

Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması

*Prof. Dr. Yavuz ATAR **

I. GİRİŞ

Türk anayasa yargısının bir kısmı Anayasa Mahkemesinin yapısı ve üyelerinin belirlenmesi sisteminden, bir kısmı da mahkemenin yargısal aktivizminden kaynaklanan sorunları mevcuttur. Bu nedenle, çeşitli çevrelerce uzun zamandır dile getirilen Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılandırılması bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu çerçevede yapılacak düzenlemelerin başında Mahkeme üyelerinin seçilmesi sisteminin değiştirilmesi ve yetkilerinin gözden geçirilmesi gelmektedir. Yakın zamanda hazırlanan bazı yeni anayasa çalışmalarında da bu yönde önerilere yer verilmiştir.

II. GENEL OLARAK ANAYASA YARGISI VE ANAYASA MAHKEMELERİ

Anayasa yargısı ilk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde devletin federal yapıya sahip olmasından kaynaklanan sebeplerle ortaya çıkmış, daha sonraları ise insan hak ve hürriyetlerinin korunması anayasa yargısının temel amacı olmuştur. Avrupa'da ise İkinci Dünya Savaşı sonrasında, geçmişte yaşanan acı tecrübelerin bir sonucu olarak insan hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunması zorunluluğu ortaya çıkmış, bu da anayasa yargısını gündeme getirmiştir. Anayasa yargısının giderek yaygınlık kazanmış olmasının sebeplerini, Kıta Avrupasında demokrasi anlayışının gelişme göstererek farklı bir içerik kazanması, kuvvetler ayrılığı kavramındaki gelişmeler, anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesinin yerleşmesi ve en önemli olarak da insan haklarının yasama organı karşısında korunması olarak sayabiliriz.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

Parlamentonun egemenliği, ya da üstünlüğü ilkesine dayalı çoğunlukçu demokrasi anlayışında anayasa yargısına yer verilmemektedir. Çünkü parlamentonun egemenliği anlayışında, parlamento hukuken sınırsızdır ve yasama işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenmesi söz konusu değildir. Bu anlayışa göre, seçimle oluşan ve siyasal bir organ olan parlamento üzerinde yargı organları vesayet kuramaz. Zira yasama organı, egemenlik yetkisini kullanan yegâne organdır. Çođulcu demokrasi anlayışında ise, anayasanın üstünlüğü ve bunu sağlamak üzere de katı anayasa ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemi geçerlidir¹.

Anayasa yargısını kabul etmeyen ülkeler arasında, İngiltere, Yeni Zelanda, İsrail, Belçika, Finlandiya, Lüksemburg, Hollanda ve İsviçre sayılabilir². Bilindiđi gibi bu ülkelerin bazıları, başta İngiltere olmak üzere, anayasa yargısının ön-şartlarından olan yazılı ve katı anayasalara da sahip değildirler.

Parlamentonun egemenliği anlayışı karşısında, anayasa yargısının gelişmesi, anayasanın, yasama yetkisini, halkı temsil eden parlamentoya, anayasaya uygun olarak yerine getirmesi şartıyla verdiği, “kanunların ancak anayasaya saygı içerisinde genel iradeyi ifade edeceği” düşüncesi ile mümkün olmuştur³. Çađlar’ın ifadesiyle, anayasa yargısı, “hukuk devletinin cihazlanmasıdır”⁴.

Anayasa yargısının kabul edilmesi halinde, denetimi yapan yargı organının niteliği (genel mahkemeler - özel mahkeme), konunun mahkemeye götürülüş biçimi (soyut norm denetimi-somut norm denetimi veya iptal dâvası-itiraz yolu) ve mahkeme kararlarının kapsam ve sonuçları (herkes için -*erga omnes*- iptal ve yalnız tarafları bağlayıcı -*inter partes*- karar) bakımından bazı farklı tercihler

¹ Özbudun, Ergun: Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Ankara 1993, s.158.

² Lijphart, Arend: *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri* (Çevirenler: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneđi Ortak Yayını, s.129 Tablo 11/2.

³ Vedel, Georges: “Temel Hukuki Seçenekler”, *BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı* (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu-Türk Demokrasi Vakfı), Ankara 1993, s.70.

⁴ Çađlar, Bakır: *Anayasa Bilimi*, İstanbul 1989, s.166.

bulunmaktadır⁵. Ancak bu farklı yöntemlerden bazılarının, örneklerini birçok ülkede gördüğümüz şekilde, birlikte kabul edilmesi de mümkündür.

Çoğunlukçu demokrasi modeline yakın birçok ülke de dahil olmak üzere, demokratik ülkelerin büyük çoğunluğu, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul etmiştir. Bunlar arasında, anayasa yargısının ilk olarak içtihat yoluyla geliştirildiği Amerika Birleşik Devletleri ile Almanya, İtalya, Fransa, Danimarka, İzlanda, İrlanda, İsveç, Avusturya, Avustralya, Kanada, Japonya, Norveç, Hindistan ve Türkiye sayılabilir. Öte yandan demokrasiye geçiş sonrasında İspanya ve Portekiz ile Doğu Avrupa ülkelerinin tamamına yakını (Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Bulgaristan, Romanya, Arnavutluk) ve tam yerleşmemiş olmakla birlikte Rusya, Ukrayna, Türkmenistan, Kırgızistan gibi bazı eski SSCB ülkeleri de anayasa yargısını benimsemiştir.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, denetimin yapıldığı zamana göre ise, *önleyici denetim* ve *düzeltilici (bastırıcı) denetim* şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Anayasa yargısında bu iki yoldan genellikle birisi tercih edilmekle birlikte, ikisinin çeşitli şekillerde birleştirildiği de görülmektedir⁶. Anayasaya uygunluk denetiminin, denetlenecek normun henüz yürürlüğe girmesinden önce yapıldığı önleyici denetim yöntemi, tipik olarak Fransa'da uygulanmakta olup, fazlaca yaygın değildir⁷. Bir normun yürürlüğe girmesinden sonra denetlenmesini ifade eden düzeltici ya da bastırıcı denetim yöntemi ise, Almanya, İtalya, Avusturya, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya ve Türkiye tarafından benimsenmiştir⁸. Öte yandan, Portekiz, Romanya, Macaristan ve Polonya ise, değişik şekillerde hem önleyici hem de düzeltici denetimi birlikte kabul etmişlerdir⁹.

⁵ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1998, s.342.

⁶ Özbudun (1993): s.160-161; Kaboğlu, İbrahim Ö.: *Anayasa Yargısı*, İstanbul 2000, s.53-54.

⁷ Kaboğlu (2000): s.54-55; Özbudun (1993): s.160.

⁸ Kaboğlu (2000): s.57-59.

⁹ Kaboğlu (2000): s.58-59; Özbudun (1993): s.161-165.

Anayasaya aykırılığın mahkemeye intikal ettirilmesi bakımından soyut norm denetimi, somut norm denetimi ve anayasa şikayeti yöntemleri bulunmaktadır. Bu tercihler de, ayrı ayrı ya da birarada benimsenebilmektedir. Anayasaya aykırılık iddiası ve denetiminin, herhangi bir dâva ile ilgili olmaksızın, yani uyuşmazlık çıkmadan yapıldığı *soyut norm denetimi* (iptal dâvası yolu), Avusturya, Almanya, İtalya, Fransa, Türkiye, İspanya, Portekiz, Belçika, Polonya ve Romanya'da uygulanmaktadır¹⁰. Bir mahkemede görülmekte olan bir uyuşmazlığa uygulanacak olan bir kanun hükmünün anayasaya uygun olup olmadığı sorununun ortaya çıkması halinde yapılan *somut norm denetimi* (itiraz yolu), aynı zamanda soyut norm denetimine de yer veren Avusturya, İtalya, Portekiz, Türkiye tarafından benimsenmiş olup, ABD'nde uygulanan yöntem de budur¹¹. Kişilerin anayasal güvenceye sahip hak ve hürriyetlerinin, anayasa ve kanunlarda öngörülen usûllerle korunmasını sağlayan, hakları ihlal edilen kişilerce belli şartlar çerçevesinde kullanılabilen ve sadece kanuna karşı değil, genellikle bütün kamusal işlemlere karşı anayasa mahkemesinde açılabilen bir dâva olarak *anayasa şikayeti*, başka bir ifadeyle bireysel başvuru üzerine denetim yöntemi ise, başta Almanya olmak üzere, Avusturya, İspanya, Portekiz, Macaristan ve Polonya gibi ülkelerde kabul edilmiştir¹².

Anayasa yargısı bakımından ortaya çıkan diğer bazı tercihler ise, anayasaya uygunluk denetiminin konusuna giren normlar ve işlemler; uygunluk denetiminin kapsam ve sonuçları; uygunluk denetiminde "ölçü normlar" (referans normlar)¹³; ve anayasa mahkemelerine tanınacak işlevler¹⁴ bakımından söz konusu olabilmektedir¹⁵.

¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kaboğlu (2000): s.61-68; Teziç, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1996, s.201-204.

¹¹ Teziç (1996): s.195-201.

¹² Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Kaboğlu (2000): s.73-78.

¹³ Birçok ülkede, ölçü norm olarak, anayasa metniyle birlikte, uluslararası hukukun genel ilkeleri ve ilgili ülkenin onaylamış olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin de kabul edildiği görülmektedir (Özbudun -1993-: s.167).

¹⁴ Anayasa yargısının başlıca işlevi norm denetimi ve temel hak ve hürriyetlerin korunması olmakla birlikte, buna ek olarak, anayasa mahkemelerine devlet kurumlarının yetki alanlarının belirlenmesi ve işleyişinin sağlanması, yüce divan görevleri ve siyasal partilerin denetimi gibi alanlarda da görev verilebilmektedir.

III. ANAYASA YARGISININ DEMOKRATİK MEŞRUIYETİ

Birçok ülkede anayasa yargısı kabul edilmiş olmakla birlikte, bu yargılama sisteminin demokratik meşruiyeti hala tartışılan bir sorundur. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkemenin “anayasanın üstünlüğü” ilkesine dayanarak başlattığı anayasallık denetimi, Anayasanın böyle bir yetkiyi Mahkemeye vermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Anayasa yargısının meşruiyeti Avrupa ülkelerinde de tartışılan bir konudur. Ancak bu ülkelerde anayasa yargısı ve mahkemelerin yetkileri doğrudan anayasalar ile düzenlenmiş olduğundan, tartışmanın zemini hukuki meşruiyetten demokratik meşruiyete kaymış bulunmaktadır. Demokratik meşruiyet tartışmasının özünde ise, bir yargısal organın demokratik süreçler içinde seçimle oluşan yasama organının iradesini geçersiz kılıp kılamayacağı bulunmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin giderek aktivist bir tutum sergilemesi meşruiyet tartışmasını daha da sertleştirmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin başlattığı yargısal aktivizm dalgası giderek birçok Avrupa mahkemesini de etkisi altına almıştır. Yargısal aktivizm, yargıçların kamu politikalarını etkilemek için baktıkları davalarda hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme isteklerini ifade etmektedir. Yargıçların kamu politikalarının belirlemesine katılması, yargının siyasi bir role sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, politikaları belirleme yetkisinin seçilmiş yöneticilere ait olduğu demokratik sistemde yargının siyasi role sahip olması, *yargıçlar hükümetine* yol açacağı endişesiyle ciddi eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Yargısal aktivizmin ortaya çıktığı Amerika Birleşik Devletlerinde Anayasanın “Biz, Birleşik Devletler Halkı”¹⁶ şeklindeki girişiyile, onun yapımcısı olarak doğrudan halkın gösterilmiş bulunması karşısında, seçilmemiş ve siyasi sorumluluğu bulunmayan yargıçların, Anayasanın anlamını değiştiren kararlar veremeyeceği oldukça yaygın bir görüştür.

¹⁵ Bu konular için bkz. Kaboğlu (2000): s.78-138; Teziç (1996): s.178-195, 204-214.

¹⁶ “We, the People of the United States” ifadesinin, Anayasa içindeki anlamı ve önemi hakkında bkz. Hardin, Charles M.: *Constitutional Reform in America: Essays on the Separation of Powers*, Ames (Iowa) 1989, s.57-73.

Yüksek Mahkemenin yargısal aktivizmini kesin bir dille reddeden anayasa hukukçusu Mark Tushnet'e göre¹⁷:

“Kanunkoyucular Yüksek Mahkemeye değil, Anayasaya bağlı kalmak için yemin etmişlerdir. Anayasanın anlamı Yüksek Mahkemenin ona verdiği anlam ile aynı olmak zorunda değildir.”

Bununla birlikte, yargısal aktivizmin, insan haklarının genişletilmesi ve hukukun üstünlüğünün etkin bir şekilde korunmasıyla sınırlı kalmak kaydıyla, anayasal demokrasinin pekişmesine katkıda bulunabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Belli dönemlerde kamu politikalarını ciddi şekilde etkileyen Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi birkaç mahkeme dışında, Batı demokrasilerindeki anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizmi, genellikle insan hakları ve hukuk devletinin korunması ve genişletilmesi amacına yöneliktir. Esasen, birey haklarının çoğunluk yönetimi karşısında güvence altına alınması, Amerikan Yüksek Mahkemesinin de başlıca amacı olmuştur. Bu nedenle bu ülkelerde anayasa mahkemelerinin insan haklarını genişleten aktivist eğilimleri meşru görülebilmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesinin sergilediği yargısal aktivizm ise, insan hakları ve hukuk devletinin korunması ve geliştirilmesi amacından ciddi şekilde sapmaktadır. Mahkemenin yargısal aktivizmi, birey özgürlüklerini çoğunluk karşısında güvence altına almaktan çok, devletin ideolojik önceliklerini koruma amacı etrafında yoğunlaşmaktadır. Bunun nedeni bir ölçüde Anayasanın bu nitelikte bir aktivizme elverişli düzenlemelere sahip olmasıdır. Ancak asıl neden Mahkemenin, Anayasa hükümlerini yorumlama anlayışıdır. Türk Anayasa Mahkemesinin 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde sergilediği aktivizm, yargısal aktivizm kavramının sınırlarını zorlayacak bir nitelik taşımaktadır. Bu yargısal aktivizm türünü, Batı demokrasilerindeki yargısal aktivizmden ayırmak üzere, *devletçi ve ideolojik bir yargısal aktivizm* olarak nitelendirmek mümkündür.

Anayasa yargısının meşruiyeti, onun, demokratik sistemi, hukuk devleti ilkesini ve insan haklarını koruma işlevinden kaynaklanır. Bu nedenle bir ülkede anayasa yargısı denetiminin bu işlevinden

¹⁷ Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away From the Courts* (Princeton University Press: Princeton, 1999), s.6.

sapması halinde meşruiyet kaybına uğraması da kaçınılmazdır. Türkiye’de anayasa yargısının demokratik meşruiyeti, Avrupa ülkelerinde olduğu gibi seçimle oluşan Meclisin Anayasa Mahkemesine üye seçmesine imkan sağlanması ve Mahkemenin yaptığı anayasallık denetiminde ideolojik aktivizmi terk ederek insan hakları ve hukukun üstünlüğünün korunmasına odaklanması ile güçlendirilebilir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU

A- Üyelerin Seçilmesi

Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi konusunda genel olarak üyelerin yasama organınca seçilmesi ve seçme yetkisinin yasama, yargı, hükümet ve devlet başkanı arasında paylaşılması gibi yöntemler bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin *yasama organı tarafından seçilmesi usûlü*, Almanya (Federal Anayasa Mahkemesi), İsviçre (Federal Mahkeme), Macaristan, Polonya, Portekiz, Makedonya, Litvanya ve Hırvatistan’da uygulanmaktadır¹⁸. Üye seçiminde genellikle nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Bu nedenle parlamentoda bulunan siyasal partiler çoğunlukla uzlaşmak zorundadırlar. Siyasal uzlaşma farklı hukuki ve siyasal anlayışların mahkemeye yansımaları sağlar. Üyelerin yasama organınca seçilmesi usûlü, anayasa yargısının demokratik meşruiyetine katkıda bulunur¹⁹.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçilmesi yetkisinin *yasama, yargı, hükümet ve devlet başkanı arasında paylaşılması usûlü* (karma sistem), Avusturya, Belçika, Bulgaristan, İtalya, Romanya, İspanya ve ABD’de uygulanmaktadır. Karma sistem Türkiye’de 1961 Anayasası döneminde uygulanmaktaydı. İtalya’da, Anayasa Mahkemesinin 15 üyesinden 5’i Cumhurbaşkanı’nca atanır, 5’i Parlamento tarafından seçilir, 5’i ise Danıştay, Yargıtay ve Sayıştay tarafından seçilir. Bulgaristan’da, 12 üyenin 4’ü Parlamento, 4’ü de yüksek mahkemelerce seçilir, geriye kalan 4 üye ise Cumhurbaşkanı’nca atanır. Romanya’da 6 üye Parlamentoca seçilir, 3 üye de Cumhurbaşkanı’nca atanır. İspanya’da, Parlamento, hükümet ve Adliye Genel Konseyince seçilen üyeler Cumhurbaşkanı’nca atanırlar.

¹⁸ Kaboğlu (2000): s.28-29.

¹⁹ Kaboğlu (2000): s.28-29.

Avusturya'da, hükümet ve Parlamentoca seçilen üyeler Cumhurbaşkanınca atanırlar. Belçika'da, üyeliklere Senato tarafından önerilen iki kat aday arasından Kral atama yapar²⁰. ABD'de Yüksek Mahkeme üyeleri, Senato'nun onayı ile Başkan tarafından atanırlar²¹.

Türkiye'de, 1961 Anayasası (m.145), Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi yetkisini, yüksek mahkemeler (onbir üye), TBMM (yedi üye) ve Cumhurbaşkanı (iki üye) arasında paylaştırmış bulunmaktaydı. Buna göre, onbeş asıl ve beş yedek üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi üyelerinin altısı (dört asıl, iki yedek) Yargıtay; dördü (üç asıl, bir yedek) Danıştay; biri (asıl üye) Sayıştay; dördü (üç asıl, bir yedek) Millet Meclisi; üçü (iki asıl, bir yedek) Cumhuriyet Senatosu; ikisi (asıl üye) de Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekteydi. Cumhurbaşkanının seçtiği üyelerden biri Askeri Yargıtayca önerilen adaylar arasından seçilmekteydi.

1982 Anayasasına göre, Anayasa Mahkemesi, onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek 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).

1982 Anayasasının (m.146) öngördüğü sistemde, Cumhurbaşkanı onbir asıl ve dört yedek üyeden onbirini yüksek mahkemeler ve Yükseköğretim Kurulunun önerdiği üç kat aday arasından; dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından doğrudan atamaktadır. Sonuçta Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamı Cumhurbaşkanınca atanmış olmaktadır.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi yöntemi, Avrupa ülkelerinin ortak uygulamasından uzak ve demokratik olmayan bir niteliğe sahiptir²². Bu nedenle, Anayasa Mahkemesine

²⁰ Kaboğlu (2000): s.30-31.

²¹ Currie, David P.: *The Constitution of the United States*, Chicago and London 1988, s.6.

²² Kaboğlu (2000): s.34.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin de belli sayıda üye seçmesi kabul edilmelidir. Esasen ülkemizde de bu konuda genel bir fikir birliğinin olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, yakın zamanda yapılan çeşitli anayasa önerisi çalışmalarında da Anayasa Mahkemesine Türkiye Büyük Millet Meclisinin de belli sayıda üye seçmesi yönünde tekliflere yer verilmiştir. Bu çalışmalar arasında Profesör Ergun Özbudun başkanlığındaki bir bilimsel komisyonun hazırladığı yeni anayasa önerisi (2007) ile Türkiye Barolar Birliğinin hazırladığı yeni anayasa önerileri (2001, 2007) zikredilebilir. Anayasa Mahkemesi de 2004 yılında hazırladığı bir anayasa değişikliği çalışmasında belli sayıdaki Mahkeme üyesinin TBMM tarafından seçilmesini önermiştir.

Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki yedek üyelik uygulaması da tartışmalara yol açmıştır. Bu uygulamanın yararlı sonuç vermediği ve yedek üyeliğin kaldırılması görüşü bazı yazarlar ve Anayasa Mahkemesi üyelerince savunulmuştur.²³ Bu nedenle yedek üyelik sistemi kaldırılarak, üye sayısının artırılması düşünülebilir.

B- Üyelerin Nitelikleri

Yüksek mahkemelerin kuruluşu ve üyelerinin seçimi kadar, üyelerin nitelikleri de oldukça önemlidir. Anayasa mahkemesi üyeliği için aranan nitelikler ülkelere göre değişmekle birlikte, genellikle hukuk ya da siyasi bilimler alanında öğretim üyeliği, yargıcılık, avukatlık, yüksek düzeyde kamu görevliliği gibi mesleklere mensup olmak ve belli süre bu hizmetleri yürütmüş olmak şartları aranabilmektedir.

Avusturya'da Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilebilmek için yargıcılık görevinde bulunmak, yüksek düzeyde kamu görevlisi veya üniversite profesörü olmak, hukukçu veya siyaset bilimci formasyonuna sahip olmak gerekir. Almanya'da üyelerin büyük kısmı bakımından yargıç olmak için gerekli şartlara sahip olmak; Belçika'da yargı mensubu ya da parlamento üyesi olmak; Bulgaristan'da meslekten hukukçu olmak ve en az onbeş yıl mesleki deneyim sahibi olmak; İtalya'da yargı meslek mensubu, hukuk profesörü ya da avukat olmak; Romanya'da yüksek hukuk formasyonu ve en az onsekiz yıl hukuk mesleği veya yükseköğretim faaliyetinde bulunmuş

²³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Kaboğlu (2000): s.34-35, Aliefendioğlu, Yılmaz: *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara 1996, s.217-219.

olma şartları aranmaktadır²⁴. Bu ülkelerdeki uygulamaya bakıldığında ise, bazı ülkelerde üyelerin dengeli olarak farklı gruptan seçildiği, bazılarında ise hukukçulara (yargıç veya öğretim üyesi) ağırlık verildiği görülmektedir²⁵.

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi üyelerinin yüksek mahkeme üyeleri (Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Sayıştay); Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri; üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçilmesini öngörmüştür (m.146/1). Bu düzenlemeyle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin ağırlıklı olarak hukuk mesleğine mensup olanlar arasından seçilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Belli sayıda üniversite öğretim üyesi ile üst kademe yöneticilerinin seçimiyle de bir çeşitlilik sağlanmaya çalışılmıştır.

Kuşkusuz anayasa mahkemelerinin görevleri nitelik itibariyle diğer yüksek mahkemelerden farklıdır ve bu mahkemelerin aynı zamanda siyasi bir fonksiyon ifa ettiği kabul edilmektedir²⁶. Bu nedenle bütün mahkeme üyelerinin hukukçu olması zorunlu değildir. Ancak mevcut düzenleme çerçevesinde, Danıştay, Sayıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, yükseköğretim kurumları ve üst kademe yöneticileri arasından seçilecek üyelerin hukukçu formasyonuna sahip olmayan kişilerden oluşması ihtimali vardır. Anayasa Mahkemesinde hukukçu olmayan üyelerin artması, bu mahkemenin yargısal fonksiyonunu olumsuz yönde etkileyebilir²⁷. Bu nedenle, yükseköğretim kurumlarından seçilecek olanların tamamı bakımından hukuk, iktisat veya siyasi bilimler alanlarında öğretim üyesi olma²⁸, yüksek mahkeme üyeleri arasından seçilecek olan üyelerin çoğunun hukukçu olması şartı aranmalıdır. Hukukçu olmasa dahi, Sayıştay'dan seçilecek üyenin, mali nitelikli davalarda yararlı olacağı söylenebilir.

²⁴ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu (2000): s.35-36.

²⁵ Kaboğlu (2000): s.38-39.

²⁶ Özbudun (1998): s.346; Gören, Zafer: *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir 1997, s.250.

²⁷ Özbudun (1998): s.378; Kaboğlu (2000): s.37; Kuzu, Burhan: *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul 1990, s.173-174.

²⁸ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (m.3), öğretim üyeleri için bu hukuk, iktisat ve siyasi bilimler dallarında bulunma şartını aramakla birlikte, yükseköğretim kurumları yöneticileri için böyle bir şart öngörmemiştir.

Üst kademe yöneticileri arasından üye seçimi uygulamasına ise son verilmelidir.

Avrupa anayasa mahkemeleriyle karşılaştırıldığında Türk Anayasa Mahkemesinin oldukça az sayıda akademisyen üyeye sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, Özbudun Komisyonu anayasa taslağında önerildiği şekilde, belli sayıdaki üyenin anayasa hukuku, kamu hukuku veya siyaset bilimi alanlarında çalışan öğretim üyeleri arasından seçilmesi düşünülebilir.

Anayasaya göre, Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesine asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az onbeş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az onbeş yıl fiilen çalışmış veya en az onbeş yıl avukatlık yapmış olması şarttır (m.146/2). Anayasanın hizmet süresiyle ilgili bu düzenlemesi, genellikle Avrupa ülkelerinde de görülmektedir ve deneyimli kişilerin seçilmesini sağlamak açısından yerindedir.

C- Üyelerin Görev Süresi

Avrupa ülkelerinin çoğunda anayasa mahkemesi üyelerinin görev süresi sınırlı tutulmuştur. Buna göre, Almanya'da 12 yıl, Çek Cumhuriyeti'nde 10 yıl, Fransa, İtalya, İspanya, Bulgaristan, Macaristan, Romanya, Slovenya, Portekiz ve Polonya'da 9 yıl, Hırvatistan'da 8 yıl, Slovakya'da 7 yıldır. Avusturya ve Belçika'da ise emeklilik yaşı geçerlidir²⁹. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi yargıçları ise ömür boyu görev yaparlar³⁰.

1982 Anayasasına göre, Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar (m.147/1). Oysa, Avrupa ülkelerinin hemen tamamında anayasa mahkemesi üyeliği belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bu uygulama, anayasa yargısının *demokratik meşruiyeti* ve mahkemenin yapısının *toplumsal değişime paralel olarak oluşmasına* katkıda bulunacağından daha yerindedir³¹. Bu nedenle, Özbudun Komisyonu anayasa önerisinde yer aldığı

²⁹ Kaboğlu (2000): s.41-42.

³⁰ Currie (1988): s.7.

³¹ Kaboğlu (2000): s.42.

şekilde, Anayasa Mahkemesi üyeliği için de makul bir görev süresi getirilmelidir. Tarafsızlığı sağlamak açısından da *sadece bir defa seçilmek* yeterli olmalıdır.

D- Üyelikle Bağdaşmayan İşler

Avrupa ülkelerinin çoğunda anayasa mahkemesi üyelerine kuvvetler ayrılığı ilkesi nedeniyle yasama ve yürütme organında görev alma yasağı getirilmiştir. Bazı ülkelerde bunun dışında da belli ölçülerde başka iş yapma yasağı söz konusudur. Almanya (üniversitede ders vermek hariç), İtalya ve Bulgaristan'da mahkeme üyeleri başka bir görev yapamazlar. Fransa ve Avusturya'da mahkeme üyeliği kısmi statüde bir görev olarak düzenlenmiştir. Almanya, Macaristan, Romanya ve diğer bazı ülkelerde mahkeme üyeleri üniversitede ders verme imkanına da sahiptirler³².

1982 Anayasasına göre, Anayasa Mahkemesi üyeleri, aslı görevleri dışında resmî veya özel bir görev alamazlar (m.146/4). Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyelerinin üniversitede ders vermesine imkan tanınması yolunda görüşler ileri sürülmüştür³³. Ancak, Mahkemenin iş yükünün fazlalığı karşısında üyelerin ders vermesinin davaların daha da uzamasına yol açacağı açıktır. Kaldı ki, böyle bir imkanın Anayasa mahkemesi üyelerine tanınması durumunda diğer yargıçlar için de bu konu gündeme gelebilir. Bu nedenle mevcut düzenleme yerindedir.

V. ANAYASA MAHKEMESİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemek; Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri, yüksek yargıç ve savcılar görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılamak; ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarına bakmak gibi yetkilere sahiptir.

Norm denetimi için Anayasa Mahkemesine iptal davası ve itiraz yoluyla başvurulabilmektedir. İptal davasını açmaya Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinin en az beşte biri tutarındaki milletvekilleri, iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları yetkilidir. İtiraz başvurusu ise genel mahkemeler aracılığıyla yapılabilmektedir.

³² Kaboğlu (2000): s.43-44.

³³ Kaboğlu (2000): s.44 dn. 41; Özden, Yekta Güngör: "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1988, s.377.

Anayasa yargısının diğer önemli sorunları arasında, Mahkemenin bazı durumlarda yetkilerini yanlış kullanması, bazı konularda da anayasal yetkilerini açıkça aşmış olması gelmektedir. Bu nedenle Mahkemenin görev ve yetkilerinin, Avrupa anayasa mahkemeleri esas alınarak, Anayasada daha açık bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Türk Anayasa Mahkemesinin birçok kararında sergilediği devletçi ve ideolojik aktivizm de bir diğer sorundur. Mahkemenin bu tür bir aktivizm yerine, anayasa yargısının temel işlevi olan insan hakları ve hukuk devleti ilkesini korumaya yönelmesi gerekir.

A- Mahkemenin Yargısal Aktivizmi ve İctihat Yoluyla Yetki Alanını Genişletmesine İlişkin Örnekler

1. Anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesi

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda açık bir düzenleme öngörmeyen 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi kendini bu konuda yetkili sayarak bazı anayasa değişikliklerini iptal etmiştir. Bu denetimin yapılabilmesi için anayasa normları arasında bir hiyerarşinin bulunduğu dair Anayasada bir hüküm bulunması gerekirdi. Anayasada böyle bir hüküm bulunmadığı gibi, doktrinde de anayasal normların eşit hukuki değerde olduğu görüşü egemendi.³⁴ Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararla, Anayasada yapılan bir değişikliği, Anayasanın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında, Anayasanın 9. maddesinde yer alan "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" kuralına dayanmıştır. Mahkeme zorlama bir yorumla, Cumhuriyet hükmünün değişmezliğinin 2. maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini de içerdiğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre³⁵:

"Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek, onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değiştirilebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9.maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasa'nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı, başlangıç

³⁴ Özbudun, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Prof.Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, (AÜ SBF Dergisi: Ankara, 2007), s.259.

³⁵ E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970.

bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırmak suretiyle, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.”

Bu yoruma göre, 2. maddede sayılan “insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti” niteliklerinden herhangi birine aykırı bir anayasa değişikliği, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralına da aykırı olacağından iptal edilebilecektir. Anayasanın 2. maddesinde sayılan ve çok geniş kapsamları olan niteliklerle ilgisi olmayan bir anayasa değişikliği düşünmek neredeyse mümkün olmadığına göre, Mahkemenin bu yorumla kendisine tüm anayasa değişikliklerini denetleyebilme yetkisi tanıdığı ortadadır.³⁶

1971 yılında, Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin sadece şekil denetiyle sınırlandırılmasına rağmen, Mahkeme izleyen yıllarda anayasa değişikliklerini iptal etmeyi sürdürmüştür. Mahkeme bu iptal kararlarında, Cumhuriyetin değişmezliği kuralının sadece bir maddi hukuk kuralı değil, aynı zamanda bir şekil kuralı olduğu yorumunu geliştirmiştir. Bu yoruma göre 2. maddedeki niteliklere aykırı anayasa değişiklikleri şekil yönünden anayasaya aykırıdır.³⁷

Mahkemenin Anayasaya aykırı yorumlarla anayasa değişikliklerini iptal etmesine bir tepki olarak 1982 Anayasası ile anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile” sınırlandırılmıştır. Mahkeme, bu dönemde yapılan Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin Anayasa değişikliğinin iptali için açılan davayı, Anayasanın esas

³⁶ Özbudun (2007): s.260.

³⁷ E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.4.1975. Benzer kararlar için bkz. E. 1976/38, K. 1976/46, K.T. 12.10.1976; E. 1976/43, K. 1977/4, K.T. 27.1.1977.

denetimine izin vermediği, şekil bakımından da Anayasada belirtilen aykırılıkların bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme bu davada şekil denetimine ilişkin şartları geniş yorumlamaktan kaçınmıştır³⁸. Ancak kısa bir süre sonra Mahkeme, üniversitelerde kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasına ilişkin 2008 tarihli Anayasa değişikliği hakkında açılan iptal davasında yetkisini aşarak esastan iptal kararı vermiştir. Mahkeme bu kararıyla, anayasa değişikliklerinin denetlenmesinde 148. maddedeki açık yasağa rağmen geleneksel aktivist tutumuna geri dönmekle kalmamış, Meclisin anayasa değişikliği yapma yetkisini de fiilen kullanılamaz hale getirmiştir.

2. Mahkemenin yürürlüğü durdurma kararı vermesi ve gerekçesini yazmadan kararlarını açıklaması

Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya aykırılığı iddia edilen normların yürürlüğünün durdurulmasına Anayasada ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Hakkında Kanunda izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme de, 1993 yılına kadar kendisine yapılan yürürlüğün durdurulması istemlerini “Anayasa ile kendisine bu yetkinin verilmemiş olduğu” gerekçesiyle reddetmiştir³⁹. Ancak Mahkeme, 1993 yılında özelleştirmeyle ilgili bir kanun hükmünde kararnamenin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle önüne gelen bir davada ilk defa yürürlüğü durdurma kararı vermiştir. Bu davada⁴⁰ Mahkeme, yargı yetkisinin etkinliği, karar verme aracının özgürce ve eksiksiz kullanılmasının gerekliliği, dâva kavramının içinde yürütmenin durdurulmasının da bulunduğu, yasalarda açıkça bulunmasa bile tedbir yetkisinin varsayılmasının bir zorunluluk olduğu, yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılması hakkında Anayasada boşluk bulunduğu ve Mahkemenin bu konuda hukuk yaratabileceği gerekçelerine dayanmıştır. Böylece Mahkeme, Anayasanın vermediği bu yürürlüğün durdurulması yetkisini 1993 yılından itibaren verdiği yürürlüğü durdurma kararlarıyla kendisine tanımıştır. Üstelik de Mahkeme Anayasal dayanağı olmayan yürürlüğü durdurma kararlarını vermekte oldukça cömert

³⁸ E.1987/9, K. 1987/15, K.T. 18.6.1987; E.2007/72, K.2007/68, K.T. 5.7.2007; E.2007/99, K.2007/86, K.T. 27.11.2007.

³⁹ E.1972/13, K.1972/18, K.T. 6.4.1972; E.1985/659, K.1985/4 (müteferrik karar), K.T. 1.8.1985.

⁴⁰ E.1993/33, K.1993/40-1, K.T. 21.10.1993.

davranmaktadır. Anayasa Mahkemesinin Anayasada düzenlenmeyen bu yetkiyi içtihat yoluyla kendisine tanınması ciddi tartışmalara yol açmıştır. Mahkemenin bu içtihadı Anayasaya aykırıdır. Çünkü alt derece mahkemeleri bakımından ihtiyati tedbir kararını düzenleyen yasa koyucunun⁴¹ ve Anayasada açıkça idari yargılama usulünde yürütmeyi durdurma kararını düzenleyen (m.125/6) Anayasa koyucunun, Anayasa yargısında bu konuyu düzenlemeyi unuttuğu ya da özensiz davrandığı söylenemez. Mahkemenin dayandığı bir başka gerekçe de yürürlükten kaldırılan eski Kuruluş Kanununun gerekçesidir. Söz konusu kanunun gerekçesinde ise genel olarak yargılama usulünden bahsedilmekle birlikte, Mahkemenin böyle bir yetkiye sahip olduğuna dair açık bir ibare bulunmamaktadır.

Öte yandan Mahkeme, Anayasa'da (m.153) açıkça yasaklandığı halde, gerekçesini yazmadan kararlarını açıklamaktadır. Mahkeme kararlarının gerekçesi görülmeyen uygulanması ciddi sorunlara yol açabilmektedir.

3. Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin daraltılması

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 91. maddesinde yer almamakla birlikte, yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebilmesi için "önemlilik", "ivedilik", "kısa sürelilik" ve "zorunluluk" gibi şartların da bulunması ve "sık sık bu yola başvurulmaması" gerektiği yolunda bir içtihat geliştirmiş⁴² ve bu şartlara uymayan yetki kanunlarını iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu içtihadıyla, yetki kanunu için Anayasada olmayan ek şartlar getirmektedir. Mahkeme bu konudaki diğer bir kararında şu görüşe yer vermiştir: "(B)ir yetki yasasının Anayasa'ya uygun görülebilmesi Anayasa'daki öge ve ölçütlere Anayasa Mahkemesi kararlarıyla getirilen yorumlar çerçevesinde uygun olmasıyla olanaklıdır."⁴³ Mahkemenin bu içtihadı Bakanlar Kurulunun

⁴¹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, m. 101 vd.

⁴² Bkz. E.1988/64, K.1990/2, K.T.1.2.1990. Aynı nitelikte, E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 7.7.1994; E. 1993/26, K. 1993/28, K.T. 16.09.1993.

⁴³ E. 1993/26, K. 1993/28, K.T. 16.9.1993. Benzer bir karar için bkz. E. 1997/3, K. 1997/2, K. T. 15.1.1997.

kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini Anayasanın öngörmediği ölçüde daraltmaktadır ve Anayasaya aykırıdır.

4. Mahkemenin meclis kararlarını denetlemesi: Cumhurbaşkanı seçimi örneği

Anayasa Mahkemesi, Mayıs 2007’de verdiği bir kararla Cumhurbaşkanı seçimini düzenleyen Anayasanın 102. maddesindeki “üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu” ibaresinin hem toplantı hem de karar yeter sayısı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, TBMM’nin 27.4.2007 günü yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk oylamasında toplantı yeter sayısının “üye tamsayısının üçte biri” olduğuna ilişkin kararını “eylemli içtüzük değişikliği” olarak nitelendirmiş ve Meclis kararının iptaline karar vermiştir⁴⁴. Anayasa Mahkemesinin bu kararı birçok bakımdan Anayasaya aykırı olup, bir Meclis kararı olması nedeniyle yargı denetimi dışında tutulan seçim işine doğrudan yapılmış bir müdahaledir. Mahkemenin Meclisin bu kararını “eylemli içtüzük” olarak nitelendirmesi yanlıştır. Çünkü ortada ne bir içtüzük değişikliği ne de eylemli içtüzük düzenlemesi vardır. TBMM İçtüzüğü’nün Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin hükmü, Anayasanın 102. maddesindeki düzenlemeyi aynen tekrarlamaktadır. Mahkeme kararındaki diğer bir usul sorunu, ortada yürürlüğe konulmuş “olumlu” bir yasama işlemi olmadığı halde “yürürlüğü durdurma” kararı vermiş olmasıdır. Mahkemenin kararı esas bakımından incelendiğinde yapılan hukuki hatalar daha da bariz hale gelmektedir. Her şeyden önce Anayasanın 102. maddesinde toplantı yeter sayısı için bir düzenleme bulunmayıp, sadece karar yeter sayısına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir.” Görüldüğü üzere bu düzenlemede ilk iki oylamada Cumhurbaşkanının seçilebilmesi için üçte iki, sonraki oylamalarda ise salt çoğunluk aranmaktadır. Bu oy oranlarının karar yeter sayısını ifade ettiği, metindeki “seçilmiş olur” ibaresinden anlaşılmaktadır. Zira “seçme” toplanmayı değil “karar vermeyi” ifade eder. Öte yandan Mahkemenin dört oylama için de “üçte ikilik” bir toplantı yeter sayısını şart koşması, 102. maddedeki 3. ve 4.

⁴⁴ E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 1.5.2007.

oylamaları fiilen yapılamaz hale getirmektedir. Böylece Mahkeme 102. maddenin son iki oylamayla ilgili kısmını fiilen geçersiz kılmış olmaktadır. Son olarak Mahkemenin, Anayasanın Cumhurbaşkanı seçimi için nitelikli bir uzlaşmayı şart koştuğuna dair gerekçesi de tamamen hukuki dayanaktan yoksundur. Anayasa bu konuda nitelikli çoğunlukla uzlaşmayı aramış olsaydı, son iki oylamada salt çoğunlukla seçebilmeye izin vermezdi.

5. Siyasi parti davalarında Mahkemenin katı tutumu

Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma kararlarıyla⁴⁵ oluşturduğu içtihadın temel özelliği Anayasa ideolojisini katı bir şekilde yorumlayarak kurulu düzene yönelik “tehditleri” bertaraf etmektir. Mahkemenin parti kapatma kararları, devletin bölünmez bütünlüğü ve laikliğin korunması amacı üzerinde yoğunlaşmaktadır⁴⁶.

Mahkeme “bölünmez bütünlüğe aykırılık” gerekçesiyle verdiği parti kapatma kararlarda, devletin yapısı ve toplumsal sorunlarla ilgili farklı görüşleri, kararlarında bir arada tekrarladığı “Devletin teklifi, ülkenin tümlüğü ve ulusun birliği” kavramları ile bağdaşmaz bulmaktadır. Mahkemenin salt parti programında yer alan ifadeler nedeniyle bölünmez bütünlüğün ihlal edildiğine karar vermesi ve bunu yaparken de “tartışılmaz kavramlar ve değerler”den söz etmesi,

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi tarafından bugüne kadar yirmidört siyasi parti kapatılmıştır. Ülke bütünlüğüne aykırılıktan Demokratik Toplum Partisi hakkında (2007), laikliğe aykırılıktan da iktidardaki Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında (2008) kapatma davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi Adalet ve Kalkınma Partisine devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının uygulanmasına karar vermiştir. Demokratik Toplum Partisi hakkında açılmış bulunan kapatma davası henüz karara bağlanmamıştır.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma kararlarındaki yaklaşımı için genel olarak bkz. Arslan, Zühtü: “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve çağırında ‘Ya-ya da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001, s.7-11; Can, Osman: *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasal Partilerin Kapatılması*, (Seçkin: Ankara, 2005), s.89-177; Hakyemez, Yusuf Şevki: *Millîtan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, (Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2000), s.224-258; Turhan, Mehmet: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001, s.16-21; Erdoğan, Mustafa: “Fazilet Partisi’ni kapatma Kararı Işığında Türkiye’nin Anayasa Mahkemesi Sorunu”, *Liberal Düşünce*, Sayı 23, 2001, s.36-40; Anayurt, Ömer: “Türk Hukukunda Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi: Ulusal Demokrasinin Strasbourg Demokrasisi Karşısında Hükmen Yenilgisi”, *Liberal Düşünce*, Sayı 23, 2001, s. 22-27.

demokratik devletin temellerinden olan ifade ve örgütlenme özgürlükleri ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi birçok siyasi partiyi de, laiklik anlayışına aykırılık nedeniyle kapatmıştır. “Laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiği” gerekçesiyle verilen parti kapatma kararlarında dayanan temel kapatma nedeni, kapatılan partilerin laiklik ve başörtüsü serbestliği konusunda Mahkemeden farklı olan görüşleridir.

Parti mensuplarının başörtüsü takmanın serbest olması gerektiği yönündeki açıklamalarının söz konusu partilerin “laikliğe aykırı eylemlerin odağı” haline gelmesinde temel neden olarak kullanılması ve kapatma kararı verilmesi, ifade ve örgütlenme özgürlükleri ile bağdaşmamaktadır. Mahkemenin, kendi laiklik yorumunun bütün partilerce benimsenmesini istediği bu kararları, ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin yanı sıra, laiklik ilkesinin çağdaş anlamına da ters düşmektedir.

6. Mahkemenin hükümetlerin ekonomik politikalarına müdahalesi

Anayasa Mahkemesi aktivizminin en yoğun olduğu alanlardan birisi hükümetlerin ekonomik politikalarıdır. Anayasada ekonomik ve sosyal hayata ilişkin bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte, siyasi iktidarlara belli bir ekonomik model empoze edilmemektedir⁴⁷. Dolayısıyla hükümetler farklı ekonomik politikaları izleyebilirler. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu noktaya şöyle işaret etmiştir⁴⁸: “[Ç]ok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır.” Bununla birlikte Mahkemenin ekonomik konulardaki kararlarının önemli bir kısmı müdahaleci bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Mahkeme, *devletçi ekonomik model* olarak nitelendirilebilecek olan bu temel içtihadına uymayan birçok düzenlemeyi iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi hükümetlerin kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT)'nin özelleştirilmesiyle ilgili düzenlemelerini iptal ederken

⁴⁷ Özbudun, Ergun: “Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika”, *Fazıl Sağlam'a 65.Yaş Armağanı*, (İmaj Yayınevi: Ankara, 2006), s.320.

⁴⁸ E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.2.1985.

hukukilik denetimini aşarak yerindelik denetimi yapmıştır⁴⁹. Mahkemenin, tıpkı yabancılara mülk satışı kararında olduğu gibi, “Türk milli menfaatleri”, “ülke güvenliği” ve “Türk milletinin bağımsızlığı” kavramlarını kullanarak özelleştirme düzenlemesini iptal etmesi, hukukilik denetiminin yerindelik denetimine dönüşmesine yol açar. Bu ise, Mahkemenin bu konulardaki kendi sübjektif anlayışını seçilmiş yöneticilerin tercihlerinin üstüne çıkarması sonucunu doğuracağından demokrasiyle bağdaşmaz⁵⁰.

Mahkeme, yabancılara mülk satışıyla ilgili olarak “karşılıklılık şartının aranmaması” ve “yabancıların edinebilecekleri taşınmazların oranının tespiti” konularında Bakanlar Kurulunu yetkilendiren kanuni düzenlemeleri iptal ederken mülk satışı ile milli menfaatler ve egemenlik arasında ilişki kurarak ilginç yorumlar yapmıştır⁵¹.

Mahkemeye göre, yabancılara belli sınırları aşan mülk satışı Türk milli menfaatlerine aykırıdır ve egemenliğe yönelik bir tehdittir. Gerektiğinde vatandaşlarla aynı hukuki şartlarda mülkiyet hakkı sınırlanabilecek olan yabancıların mülk sahibi olmasının neden egemenliği ihlal ettiği belirsizdir. Öte yandan, demokrasilerde milli menfaate uygun ya da aykırı olan hususları hükümetin yerine geçerek tespit eden Mahkemenin bu girişimiyle hukukilik denetimini aşarak yerindelik denetimine kaydığı da açıktır.

Anayasa Mahkemesinin hükümetlerin ekonomik politikalarına müdahale anlamına gelen bu tür kararlarında kamu yararı, kamu malı, milli yarar, bağımsızlık ve egemenlik gibi bazı temel kavramları oldukça farklı anladığı ya da yorumladığı görülmektedir.

B- Mahkemenin Yetkilerinin Yeniden Düzenlenmesi Gereği

1. Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisi Anayasa ile düzenlenmelidir

Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklandığı üzere, 1993 yılından bu yana norm denetiminde yürürlüğü durdurma vermektedir. İçtihat yoluyla kullanılan bu yetkinin Anayasal bir dayanağı

⁴⁹ E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 7.7.1994.

⁵⁰ Özbudun (2006): s.330.

⁵¹ E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.6.1985; E. 2006/35, K. 2007/48, K.T. 11.4.2007.

bulunmamaktadır. Bu nedenle bir anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesine belli şartlar altında yürürlüğü durdurma yetkisi tanınmalıdır. Bu yönde bir öneri Özbudun Komisyonunun anayasa çalışmasında bulunmaktadır. Bu öneriye göre, “Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu olan hükmün uygulanması halinde telafisi imkânsız bir zararın doğması ve Anayasaya açıkça aykırı görülmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda talep üzerine gerekçeli olarak kuralın yürürlüğünü katılanların üçte ikisinin çoğunluğu ile durdurabilir. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğünü durdurduğu kuralla ilgili nihaî kararı en geç altmış gün içinde Resmî Gazetede yayınlanır. Aksi takdirde, yürürlüğü durdurma kararı hükümsüz hale gelir.”

2. Anayasa Mahkemesine temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelere uygunluk denetimi yapma yetkisi tanınmalıdır

2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasanın 90. maddesine bir fıkra eklenerek temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların çatışması halinde sözleşme hükmünün uygulanması kabul edilmişti. Ancak farklı mahkemelerin aynı konuda farklı kararlar vermesi, bunun da uygulamada farklı sonuçlara yol açması mümkündür. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine kanunların temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelere de uygunluğunu denetleme yetkisinin verilmesi daha isabetli olur. Böylece Türk kanunlarının sözleşmelere uyumu anayasallık denetimi yoluyla da gerçekleştirilebilir. Özbudun Komisyonu anayasa önerisinde de bu yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi norm denetiminde temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmeleri de ölçü norm olarak kullanabilecektir.

3. Mahkeme kararları gerekçesi yazılmadan açıklanmamalıdır

Anayasanın 153. maddesinde yer alan “İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” hükmüne rağmen, Anayasa Mahkemesi uygulamada gerekçesini yazmadan kararlarını açıklamaktadır. Gerekçesi yazılıp Resmi Gazetede yayımlanmayan kararların yürürlüğe girmesi de söz konusu olamaz (AY.m.153/son). Bununla birlikte uygulamada Mahkemenin bir normu iptal ettiğini açıkladığı ancak henüz yayımlamadığı kararlar karşısında tereddütlerin ve hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, uygulamada ortaya çıkabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla, “Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi yazılmadan hiç bir surette açıklanamayacağı” Anayasada tasrih edilmelidir. Esasen,

herhangi bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç olmaksızın Anayasa Mahkemesinin mevcut Anayasal düzenleme karşısında gerekçesini yazmadan kararlarını açıklamaktan kaçınması gerekir.

4. İçtüzüklerin ön denetim yoluyla denetlenmesi sistemi benimsenmelidir

TBMM İçtüzükleri yasama çalışmalarını düzenleyen kurallara ilişkin olduğundan bunların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği durumlarda Meclis çalışmalarında ciddi aksamalar ortaya çıkabilmektedir. Özbudun Komisyonu anayasa önerisinde yer alan, içtüzük kurallarının ön denetim yoluyla denetlenmesi sistemi bu sakıncayı ortadan kaldırabilir. Anılan anayasa önerisinde yer alan bu konudaki düzenlemeye göre, Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya uygunluğunu öndenetim yoluyla denetler. İçtüzüklerin öndenetimini isteme yetkisi, iptal davası açmaya yetkili olanların yanısıra Meclis Başkanı da tanınmaktadır. Yine bu düzenlemeye göre, içtüzüklerin denetimi, içtüzük hükmünün Meclis Genel Kurulunda kabul edildiği tarihten itibaren on gün içinde istenebilecek ve Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüne ilişkin kararını en geç otuz gün içinde vermediği takdirde başvuru reddedilmiş sayılacaktır.

5. Mahkemenin siyasi partilerin hukuki denetimi konusundaki yetkisi daha belirgin şekilde yeniden düzenlenmelidir

Anayasa siyasi partilerin hukuki denetimi yetkisini Anayasa mahkemesine vermiş, ancak bu denetimde uygulanacak usul kuralları ile maddi kuralları muğlak bir şekilde düzenlemiştir. Bu ise partiler açısından güvencesiz bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle Anayasa, Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun ve Siyasi Partiler Kanunu gözden geçirilerek partilerin hukuki denetimine ilişkin kurallar partiler açısından daha güvenceli bir şekilde yeniden düzenlenmelidir. Bu çerçevede ele alınması gereken öncelikli konuların başında, partilerin Anayasaya aykırı eylemler nedeniyle odak haline gelmesine ilişkin şartların daha belirgin ve güvenceli olarak düzenlenmesi gelmektedir. Anayasanın 69. maddesinde yer alan mevcut düzenlemede partilerin odak haline geldiğinin tespiti bütünüyle Mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Yapılacak bir değişiklikle odak haline gelmede dikkate alınacak eylemlerin kesin mahkeme kararıyla sübuta ermiş olması şartı aranmalıdır.

6. Yüce Divan yetkisi özel bir kurula verilmelidir

Anayasa Yüce Divan görevini de Anayasa Mahkemesine vermiş bulunmaktadır. Yüce Divan yargılamasının ceza hukuku uzmanlığı gerektirdiği, Anayasa Mahkemesinin ise bu tür bir mahkeme olmadığı gerekçesiyle Yüce Divan yetkisinin Yargıtaya verilmesi yönünde görüşler bulunmaktadır. Ancak Yüce Divan tarafından yargılanacak kişilerin daha çok siyasi görevler ifa etmeleri nedeniyle, Yüce Divan görevinin, Özbudun Komisyonu anayasa önerisinde yer aldığı gibi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay üyelerinden oluşan özel bir kurula verilmesi daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir.

VI. SONUÇ

Çok önemli yetkilerle donatılmış bulunan ve verdiği kararlarla anayasal sistemin işleyişini ciddi şekilde etkileyen Türk Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyetinin güçlendirilmesi bakımından, Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, Mahkemenin bir kısım üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi ve üyelerin görev süresinin sınırlandırılması sistemi benimsenebilir. Öte yandan, Mahkemenin görev ve yetkileri daha açık bir şekilde yeniden düzenlenmelidir. Kuşkusuz bütün bu düzenlemelerin başarılı olması, büyük ölçüde Mahkemenin aktivist eğilimlerden kendini kurtararak hukukun üstünlüğü ve insan haklarının korunmasını temel işlev olarak benimsemesine bağlıdır.