

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ’NİN YARGI BAĞIMSIZLIĞI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ*

(AN ANALYSIS OF THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT FROM THE
POINT OF JUDICIAL INDEPENDENCE)

Tolga Şirin**

ÖZ

Makalede, 2017 anayasa değişikliği, yargı bağımsızlığı yönünden analiz edilmiştir. Karşılaştırmalı metot kullanılmıştır. Başkanlık sistemlerinde, taraflı başkanın, kural olarak, tarafsız yargıç atamalarında tek başına belirleyici olmadığı, karşılaştırmalı metot kullanılarak ortaya konmuştur. Makalede, üç temel sorun öne çıkartılmıştır.

Birincisi; yargıç atamalarında, Türkiye’deki gibi bir örneğin başkanlık sistemlerinde dahi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bunun, yargı bağımsızlığını zedeleyeceği anlatılmıştır. İkincisi; anayasa değişikliğinin getirdiği bağımsızlıkların cezasızlık iklimini besleme riski, sayılarla gösterilmiştir. Üçüncüsü; Cumhurbaşkanı kararnamelerinin, yürütme yargı ilişkisinde yargı aleyhine bir durum yaratacağı (dava açacak kişilerin daralması, bu kararnamelere karşı yürütmeyi durdurma kararları verilmesinin ve iptal kararlarının geriye yürütmesinin tartışmalı olması gibi gerekçelerle) anlatılmıştır. Makalenin ulaştığı sonuç, 2017 anayasa değişikliğinin yargı bağımsızlığı yönünden olumsuz olduğudur.

Anahtar Kelimeler: Başkanlık rejimi, yargıç atamaları, cumhurbaşkanı kararnamesi, cezasızlık

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 17.04.2017 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 15.06.2017 tarihinde birinci hakem; 25.05.2017 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir (ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7172-5426).

Bu çalışma, Ankara Barosu’nun 24/03/2017 tarihinde düzenlediği “2017 Anayasa Değişiklikleri Referandumu Uluslararası Sempozyumu” bünyesinde yapılan sununun makaleye çevrilmiş halidir. Değerli katkılarından dolayı Dilşad Çiğdem Sever’e, Necdet Umut Orcan’a ve Seda Özkan’a teşekkür ederim.

** Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ABSTRACT

In the article, the 2017 constitutional amendment was analyzed from the point of judicial independence. In the article, the comparative method was used and three main problems have been highlighted. Firstly, it was presented that a partisan president alone is, in principle, not determinant in judicial appointments in the presidential regimes. In this context, Turkey is unique in judicial appointments, which is not in favor of judicial independence. Secondly, it was presented that the new immunity clauses bring a risk to foster the climate of impunity in Turkey. Thirdly, it was illustrated that the new decree power of the president will create a negative situation in the relationship between legislation and jurisdiction. Consequently, the main output of the article is that the 2017 constitutional amendment broken the principle of judicial independence.

Keywords: *Presidential regime, appointment of judges, presidential decree, impunity*

Giriş

Bu makalede, 21/01/2017 tarihinde bazı milletvekillerinin açık oy kullanarak kabul ettikleri¹ ve 16 Nisan 2017 tarihinde halkoyuna sunula-

¹ Anayasa'nın 175'inci maddesi gereğince anayasa değişikliği teklifinin kabulü, Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun "gizli" oyuyla mümkündür. Aynı şekilde TBMM İçtüzüğü'nün Anayasada değişiklik tekliflerinin birinci ve ikinci görüşmelerinde, maddelerin kabulü ile ikinci görüşmenin sonunda tümünün kabulü üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun "gizli" oyu ile mümkündür. Bu hükümler karşısında, açık oy ile anayasa değişikliği yapıldığının tespit edilmesi halinde, bu değişikliğin anılan hükümlere aykırı sayılması gerekir. Bilindiği gibi AYM'nin Anayasa'nın 148'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca "Anayasa değişikliklerini, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları" yönünden denetleme yetkisi vardır. Bu yanıyla AYM'nin, "oylama çoğunluğu" denetimini yaparken, gerçekten anayasanın öngördüğü anlamda bir oylama yapılıp yapılmadığının incelenmesi mümkündür. Anayasa'nın açık hükmü ile çelişen bir oylamanın anayasaya uygun oylama olmamasının yanında, söz konusu oylamalarda TBMM İçtüzüğü'ne aykırı oylamaya göz yumulmasının eylemli içtüzük değişikliği olarak kabul edilmesi ve bu de facto değişikliğin Anayasa'nın 148'nci maddesi uyarınca incelenmesi de mümkündür.

çak olan anayasa değişikliği paketini, yargı bağımsızlığı yönünden ele alacağım. Böyle bir analiz, kuşkusuz, öncelikle Anayasa'da yargıyla ilgili maddelerde değişiklik getiren hükümlere odaklanmayı gerektirmektedir; fakat çok sayıda çalışmada² bu maddelere yönelik analiz yapıldığı için, burada tekrara düşmek istemiyorum. Bu nedenle, söz konusu hükümleri, karşılaştırmalı anayasa hukuku verileriyle sınyarak analiz etmeyi deneyeceğim. Öte yandan, mevcut anayasa değişikliğiyle ilgili analizlerde, genellikle değiştirilen maddelerin üzerinde durulduğunu gözlemliyorum. Oysa değişikliklerin, bir de değiştirilmeyen maddeler yönünden ele alınması gerekiyor. Bu nedenle, sunumumda, yargı bağımsızlığı konusunu net ele alabilmek için, anayasanın bütünü üzerinden bir analiz yapmayı tercih edeceğim.

Temel sorum şu: 2017 anayasa değişikliği, yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını güçlendirecek midir? Bu sorunun Anayasa değişikliği paketi içinden ilk bakışta ve yüzeysel yanıtı, Anayasa'nın 9'uncu maddesinde yapılan değişiklikte bulunmaktadır. Değişiklik, "Yargı yetkisi,

Buna genel tespitin yanında, oylamanın tamamen açık oy ile yapılıp yapılmaması ile bir kısım milletvekilinin açık oylama yapması durumları arasında bir ayrıma gitmek gerektiğini da kaydedelim. İlk ihtimalde, anayasanın öngördüğü şekilde bir anayasa değişikliğinden bahsedilemez. İkinci ihtimalde ise; eğer açık oy kullanan milletvekillerinin sayısı az ise ve oylama sonucunda değişiklik lehine "Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu" mevcut ise, anayasa değişikliğinin gerçekleştiği de düşünülebilir. Zira bu ihtimalde, anayasanın öngördüğü koşullara uyan bir nisap oluşmuş olur. Aksi bir düşünce sadece birkaç (örneğin değişiklik aleyhine) milletvekili açık oy kullandı diye bütün bir anayasa değişikliğinin geçersiz sayılması gibi manipülatif sonuçlara yol açabilir. Böyle bir olasılıkta, anayasa değişikliğinin geçersizliğinin değil, ilgili milletvekillerine yönelik –eğer koşulları varsa- disiplin hükümlerinin uygulanması gerekir. Nitekim olağan seçim hukuku uygulaması da bu yöndedir. Keza, sözel yorumda bunu gerektirir. Fakat bu noktada da bir şerh düşmek gerekir. Hukukta sadece sözel yorum geçerli de değildir. "Gizli oy" kuralının amaçsal yorumu gereği, bu kural ile, milletvekillerinin baskıdan korunmasını amaçlandığını söylenebilir. Bu bakımdan sayıca az sayıda milletvekili bulunuyor olsa da sui generis nitelikteki meclis oylamalarında o milletvekillerinin açık oylamasının milletvekilleri üzerinde "esaslı" bir etkide bulunduğu ve/veya tam kanunsuz bir durum oluştuğu söylenebildiği yerde oylamanın geçersiz olduğu söylenebilecektir.

² Bu konuda önemli bir rapor için bkz. Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Üzerine Teknik-Bilimsel Rapor, 2017. Bkz. <https://tinyurl.com/kwh423y> Ayrıca bkz. Kemal Gözler, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, (Bursa: Ekin Yay., 2017).

Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” şeklindeki 9’uncu maddede yer alan “bağımsız” kelimesinden sonra “ve tarafsız” kelimesini getirmektedir. Bu vurgu, şeklen yargı erkini ve onun bağımsızlığını güçlendiriyor gibi görünse de aslında maddi olarak, mevcut bir güvencenin vurgulanmasından başka bir yenilik getirmemektedir. Çünkü Anayasa’nın 2’nci maddesindeki “*hukuk devleti*” ilkesi, Anayasa’nın 36’ncı maddesindeki “*adil yargılanma*” hakkı ve Anayasa’nın “*hâkimlerin bağımsızlığı*” başlıklı 138’inci maddesi, bu güvenceyi zaten içermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında bu gerçeği ortaya koymuştu.³ Yani anılan hükmün Anayasa’da olmaması, bizi, yargı yetkisinin taraflı kullanılabileceği gibi bir sonuca ulaştırmamaktaydı. Dolayısıyla bu metnin reddedilmesi de bizi, halkın taraflı yargılama istediği gibi bir sonuca ulaştırmayacaktır. Hukukta absürt sonuçlar ortaya çıkacak yorumlar yasak olduğu için, Anayasa’da tarafsız hükmünün bulunmamasından, yargının taraflı olacağı şeklinde bir absürt sonuca da ulaşamaz. Eğer öyle olsaydı, 1961 ve 1982 anayasalarının hükümleri yazılırken esin kaynağı olan 1949 tarihli Almanya Anayasası’nın (md. 97) ve 1958 tarihli Fransa Anayasası’nın (md. 64/1) yargının tarafsızlığından bahsetmeyip, sadece yargı bağımsızlığından bahsediyor olmasından hareketle, bu ülkelerde de anayasalarının yargının taraflı olmasını emrettiği gibi absürt bir tespitte bulunmak gerekirdi. Oysa bu geçerli değildir. Aktarılan Avrupa ülkelerinin anayasalarında sadece yargı bağımsızlığından bahsediliyor olsa da tarafsızlığın da buna içkin olduğu kabul edilir.⁴

³ “Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşmenin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşmenin lafzi içeriğinde yer alan, gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasanın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir.” Bkz. Karş. Güher Ergun ve diğerleri başvurusu, AYM, 2012/12, 02/07/2013, § 38. Karş. AYM, E.2012/69, K.2012/149, T. 11/10/2012; AYM, E.2011/43, K.2012/10, T. 19/1/2012.

⁴ Bu değişikliğin getirilme nedeni, halkoylaması öncesindeki açıklamalarda “vesayet taraftarı” yargıyı sonlandırmak olarak gösterilmiştir. Son zamanlarda anayasa hukukuyla ilgisi olmayan çok sayıda siyasetçi ve gazeteci tarafından, Anayasa’nın 6’ncı maddesindeki “Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.” hükmündeki “yetkili organlar eliyle kullanılır” hükmünün vesayet ilkesi olduğu, söylenmektedir. Bu söylem, birçok noktadan bilgisizlikle maluldür.

Öncelikle; anılan hüküm Almanya Anayasası’nın 20’nci maddesinden mülhemdir. Bu durumda Bonn Anayasası’nın da vesayet anayasası olduğunu söylemek gerekecektir.

Öte yandan “*tarafsızlık*” kelimesi, erkler arasındaki ilişkilere bakılmadan tek başına bir anlam da taşımaz. Eğer öyle olsaydı, Anayasa değişikliğinin dokunmadığı 96’ncı maddede yer alan Cumhurbaşkanlığı yemininde, cumhurbaşkanının “*tarafsızlıktan ayrılmayacağına*” yemin etmesinden hareketle, 2017 anayasa değişikliğinin cumhurbaşkanının tarafsızlığını devam ettirdiğini söylüyor olurduk. Yani, Cumhurbaşkanının niteliklerini düzenleyen Anayasa’nın 101’nci maddesinin başlığından “*tarafsızlık*” kelimesinin ve metninden “*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.*” hükmünün çıkartılmasını göz ardı etmemiz gerekirdi. Oysa, Anayasa’daki Cumhurbaşkanı yemin metninde tarafsızlıktan bahsediliyor olsa da değişiklik, çok net bir şekilde siyasi parti üyesi, dolayısıyla taraflı bir cumhurbaşkanı getirmektedir. Nitekim halkoylaması öncesi yapılan propagandalarda da “evet” oyu çağrısı yapanların bu yönde açıklamalar yaptığı görülmüştür.

Sonuç olarak, Anayasa’daki tarafsızlık kavramından çok, erkler arasındaki ilişkilere odaklanmalıyız. Eğer konumuz yargının bağımsızlığı ise, bu durumda yasama ve yürütmenin yargıçlarla olan ilişkilerine, daha net söylemek gerekirse yargıç atamalarına bakmalıyız.

I. Taraflı Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Atanması

Anayasa yargısı çağında Anayasa’nın bekçisi anayasa mahkemelelidir.⁵ Sistemin tam kalbinde yer alan bu kurumun üyelerinin kim tarafından belirlendiği de bu bağlamda çok kritiktir. Türkiye’de bu konuda geçmişte de çokça tartışma yaşanmıştır. O tartışmalarda, AYM üyeleri-

İkincisi; eğer bu eleştiriyi ileri sürenler, egemenliğin bizzat milletçe kullanılacağını savunuyorlarsa bu durumda temsili demokrasiden vazgeçilmesi ve meclis feshedilerek doğrudan demokrasinin uygulama bulması gerekir. Oysa böyle bir tartışma yapılmamaktadır.

Üçüncüsü; eğer bu eleştiriyi ileri sürenler, egemenliğin sadece meclis tarafından kullanılacağını savunuyorlarsa, bu durumda meclis hükümetini savunuyor olmaları gerekir. Bu ise açıkça başkanlık rejimi ile uyumsuz bir siyasal rejimdir.

⁵ Bu konuya ilişkin en kapsamlı ve net açıklamalar, Hans Kelsen’in “Anayasa’nın Bekçisi Kim Olmalı” isimli eserinde verilmiştir. Bkz. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008).

nin yargıçlarca seçilmesinde sorun görülmemekle birlikte, yasamanın da bir unsur olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁶

Söz konusu tartışmada, yasama organının üye seçimini savunanlar, kanunları iptal edecek olan bir mahkemenin bazı üyelerinin, kanunu üretenler arasından seçilmesinin AYM'nin meşruluğunu güçlendireceği tezini işlemişlerdir. Bu teze karşı çıkan olmamakla birlikte, hâkim görüş, meclisin AYM üyesi seçimini nitelikli çoğunlukla, yani mutabakatla seçmesi gerektiğini yönündeydi.⁷

Yine o tartışmada, yürütmenin üye seçimi ise, özellikle Cumhurbaşkanının üye seçmesi şeklinde anlaşılmış ve bu yetki, Cumhurbaşkanının ulusun birliğini temsil eden, siyasetler üstü ve tarafsız bir figür olarak tasvir edilmesiyle haklılaştırılmak istenmekteydi.⁸ Gerçekten de karşılaştırmalı anayasa hukukunda da parlamenter rejim uyarınca sembolik nitelikteki yetkilere sahip ve tarafsız devlet başkanının yüksek mahkemeye belli sayıda üye seçmesinde sorun görülmebilmektedir.⁹ Fakat tam burada bir es verip, önemli bir konunun altını çizmek gerekir: Aktarılan tartışma ve savlar, bugüne kadar parlamenter rejim bağlamında sürdürülmüştür. Evet, tarafsız devlet başkanının, tarafsız ve bağımsız olması gereken yargıçları atama yetkisi, parlamenter rejim içinde belli ölçüde kabul edilebilirdir. Fakat parlamenter rejimden vazgeçildiği ve devlet başkanının taraflı olduğu yerde, başkanın yargıç atama yetkisinin de gözden geçirilmesi zorunludur. Zira, şeklen de olsa tarafsız devlet başkanı, tamamı olmamak üzere belli sayıda tarafsız yargıç (tartışmalı da olsa) atayabilir. Peki, şeklen dahi tarafsız olması gerekmeyen bir devlet başkanı, tarafsız yargıç atayabilir mi? Acaba, karşılaştırmalı anayasa hukuku yönünden bu sorunun yanıtı nedir? Şimdiye kadar, AYM üyelerinin atanmasıyla ilgili olarak, parlamenter Avrupa ülkelerinden örnekle-

⁶ Örn. bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, (Ankara: İmge Yay., 2007), ss. 239 vd.

⁷ Örn. bkz. Ergun Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2014), s. 158; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak?*, (Ankara: İmge Yay., 2010), ss. 266-267.

⁸ Bu görüşe, 12 Eylül Anayasası'nın çok güçlü ve yetkili yürütme getirdiği, bu nedenle bu tür atamaların haklılaştırılmayacağı görüşüyle karşı çıkılmaktaydı.

⁹ AYM üyelerinin atanma kaynakları ve usulleri konusunda bkz. Katalin Kelemen, "Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – with a Proposal for a New Model for Hungary", *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 54(1), 2013, ss. 5-23.

re yoğunlaşmıştık. Oysa şimdi, devlet başkanının partili olabildiği başkanlık rejimlerindeki yargıç atama yetkilerine yoğunlaşmamız gerekir. Sorumuzu netleştirelim: Başkanlık rejimlerinde başkanın AYM üyesi atama yetkisi var mıdır? Var ise bu yetkiyi frenleyen veya dengeleyen başkaca erkler bulunmakta mıdır?

Bu sorulara, tüketici yanıt vermek için bütün başkanlık rejimleri incelenebilir. Fakat demokratik olmaktan son derece uzak Sahra altı Afrika ve Orta Asya devletleri, Türkiye için karşılaştırılabilir örnekler olmadıkları için, Amerika kıtasındaki örneklerle sınırlı bir incelemeyi esas alabiliriz. Zira Güney Amerika örnekleri, ekonomik nitelikleri, NAFTA üyelikleri, İnsan Hakları Amerikalılararası Sözleşmesi'ne taraf olmaları ve sivil-asker ilişkileri uyarınca Türkiye ile karşılaştırılabilir. Keza, 2017 anayasa değişikliğinin, kazananın her şeyi alıp kaybedenin her şeyi kaybettiği, seçilenin bir tür “halaskâr” sayılıp, tüm erklere egemen olduğu ve siyasi partiler ile sivil toplumun talileştiği bir “havaleci demokrasi” getireceği de dikkate alındığında, bu tür sistemlerin prototipleri olan Latin Amerika örnekleri bu yönden de karşılaştırmaya uygundur.¹⁰

Buna göre, karşılaştırmada esas alacağımız ülkeler şunlar olacaktır: Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Arjantin, Bolivya, Brezilya, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Kolombiya, Kosta Rika, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru Şili, Uruguay, Venezuela. Bu ülkelerin hepsinde ayrı bir anayasa mahkemesi yoktur; fakat bu sunumda, akıcılık sağlamak adına, anayasallık denetimi yapan mahkemelerin adlarını, ülkeye göre değişen özel isimlerine bakılmaksızın, Anayasa Mahkemesi şeklinde ifade edeceğiz.

a. Başkan Tarafından Atama Örnekleri: Meclis Onayı Şarttır!

Başkanlık sisteminin beşiği olan ABD, başkan tarafından atamanın en bilinen örneğidir. Yaygın denetim şeklinde ifade edilen ABD tipi anayasa yargısında, anayasallık denetiminin yapıldığı mahkeme, Yüksek Mahkeme'dir (*Supreme Court*). ABD'de kimin Yüksek Mahkeme üyesi olacağı konusu, Türkiye de dahil tüm dünyada büyük bir haber konusudur. “Ölünceye kadar görevde kalan ve nadiren ölen” bu üyelerin atanmasında kuşkusuz başkanın rolü vardır; fakat bu rol başkanla sınırlı de-

¹⁰ Kavramsal olarak bkz. Guillermo O'Donnell, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, Vol. 5(1), 1994, ss. 55-69.

ğildir. Başkanca atanacak olan üyenin Senato tarafından onaylanması gerekir. Başkanlık seçimlerinden farklı zamanlarda yapılan seçimlerle oluşan Senato, başkanın her atamasını kabul etmez. Hatta ABD'nin kendine özgü siyasi parti yapısı ve seçim sistemi uyarınca başkanla aynı partideki kişiler dahi, başkanın Yüksek Mahkeme üyesi yapmak istediği kişiyi onaylamayabilir ve bu atamada frenleme yapabilirler. ABD tarihinde şimdiye kadar başkanların atamak istedikleri 30 kişi, bu frenlemeler yüzünden Yüksek Mahkeme üyesi olamamıştır.¹¹ Bunların bir kısmı reddedilmiş, diğer bazılarında ise ret gerçekleşmeden başkanın adayını değiştirmesi ve/veya senatonun toplanmaması söz konusu olmuştur.

Konunun net anlaşılması için bu atama girişimlerinden bazılarında örnekler verebilirim. ABD'de yargıç atama süreciyle ilgili yakın tarihte hatırlanan önemli örnekler, başkan Ronald Reagan döneminde olmuştur.¹² Reagan, 1987'de, çok katı bir kürtaj karşıtı ve sanatta sansür yanlısı olan, evrimin eğitim müfredatından çıkartılması gerektiğini ve siyahların şehrin farklı yerlerinde yaşaması gerektiğini savunan, aşırı muhafazakâr Robert Bork'ü Yüksek Mahkeme üyesi olarak atamak istemişti. Fakat bu denli tartışmalı bir figür, Senato'da (aralarında çok sayıda Cumhuriyetçinin de bulunduğu) 42'ye karşı 58 oyla reddedilmişti.¹³ Aynı dönemde, Reagan'ın bir sonraki adayı olan Douglas H. Ginsburg'un adaylık süreci de ilginçtir. Harvard üniversitesinde anayasa hukuku profesörü de olan Ginsburg'un hem Cornell'deki öğrencilik yıllarında hem de sonrasında Harvard'daki akademik yaşamında esrar kullandığının ortaya çıkması üzerine adaylığı geri alınmıştı.¹⁴

2000'i yıllara geldiğimizde de benzer gelişmeleri gördük. George W. Bush, beyaz saray danışmanı Harriet Miers'i, 2005 yılında yargıç yapmak istemişti; fakat demokratların yanı sıra bazı cumhuriyetçilerin

¹¹ Marrick Garland hariç olmak üzere liste için bkz. Stephen E. Frantzich/Howard R. Ernst, *The Political Science Toolbox: A Research Companion to American Government*, (Plymouth: Rowman and Littlefield Publishers, 2009), s. 137.

¹² Ronald Reagan dönemindeki atamaların reddedilmesine ilişkin bir analiz için bkz. John Massaro, *Supremely Political: The Role of Ideology and Presidential Management in Unsuccessful Supreme Court Nominations*, (NY: State University of New York Press, 1990), ss. 158 vd.

¹³ Ibid. Ayrıca bkz. James V. Calvi/Susan Coleman, *American Law and Legal Systems*, (NY: Routledge, 2017).

¹⁴ Massaro, s. 158.

de tepkisi üzerine Miers, adaylıktan geri çekilmişti.¹⁵ En son Barack Obama'nın atamak istediği ve liberal görüşleriyle tanınan Merrick Garland'ın atanmasına karşı çıkan ve senato çoğunluğunu oluşturan Cumhuriyetçilerin, atamayı yeni başkanın yapması gerektiği yönündeki savları ve Senato'nun atamayla ilgili oylama için toplanmaması üzerine etraflı bir tartışma başlamıştı. Bu süreci, Donald Trump'un atama girişimi üzerine hala takip edebilmekteyiz.

Görüldüğü gibi, ABD'deki başkanlık sisteminde anayasallık denetimi yapacak yargıçların atama süreçleri, şeffaf ve kamusal denetime açık şekilde yapılmaktadır. Başkan dilediği kişiyi atayamamakta, bazen kendi partisinden, çoğu kez de senatodaki üyelere gelecek tepkilere göre bir dengeleme yapmak zorunda kalmaktadır. Tüm bunlar, bir anayasayı "anayasa" yapan fren ve denge mekanizmalarının birer unsurudur.¹⁶

Yargıçların atanmaları konusunda ABD örneğine benzer örneklerimiz, Panama, Meksika ve Brezilya'dır. Bunlardan Brezilya'da da başkanın atadığı üyenin, Senato'nun mutlak çoğunluğunca onaylanması gerekmektedir. Diğer Güney Amerika başkanlıklarında ise başkanın yaptığı atamalarda, yüksek nitelikli çoğunlukların onaylanması şartı öngörülmüştür. Arjantin, Honduras, Kosta Rika, Şili, Uruguay ve Venezuela'da meclis onayı için aranan koşul 2/3'tür. Nikaragua'da ise Meclis, Başkan'ın sunduğu adaylar içinden, ilgili derneklerin görüşünü alarak, üyelerinin %60'ının oyuyla seçer.

Anılan örneklerin hiçbirinde başkanın doğrudan AYM'ye üye atama yetkisi yoktur. Güney Amerika başkanlıklarının tamamına bakıldığında, istisnâ sayılabilecek örnekler Guatemala ve Şili'dir. Guatemala'da Yüksek Mahkeme, 1 üye; Kongre, 1 üye; Cumhurbaşkanı, 1 üye; San Carlos de Guatemala Üniversitesi Yüksek Konseyi, 1 üye ve Barolar Birliği 1 üye seçer. Yani bu ülkede Cumhurbaşkanının seçtiği üye sayısı, toplam 5 üyeden sadece 1'dir. Şili'de ise Senato, 2 üyeyi doğrudan; 2 üyeyi Meclis'in gösterdiği adaylar arasından (üyelerinin 2/3'ünün oyuyla

¹⁵ Calvi/Coleman, op. cit.

¹⁶ Bu tür unsurlar, parlamenter rejimin olduğu Almanya'da lezbiyen/feminist bir profesör olan Susanne Baer'in atama sürecinde yaşanmıştı. Orada da bu kişinin adaylık süreci şeffaflıkla ve denetimiyle birlikte yürümüşü. Ayrıca bu konuda bkz. Bkz. Ulrike Mast-Kirschning, "Feminist judge brings new perspectives to Germany's highest court", DW, 06/01/2011. <http://www.dw.com/en/feminist-judge-brings-new-perspectives-to-germanys-highest-court/a-14753604>

la) seçer. Yargıtay, 3 üye seçer. Geri kalan 3 üye ise Cumhurbaşkanıca atanır. Görüldüğü gibi bu ülkede Cumhurbaşkanı'nın doğrudan belirlediği üyeler, 10 üyeden yalnızca 3'üdür.

b. Meclis Ataması Örnekleri: Nitelikli Çoğunluk Şarttır!

Güney Amerika'daki başkanlık rejimlerinin çoğunluğunda atama yetkisinin meclislerde olduğu görülmektedir. Bunlardan, El Salvador, Guatemala, Honduras, Kolombiya, Kosta Rika, Nikaragua, Uruguay ve Venezuela'da bütün üyeler meclis tarafından belirlenmektedir.

El Salvador, Honduras, Kosta Rika, Uruguay ve Venezuela'da bu süreçte meclis belirleyicidir. Diğer örneklerde ise başkaca unsurların da aday belirleme sürecinde rolü vardır. Örneğin Ekvador'da, yasama, yürütme ve "şeffaflık ve sosyal denetim"¹⁷ (Transparencia y Control Social erklerinden ikişer temsilciden oluşan komisyon, kamuoyu denetimine açık sınavlara dayalı olarak seçim yapar. Şili'de Senato, belli sayıda kontenjanı bizzat belli sayıda kontenjanı meclisin sunduğu üç aday içinden; Kolombiya'da, Başkan, Yargıtay ve Danıştay tarafından hazırlanan liste içinden; Paraguay'da, Yüksek Yargı Kurulu'nun sunduğu adaylar içinden, Meclis ve Başkan'ın ortak mutabakatıyla seçilir. Nikaragua'da ise bu seçim, Başkan'ın sunduğu adaylar içinden ve ilgili derneklerin görüşünü alarak yapılır. Meclisin seçim yaptığı bu örneklerin, Paraguay

¹⁷ 2008 tarihli Ekvador Anayasası klasik erkler ayrılığına dayanmamaktadır. Anayasa, yasama, yürütme ve yargı erkleri dışında "şeffaflık ve sosyal denetim" erki ve "seçim erki" şeklinde iki yeni erkten daha bahsetmekte ve beş erkin ayrılığına dayanmaktadır. Devletin klasik işlevlerinin yanında, ayrıca, yurttaş katılımını güçlendirmek şeklinde dördüncü bir işlevi daha olduğunu söyleyen Anayasa uyarınca "Yurttaş Katılımı ve Toplumsal Denetim Konseyi" isminde bir organ oluşturulmuştur.

2008 Anayasası'ndan önce ülkede yaşanan siyasal kriz, AYM üyelerinin görevlerinden alınması ve suçlanması tartışmasının yaşanmasına neden olmuştu. Bu konuda bkz. İnsan Hakları Amerikalılararası Mahkemesi'nin 28 Ağustos 2013 tarihli Anayasa Mahkemesi (Camba Campos ve diğerleri) v. Ekvador kararı okunabilir. İngilizce metni için bkz.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_ing.pdf

Ekvador'un yeni Anayasa Mahkemesi'nin 9 üyesinin seçiminin ayrıntıları Anayasa'da değil, geçiş dönemine özgü çıkartılan kanunun (Régimen de Transición constante en la actual Constitución de la República) 25'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu metnin İngilizcesi yoktur. Kanunda AYM üye seçiminde Yurttaş Katılımı ve Toplumsal Denetim Konseyi'nin belirleyiciliği düzenlenmiştir.

hariç tamamında, nitelikli çoğunluk şartı düzenlenmiştir. Genel kural, 2/3 çoğunluk şartının olmasıdır. Ayrık olarak Nikaragua’da ise %60 çoğunluk ifadesine yer verilmiştir. Bunun yanında, öngörülen nitelikli çoğunluğun sağlanamaması durumunda nisapta azaltmaya gidilen tek örneğin Venezuela olduğu görülmektedir. Venezuela Anayasası’na göre, 3 turda seçim yapılamaz ise seçim salt çoğunlukla yapılacaktır. Bunun dışındaki örneklerde ise bu tür bir belirlemeye rastlanmamaktadır. Dolayısıyla meclisçe yapılacak seçimlerde de meclis üyelerini uzlaşmaya zorlayan bir modelin esas olduğunu söyleyebiliriz.¹⁸

Tüm bu aktarımlardan sonra, öncelikle Amerika’daki başkanlık rejimlerinde anayasa mahkemesi üyelerinin genellikle meclislerce seçildiğini söyleyebiliriz. Bunların içinde, ayrıca başkanın da doğrudan atama yapma yetkisinin bulunduğu ayrık örneklerin Guatemala ve Şili olduğunu, fakat başkanın yaptığı atamaların azınlıkta olduğunu, üyelerin büyük bir kısmının iki meclisin uzlaşmaya dayanan nitelikli çoğunluklarıyla veya yürütme dışındaki öznelerin katılımıyla seçildiğini söyleyebiliriz. Geri kalan örneklere bakıldığında, başkanın atama yaptığı örneklerin, azınlıkta da olsa bulunduğunu, fakat bunların mutlaka meclis onayına tabi olduğunu görmekteyiz. Öte yandan Amerika’daki başkanlık örneklerinin çoğunluğunda, AYM üyelerinin seçimi, meclislerce ve uzlaşmaya dayalı nitelikli çoğunluklarca yapılmaktadır. Tablo, alfabetik olarak şöyledir:

Tablo-1: Amerika Kıtasında Anayasallık Denetimi Yapan Yargıların Seçimi

Ülke	Anayasa Maddesi	Seçim Usulü
Arjantin	(Md. 99)	Başkan, Meclis’in 2/3 çoğunluğunun onayı ile atar.
Bolivya	(Md. 158-182)	Genel oy esası vardır.
Brezilya	(Md. 101)	Başkan, Senato’nun mutlak çoğunluğunun onayı ile atar.

¹⁸ Anılan örneklerin dışında kalan Bolivya örneğinde “Çoğul-ulusal Anayasa Mahkemesi” üyeleri, adayların propaganda ve siyasi partilerle ilişkiye geçmesi yasak olmak üzere, 5 milyondan fazla kayıtlı seçmenin oyuyla seçilir. Bolivya hakkında bkz. Mahmut Fevzi Özlüer/İlgin Özkaya Özlüer/Tolga Şirin/Nazım Sinan Odabaşı, Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik, (Ankara. Phoenix, 2013).

Dominik Cumhuriyeti	(Md. 179)	Yüksek Yargı Konseyi seçer.
Ekvador	(Md. 434)	Yasama, yürütme ve “şeffaflık ve sosyal denetim” erklerinden ikişer temsilciden oluşan komisyon seçer.
El Salvador	(Md. 173, 174, 186)	Meclis, üyelerinin 2/3'ünün oyuyla seçer.
Guatemala	(Md. 269)	Yüksek Mahkeme, Kongre, Cumhurbaşkanı, San Carlos de Guatemala Üniversitesi Yüksek Konseyi, Barolar Birliği birer üye seçer.
Honduras	(Md. 311)	Meclis, üye tam sayısının 2/3'ünün oyuyla seçer.
Kolombiya	(Md. 239)	Senato; Başkan, Yargıtay ve Danıştay tarafından hazırlanan liste içinden seçer.
Kosta Rika	(Md. 157 ve 158)	Meclis, üye tam sayısının 2/3'ünün oyuyla seçer.
Meksika	(md. 76 ve 89)	Senato, Başkan'ın sunduğu üç aday içinden seçer.
Nikaragua	(Md. 138/150)	Meclis, Başkan'ın sunduğu adaylar içinden, ilgili derneklerin görüşünü alarak, üyelerinin %60'ının oyuyla seçer.
Panama	(Md. 203)	Bakanlar Kurulu, Meclis'in onayıyla atar.
Paraguay	(Md. 264)	Senato, Yüksek Yargı Kurulu'nun sunduğu adaylar içinden, Başkan'ın onayıyla seçer.
Peru	(Md. 201)	Meclis, üyelerinin 2/3'ünün oyuyla seçer.
Şili	(Madde 92)	Senato, 2 üyeyi doğrudan; 2 üyeyi Meclis'in gösterdiği adaylar arasından üyelerinin 2/3'ünün oyuyla seçer. Cumhurbaşkanı 3 üye seçer. Yargıtay, 3 üye seçer.

Uruguay	(Md. 236)	Meclis, üye tam sayısının 2/3'ünün oyuyla seçer.
Venezuela	(md. 264-5)	Meclis, üyelerinin 2/3'ünün oyuyla seçer. (3 tur seçim yapılamaz ise salt çoğunlukla seçim yapılır).

c. Türkiye'deki Durum: Başkan Tarafından Atama!

Türkiye'de ise AYM'nin üye kaynakları Anayasa'nın 146'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Üye kaynağına ilişkin hükümler ise şu şekildedir:

“Anayasa Mahkemesi onyediy üyeden kurulur.

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

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

Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.”

2017 Anayasa değişikliği, rejimi parlamenter olmaktan çıkartmakla birlikte bu maddede esaslı bir değişiklik yapmamaktadır. Konuyla

ilgili tek farklılaşma, askeri yargının kaldırılmasına koşut olarak bu kaynaktan gelen üyelerin (2 üye), AYM üyeliği kontenjanının kaldırılmasıdır. Buna göre, tablo şu şekilde olmaktadır:

Tablo-2: Türkiye’de AYM Üyelerinin Seçimi

Yasama Tarafından Seçim	Yargı Tarafından Seçim	Doğrudan Yürütme Ataması	Yürütme Ataması + Yasama Onayı
<p>3 Üye Aday Gösterecek Kaynaklar: - Sayıştay Genel Kurulu: 2 Üye - TBB Genel Kurulu: 1 Üye</p>	-	<p>12 Üye Aday Gösterimi Olmadan Doğrudan Atama Kontenjanları: - 4 Üye Aday Gösterecek Kaynaklar: - YÖK Genel Kurulu: 3 Üye - Yargıtay Genel Kurulu: 3 Üye - Danıştay Genel Kurulu: 2 Üye</p>	-

Tabloda da görüldüğü gibi, taraflı ve siyasi parti üyesi olan Cumhurbaşkanı, doğrudan 12 üye seçebilecektir. Bu üyelere 8 tanesi, YÖK, Yargıtay ve Danıştay genel kurulları tarafından seçilecektir. Geri kalan 4 üye için başkaca bir organın rolü dahi yoktur. Burada, YÖK üyelerinin tamamının, Danıştay üyelerinin ise 1/4'ünün bizzat Cumhurbaşkanıca atandığı kaydedilmelidir. Öte yandan, Yargıtay üyelerinin tamamının ve Danıştay üyelerinin geri kalan 3/4'ünün ise, birazdan aktarılacağı gibi oluşumunda Cumhurbaşkanı tarafından belirleyici olduğu HSK (yeni ismi bu şekilde) tarafından belirlendiği de kaydedilmelidir. Bu kayıtlar bizi, AYM üyelerinin 12'sinde Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan belirleyici olduğu sonucuna ulaştırabilir.

AYM üyelerinden 3'ü yönünden ise Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan belirleyiciliği yoktur. Bununla birlikte, söz konusu seçim sürecinde nitelikli çoğunluk şartı esas değildir. Aynı durum Sayıştay üyelerinin seçimi

yönünden de geçerlidir. Meclis tarafından seçilecek AYM üyeleri için usul, ilk oylamada üye tam sayısının 2/3'ü; ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu; ikinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, ikinci oylamada en çok oy alan iki aday arasında yapılacak üçüncü tur oylamada en fazla oy ile seçim yapılmasına dayanır. Yani son tahlilde parlamentoda çoğunlukta olan siyasi partinin üyesi seçilebilmektedir. Anayasa, meclisteki farklı partilerden milletvekillerini uzlaşmaya zorlamamaktadır. Buna, Cumhurbaşkanının siyasi parti lideri olabileceği, Türkiye’de parti içi demokrasi sorununun yaygınlığı ve Cumhurbaşkanlığı seçimi ile TBMM seçimlerinin aynı günde yapılacağı yönündeki hüküm de eklendiğinde, parti lideri olan Cumhurbaşkanının dayattığı ismin meclisçe seçileceği söylenebilir. Bu bakımdan geri kalan 3 üyenin de dolaylı olarak Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği ifade edilebilir. Tüm bunlar çerçevesinde, değişikliğin kabul edilmesi halinde, Cumhurbaşkanı’nın 15 AYM üyesinin tamamını belirlemesi tehlikesi vardır. Bu tür bir örnek az önce değinilen karşılaştırmalı anayasa hukuku örnekleri ile de uyumsuzdur. Aktarılan verilerde, Şili örneği hariç olmak üzere, partili başkanın doğrudan üye atama yetkisinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Aynı şekilde, meclis tarafından yapılacak seçimlerde uzlaşmaya dayalı nitelikli çoğunluk kaydının öne çıktığı söylenmişti. Türkiye yönünden ise, her iki çıkarım ile de uyumsuz bir düzenleme bulunmaktadır.

II. Taraflı Cumhurbaşkanı ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üyelerinin Atanması

2017 Anayasa değişikliğinin yargıyla ilgili değişikliklerinden bir diğeri de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) ile ilgilidir. Bu kurulun ismindeki “yüksek” ifadesini kaldıran anayasa değişikliği, Kurul’un üye profiline de değişiklik getirmektedir. Yargıç ve savcılara ilişkin mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme ve görevden uzaklaştırma gibi kritik kararları alacak bu kurulun üye profili, mahkemelerin “bağımsızlığı” ve “tarafsızlığı” yönünden en can alıcı noktadır. Bu nedenle bu değişikliğe, büyük bir dikkatle odaklanılması gerekmektedir.

Bu bağlamda, iki noktaya yoğunlaşacağım. İlkin, anayasa değişikliğine anayasa hukuku literatürümüzde HSYK’ya yönelik süregelen eleştiriler merceğinden bakacağım. İkinci olarak, artık taraflı ve siyasi parti lideri olabilecek cumhurbaşkanının HSYK üyesi atama yetkisinin, başkanlık rejimiyle yönetilen ülkelerde olup olmadığını sorgulayacağım.

a. Bir Çelişki: Adalet Bakanı ve Müsteşarının Daimî Üyeliğinin Devam Etmesi

HSYK'nın yapısı, yetkileri ve üyelerinin atanması süreci, Türkiye'de öteden beri tartışmalı olagelmıştır. Eleştiriler üç noktada toplanmaktadır.

Birinci olarak; Kurul'un -1961 Anayasası döneminden farklı olarak- yargıçlık ve savcılık gibi farklı meslek gruplarını aynılaştırması, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği ilk günlerden beri eleştirilmiştir.¹⁹ 2017 Anayasa değişikliği, bu eleştiriye bir yanıt üretmemekte ve sorunu çözmeye yönelik bir unsur içermemektedir.

İkinci olarak; Kurul'un yetkileri konusunda, aldığı kararların yargı denetimine tabi olmaması doktrinca eleştirilmiştir. Nitekim hem AYM²⁰, hem de İHAM²¹ tarafından verilen kararlarda bu tür bir yetki hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı görülmüştür. Tüm bu eleştirilere ve yargı kararlarına rağmen; 2017 anayasa değişikliği, bu eleştirilere de olumlu bir yanıt vermemekte, işaret edilen sorunları göz ardı etmektedir.²²

Üçüncü olarak; HSYK'nin üye profili, hem 1982 Anayasası'nın ilk haline yönelik olarak hem de bu profilde değişiklik yapan 2010 değişikliği sürecinde tartışılmış ve eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin ortak noktası, Kurul'un yürütmenin etkisi altında kalması ve bağımsızlığının anayasal açıdan güvence altına alınmamasıdır. Konuyla ilgili klasik eleştiri, Kurul'un başkanlığını Adalet Bakanı'nın yapması ve Adalet Bakanı'nın Kurul'un doğal üyesi olmasına yöneliktir. 35 yıldır değişmeyen bu esasa ilişkin görece tek makul gerekçe, Bakanın, adaletin işleyişinden dolayı yasama organına karşı sorumlu olmasıydı. Bu sav, tartışmaya ve eleştiriye açık olmakla birlikte, parlamenter rejimin içinden geliştiriliyordu. Ne var ki bu sav, 2017 yılında gerçekleştirilen değişiklik karşısında artık

¹⁹ Örn. bkz. Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Beta Yay., 2014), ss. 460 vd.

²⁰ AYM, E. 1976/43, K. 1977/4, T. 27/01/1977.

²¹ Kayasu v. Türkiye, İHAM, 64119/00 76292/01, 13/111/2008.

²² Bu sorun Danıştay'ın, OHAL sürecinde verdiği yeni tarihli bir kararıyla daha da derinleşmiştir. Danıştay, Olağanüstü Hal KHK'leri kapsamında meslekten çıkartılan yargıçların başvurularını, söz konusu yaptırımların "olağanüstü tedbir" olmalarından ve bu "disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan ve yargı denetimine tabi bir disiplin cezası olan meslekten çıkartma cezası niteliğinde olmadığı"ndan hareketle incelememiştir. Bkz. Danıştay 5. Dairesi, E. 2016/8196, K. 2016/4066, T. 04/10/2016.

geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü anayasa değişikliği, Türkiye'nin siyasi rejimini, anayasanın öngördüğü parlamenter rejimden çıkartmaktadır. Yeni sistemde, bakanların ve başkanın meclise karşı sorumlu olmayacağı öngörülmektedir. Siyasal rejimin parlamenter rejimden başkanlığa doğru kaydırıldığı yerde, HSYK'den de adalet bakanının çıkartılması tutarlı olmanın gereğidir. Ne var ki, 2017 değişikliğini hazırlayanlar, yürütme erkinin yasamaya karşı sorumluluğunu kaldırmalarına rağmen, parlamenter rejimden kalma bu unsura dokunmamışlardır. Dolayısıyla şimdi burada, şu soruyu sormamız anlamlıdır: Eğer 1982 Anayasası'nın öngördüğü sistemde Adalet Bakanı, adaletin işleyişinden meclise karşı sorumlu olduğu için HSYK üyesi idiyse, yeni sistemde neden hâlâ bu Kurul'un üyesi kalmaktadır? Zira söz konusu müstakbel bakan, halk tarafından seçilmeyeceği gibi, yasamaya karşı da sorumlu olmayacaktır.

Bunların yanında, Bakanın müsteşarının Kurul üyeliği konusunda ise, 1982 Anayasası'nın mevcut halinde dahi HSYK üyeliğini haklılaştıran bir argüman mevcut değildi. 2017 Anayasa değişikliği, aynı sorunla maluldür.

b. Başkanlık Rejimlerinde Başkan, HSYK Üyelerinin Çoğunluğunu Atar mı: Hayır!

Türkiye'de HSYK üyelerinin atanması süreci tartışıldığında, karşılaştırmalı anayasa hukukunun verilerinden yararlanılıyordu. Bu konuda spesifik doktora çalışmaları dahi üretilmişti. Fakat o çalışmaların ön kabulü, Türkiye'nin Avrupa Konseyi üyesi bir devlet olarak, Konsey'deki parlamenter rejimlerle karşılaştırma yapması gerektiği yönündeydi.²³ 2017 yılındaki anayasa değişikliği, parlamenter rejimden radikal bir şekilde kopma getirmekte, cumhurbaşkanını bizzat siyasetin içine çekmektedir. Öngörülen yeni rejim, tam olarak başkanlık rejimi olmasa da, başkanlık rejimi türevi olduğu için, bu konuda da Amerika'daki başkanlık türevleriyle karşılaştırma yapmak anlamlı olacaktır. Bu bağlamda, sorumuz şudur: Başkanlık rejimlerinde, parti lideri olabilen ve taraflı başkanlar, HSYK türünden kurulların üyelerinin seçiminde işlev görmekte midir?

Karşılaştırmalı anayasa hukuku literatürü tarandığında, doğrudan bu soruya odaklanmamakla birlikte, bu soruya da yanıt üreten çalışmalara

²³ Türkçede bu alanda temel eser için bkz. Burak Çelik, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2013).

rın olduğu görülmektedir. Bunların içinde en dikkat çeken, Violaine Autheman ve Sandra Elena tarafından yazılan “Küresel En İyi Uygulamalar: Yargı Konseyleri” isimli çalışmadır. Avrupa ve Güney Amerika örneklerine yoğunlaşan yazarların Amerika kıtasındaki yüksek yargı organlarının üyelerinin kaynaklarına ilişkin çıkarttıkları tabloyu aynen aktarmak, işimizi kolaylaştırıyor:²⁴

Tablo 3: Amerika Kıtasında HSYK Benzeri Kurullara Yapılan Atamalar

Ülke	Yasama	Yürütme	Yargı	Demokratik Kit- le Örgüt- leri	Makam Gereği	Süre
ABD			+			De- ğişken
Arjantin	+	+	+			4
Bolivya	+				Yüksek Mahke- me Baş- kanı	10
Dominik Cumhu- riyeti	+		+		Devlet Başkanı, Meclisle- rin Baş- kanları ve Yük- sek Mahke- me Baş- kanı	Ola- ğan Görev Süre- leri

²⁴ Violaine Autheman/Sandra Elena, Global Best Practices: Judicial Councils - Lessons Learned from Europe and Latin America, Kaith Henderson (ed.), (IFES, 2004), s. 24. Türkçede konuyla ilgili olarak bkz. Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları, (Ankara: TEPAV, 2011).

Ekvador			+		Yüksek Mahkeme Başkanı	6
El Salvador	+					3
Kolombiya	+	+				8
Meksika	+	+	+			5
Panama					Yüksek Mahkeme, Daire Başkanları, Barolar Birliği Başkanı, Yüksek Mahkeme Başsavcıları	Olağan Görev Süreleri
Paraguay	+	+	+			3
Peru			+	+		5

Aktarılan tabloya bakıldığında, Amerika'daki başkanlık sistemlerinin çoğunluğunda, HSYK benzeri yapılara yapılan atamalarda yürütmenin herhangi bir etkisinin olmadığı görülür. Ayrıksı olarak, yürütmenin rol aldığı örnek sayısı ise sadece dördür. Bu ülkeler, Arjantin, Kolombiya, Meksika ve Paraguay'dır.

Şimdi bu ayrıksı dört örneğe daha yakından bakalım:

- **Arjantin**'de Yargı Konseyi (*Consejo de la Magistratura de la Nación*), Anayasa'nın 114'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 2'nci fıkrasına göre; "Konsey, halk tarafından seçilen siyasi organların, her yargısal dereceden yargıçların ve federal olarak ruhsatlanmış avukatların arasından, dengenin sağlanması amacıyla düzenli olarak yeniden oluşturulur. Akademik ve bilimsel alandan kişileri de içerir ve sayısı ile atama usulü kanunla gösterilir." Bu konuyu düzenleyen kanun ise, Konsey'in on üç üyesinden altısı yasama organının, ikisi yargıçların,

ikisi avukatların, biri ise akademisyenlerin kontenjanıdır. Geriye kalan bir üye ise yürütme temsilcisidir.²⁵

- **Kolombiya**'da Yargı Yüksek Konseyi olarak ifade edilen kurul, iki daireden oluşmaktadır. Anayasa'nın 254'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, Kurulun idari işlere bakan Yargı Yönetimi Dairesi, AYM, Yargıtay ve Danıştay başkanları ve yargıçlarca seçilen bir üye ile Daire'nin seçtiği bir yargı erki müdürü ve kalan üyelerinin seçtiği üç daimî üyeden oluşur. Anayasa'nın 257'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, Kurulun disiplin işlerine bakan Ulusal Yargı Disiplin Komisyonu ise Yargı Yönetimi Dairesi'nin gönderdiği dört üye ve Cumhurbaşkanı'nın gönderdiği üç üye arasından iki meclisin ortak oturumunda seçilmektedir.

- **Meksika**'daki Federal Yargı Konseyi ise Anayasası'nın 100'üncü maddesi uyarınca yedi üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı, Yüksek Mahkeme başkanıdır. Bunun dışında, yargıçların gösterdikleri adaylar arasından Yüksek Mahkeme Genel Kurulu'nun nitelikli çoğunlukla seçtiği üç üye, Senato tarafından atanan iki üye ve Cumhurbaşkanı tarafından atanan bir üye vardır. Dolayısıyla yedi üyeden yalnızca biri Cumhurbaşkanı'nın atanmaktadır.

- **Paraguay** Anayasası'nın 262'nci maddesi uyarınca Yargıçlar Konseyi, bir Yüksek Mahkeme üyesi, bir yürütme temsilcisi ve bir milletvekili, bir senatör, iki avukat, bir Ulusal Üniversite Hukuk Fakültesi profesörü ve özel üniversitelerin hukuk fakültelerinde yirmi yıldan fazla görev yapmış bir profesörden oluşacaktır. Yani sekiz üyeden yedisi yürütme dışı kaynaklardan, demokratik seçimle belirlenmektedir. Sadece bir üye yürütme tarafından atanmaktadır.

Şu hâlde, toparlayacak olursak, Amerika'daki başkanlık sistemleri içinde, HSYK benzeri yapılara yapılan atamalarda yürütme sadece dört ülkede rol almaktadır. Bu ülkelerde ise devlet başkanının rolü ya bir üyeyi atama veya üye atama yerine aday gösterme şeklinde tezahür etmektedir. Bu son söylediğim net anlaşılması adına, tablo şu şekildedir:

²⁵ 26.080 sayılı Kanun hakkında bkz. Daniel Alberto Sabsay, "Judiciary and Democracy in Argentina", Moira B. MacKinnon/Ludovico Feoli (ed.), Representation and Effectiveness in Latin American Democracies: Congress, Judiciary and Civil Society, (NY/London: Routledge, 2013), s. 198. Ayrıca bkz. Justice Studies Center of the Americas, "Argentina", Report on Judicial Systems in the Americas 2006-2007, s. 38. Bkz. <http://ww3.lawschool.cornell.edu/avondocuments/20081228-argentina-judicialsystem-001.pdf>

Tablo-4: Yürütmenin Yüksek Yargı Konseylerine Atama Yaptığı Örnekler

Devletler	Kurulun Üye Sayısı	Yürütme Kontenjanı
Arjantin	13 Üye	1 üye, Başkanca atanır.
Kolombiya	13 Üye	Meclis ve Senato tarafından seçilecek 7 üye için Hükümet, liste hazırlar.
Meksika	7 üye	1 üye, Başkanca atanır.
Paraguay	8 üye	1 üye, Başkanca atanır.

Sonuç olarak, Amerika'daki başkanlık örneklerinde yürütme, yargı kurullarında kural olarak işlev görememekte veya ayrık birkaç örnekte sembolik rol almaktadır. Buna karşın 2017 anayasa değişikliğinde durum hiç de böyle değildir.

Anayasa'nın mevcut halinde HSYK'nin üye kaynakları şu şekildedir:

Tablo-5: 1982 Anayasası'nın Mevcut Halinde HSYK Üyeleri

Atayan Erk	Adalet Bakanı ve Müsteşarı	Akademisyen ve Avukat	TAA	Yargıtay	Danıştay	Adli Yargı Hakimleri	İdari Yargı Hakimleri
Yürütme	2	4	1 A +1Y	-	-	-	-
Yargı	-	-	-	3A+3Y	2A+2Y	7A+4Y	3A+2Y
Yasama	-	-	-	-	-	-	-

Buna göre; altı asıl üye yürütme tarafından, on beş asıl üye, yargı tarafından belirlenmektedir. Bu durum, hâkimlerin yüksek kurullarının yasama ve yürütme baskısından kurtulması ve katılımcı hale getirilmesi için, üyelerinin yarısının yargıçlarca belirlenmesi esasına dikkat çeken temel metinler ile (seçim usullerindeki sorunlar hariç olmak üzere) uyumlu gibidir.²⁶ Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) da aynı yönde raporlar yayımlamıştır.²⁷

²⁶ Bu metinlerden Pekin İlkeleri'ne göre, Yargıçların atanmalarında yargısal konseyler kabul edildiğinde, bu konseyler, yargısal yeterlilik, bağımsızlık ve bütünlüğün sağlanması için yüksek yargının üyeleri ile avukatların temsilcileri bulunmalıdır. Lati-

Getirilmek istenen değişiklikte ise kompozisyon şu şekildedir:

Tablo-6: 2017 Değişikliğinin Öngördüğü HSK Üyeleri

Atayan Erk	Adalet Bakanı ve Müsteşarı	Akademisyen ve Avukat	TAA	Yargıtay	Danıştay	Adli Yargı Hakimleri	İdari Yargı Hakimleri
Yürütme	2	-	-			3	1
Yargı	-	-	-	-	-	-	-
Yasama	-	3	-	3	1	-	-

Buna göre; 6 asıl, başkan tarafından, yedi üye meclis tarafından seçilecektir. Meclisteki seçimler, tıpkı AYM seçimlerinde olduğu gibi nitelikli çoğunluk şartını aramadığı için, yukarıdaki açıklamalar ışığında bu bağlamda da söz konusu altı üyenin dolaylı olarak Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği söylenebilir. Yürütmenin, yüksek yargıda bu denli belirleyici olması, herhangi bir başkanlık örneğinde bulunmadığı gibi; Yargıçların bu atama sürecinde belirleyici olmaktan çıkartılması da Avrupa Konseyi'nin temel metinleri ile uyumsuzdur. Sonuç itibarıyla, ön-

mer rehberine göre Yargıç atamalarında, en azından danışmanlık işlevini gören bir yargısal konsey, Anayasa veya kanunla, alt derece mahkemelerinin üyelerinin çoğunluğunu yansıtabilecek şekilde kurulmalıdır. Avrupa Konseyi'nin 1994 tarihli Yargı Bağımsızlığına İlişkin Tavsiye Kararı'na (R(94)12) göre; Yargıçların seçiminde ve kariyerlerinde sorumluluk, hükümetten ve idareden bağımsız, üyeleri yargı erki tarafından seçilen bir makamda olmalıdır. Avrupa Konseyi'nin 1994 tarihli Yargıçların Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı'na göre "Bir yargıcın, seçimi, mesleğe kabulü, ataması ve kariyer süreçlerini etkileyen her karara ilişkin müdahale, yürütme ve yasama erklerinden bağımsız ve bünyesinin yarısından fazlası, yargı mensupları tarafından, yargının temsilini güvence altına alan usullere dayanılarak seçilen yargıçlardan oluşan bir makamca gerçekleştirilmesi gerekir." Avrupa Demokrasi ve Özgürlük İçin Yargıçlar Derneği'nin Palermo Bildirgesi'ne göre de "Yargıçlarca seçilen bir Yüksek Hâkim Kurulu" konusunda İHAS'a ek bir protokol yayımlanmalıdır ve bu metinde yüksek kurul üyelerin çoğunluğunun yargıçlarca seçilmesi güvence altına alınmalıdır.

²⁷ Komisyon'un 2010 tarihli "Yargıçların Bağımsızlıkları Raporu"nun 4'üncü sonuç ilkesine göre "yargı kurulları çoğulcu bir kompozisyona sahip olmalı ve yargı kurulu üyelerinin çoğunluğu olmasa da, önemli bir kısmı yargıçlardan oluşmalıdır."

görülen kompozisyonun yargı bağımsızlığı lehine sonuç doğurmayacağı söylenebilir.

III. Yürütmenin Yargısal Muafiyetleri: Cezasızlık İklimi ve Güçlendirilmiş Koruma Zırhı

Türkiye’deki öteden beri süregelen temel sorunlardan biri, insan hakları hukukunda “cezasızlık” (*impunity*) olarak ifade edilen sorunun kökleşmiş olmasıdır. Özellikle siyasi konularda ve yürütme erkinin sorumluluğu altındaki kişilerin kollanmasıyla bağlantılı bu sorunun kökünde af, zamanaşımı gibi unsurların yanında esasen idari makamlardaki kişilerin soruşturma süreçlerine başlanamaması yatmaktadır.²⁸ Kolluk güçleri yönünden 4483 sayılı Kanun bağlamında görünür olan bu sorun, daha yüksek düzeydeki sorumlular açısından ise dokunulmazlık ve/veya özel soruşturma usulleri bağlamında görünür olmaktadır.²⁹ Bu tür engellerin, etkili bir ceza soruşturması ve güçlü bir yargı yönünden olumsuz etki yarattığı açıktır.

Anayasa değişikliği paketinde bu konuda da düzenlemeler vardır. Değişiklik, yürütme içinde Cumhurbaşkanı’nın ve bakanların ceza sorumluluğu için gerekli şartlarda farklaşma getirmektedir. Değişiklikte, çok sayıda nisaptan bahsedildiği için anlaşılması güç olan yeni hüküm, net anlaşılması adına şu şekilde grafikleştirilebilir:

Tablo-7: Cumhurbaşkanı Muafiyeti

	1982 Anayasası	2017 Değişikliği
Dokunulmazlık Kapsamındaki Suçlar:	Sadece vatana ihanet suçu için özel koruma var.	Bütün suçlar için özel koruma var.
Teklif:	184 Milletvekili	301 Milletvekili
Suçlama:	413 Milletvekili	400 Milletvekili

²⁸ Bu konuda bkz. Kerem Altıparmak, Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak: Hukuki Analiz, (Ankara: İHOP, tarihsiz), Öznur Sevdiren, Türkiye’nin Cezasızlık Mevzuatı, (İstanbul: Hafıza Merkezi, tarihsiz).

²⁹ 4483 sayılı kanun bağlamında örn. bkz. Kerem Altıparmak, Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi’nin Bayram Oteli Kararı, (İstanbul: TESEV Yay.), <https://goo.gl/uvTfle>

Görev Sonrası Koruma:	Açık hüküm yok.	Açık hüküm var.
------------------------------	-----------------	-----------------

Görüldüğü gibi değişiklik, dokunulmazlık kapsamındaki suçların sayısını arttırmakta, ayrıca teklif nisabını oldukça yüksek milletvekili sayısına çekmektedir. Suçlama konusunda gerekli milletvekili sayısında görece azalma olsa da teklif aşamasındaki yüksek oran gereği, bu aşamaya geçilmesi zordur. Dolayısıyla anılan azalma esaslı değildir. Öte yandan Cumhurbaşkanının herhangi bir suçtan dolayı görevinden sonra da korumaya sahip olacağına açıkça düzenlenmiş olması, cezasızlık sorununu daha da derinleştirecek, hesap verilebilirlik düzeyini azaltacak bir faktördür.

Bakanlar konusunda ise durum çok daha olumsuzdur:

Tablo-8: Bakanların Muafiyeti

	1982 Anayasası	2017 Değişikliği
Soruşturma talebi:	55 Milletvekili	301 Milletvekili
Soruşturma talebinin kabulü:	Toplantıya katılanların salt çoğunluğu	360 Milletvekili
Suçlama:	276 Milletvekili	400 Milletvekili
Görev sonrası koruma:	Anayasa'da Açık Hüküm Yok.	Açıkça Koruma Var.
Korumadan yararlanacak kişiler:	Sadece TBMM'den güvenoyunu almış Bakanlar Kurulu üyeleri	Cumhurbaşkanı tarafından atanabilecek herkes

Görüldüğü gibi değişiklik, her bir aşamada cezaî sürecin ilerlemesini zorlaştırmaktadır. Ayrıca, bakan olabilecek kişilerin sayısında herhangi bir özel düzenleme olmadığı için, sınırsız sayıda kişinin bu korumadan veya başka bir ifadeyle bu "koruma zırhı"ndan yararlanabilmesi mümkün hale gelecektir. Bu yanıyla değişiklik, cezasızlık/sorumluluk denkleminde sarkacı cezasızlığa doğru itecek görünmektedir.

IV. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Yürütme Yargı İlişkisinde Gerileyen Yargı

Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal tarihi, erkler arasında bazılarının diğer bazıları karşısında öne çıkma ve gerileme tarihidir. Bu bakım-

dan 1921 ve 1924 anayasaları döneminde yasama erkinin, 1961 Anayasası döneminde yargı erkinin, 1982 Anayasası döneminde ise yürütme erkinin öne çıktığı söylenebilir.

Yargının etkinliği ve pozisyonu, 1982 Anayasası'nın kurgusunda oldukça geri plandadır. Yasama ve yürütme erkleri arasındaki bu dengesizlik, değişiklikle beraber gelecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle beraber daha da derinleşecek görünmektedir. Giovanni Sartori'nin "işlemeyen sistemin fonksiyonel olmayan cevabı" şeklinde nitelendirdiği başkanlık kararnamelerinin, Güney Amerika'da sıklıkla uygulama bulunduğu dikkate alındığında; bu kararnamelerin, hukuk düzeninin merkezinde yer alan norm halini alacağı açıktır.³⁰ Bu durum karşısında, anılan kararnamelerin yargısal denetimi de kritik hale gelmektedir. Ne var ki, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda en az dört noktada yargı erkini geriletken unsurlar bulunmaktadır. Bu durum, yürütme organının halihazırda çıkarttığı düzenlemeler (bakanlar kurulu kararnameleri, tüzükler, yönetmelikler vs.) ile karşılaştırıldığında daha net anlaşılmaktadır. Zira mevcut düzende, yürütme organının düzenleyici işlemleri konusunda denetim idari yargı organlarıncadır. Oysa getirilen değişiklikle, yürütmenin temel düzenleyici işlemi olarak öngörülen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, AYM denetimine tabi olacaktır. Anayasa yargısındaki denetimin, idari yargıdaki denetim karşısında daha sınırlı nitelik taşıması karşısında, yürütmenin daha dar kapsamlı bir denetime tabi olacağı söylenebilir. Şimdi bu savımızı/sorgulamamızı biraz daha açalım:

a. Dava Açabilecek Kişiler Tartışması

Normal şartlarda kararnameler aleyhine iptal davaları, idari yargıdaki iptal kuralları gereğince (2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu md. 2), yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılabilir. Oysa 2017 Anayasa değişikliğine göre; Anayasa'nın 151'inci maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aleyhine, TBMM'de

³⁰ András Sajó, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, (Budapest: CEU Press s. 190. G. Sartori'nin analizlerini Türkçede okumak için bkz. Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Ergun Özbudun (çev.), (Ankara: Yetkin Yay., 1997).

en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve 120 milletvekili (üye tamsayısının en az beşte biri) tarafından dava açılacaktır. Bu durumda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bir kişinin menfaatini iptal etmesi durumunda, menfaati ihlal edilenin dava açamaması, bunun yerine en az 120 milletvekilini dava açmaya ikna etmesi gerekecektir.

b. Yürütmeyi Durdurma Tartışması

1982 Anayasası'nın 125'inci maddesinin 5'inci fıkrasına göre "İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." Bu bakımdan idari yargıda, yürütmenin durdurulması kararının verilebileceği konusunda bir tartışma yoktur. Buna karşın; anayasa yargısı yönünden AYM'nin yürütmeyi durdurma kararına ilişkin Anayasa'da açık bir hüküm yoktur. AYM, her ne kadar bazı iptal davalarında "yürürlüğü durdurma" kararı vermişse de bu konu öğretilerde tartışma konusu olmuştur.³¹ Bu bakımdan, mevcut sistemde idarenin düzenleyici işlemleri konusunda yürütmenin durdurulması kararına açıklık esas iken, yeni sistemde bu işlemlerin, yürütmeyi durdurma kararı yönünden daha tartışmalı bir alana kaydırıldığı söylenebilir.

c. İptal Kararlarının Geriye Yürümesi Tartışması

Anayasa değişikliğine ilişkin en çok ileri sürülen eleştirilerden biri, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunların yerine geçeceği yönündedir. Buna karşın, değişikliği savunanlar, bu kararnamelerin "yürütme yetkisine ilişkin konularda" çıkartılacağını, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkartılamayacağını, sosyal haklar dışında bir temel hak alanını düzenlemeyeceği gibi herhangi bir hakkı da sınırlamayacağını ifade etmektedirler. Bu yanıt, ilk bakışta doğru gibi görünse de bir kararnamenin bu yasak alanın içinde olup olmadığını belirlemek her zaman kolay değildir. Bu konuda yargısal bir denetim gerekmektedir. Bu denetimin yapılması ise zaman alır. AYM'nin yapacağı denetimin sonunda bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptal edebil-

³¹ Bu konudaki görüşler ve kararlar için bkz. İsmail Köküsarı, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, (İstanbul: XII Levha Yay., 2009), ss. 149 vd.

mesi mümkündür. Fakat bu defa da yeni bir sorun ortaya çıkacaktır. Acaba bu iptal kararının zaman yönünden etkisi nasıl olacaktır?

İdari yargıda iptal kararları geriye yürür. Buna karşın Anayasa'nın, AYM'nin iptal kararlarına ilişkin 153'üncü maddesine göre "İptal kararları geriye yürümez". Doktrinde bu konuda farklı görüşler³² bulunsa da, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin iptali halinde bu iptal kararlarının geriye yürümeyeceği yönündeki savların ileri sürüleceği şimdiden kestirilebilir. Dolayısıyla yürütmenin düzenleyici işlemleri konusunda yargısal denetimin zayıflayacağı, en azından bir noktada daha, tartışmalı bir alana kayacağı söylenebilir. Bu sorun, özellikle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulamakla tükenen türden işlemler içermesi halinde görünür olacaktır.

d. Yerindelik Denetimi Tartışması

Anayasa'nın 125'inci maddesi idari yargı alanıyla ilgili olarak "yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz" şeklinde bir hüküm içermektedir. Normal şartlarda idarî eylem ve işlemler kural olarak AYM'nin yargısal denetiminde olmadığı için bu norm, anayasa yargısı alanında etki göstermemekteydi. Ancak "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" isimli yürütmenin düzenleyici işleminin AYM denetimine kaydırılması, bu normun anayasa yargısı alanına teşmil edilmesi olasılığını da beraberinde getirmektedir.

Kuşkusuz, mahkemelerin yaptığı denetimin hukuksallık denetimi olması gerekir. Bu bakımdan, Anayasa'da açıkça yazılı olmasa da mahkemelerin yerindelik denetimi yasağı vardır. Bununla birlikte, 2010 yılında bu hüküm Anayasa'ya girerken, söz konusu normun idari yargıda yargıçların daha çok kendisini sınırlayan ve yorum faaliyetlerini sınırlandıran bir "Demokles'in kılıcına" dönüşeceği yönündeki savın, 2010 yılından sonraki idari yargı pratikleri dikkate alındığında haklı bir yanı olduğu göz ardı edilmemelidir.³³ Bu gerçeklik karşısında, AYM kararla-

³² Bu görüşler için bkz. Tolga Şirin, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı: İHAM, FAYM ve AYM, (İstanbul: On İki Levha Yay, 2016), ss. 668 vd.

³³ Kaboğlu, Halk Neyi Oylayacak?, s. 263. İYUK'ta zaten mevcut olan yerindelik denetimi yasağı, anayasal düzeye taşındığı 2010 anayasa değişikliklerinden önce siyasi öznelerce, yargının vesayet kurumlarından oluştuğu ve kendini frenlemesi gerektiği yönündeki propagandaların bir unsuru olmuştur. Söz konusu propagandanın, yargıç-

rında “yerindelik denetimi yasağı” adına, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bazı noktalarının denetlenmemesi olasılığı vardır. Bu olasılık da yargısal denetim aleyhine sonuç doğuracaktır.

V. Askeri Yargının Kaldırılması: İlkesel Değil Konjonktürel Tepki!

Askeri yargı, ilk kez 1961 Anayasası'nda açıkça düzenlenmiş bir yargı koludur. 1961 Anayasası'nın ilk halinde sadece askeri ceza hukukunu içerecek şekilde düzenlenen askeri yargı, Anayasa'da 1971 değişikliğiyle birlikte askeri idari yargıyı da içerecek şekilde genişlemiştir. 1982 Anayasası'nda da Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi şeklinde iki yüksek mahkemenin Anayasa'da düzenlenmesine devam edilmiştir.

Askeri yargı, geçmişte insan hakları alanında bazı sorunlara yol açmıştır. Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Tanışma v. Türkiye* kararında askeri mahkemelerin yargıç sınıfından olmayan (subay) üye içermesinin, adil yargılanma hakkının unsuru olan tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesiyle uyumlu olmadığını söylemiştir.³⁴ Mahkeme, buna benzer şekilde, *Ali Osman Özmen v. Türkiye* kararında da özgürlüğünden yoksun bırakılan başvuruçunun tutukluluk kararını inceleyen askeri mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığını söyleyerek, tespitini yinelemiştir.³⁵ Bu kararlar, askeri yargının tamamen kaldırılmasını gerektirmese de, bu sorunlu alana ilişkin adım atılması önemlidir. Ne var ki bu değişiklik, İHAM kararlarının yerine getirilmesinden ziyade, 15 Temmuz sürecine bağlı konjonktürel bir tepki görünümündedir.

Tüm bunların dışında, 1982 Anayasası'nın oluşturduğu ve hukuk devletinin özünü kemiren “yargı denetimine kapalı alanlar” sorununa ilişkin 2017 anayasa değişikliği sessizdir. Bir anayasa değişikliği, yargıda bağımsızlık ve tarafsızlık iddiasını taşıyor ise öncelikle bu denetimsiz alanları ortadan kaldırmalıdır. 2017 Anayasa değişikliği bunu sağlamaktadır.

lar üzerinde etkide bulunduğu ve onları yargısal aktivizmden kaçınan bir yaklaşıma yönelttiği görüşündeyim.

³⁴ *Tanışma v. Türkiye*, İHAM, 32219/05, 17/11/2015.

³⁵ *Ali Osman Özmen v. Türkiye*, İHAM, 42969/04, 05/07/2016.

SONUÇ

Buraya kadar yapılan açıklamalar ve bulgular şu şekilde toparlanabilir: 2017 anayasa değişikliği, halk tarafından seçilecek olan Cumhurbaşkanı siyasetin merkezine yerleştirmektedir. Öngörülen siyasal rejim, klasik parlamenter rejimlerdeki tarafsız ve hakem rolündeki devlet başkanının aksine, taraflı ve gündelik siyasetin içinde bir devlet başkanı tasvir etmektedir. Bu yanıyla öngörülen rejim, başkanlık rejimlerine benziyor gibidir; fakat başkanlık rejimlerinde başkanların sahip olmadığı yetkilere sahip kılınan Cumhurbaşkanı, özellikle yargıyla ilgili olarak fazlaca yetkilendirilmiştir.

1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı, siyaset üstünlüğünün ve tarafsızlığının gereği olarak tanınan yargıyla ilgili atama yetkileri, Cumhurbaşkanı taraflı hale getirilmesine rağmen korunmuştur. Başkanlık rejimlerinde, anayasallık denetimi yapacak yargıçların seçimi, ya meclislerce nitelikli çoğunlukla ve uzlaşuya dayalı olarak yapılmakta ya da devlet başkanının yapacağı atama meclis onayına tabi olmaktadır. Öngörülen sistemde ise taraflı devlet başkanının belirleyiciliği esas alınmıştır. Bu bir çelişkidir.

Karşılaştırmalı veriler, başkanlık sistemlerinde yargıçların üst kurulları konusunda da ya meclislerin veya bizzat yargıçların belirleyici olduğunu göstermektedir. Ancak Türkiye'de öngörülen değişiklikte belirleyici olanın yürütme erki olduğu görülmektedir.

Suç ve cezaların yargısal denetimi konusunda ise yürütme erkinin yargısal muafiyetlerinin güçlendirildiği, Cumhurbaşkanı'nın ve onun atayacağı sınırsız sayıda kişinin ömür boyu özel usullerle soruşturulmasının sağlandığı görülmektedir.

Bu yanıyla, 1982 Anayasası'nda, zaten fazlaca yetkili cumhurbaşkanına bu atama yetkilerinin verilmesi tartışmalıyken, yeni düzenleme, bu sorunu çözmek yerine derinleştirmiştir.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinin yargısal denetimi konusunda da, yürütmeyi durdurma kararı, iptal kararının zamansal etkisi ve yerinde denetimi yasağı bağlamında yürütme-yargı ilişkisinde, yürütmenin öne çıkıp, yargının güç kaybettiği söylenebilir.

Tüm bunlar ışığında, 2017 anayasa değişikliğinin yargıyla ilgili hükümlerine bakıldığında, değişikliğin ne klasik parlamenter rejimlerdeki yargısal yetkilerle ne de başkanlık rejimindeki fren ve denge meka-

nizmalarıyla ilgili olduğu söylenebilmektedir. Değişiklik, benzersizdir ve bu benzersizlik yargı bağımsızlığı lehine değildir.

KAYNAKÇA

Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Üzerine Teknik-Bilimsel Rapor, 2017.

ALTIPARMAK, Kerem, Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak: Hukuki Analiz, (Ankara: İHOP, tarihsiz),

ALTIPARMAK, Kerem, Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı, (İstanbul: TESEV Yay.).

AUTHEMAN, Violaine/Sandra Elena, Global Best Practices: Judicial Councils - Lessons Learned from Europe and Latin America, Kaith Henderson (ed.), (IFES, 2004).

CALVI, James V./Susan Coleman, American Law and Legal Systems, (NY: Routledge, 2017).

ÇELİK, Burak, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2013).

KELSEN, Hans, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008).

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, (Ankara: İmge Yay., 2007).

KABOĞLU, İbrahim Ö., Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak?, (Ankara: İmge Yay., 2010).

KELEMEN, Katalin, “Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – with a Proposal for a New Model for Hungary”, Acta Juridica Hungarica, Vol. 54(1), 2013.

FRANTZICH, Stephen E./Howard R. Ernst, The Political Science Toolbox: A Research Companion to American Government, (Plymouth: Rowman and Littlefield Publishers, 2009).

GÖNENÇ, Levent, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları, (Ankara: TEPAV, 2011).

GÖZLER, Kemal, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, (Bursa: Ekin Yay., 2017).

KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, (İstanbul: XII Levha Yay., 2009).

MASSARO, John, *Supremely Political: The Role of Ideology and Presidential Management in Unsuccessful Supreme Court Nominations*, (NY: State University of New York Press, 1990), ss. 158 vd.

MAST-KIRSCHNING, Ulrike, “Feminist judge brings new perspectives to Germany's highest court”, DW, 06/01/2011.

O’DONNELL, Guillermo, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, Vol. 5(1), 1994, ss. 55-69.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2014).

ÖZLÜER, Mahmut Fevzi/Ilgın Özkaya Özlüer/Tolga Şirin/Nazım Sinan Odabaşı, *Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik*, (Ankara. Phoenix, 2013).

TANÖR, Bülent/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Beta Yay., 2014).

SABSAY, Daniel Alberto, “Judiciary and Democracy in Argentina”, Moira B. MacKinnon/Ludovico Feoli (ed.), *Representation and Effectiveness in Latin American Democracies: Congress, Judiciary and Civil Society*, (NY/London: Routledge, 2013).

SAJO, András, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, (Budapest: CEU Press, 1999).

SARTORI, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Ergun Özbudun (çev.), (Ankara: Yetkin Yay., 1997).

SEVDİREN, Öznur, *Türkiye’nin Cezasızlık Mevzuatı*, (İstanbul: Hafıza Merkezi, tarihsiz).

KARARLAR

AYM, E. 1976/43, K. 1977/4, T. 27/01/1977.

AYM, E.2012/69, K.2012/149, T. 11/10/2012.

AYM, E.2011/43, K.2012/10, T. 19/1/2012.

Ali Osman Özmen v. Türkiye, İHAM, 42969/04, 05/07/2016.

Güher Ergun ve diğerleri başvurusu, AYM, 2012/12, 02/07/2013.

Tanışma v. Türkiye, İHAM, 32219/05, 17/11/2015.

Kayasu v. Türkiye, İHAM, 64119/00 76292/01, 13/11/2008.

Danıştay 5. Dairesi, E. 2016/8196, K. 2016/4066, T. 04/10/2016.