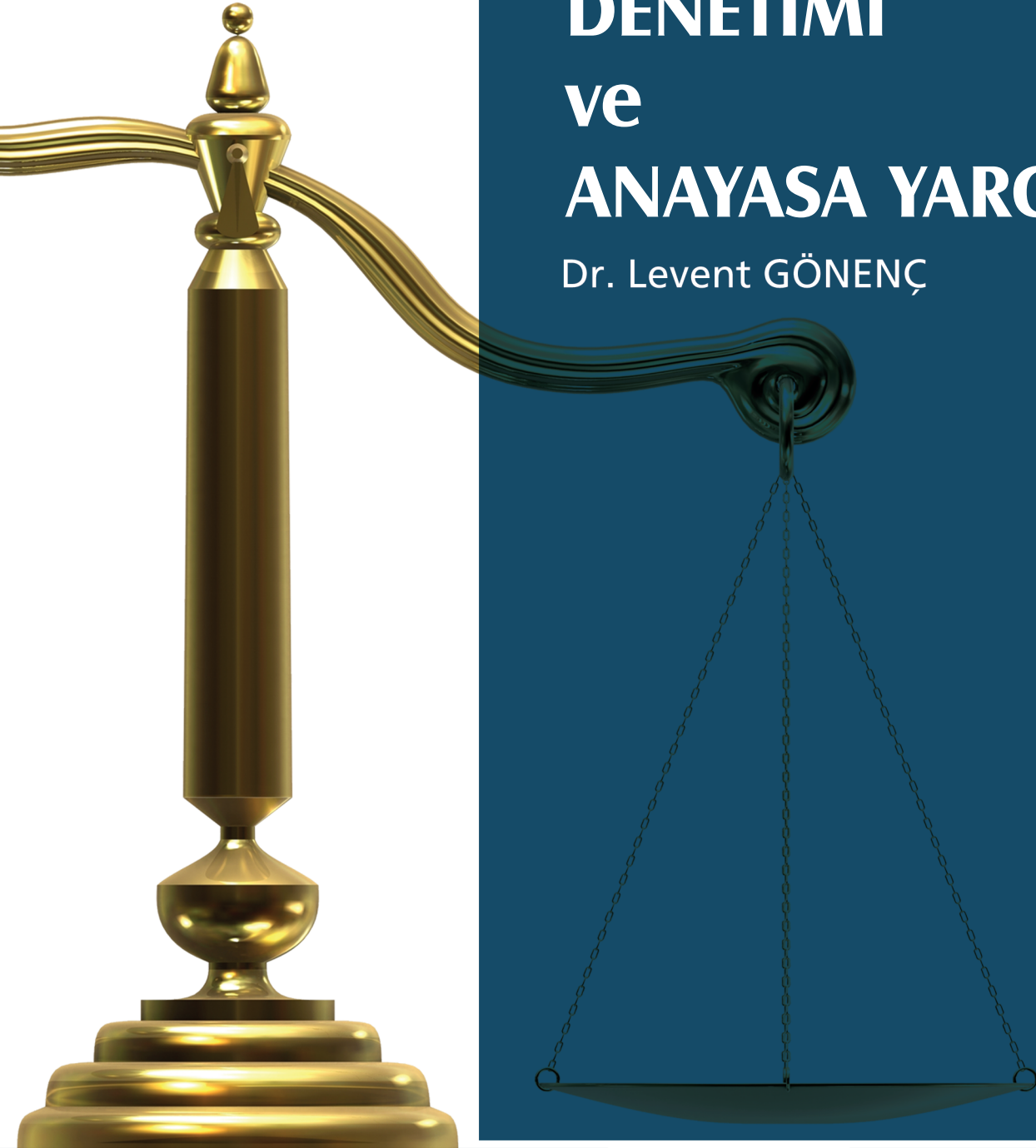


YASALARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

ve

ANAYASA YARGISI

Dr. Levent GÖNENÇ



tepav

Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV) kamu politikaları tasarımı sürecine katkıda bulunmak amacıyla kuruldu ve Aralık 2004'te faaliyete geçti.

Bu amacına ulaşmak için Türkiye'deki fikir tartışmalarının bilgi-veri içeriğini arttıracak araştırmalar yapan TEPAV, araştırmalarını politika üretilecek somut konular üzerinde yoğunlaştırırken, sonuçları da somut ve uygulanabilir politika önerileri şeklinde ortaya koyuyor.

TEPAV politika önerileri geliştirmenin yanı sıra, bazı alanlarda somut projeler üreterek, gerçekleştirilmelerine katkı sağlıyor. Uygulanmakta olan kamu politikalarının izlenmesi ve değerlendirilmesi çalışmalarında da bulunan TEPAV, çalışmalarını destekleyecek eğitim programları ve toplantılar organize ediyor.

TEPAV çalışmalarını temel olarak "ekonomi", "dış politika" ve "yönetişim" alanlarında, objektif ve partilerüstü yaklaşımından ayrılmadan sürdürüyor



TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri

**YASALARIN ANAYASAYA
UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ**

ve

ANAYASA YARGISI

Dr. Levent Gönenç

2010

TEPAV ANAYASA ÇALIŞMA METİNLERİ

Yeni bir anayasa yapılırken veya mevcut anayasayı değiştirirken, temel hukuki ve siyasi tercihlerin sağlıklı bir bilgilenme ve tartışma süreci sonunda ortaya konması, yapılacak yeni anayasanın veya anayasa değişikliğinin geniş kitleler tarafından kabul görmesinin ve uzun ömürlü olmasının ön koşuludur. "TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri" Türkiye'nin gündeminden düşmeyen anayasa konusunda sivil toplumun ve vatandaşların bilgilendirilmesi sürecine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Bu amaç çerçevesinde, çalışma metinleri olabildiğince teknik ayrıntılardan arındırılmış, çeşitli uzmanlık konuları açık ve anlaşılır bir dille aktarılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, "TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri" tüm anayasa hukuku konularını tüketmek ve her boyutuyla tartışmak iddiasında değildir. Bu metinler hazırlanırken özellikle her bir anayasa sorununun diğer sorunlarla ilişkili olduğu vurgulanmış, yani resmin detaylarından çok "büyük resim" gösterilmeye çalışılmıştır.

"TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri" serisi; "Anayasaların Yapılması ve Değiştirilmesi", "Temel Hak ve Özgürlükler", "Denetleme Dengeleme Mekanizmaları" gibi anayasa hukukunun temel konularını içeren başlıklar yanında, bu başlıklar altında değinilen ancak ayrı bir "Çalışma Metni" içerisinde ele alınmayı hak eden, "Anayasa Yargısı", "Yüksek Yargı Kurulları", "Seçim Sistemi" gibi güncel ve tartışmalı başlıkları içerecektir. Seri tamamlandığında, umarız ki, Türkiye'nin anayasal tercihlerini yapması aşamasında vatandaşların ve sivil toplumun kanaatlerini oluşturmalarına katkıda bulunacak bir "malumat seti" ortaya çıkar.

ÖZET

* Çağdaş liberal demokratik rejimlerde, "anayasanın üstünlüğü" ilkesini hayata geçirmek için yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemeye yönelik mekanizmalar geliştirilmiştir. Bu bağlamda iki yöntemden söz edilebilir; "siyasal denetim" (yani yasama ve yürütme organları tarafından yapılan denetim) ve "yargısal denetim" (yani yargı organı tarafından yapılan denetim). Siyasal denetim, çeşitli ülkelerde uygulandığı biçimiyle, yararsız değil ama yetersiz bir yöntemdir; yargısal denetimle desteklenmesi gerekir.

* Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi iki model bağlamında incelenebilir: Bütün mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisine sahip olduğu "Amerikan modeli" ve anayasaya uygunluk denetiminin sadece bu iş için görevlendirilmiş özel mahkemeler tarafından yapıldığı "Avrupa modeli".

* Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi bir yasanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra yapılabilir. "Önceden denetim" ve "sonradan denetim" yöntemlerinin, her birinin, kendine özgü olumlu ve olumsuz yanları olduğu göz önüne alındığında, bu iki yöntemin birlikte uygulanması önerilebilir.

* Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde, anayasaya aykırılık iddiaları anayasaya uygunluk denetimi yapacak olan organın önüne üç biçimde getirilebilir; "soyut norm denetimi", "somut norm denetimi" ve "bireysel başvuru". 2010 anayasa değişikliğiyle Türkiye'de bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir. Bu kurumun kabul edilmesi anayasanın üstünlüğü ilkesinin daha etkili bir biçimde hayata geçirilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin daha etkili bir biçimde korunması açısından olumlu olmakla birlikte anayasal açıdan bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir.

* Anayasa mahkemeleri esas olarak yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlidirler. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi (AYM) yasaların yanında, Bakanlar Kurulu tarafından olağan dönemlerde çıkarılan yasa gücünde kararname, parlamento içtüzüğü ve anayasa değişikliklerine ilişkin yasalar gibi bazı başka normları da anayasaya uygunluk açısından denetlemektedir. Anayasa'da anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların sadece şekil açısından denetlenebileceği belirtilmekle birlikte, Mahkeme ciddi tartışmalara yol açan içtihadıyla, son yıllarda anayasa değişikliklerini esas açısından da denetlemeye başlamıştır.

* Anayasa mahkemelerinin, asli görevleri olan temel hak ve özgürlüklerin korunması ve devlet organları arasındaki uyumsuzlukların çözülmesi yanında, bir takım tali görevleri de vardır. Bu tali görevler arasında yer alan siyasal partilerin denetimi, anayasa mahkemelerini bir tür "meta-politika üreticisi" (meta-policymaker) konumuna yükseltmektedir. Çünkü siyasal partileri denetleyen, bazı durumlarda faaliyetlerini sınırlayan, hatta kapatan AYM böyle bir durumda, kimin siyaset üreteceğine ilişkin siyaseti de belirlemiş olmaktadır.

* AYM üyelerinin belirlenmesinde esas olarak üç yöntem kullanılmaktadır; "doğrudan atama yöntemi", "seçim yöntemi" ve "karma yöntem". AYM üyelerinin nasıl belirleneceği tartışılırken, tercih edilecek belirleme yönteminin; AYM'nin bağımsızlığını güvence altına alacak nitelikte olması, anayasa yargısının kendine özgü özelliklerine uygun yargıçların mahkemeye atanmasına imkan vermesi ve anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetine katkıda bulunması arzu edilir. Bu açıdan bakıldığında, AYM üyelerinin karma yöntemle, yani yasama, yürütme ve yargı organlarının katılımı ve seçim ve atama yoluyla belirlenmesi en uygun çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. 2010 anayasa değişikliğiyle Türkiye'de 1961 Anayasası'nda da kabul edilmiş olan karma sisteme dönmüştür. Ancak 2010 değişikliğiyle getirilen sistemin siyasal ve anayasal sistem üzerindeki olası etki ve sonuçları Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek üyeler ve TBMM tarafından seçilecek üyeler açısından ayrı ayrı ve 1982 Anayasası'nın genel sistematığı içinde tartışılmalıdır.

* Karşılaştırmalı örneklerde AYM üyelerinin belirlenmesinde adaylarda farklı nitelikler aranmaktadır, ancak genel olarak anayasa mahkemelerinin hukukçu ağırlıklı bir kompozisyona sahip olmaları gerektiği kabul edilmektedir. Anayasa mahkemesi üyelerinin kaç yıl süreyle görev yapacakları ve bununla bağlantılı olarak bir daha seçilip seçilemeyecekleri; mahkemenin bağımsızlığı, etkinliği, verimliliği ve kurumsal istikrarı gibi konular açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

* Günümüzde "yargısal aktivizm" tartışmaları bağlamında, anayasa mahkemelerinin demokratik yöntemlerle seçilen, yani demokratik meşruiyete sahip parlamentoların yaptıkları yasalara müdahale ettikleri, bu müdahalenin kabul edilebilir olması için anayasa mahkemelerinin de "demokratik meşruiyete" sahip olmaları gerektiği ifade edilmekte ve anayasa mahkemelerine demokratik meşruiyet kazandırmak için mahkemelerin bir şekilde "halk iradesi" ile ilişkilendirilmesi önerilmektedir.

* Anayasa mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız olduğu konusunda bir inancın oluşturulması ve sürdürülmesi çağdaş liberal demokratik rejimler açısından büyük önem taşımaktadır. Herhangi bir siyasal gücün kontrolüne girmiş izlenimi veren bir anayasa mahkemesi kararlarını toplumun geniş kesimlerine kabul ettirmekte güçlük çeker. Böyle bir durumda, anayasa mahkemesinin, siyasetin çözemediği sorunları yargısal yolla ve daha da önemlisi barışçı bir biçimde çözerek "siyasal sistemin sigortası" işlevini görmesi de söz konusu olamaz.

İÇİNDEKİLER ve ANAHTAR SÖZCÜKLER

Giriş

Anayasanın Üstünlüğü, Anayasanın Bağlayıcılığı

I-Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi

Siyasal Denetim (Meclis Başkanlığı, Yasama Komisyonları, Meclis Genel Kurulu, İkinci Meclis, Devlet Başkanı); Yargısal Denetim (Amerikan Modeli Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli Anayasa Yargısı)

II-Yargısal Denetimin Zamanı, Yolları, Kapsamı, Sonuçları

Önceden Denetim, Sonradan Denetim, Soyut Norm Denetimi, Somut Norm Denetimi, Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikayeti), Anayasaya Aykırı Yasama İhmali, Anayasa Yargısında İhmal, Anayasa Yargısında İptal, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümemesi, Yürürlüğü Durdurma, Askıya Alıcı Veto

III-Anayasa Mahkemelerinin Anayasaya Uygunluk Denetimi Dışındaki Görev ve Yetkileri

Asli Görevler (Anayasa Mahkemelerinin Hak Koruyucu İşlevi, Anayasa Mahkemelerinin Uyuşmazlık Çözücü İşlevi), Tali Görevler (Yargısal Yasama Faaliyeti, Yüce Divan, Siyasal Partilerin Kapatılması)

IV-Anayasa Yargısının Kurumsal Yapısı

Doğrudan Atama Yöntemi, Seçim Yöntemi, Karma Yöntem, İki Kere Seçilme Şartı

V-Anayasa Yargısının Meşruiyeti ve Yargısal Aktivizm Tartışmaları

Yargısal Aktivizm, Yargısal Kendi Kendini Sınırlama, Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti

Sonuç

Siyasal Sistemin Sigortası Olarak Anayasa Mahkemesi

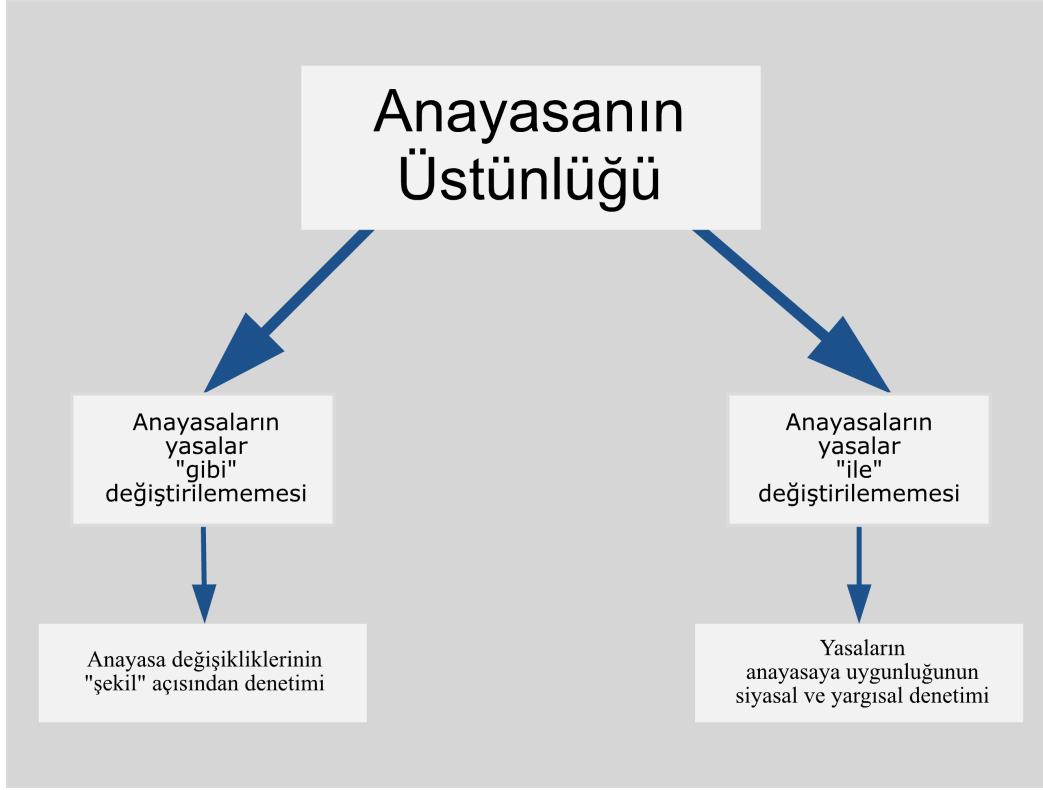
YASALARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

ve

ANAYASA YARGISI

Giriş

Liberal demokratik rejimlerde neden yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme ihtiyacı duyuyoruz? Aslında bu sorunun cevabı çok basit bir biçimde "**anayasanın üstünlüğü**" ilkesinin gereği olarak" olarak şeklinde verilebilir. Çağdaş hukuk sistemlerinde teorik olarak hukuk kuralları hiyerarşik bir biçimde yapılanmıştır ve bu hukuk piramidinin en tepesinde anayasa bulunmaktadır. Anayasanın altında yasalar, yasaların altında tüzükler, tüzüklerin altında yönetmelikler ve yönetmeliklerin altında da diğer hukuk kuralları yer alır. Eğer anayasanın hukuk sistemi içerisindeki bu üstün konumunu korumak için etkili bir mekanizma kurmazsak "anayasanın üstünlüğü ilkesi" kağıt üzerinde kalır ve içi boşalır.



Şekil 1. Anayasanın Üstünlüğü

"Anayasanın üstünlüğü" ilkesi esas olarak iki şey ifade eder; anayasaların yasalar "**gibi**" değiştirilememesi ve anayasaların yasalar "**ile**" değiştirilememesi (Şekil 1). Anayasaların yasalar gibi değiştirilememesi, anayasaların tabi olduğu değiştirme kurallarının yasaların tabi olduğu değiştirme kurallarından farklı olduğu anlamına gelir; anayasaları değiştirmek yasaları değiştirmekten daha zordur. Yasalar esas olarak parlamentoya hakim olan çoğunluğun politika tercihlerini yansıtır; bir başka ifadeyle, yasalar parlamentodaki çoğunluğun seçmene vaat ettiği

politikaların hukuk kuralı haline dönüştürülmesidir. Dolayısıyla, yasaların parlamento çoğunluğunun iradesine uygun olarak kolaylıkla ve sıklıkla değiştirilmesi doğaldır, hatta gereklidir. Anayasalar böyle değildir; anayasalar bir topluma hakim olan temel değerleri (cumhuriyetçilik, laiklik, insan hakları gibi) ve o toplum tarafından tercih edilen temel kurumsal tasarımı (başkanlık sistemi veya parlamenter sistem gibi) ifade eder. Dolayısıyla, seçimden seçime farklılaşan parlamento çoğunlukları, oyunun “temel”, hatta bazı durumlarda “değişmez” kurallarını belirleyen anayasalar üzerinde kolaylıkla ve sıklıkla tasarrufta bulunamamalıdır. Anayasa hukuku literatüründe değiştirilmeleri yasalara göre zorlaştırılmış olan anayasalara **“katı anayasa”** ismi verilir. Anayasalar çeşitli yöntemlerle katılaştırılabilir; örneğin, parlamentoda anayasanın değiştirilmesi için yasaların değiştirilmesi için gereken çoğunluktan daha fazla (nitelikli) bir çoğunluk aranabilir, anayasa değişiklikleri halkoylamasına sunulabilir veya belli bir süre için, belli dönemlerde veya belli maddeler için “değiştirme yasağı” öngörülebilir.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin ikinci boyutu, yani anayasaların yasalar ile değiştirilememesi ise, aynı konuyu düzenleyen bir anayasa hükmü ile bir yasa hükmü çatıştığında, yasa hükmünün anayasa hükmünü değiştiremeyeceğini, geçersiz kılamayacağını ifade eder. Çağdaş hukuk sistemlerinde, aynı konuyu düzenleyen, aynı seviyedeki normlar farklı düzenlemeler içerdiğinde, bu çatışma iki temel ilke uygulanarak çözülür; “önceki kural-sonraki kural” ve “genel kural-özel kural”. “Sonraki kural” ilkesine göre, örneğin aynı konuyu düzenleyen sonraki tarihli yasa, önceki tarihli yasayı (açık veya örtülü olarak) yürürlükten kaldırır. “Özel kural” ilkesine göre ise; örneğin aynı konudaki özel yasa genel yasaya tercih edilir. Anayasa-yasa ilişkisi söz konusu olduğunda bu ilkeler uygulanmaz; yani, bir anayasa hükmüyle çelişen veya çatışan önceki veya sonraki, genel veya özel bir yasal düzenleme söz konusu anayasa hükmünü değiştiremez veya yürürlükten kaldıramaz. Çünkü anayasa yasalardan üstündür; anayasa ve yasalar arasındaki ilişki “öncelik-sonralık”, “genellik-özellik” ilişkisi değil, “altlık-üstlük” ilişkisidir. Sonuçta anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği, bir anayasa hükmü ile çelişen veya çatışan yasa hükümlerinin hukuk sisteminden çıkarılmaları gerekir.

Çağdaş liberal demokratik rejimlerde anayasanın üstünlüğü ilkesini, bu ilkeyle yakından ilişkili bir başka ilke **“anayasanın bağlayıcılığı”** ilkesi tamamlar. Aslında anayasanın bağlayıcılığı, anayasanın üstünlüğünün bir sonucudur. Bu ilke 1982 Anayasası’nın 11. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Buna göre devlet organlarının anayasadan almadıkları bir yetkiyi kullanmaları veya kendilerine tanınan yetkileri anayasaya aykırı bir biçimde kullanmaları söz konusu olamaz.

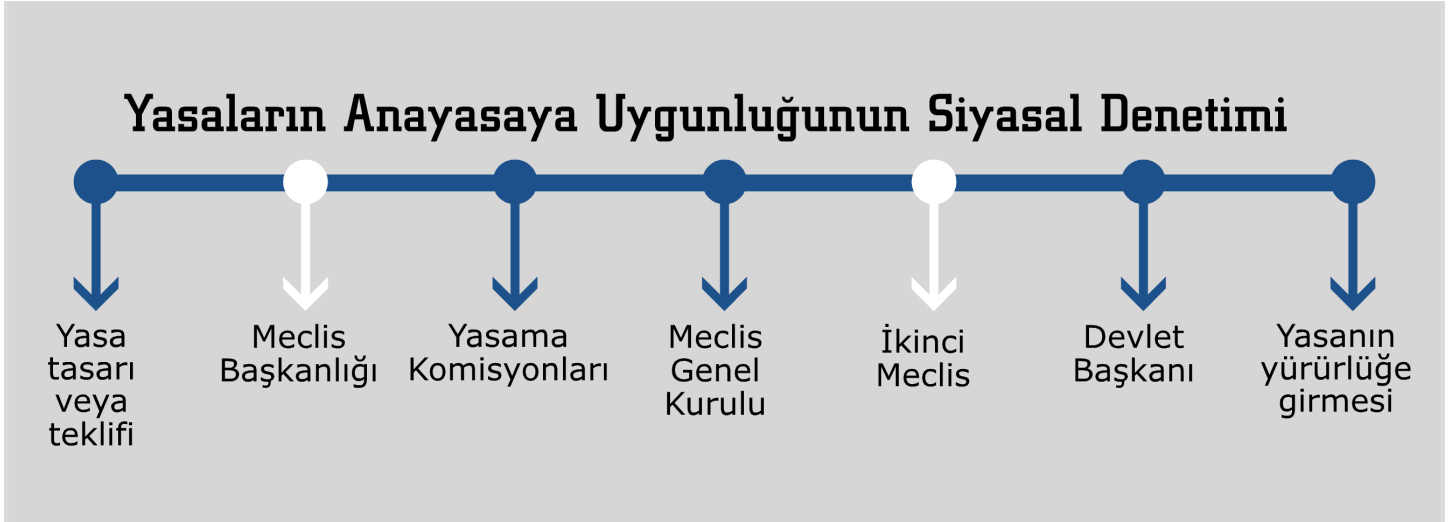
Anayasaların yukarıda açıklanan iki boyutuyla üstünlüklerini sağlamak için günümüzde çağdaş hukuk sistemlerinde çeşitli denetim mekanizmaları geliştirilmiştir. Yukarıda açıkladığımız gibi, anayasanın yasalar gibi değiştirilememesi ilkesi anayasanın yasaların tabi olduğu kurallardan farklı kurallarla değiştirilmesini gerekli kılar. Bir anayasa hükmünün değiştirilmesi aşamasında uyulması gereken özel kurallara uyulup uyulmadığı anayasa değişikliklerinin şekil açısından yargısal denetimi yoluyla tespit edilir. Örneğin, 1982 Türkiye Cumhuriyeti (TC) Anayasası'nın 148. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi (AYM), anayasa değişikliğine ilişkin yasaları şekil açısından inceleyerek, söz konusu değişiklikler için, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına" uyulup uyulmadığını karara bağlar. Yine yukarıda açıkladığımız gibi, anayasaların yasalar ile değiştirilememesi ilkesini hayata geçirmek için anayasaya aykırı yasaların tespit edilerek hukuk sisteminden ayıklanmaları gerekir. Bunun için ise, yasaların anayasaya uygunluğunu siyasi ve yargısal yollarla denetlemeye yönelik yöntemler geliştirilmiştir. Günümüzde, mahkemelerin yasaları ve milletlerarası antlaşmaları anayasaya uygunluk açısından denetleyemeyeceğini bir anayasal ilke olarak açıkça kabul eden Hollanda gibi bir iki istisnai örnek dışında (Hollanda Anayasası, m. 120), anayasaya uygunluk denetimi dünyada yaygın olarak uygulanmaktadır. Biz bu çalışma metninde, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunu farklı boyutlarıyla ele alacağız.

I-Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi

Yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi aslında bir "karşılaştırma" faaliyetidir. Denetimi yapan organ, yasa ve ilgili anayasa kuralını yan yana koyarak bir değerlendirme yapar. Basit bir örnekle açıklayacak olursak; ölüm cezasını yasaklayan bir anayasa hükmü karşısında, belli bir suç için ölüm cezası öngören bir ceza yasası hükmü anayasaya aykırı olacaktır. Ancak her zaman anayasaya aykırılık bu kadar açık ve net bir biçimde karşımıza çıkmayabilir. Bu durumda uygunluk denetimi yapanların "yorum" yapması ve söz konusu yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olup olmadığını ortaya koyması gerekir.

Günümüzde yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi esas olarak iki şekilde yapılmaktadır; **"siyasi denetim"** ve **"yargısal denetim"**. Bir başka ifadeyle, yukarıda sözünü ettiğimiz "karşılaştırma" ve "yorum" faaliyetini siyasi denetimde siyasi organlar (yani yasama ve yürütme organları), yargısal denetimde ise yargı organı (yani Amerika Birleşik Devletleri'nde [ABD] olduğu gibi tüm mahkemeler veya Avrupa'da olduğu gibi sadece bu işle özel olarak görevlendirilmiş mahkemeler) yapar.

Siyasal denetim:



Şekil 2. Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal Denetimi

Yasaların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi, yasaların tasarı veya teklif olarak parlamentoya sunulmasından yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede gerçekleştirilir (**Şekil 2**). Bu sürecin duraklarında bir yasanın anayasaya uygun olup olmadığı çeşitli kurumlar veya aktörler tarafından incelenir (Bkz. Onar, 2003). Buna göre, yasaların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminde TC anayasal sistemi ve karşılaştırmalı örnekler bağlamında şu duraklar tespit edilebilir; meclis başkanlığı, yasama komisyonları, meclis genel kurulu, ikinci meclis, devlet başkanı.

TC anayasal sisteminde, bir "yasa tasarısı" (yani Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan yasa önerileri) veya "yasa teklifi" (yani milletvekilleri tarafından hazırlanan yasa önerileri) hazırlandıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığı'na sunulur. Buna göre, yasanın oluşum sürecindeki ilk durak meclis başkanlığıdır. Bu aşamada, İsveç gibi çok istisnai bazı örneklerde meclis başkanına anayasaya aykırı gördüğü yasaları işleme koymama yetkisi tanınmaktadır (Bkz. Gönenç, 2010). Anayasal açıdan uygulanması oldukça zor olan bu tür bir siyasal denetim mekanizması Türk anayasal sisteminde mevcut değildir.

Kanun tasarı veya tekliflerinin meclis başkanlığından sonraki durağı parlamento komisyonlarıdır. Parlamento komisyonları, parlamentodaki güç dağılımına uygun olarak seçilen milletvekillerinin oluşturduğu, uzmanlık alanlarına göre ayrılmış çalışma gruplarıdır. Yasalar, parlamento genel kuruluna gelmeden önce meclis başkanlığı tarafından komisyonlara havale edilir; söz konusu yasalar komisyonlarda görüşülür ve olgunlaştırılır. İşte bu aşamada, özellikle muhalefet partisine mensup komisyon üyelerinin ortaya koydukları eleştiriler, yasanın anayasaya uygunluğunun denetimi açısından önemlidir. TBMM İçtüzüğü'nün, "Anayasaya Uygunluğun İncelenmesi" başlıklı 38. maddesine göre: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen

tasarı veya tekliflerin ilk önce Anayasanın metin ve ruhuna aykırı olup olmadığını tetkik etmekle yükümlüdürler. / Bir komisyon, bir tasarı veya teklifin Anayasaya aykırı olduğunu gördüğü takdirde gerekçesini belirterek maddelerin müzakeresine geçmeden reddeder." Nihayet TBMM bünyesinde oluşturulan "Anayasa Komisyonu"nın asli görevi ise kendisine havale edilen yasaların anayasaya uygun olup olmadığını incelemektir.

Yasalaşma sürecinde bundan sonraki aşama, yasanın meclis genel kurulunda görüşülmesidir. Görüşmeler sırasında, milletvekilleri yasa hakkında söz alıp konuşurlar; bu aşamada özellikle muhalefet milletvekilleri tarafından anayasaya aykırılık iddiaları gündeme getirilebilir. Daha da önemlisi, parlamento görüşmelerinde milletvekilleri yasa hakkında değişiklik önergesi verebilirler. TBMM İktüzüğü'nün "Anayasaya Aykırılık Önergeleri" başlıklı 84. maddesine göre: "Bir kanun tasarı veya teklifinin Genel Kuruldaki görüşülmesi sırasında tasarı veya teklifin belli bir maddesinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle reddini isteyen önergeler, diğer önergelerden önce oylanır." Böylece genel kurul aşamasında, hem görüşmeler sırasında ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiaları, hem de verilen anayasaya aykırılık önergeleri yoluyla siyasal bir denetim yapılmış olur. Her ülkede farklı bir usule tabi olan bu görüşmeler sonunda yasa için genel kurulda oylamaya geçilir. Bu oylamayla birlikte, parlamentonun yasaya ilişkin iradesi ("kabul" veya "ret" yönünde) ortaya çıkmış olur.

Bazı ülkelerde, parlamento iki parçalıdır, yani parlamento iki "kamara"dan oluşur. "Çift meclis" sistemi olarak bilinen bu sistemde, yasaların birinci mecliste kabul edilmesi yetmez, bir kez de ikinci mecliste görüşülmesi ve kabul edilmesi gerekir. Çift meclis sistemi, tarihi nedenlerle veya federalizmin bir gereği olarak ortaya çıkmış olabilir, ancak bunun yanında bir çok örnekte, bu sistemin tercih edilmesinin en önemli nedenlerinden biri, seçilme yöntemi ve yetkileri açısından birinci meclisten farklı bir meclis oluşturarak birinci meclisteki çoğunluğu denetlemek ve dengelemektir. İkinci meclisler denetleme-dengeleme işlevini yerine getirirken, yasama sürecinin mükemmelleşmesine, birinci mecliste gözden kaçan eksikliklerin veya ihmal edilen noktaların telafi edilmesine de hizmet eder. Bu bağlamda, birinci mecliste üzerinde durulmayan anayasaya aykırılık konularının ikinci mecliste ele alınması beklenebilir. Bu açıdan düşünüldüğünde, ikinci meclisler de siyasal denetim organları arasında sayılabilir. Osmanlı-Türk anayasa tarihinde, ilk kez 1876 Anayasası'nda karşımıza çıkan çift meclis sistemi 1961 Anayasası'nda da tercih edilmiş, "Millet Meclisi" ve "Senato" olmak üzere iki kamaralı bir yapı oluşturulmuştur. 12 Eylül 1980 askeri müdahalesi sonrasında kaleme alınan 1982 Anayasası'nda ise, kendisinden beklenen faydayı sağlamadığı gerekçesiyle, çift meclis sistemi terk edilmiştir (Bkz. Gönenç, 2010).

Yasaların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminde son durak devlet başkanıdır. Yasalar, tek veya çift mecliste kabul edildikten sonra devlet başkanının önüne gelir. Kural olarak, çağdaş

anayasal sistemlerin pek çoğunda, bir yasanın yürürlüğe girebilmesi için devlet başkanı tarafından imzalanması şarttır. İşte, eğer devlet başkanı bir yasayı imzalamayarak yasama organına geri gönderme hakkına sahipse "veto" yetkisinden söz edilir. Veto kurumu çeşitli anayasal sistemlerde farklı biçimde karşımıza çıkar. "Güçleştirici" veto, devlet başkanı tarafından yasama organına gönderilen yasanın yürürlüğe girebilmesi için yasama organında nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerektiğini ifade eder. Buna karşılık, "geciktirici" vetoda veto edilen yasanın yürürlüğe girebilmesi için yasama organında nitelikli çoğunluk aranmaz. Geri göndermeden önce de, geri göndermeden sonra da aynı çoğunluk geçerlidir; böylece devlet başkanının vetosu, yasanın yürürlüğe girmesini geciktirir. Gerek güçleştirici, gerekse geciktirici vetoda devlet başkanı bir yasayı parlamentoya iade ederken bir gerekçe ortaya koyar. Karşılaştırmalı örneklerde görüldüğü gibi, "anayasaya aykırılık" devlet başkanlarının en güçlü veto gerekçelerinden birisidir. Böylece devlet başkanları yasaları yasama organına geri gönderirken siyasal denetim yapmış olurlar. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da "geciktirici" veto kurumu kabul edilmiştir (Bahçeci, 2008). Anayasa'nın 89. maddesine göre, Cumhurbaşkanı yasaları bir kez daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderebilir. TBMM, söz konusu yasayı "aynen" kabul ettiği takdirde, artık Cumhurbaşkanı'nın yasayı bir kez daha TBMM'ye geri gönderme yetkisi yoktur; yasayı Resmi Gazete'de yayımlar.

Tüm bu siyasal denetim araçları birlikte değerlendirildiğinde, hiçbirinin tam olarak anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek için yeterli olmadığı sonucuna varılabilir. Öncelikle, yasama organı içerisinde yapılan siyasal denetimin, bu denetimi yapan organların parlamento çoğunluğunun kontrolünde olması nedeniyle etkisiz kalacağı söylenebilir. Parlamento komisyonlarında ve genel kurulda iktidar partisi çoğunluktadır. Dolayısıyla, bir yasa gerçekten anayasaya aykırı olsa dahi özellikle hükümetten gelen yasa tasarılarının veya iktidar partisine mensup milletvekilleri tarafından verilen yasa tekliflerinin bu iki denetim durağında anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle reddedilmesi düşük bir ihtimaldir. Bu bağlamda, 1982 Anayasası'na göre, "tarafsız" bir makam olan Cumhurbaşkanı'nın yaptığı denetimin, TBMM'de yapılan denetime göre daha etkili bir denetim olacağı düşünülebilir. Ancak uygulamada gözlemlendiği gibi, veto mekanizmasının kullanılması da Cumhurbaşkanı ile TBMM çoğunluğunun aynı veya benzer dünya görüşüne sahip olup olmamasına göre farklılık gösterebilmektedir (Gönenç, 2008). 2007 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik gereği ileride Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmeye başlanması ve böylece siyasal kimliğinin öne çıkmasıyla birlikte bu durum daha net gözlenebilecektir.

Sonuç olarak, yasaların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi bağlamında, komisyonlarda ve genel kurulda muhalefetin eleştirileri ve Cumhurbaşkanı'nın veto gerekçeleri, anayasaya aykırılık konusunda kamuoyunu bilgilendirmek ve harekete geçirmek açısından önemli ve değerlidir. Hatta, bu tartışmalar daha sonra söz konusu yasa AYM'ye götürüldüğü takdirde,

dava dilekçesinin hazırlanmasında ve karar aşamasında da yol gösterici olabilir, ancak buna rağmen tüm bu siyasal mekanizmalar anayasaya aykırı bir yasanın yürürlüğe girmesini engelleyecek nitelikte değildir. Öyleyse, siyasal denetim yararsız değil ama yetersiz bir yöntemdir; daha etkili bir mekanizmayla desteklenmesi gerekir. O da yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir.

Yargısal Denetim:

Anayasa Yargısı Modelleri	
Amerikan Modeli	Avrupa Modeli
Örnekler: ABD, Norveç, Danimarka, Avusturalya, Kanada, Hindistan, Japonya, Arjantin, Uruguay	Örnekler: Avusturya, Almanya, İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz, Rusya Federasyonu, Macaristan, Polonya, Türkiye

Tablo 1: Anayasa Yargısı Modelleri

Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi çeşitli ülkelerde farklı biçimlerde yapılmakla birlikte, karşılaştırmalı örnekler bağlamında mevcut sistemler iki büyük başlık altında toplanabilir: "**Amerikan modeli**" ve "**Avrupa modeli**" (Favoreau, 1990) (Tablo 1). Amerikan modeli anayasa yargısının başlangıcı 19. yüzyıla, 1803 tarihli "Marbury v. Madison" davasına kadar götürülebilir. Amerikan Yüksek Mahkeme yargıçlarından John Marshall, bu davada anayasanın üstünlüğü ilkesine gönderme yaparak, Amerikan Anayasası'nda açıkça öngörülmediği halde, anayasaya aykırı yasaların mahkemeler tarafından uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir. Bu tarihten sonra ABD'de tüm yargıçların bakmakta oldukları davalarda uyguladıkları yasaların anayasaya aykırı olup olmadığını inceleme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiş, böylece ABD'de yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yaygınlaşarak devam etmiştir.

Bu anlatılanlardan Amerikan modeli anayasa yargısının iki özelliği tespit edilebilir: Birincisi, ABD'de bütün mahkemeler anayasaya uygunluk denetimi yapabilir. İkincisi, bu modelde bir mahkeme bir yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar verdiğinde söz konusu yasayı "iptal" etmez, "ihmal" eder; yani önündeki olaya uygulamaz. Bu ihmal kararı diğer mahkemeler için "emsal" teşkil eder ve nihayetinde Yüksek Mahkeme'nin içtihadıyla tüm alt derece mahkemeleri için bağlayıcı hale gelir. Böylece, söz konusu yasa "hukuken" iptal edilmediği, yani hukuk sisteminde yaşamaya devam ettiği halde "fiilen" tamamen uygulanmaz hale gelir.

Bu iki özellikten yola çıkarak, Avrupa modeli anayasa yargısını da tanımlamak mümkündür: Bu modelde, yasaların anayasaya uygunluğu tüm mahkemeler tarafından değil, bu iş için görevlendirilmiş özel mahkemeler tarafından yapılır. Genellikle "anayasa mahkemesi" olarak adlandırılan bu özel mahkemeler bir yasanın anayasaya aykırı olduğuna hükmettiklerinde ihmal değil iptal kararı vererek söz konusu anayasaya aykırı yasanın hukuk sistemindeki varlığına son verirler. 1920 yılında, ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in fikirleri ışığında kurulan Avusturya AYM bu modelin ilk örneği olarak kabul edilmektedir. Günümüzde Batı Avrupa'nın büyük bir kısmında ve Doğu Avrupa'da uygulanan bu model, 1961 Anayasası'yla birlikte Türkiye'de de kabul edilmiştir. Yürürlükteki 1982 Anayasası'nda da varlığını koruyan AYM, Türk anayasal sisteminde yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapmaktadır.

II-Yargısal Denetimin Zamanı, Yolları, Kapsamı ve Sonuçları

Anayasa yargısı günümüzde çağdaş hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda kabul edilen bir uygulama olmakla birlikte, yargısal denetimin zamanı, yolları, kapsamı ve sonuçları bir ülkeden diğerine farklılık göstermektedir. Aşağıda, günümüzde uygulanan modeller anahatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Yargısal Denetimin Zamanı

Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, denetimin yapıldığı zaman açısından iki başlık altında incelenebilir (Stone, 1992); yasaların yürürlüğe girmesinden önce ve yasaların yürürlüğe girmesinden sonra. "**Önceden denetim**", anayasa aykırı olduğu tespit edilen bir yasanın yürürlüğe girmesini engeller; buna karşılık "**sonradan denetim**", yürürlüğe girmiş böyle bir yasanın hukuk sisteminden çıkarılmasına imkan verir. Avrupa ülkelerinde yaygın olarak sonradan denetim yolu uygulanmaktadır. Önceden denetimin uygulandığı ülkelerin başında ise Fransa gelir. Fransa'da yasaların anayasaya uygunluğu yasalar yürürlüğe girmeden önce Anayasa Konseyi tarafından denetlenir. Bununla birlikte, 2008 yılında yapılan bir anayasa değişikliğiyle bu ülkede sonradan denetim yolu da kabul edilmiştir (Gönenç, 2010).

Önceden denetim ve sonradan denetim karşılaştırıldığında her birinin kendine özgü olumlu ve olumsuz yanları olduğu söylenebilir. Önceden denetim, yasa henüz yürürlüğe girmeden önce yapıldığı için anayasaya aykırı olduğu tespit edilen bir yasanın hukuk sistemine girmesi engellenmiş olur. Bu olumlu yönüne karşılık, önceden denetimin şöyle bir olumsuz yönünden de söz edilebilir: Bazı yasaların anayasaya aykırı olup olmadıkları ancak yürürlüğe girip uygulanmaya başladıktan sonra anlaşılabilir. Oysa, önceden denetimde henüz uygulanmayan bir yasanın anayasaya uygunluğu veya aykırılığı masa başında ve (örneğin 15 gün, 1 ay gibi)

çok kısa bir süre içerisinde değerlendirilmektedir. Eğer bir anayasal sistemde sadece önceden denetim kabul edilmişse, anayasaya aykırılıkları uygulamada ortaya çıkabilecek bu tür yasaları hukuk sisteminden çıkarmak mümkün olmayacaktır. Üstelik bu denetim biçiminde uzun, karmaşık veya bağlantılı yasaları hakıyla denetlemek de oldukça güçtür. Sonradan denetim, masa başında görülemeyen, ancak yasanın uygulanması sırasında, zaman içerisinde ortaya çıkabilecek anayasaya aykırılıkları tespit etme imkanı vermektedir. Bununla birlikte, anayasaya aykırı olduğu tespit edilen bir normun, bir süre de olsa hukuk sisteminde yaşamış olması bu denetim biçiminin olumsuz yönüdür. Daha da önemlisi, bu denetim biçiminde uygulanmakta olan bir yasa hukuk sisteminden çıkarıldığı için, yasama organı yeni bir yasa yapana kadar bu yasanın düzenlediği alanda bir boşluk ortaya çıkması kaçınılmazdır. Sonuç olarak, olumlu ve olumsuz yönleri birlikte değerlendirildiğinde, örneğin Macaristan'da olduğu gibi, önceden ve sonradan denetimin birlikte uygulanması önerilebilir.

Yargısal Denetimin Yolları

Anayasa Yargısında Denetim Yolları		
Soyut Norm Denetimi	Somut Norm Denetimi	Bireysel Başvuru
Örnekler: Avusturya, Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz, Polonya, Macaristan, Türkiye	Örnekler: Avusturya, Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz, Polonya, Macaristan, Türkiye	Örnekler: Almanya, Avusturya, Portekiz, Polonya, Macaristan, 2010 Anayasa Değişikliği Sonrasında) Türkiye

Tablo 2: Anayasa Yargısında Denetim Yolları

Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, anayasaya aykırılık iddialarının anayasaya uygunluk denetimi yapacak olan organın önüne getiriliş biçimine göre ise esas olarak iki başlık altında incelenebilir: "**Soyut norm denetimi**", "**somut norm denetimi**" (Cappelletti, 1971: 69-84) Bunlara bir de "**anayasa şikayeti**" veya "**bireysel başvuru**" yolunu da eklememiz gerekir (Tablo 2). Soyut norm denetiminde, belli siyasal organlar (örneğin cumhurbaşkanı) tarafından, belli süreler içerisinde (örneğin yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren 10 gün), bir yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla AYM'de iptal davası açılması söz konusudur. Bu denetim yolu herhangi bir somut olayla bağlantılı olmaksızın soyut bir değerlendirmeye dayandığı için "soyut norm denetimi" olarak adlandırılmaktadır. Soyut norm denetimi, yani iptal davası açısından önemli olan, özellikle parlamentodaki muhalefet partilerine veya gruplarına dava açma hakkının tanınmasıdır. Siyasi iktidarın anayasaya uygun kullanılmasını sağlamak açısından muhalefete böyle bir hakkın tanınması hayati önem taşır. Bazı ülkelerde diğer kurum veya organlar da iptal davası yoluyla anayasaya uygunluk denetimi sürecini başlatabilmektedir. Örneğin, Portekiz'de iptal davası açma hakkı, Cumhurbaşkanı, Meclis Başkanı, Başbakan ve

Meclis'in 1/10 oranındaki üyesi yanında, ombudsman, başsavcı, özerk bölge meclislerine de tanınmıştır.

Somut norm denetiminde ise, somut bir olaya ilişkin görülmekte olan bir davada uygulanan yasanın anayasaya aykırılığı tartışılmaktadır. Bu denetim türünde yargıç, tarafların iddiası üzerine veya kendi inisiyatifiyle, yargılamayı durdurarak söz konusu yasayı anayasaya uygunluk denetimi için AYM'ye gönderir. Dolayısıyla, burada denetim sürecini başlatan siyasal organlar değil, belli bir davaya bakmakta olan yargıçtır. Bu denetim yolunda bireyler, doğrudan AYM'ye başvurma imkanları olmamasına rağmen, yargıcın süzgecinden geçmek koşuluyla ve yargıcın eliyle anayasaya aykırılık iddialarını AYM'nin önüne getirmiş olmaktadır.

Anayasa şikayeti veya bireysel başvuruda ise, bireyler iddialarını araya herhangi bir başka kurum veya makam girmeksizin doğrudan AYM'ye taşıyabilirler; yani doğrudan AYM'ye başvurup anayasaya uygunluk denetim sürecini başlatabilirler. Bireysel başvuru, karşılaştırmalı örneklerde, (kimi ülkelerde yargı organı da dahil) kamu gücünü kullanan organların eylem ve işlemleri dolayısıyla bir temel hak veya özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden bireylerin (yani gerçek kişiler ve kimi zaman tüzel kişilerin) en son hukuki çare olarak başvurabilecekleri bir denetim yolu olarak karşımıza çıkmaktadır (Göztepe, 1988). Bu mekanizmanın işletilebilmesi için önkoşul, başvuruda bulunan bireyin, temel hakkına veya özgürlüğüne yönelik doğrudan ve güncel bir ihlalin var olmasıdır. Bu denetim türünün benimsendiği Almanya, Avusturya ve Portekiz gibi ülkelerde, anayasa mahkemelerinin iş yükünün büyük kısmını bireysel başvurular oluşturmaktadır. Gerçekten, örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların yaklaşık %95'inin bireysel başvurulardan oluştuğu bilinmektedir (Kılınç, 2008).

Türkiye'de yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi, zaman açısından kural olarak "sonradan denetim" yoluyla, yani yasalar yürürlüğe girdikten sonra yapılmaktadır. Bununla birlikte, literatürde özellikle uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun "önceden denetim" yoluyla denetlenmesinin faydalı olacağı üzerinde durulmaktadır (Başlar, 2005).

1982 Anayasası'nın orijinal biçimine göre, yargısal denetim yolu olarak ise "soyut norm denetimi" ve "somut norm denetimi" kabul edilmiştir. Türkiye'de soyut norm denetimi sürecini başlatma, yani iptal davası açma hakkı, Cumhurbaşkanı, iktidar partisi meclis grubu, anamuhalefet partisi meclis grubu ve TBMM üye tamsayısının 1/5 oranındaki milletvekiline tanınmıştır. Anayasa'da sayılan bu organ, grup veya kişiler, 10 ve 60 günlük süreler içerisinde, esas ve şekil açısından anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'de dava açabilirler (m. 150, 151). Somut norm denetimi ise, belli bir süreyle sınırlı olmaksızın, bir davada uygulanmakta olan bir yasanın davaya bakmakta olan mahkeme tarafından AYM'ye gönderilmesi yoluyla gerçekleştirilir. Bu denetim yolunda, anayasa aykırılık iddiası iki şekilde ortaya çıkabilir; ya bizzat davaya bakmakta olan yargıç uygulamakta olduğu yasanın anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirip AYM'ye taşır, ya da davanın tarafları davada uygulanmakta olan yasanın anayasaya aykırı olduğunu ileri sürer ve yargıç bu iddiayı "ciddi" bularak dosyayı AYM'ye gönderir (m. 152).

2010 anayasa değişikliğiyle, 1982 Anayasası'ndaki mevcut soyut ve somut norm denetimi yollarına "bireysel başvuru" veya "anayasa şikayeti" yolu da eklenmiştir. Değişiklikle kabul edilen ilgili düzenleme şu şekildedir:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

Bu kurumun kabul edilmesi olumlu olmakla birlikte, değişiklik metninde düzenlendiği biçimiyle, bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda özellikle, AYM'ye bireysel başvuru hakkının neden sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki anayasal temel hak ve özgürlükler için tanındığı sorusu akla gelebilir. Bu sorunun cevabı, bir ölçüde değişiklik teklifinin gerekçesinde verilmektedir. Söz konusu gerekçeye göre: "...bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlal kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir." Gerekçede yer almamakla birlikte, anayasa koyucunun bireysel başvuru hakkının kapsamını bu şekilde sınırlamasının altında, bireysel başvuru mekanizmasının işlemeye başlamasıyla önüne gelecek dava sayısı ciddi biçimde artacak olan AYM'nin iş yükünü hiç olmazsa bir ölçüde hafifletme düşüncesinin yattığı da söylenebilir. Her iki gerekçe de anlaşılabilir ve kabul edilebilir olmakla birlikte, eğer bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha etkin bir biçimde korunması ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin daha etkili bir biçimde hayata geçirilmesi isteniyorsa, bireysel başvuru yolunun sadece AİHS'de sayılan anayasal temel hak ve özgürlükler için değil, bunun yanında veya esas olarak TC Anayasası'ndaki tüm temel hak ve özgürlükler için tanınması uygun olur.

Yukarıdaki noktayla bağlantılı olarak, bireysel başvuru hakkının uygulanmasıyla birlikte ortaya çıkabilecek bir başka soruna da işaret etmemiz gerekir. Yukarıda değindiğimiz gibi, 2010 anayasa değişikliğiyle bireysel başvuru hakkı AİHS'de sayılan anayasal temel hak ve özgürlükler için tanınmıştır. Bilindiği gibi, Avrupa insan hakları koruma sistemi çerçevesinde, AİHS yanında, ancak AİHS'den ayrı olarak "ek protokoller" bulunmaktadır. AİHS'de yer almayan bazı temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan bu potokollere AİHS'ye taraf olan devletler otomatik olarak taraf olmamakta, bu protokollerin ayrıca imzalanması gerekmektedir. Buna göre, 2010 anayasa değişikliğiyle getirilen bireysel başvuru hakkı açısından şöyle bir tereddüt ortaya çıkabilir: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" ibaresi sadece AİHS'ni mi, yoksa AİHS ile birlikte ek protokolleri de mi ifade etmektedir? Eğer ilk yorum kabul edilecek olursa, bireysel başvuru hakkının kapsamı iyice daraltılmış olacaktır.

Yapılan değişiklikte bireysel başvuru hakkının nasıl kullanılacağıyla ilgili çok temel bir konunun da düzenlenmediği görülmektedir. Anayasa hukuku literatüründe anayasa şikayeti; "gerçek anayasa şikayeti" ve "gerçek olmayan anayasa şikayeti" olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Gerçek anayasa şikayetinde bireyler, temel hak ve özgürlük ihlaline yola açan idari işlem veya mahkeme kararı aleyhine AYM'ye başvurur; gerçek olmayan anayasa şikayetinde ise başvuru, idari işlem veya mahkeme kararına temel teşkil eden yasa aleyhine yapılır. Literatürde gerçek anayasa şikayetinin, "...somut olaydaki ihlali denetlemede..." daha etkili bir mekanizma kurması ve "...temel hak ve özgürlüklerin gerek bireysel düzeyde eksiksiz bir biçimde korunması ve gerekse objektif hukuk düzeninde etkili olması..." açısından daha elverişli olduğuna dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, bu ayrımı yapan yazarlara göre, gerçek anayasa şikayeti gerçek olmayan anayasa şikayetine tercih edilmelidir (Sağlam, 2006: 101-105).

Yargısal Denetimin Kapsamı

Anayasa mahkemeleri, esas olarak yasama organı tarafından yapılan yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemekle yetkili ve görevlidirler. Bununla birlikte, bazı ülkelerde yasama organının belli bir konuda yasa yapması gerekirken, bu yasayı yapmaması durumunda, yani **"anayasaya aykırı yasama ihmali"** söz konusu olduğunda da denetim yapılabilmektedir. Burada anayasaya aykırılık oluşturan durum, yasama organının anayasada öngörülmesine veya emredilmesine rağmen bir yasayı yapmamasıdır. AYM'nin böyle bir yetkiye sahip olduğu ülkelere örnek olarak Almanya, Macaristan, Slovakya, Slovenya, Güney Kore ve Tayvan verilebilir. Karşılaştırmalı örneklerde, bu tür bir yetki kullanan mahkemeler, yasama organına ihmali gidermesi için belli bir süre vermekte, hatta yapılacak yasanın şekil ve içeriği hakkında yasama organına tavsiyelerde bulunmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir yetkinin anayasa mahkemelerinin yasama işlevine dahil, hatta müdahil olması anlamına geldiği söylenebilir.

Anayasa mahkemelerinin esas görevi, yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemektir; ancak bazı ülkelerde, örneğin İspanya'da, anayasa mahkemelerinin yasalar yanında uluslararası antlaşmalar gibi başka normları da anayasaya uygunluk açısından denetlediği gözlenmektedir.

Türkiye'de AYM şu normları anayasaya uygunluk açısından denetlemektedir: Yasalar, Bakanlar Kurulu tarafından olağan dönemlerde çıkarılan yasa gücünde kararnameler, anayasa değişikliklerine ilişkin yasalar ve parlamento içtüzüğü. Türk hukuk sisteminde şu normlar ise anayasa koyucu tarafından AYM'nin denetimi dışına çıkarılmıştır: uluslararası antlaşmalar (m. 90), olağanüstü dönemlerde (olağanüstü hal ve sıkıyönetim) çıkarılan yasa gücünde kararnameler (m. 148/1), İnkılap yasaları (m. 174), yasama dokunulmazlığının kaldırılması (m. 85) ve milletvekilliğinin düşmesiyle (m. 85) ilgili kararlar haricindeki parlamento kararları. Literatürde özellikle, olağanüstü dönemlerde çıkarılan yasa gücünde kararnamelerin anayasa yargısı denetimi dışında tutulması eleştirilmekte ve bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ifade edilmektedir (Esen, 2008: 285)

Türk anayasal sisteminde AYM, denetim yetkisi kapsamındaki normları, anayasa değişikliklerine ilişkin yasalar hariç, hem şekil hem esas açısından denetleyebilmektedir. Anayasa değişiklikleri ise, Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasına göre sadece şekil açısından denetlenebilir. Anayasa'ya göre anayasa değişikliklerinde şekil denetimi: "...teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır." (m. 148/2) Anayasa'da böyle bir düzenleme yer almakla birlikte, AYM, son yıllarda geliştirdiği içtihadıyla anayasa değişikliklerini esas açısından da denetlemeye başlamıştır. AYM'nin kamuoyunda tartışma yaratan bu içtihadını değerlendirebilmek için anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusu üzerinde durmamız gerekir.

Yukarıda değindiğimiz gibi, anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetimi anayasanın yasalar gibi değiştirilememesinin bir sonucu, hatta gereği olarak kabul edilip savunulabilirken, Almanya, Hindistan, Nepal gibi özellikle anayasa mahkemelerinin geliştirdikleri içtihatlarla anayasa değişikliklerinin esas açısından denetlenebileceğinin kabul edildiği bazı istisnai örnekler dışında (Bkz. Gözler, 2008), böyle bir denetimin yapılabileceği kabul edildiği takdirde şu sorunun cevaplanması gerekir: Denetim yapılırken içerik açısından söz konusu değişikliğin neye uygunluğu denetlenecektir? Anayasa literatüründe genel olarak anayasa hükümleri arasında bir altlık-üstlük ilişkisi olmadığına, hepsinin aynı seviyede bulunduğu işaret edilir. Buna göre, usulüne uygun olarak kabul edilip yürürlüğe giren bir anayasa değişikliği

anayasada yer alan diğer anayasa hükümlerinden farksızdır; yeni anayasa hükmü yürürlükteki anayasa hükümleriyle aynı seviyededir ve onlarla aynı etkiye sahiptir. Bu durumda, anayasa değişikliklerini esas açısından denetleyebilmek için ya anayasanın üzerinde bir takım normlar olduğunu ya da anayasa hükümlerinden bazılarının diğerlerine göre üstün konumda bulunduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir önermenin kabul edilmesi ise mantıki ve hukuki açıdan kolay görünmemektedir.

Türkiye'de AYM, ilk defa 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerini esas açısından denetlemiştir. 1961 Anayasası'nın orijinal halinde, anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin bir hüküm mevcut değildi. Buna rağmen AYM, milletvekili seçilme yeterliğine ilişkin bir kararında (E. 1970/1, K. 1970/31, KT: 16.06.1970), anayasa değişikliklerini şekil ve esas açısından denetleyebileceğini hükme bağlamıştır. AYM bu içtihadıyla, bir yandan anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendisinde görürken, diğer yandan, Anayasa'nın 9. maddesinde, sadece "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" ibaresini içeren 1. madde için öngörülen "değiştirme yasağı"nı, Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddeyi ve 2. maddenin gönderme yaptığı Başlangıç Bölümü'nü de kapsayacak biçimde genişletmiştir. 1971 anayasa değişikliğiyle, büyük ihtimalle AYM'nin bu içtihadına bir tepki olarak, AYM'nin denetim yetkisinin kapsamını belirleyen madde şu şekilde yeniden kaleme alınmıştır: "AYM, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler." Bu değişikliğe rağmen AYM sonraki kararlarında, Anayasa'nın 9. maddesindeki "değiştirme yasağını"nın bir şekil şartı olduğunu, dolayısıyla önüne gelen anayasa değişikliğini teklif edilip edilemeyeceği noktasında inceleme yetkisi bulunduğunu belirtmiştir. Aslında böylece AYM, şekilden yola çıkarak esas denetimi yapmıştır. AYM 1971 değişikliği sonrasında; askeri mahkemelerin kuruluşuna (E. 1973/19, K. 1975/87, KT: 15.04.1975); kamulaştırmaya (E. 1976/38, K. 1976/46, KT: 12.10.1976); Yüksek Hakimler Kurulu'na (E. 1976/43, K. 1977/4, KT: 27.01.1977) ve Yüksek Savcılar Kurulu'na (E. 1977/82, K. 1977/117, KT: 27.09.1977) ilişkin dört kararında anayasa değişikliklerini bu şekilde denetlemiş ve anayasaya aykırı bularak iptal kararı vermiştir (Özbudun, 2009: 170-174).

AYM'nin bu içtihadı 1961 Anayasası döneminde ciddi tartışmalara konu olmuş, 1982 Anayasası kaleme alınırken bu tartışmalara nokta koymak amacıyla AYM'nin anayasa değişikliklerine ilişkin şekil denetiminin içeriğinin sınırları da Anayasa'da açıkça ifade edilmiştir. 1982 Anayasası'nın ilgili hükmü şöyledir: "Anayasa Mahkemesi, ...Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler... [şekil bakımından denetim]... Anayasa değişikliklerinde... teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır."

Esas denetimini açıkça yasaklayan bu hüküm karşısında AYM, 1982 Anayasası döneminde, önüne gelen davalarda (E. 1987/9, K. 1987/15, KT: 18.06.1987; E. 2007/72, K. 2007/68, KT: 05.07.2007; E. 2007/99, K. 2007/86, KT: 27.11.2007) bu konuda yetkisi olmadığı gerekçesiyle anayasa değişikliklerini esas açısından incelemeyi reddetmiş, ancak kamuoyunda "türban kararı" veya "başörtüsü kararı" olarak bilinen kararla (E. 2008/16, K. 2008/116, KT: 05.06.2008) içtihadını değiştirerek esas açısından denetim yapmıştır. AYM, 2010 anayasa değişikliği yasasının AYM ve HSYK'nın kuruluşuna ilişkin maddelerini kısmen iptal ettiği kararında da (E. 2010/49, K. 2010/87, KT: 07.07.2010) bu içtihadını sürdürmüştür.

Yargısal Denetimin Etkileri ve Sonuçları

Anayasa yargısının işleyişini açıkladığımız bu bölümde son olarak, anayasa mahkemelerinin anayasaya uygunluk denetimi sonucunda ne tür kararlar verdiklerini ve bu kararların hukuk sisteminde nasıl sonuçlar doğurduğunu açıklamamız gerekir (Cappelletti, 1971: 85-88).

Amerikan modeli anayasa yargısında, yargıç yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, o yasayı somut olayda **"ihmal"** eder, yani söz konusu yasayı o davada uygulamaz; davayı anayasa hükümleri ışığında sonuçlandırır. Bu tür bir anayasaya uygunluk denetiminin en önemli sonucu, anayasaya aykırılık kararının sadece davanın tarafları açısından sonuç doğurmasıdır. Bir başka ifadeyle, bu tür bir anayasaya uygunluk denetiminde, anayasaya aykırı bulunan yasa hukuk sisteminden çıkmış olmaz ama o dava için etkisiz hale gelir. Dolayısıyla, söz konusu yasa hukuk sisteminde yaşamaya ve davanın tarafları dışında herkesi bağlamaya devam eder. Bununla birlikte, bu açıklamalardan böyle bir denetimin anayasaya aykırı yasaları hukuk sisteminden ayıklamak için elverişli olmadığı sonucuna da varılmamalıdır. Bu tür denetimin uygulandığı hukuk sistemlerinde geçerli olan **"emsal"** kurumu, anayasaya aykırı bulunan yasayı hukuk sistemi içerisinde fiilen uygulanmaz kılar. Bir başka ifadeyle, söz konusu anayasaya aykırılık kararı, benzer davalarda emsal teşkil eder ve başka mahkemelerin de anayasaya aykırılık kararı vermeleriyle yasa geçerliliğini yitirir. Burada şu soru akla gelebilir: Acaba eğer bir yasanın anayasaya aykırı olup olmadığı hakkında farklı mahkemeler, farklı kararlar verirlerse ne olur? Bu durumda son noktayı Yüksek Mahkeme koyar; alt derece mahkemelerinin verdikleri kararlar nihayetinde Yüksek Mahkeme içtihadıyla birleştirildiğinde anayasaya aykırılık konusunda tüm alt derece mahkemelerini bağlayan bir karar ortaya çıkmış olur.

Avrupa modeli anayasa yargısında ise, anayasaya uygunluk denetimi sonucunda verilen kararın sonuçları önceden ve sonradan denetim için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Önceden denetimde, AYM bir yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar verdiği takdirde, söz konusu yasa yayımlanıp yürürlüğe girmez. Bir başka ifadeyle, bu tür anayasaya uygunluk denetiminde, anayasaya aykırı olduğu tespit edilen bir yasanın önü henüz yürürlüğe girmeden önce kesilmiş olur. Sonradan denetimde ise, anayasaya aykırılık kararı verilmesi durumunda, anayasaya aykırı olduğu tespit edilen yasa **"iptal"** edilir, yani hukuk sisteminden çıkarılır. Her iki duruma da, anayasaya uygunluk denetimi sonucunda verilen karar, Amerikan modeli anayasa yargısında olduğu gibi sadece davanın tarafları açısından değil, anayasaya tabi olan herkes için sonuç doğurur; yani anayasaya aykırı bulunan yasa herkes için yürürlükten kalkmış, herkes için etkisiz hale gelmiş olur.

İptal kararları açısından, bu kararların zaman bakımından nasıl uygulanması gerektiği ise ayrıca değerlendirilmelidir. Almanya, İtalya, Portekiz gibi istisnai birkaç örnekte iptal kararları geriye yürür; yani yasa yayımı tarihinden itibaren yürürlükten kalkmış sayılır. Türkiye dahil bir çok ülkede ise, iptal kararları geriye yürümez; yani yasa yürürlüğe girdiği tarihten itibaren değil, anayasa mahkemesinin iptal kararının yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkmış sayılır (Cappelletti, 1971: 88-96). Geriye yürümeme ilkesinin en önemli sonucu, yasanın yürürlüğe girdiği tarih ile iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih arasında, söz konusu yasaya dayanılarak

yapılan işlemlerin geçerliğini korumasıdır. Kuşkusuz bu, hukuki güvenlik ve hukuki istikrar açısından daha tercih edilir bir yoldur. Çünkü, bireyler, kurumlar, hatta devlet organları söz konusu yasa yürürlükteyken ona güvenerek bir takım hukuki ilişkilere girer, bir takım işlemler yapar ve bunlara bağlı olarak bir takım sonuçlar ortaya çıkar. Eğer AYM kararıyla bu yasa geçmişe yönelik olarak, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iptal edilecek olursa, yasanın yürürlükte olduğu süre içerisinde ona güvenerek davranışlarını düzenleyenlerin hukuk sistemine güveni sarsılabilir. Buna karşılık, anayasaya aykırılığı yargısal denetim sonucu tespit edilmiş bir yasaya dayanarak yapılan işlemlerin geçerli sayılması da telafisi güç zararların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu durumda, bir orta yol olarak, bazı kararların, özellikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini daraltan yasalara ilişkin iptal kararlarının, geriye yürütülmesi düşünülebilir. Bu bağlamda, örneğin, anayasaya aykırılığı tespit edilen bir ceza yasası hükmüne dayanarak verilen ceza mahkemesi kararları temyiz edilebilir veya yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.

Anayasa mahkemesi kararlarının zaman bakımından uygulanması konusunu tartışırken, Türk anayasal sistemiyle ilgili bir noktaya daha işaret etmemiz gerekir. Bir yasa aleyhine anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'de dava açıldığında, bu davanın sonuçlandırılması belli bir zaman almakta; dava süresince söz konusu yasa uygulanmaya devam etmektedir. Bu durumda, dava sonunda anayasaya aykırı olduğuna karar verilecek olan bir yasanın uygulanması ve ona dayanarak işlem yapılması geri dönüşü olmayan veya geri dönüş maliyeti çok yüksek sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin, memurların emeklilik şartlarını düzenleyen bir yasanın yayımlanarak yürürlüğe girdiğini ve hemen ardından Cumhurbaşkanı tarafından söz konusu yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla AYM'de dava açıldığını varsayalım. Bu dava sonuçlanana kadar yasada belirtilen şartları taşıyan memurlar emekli olacaktır. AYM'nin yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar vermesi durumunda, bu karar geriye de yürümeyeceği için, anayasaya aykırı yasaya göre emekli olanlar açısından ortaya çıkacak hak kayıplarını önlemek mümkün olmayacaktır. AYM bu sorunu çözmek için, Anayasa'da öngörülmemesine rağmen, 1993 yılında içtihat yoluyla "yürürlüğü durdurma" kurumunu kabul etmiş ve uygulamaya başlamıştır (Bkz. Kaboğlu, 2007: 161-168). Buna göre, AYM bir yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla kendisine başvurulduğunda, bu yasanın anayasaya aykırı olduğu konusunda güçlü bir belirtiler varsa ve söz konusu yasanın uygulanması hukuk sisteminde telafisi güç veya imkansız zararların ortaya çıkmasına neden olarsa, yasanın yürürlüğünü durdurmaktadır. Böylece söz konusu yasaya dayanarak herhangi bir işlem yapılamamakta ve yukarıda verdiğimiz örnekte karşımıza çıkan olumsuzluklara benzer olumsuzlukların yaşanması engellenmiş olmaktadır.

Kural olarak anayasa mahkemelerinin verdikleri kararlar kesindir. Bunun anlamı şudur: AYM'nin kararları tüm bireyleri, kurumları ve devlet organlarını bağlar, bu kararlar herhangi bir organ veya merci tarafından değiştirilemez, etkisiz kılınmaz. Burada, bazı ülkelerde karşımıza çıkan ilginç bir uygulamaya işaret etmek isteriz; **"askıya alıcı veto"** veya **"yasama vetosu"**. Örneğin, 1991 tarihli Romanya Anayasası'nın 145. maddesine göre, AYM'nin bir yasayı anayasaya aykırı bulması durumunda, parlamento 2/3 çoğunlukla AYM'nin kararını etkisiz kılma ve böylece yasanın yürürlüğe girmesini sağlama imkanına sahiptir. Anayasaya uygunluk denetimini anlamsız kılan ve yargı bağımsızlığı ilkesiyle çelişen bu düzenleme 2003 değişikliğiyle Romanya Anayasası'ndan çıkarıldı.

III-Anayasa Mahkemelerinin Anayasaya Uygunluk Denetimi Dışındaki Görev ve Yetkileri

Anayasa mahkemelerinin norm denetim yoluyla gerçekleştirdikleri "hak koruyucu" işlevleri yanında, karşılaştırmalı örneklerde sıklıkla karşımıza çıkan bir başka işlevleri, devlet organları arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözmektir. Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan çağdaş demokratik anayasal sistemlerde, her bir devlet organının yetki alanı içerisinde kalarak işlevini yerine getirmesi şarttır. Devlet organları arasında yetki uyuşmazlığı çıktığı zaman, tarafsız bir üçüncü kişi, yani uyuşmazlığın tarafı olmayan anayasa yargıcısı bu uyuşmazlığı çözer. Ancak anayasa mahkemelerine böyle bir görev verildiği takdirde, demokrasiye geçiş sonrasında Rusya'da yaşandığı gibi, anayasa yargıçlarının kendilerini siyasal çekişmelerin tam ortasında bulması, mahkemenin bu çekişmelere taraf olması, eleştirilere, hatta saldırılara maruz kalıp prestij kaybına uğraması her zaman mümkündür (Gönenç, 2002: 254-259).

Anayasa mahkemeleri, gerek "hak koruyucu", gerek "uyuşmazlık çözücü" bir organ olarak, anayasayı yorumlama yetkisine sahiptir. Anayasa hükümlerinin, temel hak ve özgürlükler veya siyasal iktidarın organizasyonu bağlamında, ne anlama geldiği, içeriğinin nasıl anlaşılması gerektiği, nasıl uygulanacağı, AYM'nin yaptığı yorumla netleşir. Bir çok örnekte, salt anayasa hükümlerini uygulamanın ötesinde, bu hükümleri yorumlamaya girişen anayasa yargıçlarının "yargısal yasama faaliyeti" (*judicial lawmaking*) gerçekleştirdikleri söylenmektedir. Bir başka ifadeyle yargıçlar, anayasa hükümlerini uygularken, anayasa koyucunun bıraktığı boşlukları doldururlar ve böylece yargısal kararlar yoluyla hukuk yaratmış olurlar. Bir anayasa ne kadar fazla çerçeve niteliğinde düzenleme içeriyorsa, hükümleri ne kadar muğlaksa, anayasa yargıçlarının yorum alanı ve dolayısıyla hukuk yaratma kapasiteleri o kadar genişler. Kuşkusuz, anayasa mahkemelerinin aktivizmi, sadece anayasa metinlerinin muğlaklığı ile açıklanamaz, bunun yanında siyasal, sosyal ve tarihsel faktörlerin de göz önüne alınması gerekir.

Eğer "hak koruma" ve "uyuşmazlık çözme" AYM'lerin "asli" görevleri olarak nitelendirilebilirse, bir de bu mahkemelerin "tali" görevlerinden söz etmemiz gerekir. Bu bağlamda anayasa mahkemeleri; seçim uyuşmazlıklarını nihai olarak karara bağlamak, yüksek devlet görevlilerini yüce divan sıfatıyla yargılamak ve siyasal partilerin program ve faaliyetlerini anayasaya uygunluğu açısından ve mali açıdan denetlemek gibi başka görevler üstlenebilmektedirler. Hatta çok istisnai bazı örneklerde, örneğin Rusya Federasyonu'nda, AYM, yasa önerisinde bulunabilmektedir. Bu son durumda, artık AYM yargısal kararlar yoluyla değil, doğrudan kendi yetkisini kullanarak yasama faaliyetine girişmiş olmaktadır.

AYM'lerin bu tali görevleri arasında en çok tartışmaya yol açan belki de siyasal partilerin denetlenmesi görevidir. Klasik olarak Almanya'da karşımıza çıkan bu tür bir yetki, anayasa

mahkemelerini bir tür "meta-politika üreticisi" (*meta-policymaker*) konumuna yükseltmektedir. Çünkü siyasal partileri denetleyen, bazı durumlarda faaliyetlerini sınırlayan, hatta kapatan AYM böyle bir durumda, kimin siyaset üreteceğine ilişkin siyaseti belirlemiş olmaktadır (Ginsburg, 2004: 234).

Türkiye'de AYM'nin norm denetimi dışındaki en önemli görevleri Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak ve siyasal partileri denetlemektir.

AYM'nin Yüce Divan olarak çalışmasına ilişkin anayasadaki düzenleme şu şekildedir (m. 148):

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar.

Yüce Divan kararları kesindir.

Bu düzenlemeyle ilgili şu noktaları not edebiliriz: AYM, Yüce Divan olarak yürütme ve yargının en üst seviyesindeki görevlileri yargılama yetkisine sahiptir; Yüce Divan bu kişilerin görevleriyle ilgili suçlarına bakar; Yüce Divan kararları kesindir.

2010 anayasa değişikliğiyle, yukarıda not ettiğimiz iki konuda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Birincisi, Yüce Divan'da yargılanacak kişilere; TBMM Başkanı, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri komutanları ve Jandarma Genel Komutanı da eklenmiştir. İkincisi, değişiklikle; "Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir" denilerek, Yüce Divan kararları için bir "yeniden inceleme" mekanizması oluşturulmuştur. Her iki değişiklik de literatürde öteden beri dile getirilen eleştirileri büyük ölçüde karşılayacak niteliktedir.

Karşılaştırmalı örneklerde olduğu gibi, Türkiye'de de AYM'nin tali görevleri arasında belki de üzerinde en çok konuşulan, siyasal partilere ilişkin görevleridir. AYM siyasal partilere ilişkin iki tür denetim yapmaktadır; siyasal partilerin tüzük, program ve eylemlerinin anayasaya uygunluğunun denetimi ve siyasal partilerin mali denetimi. AYM siyasal partilerin mali denetimini Sayıştay'ın yardımıyla yapar. Siyasal partilerin tüzük, program ve eylemleri, Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasında sayılan yasaklara aykırı bulunduğu takdirde denetlenen siyasal partinin AYM kararıyla kapatılması veya devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması söz konusu olabilir. İlgili maddeye göre: "Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez." AYM faaliyete geçtiği tarihten (1962) bugüne kadar 25 parti hakkında kapatma kararı vermiştir. AYM son olarak 2008 yılında Adalet ve Kalkınma Partisi'nin devlet yardımından yoksun bırakılması, 2009 yılında ise Demokratik Toplum Partisi'nin (DTP) kapatılması kararına imza atmıştır. Bu konu siyasal partilerle ilgili çalışmamızda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2010 anayasa değişikliği teklifinde, siyasal partiler rejimini yeniden düzenleyen bir hüküm yer almaktaydı. Söz konusu hüküm, siyasal partilerin anayasal çerçevesine ilişkin bir dizi yenilik yanında, siyasal partilerin kapatılmasını zorlaştıran ve siyasal partiler hakkında kapatma davası açılmasını TBMM'de kurulacak bir komisyonun iznine bağlayan bir değişiklik de içermekteydi. Kamuoyunda ve akademik çevrelerde uzun süre tartişılan bu hüküm, TBMM'de yapılan oylamada Anayasa'nın öngördüğü yeter sayıya ulaşılamadığı için anayasa değişikliği teklifinin TBMM tarafından kabul edilen ve Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulan metninde yer almadı.

IV-Anayasa Yargısının Kurumsal Yapısı

Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren anayasa mahkemelerinin kurumsal yapısı yapılan denetimin etkinliği ve niteliği açısından önem taşımaktadır. Bu bağlamda, karşılaştırmalı örneklerde farklı düzenlemelere konu olan; anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesi yöntemleri, anayasa mahkemelerine ye olabilmek için adaylarda aranan şartlar, üyelik süresi gibi konular üzerinde durmamız gerekir.

Anayasa Mahkemesi yelerinin Belirlenmesi

AYM yelerinin belirlenmesinde esas olarak üç yöntem kullanılmaktadır; "**doğrudan atama yöntemi**", "**seçim yöntemi**" ve "**karma yöntem**" (Hukuk Yoluyla Demokrasi Avrupa Komisyonu, "Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonu Hakkında Rapor", 1997).

"Doğrudan atama yöntemi"nde, bir seçim veya oylama söz konusu değildir; bir veya birden fazla organ anayasa yargılarını atama yoluyla göreve getirir. Doğrudan atama yönteminde, atama yapan organlar anayasa yargılarını tamamen kendi inisiyatifleriyle belirleyebilirler. Doğrudan atama yönteminin tipik rneği olan Fransa'da, Anayasa Konseyi yelerini Cumhurbaşkanı, Senato Başkanı ve Milli Meclis Başkanı yaptıkları değerlendirme sonucunda atarlar. Çoğunlukla, atama makamı veya makamlarının başka organ veya kurumların önerdiği adaylar arasından bir tercih yapması söz konusudur. Bir çok örnekte, "aday gösterme" yetkisi, "atama" yetkisinden daha önemli bir yetki olarak karşımıza çıkar. Çünkü çoğu zaman, atama yapan makam, örneğin devlet başkanı, gösterilen adayların sayısı ve sırasını değiştirememekte ve böylece aslında AYM üyelerini, aday gösteren makam belirlemiş olmaktadır.

"Seçim yöntemi" esas olarak anayasa yargıçlarının parlamento tarafından seçilmesini ifade eder. Bu yöntemde parlamentolar, kural olarak, başka organ veya kurumların (rneğin devlet başkanının, yüksek yargı kurulunun veya yüksek mahkemelerin) gösterdiği adaylar arasından seçimini yapar. Bu yöntemin AYM'lerin demokratik meşruiyetine katkıda bulanacağı savunulmaktadır. Bu görüş esas olarak doğru olmakla birlikte, bu yöntemin AYM'lerin demokratik meşruiyetine katkıda bulunabilmesi için parlamentoda yapılacak seçimlerde siyasal

partileri uzlaşmaya teşvik etmek amacıyla 2/3 gibi nitelikli bir çoğunluğun aranması uygun olur. Bu yöntemin çeşitli biçimlerde uygulandığı ülkelere örnek olarak Almanya, Macaristan, Portekiz ve Polonya verilebilir.

“Karma yöntem”de, doğrudan atama ve seçim yöntemleri birlikte uygulanmaktadır. Bu yöntemin uygulandığı ülkelerin çoğunda, örneğin Romanya'da olduğu gibi, anayasa mahkemesi üyelerini belirleme yetkisi yürütme ve yasama organları arasında paylaştırılmaktadır. İtalya gibi bazı örneklerde ise, bu yargı da bu yetki paylaşımına dahil edilmektedir. Çok yaygın olarak kullanılan karma yöntemde seçim unsuru genellikle ağır basmakta ve anayasa mahkemelerinin kompozisyonu büyük ölçüde parlamentoda yapılan seçimlerle belirlenmektedir.

AYM üyelerinin nasıl belirleneceği tartışılırken, tercih edilecek belirleme yönteminden ne beklendiği üzerinde durulması gerekir. AYM üyelerini belirleme yöntemi: Birincisi, AYM'nin bağımsızlığını güvence altına alacak nitelikte olmalıdır; ikincisi, belirleme yöntemi, anayasa yargısının kendine özgü özelliklerine uygun yargıçların mahkemeye atanmasına imkan vermelidir; üçüncüsü, belirleme yöntemi anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetine katkıda bulunmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, AYM üyelerinin karma yöntemle belirlenmesi en uygun çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye'de 1961 Anayasası döneminde AYM üyelerinin belirlenmesinde karma yöntem uygulanmaktaydı. 1961 Anayasası'na göre, AYM'nin onbeş asıl üyesi Yargıtay (4), Danıştay (3), Sayıştay (1); Millet Meclisi (3), Cumhuriyet Senatosu (2) ve Cumhurbaşkanı (2) tarafından seçilmekteydi. Cumhurbaşkanı, seçeceği üyelerden birini, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçmekteydi. 1982 Anayasası ile Türkiye'de AYM üyelerinin belirlenmesinde atama yöntemine geçildi. 1982 Anayasa'nın orijinal halindeki düzenlemeyle, AYM'nin tüm üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi esas kabul edildi. Cumhurbaşkanı seçimini, yüksek yargı organlarının (Yargıtay: 2 asıl, 2 yedek üye; Danıştay: 2 asıl, 1 yedek üye; Askeri Yargıtay: 1 asıl üye; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM): 1 asıl üye; Sayıştay: 1 asıl üye) gösterdiği adaylar arasından yapması öngörüldü. Orijinal sisteme göre, bunlara ek olarak Cumhurbaşkanı, 1 asıl üyeyi Yüksek Öğretim Kurulu'nun (YÖK) belirlediği adaylar arasından, 3 asıl ve 1 yedek üyeyi ise üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından doğrudan kendisi seçiyordu. 1982 Anayasası'nın 146. maddesinde yer alan orijinal düzenleme şu şekildedir:

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 Askeri Yargıtay, Askeri 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.

2010 anayasa değişikliğiyle AYM üyelerinin belirlenmesinde tekrar karma sisteme dönüldü. Bununla birlikte Mahkeme'nin üye sayısı 17'ye çıkarıldı ve yedek üyelik kaldırıldı. Yapılan yeni düzenlemeyle, 17 AYM üyesinden 14'ünün Cumhurbaşkanı tarafından; Yargıtay (3 üye); Danıştay (2 üye); Askeri Yargıtay (1 üye); AYİM (1 üye) ve YÖK'ün (3 üye) göstereceği adaylar arasından seçmesi esası kabul edildi. YÖK kontenjanından seçilecek adaylardan en az ikisinin hukukçu olması şartı getirildi. Ayrıca orijinal düzenlemeden farklı olarak, Cumhurbaşkanına kendi inisiyatifiyle 4 üyeyi, sadece üst kademe yöneticileri ve (serbest) avukatlar arasından değil, "birinci sınıf hakim ve savcılar" ve "en az beş yıl raportörlük yapmış AYM raportörleri arasından" seçme imkanı da tanındı. Özellikle "Yüce Divan" sıfatıyla yargılama yapan AYM'de hukukçu üyelerin çoğunlukta olması gerektiği yönündeki eleştiriler bağlamında bu değişiklik olumlu olarak değerlendirilebilir. Teklifte getirilen AYM üyelerinin kompozisyonuna ilişkin bir diğer yenilik ise, TBMM tarafından 3 üyenin seçilmesinin öngörülmüş olmasıdır. TBMM; 2 üyeyi Sayıştay Genel Kurulu'nun, 1 üyeyi ise baro başkanlarının gösterecekleri adaylar arasından seçmektedir. 2010 anayasa değişikliğiyle getirilen hüküm şu şekildedir:

Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

14 Mayıs 2010 tarihinde, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) yukarıda değindiğimiz anayasa değişiklik teklifinin şekil ve bazı maddelerinin esas açısından iptali istemiyle AYM'ye başvurdu. AYM, 8 Haziran 2010 tarihinde, CHP'nin başvurusunu kabul etti ve 7 Temmuz 2010 tarihinde kararını açıkladı. Buna göre AYM, değişiklik teklifinin AYM ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) kuruluşuna ilişkin iki maddesini anayasaya aykırı görerek kısmen iptal etti. Böylece, yukarıda aktardığımız madde metninden "...bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir." ve "...de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve..." ibareleri çıkarılmış oldu. AYM'nin söz konusu kararı (E. 2010/49, K. 2010/87, KT. 07.07.2010), Resmi Gazete'nin 1 Ağustos 2010 tarih ve 27659 sayılı mükerrer nüshasında yayımlanarak yürürlüğe girdi.

AYM üyelerinin belirlenmesine ilişkin anayasa değişiklikleri halkoylaması öncesinde, halkoylaması sürecinde ve halkoylaması sonrasında çeşitli tartışmalara konu oldu. Bu bağlamda; özellikle yapılan yeni düzenlemelerle AYM'nin yapısında esaslı biçimde değişiklik olacağı, bu kurumun, belirlenecek yeni üyelerle, Adalet ve Kalkınma Partisi'nin (AKP) kontrolüne gireceği iddia edildi. Hatta zaman zaman basında ve kamuoyunda, AYM üyelerinin olası kararları, onları seçen makamların (yani 2010 değişiklikleri öncesinde Cumhurbaşkanının, 2010 değişiklikleri sonrasında ise Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'deki [TBMM] çoğunluk partisinin) siyasal eğilim ve kimliklerine bakılarak değerlendirilmeye ve bu konuda tahminlerde bulunulmaya başlandı.

Anayasa Mahkemesi'ne Cumhurbaşkanı Tarafından Seçilecek Üyeler

AYM üyelerinin seçimine ilişkin 1982 Anayasası'ndaki orijinal sistemle, halkoylamasında kabul edilen yeni sistem karşılaştırıldığında, görünüş itibarıyla yeni sistemle eski sistemin çok farklı olmadığı sonucuna varılabilir. AYM üyeleri yine ağırlıklı olarak (17 üyeden 14'ü) Cumhurbaşkanı tarafından ve yine esas olarak yüksek mahkemelerin gösterdikleri adaylar arasından seçilecektir. Bu açıdan bakıldığında, iktidar partisinin değişiklik teklifinde öngörülen seçim yöntemiyle kendisine yakın isimleri Mahkemeye atama imkanına kavuşacağı yönündeki eleştirilere; yeni sistemde hükümetin kontrolündeki parlamento çoğunluğu tarafından seçilen üyelerin, Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerden çok daha az olduğu (Cumhurbaşkanı 14 üye; TBMM 3 üye), Mahkeme kompozisyonunun esas olarak Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği, Cumhurbaşkanının AYM üyelerini yüksek yargının önereceği adaylar arasından seçeceği,

Anayasamıza göre Cumhurbaşkanının "tarafsız" olduğu, dolayısıyla anayasa yargıçlarının çoğunluğunu belirleme yetkisinin Cumhurbaşkanına verilmesinin AYM'nin bağımsızlığı için bir güvence oluşturacağı şeklinde cevap verilebilir. Bu cevap ilk bakışta tatmin edici bulunabilir, ancak değişiklik metni daha derinlemesine incelendiğinde, satır araları okunduğunda ve getirilen yeni düzenlemeler Anayasa'nın diğer hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde, farklı bir sonuca da varmak mümkündür. Bu bağlamda Cumhurbaşkanının AYM üzerindeki gelecekteki olası siyasal etkisini 2007 yılında halkoylamasında kabul edilen ve Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören düzenleme ile bağlantılı olarak tartışmamız gerekir. Yürürlükteki Anayasamızın Cumhurbaşkanlığı makamını düzenleyen 101. maddesinin başlığı [Cumhurbaşkanının] "Nitelikleri ve Tarafsızlığı"dır. Söz konusu maddeye göre: "Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve TBMM üyeliği sona erer." 1982 Anayasası'nın uygulandığı dönemde, TBMM tarafından seçilen Cumhurbaşkanları için dahi çoğu zaman sadece kağıt üzerinde kalan bu hüküm, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören anayasa değişikliğinin uygulanmaya başlamasıyla birlikte fikrimizce tamamen anlamsız hale gelecektir. Bir başka ifadeyle, bir kişi Cumhurbaşkanı seçilebilmek için seçim yarışına girecek, propaganda yapacak, halkın kendisini tercih etmesi için ideolojik referanslar göstererek bir dizi vaatte bulunacaktır. Bu durumda, bu kişinin seçildikten sonra tüm siyasal kimliğinden soyutlanacağını, kendisini o makama taşıyan ideolojik bağlarından bir anda kurtulacağını varsaymak gerçekçi olmaz. Aksine, halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanının, ideolojik ve siyasal tercihlerini kararlarına ve bu arada yaptığı atamalara da çok daha cesurca yansıtması beklenebilecektir. Sonuç olarak, konu uzun vadede ve bu açıdan değerlendirildiğinde, Cumhurbaşkanına AYM üyelerinin çoğunluğunu seçme yetkisi verilmesi, Mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına almaktan ziyade, Cumhurbaşkanının mensup olduğu dünya görüşünün AYM'de ağırlık kazanmasına hizmet edecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'ne TBMM Tarafından Seçilecek Üyeler

TBMM tarafından seçilecek üyeler açısından da yukarıdaki değerlendirmelere benzer değerlendirmeler yapılabilir. Sayıştay'ın bir yüksek mahkeme, hatta mahkeme olup olmadığı literatürde tartışmalı olmakla birlikte, diğer yüksek mahkemeler yanında Sayıştay'dan da AYM'ye üye seçilmesi ilk bakışta haklı bir gerekçeye dayanmaktadır. 1982 Anayasası'ndaki orijinal düzenlemeye göre, AYM, anayasaya uygunluk denetimi yanında, siyasal partilerin mali denetimini yapmakla da görevlidir. AYM esas olarak mali uzmanlık gerektiren bu denetimi yaparken Sayıştay'dan yardım almaktadır. Buna göre, orijinal düzenlemeye göre, Sayıştay'dan bir üyenin AYM'de bulunmasının pratik bir fayda sağladığı düşünülebilir. Bu bağlamda, halkoylamasında kabul edilen anayasa değişikliğiyle, AYM'nin üye sayısının onbirden onyediye çıkarılmasına paralel olarak, Sayıştay'dan seçilen üyelerin de birden ikiye çıkarılması haklı görülebilir. Ancak 2010 anayasa değişikliği teklifi dikkatli incelendiğinde, bu değerlendirmenin çok doğru olmadığı görülebilir. Teklifin TBMM'ye sunulan ilk metninde yer alan fakat ikinci görüşmede yeterli oyu alamadığı için tekliften düşen siyasal partilerin kapatılmasıyla ilgili düzenlemeyle siyasal partilerin mali denetimini yapma görevi AYM'den alınıp, Sayıştay'a verilmiştir. Dolayısıyla, teklifin bütünselliği içerisinde, artık Sayıştay'dan AYM'ye üye seçmenin pratik bir faydası kalmamıştır. Buna rağmen, teklifle AYM'ye Sayıştay'dan üye seçme uygulamasına son verilmesi şöyle dursun, Sayıştay'dan seçilen üyelerin sayısı artırılmış ve bunların TBMM tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemenin mantığı, Sayıştay'ın anayasal konumu göz önüne alındığında kolaylıkla kavranabilir: Sayıştay, TBMM adına mali denetim yapan ve tüm üyeleri TBMM tarafından seçilen bir kurumdur. Dolayısıyla, Sayıştay üyelerini belirleme konusunda TBMM çoğunluğu, yani siyasal iktidar mutlak söz sahibidir. Dolayısıyla, yapılan yeni düzenleme şu şekilde okunabilir: Siyasal iktidar, Sayıştay'a atadığı üyelerden uygun gördüklerini AYM'ye seçecek ve burada büyük ihtimalle hükümete ve parlamento çoğunluğuna yakın isimler tercih edilecektir. Üstelik yapılan değişikliğe göre, TBMM'de yapılacak seçimlerde, karşılaştırmalı örneklerde görüldüğünün tersine geniş bir uzlaşma aranmayacak, 3. oylamada en fazla oy alan, yani iktidar partisinin tercih ettiği aday seçilmiş olacaktır.

Anayasa Mahkemelerine Üye Olabilmek İçin Adaylarda Aranacak Nitelikler

AYM üyelerinin belirlenmesinde adaylarda aranacak nitelikler, karşılaştırmalı örneklerde farklı biçimde karşımıza çıkmaktadır, ancak anayasa mahkemelerinde hukukçuların ağırlıklı olarak yer alması gerektiği düşüncesi genel kabul görmektedir. AYM'nin hukukçu üyeleri farklı alanlarından gelebilirler ve farklı meslek tecrübelerine sahip olabilirler, ancak üyelerin hukuk eğitimi almış olmaları anayasa yargılamasının etkinliğini ve kalitesini arttıracak bir unsur olarak görülebilir. Bununla birlikte, anayasa mahkemelerinin diğer mahkemelerden farklı, sosyal ve siyasal konularla yakından ilgili bir mahkeme olduğunu da göz önüne almamız gerekir. Bu kendine özgü niteliği dolayısıyla, karşılaştırmalı örneklerde, anayasa mahkemelerine farklı meslek ve disiplinlerden üye seçilmesine imkan tanınmaktadır. Nihayetinde, burada altı çizilmesi gereken nokta, AYM'nin, klasik anlamda bir mahkeme olmasa da, nihayetinde bir yargılama yaptığı ve üyelerinin çoğunluğunun hukuk mantığı ve tekniğine vakıf olması gerektiğidir.

1982 Anayasası'nın orijinal halinde yer alan düzenlemeye göre, AYM'ye üye olabilmek için, yüksek yargı kontenjanından seçilecek üyeler dışındaki üyeler için (yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ve avukatları) şu şartları aranmaktadır: 40 yaşını doldurmuş olmak, yükseköğrenim görmüş olmak veya öğrenim kurumlarında en az 15 yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az 15 yıl fiilen çalışmış veya en az 15 yıl avukatlık yapmış olmak.

2010 anayasa değişikliğiyle, üyelik şartları şu şekilde değiştirilmiştir: 45 yaşın doldurulmuş olmak; yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri için profesör veya doçent unvanını kazanmış olmak, avukatlar için en az 20 yıl fiilen avukatlık yapmış olmak, üst kademe yöneticileri için yükseköğrenim görmüş ve en az 20 yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış olmak, birinci sınıf hakim ve savcılar için adaylık dahil en az 20 yıl çalışmış olmak, AYM raportörleri için en az beş yıl raportörlük yapmış olmak.

Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Görev Süresi

Anayasa mahkemesi üyelerinin kaç yıl süreyle görev yapacakları ve bununla bağlantılı olarak bir daha seçilip seçilemeyecekleri mahkemenin bağımsızlığı, etkinliği, verimliliği ve kurumsal istikrarı gibi konular açısından önem taşımaktadır. Öncelikle, anayasa yargıçlarının görev süresi parlamentonun görev süresinden uzun olmalıdır. İster parlamento tarafından seçilsin, ister atama yoluyla bu göreve gelsin, anayasa yargıçlarının farklı parlamento çoğunlukları, farklı hükümetler zamanında görevlerini yerine getirmeleri, tarafsızlıklarına katkıda bulunacak bir unsurdur. İki kere seçilme şartının ise, her ülkenin kendine özgü siyasal ve kültürel koşulları değerlendirildikten sonra kabul edilmesi gerekir. İkinci kere seçilme olasılığı olan anayasa yargıçları bir kez daha seçilebilmek için kendilerini seçen makamlarla iyi geçinmeyi tercih edebilirler. Özellikle, parlamento tarafından, siyasal partilerin katılımıyla seçilen AYM

üyelerinin kendilerini seçen siyasal parti veya partilerle böyle bir örtülü uzlaşma veya yakınlaşmaya girme ihtimali her zaman vardır. Bu yüzden iki kere seçilme şartı kabul edilirken, deyim yerindeyse, iki kere düşünülmesi gerekir.

Yukarıdaki tartışmayla bağlantılı olarak, iki kere seçilme şartıyla veya bu şart olmaksızın, AYM üyelerinin uzun süre görevde kalmalarının olumlu ve olumsuz yanları üzerinde durulabilir. Mahkeme üyelerinin uzun süre görevde kalmalarının olumlu yönü, bu üyelerin zamanla tecrübe kazanmaları ve anayasa yargısı alanında uzmanlaşmalarıdır. Uzun görev süresi, bu üyelerin tecrübe ve uzmanlıklarından daha uzun süre yararlanma imkanı verir. Buna karşılık, anayasa yargıçlarının uzun süre görev yapması, mahkeme yapısının kemikleşmesine de yol açabilir. Oysa, belli zamanlarda, mahkemeye yeni üyelerin gelmesi, mahkemenin kompozisyonunun ve içtihadının değişmesine katkıda bulunarak bir dinamizm sağlayabilir.

Bütün bu değerlendirmeler çerçevesinde, karşılaştırmalı örneklerde şu yolların tercih edildiği görülmektedir:

- *AYM üyeliğinin belli bir süreyle sınırlanmaması:* Bazı örneklerde AYM üyeleri atandıktan sonra, anayasada veya yasada gösterilen emeklilik yaşına kadar görev yaparlar. Örneğin, Avusturya'da bu yöntem uygulanmaktadır.
- *Yeniden seçilme şartı olmaksızın üyeliğin belli bir süreyle sınırlanması:* Bazı örneklerde, anayasa yargıçları 9 yıl gibi (örneğin İtalya), 12 yıl gibi (örneğin Almanya) nispeten uzun bir süre için bu göreve getirilmekte, ancak yeniden seçilme hakkı tanınmamaktadır.
- *Yeniden seçilme şartı ile üyeliğin belli bir süreyle sınırlanması:* Macaristan gibi bazı örneklerde ise, AYM üyeleri belli bir süre için bu göreve gelmekle birlikte yeniden seçilmeleri de mümkün olmaktadır.

Genellikle yukarıda açıkladığımız olumlu ve olumsuz yönleri dengelemek için en uygun yöntemin, yeniden seçilme şartı olmaksızın mahkeme üyelerinin 9 yıl veya 12 yıl gibi, nispeten uzun bir süre atanması yöntemi olduğu kabul edilmektedir.

1982 Anayasası'nın orijinal halinde AYM üyelerinin görev süreleri belli bir süre ile sınırlanmamıştır. Buna göre AYM üyeleri 65 yaşında emekli oluncaya kadar görev yaparlar. 2010 anayasa değişikliğiyle, "yeniden seçilme şartı olmaksızın üyeliğin belli bir süreyle sınırlanması" sistemine geçilmiştir. Değişiklik teklifinde yer alan ilgili düzenleme şu şekildedir:

Anayasa Mahkemesi üyeleri oniki yıl için seçilirler. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez. Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar. Zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolan üyelerin başka bir görevde çalışmaları ve özlük işleri kanunla düzenlenir."

V-Anayasa Yargısının Meşruiyeti ve Yargısal Aktivizm Tartışmaları

Avrupa modeli anayasa yargısının fikir babası olan Hans Kelsen, anayasa mahkemelerinin işlevini tanımlarken "negatif yasakoyucu" terimini kullanmıştır. Gerçekten, "pozitif yasakoyucu" olan parlamentonun yaptığı yasaları AYM denetlemekte ve anayasaya aykırı bulduğu takdirde iptal etmektedir. Bir başka ifadeyle, AYM parlamentonun yaptığını bozmakta, artıyı eksiye çevirmektedir. Bu noktadan hareket eden yazarlar anayasa mahkemeleri için şu eleştiriyi yapmaktadırlar: Anayasa mahkemeleri demokratik yöntemlerle seçilen, yani demokratik meşruiyete sahip parlamentoların yaptıkları yasalara müdahale etmektedirler. Bu müdahalenin kabul edilebilir olması için anayasa mahkemelerinin de "demokratik meşruiyete" sahip olmaları gerekir (Bkz. Özbudun, 2007).

Literatürde anayasa mahkemelerine demokratik meşruiyet kazandırmak için mahkemelerin bir şekilde "halk iradesi" ile ilişkilendirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi yapan yargıçların halk tarafından doğrudan seçilmesi bu konuda akla gelebilecek ilk yöntemdir. Ancak genelde yargıçların, özelde anayasa yargıçlarının doğrudan halk tarafından seçilmesi çeşitli nedenlerle bugün dünyada tercih edilen bir yöntem değildir. Bunun yerine, anayasa mahkemesi üyelerinin tamamının veya bir kısmının demokratik halk iradesini temsil eden parlamento tarafından seçilmesi yöntemi önerilmektedir. Bu yöntemle anayasa yargıçlarının seçiminde, parlamentoda 2/3 gibi nitelikli çoğunluğun aranması muhalefetin de destekleyeceği üyelerin mahkemede yer almasında imkan verecektir.

AYM üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi yöntemi, AYM'nin siyasal etkilere açık hale geleceği ve AYM'nin bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştirileri dile getirenler, özellikle anayasa yargıçlarının parlamento tarafından seçilmesinde, siyasal partilerin söz sahibi olmasına ve yargıçlar ile onların seçilmesinde etkili olan siyasal partiler arasındaki ilişkiye dikkat çekmektedirler. Bu bağlamda, AYM üyeleri ve onları seçen siyasal partiler arasında ilişki iki boyutta ele alınabilir: Birincisi, anayasa yargıçları kendilerini seçen siyasal partinin ideolojik çizgisinde kararlar verebilirler. Bir başka ifadeyle, yargıçları seçen siyasal partiler ve yargıçlar arasında bir tür "ideolojik ittifak" ortaya çıkabilir. İkincisi, anayasa yargıçları, eğer bu göreve ömür boyu atanmamışlarsa, bu göreve bir daha seçilebilmek veya mahkeme üyelikleri sona erdikten sonra iyi bir yere atanabilmek için kendilerini seçen siyasal partilerle iyi geçinmeyi, onlara hoş görünmeyi tercih edebilirler. Teorik olarak ortaya konabilecek bu ilişkileri pratikte tespit etmek oldukça güçtür, ancak bu konuda Almanya, Fransa, İtalya, İspanya ve Portekiz'e ilişkin yapılan ampirik çalışmalar, yargıçlarla siyasal partiler arasında bu tür bağların mevcudiyetine işaret etmektedir (Garoupa, 2010).

Anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetini artırmak için yapılabilecek ikinci öneri, anayasa mahkemelerinin, siyasal program ve değer yargılarına ilişkin konularda "kendi kendini sınırlama" (*judicial self-restraint*) ilkesini benimsemesi, temel hak ve özgürlükleri genişletmek adına ise "aktivist" (*judicial activism*) bir tutum takınmasıdır. Günümüzde, anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizmini eleştirenler, bu mahkemelerin artık sadece "negatif yasakoyucu" olmadıklarını, özellikle siyasal tercihler içeren kararlarıyla adeta parlamentoların yerine geçip "pozitif yasakoyucu" gibi hareket ettiklerini ifade etmektedirler. Anayasa mahkemeleri, hak-koruyucu işlevlerini öne çıkarıp aktivist tutumlarını temel hak ve özgürlükler alanıyla sınırladıkları takdirde, meşruiyetlerine ilişkin tartışmalar azalacak ve siyasal seçkinlerin ve kitlenin desteğini kazanmaları kolaylaşacaktır (Özbudun, 2005: 347-351).

Sonuç

“Giriş” bölümünde açıkladığımız gibi, günümüzde çağdaş liberal demokratik rejimlerin tanımlayıcı unsurlarından biri olan anayasanın üstünlüğü ilkesi yasaların anayasaya uygunluğunun denetimini gerekli kılmaktadır. Bu denetim dünyanın pek çok ülkesinde, siyasal organlara göre daha etkili olduğu kabul edilen yargısal organlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Karşılaştırmalı örneklerde yüksek mahkeme veya anayasa mahkemesi şeklinde örgütlenen anayasa yargısı kurumları mevcut oldukları ülkelerde siyasal sistemin temel aktörleri arasında sayılmaktadır. Günümüzde, liberal demokratik rejimlerde anayasa yargısının gerekliliği konusunda fikir birliği bulunmakla birlikte, anayasa mahkemeleri, özellikle siyasal organların tercih ve takdir alanlarına müdahale niteliğinde kararlar verdikçe meşruiyetleri tartışmaya açılmaktadır.

Türkiye’de AYM, faaliyete geçtiği 1962 yılından bu yana, siyaset çevrelerinde tartışma yaratan kararlar vermiş, olumlu ve olumsuz eleştirilere muhatap olmuştur. 1982 Anayasası döneminde inişli-çıkışlı bir seyir izleyen siyasal iktidar-anayasa mahkemesi ilişkileri, 2002 yılında AKP’nin iktidara gelmesiyle örtülü, hatta zaman zaman açık bir çatışmaya dönüşmüştür. Nihayetinde, 2010 yılında, halkoylamasında kabul edilen anayasa değişiklikleriyle, AYM’nin üye sayısı arttırılmış, üye seçim yöntemi değiştirilmiştir. Ancak, söz konusu değişiklikler mahkemeye ilişkin tartışmaları sona erdirmek şöyle dursun, farklı boyutlarda derinleşerek ve yoğunlaşarak devam etmesine neden olmuştur.

Geçmişteki ve günümüzdeki tartışmaları bir arada değerlendirdiğimizde sonuç olarak şu noktanın altını çizmemiz gerekir: O veya bu, herhangi bir siyasal iktidarın kontrolüne girmiş izlenimi veren bir anayasa mahkemesi kararlarını toplumun geniş kesimlerine kabul ettirmekte güçlük çeker. Oysa anayasa mahkemeleri, bu kurumun iyi işlediği örneklerde görüldüğü gibi, siyasetin çözemediği sorunları yargısal yolla ve daha da önemlisi barışçı bir biçimde çözerek

“siyasal sistemin sigortası” işlevini görebilirler. Ancak böyle bir işlev yerine getirebilmeleri için anayasa mahkemelerinin tasarımı ş u iki unsur arasında bir denge gözetilmesi şarttır; bir yanda anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmeye elverişli, etkin ve bağımsız bir anayasal denetim mekanizması kurulması, diğ er yanda toplumdaki temel siyasal aktörlerin (en azından çoğunluğunun) mahkemenin kararlarını kabul etmesini sağlamak amacıyla üyelerinin belirlenmesinde “demokratik meş ruîyet” ilkesinin göz önüne alınması. Bu bağlamda, yeni anayasa arayışlarında, 1961 Anayasası’nda örneğini gördüğümüz, anayasa mahkemesi üyelerinin yasama, yürütme ve yargı organlarının dengeli bir biçimde söz sahibi olduğu “karma yöntem”le seçilmesi ve özellikle parlamento tarafından seçilecek üyeler için “nitelikli çoğunluk” aranması hususları tartışmaya açılmalıdır.

KAYNAKÇA

Anayurt, Ömer, “Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi” *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan* içinde, Der: Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Ece Göztepe, Seçkin, Ankara, 2008.

Bahçeci, Barış, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Devlet Başkanının Veto Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Başlar, Kemal, “Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma”, *Demokrasi Platformu*, Yıl 1, Sayı 2, 2005.

Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, 1971.

Constitutional Justice and Democracy by Referendum, European Commission for Democracy through Law, Venice Commission, Science and Technique of Democracy No. 14, Strasbourg, 1995.

Esen, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Favoreau, Louis, “Constitutional Review in Europe”, *Constitutionalism and Rights, The Influence of the United States Constitution Abroad* içinde, Der: Louis Henkin ve Albert Rosenthal, Columbia University Press, New York, 1990.

Garoupa, Nuno, “Empirical Legal Studies and Constitutional Courts”, *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3, 2010.

Ginsburg. Tom, “Ancillary Powers of Constitutional Courts”, *Institutions and Public Law: Comparative Perspectives* içinde, Der: Tom Ginsburg ve Robert A. Kagan, Peter Lang Publishing, New York, 2004.

Gönenç, Levent, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, Kluwer Law Publications, Martinus Nijhoff, The Hague, New York, 2002.

Gönenç, Levent, “Presidential Elements in Government, Turkey”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 4, 2008, ss. 488-523.

Gönenç, Levent, “Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Dengelenmesi ve Anayasalar”, *TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri 1*, Ankara 2010.

Gözler, Kemal, *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*, Ekin, Bursa, 2008.

Göztepe, Ece, *Anayasa Şikayeti*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1988.

Hukuk Yoluyla Demokrasi Avrupa Komisyonu, "Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonu Hakkında Rapor", 1997 [*European Commission for Democracy through Law*, "Preliminary Report on the Composition of Constitutional Courts" CDL-JU (97) 10 prov., Strasbourg, 17 February 1997]

Jacobsohn, Gary Jeffrey, “An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective.” *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3, 2006, ss. 460-487.

Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye*, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2007.

Kılınç, Bahadır, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, No. 25, Ankara, 2008.

Onar, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara, 2003.

Özbudun, Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, *Demokrasi ve Yargı Sempozyum* içinde, Der: Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

Özbudun, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, 2007, ss. 257-268.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1* içinde, Der: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006.

Stone, Alec, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 1992..