

“Yeni Anayasa” Taslağında Anayasa Mahkemesi

Zühtü Arslan*

1. Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti

Anayasa yargısının demokratik meşruiyeti, hiç kuşkusuz anayasa teorisinin en tartışmalı konularından birisidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1803 yılında verdiği Madison kararından bu yana yasama organının çıkardığı bir kanunun yüksek mahkemeler tarafından geçersiz kılınıp kılınamayacağı konusu hep tartışılmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi bu kararında “anayasanın üstünlüğü” ilkesinden hareketle yaptığı denetimi ve verdiği anayasaya aykırılık kararını meşrulaştırmaya çalışmıştır. Ancak, bir çok anayasacı bu ilkenin Kongrenin çıkardığı bir kararın geçersiz kılınması yetkisini Yüksek Mahkemeye vermediğini, esasen Anayasanın hiçbir maddesinde böyle bir yetkinin bulunmadığını ve bunun güçler ayrılığı doktrininin ihlali olduğunu savunmuştur.

Bu tartışma, İkinci Dünya Savaşından sonra anayasa yargısının Avrupa kıtasında yaygınlaşmasıyla birlikte bizim de içinde bulunduğumuz coğrafyaya sıçramıştır. Ancak, Almanya ve İtalya anayasaları başta olmak üzere Avrupa ülkelerinin anayasaları anayasal denetimi yapacak olan organların yetkilerini açıkça düzenledikleri için bu tartışmanın zemini “anayasal meşruiyet”ten “demokratik meşruiyet”e kaymıştır. Avrupa’da anayasa yargısının fikir babası olarak bilinen Hans Kelsen, anayasa mahkemelerinin fonksiyonunu “negatif yasa koyuculuk” (negative legislator) olarak belirlemiştir. Gerçekten de anayasa mahkemeleri yasama organının çıkardığı bir kanunu iptal etmek suretiyle neyin kanun olamayacağına karar verebilmektedirler. Dolayısıyla, buradaki mesele, anayasayla açıkça yetkili kılınmış olsa da seçimle gelmeyen bir yargısal ya da yarı yargısal organın demokratik yollarla işbaşına gelmiş bir yasama organının iradesini geçersiz kılıp kılamayacağı meselesidir.

Anayasa yargısının demokratik meşruiyeti iki zeminde sağlanabilir. Birincisi, anayasallık denetimi yapan mahkemelerin oluşumunda milli irade doğrudan ya da dolaylı olarak devreye girebilir. Bunun bilinen en yaygın yolu demokratik seçimlerle oluşturulan parlamentoların

* Prof.Dr., Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

anayasa mahkemelerinin üye oluşumunda belirleyici bir rol oynamasıdır. Nitekim, anayasa yargısına yer veren demokratik ÷lkelerin neredeyse tamamında parlâmentolar anayasa mahkemelerine önemli ölçüde üye seçmektedir. Bu ÷lkelerde üyelerin seçimi konusunda iki temel yöntem vardır. Birincisi, üyelerin tamamının yasama organı tarafından seçilmesidir. Örneğın Almanya (16), Macaristan (11) ve Polonya’da (15) anayasa mahkemesi üyelerinin tümünü parlâmento seçmektedir. Üye oluşumundaki ikinci yöntem ise, üyelerin yasama, yürütme ve yargı organları tarafından ortaklaşa seçilmesidir. Örneğın ABD’de Federal Yüksek Mahkeme’nin dokuz üyesinin tamamını Başkan önermekte, Senato da onaylamaktadır. Avusturya Anayasa Mahkemesinin 14 asıl ve 6 yedek üyesi Federal Hükümet (8 asıl, 3 yedek) ve Parlamento (6 asıl ve 3 yedek) tarafından önerilir, Kral tarafından atanır. İspanya Anayasa Mahkemesinin 12 üyesinden sekizini parlamento, ikisini Hükümet kalan ikisini de Genel Yargı Konseyi seçmektedir. Portekiz Anayasa Mahkemesinin 13 üyesinden 10’unu parlamento seçmektedir. Fransız Anayasa Konseyinin 9 üyesinden üçünü Cumhurbaşkanı, üçünü Senato Başkanı, kalan üçünü de Millet Meclisi Başkanı seçmektedir. İtalya anayasa mahkemesinin 15 üyesinden beşini Cumhurbaşkanı, beşini parlamento, diğeri beşini de yargı organları seçmektedir. Türkiye’de de 1961 Anayasası, İtalya modeline benzere şekilde, Anayasa Mahkemesi’nin 15 üyesinden beşinin TBMM tarafından seçilmesini öngörmüştü.

Diğeri yandan, anayasa mahkemelerinin meşruiyeti çoğunluk iradesi karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerini koruma temelinde savunulabilir. Buna göre, siyasi iktidarın yozlaştırıcı özelliğeri çoğunluk açısından da geçerlidir. Demokrasilerde siyasal kararları çoğunluk iradesine yaslananlar alırlar. Ancak bu çoğunluğın iradesinin azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerini ihlal edebileceğeri anlamına da gelmektedir. Anayasal demokrasi temel hakları korumak için çoğunluk iradesinin sınırlandırıldığeri rejimin adıdır. Bu kapsamda öne çıkan en etkili kurum da anayasa mahkemesidir. Anayasa mahkemeleri anayasal hak ve özgürlükleri siyasi iktidarlar karşısında etkili bir şekilde korudukları takdirde varlık nedenlerine uygun davranmış olacaklardır. Bu da mahkemelerin kanunların anayasallığeri denetimini yaparken “hak-eksenli” bir yaklaşımı benimsemelerini zorunlu kılmaktadır.

Bu iki meşruiyet kaynağeri arasında potansiyel bir gerilim olduğeri da bilinmektedir. Temel hakları korumak amacıyla çoğunluk iradesini etkili bir şekilde sınırlandırması gereken anayasa mahkemesinin oluşumunda aynı çoğunluk iradesi belirleyici olduğunda bu sınırlandırma mümkün olabilecek mi? Bu sorunun cevabı şartlı bir “evet”tir. Burada iki

önemli şarttan bahsedilebilir: Birincisi, yasama organının mümkün olan en geniş katılımı üye seçmesinin sağlanması, ikincisi de seçilen üyelere görevden alınmama gibi bir takım temel güvencelerin verilmesi gerekir.

2. Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Öneriler

Prof.Dr.Ergun Özbudun başkanlığındaki akademisyenler heyetinin hazırladığı anayasa taslağı (Taslak), anayasa yargısı konusundaki tüm bu tartışmaları dikkate alarak Türk Anayasa Mahkemesini yeniden düzenlemiştir. Bu yapılırken karşılaştırmalı anayasa yargısının sunduğu veriler ve Türkiye'nin bu konudaki tecrübesi özellikle dikkate alınmıştır. Anayasa Mahkemesinin çalışmaları sırasında ortaya çıkan olumsuzluklar giderilmeye çalışılmıştır.

Anayasa Mahkemesi konusunda önerilen yenilikleri Mahkemenin oluşumu ve yetkileri bakımından ele almak mümkündür.

2.1. Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve üyelerin görev süresi

Taslakta Anayasa Mahkemesinin oluşumunda siyasi iradeye önemli bir rol verilmiştir. Bu rol, bazen “pozitif anayasa koyucu” gibi davranan bir organın demokratik meşruiyetini sağlamak için kazanılmazdır. Üye sayısı 11’den 17’ye çıkarılan Mahkemenin sekiz üyesinin TBMM tarafından seçilmesi önerilmektedir. Meclis bu üyelere en az üçünü Anayasa Hukuku, Siyaset Bilimi veya Kamu Hukuku profesörlerinden olmak üzere anayasada şartları belirtilen kişiler arasından seçecektir. Böylece akademisyen sayısı, diğer anayasa mahkemeleriyle karşılaştırıldığında oldukça düşük olan Türk Anayasa Mahkemesinin akademisyen üye sayısının artırılması amaçlanmıştır. Üye oluşumunda parlamenter sistemin sembolik devlet başkanı konumuna getirilen Cumhurbaşkanı herhangi bir rol verilmemiştir. Üyelerin dokuzunu Yargıtay (4), Danıştay (4) ve Sayıştay (1) kendi üyeleri arasından doğrudan seçme imkânına sahip olacaktır. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi konusunda da Avrupa’daki uygulamaya paralel bir düzenleme yapılmış ve bu süre dokuz yıllı sınırlanmıştır. Mahkeme üyelerinin bir defaya mahsus olmak üzere dokuz yıllığına seçilmesinin en önemli gerekçesi, Mahkeme üyelerinin belli aralıklarla yenilenmesini sağlayarak kuruma dinamizm katmaktır.

Bazı çevrelerce Anayasa Mahkemesine parlamentonun üye seçmesinin yargıyı siyasallaştıracağı ileri sürülmektedir. Bu yöndeki argümanlar, 2004 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından anayasa değişikliği önerisi sunulduğunda daha da yüksek sesle dile getirilmişti. Bu iddialar teorik ve ampirik bakımdan mesnetsizdir. Teorik bakımdan mesnetsizdir, zira anayasa mahkemesi tipik bir mahkeme olmayıp, “negatif yasa koyucu” olarak siyasal işlevi olan bir organdır. Uygulamada da, Cumhurbaşkanının üye seçmesi durumunda Mahkemenin daha az “siyasallaştığı”nı söylemek mümkün değildir. Ayrıca, 1961 Anayasası döneminde Meclis’in seçtiği Mahkeme üyelerinin diğer yollarla seçilen üyelerden daha fazla “politize” olduğunu gösteren bir veri de yoktur. Daha da önemlisi, üye oluşumunda Parlamentonun hiçbir söz sahibi olmadığı mevcut Anayasa Mahkemesinin karar verirken, parlamentonun üyelerini belirlediği Avrupa’daki anayasa mahkemelerinden çok daha siyasal ve ideolojik davrandığı da bilinmektedir.

Cumhurbaşkanının bundan sonra halk tarafından seçilecek olmasının Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesindeki demokratik meşruiyet eksikliğini kısmen gidereceği ileri sürülebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, Cumhurbaşkanı sadece üç asıl ve bir yedek üyeyi doğrudan seçebilmektedir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin “negatif” ya da “pozitif” yasa koyuculuk işlevi daha ziyade yasamayla ilgilidir. Yasama organı bir anlamda oluşumuna katkıda bulunduğu bir organın kendi çıkardığı kanunları denetlemesine izin vermiş olmaktadır. Bu da yasama yetkisinin paylaşıldığı yönündeki eleştirileri kısmen de olsa gidermeye hizmet edecektir.

2.2. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri

a. Ön denetim yetkisi: Taslakta Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri daha belirgin hâle getirilmiştir. Bu kapsamda Türk anayasa yargısında bir ilk olan “ön denetim” mekanizmasına yer verilmiştir. Taslağa göre Anayasa Mahkemesi, TBMM İçtüzüğü hükümlerini sadece ön denetim talebi olduğunda denetleyebilecek, bu denetimden geçtikten sonra yürürlük kazanan bir İçtüzük hükmü hiçbir adlandırma ya da gerekçe altında denetlenemeyecektir. Bu denetim, İçtüzük hükmü Meclis Genel Kurulunda kabul edildiği tarihten itibaren on gün içinde istenebilir. Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüne ilişkin kararını en geç otuz gün içinde vermediği takdirde başvuru reddedilmiş sayılır. Ön denetim talebinde bulunma yetkisi, Cumhurbaşkanı ve Meclis üye tamsayısının onda biri oranında milletvekilinin yanı sıra, Meclis Başkanına da tanınmaktadır.

b. Yürürlüğü durdurma yetkisi: Anayasa Mahkemesi, belli şartlar altında yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olacaktır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi iptal davasına konu olan hükmün (a) uygulanması halinde telafisi imkânsız bir zararın doğması ve (b) Anayasaya açıkça aykırı görülmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürürlüğün durdurulmasına karar verebilecektir. Mahkeme bu kararı, katılanların üçte ikisinin çoğunluğu ile alabilir. Ayrıca, Mahkeme'nin yürürlüğünü durdurduğu hükümle ilgili nihai kararını altmış gün içinde vermesi gerekmektedir. Nihai karar bu süre içerisinde Resmi Gazetede yayınlanmadığı takdirde yürürlüğü durdurma kararı hükümsüz hale gelecektir. Bir de anayasa değişikliklerine ilişkin denetimde yürürlüğü durdurma verilemeyeceği de açıkça belirtilmektedir.

c. Temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelere uygunluk denetimi: Bilindiği gibi, 2004 Anayasa değişikliği sırasında Anayasanın 90.maddesine bir fıkra eklenerek temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların çatışması durumunda birincisinin esas alınacağı belirtilmişti. Ancak, uygulamada bunun farklı sonuçlara yol açacağı ve her mahkemenin uluslararası sözleşmeleri farklı yorumlayarak uygulamaya çalışacağı, üstelik sözleşmelere aykırı kanun hükümlerinin uygulanmaya devam edeceği düşüncesiyle bu konudaki denetim yetkisi Taslakta Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla kendisine iletilen temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmalara aykırılık iddiasını beş ay içerisinde inceleyerek kararlaştıracaktır. Mahkeme bu andlaşmalara aykırı gördüğü kanun hükmünü iptal edebilecektir. Böylece temel haklara ilişkin uluslararası andlaşmalar anayasallık blokunda temel ölçü norm olarak yerini almıştır.

d. Mahkeme kararlarının açıklanması ve bağlayıcılığı: Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağına dair anayasa hükmü maalesef uygulanmamaktadır. Taslak bu konudaki aksaklığı gidermeye yönelik olarak, öncelikle Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi yazılmadan *hiç bir surette* açıklanamayacağını vurgulamıştır. İkinci olarak da bu kararların gerekçeli olarak hemen Resmi Gazetede yayınlanacağı, yayınlanmadıkça da yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları, gerçek ve tüzelkişiler için bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir.

Ayrıca Taslak, Anayasa Mahkemesinin iptal ve itiraz davalarında verdiği red kararının üzerinden beş yıl geçmedikçe aynı konuda yeni başvuru yapılmayacağını belirtmektedir. Bu

değişikliğin sebebi, mevcut Anayasadaki 10 yıllık sürenin her alandaki gelişmelerin baş döndürücü bir hızla yaşandığı günümüzde çok uzun olmasıdır.

e. Siyasi partileri kapatma yetkisi: Taslak, Anayasa Mahkemesinin siyasi partileri kapatmasını zorlaştırmaya yönelik bir dizi yeni düzenlemeye yer vermiştir. Birincisi, siyasi partilerin program veya tüzüklerinden dolayı doğrudan kapatılmaları yerine ihtar müessesesi getirilmiştir. Buna göre program veya tüzüğü Anayasada belirtilen esaslara aykırı olan siyasi partilere Anayasa Mahkemesi önce ihtarında bulunacaktır. Bu ihtar karşısında iki aylık süre içerisinde ilgili siyasi parti gerekli düzeltmeyi yapmadığı takdirde kapatma davası açılacaktır. İkincisi, odak olmanın şartları biraz daha zorlaştırılmıştır. Buna göre bir siyasi partinin odak olması, (a) ancak parti mensuplarınca bu nitelikteki eylemlerin “yoğun, sürekli ve ciddi tehlike oluşturacak şekilde işlenmesi” ve bu durumun parti yetkili organlarınca benimsenmesi ile (b) bu fiillerin doğrudan sözkonusu parti organlarınca kararlılıkla işlenmesi durumlarında mümkün olabilecektir. Üçüncüsü, anayasa değişikliğinde olduğu gibi siyasi parti kapatmalarında da gerekli karar yeter sayısı beşte üçten üçe ikiye yükseltilmiştir. Ayrıca, kapatmaya neden olan siyasi parti mensupları için, milletvekili ise milletvekilliğinin düşmesi dışında, beş yıl süreyle öngörülen siyaset yasağı da kaldırılmıştır.

Bu düzenlemelere rağmen, Türkiye’de siyasi parti kapatma kararlarının en son çare olarak başvurulacak ve tamamen “istisnai” bir tedbir haline geleceğini söylemek aşırı iyimserlik olur. Bu konudaki tecrübe, yargısal davranışların kolay değişmeyeceğini göstermektedir. Bu anlamda özellikle kapatma davalarının açılması aşamasında ilave bazı güvencelerin de getirilmesi düşünülebilir. Örneğin odak olma iddiasıyla kapatma davasının açılabilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin nitelikli çoğunlukla alacağı bir karara bağlanabilir. Böyle bir düzenleme, demokratik düzenin işleyişi bakımından son derece ağır sonuçları olan parti kapatma davalarının açılması sorumluluğunun yasama organıyla paylaşılmasını beraberinde getirecektir. Siyasi partilerin mekanı sayılan ve demokratik hesapverebilirlik kabiliyetine sahip olan parlamentoya bu yetkinin verilmesi, siyasi partiler açısından önemli bir güvence teşkil edecektir. Ayrıca, bu tür bir düzenleme “militan” demokrasi anlayışını taklit ettiğimiz Almanya’nın uygulamasına da benzer olacaktır. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 43.maddesine göre, bir siyasi partinin anayasaya aykırı hale geldiği iddiasıyla başvuru yapma yetkisi, Federal Meclis (Bundestag veya Bundestrat) ile Federal Hükümet’e aittir.

f. Yüce Divan yetkisi: Taslak, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan yetkisini Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile paylaşmasını öngörmektedir. Öteden beri, bu yönde yapılan temel eleştiri Anayasa Mahkemesinin üye kompozisyonunun esasında bir ceza yargılaması niteliğinde olan Yüce Divan görevini yerine getirmek için yeterli olmadığı yönündedir. Taslak, bu ve benzeri eleştirileri de dikkate alarak, Yüce Divanı Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanının Başkanlığında Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçeceği beş üye ile Anayasa Mahkemesinin kendi üyeleri arasından seçeceği beş üyeden oluşan bir organ olarak düzenlemiştir. Ayrıca, mevcut Anayasanın Yüce Divan kararları karşısında itiraz yolu öngörmemesi adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığı için Taslakta Yüce Divan kararlarına itirazı inceleyecek bir Kurul da oluşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi Başkanının başkanlığında teşkil edilen bu Kurul, Yüce Divan üyesi olarak görev yapmayan yedi Ceza Dairesi Başkanı ile Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan üyeliği yapmayan üyeleri arasından seçilen yedi üyenin katılımıyla oluşacaktır.

Bazıları, Taslaktaki Yüce Divan hükmünün, üyelerin kimlerden oluştuğunu önceden belirlemediği için tabii hakim güvencesine aykırı olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Taslak Yüce Divanın kuruluşuna ilişkin esasları açıkça belirtmektedir. Bunun dışında, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'dan Yüce Divana seçilecek üyelerin ne zaman ve nasıl seçileceğine dair hükümler elbette kanunla düzenlenecektir. Dolayısıyla Yüce Divan, kendisine bir dava sevk edilmeden önce hangi üyelerden oluştuğu belli olan bir kurula dönüşecektir.

Sonuç

Türkiye'de siyaset korkusunun beslediği demokrasi açığını kapatmanın yollarından biri yargının jürüstokratik eğilimlerini törpülemektir. Normalde siyasetin ve siyasi aktörlerin alması gereken kararları bir ülkede yargı alıyorsa orada jüristokrasiye giden yolların taşları döşeniyor demektir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin yarım asra yaklaşan ömrü incelendiğinde bu organın aktivist eğilimlerinin oldukça güçlü olduğu görülecektir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çıkardığı kanunları ve aldığı kararları iptal etmekle kalmayıp yorum yoluyla kanun hatta anayasa hükmü ihdas edebilen bir mahkemenin bu gücünü hangi demokratik kanaldan meşrulaştırdığı önemli bir meseledir. Hemen hiçbir demokratik ülke parlamentonun üye oluşumunda şu ya da bu şekilde belirleyici olmadığı bir organa böylesine önemli bir güç vermemektedir. Bu nedenle, Türk Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyeti üyelerin en

azından yarısının, kararlarını denetlediği yasama organı tarafından belirlenmesiyle sağlanabilir.

Taslak, bir yandan Anayasa Mahkemesinin oluşumunda Meclis'i söz sahibi kılmak, diğer yandan da siyasi parti kapatma davalarında kapatma şartlarını ağırlaştırmak suretiyle söz konusu demokrasi açığının kapatılmasına ciddi katkılar yapmayı hedeflemektedir. Elbette, bütün bu düzenlemelerin başarısı, aktivizm karşısında kendini sınırlama konusunda istekli ve jristokratik eğilimlerden sıyrılmış, temel işlevinin bireysel hak ve özgürlükleri korumak olduğunun bilincinde bir anayasa mahkemesinin varlığına bağlıdır.