

**YENİ BİR DÜZENDE
ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞ GÖREV TE YETKİLERİ
İLE
YARGILAMA USULLERİ (•)**

Prof.Dr.İl Han ÖZAY ([*] **)

**EĞER BİRŞEY YAŞLI İSE BU ONUN YAŞAMA UYUM
SAĞLADIĞINI GÖSTERİR VE
SÜREKLİLİK NİTELİĞİN DE GÜVENCESİDİR.
(Eddie Rickeriberger 1890 -1973)**

Benzerlerine göre pek de "yaşlı" sayılmasa bile, Anayasa Mahkememizin Türk Kamu Hukuku düzenine uyum sağladığına İnanıldığını ve bunu da, Kurumun süreklilik ve niteliğinin gerçek bir göstergesi sayıldığını belirterek başlamak istiyorum.

Sempozyum un, önceden bildirilen çerçeve konusu "Yeni Bir Anayasa Düzeninde Mahkeme" idiye de, ben, izninizle, yepyeni bir oluşum yerine, "şimdiki'nin, kuruluş, görev ve yetkileriyle yargılama usulleri bakımından biraz değişik bir şekli üzerindeki düşünce ve önerilerimi anlatacağım. Bunun nedeni de, yukarıda başlık yaptığım sözlerdeki sürekliliğin aynı zamanda niteliğin de bir güvencesi olduğuna ilişkin İnanımdır. Çünkü var olanı düzelterek korumakla, Türk öğretisinde 1950 lerden beri tartışılmaya başlayan ve 1961 Anayasasıyla gerçekleştirilerek bugün 33 yaşının mutluluğunu tadan bu Kurum un sürekliliğini çağdaş gerçek ve gereklere uyarlayıp, geçmişte görülen aksaklıklar etkisiz kılmanın aslında en doğru çözüm olduğuna da inanıyorum.

Değiştirilemeyen her düzen kötüdür.

Publius SYRUS (M.Ö. 1 inci Y.Y.)

Bildiğim kadarıyla 1961 Anayasası "önproje"sini hazırlamakla görevli İstanbul Bilim Komisyonu, Anayasa Mahkemesi konusunda 1946 İtalyan Cumhuriyet Anayasası ndan esinlenmiş, giderek onu örnek almıştı. Buna karşılık Mahkemenin "Kuruluş" yani oluşumu bakımından,

[*] Başlıktaki terimlerin İçeriklerini hemen açıklamam gerekir ise, "Kuruluş" olarak oluşum ve üyelerin atanma yöntemlerini, "Görev ve Yetkileri"nde Yüce Divan Sorunu ile "konu bakımından yetkiye ilişkin hususları, "Yargılama Usulleri"nde de sadece "yürürlüğün durdurulmasının bir yönünü ve özetle (**). LÜ. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku öğretini Üyesi.

başından beri sözkonusu örnekten uzaklaşmış, onda hiç olmayan ve bence de son derece yersiz bir "asil" - "yedek" üye ayırımı yapmıştır. (1)

Örnek alman bir "kurum" modelinin olduğu gibi tekrarlanacağına ilişkin herhangi bir kural bulunmamakla beraber, gene de Mahkeme'mizin geçmişi, böyle bir ayırımın yapılmamış olması halinin daha doğru ve yerinde sayılacağını düşündürür gibidir. Nitekim, üyeler arasında yasal hiçbir fark yokmuş gibi görünmesine karşın (2). "yedek'lerin "asırlardan "daha az önemli" olduğunu düşünen birçoklarının bulunduğunu da yadsımamak gerekir. Bu durum, üye adayı seçimlerine iki yönden olumsuz etkide bulunmaktadır. Şöyleki, bazıları 'yedek" üyelik için aday olmak istememekte, böylece seçmenler epeyi dar bir listeye mahkum kalmaktadırlar, öte yandan, kuramların da, en değer verdikleri mensuplarını Mahkemeye bu sıfatla göndermek istemedikleri söylentileri de sıkça duyulmaktadır.

Ayırımın kaldırılmasının üye toplam sayısı üzerinde bir etkisinin de olmaması gerekmektedir. Bugünkü toplam 15 aslında İdeal bir sayıdır. Bunlardan beşinin Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan, beşinin Yasa Meclisi, geri kalanların da, bugün olduğu gibi Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Yüksek İdare Mahkemesi İle Sayıştay tarafından, üniversitelerin hukuk dersleri öğretim üyeleri ile 15-20 yıl gibi oldukça uzun süre fiilen avukatlık yapmış hukukçular veya anılan yüksek yargı yerleri mensupları arasından (3), fakat doğrudan doğruya seçilmeleri kanunca en yerinde çözüm olur. (4)

(1) Avrupa'da sadece Avusturya Anayasa Mahkemesinde üstelik farklı biçimde görülen böyle bir ayırının ne kadar gereksiz (ve tatsız) durumlara neden olabileceğinin en yakın Örneği Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda geçen yıl yaşanan ve 1994 "Hukuk Devleti Günü"nü de ifsat eden olaylardır.

(2) Fark ise, yasal olarak vardır. Nitekim, Anayasa'nın 146 ve organik yasanın 8 inci maddesi uyarınca, Başkan "asil" üyeler tarafından ve onlar arasından seçilmektedir.

(3) Yüksek yargı yerleri seçimlerini daha önceden emekliye ayrılmış bulunan eski üyeleri arasından da yapabilmeli, benzeri durum öğretim üyeleri için de sözkonusu olabilmelidir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi üyeliğinin ABD benzeri yaş sının olmayan bir görev şeklinde düşünülmesi yerine, bunu azami süre, örneğin İtalya'da başta 12 iken şimdi 9 yıl, şeklinde belirlemek daha doğru olur.

(4) Atamaya ille de daha görkemli bir hava verilmek isteniyor ise, seçilenlerin, eskiden profesörlükte olduğu gibi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile görevlendirilmeleri usulü getirilebilir.

Buna karşılık toplantı yeter sayısı yine 11 olabileceği gibi kararlar da salt çoğunlukla alınabilir.

Görevlerine ilişkin bir konu olmakla beraber oluşumunu da doğrudan etkileyen, giderek onu belirleyen bir sorun da Mahkemenin belli bazı görevliler ile yüksek yargıçları "Yüce Divan" olarak yargılayabilmesidir.

Mahkemenin aynı zamanda Yüce Divan olma niteliği bazı bakımlardan eleştirilmekte ve bunlar arasında da üyelerin genelde yargıladıkları konuya ilişkin bir mesleki deneyime sahip olmamaları gelmektedir. (5) Bu bir ölçüde doğru olsa bile sırf bu nedenle Mahkemenin Yüce Divan niteliğine son verilmesi yanlıştır ve bu görev-yetkinin sürdürülmesi gerekmektedir. Bu noktada da, İtalya örneğinden, bir ölçüde de olsa esinlenmek mümkündür. Orada, Jüri sistemi olduğu için böyle bir durumda önceden kur'a ile belirlenen 16 kişi gerektiğinde yargılama sürecine girmektedir. Bizde ise. Mahkemenin kendi üyeleri çoğunlukta olmak koşuluyla, Yargıtay ve Danıştay ile Sayıştay üyeleri arasından önceden belirlenen 9 kişinin Yüce Divan yargılamasına katılabilmeleri düşünülebilir. Böylece Anayasa Mahkemesi uzman üyelerle de donatılmış ve daha uygun bir yargılama mümkün kılınmış olur. (6)

Yüce Divan İşlevine değinmekle, bir bakıma Anayasa Mahkemesi'nin görevleri konusunu da ele almış olduk. Ancak, bu başlık altında asıl vurgulamak istediğim "konu bakımından yetki" ya da görev sorunudur.

(5) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı Haktin Tuğgeneral Sayın Taner CANDEMİR tarafından "5 Mart Hukuk Devleti Günü"ne sunulan "Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yaralama" başlıklı bildiri de hem bu konudaki tartışmalar hem de çözüm önerileri üzerinde durulmaktadır. Bildiri, idare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHtD)ın Mayıs 1995 "Hukuk Devleti Günü" özel Sayısı'nda yayınlanacaktır.

Buna karşılık, 16 Ocak 1989'da çıkarılan 1 sayılı Kanunla İtalyan Anayasasında yapılan değişiklikten sonra Mahkemenin bakanlar konusundaki yetkisi Adil Yargı düzenine aktarılmış olup Cumhurbaşkanı'nın yargılanması durumunda ise Yüce Divan sıfatıyla görev alması durumu, eskisi gibi, sürmektedir.

(6) Şimdi ise Yüce Divan'da yüksek mahkemelerin sadece birer temsilcisi bulunmaktadır. Ayrıca, teorik bakımdan Yargıtay kökenli olanı yüksek mahkemenin Hukuk dairelerinin birinden geliyor ise Yüce Divan'm ceza yargılamasında sadece Askeri Yargıtay üyesi uzman sayılabilir.

Bilindiği gibi, 1961 Anayasası döneminde de Mahkeme sadece yasalar ve Meclis içtüzükleri konusunda yetkili kabul edilmişti. Bunun Meclis kararları bakanımdan ne kadar sakıncalı olduğu ONAR'ın kitabında ayrıntılı biçimde (7) vurgulanmıştır. O halde gerçek bir "hukuka uygunluk" denetimi için Mahkemenin yasa güç ve etkisinde olan bütün Meclis kararları konusunda da yetki ile donatılması gerekir. (8)

Değınmek İstedığım son nokta yargılama usulü ve özellikle de "yürürlüğün durdurulması" uygulamasıdır. Hemen vurgulamak isterim ki, şu anda Mahkeme'nin böyle bir yetkisi yoktur ve kanımca da içtihat yoluyla kendi kendini böyle bir yetkiyle donatamaz. (9) Ne var ki, bu son derece önemli bir yetki ve ivedi bir gereksinimdir.

Anayasa Mahkemesinin kural olarak sürekli ve genel düzenleyici işlem ve kararları, yani yasaları yargılaması gerekir. Ancak, çoğu kez şekli anlamda kanun olmakla beraber maddi nitelik bakımından "koşul" işlemleri Mahkeme Önüne getirilebilmektedir. Giderek, bunlardan büyük bir kısmı da "durum işlem" sayılabilir, çünkü bir kere uygulanmakla tükenen, etkileri sona eren türden yasal düzenlemelerdir. Hal böyle olunca, İdari Yargıdaki yürütmenin durdurulması kurumunun bence tek ve en önemli koşulu yani "ileride verilmesi muhtemel bir iptal kararının uygulanabilme olanağının kalmaması ihtimali" ya da alışılmış terimlerle "te-lafisi İmkansız durum" bu noktada gerçekleşmiş olmaktadır.

Bu bakımdan, iptal davası yoluyla önüne getirilmiş bulunan olaylarda, yukarıda açıklamaya çalıştığım türden bir işlemin sözkonusu olup olmadığı takdir ile uygulanmakla tükenecek ve ileride verilecek bir iptal kararının uygulanabilmesini imkânsızlaştıracak bir olasılığın varlığını saptayarak, İdari Yargıdaki gibi "yürütmenin" değil de. çok doğru ve yerinde bulunmuş bir terimle "yürürlüğün durdurulması"na karar verebilme mutlaka Mahkeme'nin yetkileri arasında yer almak ve bu durum kararların Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlüğe gireceği ve ge-

(7) ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esastan. İstanbul 1966, 3 üncü Bası. s. 202-204 ve özellikle 228-229.

(8) öte yandan, İlerde, İtalya'da olduğu gibi özerk bölge idarelerinin kurulması halinde Mahkemenin, merkezden yönetimle bunlar arasındaki yetki uyumsuzluklarına da bakması gerekebilecektir.

(9) Bu konudaki görüşümü Gürüşünde Yönetim'in 3 üncü basısında, bir ders kitabında yer atabilecek kadanyta, açıklamıştım.

riye yürüyemeyeceğini öngören 153. maddenin ayrıık hali olarak öngörülerek yasallaştınlmalıdır. Aksi taktirde. Hukuk Devletine erişme yolunda çok önemli bir engelle karşılaşılmış ve yargı yerleri de kuralları zorlama gereksinimi İle karşı karşıya bırakılmamış olur. (10)

Bildiri İçin "Yeni bir düzende Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş görev ve yetkileri İle yargılama usulleri" gibi bir başlık ve konu İçerirken, ünlü "Milano Grubu"nun çalışma ve vardığı sonuçlar, daha doğrusu önerilerinden de yararlanacağımı düşünmüş, vaad etmişim. Sonradan, aslında, 27. kuruluş yıldönümü nedeniyle sunmuş bulunduğum 'Yargının sorunlarına yaklaşımda bir örnek olarak geçmişi ve geleceğiyle İtalyan Anayasa Mahkemesi" başlıklı bildiride bu konuyu ayrııntılı biçimde zaten ele aldığımı hatırlayarak, şimdi yayınlanmış da bulunan şeyleri tekrarın bir anlamı yok diye düşündüm.

öte yandan, bazılarını o ülke bakımından da fazla gerçekçi bulmadığım bu önerileri, varlığı ve yetkileri hem genelde, hem de "yürürlüğün durdurulması" kararlan nedeniyle haksızca tartışılan Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir düzendeki şeklini, bir müzik terimi ile "da capo" ele almanın yararına da fazla inanmadığımdan, en başta da İşaret ettiğim gibi, "şlmdlkTnin daha düzgün ve etkili bir versiyonu üzerinde düşünmek en iyisidir diyerek bildiriye bu içerik ve boyuta indirgedim.

Sonuç olarak ve özetle, 1960 "27 Mayıs" olayı sonrası yeni bir Anayasa önprojesi hazırlama görevinin, böyle bir mahkeme gereksinimini ta 1950'11 yıllardan başlayarak ortaya atmış bulunanlara verilmesi bir şans olmuştur. 1961 Anayasasının, eleştirilecek ne kadar yönü olursa olsun. Mahkemeyi öngörmesi İle de çok doğru bir yola girilmiştir. Ve

**"Şimdiye kadar da
hiç kimsenin doğru yolda kaybolduğu görülmemiştir."**

(GOETHE 1749 - 1832)

(10) Batı dillerinde "Amerikayı yeniden keşfetmek" diye bir deyim vardır. Bizim halimiz de buna benziyor. Zira, bu bildiride değinilenlerden birçoğu 1961 Anayasası Önprojesini hazırlayan İstanbul Bilim Komisyonu'nda ortaya atılmış ve tartışılmıştı. Ama, yine de bunlar 1982 Anayasası için örnek olamadı.