıştır.”⁸¹

Hacim darlığı nedeniyle AYM’nin geçirdiği dönüşümü bütün yönleriyle incelemenin olanağı yoktur. Dolayısıyla burada sadece Mahkemenin yapısal olarak geçirdiği dönüşüm incelenecek ve bunun görev ve yetkilerini yerine getirme biçimi üzerindeki etkileri sonuç bölümünde tartışılacaktır.

A. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasasında AYM üyelerinin seçimi ile ilgili kural şöyledir:

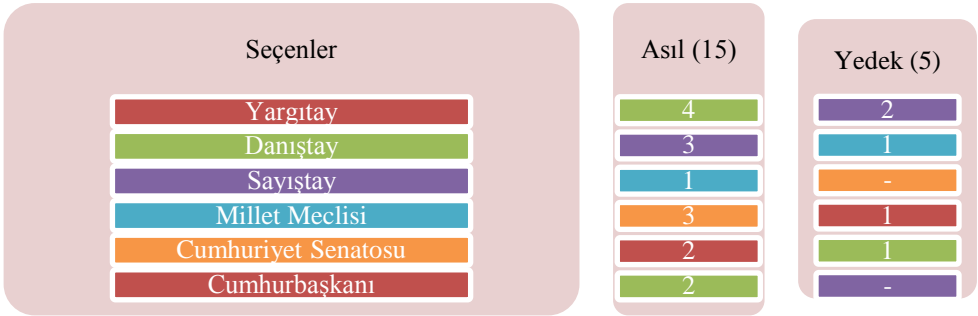
“Anayasa Mahkemesi, onbeş asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Asıl üyelere dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel Kurullarınca kendi Başkan ve üyeleriyle Başsavcısı ve Başkanunsözcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye Sayıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleri arasından aynı usûlle seçilir. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer. Cumhurbaşkanı da iki üye seçilir. Cumhurbaşkanı, bu üyelere birini, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer....

Yasama Meclisleri, bu seçimleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışında, üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar. İlk iki oylamada bu çoğunluk sağlanmazsa, salt çoğunlukla yetinilir.

Anayasa Mahkemesine, Yargıtay iki, Danıştay ile Yasama Meclislerinin her biri birer yedek üye seçerler.” (m. 145)

Mahkeme üyeliklerinin dağılımı şu şekilde gösterilebilir:

⁸¹ EROĞUL, 2004, s. 294.



Şekil 11-1961 Anayasası'nın Özgün Halinde AYM'ye Üye Seçimi

Burada incelenen konu açısından dikkat çekici hususlar şunlardır: *İlk olarak* Mahkeme üyelerinin yarıya yakını Yargıtay ve Danıştay tarafından seçilmektedir. *İkinci olarak* Cumhurbaşkanının seçeceği iki üyeden birinin Askeri Yargıtay'dan seçilmesi zorunlu kılınarak, Mahkemeler tarafından seçilen üyelerin sayısı 8'e çıkarılmaktadır. *Üçüncü olarak* Cumhurbaşkanı 2 üye belirleme hakkına sahip olmasına rağmen, bunlardan sadece biri için daha geniş bir yelpazeden üye seçme hakkına sahiptir.⁸² *Dördüncü olarak* Mahkemeye demokratik bir öz katmak için parlamentonun iki kanadının beş üye seçmesi öngörülmüş ancak seçilecek kişilerin üzerinde uzlaşılacak kişiler olmasını sağlamak için ilk iki oylamada üçte iki çoğunluk aranması ve üçte iki çoğunluk bulunamadığı takdirde salt çoğunlukla yetinilmesi öngörülmüştür. Ayrıca seçimde vicdani kanaatlere göre oy kullanılmasını sağlamak için gizli oy esası getirilmiştir. *Son olarak* TBMM adına denetim yapmakta olan Sayıştay'a da 1 üye belirleme hakkı verilmiştir.

1971 Anayasa değişikliğinde yukarıdaki dağılım aynen korunmuş sadece ilk iki oylamada üçte iki çoğunluk arama zorunluluğu kaldırılmıştır. Gerekçede bu değişikliğin "seçimlerin zamanında ve maksada uygun şekilde" tamamlanması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir.

B. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası, 1961'de getirilen modeli önemli yönlerden değiştirmiştir. Düzenleme şöyledir:

"Anayasa Mahkemesi onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek

⁸² "Anayasa Mahkemesine asıl veya yedek üye olabilmek için, kırk yaşını doldurmuş bulunmak ve Yargıtay, Askeri Yargıtay veya Sayıştay'da Başkanlık, üyelik, başsavcılık, Başkanunsözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği veya onbeş yıl avukatlık yapmış olmak şarttır." (m. 145/3). Dolayısıyla Cumhurbaşkanı bu niteliklere sahip herhangi bir kişiyi üye olarak atayabilirdi.

üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer” (m. 146/1-2).

Düzenlemenin gerekçesinde şu açıklamalar yapılmıştır:

“Geçen yirmi yıllık uygulama sürecinde Anayasa Mahkemesinde boşalan üyeliklere yapılacak seçimlerin uzun süreler beklenildiği halde yapılmadığı bilinmektedir....Mahkemeye katılacak hâkim sayısının çokluğunun, toplanmadaki aksaklıklara bir başka sebep olduğu da meydandadır. Her mahkeme gibi Anayasa Mahkemesinin de yüceliği yanında tarafsızlığı da kesin bir esastır. Böyle bir kuruluşun, Cumhurbaşkanlığı tarafından seçilecek hâkimler ile kurulması Komisyonumuzca daha uygun görülmüştür. Cumhurbaşkanlığı tarafsız ve yüce bir kuruluştur. Bu niteliği nedeniyle Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi bu yüce makama tevdi olunmuş (tur).”

Üyeler aşağıdaki kurumlardan gelmektedir:

Kaynak	Asıl (11)	Yedek (4)
Yargıtay	2	2
Danıştay	2	1
Askerî Yargıtay	1	-
Askerî Yüksek İdare Mahkemesi	1	-
Sayıştay	1	-
YÖK	1	-
Üst Kademe Yöneticileri ve Avukatlar	3	1

Şekil 12-1982 Anayasası'nın Özgün Halinde AYM'ye Üye Seçimi

Düzenleme ve gerekçesi incelendiğinde şu değişikliklerin yapıldığı anlaşılmaktadır. *İlk olarak* üye sayısının fazlalığının toplantıya engel oluşturduğu düşünülerek üye sayısı 15'ten 11'e düşürülmüştür. *İkinci olarak* parlamento tarafından yapılan seçimlerin sonuçlandırılmaması dikkate alınarak parlamento tarafından seçim yapılması uygulamasına son

verilmiştir. Üçüncü olarak Mahkemenin tarafsızlığının, demokratik yöntemlerle oluşturulmasından daha önemli olduğu düşünülerek bütün üyelerin tarafsız bir kurum tarafından atanması öngörülmüştür. Buna göre bütün üyeler Cumhurbaşkanı tarafından Anayasada sayılan kurumlardan seçilecekti. Ancak Cumhurbaşkanı, bu konuda tümüyle özgür değildi ve asıl seçimleri mahkemeler ve YÖK kendi içlerinde yapmakta ve Cumhurbaşkanına son kararı vermesi için üç kat aday bildirmekteydi. Dolayısıyla Mahkemelerin belirledikleri adaylar içinden sembolik yetkili ve tarafsız Cumhurbaşkanı tarafından son seçim yapılmaktaydı. Cumhurbaşkanı sadece üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından yaptığı seçimde daha geniş bir yetkiye sahipti.

C. 2010 Anayasa Değişikliği Dönemi

AYM'nin yapısında 1961 Anayasasından 1982 Anayasasına geçerken önemli değişiklikler yapılmakla birlikte, 12. 09. 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişikliğinin 1982'den daha köklü bir değişiklik olduğu söylenebilir. Anayasanın yeni düzenlemesi şöyledir:

“Anayasa Mahkemesi onyediden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.” (m. 146)

Anayasada öngörülen düzenlemeye göre dağılım şu şekilde gösterilebilir:

Seçen Kurum/Kaynak	TBMM (3)	Cumhurbaşkanı (14)
Sayıştay	2	-
Serbest Avukatlar	1	-
Yargıtay	--	3
Danıştay	-	2
Askeri Yargıtay	-	1
Askeri Yüksek İdare Mahkemesi	-	1
YÖK	-	3
Üst Kademe Yöneticileri ve Avukatlar	-	4

Şekil 13-2010 Anayasa Değişikliği Döneminde AYM'ye Üye Seçimi

Sözkonusu değişiklikle *ilk olarak* üye sayısı on yediye yükseltilmiştir. *İkinci olarak* yedek üyelik statüsüne son verilmiş ve mevcut yedek üyelerin asıl üye statüsüne geçmesi öngörülmüştür. *Üçüncü olarak* Mahkemenin demokratik bir öze kavuşturulması için parlamentoya üye seçme hakkı verilmiştir. *Dördüncü olarak* Cumhurbaşkanı tarafından yargı organları dışından seçilecek üyelerin sayısı ile yargı organlarından seçeceği üyelerin sayısı eşitlenmiştir (7-7). Maddede yapılan değişikliklerden bazıları AYM tarafından iptal edilmişse⁸³ de, radikal değişikliklerin büyük çoğunluğu varlığını korumuştur. Bu dönemde çok sayıda hukukçu yapılan değişiklikleri ciddi biçimde eleştirmiştir:

“Bu yaklaşım aslında ‘denetlenmek istemeyen’ hükümetin ya da ‘siyasal iktidarın’ Anayasa Mahkemesinin ulus adına verdikleri kararları beğenmediklerinden dolayı tekrarladıkları gerçeğin ters yüz edilmiş politikasıdır. Oysa yargı, siyasetin ve Meclis kararlarının demokrasi için gerçekleştiren erklerdir. Bunun teminatı olan Anayasa Mahkemesinin yapısı tamamen değiştirilmiştir. Savunmadığımız 1982 Anayasası’nın Anayasa Mahkemesini düzenlemesinin ötesinde, artık 1961 Anayasası tarafından siyasal iktidarın denetimi amacıyla kurulmuş bir anayasa mahkemesi yoktur.”⁸⁴

D. 2017 Değişiklikleri Dönemi

21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa değişiklik Kanunuyla 2010 Anayasa değişikliklerinin özü korunmuş ve Mahkemenin üye sayısı 17’den 15’e düşürülmüştür. Anayasa “Askerî Yargıtay” ile “Askerî Yüksek İdare

⁸³ 07.07.2010 Tarihli ve E. 2010/49; K. 2010/87 sayılı Karar.

⁸⁴ İLKİZ, Fikret, “Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 46.

Mahkemesi”ni kaldırdığından bu mahkemelerden AYM’ye üye atanmasına ilişkin hükümler de kaldırılmıştır.

1982 Anayasasındaki ilk düzenleme maddenin son hali arasındaki farklılıklar kabaca şu şekilde gösterilebilir:

	İlk hal	Son hal
Üye sayısı	11 Asıl 4 Yedek	15 Asıl
Yedek Üye	Var	Yok
Cumhurbaşkanı	11 Asıl 4 yedek	12 Asıl
TBMM	Yok	3 Asıl

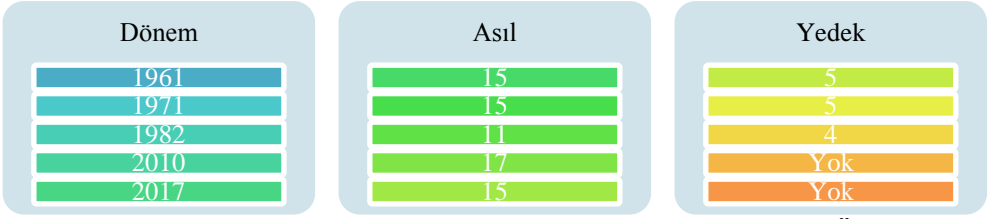
Şekil 14- AYM Üyelerinin Seçimi Karşılaştırması (1982-2017)

Anayasa’nın iki hal arasındaki bir başka karşılaştırmayı üyelerin seçildiği kurumlar yönünden yapmak gerekir:

Kurum	İlk hal	Son hal
Yargıtay	2 Asıl+2 Yedek	3 Asıl
Danıştay	2 Asıl+ 1 Yedek	2 Asıl
YÖK	1 Asıl	3 Asıl
Üst kademe yönetici+ avukat+hakim savcı+AYM Raportörü	3 Asıl+1 Yedek	4 Asıl TBMM Seçer 1
Sayıştay	1 Asıl	TBMM Seçer 2
Askeri Yargıtay	1 Asıl	Kaldırıldı
Askeri Yüksek İdare Mahkemesi	1 Asıl	Kaldırıldı

Şekil 15- AYM Üyelerinin Seçildikleri Kaynak Yönünden Karşılaştırılması (1982-2017)

Son olarak 1961 Anayasasından beri Mahkemenin üye sayısını topluca görmek yararlı olabilir:



Şekil 16- 1961 Anayasası Döneminden Günümüze AYM'nin Üye Sayısı

AYM'nin üye yapısı 1961 Anayasasından 2017 Anayasa değişikliğine kadar geçen dönemde incelendiğinde şunlar söylenebilir. *İlk olarak* 1961 Anayasasında parlamento tarafından Mahkemeye üye seçilmesine olanak tanınmışken, 1982 Anayasası bu olanağı kaldırmış ve 2010 ile 2017 değişiklikleri bu yönden yeniden 1961 Anayasası dönemine geri dönmüşlerdir. *İkinci olarak* 1961 Anayasasıyla getirilen yedek üyelik sistemi, 2010 değişikliğiyle kaldırılmış ve bu durum 2017 Anayasa değişikliğiyle sürdürülmüştür. *Üçüncü olarak* üye sayısı 2010 yılından 2017 yılına azalmış gibi görünse de bunun nedeni Askeri Yargıtay ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kaldırılmış olmasıdır. *Dördüncü olarak* AYM'nin yapısında meydana gelen en önemli değişiklik 2017 Anayasa değişikliğinin dolaylı olarak yarattığı etkinin sonucunda oluşan değişikliktir. Cumhurbaşkanına tarafsızlığı dolayısıyla önerilen adaylar arasından seçim yapma hakkı tanınması, AYM'ye verilen sembolik önemi de yansıtmaktadır. Mahkemenin üyeleri son kertede, devleti temsil eden Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmekle, üyelere verilen önem de gösterilmiş olmaktadır. 1982 Anayasasının özgün halinde bütün üyelerin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesiyle bu nokta daha da belirginleşmiştir. Ancak 2017 Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanı artık tarafsız değildir ve mensubu olduğu siyasi partinin genel başkanıdır; dolayısıyla ancak siyasi tercihlerine göre Mahkemeye seçim yapabilir.

AYM'ye üye seçiminde, diğer kurumların üye seçiminde olduğu gibi kişilerin doğrudan aday olmalarına izin verilmemiştir. Çoğunlukla kurumlar kendi içlerinden aday belirlemekte ve kurumların belirlediği adaylar arasından TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçim yapılmaktadır. Sayıştay'dan gelecek üyeleri Sayıştay Genel Kurulu belirlemektedir. Kurul her üyelik için TBMM'ye üç aday bildirmektedir. İki üye seçileceği zaman altı aday bildirilmektedir. Serbest avukatlar arasından gelen üyelik için aday bildirimini baro başkanları tarafından yapılmaktadır. Baro başkanları, bir üyenin seçimi için TBMM'ye üç aday bildirmek zorundadırlar. Yargıtay ve Danıştay'dan gelecek üyeler için adayları, bu mahkemelerin genel kurulları

belirlemektedir. Genel kurullar her üyelik için başkan ve üyeleri arasından üç aday bildirmek zorundadırlar. Toplam beş üyelik için bildirilmesi gereken aday sayısı 15'tir. Ancak üyelerin görev süresi farklı zamanlarda sona erdiğinden belirlenecek aday sayısı, seçilecek üye sayısına bağlı olarak değişmektedir. YÖK tarafından bildirilecek üyeler için en az ikisinin hukukçu olması zorunluluğu getirilmiştir. YÖK bu adayları yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından seçmek zorunda olup, kendi üyelerini aday olarak gösteremez. Burada da seçilecek üye sayısının üç katı kadar aday belirlenmek zorundadır. Cumhurbaşkanı dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçmektedir; adaylık başvurusu yapmaya ya da aday bildirmeye gerek yoktur. Şu halde son grupta sözü edilen dört üye dışındaki bütün üyeler kurumların aday göstermesiyle seçilmektedir ve istisnasız biçimde kurumlar seçilecek her üye için üç aday belirlemek zorundadırlar. Cumhurbaşkanının adaylar arasından yapacağı seçim kendi takdirine bağlıdır ve her Cumhurbaşkanı kendi önceliklerine bağlı olarak kendi takdir yetkisini kullanacaktır. Cumhurbaşkanı artık yürütmenin başı olduğundan, kendi politik önceliklerine destek verecek üyeleri seçme eğiliminde olması beklenebilir.

TBMM'de yapılan seçim, TBMM'nin aşamalı çoğunluk uyguladığı klasik seçimlerinden biridir. Seçimin ilk iki turunda üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, üçüncü turda üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Bu turda da çoğunluk sağlanmazsa dördüncü tura en çok oy alan iki aday katılmakta ve olağan karar yetersayısı bulunması koşuluyla en çok oy alan kişi seçilmektedir.⁸⁵ TBMM'nin AYM'ye üye seçmesi demokratik ilkelere göre oluşturulmuş parlamentonun tercihlerinin Mahkemeye yansımaları ve Cumhurbaşkanının iradesinin dengelenmesini sağlayabilir. Ancak bu tür bir anlayışın doğabilmesi parlamentonun çoğulcu yapıyı yansıtan uzlaşmacı bir anlayışla karar verebilmesi gerekir. Anayasada 1961 Anayasasına tepki olarak geliştirilen “*üç ya da dört turlu 2/3, 2/3, 1/2, basit çoğunluk*” formülü ve uzlaşmayı güvenceye alabilen bir formül değildir. Uzlaşmaya dayalı

⁸⁵ AYM'ye üye seçiminin Anayasa'daki klasik seçimlerden bir farkı vardır: Seçim dört turlu değil üç turludur. Bunun nedeni üçte iki çoğunluğun ilk iki turda değil sadece ilk turda aranmasıdır. Bu değişikliğin nedeni yapılan bir gözlemden kaynaklanmıştır: İlk turda üçte iki çoğunluk bulunmadığında ikinci turda da bulunamamaktadır. 2010 değişiklikleri sırasında bu gözlemden hareketle AYM'ye üye seçiminde ilk iki turdan biri gereksiz görülerek kaldırılmıştır. Ancak bu farklılık bu paragrafta yapılan saptama üzerinde etkili değildir.

çoğulcu bir anlayışın hâkim olabilmesi için özellikle kutuplaşma eğilimlerinin arttığı dönemlerde aktörleri uzlaşmaya zorlayacak kuralların bulunması gerekir. Buradaki formülün “ilk iki turda 2/3, 2/3” şeklindeki kısmı uzlaşmaya zorlayan niteliktedir. Ancak bu çoğunluk bulunmadığından, istisnasız biçimde, formülün “üçüncü ve dördüncü turda ½, basit çoğunluk” kısmı devreye girmekte ve uzlaşma arayışını sona erdirmektedir. Aktörler oylamanın başında bu tür bir seçenek olduğunu bildiklerinden, pratikte, sürekli olarak formülün ikinci kısmı işlemektedir. Bu formülün bugüne kadar birinci kısmının işlediği görülmemiştir. Dolayısıyla formülün bu kısmını, *gerçekleşme olasılığı olmayan bir temenniden* ibaret saymak gerekir. Oylamalarda bu turlar yasal bir formalitenin yerine getirilmesi olarak görülmekte ve aktörler daha çok üçüncü turda⁸⁶ sonuca gidileceğini bilmektedirler. Yürütmenin Meclis çoğunluğuna sahip olduğu üçüncü ya da dördüncü tura da gitmeye gerek kalmamaktadır. Nitekim AYM seçimlerinde ikinci ve diğer seçimlerde üçüncü turda sonuç elde edilmektedir. Dolayısıyla Mahkemeye TBMM’ye üye seçiminde uygulanan **gerçek kural**, bildirilen adayların Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğuyla seçilmeleridir. Bu çoğunluk yürütme organıyla organik bağı olan ve yürütmeyi destekleyen çoğunluktur. Dolayısıyla Meclis tarafından kullanılan tercihler ile Cumhurbaşkanının tercihlerinin bu sistem içinde ayrışmasının olanaklı olmadığını belirtmek gerekir; Mecliste genellikle çoğunluk partisinin genel başkanı olan Cumhurbaşkanının istekleri doğrultusunda karar alınmaktadır. Bunun anlamı bu sistem içinde parlamentonun seçim yapmasının, Mahkemeye demokratik bir içerik sağlamaktan uzak olmasıdır.

IV. SONUÇ

Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin en önemli güvencesidir ve yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi hâkim ve savcılık teminatıyla doğrudan ilişkilidir. Bir mahkemenin bağımsız olması, yani kurumsal bağımsızlık için o mahkemede karar veren hâkimin bağımsız olması, yani şahsi bağımsızlık kavramının var olması gerekir. Vereceği kararın sonucunun başına işler açabileceğini düşünen bir hâkimin kişisel kaygılarla hukuka aykırı kararlar vermesi mümkündür. Öte yandan terfi olanaklarının belirli bir siyasal çoğunlukla özdeşleşmeye bağlı olduğu algısının oluşması, kişisel çıkarlarını kamu yararının önünde tutan kişilerin öne çıkmasına ve yargı organının üst basamaklarına tırmanmasına neden olabilir. İktisattaki “*kötü para iyi parayı*

⁸⁶ AYM seçiminde ikinci turda
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

kovar” deyimine benzetilecek olursa “*kötü hâkim iyi hâkimi kovar.*” Liyakat ilkesinin yerini siyasal sadakat almaya başladıkça, kamu yararı doğrultusunda faaliyette bulunan yargı mensupları geri plana çekilmeye ve sadakatini gösterenler öne çıkmaya başlarlar. Bu tür bir durumun sonucu yargı bağımsızlığının her geçen gün gerilemesi ve siyasal iktidarı memnun eden bir yargı organının kurumsallaşmasıdır. Bu durum kısa vadede belirli bir siyasal iktidarın işine yarar gibi görünse de yargı bağımsızlığı kalmamış bir devletin hukuk devleti olarak adlandırılmaması nedeniyle, bu durumun kazananı olamaz. Bu çerçeveden bakıldığında hâkimlik teminatı bu görevi yürüten kişiye verilmiş kişisel bir ayrıcalık olmayıp kamu yararının gerçekleşmesinin vazgeçilmez bir önkoşuludur. Bu önkoşulun yerine getirilmesi hâkimlik teminatını güvenceye alan HSK’nın bağımsız olmasına bağlıdır.⁸⁷

Doktrinde ve AYM Kararlarında HSK türü üst yargı kurullarının oluşumunda farklı modeller olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin AYM daha önce alıntılanan kararında “*Yüksek Yargı Konseylerinin oluşumuna bakıldığında her ülkede farklı modellerin benimsendiği*”ni söylemektedir. Özbudun bu bağlamda “*bir çeşit kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisi*” oluşmaması için farklı modellerin benimsendiğini söylemekte ve Fransa’daki Yüksek Hâkimlik Şurası’nı (*Conseil Supérieur de la Magistrature*) örneğini vermektedir. Kurul Cumhurbaşkanınca altısı adliye hâkimleri arasından, biri Devlet Şurası içinden ve diğer ikisi kendi takdirine göre seçilen dokuz üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı Cumhurbaşkanı, başkanvekili Adalet Bakanı’dır. Bu yetki *paylaşılmış* bir yetkidir, çünkü Cumhurbaşkanı kendi seçtiği iki üye dışındaki üyeleri, üyelerin mensubu oldukları kurulların önerisi üzerine seçmektedir. Aynı şekilde İtalya’da da Yüksek Hâkimlik Şurasının (*Consiglio Superiore della Magistratura*)’nın

⁸⁷ Bu bağlamda basın-yayın organlarında sıklıkla dile getirilen bir eleştiriye değinmek gerekir. Ülkede yargılama konusu yapılması gereken olaylarla ilgili yargı organlarının harekete geçmemesi “*yürekli bir savcının*” bulunmaması nedenine bağlanmaktadır. Oysa sorun hiçbir şekilde bir “*yürekli savcı*” meselesi değildir. Yürekli savcının ortaya çıkmaması, hâkim ve savcıların mesleki güvenliklerinin sağlanmış olmasına bağlıdır ve bu güvenliği sağlayacak olan kurum HSK’dır. Siyasi etkiler altında oluşan HSK’nın hâkim ve savcılar üzerinde nesnel bir değerlendirme yapması beklenemez. Bu durumda savcıların, özellikle de siyasal iktidar yönünden sonuçları bulunan olaylara girmek istememeleri son derece doğal ve mantıklıdır. Çünkü bu tür davalar açan bir savcının, çeşitli yaptırımlarla karşılaşması büyük olasılıktır. Dolayısıyla HSK’nın siyasal oluşumlardan etkilenmeyecek biçimde oluşması, “*yürekli savcılarının*” ortaya çıkabilmesinin önkoşuludur. Bu tür bir HSK yapılması olmaksızın “*yürekli savcı*” ortaya çıkamaz; ortaya çıksa bile kısa sürede tasfiye edileceğinden ortaya çıkmasını kimse farkedemez.

üyelerinin 1/3'ü parlamento tarafından, üçte ikisi hâkimlerin kendi aralarından seçilmekte ve Kurulun başkanlığını Cumhurbaşkanı yapmaktadır.⁸⁸ Makalede daha önce aktarılan Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi görüşünde bu tür kurullarda “üyelerin tamamının ya da çoğunluğunun yargıçlardan oluşması” önerilmekteydi. Buna karşılık Venedik Komisyonu “Yargı içinde korporatizmin olumsuz etkilerinden sakınmak için, yargı bağımsızlığı ve özyönetim ile yargının hesap verebilir olması zorunluluğu arasında bir denge sağlanma(sı),... bu amaca hizmet edecek...karma yapılı bir yargı kurulu oluştur”ulmasından söz etmektedir. Komisyon Kurulun nasıl oluşturulması gerektiğini şöyle açıklamaktadır: “Yargı Kurulu üyelerinin önemli bir bölümü ya da çoğunluğu, yargının kendisi tarafından seçilmelidir. Kurula demokratik meşruluk kazandırmak için, diğer üyeler, gerekli yasal koşulları taşıyan kişiler arasından, olası çıkar çatışmalarını da göz önünde bulundurarak, yasama organı tarafından seçilmelidir.”⁸⁹ Çelik, Venedik Komisyonu’nun karma yapılı bir kuruldan yana tavır koymasıyla, yargı mensupları dışındaki üyelerin yasama organı tarafından seçilmesi gerektiğini söylemesiyle ve bu yaklaşımı demokratik meşruluk kavramıyla temellendirmesiyle Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu’ndan ayrıldığını belirtmektedir.⁹⁰ Aslında özü yönünden iki görüş arasında farklılık yoktur ve Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu ana noktayı yakalamıştır: “...yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması...”. Çelik, yasama organı tarafından kurullara üye seçiminde geçerli olan çoğunlukları incelemekte ve Belçika’da 2/3 çoğunlukla üye seçiminin parlamentodaki partileri uzlaşmaya zorladığını ifade etmektedir. Fransa’da atama yapılabilmesi için Meclisin her iki kanadında da atama komisyonlarında atamanın 3/5 çoğunlukla reddedilmemiş olması gerekir. Kanatlardan birinden böyle bir çoğunluk çıkarsa Cumhurbaşkanı atama yapamamaktadır. İspanya’da parlamentonun her iki kanadının da 3/5 çoğunluğu gerekmektedir. İtalya’da bu çoğunluk parlamentonun meclislerinin birleşik toplantısında ilk turda üye tamsayısının 3/5 çoğunluğuyla ve ikinci turda toplantıya katılanların 3/5 çoğunluğuyla seçildiği görülmektedir. Öte yandan bu kurulun seçiminde nitelikli çoğunluk aranmayan ülkelerde bu durumun ciddi biçimde eleştiri konusu olduğu söylenmektedir.⁹¹ Dolayısıyla Kurul için hangi model

⁸⁸ ÖZBUDUN, 1995, s. 335-336.

⁸⁹ Aktaran: ÇELİK, Burak., **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 87-88.

⁹⁰ ÇELİK, 2012, s. 88.

⁹¹ ÇELİK, 2012, s. 100-105.

benimsenmiş olursa olsun, yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde olmayan bir kurul oluşturulamadığı sürece yargı bağımsızlığının sağlanmasının güç olduğunu söylemek gerekir. Bu tür kurulların kurumsal bağımsızlığı kurul üyelerinin hangi yolla seçildiği, yürütme tarafından seçilen üyelerin kurulda ne kadar etkin oldukları, üyelerin geldikleri yer bakımından çeşitliliği, kendisine ait bütçesi ve binası bulunup bulunmadığı, görev ve yetkilerinin kapsamı, hâkim ve savcılar için ayrı kurulların bulunup bulunmadığı gibi hususların bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmesi sonucunda korunabilir.⁹²

HSK geçmişiyle birlikte değerlendirildiğinde şu özet yapılabilir: 1961 Anayasası döneminde karma yapılı bir kurul olarak tasarlanmış ve üyelerinin bir kısmı, parlamento tarafından nitelikli çoğunlukla seçilmiştir. 1971 değişikliğiyle üye sayısı 18'den 11'e düşürülmüş ve parlamento tarafından üye seçilmesi uygulamasına son verilmiştir. 1982 Anayasası Kurulun üye sayısını 7'ye indirmiş ve seçimin esas olarak yargıçlar arasında yapılmasına izin vermekle birlikte seçilenler arasından son kararı verme yetkisini Cumhurbaşkanına bırakmıştır. Cumhurbaşkanının parlamenter sistemin sembolik yetkili ve tarafsız Cumhurbaşkanı olduğu düşünüldüğünde bu durum herhangi bir sorun yaratmamıştır. Bu arada 1961 Anayasasında bulunmayan ve 1971 değişikliğiyle Adalet Bakanına oy kullanma hakkı verilmesiyle başlatılıp 1982 Anayasasıyla kurumsallaştırılan Adalet Bakanı ve müsteşarının, Kurul'a doğal üyeliği sürekli bir eleştiri konusu olmuştur. 2010 Anayasa değişikliğiyle Kurul'un üye sayısı 7'den 22'ye çıkarılmış ve ilk defa Cumhurbaşkanına hâkim olmayan 4 üye belirleme hakkı verilmiştir. 2017 Anayasa değişikliğiyle yeniden parlamentoya üye seçme hakkı verilmiş ve üye sayısı 13'e indirilerek Cumhurbaşkanının, hâkim olmayan 4 üyeyi seçme hakkı sürdürülmüştür. Bu arada "12 Eylül ile hesaplaşma" olarak sunulan ve 2010 Anayasa değişikliklerinden başlayarak, 12 Eylül döneminin en çok eleştirilen Adalet Bakanı ile müsteşarının doğal üyeliği uygulaması, "hesaplaşma" argümanı ile çelişkili biçimde sürdürülmüştür. Parlamento hâkim ve savcılarının kendi aralarından seçtikleri üyeler arasından ilk turda 2/3, ikinci turda 3/5 çoğunlukla üye seçme hakkına sahip olmuştur. Bu çoğunluk bulunmadığında kur'a yöntemine başvurulması öngörülmüştür. Sonuç şudur: Adalet Bakanı ve müsteşarının doğal üye olması ve Cumhurbaşkanının dört üyeyi özgürce belirlemesi nedeniyle, yürütmenin,

⁹² EKİNCİ, Bezar Eylem., *Anayasa Hukuku Açısından Yüksek Yargı Kurulları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 324.

Kurul'da altı üyesi bulunmaktadır. 13 üyeli Kurul'da çoğunluğu sağlamak için yürütmenin sadece bir üyeye ihtiyacı kalmaktadır. Cumhurbaşkanının TBMM'de çoğunluk partisinin genel başkanı olduğu düşünüldüğünde, parlamentodaki disiplinli parti yapısı nedeniyle geriye kalan bir üyeliğin sağlanmasının hiç de zor olmadığı anlaşılabilir. Daha da kötüsü 2017 yılında yapılan ilk seçimde, seçime ilişkin olarak yapılan yanlış hesaplamalar nedeniyle muhalefet toplantılara girmemiş ve siyasal iktidar bütün adaylarını seçtirebilmiştir. 2021 seçimlerde uzlaşma önererek yeniden çoğunluğunu garantilemiştir. Çünkü önerilen uzlaşma Anayasa'nın ruhunda olduğu gibi siyasal tercihlerin bir kenara bırakılarak liyakatli adayların seçilmesi şeklinde olmamış belirlenen kontenjanların paylaşılması biçiminde olmuştur. Anlaşmayla muhalefet partilerine üç ve iktidara dört üyelik verilmiştir. Bu anlaşma HSK'nın siyasal bir yapı haline gelmesiyle sonuçlanmıştır. Muhalefet ise bu anlaşmayı yaparken, amacının kendi seçtiği üyeler aracılığıyla Kurul'da olup bitenleri öğrenmek olduğunu beyan etmiştir. Kuru, daha önce aktarıldığı gibi 1966 yılında şunları söylemektedir: *“Kurul üyeliğine seçilmek isteyenlerin zaruri olarak bir siyasi partinin desteğini araması ve bu hususta çalışması gerekecektir. Bu ise hâkimliğin zaruri vasfı olan bağımsızlık ilkesi ile bağdaşmaz bir durumdur.”* Dolayısıyla mevcut haliyle Kurul'un hâkim ve savcı teminatını sağlayacak bağımsız bir yapı olduğunu savunmak zordur. Yürütme doğrudan ve dolaylı olarak Kurul üyelerinin çoğunluğu üzerinde hâkimiyete sahip olduğundan, özellikle önemli siyasal meselelerde belirleyici olma potansiyeline sahiptir.

Benzer bir değerlendirmenin AYM yönünden de yapılması mümkündür. AYM “anayasanın üstünlüğü” ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan en önemli kurumdur. Anayasanın varlığına rağmen anayasaya aykırı yasaların yapılması ve yürürlükte kalması anayasanın üstünlüğünü ortadan kaldırır. Parlatmentonun çalışmasına ilişkin kuralların varlığına rağmen, parlatmentonun bu kurallara aykırı bir işleyiş sergilemesi de ancak AYM'nin denetim yapmasıyla önenebilir.

AYM, ilk defa 1961 Anayasasında, 15 üyeli bir mahkeme olarak oluşturulmuştur. Mahkemeye yargı organları tarafından 7 üye seçilmektedir. Cumhurbaşkanının bir üyeyi Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden seçtiği düşünülürse çoğunluk (8 üye) yargı organları içinden seçilmiş olmaktadır. Sayıştay'dan gelen üyeye birlikte bu sayı 9 olmaktadır. Cumhurbaşkanının özgürce seçebileceği üye sayısı sadece bir (1) dir. Yasama meclisleri beş üyeyi nitelikli çoğunlukla seçmektedir. 1982 Anayasası üye sayısını 11'e düşürmekte, parlatmento tarafından yapılan seçime son vermekte ve

kurumlar tarafından yapılan seçimler sonunda belirlenen üç kat aday arasından son seçimi yapma yetkisini Cumhurbaşkanına vermektedir. Anayasa'nın gerekçesinde Cumhurbaşkanına verilen bu yetkinin gerekçesi olarak “Cumhurbaşkanlığı(nın) tarafsız ve yüce bir kuruluş” olması gösterilmektedir. Bir başka anlatımla bu tercihin nedeni, Mahkemenin önemini, devletin birliğini temsil eden tarafsız Cumhurbaşkanını devreye sokarak gösterme kaygısıdır. 2010 Anayasa değişikliğiyle Mahkemenin üye sayısı 17'ye çıkarılmakta ve bunların 3 ünü seçme yetkisi yeniden parlamentoya bırakılmaktadır. Bu üyelerin geriye kalanı Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekte, ancak yargı organları tarafından belirlenecek adaylar arasından belirlenecek üye sayısı ile Cumhurbaşkanının özgür biçimde belirleyeceği sayı 7 olarak eşitlenmektedir. 2017 Anayasa değişikliğiyle üye sayısı 15'e indirilmekte ve yargı organları tarafından belirlenecek adaylar arasından sadece beş üyenin seçilmesine izin verilmektedir. Böylece son değişiklikle Cumhurbaşkanı 15 üyeden yedisini özgürce belirleyebilmektedir. Cumhurbaşkanının Meclisteki partisinin genel başkanı olduğu düşünüldüğünde Meclisten seçilecek üç üyenin belirlenmesinde söz sahibi olma olasılığının yüksek olduğu anlaşılabilir. Üyelerinin en azından çoğunluğu, tarafı Cumhurbaşkanı tarafından belirlenebilen bir AYM'nin anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirme konusunda fazlaca zorlanacağı ya da bu ilkenin hayata geçirilmesinin güç olacağı öngörüsünde bulunulabilir. Bu aslında sadece bir öngörü de değildir. AYM'nin 1982 Anayasası dönemindeki içtihat değişiklikleri göz önünde bulundurulduğunda, yapı değişimi ile içtihat değişiklikleri arasında bağlantı kurulabilir. AYM 1982 Anayasasındaki sınırlandırılmış şekil denetimini 1991 yılına kadar katı biçimde uygulamış ve bu yıl geliştirmeye başladığı “eylemler içtüzük değişikliği” içtihadıyla içtüzük uygulamalarının anayasaya aykırılığını denetlemeye başlamıştır. Ancak 2008 yılında bu içtihadını değiştirmiş ve 1991 öncesi yorumuna geri dönmüştür.⁹³ 2010 Anayasa

⁹³ Bu konu sadece Türkiye’de tartışma ve içtihat değişikliği konusu olmamıştır. Bu konuda taraflarından biri nasyonal sosyalizmin teorisyeni Carl Schmitt olan Almanya ve Avusturya’daki iki tartışmadan söz edilebilir. Almanya’da Weimar Anayasasının hazırlık çalışmaları sırasında yaşanan birinci tartışma sırasında Carl Schmitt, Hukuk Devleti ile Devletin siyasi biçimi arasında bir ayrışma olması ve Hukuk Devletinin şekli bir bileşim olması gerektiğini savunurken, Weimar Anayasasının babası H. Preuss bu düşünceye karşı çıkmıştır. Preuss Anayasa Komisyonundaki görüşmeler sırasında Hukuk Devletinin, Devletin siyasi biçiminden ayrılamayacağını ve bu ikisi arasında sadece görel bir özerklik olabileceğini iddia etmiştir. Weimar Anayasası döneminde *Devlet Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht)* 4 Kasım 1925 tarihli kararında, mahkemelerin kanunların şekli denetimini yapabileceklerini kararlaştırmıştır. Mahkemeler bu karara dayanarak kanunların şekil

değişikliklerinden sonra 2012 ve 2013 yıllarında bu içtihadını pekiştirmiştir. AYM, denetiminden kurtulan TBMM'nin, temel kanun, teklif görünümlü tasarı ve torba kanun yollarıyla yasa yapım sürecini Anayasadaki ilkelere aykırı biçimde hızlandırmasının önünü açmıştır. Aynı şekilde AYM 1990'lı yıllardan başlayarak Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) “önemli, ivedi ve zorunlu” konulara hasredilmesi gerektiğini bildirmiş ve bu konuda

bakımından anayasaya uygunluk denetimini yapmış ancak esas bakımından denetim yapmamışlardır. Bu dönemde yazdıklarıyla faşist Nazi rejimini meşrulaştırmaya çalışan Ernst Forsthoff, Yüksek Mahkemenin bu kararını bile yargı bürokrasisinin, bir partiler koalisyonu hâkimiyetinde bulunan Parlamente'ya bir güvensizlik ifadesi saymıştır. Bu eğilim, o dönemde, Yüksek Mahkemenin ve mahkemelerin faşist Nazi rejiminin gelişip serpilmesine muhalefet etmesini engellemiştir. Weimar Cumhuriyetinin sınırlarının havaya uçurulmasının nedeni olarak tanımlanan 24 Mart 1933 tarihli tam yetki yasasından yaklaşık bir ay önce, 28 Şubat 1933 tarihinde çıkarılan “ordonans” kamu özgürlüklerinin teminatı Anayasanın 48. maddesine dayanılarak kaldırılmış ve Mahkeme bu düzenlemenin anayasaya esas bakımından uygunluk denetimini yap(a)mamıştır. Böylece Pruss haklı çıkmış ve hukuk devleti ile devletin siyasi biçimi arasında ayırım yapılamayacağı pahalı da olsa kanıtlanmıştır. Çünkü bu denetimsizlik Almanya'yı faşist rejime sürüklemiştir. Weimar Anayasası dönemindeki bu deneyime tepki olarak Bonn Temel Yasası döneminde şekli hukuk devletinden maddi hukuk devletine (*materieller rechtsstaat*) bir geçiş yapılmıştır. Tepki niteliğindeki Bonn Temel Yasasında temel haklar, anayasanın başında tanımlanmış ve daha ilk maddede temel hakların yasama, yürütme ve yargı iktidarlarını bağladığı açıklanarak kanunların anayasaya uygunluk denetiminin maddi temeli hazırlanmıştır. Bazı anayasacılar bu gelişmeyi *Hukuk Devletinden (Rechtsstaat), Yargıçlar Devletine (Richterstaat)* geçişin bir başlangıcı saymıştır. Çağlar daha ılımlı bir formülle *Maddi Hukuk Devletini, Yargıçlar Devleti* ile *Demokrasinin yeni bir sentezi* olarak görmüştür (ÇAĞLAR, Bakır., **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 169-170). Schmitt'in ikinci tartışması Avusturya'da Saf Hukuk Kuramının kurucusu Kelsen'le AYM konusundadır. 1928 yılında yapılan tartışmanın konusu merkezi anayasa yargısı olmuştur. Sorun anayasanın bekçisinin kim olacağıdır. Schmitt 1929'a kadar belirli bir ölçüde AYM'nin varlığını kabul etmişken daha sonraları, bu koruyuculuğu, devletin birliğini temsil ettiğini ve kamu görevlisi olduğundan tarafsız davranacağını düşündüğü devlet başkanına vermiştir. Schmitt'e göre parlamentonun aldığı kararları denetleyecek anayasa yargısı siyasalı hukuksallaştırmamakta, ama hukuku siyasallaştırmaktadır. Kelsen ise AYM'yi azınlıkların güvencesi ve çoğunluğun hukuk ihlallerinin önündeki engel olarak görmüştür. Kelsen hukuk ve siyaseti zıt eksenler olarak görmemiştir. Kelsen'e göre “*negatif yasakoyucu*” olan AYM siyasal bir karaktere de sahiptir. Ona göre AYM parlamento gibi siyasal organlarla çatışmaz ve tam tersine norm denetimiyle kuvvetler ayrılığını pekiştirir. Çoğulcu demokrasi ancak AYM ile korunabilir, anayasal uzlaşmazlıkların öznesi olan devlet başkanı gibi bir anayasal organ anayasanın bekçisi olamaz (KANADOĞLU, Osman Korkut, ve Ahmet Mert Duygun., **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 2. Baskı, Onikilevha yayınları, İstanbul, 2021, 430). Türkiye'de AYM'nin 2008 içtihat değişikliği, tersine de olsa Almanya ve Avusturya'daki gelişmenin benzerinin yaşandığını göstermektedir.

istikrarlı bir içtihat geliştirmiştir. Bu içtihat da 2011 yılında, 2010 Anayasa değişikliğinden hemen sonra köklü biçimde değiştirilmiş ve “KHK’lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa’da herhangi bir düzenleme yer alma”dığını söylemiştir. Paralel bir gelişme Olağanüstü Hal (OHAL) dönemlerinde çıkarılan KHK’ler için geçerlidir. Mahkeme 1991 yılında verdiği kararında bir KHK’nin başında OHAL nitelemesi bulunmasının onun OHAL KHK’si sayılması için yeterli olmadığını ve adı OHAL KHK’si olmakla birlikte bu nitelikte olmayan KHK’lerin AYM tarafından denetlenebileceğini kararlaştırmıştır. AYM 2016 yılında bu içtihadından da dönmüş ve AYM’nin adı OHAL KHK’si olan yasal düzenlemeleri denetleyemeyeceğini kararlaştırmıştır. Bu içtihat değişikliklerinin yürütmenin sınırsız davranmasının ve yasama organına karşı orantısız bir güç kazanmasının önünü açtığından kuşku duyulamaz.⁹⁴ Burada sözü edilen üç içtihat da 1990’lı yılların başında oluşmuş ve 2010’lu yıllarda tam tersine dönmüştür. Bu dönüşüm yasama organının zayıflaması ve 2017 değişikliğiyle yürütmenin yasama karşısında orantısız bir güç kazanmasına eşlik etmektedir.

Sağlam 2010 Anayasa değişikliklerinin yargı bağımsızlığı üzerindeki etkilerini incelediği makalesinde, bu makalede olduğu gibi HSYK ile AYM’nin oluşum biçimi üzerinde son derece ayrıntılı olarak durmaktadır. Sağlam makalesinin sonunda “güçler ayrılığının ve bağımsız yargının yer almadığı bir yerde demokrasiden söz edilemez. Böyle bir ortamda siyasal iktidar içinde sergilenen güç kavgası, bizi çoğunlukçu bir diktatörlüğe götürür.”⁹⁵ diyerek güçler ayrılığı, bağımsız yargı, demokrasi ve çoğunlukçu diktatörlük arasındaki ilişkiye işaret etmektedir. Sağlam son derece isabetli biçimde “Türkiye’de güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerine dayalı anayasal sistemin kimyası”nın bozulmasının 2010 Anayasa değişikliklerinin uzantısı olduğu saptamasını yapmaktadır.⁹⁶ Sağlam’ın *Cumhuriyet Gazetesinin Olaylar ve Görüşler* köşesinde yazdığı yazıda tarihsel değere sahip şu saptamaları yapmaktadır:

“Bugün Türkiye’de yargı düzeni için iki ayrı 12 Eylül’den söz etmek mümkün. Birinci 12 Eylül, getirdiği anayasa ile yargı düzenini siyasal

⁹⁴ Bkz: BAKIRCI, Fahri, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması, Yasama Yetkisinin Devri ve Nedenleri Üzerine”, **Kamu Hukukunun Dönüşümü Sempozyumu (29-30 Nisan 2017)**. Kamu Hukukçuları Platformu İstanbul, 2017, s. 127-196.

⁹⁵ SAĞLAM, Fazıl, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”, **Teoman Ergül’e Armağan**, (Der. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2017, s. 442.

⁹⁶ SAĞLAM, 2017, s. 373.

iktidarın etkisine açtı. İkinci 12 Eylül ise 2010 anayasa değişikliğinin halkoylamasında kabulünden sonra yargıyı siyasal iktidara bağlamanın temelini attı...Halkoylaması için 12 Eylül'den daha uygun ve anlamlı bir gün bulunamazdı. Çünkü iktidar çevrelerince halka '12 Eylül'le hesaplaşmak' diye sunulan bu paket, özünde 12 Eylül anlayışının daha da koyutulmuş olarak AKP'ye uyarlanmasından başka bir şey değildir. Özünde derken, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) ile ilgili maddeleri kastediyorum. Bunlar anayasa değişikliğinin asıl amacı ve kalbidir. Gerisi bunu örtmeye yönelik zevksiz bir makyajdır.”⁹⁷

Bu saptamaları tamamlayan bir açıklama 2012 yılında “*Demokrasi ve Özgürlük İçin Avrupa Yargıçlar Birliği (MEDEL)*” tarafından hazırlanan raporda yer alan şu ifadelerdir: “*Türkiye’de yargı siyasi gücün emrine verilmiştir ve yargının kontrol ve sınırlandırma işlevlerini yapmasına izin verilmemektedir.*”⁹⁸

Gerçekten de yakın tarihte yaşanmış çeşitli tarihsel olaylar bu saptamaları doğrulamıştır. Türkiye’de devlete paralel bir devlet yapılanması çabası içinde olan FETÖ terör örgütü sadece sivil ve askeri teşkilatların içine sızarak güvenlik güçlerini ele geçirme çabası içinde olmamış ama aynı zamanda yasama ve yargı güçlerini de etkisi altına alarak güçler birliğine dayalı bir sistem inşa etmeye çalışmıştır. Örgüt, kendisi yönünden son derece doğru bir strateji belirlemiş ve yargının ele geçirilmesini öncelikli bir hedef olarak belirlemiştir. Bu bağlamda, “cemaat” adıyla anılan ve günümüzde FETÖ terör örgütü olarak anılan yasa dışı yapının 2010 Anayasa değişikliklerine neden çok büyük bir destek verdiğini ve değişikliklerin kabulü için yoğun bir çaba harcadığını anlamak kolaylaşmaktadır: Örgüt “*yargı siyasi gücün emrine verilme*”ksizin bir ayak bağı olacağına hesabını yapmış ve bu nedenle yargının ele geçirilmesinde iki kalenin, yani HSYK ile AYM’nin ele geçirilmesinin, öncelikli hedefler arasında yer almasını sağlamıştır. Bir başka anlatımla, yargının, güçler ayrılığı ilkesinin işletilmesindeki yaşamsal rolünün farkında olduğundan

⁹⁷ SAĞLAM, *İki ‘12 Eylül’ ve Yargı*, 2010. Sağlam aynı yazısında siyasal iktidar tarafından çeşitli ortamlarda dile getirilen “*Anayasa Mahkemesi kararını yok hükmünde sayarız*”(1), “*Meclis Anayasa Mahkemesi’ni de kaldırma yetkisine sahiptir*”(2), “*...bu kuvvetler ayrılığı denen var ya... O önünüze gelip engel olarak dikiliyor*”(3), “*Yüce Divan’a güvenmiyoruz*”(4), “*Asıl yargı halkın yargısıdır. Yüce Divan’ın lafı mı olur?*”(5)” biçimindeki söylemlere de atıfta bulunarak oluşan yapıyı, Mümtaz Soysal’ın “*kuvvetler yapışıklığı*” kavramıyla tanımlamaktadır.

⁹⁸ ARMUTÇU, Oya. «Avrupa'dan zehir zemberek rapor.» *Hürriyet*, 30 06 2012. *YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)*

bu organın yürütme organının emrine girmesi amaçlanmış ve son derece bilinçli biçimde, yargının bağımsızlığının sağlanmasında vazgeçilmez önemde olan HSYK ve AYM'nin oluşumuna odaklanılmıştır. Aslına bakılırsa, bu iki kurumun yapı ve işleyişine ilişkin hükümleri 2010 Anayasa değişikliklerinin belkemiğini oluşturmaktadır; taslağın görüşülmesi sırasında “12 Eylül Hesaplaşması” olarak sunulan değişiklikler göstermeliktir. 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra sözkonusu örgüt, HSYK'da yapılan seçimleri de yönlendirmeye çalışmış ve büyük bir başarı sağlamıştır. Nitekim 15 Temmuz darbe girişiminden sonra, örgütün, yargı organını, bu kurumlar üzerinden nasıl ele geçirmeye çalıştığı ortaya çıkmış ve kapsamlı bir tasfiye süreci başlatılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bu tasfiye sürecinin gerçek bir yargı reformu ile el ele yürütülmesi gerekir. Aksi takdirde bu tasfiyeden sonra, benzer gelişmelerin yaşanması ve yeni tasfiye gereksinimlerinin doğması kaçınılmazdır. Bu makalede incelenen HSK ve AYM'nin oluşumuna ilişkin 2017 Anayasa değişiklikleri bu tür bir reformun önünü açmak yerine 2010 Anayasa değişikliklerini güçlendirme eğiliminde olmuştur.

Yakın tarihte yaşanmış ve sonuçları görülmüş olan bu olaylar HSK ve AYM'nin oluşumunun, yargı bağımsızlığı üzerindeki; yargı bağımsızlığının güçler ayrılığı ilkesi üzerindeki ve güçler ayrılığı ilkesinin hukuk devleti ve demokrasi üzerindeki etkisini tartışmaya gerek bırakmayacak biçimde ortaya koymuştur. Bu kurulların siyasal iktidarın emrine girmesi, yargı bağımsızlığına son verir; bağımsızlığını kaybeden yargı, fren ve denge sistemi içindeki erklerden biri olmaktan çıkar; yargının denetiminden kurtulan siyasal iktidar, dayandığı çoğunluğun oylarıyla bir çoğunlukçu diktatörlüğe kayar. Şu halde tam bir hukuk devleti için bağımsız bir yargının teminatı olan bağımsız bir HSK'nın ve anayasanın üstünlüğünü koruyacak bir AYM'nin varlığı şarttır. Her iki kurulun oluşumunda da siyasi etkilerin belirleyici olması hukuk devleti yönünden büyük tehdit oluşturmaktadır. Bu nedenlerle hukuk devleti ve yargı reformu yönünde adım atılacaksa, bu kurulların yapısının masaya yatırılarak siyasal etkilerden arındırılması bir zorunluluktur.

Yargı bağımsızlığını sağlamada temel bileşenlerden ikisi olan AYM ve HSK'nın siyasal etkilerden arındırılarak oluşturulması, bir başka anlatımla bu kurumlar üzerinde belirli bir siyasal çoğunluğun hâkimiyet kurmasının engellenmesi ya da yukarıda belirtildiği gibi “...yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması...”. hukuk devleti için vazgeçilmezdir. Bu kurumlara demokratik bir öz kazandırmak için parlamentonun belirli bir sayıda üye seçmesine izin vermek öngörülen

amacın tersine sonuçlar doğmasına neden olabilir. TBMM’de olduğu gibi ilk iki turda 2/3 çoğunluk aramak ve bu çoğunluk bulunamadığında nitelikli çoğunluğun miktarını azaltarak niteliksiz çoğunlukla seçime izin vermek, ilk iki turu formaliteye dönüştürmekte ve siyasal çoğunluklar sonraki turlarda kendi adaylarını seçmektedir. HSK örneğinde olduğu gibi nitelikli çoğunluk bulunamaması halinde en çok oy alan iki aday arasında kur’a yoluna gitmek de tam bir çözüm olmamıştır. Açıkça dile getirilmemekle ve henüz uygulanmamakla birlikte siyasal iktidar, birinci ve ikinci turda en çok oy alan iki aday arasında kur’a ile seçim yapma eğiliminde görünmektedir. Muhtemelen bu nedenle muhalefet partileri kur’a yoluna gitmektense iktidar bloku ile anlaşma yapma seçeneğini tercih etmişlerdir. Öte yandan 13 üyeli HSK’nın 6 üyesi zaten doğrudan ve dolaylı olmak üzere yürütme organı tarafından seçilmektedir. Siyasal iktidarın HSK’da çoğunluğu sağlamak için sadece bir üyeye ihtiyacı kalmaktadır ve kur’a ile seçime gidilse bile bu üyeyi elde etme olasılığı yüksektir. Bu kurumlar üzerinde siyasal çoğunluğun hâkimiyet kurmasını engellemek için bu tür olasılıkları tümüyle ortadan kaldırmak gerekir. Bunun için kurulların üyelerinin belirli bir kısmının bizzat kendileri tarafından seçimini olanaklı kılmak ve TBMM tarafından yapılacak seçimlerde siyasal çoğunluğun oylarıyla üye seçimine izin vermemek gerekir. Bu amaçla önerilebilecek formül üye tamsayısının 2/3 çoğunluğunun sağlanamaması halinde, komisyon aşamasında, seçilecek üye sayısının 3-4 katı aday arasından kura ile üye seçmek ve Genel Kurul’da da bu formülü tekrarlamaktır. Hiç kuşkusuz belirtilen amacı sağlamaya yönelik başka formüller de düşünülebilir ve TBMM’nin üye seçiminden tümüyle vazgeçmek de bu formüller arasındadır. İnceoğlu bu konuda 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra Avrupa Yargıçları Danışma Kurulunun 10 numaralı görüşüne dayanarak şu tespitleri yapmaktadır:

“Çoğulculuğu sağlamak, korporatizm riskini önlemek için yargıç ve savcı olmayan üyelerin de HSYK içinde olması benimsenebilir. Fakat bu üyelerin hangi oranda yer alacakları, seçimlerinde kimlerin nasıl rol oynayacakları önem kazanmaktadır...Bu yetkinin yasama organına verilmesi gereklidir, fakat bağımsız ve dolayısıyla tarafsız bir yargı sağlayabilmek için kendi başına yeterli bir unsur değildir. ...çoğunlukçu değil çoğulcu bir demokrasiye dayanmak için başka bazı güvenceleri de öngörmek gereklidir...yasama organı tarafından HSYK’ya seçilecek üyelerin sayısı sınırlı tutulmalıdır, yargıç ve savcıların kendi aralarından seçecekleri üye sayısı büyük çoğunluğu oluşturmaldır. Ayrıca yasama organının üye seçme

usulü iktidar partisinin tek elinde bir atamaya dönüşmemelidir, iktidar partisi Meclisteki muhalefet partileriyle uzlaşmak zorunda olmalıdır.”⁹⁹

2017 Anayasa değişiklikleriyle bu önerilerin tam tersi yapılmıştır. *İlk olarak* yasama organı adalet bakanı ve müsteşarı dışındaki toplam 11 üyenin 7’sini, yani 2/3’ünü seçmekle görevlendirilmiştir. *İkinci olarak* “yargıç ve savcıların kendi aralarından” üye seçmeleri olanaksız kılınmıştır. *Üçüncü olarak* “yasama organının üye seçme usulü iktidar partisinin tek elinde bir atamaya” dönüşmüştür. *Dördüncü olarak*, “iktidar partisi Meclisteki muhalefet partileriyle uzlaşma”sını tarafsız üyeler üzerinde değil, tam tersine politik taraflılığını ispatlamış üyeler üzerinde sağlamıştır. Bunun sonucu muhalefet partilerinin de onayıyla üyelerin tümüyle siyasallaşması olmuştur. Dolayısıyla yargı bağımsızlığının sağlanması için 2010 Anayasa değişiklikleri üzerinde dile getirilen önerilerin 2017 anayasa değişikliklerinden sonra da geçerliliklerini sürdürdüklerini söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- ALDIKAÇTI, Orhan., **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Toker Matbaası, İstanbul, 1964.
- ANAYURT, Ömer., **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ARMUTÇU, Oya. «Avrupa'dan zehir zemberek rapor.» *Hürriyet*, 30 06 2012.
- AYM (2010), E. 2010/49, K. 2010/87, K.T. 07.07.2010.
- AYM (1963), E. 1963/125, K. 1963/112, K.T. 15.05.1963.
- BAKIRCI, Fahri, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması, Yasama Yetkisinin Devri ve Nedenleri Üzerine”, **Kamu Hukukunun Dönüşümü Sempozyumu (29-30 Nisan 2017)**. Kamu Hukukçuları Platformu İstanbul, 2017, (s. 127-196).
- BAKIRCI, Fahri ve diğerleri., **Parlamento Hukukuna Giriş**, Lykeion, Ankara, 2020.
- BAKIRCI, Fahri/ İBA, Şeref., **Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- BAYRAKTAR, Köksal, “Genel Değerlendirme”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der.Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, (s. 159-160)

⁹⁹ İNCEOĞLU, 2012, 263.

- CENGİZ, Burcu., **Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Nitelikleri ve Etkileri**, TBMM Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014.
- ÇAĞLAR, Bakır., **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.
- ÇELİK, Burak., **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- ÇELİK, Demirhan Burak., “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hakimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 73, no. 4 (s. 1057-1094), 2018.
- EKİNCİ, Bezar Eylem., **Anayasa Hukuku Açısından Yüksek Yargı Kurulları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- ERGÜL, Ozan., **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- EROĞUL, Cem., **Anatüzeğe Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş)**, 7. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2004.
- ERTEKİN, Orhan Gazi., **Yargı Meselesi Hallolundu! Yargıçların "eşekli demokrasi" ile imtihanı**, 3. Basım, Epos Yayınları, Ankara, 2011.
- GÖZLER, Kemal., **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- İLKİZ, Fikret, “Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, (s. 35-47).
- KANADOĞLU, Osman Korkut, ve Ahmet Mert Duygun., **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 2. Baskı, Onikilevha yayınları, İstanbul, 2021.
- KARABAĞLI, Hülya., “HSK seçimi bugün; 83 aday arasından kimler AKP'ye yakın, başvurularında ne yazdılar?” *T24 Bağımsız İnternet Gazetesi*, 10 Mayıs 2017.
- KURU, Baki., **Hakim ve Savcılar Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.
- LOCKE, John., **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, (çev. F. Bakırcı), 6. Basım, Serbest Yayınları, Ankara, 2021.
- İNCEOĞLU, Sibel., “Yargı Bağımsızlığı için Anayasal Öneriler”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (2012): 259-275.
- ÖDEN, Merih., “Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Yargı”, *AÜHFĐ* 48, no. 1 (1999): 23-37.
- ÖZBEK, Kadir/ ERTOSUN, Ali Suat., **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010.

- ÖZBUDUN, Ergun., **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.
- SABUNCU, Yavuz., **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.
- SAĞLAM, Fazıl., “İki ‘12 Eylül’ ve Yargı” *Cumhuriyet*, 15 Temmuz 2010.
- SAĞLAM, Fazıl., “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”, **Teoman Ergül’e Armağan**, (der. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2017, s. 373-444.
- SEVİNÇ, Murat., “2010 Anayasa Değişiklikleri: Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 65, no. 2, (s. 271-294), 2010.
- SOYSAL, Mümtaz., **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1986.
- Sözcü Gazetesi. «HSK seçimi için uzlaşma sağlandı.» *Sözcü Gazetesi*, 20 Mayıs 2021: 1.
- TANİLLİ, Server., **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayınları, İstanbul, 1982.
- TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi., **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku.**, 13. Basım, Beta, İstanbul, 2013.
- TBMM (2017a), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu İle Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Tutanak Dergisi*, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 09 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1.
- TBMM (2017b), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu İle Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Tutanak Dergisi*, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 10 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 3, Oturum: 1.
- TBMM (2017c), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu İle Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Tutanak Dergisi*, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari, 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı:4, Toplantı 4, Oturum: 1.
- TBMM (2021), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 25.05.2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 83, Oturum: 1.
- ULUDAĞ, Alican., AKP ile MHP arasında yeni pazarlık... Hedef yine 330.» *Cumhuriyet*, 30 Nisan 2017.
- YARSUVAT, Duygun. “Genel Rapor”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, (s. 161-164).

YAVUZ, Bülent., Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.