

ANAYASA MAHKEMELERİNİN YAPISI

Arş. Gör. Sultan Tahmazoğlu ÜZELTÜRK(*)

Bu çalışmada Anayasa Mahkemelerinin yapısı iki ana bölümde incelenmeye çalışılacaktır. İlk aşamada Anayasa Hukuku karşılaştırmalı verileri belirtilen başlık altında değerlendirilerek, üye seçiminin siyasi organlar veya yargı organı tarafından yapılması ayırımına girecektir. İkinci planda ise Türk Anayasalarında Anayasa Mahkemelerinin yapısı tartışılarak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin mesleki kimlikleri ve bağımsızlıkları probleminde değinilecektir.

I- Anayasa Mahkemelerinin Yapısı, Anayasa Hukuku Karşılaştırmalı Verileri.

Anayasa Mahkemelerinin demokratik bir meşruiyetten kaynaklanması konusunda yüksek mahkeme üyelerinin siyasi organlarca veya yargı organı tarafından seçilmesi tartışılmıştır (1).

1- Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Siyasi Organlarca Seçimi:

Yüksek Mahkeme yargıçların siyasi organlar tarafından seçilmesinde iki formülden sözedilebilir.

"a) **Politik Orantılı Sistem:** Bu sistemin esasını siyasi güçler dengesinin sistematik bir biçimde mahkeme yapısında da gösterilmesi oluşturmaktadır. Avusturya ve Almanya'da iktidardaki büyük partiler bu yapı üzerinde etkili olurken, İtalya ve Portekiz'de gerçekleştirilen düzeyden çok daha ileri gidilir(2)".

Avusturya'da "... Anayasa Mahkemesi hakimlerini devlet başkanı atar. Başkan, başkan yardımcısı, altı üye ve üç yedek üye ise ulusal meclis ve federal meclisin yani parlamentonun iki meclisinin verdiği üçlü öneriler üzerine atanırlar...(3)".

Federal Almanya'da "... Yargıçlar ya Bundestag'ın ya da Bundesrat'ın (Parlamentonun iki meclisi) 2/3 çoğunluğuyla seçilirler...(4)". Federal Alman Anayasa Mahkemesine 1987 yılında altı üye seçilmiş (yargıçların üçte biri) ve bu seçimlerde, öncekilerde olduğu gibi partiler arası bir anlaşma sözkonusu olmuş, iki büyük parti temsil hakkını kullanmıştır (5).

İtalyan Anayasasının 135. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi üyelerinin 1/3 ü Cumhurbaşkanı, 1/3 ü ortak toplantı halindeki parlamento, diğer 1/3 ü ise genel ve idari yüksek hakimlerce seçilen onbeş hakimden oluşur (6).

Portekiz Anayasa Mahkemesinin on üyesi Cumhuriyet Meclisi tarafından ve hazır bulunan milletvekillerin 2/3 ü tarafından seçilmektedir. (7).

"b) **Politik Çoğunluk Sistemi:** Bu sistemde mahkemenin pozisyonu partilerin iktidarda yer değişikliği sonuçlarına bağlıdır.

Amerika, Fransa ve İspanya bu sistem içinde yer alır (8)."

Amerika Birleşik Devletleri'nde "... Federal yargıçlar seçimle değil, atama ile belirlenir. Bu atama işlemlerin yapan, senatonun onayı ile devlet başkanıdır... Amerika Birleşik Devletleri örneğinde, Senato ononayından önemli bir başka sınırlama vardır: atanacak kişinin hukuk mesleğini icrada başarısı... (9).

Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanının Anayasa Konseyine üye atama yetkisine sahip olduğu (10) Fransa'da 1959'dan 1983'e kadar Konseye üye atama yetkisine sahip otoriteler sağ eğilimliyken, sistem gereği 1983'den sonra durum sol eğilimli otoriteler lehine değişmiş ve artık 1989'da sol eğilimli üyelerin atadığı üyeler çoğunluğa geçmiştir (dörde karşı beş) (11). Fransa'da ayrıca çoğunluk sisteminin sakıncalarına karşı, üye seçiminin nitelikli bir çoğunluk tarafından yapılması ve yargı organlarının da bu seçime iştirak etmesi önerilmektedir (12).

İspanyol Anayasasının 159. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi Kral'ın atadığı oniki üyeden oluşur. Kongre üyelerinin 3/5'i tarafından dört üyeyi kongre, aynı çoğunlukla diğer dört tanesini de Senato önerir. Diğer ikişer üyeyi de yargı organları ve hükümet önermektedir. İspanyol sisteminde Kralın ataması ile Türk sisteminde Devlet Başkanının Yüksek Mahkeme üyelerini ataması açısından benzerlik kullurulmaktadır (13). İspanyol sisteminde Kralın seçme imkanı yoktur. Kral sadece belirtilen üyeleri atar. Oysa Türk sisteminde Devlet Başkanının önerilen üyeler arasında seçme imkanı olduğu gibi, doğrudan üye ataması da mümkündür. Son iki üyenin seçiminde Devlet Başkanı en az oy alan üyeleri tercih etmiştir (14).

Anayasa Mahkemelerinin yapısında belirtilen sistemlerden hangisinin geçerli olacağıın belirleyici faktörü, üye seçimindeki çoğunluğun niteliğidir. Nitelikli çoğunluklar bu seçimlerde muhalefetin de etkili olması paratik sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuca göre siyasi güçler dengesinin mahkemenin yapısında görülüp görülmemesi mümkün olacaktır.

Kıt'a Arupası Anayasa Mahkemelerinde üyelerin atanması açısından en etkili organ, dolaylı olarak veya doğrudan parlamentolardır. Fransa'da üyelerin 2/3 ünün seçiminde Millet Meclisi ve Senato dolaylı olarak etkilidir. İtalya'da üyelerin 1/3 ü doğrudan parlamento tarafından seçilir. İspanya'da Kongre üyeleri ve Senato tarafından yüksek mahkeme üyelerinin 2/3 ü önerilmek suretiyle atanmaktadır. Almanya'da tüm üyeler parlamentonun iki meclisi tarafından seçilirken, Avusturya'da parlamentonun iki meclisinin üyelerin 1/2 sini önermesi, Portekiz'de ise meclis tarafından onüç üyenin onunun seçilmesi esas kabul edilmiştir.

(*) Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk: M. Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisidir.

Yüksek Mahkeme üyelerinin atanmasında bir diğer etkili organ yargı yerleridir.

2- Yargı Yerlerinin Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçiminde Etkisi:

Siyasi organlar yanında yargı organlarının da Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde etkili olması gerektiği ifade edilmiştir (15). Yargı yerlerinin Yüksek Mahkemenin oluşmasındaki belirgin örneklerini İtalya, İspanya ve artık yürürlükte olmamakla birlikte II. Cumhuriyet Anayasasında görmek mümkündür.

İtalyan sisteminde Anayasa Mahkemesi üyelerinin 1/3 ü genel ve idari yüksek hakimler tarafından seçilirken, bu oran İspanyol sisteminde 1/6 dır. Portekiz sistemi yargı yerlerinin seçime katkısı açısından ilginç bir örnektir. Çünkü Anayasa Mahkemesi yargıçıları doğrudan üyelerin % 23 ünü seçmektedir.

II. Cumhuriyet Yüksek Mahkeme üyelerinin yargı organları tarafından seçilmesi konusunda köprü başını oluşturmaktadır. Yargı organlarının Anayasa Mahkemesine katkısı günümüz örneklerinin de ötesinde % 53 olarak belirlenmiştir.

Yüksek Mahkeme üyelerinin atanmasında çoğunlukla parlamentonun devreye giriyor olması ve özellikle seçimlerde nitelikli çoğunlukların varlığından hareketle karşılaştırmalı hukukta bir uzlaşma formülünden sözedilebilir (16).

II- Türk Anayasalarında Anayasa Mahkemelerinin Yapısı

Bu bölümde 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Mahkemesinin yapısı incelenmeye çalışılacaktır.

I-II. Cumhuriyet'te Anayasa Mahkemesinin Yapısı.

1961 Anayasasının "Üyelerin Seçimi" başlıklı 145. maddesi 1488 sayılı yasa ile 20.9.1971 tarihinde değiştirilmiştir. Değişikliğin asıl sebebi yasama meclislerince seçilecek üyelerin üniversiteler tarafından aday gösterilmesi konusunda çıkan problemdir (17). 1971 değişikliği ile bu hüküm kaldırılmış, ayrıca yasama meclisinde oylama oranı değiştirilmiştir (18)

1961 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi üyelerinin % 53'ü yargı organları, % 33'ü siyasi organlar ve % 13'ü Cumhurbaşkanınca seçilmektedir. Cumhurbaşkanının seçeceği üyelerden birini Askeri Yargıtay Genel Kurulu aday gösterir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının doğrudan seçeceği üye sayısı sadece birdir.

II. Cumhuriyet'te Anayasa Mahkemesinin yapısını belirlemek amacıyla farklı tezler ileri sürülmüştür:

Soysal'ın tezi: Soysal'e göre "Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminden mekanizmanın harekete geçirilmesine ve hükümlerin sonuçlarına kadar aşağı yukarı her konuda bir "ortalama" çözüm aranmasına çalışılmıştır. Buna rağmen, hukuk kurallarının ötesine geçen "sosyolojik" gerçek, yani genel oya ve siyasal elite karşı duyulan güvensizlik, Anayasa mahkemesinin ve genel olarak bütün yargı organının devlet sistemi içindeki önemini arttırmakta(dır)" (19). 1961 Anayasası yargı gücünü yasama ve yürütmeden ayırarak; devlet içinde iktidarı oluşturanlarla yargı arasında gerçek bir güçler ay-

rılığı oluşturmuştur. Bunu sağlayan esaslardan biri olarak da yargı kuruluşlarının yine yargı kuruluşlarınca seçilmesi kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin diğer üyelerinin millet meclisi, cumhuriyet senatosu ve cumhurbaşkanınca seçilmesi ise, bu kuruluşu ulusal iradede bütünü kopuk duruma getirmemek için düşünülmüştü (20). Bu durum hem denetim mekanizması ile halkın temel tercihleri arasında bir bağlantı kuracak; hem de mekanizmanın kendisini seçen kuruluşların tercihlerine göre davranmasını engelleyecektir (21). Sonuç olarak seçim karma bir çözüme bağlanmıştır (22).

Ünsal'ın tezi:1961 Anayasasını daha çok "bürokrasiden yana" bir metin olarak değerlendiren Ünsal, saf bir ulusal iradede çekinen anyasakoyucunun bu siyasal iktidara karşı bürokrasiyi geliştirdiğini, bunun bir anlamda bürokrasinin rövanşı olduğunu ifade etmektedir. Üniversiteler, TRT, Anayasa Mahkemesi, Devlet Planlama Teşkilatı ve Milli Güvenlik Kurulu gibi bürokratik kuruluşların ulusal egemenliğin parlamento tarafından kullanılmasına ortak olduğu belirtilirken, bürokrasinin siyasi iktidara karşı en güçlü kalesinin "yargı bürokrasisi olduğu vurgulanmıştır. Bu ifade ile Ünsal, 1961 Anayasasında yargı bürokrasisinin hakim kıldığı tezini savunmaktadır (23).

Sonuç olarak 1961 Anayasasının getirdiği sistemde yargının etkin bir yeri olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun sonuçlarını Anayasa Mahkemesinin yapısında da görmek mümkündür. II. Cumhuriyette benimsenen yapı formüle edilmek istenirse, yargı organlarının ağırlıkta olduğu, bir yargı organları ve siyasi organlar sentezi ortaya çıkmaktadır.

2-III. Cumhuriyet'te Anayasa Mahkemesinin Yapısı

1982 Anayasasının 146. maddesine göre 11 asıl ve 4 yedek üyeden oluşan Anayasa Mahkemesinin üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından seçilir.

"Anayasa Komisyonu başkanının ifadesine göre ihtisas sahibi kişilerden oluşması ve bunların seçiminin tarafsız bir kişi olan Cumhurbaşkanıya verilmesi" formülü nötr bir formül olarak görülmüştür (24)."

1982 Anayasasının Danışma Meclisinde kabul edilen metni ile Milli Güvenlik Konseyinden çıkan metni birbirinden farklıdır. Danışma Meclisinin metninde Cumhurbaşkanı, üyeleri doğrudan seçmektedir. Ayrıca üyelerin nitelikleri de belirtilmemiştir. (Tasarı m.154) Tasarının bu yönü Özbudun tarafından, siyasi parti mensubu olabilecek bir Cumhurbaşkanının kendi partisinden siyasi görüşüne sempati duyan kimseleri Anayasa Mahkemesine seçmesi ve böylece Mahkemenin tarafsızlığının zedelenebilmesi ihtimali açısından eleştirilmiştir (25).

146. maddenin düzenlenmesine göre Cumhurbaşkanı sekiz asıl üç yedek üyeyi (26) önerilen adaylar arasından seçmek, diğer üç asıl bir yedek üyeyi ise doğrudan seçmek durumundadır. Önerilen adaylar arasından yapılan seçimde uygulamada tam bir serbesti söz konusudur (27).

III. Cumhuriyet sistemini üyelerin atanması konusunda bir uz-

laşma zemininin olmaması açısından karşılaştırmalı hukukdaki sisteme yerleştirmek mümkün değildir. II. Cumhuriyet'te ifade edildiği gibi bir yargı organı-siyasi organlar sentezi de sözkonusu değildir. Komisyonda ifade edildiği gibi yansız bir başkanın seçimi hedeflenmekle birlikte, uygulamada politik bir başkandan söz edilebilir.

"Bu genel tesbitler çerçevesinde 1982 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesinin "seri-dışı bir yapıya" sahip olduğu söylenebilir (28)".

a) Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Mesleki Kimlikleri:

Anayasa Mahkemesi üyelerinin sadece hukukçulardan oluşmasına karşı olarak "Yüksek Mahkemede sadece hukukçuların yer almasının sosyal olayları anayasa yargısına sokarak judicial selfrestraint'e hizmet edeceği tezi ileri sürülmüştür (29)".

Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemelerinin oluşumunda hukukçuların sayı açısından fazlalığı dikkat çekmektedir.

İtalyan Anayasasına göre (m.135/2) Anayasa Mahkemesi üyeleri yüksek hakimler, öğretim üyeleri ve avukatlardan seçilir.

Avusturya'da Anayasa Mahkemesi üyeleri hukuk veya siyasal bilimler öğrenimi yapmış olanlar arasından seçilmek durumundadır (30).

Portekiz Anayasasına göre ise (m.284) dokuz yüksek mahkeme üyesinin altısı meslekten yargıç, diğer üçü ise yine hukukçu olmak zorundadır (31).

Alman Anayasa Mahkemesi yargıçlığına seçilebilmek için, yargıçlık ehliyetine sahip olmak veya yüksek idarecilik niteliklerine sahip bulunmak, kamu hukuku alanında özel bilgisiyle temayüz etmek, kamu hayatında tecrübe sahibi olmak gibi nitelikler aranmaktadır (32)".

Fransız sisteminde ise medeni ve siyasal haklardan yararlanan tüm kişilere açık olan Konsey üyeliği için bu üyelerin hukukçu olmaları gerektiği ifade edilmiştir (33). Uygulamada Konsey üyelerinin bugüne kadar : 65'i en azından hukuk fakültesi diplomasına sahip, % 40'ı hukuk doktoru ve % 20 si hukuk doçentidir (34).

Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemelerinde görülen bir diğer özellik "Anayasa yargıçları arasında öğretim üyelerinin yer almasıdır. Federal Almanya da 16 üyeden 6 sı (35); İtalya'da 15 üyeden 6 sı; İspanya'da 12 üyeden 9 ü (36)"; Avusturya'da 14 üyeden 4 ü öğretim üyesidir (37).

1961 Anayasasında hukukla yakından ilgili sayılabilecek iktisat ve siyasal bilimler alanlarında görev yapan öğretim üyeleri hariç, Anayasa Mahkemesinin tüm üyelerinin hukuk formasyonuna sahip olmaları zorunluydu (38).

1982 Anayasası ile idari birimlerden de üye atama imkanı doğmuştur. Cumhurbaşkanının doğrudan üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından seçeceği üç asıl, bir yedek üye vardır. Özden, Cumhurbaşkanının isterse bu üyelerin tamamını üst kademe yöneticileri arasından seçebileceğini belirtirken, iki alandan seçim yapılmasının daha uygun olacağını da ilave etmiştir (39).

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un m.3/2b ye göre üst kademe yöneticilerinden kasıt "Yüksek Öğretim Kurulu başkan veya üyesi veya Yükseköğretim Kurumu rektör veya dekanı veya müsteşar, müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali" dir.

Danıştay Kanununun 8. ve 9. maddelerine göre Danıştay üyelerinin 1/4 ü "diğer görevliler"den (İdari yargı hakim ve savcılar dışında) seçilirler. Sayıştay Kanununun 4. maddesine göre hem kanunun eski haliyle hem de son değişiklikleriyle hukukçu olma zorunluluğu yoktur. Özellikle 3677 sayılı kanunla yapılan son değişikliklere göre sayıştay üyeliği için dört yıllık herhangi bir yüksek öğretimi tamamlamak yeterli sayılmıştır (40).

Bu düzenlemelere göre Anayasa Mahkemesine Danıştaydan, Sayıştaydan, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden, Yükseköğretim Kurumlarından, ve idari kadrolardan hukukçu olmayan üye seçilmesi imkanı vardır. Bu durumda Mahkemede hukukçu olmayan üyelerin sayısı hukukçu olanlara göre daha fazla olabilecektir.

Yüksek Mahkeme üyeleri 65 yaşında emekliye ayrılmaktadırlar. 1961 ve 1982 Anayasalarında bu konudaki düzenleme aynıdır. Amerika Birleşik Devletlerinde yargıçlar ömür boyu görevde kalırlar (41). Fransa'da bu süre 9 yıl iken (42), Almanya'da (43) ve İtalya'da (44) 12 yıldır. Yargıçların görevde kalma süreleri ile bağlantılı olarak yaş oranları gündeme gelmektedir. Fransa'da 1969'dan 1986'ya gelinirken Konsey üyelerinin yaş ortalamaları da 65'den 75'e yükselmiştir.(45)

Türk sisteminde ileri yaş problemi görevde kalma sürelerinin kısa oluşu sonucunu doğurmaktadır. II. Cumhuriyet'te Anayasa Mahkemesi üyelerinin %73'ü 61-65 yaş ortalamasında yer almaktaydı. Bunun sonucu olarak yargıçlar ortalama 5 yıl 7 ay görevde kalmaktadırlar. (456). Son gelişmelerle Anayasa Mahkemesinde 61-65 yaş grubu yargıçların oranı % 47'ye düşmüştür. 50-59 yaş grubundaki yargıçların oranı % 40 iken, 40-49 yaş grubunun oranı % 13 tür. Mahkemenin genel yaş ortalaması ise 57.4 tür (47).

b) Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Düşünsel

Bağımsızlıkları:

"Warren Mahkemesi yargıçlarından Hugo Black 1937 yılında Başkan Roosevelt tarafından Yüksek Mahkemeye seçildiğinde büyük bir skandal patlak vermiştir, Black eski bir Ku-Klux-Klan üyesidir...

Mahkeme o güne kadar hak ve hürriyetlerin korunmasında Black'den daha kararlı bir yargıcın varlığına tanık olmamıştır...

1939 yılında Yüksek Mahkemeye atandığında muhafazakar bilinen Yargıç Douglas, görevde kaldığı 36 yıl boyunca ferdi hürriyetler davasının savunucusu olmuş,... Anayasanın her şekli ile muhalefet hakkını koruduğunu savunmuştur...

1939'da Roosevelt tarafından Yüksek Mahkeme Yargıçlığına atandığında, onu açığa çıkmamış komünist sayan siyasi çevrelerden büyük tepki alan Felix Frankfurter, Yüksek Mahkemedeki görevi sırasında...Mahkemenin sayılı mahafazakarlarından biri ol-

muş(tur)..(48)".

"Atayanlarla atananlar arasında bu siyasi bağ mahkemeleri partizanlaştırmış mıdır?

Watergate Skandalı ertesinde görülen ve Nixon'un siyasi kariyerini sona erdiren United States v. Nixon davasında karar, yargılamaya katılan "Nixon Mahkemesi" (49) yargıçlarının oybirliğiyle alınmış ve kararı da Chief justice Burger yazmıştır.

Atamaları ile Mahkemeyi etkilemeye çalışan Başkanların düş kırıklığını belki de en açık biçimde Harry S. Truman dile getirmiştir: ". Denedim ve işlemedi..."(50)".

1982 Anayasasının 148/111. maddesine göre Anayasa Mahkemesi görevi ile ilgili suçlardan dolayı yüce divan sıfatıyla Cumhurbaşkanını yargılayabilecek bir makamdır. Özden bu durumda Cumhurbaşkanının kendisini yargılayabilecek kişileri seçtiğini belirtirken, böyle bir kararın inandırıcılığının zayıf olacağını belirtmiş ve Cumhurbaşkanının seçeceği üye sayısının hiç değilse mahkemenin üye sayısının çoğunluğunu oluşturmaması gerektiğini vurgulamıştır(51).

Anayasa Mahkemesi eski başkanlarının sonradan Cumhurbaşkanlığı hukuk danışmanlığına getirilmeleri altının çizilmesi gereken bir diğer konudur. Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği davalar açısından ve Cumhurbaşkanının etkin konumu itibarıyla sorun güncelleşmektedir. En son 430 sayılı kararname olayında problem gündeme gelmiştir. (52).

Türk Anayasa Mahkemesinin son atamalarla sayısal yapısı oldukça ilginç bir durum almıştır. Son Cumhurbaşkanı göreve geldiği bir yıllık süreç içinde dört Anayasa Mahkemesi üyesi atanmıştır. Mayıs ve Haziran 1991 tarihlerinde iki üye daha atanacaktır.(53). Çoğunlukla karar veren bir mahkeme için bu oran oldukça önemlidir.

Bu kritik noktada Türk Anayasa Mahkemesi üyelerinin düşünsel bağımsızlığı önem kazanacaktır. Böyle bir aşamada yargıçların düşünsel bağımsızlığı yanında ne ölçüde yargı bağımsızlığından yararlandıkları gerçeği gündeme gelecektir.

c) Anayasa Mahkemesi Üyeleri ve Genel Olarak Yargıçlar Ne ölçüde Yargı Bağımsızlığından Yararlanıyorlar?

Kunter, yargıç bağımsızlığını kararlarını verirken hür olmaları ve hiç bir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları şeklinde tanımlarken, baskı yapılması kadar, yapılabilmesi ihtimalinin de yargıç bağımsızlığını zedeleyeceğinden söz etmektedir (54).

Yargının 1982 Anayasasında bir erk olarak düzenlenmediğine dikkat çeken Duran; Hakim ve savcılarının tek bir kamu görevlisi kümesi içinde kaynaştırılıp, Adalet Bakanının otorite ve denetimi altına sokulmasını; adli ve idari yargı elemanlarının her türlü özlük ve disiplin işlerinde kesin ve son kararlar alma yetkisi bulunan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na Adalet Bakanının başkanlık etmesini ve müsteşarının üye olarak katılmasını; Adalet Bakanının hakim ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere uygun olarak yapıp yapmadığının Anayasanın 144. maddesi çerçevesinde denetle-

yebileceğini; hakim ve savcılarının görevlerini yerine getirirken uymaları gereken kurallar arasında Anayasa ve hukuka yer verilmeyerek kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere yer verilmesini eleştirmektedir (55).

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun diğer asil ve yedek üyelerinin de üçer katı aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi, Adalet Bakanının hakim ve savcılarını sıkça vuku bulan acele hallerde geçici yetki ile başka yerlerde görevlendirebilmesi eleştirilen noktalardır (56).

Bu çerçevede düşünülebilecek bir diğer husus da yargıçların güvenceleri açısından özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekirken, böyle bir düzenlemenin Kanun Hükmünde Kararname ile yapılmasının Anayasa Mahkemesi tarafından uygun bulunmasıdır (57).

Sonuç olarak, "Anayasa Mahkemesi üyelerinin atanmalarında siyasi bakımdan yansız bir yöntem (58) " olmamakla birlikte amaç meşruluğu en az tartışılabilecek sistemi bulmaktır. Siyasi güçler dengesinin bir uzlaşma zemini etrafında mahkeme yapısında gösterilmesi Anayasa Mahkemelerinin demokratik bir meşruiyetten kaynaklanması probleminde çözüm sağlayabilecek niteliktedir. Sorunun kilit noktası yargıçlardır. Yargıçların mesleki kimlikleri ve bağımsızlıkları sistemin eksik taraflarını tamamlayıcı bir unsurdur. Bu açıdan III. Cumhuriyetin getirdiği sistemde en büyük rol Anayasa Mahkemesi yargıçlarına düşmektedir.

DİPNOTLAR

(1) M.Soyсал, "Anayasaya Giriş", Ankara, 1968, s. 169.

(2) B.Çağlar, 1990-1991 Öğretim Yılı M.Ü Hukuk Fakültesi Doktora Ders Notları.

(3) R.Machacek, "Avusturya Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 20.

(4) W.Zeidler, "Federal Almanya Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 37. (Federal Alman Anayasası m. 94)

(5) Sonuçta birinci mecliste sosyal demokrat partinin iki adayı seçilmiş, ikinci mecliste ise sosyal demokratların bir, hristiyan ve sosyal demokratların iki adayı seçilmiştir.M.Fromont, R.F.A, 'La Jurisprudence Constitutionnelle, EN1986 ET 1987, RDP. 1989, s.92 vd.Federal Almanya'da Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğu Bundesrat'ta komisyonun oybirliği ile seçilmektedir.M.Kıratlı, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi", Ankara, 1963,s.17. Alman Federal Anayasa Mahkemesinde başkanlık problemi de partiler arası bir anlaşma ile sonuçlandırılmıştır. M.Fromont, op.cit.s.92 vd.

(6) Y. Gürbüz, "Anayasalar", İstanbul,1981,s.158.

(7) M. Guesdes, "Portekiz Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, Ankara, 1987,s.88.

(8) B. Çağlar, 1990-1991 Öğretim yılı Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Ders Notları

(9) B. Çağlar, "Anayasa Bilimi, Bir Çalışma Taslağı", İstanbul, 1989, s.29,dn.3.

(10) Anonim, "Fransa Raporu", Anayasa Yargısı, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Lizbon, Ankara, 1987,s.70.

(11) L. Favoreu, "Le Droit Constitutionnel Jurisprudantiel"RDP, 1989, s. 399-404.

(12) P. Bon, "Fransız Anayasa Konseyi ve Avrupa Anayasa Mahkemeleri Modeli", Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 1987,s.3.

(13) B. Daver, "Anayasa Mahkemesi Yargıcı", Anayasa Yargısı,Ankara,1987.

(14) Milliyet, "Sayıştay'da Hassas Denge", 27/11/1990,s.17.

(15) P.Bon, op.cit.s.3.

(16) Milli planda bir Anayasa Mahkemesi olmamakla birlikte (Topluluk Mahkemesinin Anayasa Mahkemesi niteliği için bkz.I.Özbakan, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Yargı Yetkisi", Avrupa Toplulukları Konusunda Araştırmalar, Ankara, 1988,s.397 vd.) Avrupa Topluluk Mahkemesinin (Terminoloji tartışması konusunda bkz.B.Çağlar, "Anayasa ve Topluluk Hukuku", II.avrupa Hukuku Haftası" istanbul,1980,s. 13-14) de oluşumunda benzer bir uzlaşmayı görmek mümkündür.T.Arat, "Topluluklarda Yargı Denetimi", Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu, Danıştay Yayınları 49, Ankara 1989,s.126.

(17) Bu konuda bkz. M.Aksoy, "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma", Ankara,1962.

(18) Maddenin ilk şeklinde seçim için üçte iki çoğunluk aranmış, ilk iki oylamada bu oran sağlanamazsa, salt çoğunlukla yetinilmesi öngörülmüştür. Son halinde ise sadece salt çoğunluktan sözedilmektedir.

(19) M.Soysal, "Dinamik Anayasa Anlayışı-Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme", Ankara,1969,s.65.

(20) M.Soysal, "100 Soruda Anayasanın Anlamı", istanbul, 1986,s.98.

(21) Ibid,s.373.

(22) Ibid,s.372. Anayasa Mahkemesi Üyelerinin seçimindeki sistemin karma niteliği için: bkz.O.Aldıkaçtı, "Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası"istanbul,1978,s.358.

(23) A.Ünsal, "Siyaset ve Anayasa Mahkemesi Siyasal Sistem Teorisi Açısından Anayasa Mahkemesi",Ankara,1980,s.103 vd.Ünsal, çalışmasında ayrıca yargının bürokratik niteliğini de incelemiştir.s.110 vd.

(24) B.Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri", Anayasa Yargısı 3, Ankara,1987,s.146.

(25) E.Özbudun, "Türk Anayasa Hukuku", Ankara,1986,s.355.

(26) Avusturya dışında Avrupa Anayasa Mahkemelerinde yedek üyelik bulunmamaktadır. 1982 Anayasasının hazırlanması sırasında Anayasa Komisyonu ve Danışma Meclisi taslaklarında yer almamış iken, tasarının Milli Güvenlik Konseyinde görüşülmesi sırasında yedek üyelik yeni anayasaya da girmiştir. Asıl-yedek üye ayırımı yarar sağlamamasına karşın pek çok sakınca içermektedir.Bkz.Y.Aliiefendioğlu, "Anayasa Mahkemesi Üvelizi". Amme İdaresi Dergisi.c.18.s.3.Evlül

1988, s.34-35.

(27) Anayasa Mahkemesine üye atanmasına ilişkin son iki seçimde en az oyu alan üyeler Cumhurbaşkanı tarafından seçilmişlerdir. Milliyet, "Sayıştayda Hassas Denge", 27/11/1990,s.17. Bu açıdan ispanyol sistemi ile kurulan benzerlik daha önce de ifade edildiği gibi isabetli değildir.

(28) B.Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri",s.146. "Bu yapısı ile AYM C.Schmitt tezine yakındır" Çağlar, Anayasa Bilimi,s.180.

(29) B.Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri "s.148.

(30) R.Machacek, "Avusturya Anayasa Mahkemesi "s.20.".. Toplam ondört Anayasa Mahkemesi hakimi arasında bugün dört üniversite profesörü, iki avukat, iki adli görevli, yargıtay başkan yardımcısı, danıştaydan bir hakim, iki adli görevli ve dört idari memur bulunmaktadır."

(31) M.Guesdes, "Portekiz Anayasa Mahkemesi",s.88

(32) M.Kıratlı,op.cit.s.18.

(33) P.Bon,op.cit.s.3.

(34) L.Favoreu, "Le Droit Constitutionnel Jurisprudantiel", s.399-404 Fransa'da bugüne kadar atanan 45 üyenin 33'ü hukuk dünyasından gelmektedir. (9 üye Danıştay'dan, 3 üye Yargıtay'dan, 9 avukat, 1 hukuk danışmanı, 1 kamu teşebbüsünün hukuk bölümü başkanı, 9 hukuk profesörü) Konseye son atanan üyelerin mesleki nitelikleri şu şekilde sıralanabilir: Ulusal Meclis Başkanının atadığı iki üyeden biri eski Paris baro başkanı, hakim ve avukat, diğer üye profesör, Paris 11 Üniversitesinin eski rektörü, Fransız Karşılaştırmalı Hukuk Merkezi başkanı ve insan hakları, kamu özgürlükleri uzmanı. Senato başkanının atadığı üyelerden birinin kamu hukuku kariyeri var, Anayasa Hukuku profesörü olduktan sonra özel sektörde çalışmaya başladı, diğerinin hukuk ve edebiyat lisansı var, avukat ve hakim. Cumhurbaşkanı atadığı üye ise eski bakan, hukuk doktoru.

(35) M.Fromont,op.cit.s.92 vd.

(36) B.Çağlar, "Anayasa Bilimi",s.181.

(37) R.Machacek,op.cit.s.20.

(38) E.Özbudun, "Türk Anayasa Hukuku",s.355. özbudun bu belirlemeyi yaparken Sayıştay'dan gelen üyelerin hukukçu olduğu varsayımından hareket etmiştir.

(39) Y.G. Özden, "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu", Bahri Savcı'ya Armağan,Ankara, 1988,s.380.

(40) 3677 sayılı Sayıştay Kanunu 3/11/1990 tarih,20684 sayılı RG.de yayınlanmıştır. Danıştay ve Sayıştay üyelerinin hukukçu olmaları konusunda Cf. E. Özbudun, op.cit.s.355.L.Duran, "Türkiye' de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Ankara, 1984,s.81. Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukukçu olması gerektiği konusunda bkz.Y.Yayla, "İktidar ve Yargı veya Anayasa Yargısı ve Hukuk Devleti", Kamu Hukuku Bülteni, Mart 1990,s.3.s.2vd.

(41) A. Ünsal,op.cit.s.190.dn.33.

(42) L. Favoreu,op.cit.s.399vd.

(43) W. Zeidler,op.cit.s.37.

(44) Y. Gürbüz, *op.cit.s.158*.

(45) L. Favoreu, *op.cit.s.399vd. 1959'da yaş ortalaması 65,1962'de 65,5,1965'de 64, 1980'de 73, 1983'de 74, 1986'da 75.dir.*

(46) A. Ünsal, *op.cit.s.188 vd.*

(47) Bu hesaplamalar 28/11/1990 tarihli Hürriyet gazetesinde yayınlanan bilgilerden yararlanarak yapılmıştır. s.25.

(48) B.Çağlar, "Anayasa Bilimi" s.181.

(49) "Birleşik Devletlerde Başkan Nixon, Yüksek Mahkemeye..Başyargıç Burger'in de bulunduğu dört atama yapmış ve bu atamalar ertesinde polemik bir amaçla, mahkemeye "Nixon Mahkemesi" adı verilmiştir." B.Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri" s.147.

(50) *İbid,s.147.*

(51) Y.G.Özden, "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu" s.377.

(52) Şu anda iki eski Anayasa Mahkemesi başkanı Cumhurbaşkan-

lığı hukuk danışmanıdır. Cumhuriyet, 17/12/1990.s.1-19.

(53) Milliyet, 27/11/1990.s.17.

(54) N. Kunter, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku" istanbul,1986,s.317. "Hakimlerin bağımsız olmaları yaptıkları işin o kadar tabii bir icabıdır ki, totaliter rejimler bile çok defa bağımsızlığı inkar edememişlerdir...Sadece Hitler rejimi bağımsızlığı kendine yakıştıramamış, bağımsızlığın kalkması gerektiğini iddia etmişti, ancak bu rejim dahi, bu iddiasını kanunlara geçirememiştir." *İbid,s.318 dn.75.*

(55) L. Duran, *op.cit.s. 78-79.* Aynı eleştirileri Kunter'de de bulmak mümkündür. N. Kunter, *op.cit.s.323-324.*

(56) L. Duran, *op.cit.s.78.A.Gökçe Hakimler ve savcılar Yüksek Kurulunun ayrı bir binası ve sekreteryasının da olmadığını ve herşeyin Adalet Bakanlığı bünyesinde cereyan ettiğini ilave etmektedir. A.Gökçe, "Bağımsızlığa Düşen Gölge", Milliyet, 4/10/1990,s.13.*

(57) E.1986/15, K.1987/1, T.6/11/1987, RG.4/10/1987, S.19594.

(58) B.Çağlar, "Anayasa Bilimi", *op.cit.s.29, dn.3.*

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİNİN BİR KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Ayşe Nur Berzek (*)

I. KARARIN ÖZETİ

Yargıtay 11. H.D'nin E. 1989/3337 K. 1990/4327 ve 29.5.1990 tarihli kararına (1) esas olan olay özetle şöyledir. B... Dış Ticaret A.Ş.'nin pay sahiplerinden olan davacılar, diğer pay sahiplerinden H ve L'nin eylem ve işlemleri sonucu ortaklığın devamının ve maksadının gerçekleşmesinin imkansız hale geldiğini öne sürerek ortaklığın feshini talep etmiş, davalılar H ve L ortaklığın tasfiyesini kabul ettiklerini belirtmiş diğer pay sahibi R de feshe muvafakat ettiğini bildirmiştir.

Mahkemeye, pay sahiplerinin haklı sebeplere dayanarak ortaklığın feshini dava etme imkanı bulunmadığı; ortaklığın infisahı konusunda bir ihtilaf doğduğu takdirde infisahın tesbitinin dava edilebileceği; davada TK.m 434/2 hükmüne dayanıldığı ancak ortaklığın kötü yönetimi, kar-zarar hesapları ile ilgili hususların bu madde hükmü kapsamına giremeyeceği; ileri sürülen hususlarla pay sahibi olan davacıların bu davayı açmalarının mümkün olmadığı, genel kurulun feshi kararı almadığı gibi infisahın tesbiti davası da açılmadığı nedenleriyle davacıların bu davayı açma hakları bulunmadığı sonucuna varılarak dava reddedilmiştir.

Kararı davalı durumundaki pay sahiplerinden H ve L'nin (1) temyiz etmesi üzerine Yargıtay II.HD, TK.m. 434/b.9 hükmü gereği genel kurulun ortaklığın feshine karar verebileceği; beş pay sahibinden oluşan ortaklığın pay sahiplerinden ikisinin amacın gerçekleşmesinin imkansız olduğu iddiasıyla fesh talebinde bulundu-

ğu, diğer pay sahiplerinin de davayı kabul eder nitelikte beyanda bulduklarını, bu durumun TK.m. 434/b.9 uyarınca ortaklık genel kurulu tarafından ortaklığın feshine karar verildiği şeklinde kabul edilebileceği ve mahkemeye ortaklığın genel kurulca feshedildiği varsayılarak münfesihi olduğunun tesbitine karar verilmesi gerekirken davanın reddinin doğru olmadığından hükmün bozulmasına oy çokluğu ile karar vermiştir.

II. GÖRÜŞÜMÜZ

1. Ticaret Kanunumuzda, pay sahiplerini haklı sebeplere dayanarak mahkemeden anonim ortaklığın feshini isteyebilmeleri düzenlenmemiştir. Esasen, pay sahiplerine haklı nedenlerle ortaklığı feshi imkanı sağlayan İsv.BK.m. 736/b.4 hükmü Ticaret Kanunumuza alınmamıştır. Yargıtay da, kararlarından anonim ortakların haklı sebeplerle feshine imkan tanımamaktadır (2).

Olayda, mahkemeye, pay sahibi davacıların birtakım haklı sebepler ileri sürerek ortaklığın feshini dava etme hak ve imkanının bulunmadığı yerinde olarak belirtilmiştir (2).

2. TK.m. 434/b.2 hükmünde "şirket maksadının husulü veya husulünün imkansızlığı" anonim ortaklığın infisah sebeplerinden biri olarak sayılmıştır. Bu hükmün işletilebilmesi için, esas sözleşmede belirtilen maksadın eldesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesi gerekmektedir. Esas sözleşmede belirtilen maksadın elde edilmesindeki imkansızlık, işletme konusu için mahiyetinden doğan imkansızlıkları kapsar. Mesela, işletme konusu demir ithali olan bir AO, demir ithalinin yasaklanması halinde infisah eder. Meğer ki esas sözleşme değişikliği yolu ile yeni bir maksat seçmiş olsun. Or-

(*) Doç.Dr. Ayşe Nur Berzek M.Ü. İ.İ.B.F. Öğretim Üyesidir.