



Kemal Kılıçdaroğlu / Türkiye (no. 52720/21)

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)

Tarafından Sunulan

ÜÇÜNCÜ TARAF GÖRÜŞÜ

İFÖD, ifade özgürlüğünü savunan ve destekleyen bağımsız bir sivil toplum kuruluşudur.

I. Giriş ve Arka Plan

1. İFÖD, *Kılıçdaroğlu/Türkiye* (no. 52720/21)¹ davasındaki üçüncü taraf görüşünde Türkiye Anayasa Mahkemesi (“AYM”) yargıçlarının atanma usulünü ele alacak ve bunun AYM’nin objektif tarafsızlığı üzerindeki etkisini değerlendirecektir. Buna ek olarak, AYM’ye bireysel başvuru bağlamında, bireylerin başvurularına karşı taraflı olduğu iddiasıyla bir hâkimin tarafsızlığına itiraz etmesine veya bir hâkimi reddetmesine olanak tanıyan anayasal ve yasal hükümleri ve bunların ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerini değerlendirecektir.
2. Mahkeme’nin yazışmalarından, Türkiye’nin ana muhalefet partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi’nin (“CHP”) genel başkanı olan başvurucunun, eski bir Gençlik ve Spor Bakanı tarafından açılan hakaret davasında manevi tazminat ödemeye mahkûm edildiği anlaşılmaktadır. Başvurucu, Sözleşme’nin 10. maddesine ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 26. maddesine dayanarak, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, 10.03.2021 tarihli bir kararla, yeni seçilen üye İrfan Fidan’ın da aralarında bulunduğu beş yargıçtan oluşan bir heyetle, başvuruyu, başvuru süresi geçtikten sonra sunulması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.
3. Başvurucu, Sözleşme’nin 6 § 1 maddesi uyarınca, başvurusunun değerlendirildiği sırada **hâkim İrfan Fidan’ın** 22.12.2020 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde düzenlenen CHP grup toplantısında yaptığı bir konuşma nedeniyle başvurucu **aleyhine hakaret davası açmış olması** nedeniyle Anayasa Mahkemesi’nin tarafsız olmadığından şikâyet etmektedir. Başvurucu, Fidan’ın AYM’ye seçilmesinden kısa bir süre sonra yaptığı bir konuşmada, Fidan’ın Yargıtay’da fiilen görev yapmadan AYM’ye atanmasını ve Yargıtay üyelerinin Fidan’a oy vermesini eleştirmiş ve bu durumu yürütmenin yargı üzerindeki etkisinin vahim bir göstergesi olarak nitelendirmiştir. Kılıçdaroğlu ayrıca Fidan’ın İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığı dönemde bir iddianamede intihal yaptığı iddialarını da dile getirmiştir. Kılıçdaroğlu, Fidan tarafından yazılan iddianamenin orijinal kaynağına ve iddianameye atıfta bulunarak Fidan’ı “bilgi hırsızı” olmakla suçlamış ve intihal eyleminin ciddiyetini ve meslek etiğinin ihlalini çarpıcı bir şekilde ifade etmiştir. Başvuran ayrıca, Sözleşme’nin 10. maddesi uyarınca, eski Gençlik ve Spor Bakanı’na manevi tazminat ödemesine hükmedilen yargılamalarla bağlantılı olarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinden şikâyetçi olmaktadır.
4. Mahkeme, *diğerlerinin yanı sıra*, hâkim İrfan Fidan’ın Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamalara katılımını göz önünde bulundurarak, başvuranın bireysel başvurusunu inceleyen heyetin Sözleşme’nin 6 § 1 maddesi anlamında “tarafsız bir mahkeme” olup olmadığını taraflara sormuştur (*Morice / Fransa* [BD], no. 29369/10, §§ 73-78, AİHM 2015). Mahkeme taraflara ayrıca, Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı olarak başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilip edilmediğini sormuştur (*Kılıçdaroğlu/Türkiye*, no. 16558/18, §§ 42-46, 27.10.2020).
5. Bu üçüncü taraf görüşünde İFÖD, Mahkeme’ye AYM’nin subjektif ve objektif tarafsızlığına ilişkin sorunlar hakkında arka plan bilgisi sağlayacaktır. Bu bağlamda, İFÖD ilk olarak Avrupa Mahkemesi’nin tarafsız bir mahkemenin ilkelerine ilişkin içtihadını kısaca özetleyecektir. İkinci olarak İFÖD, Mahkeme’yi AYM’nin kuruluşu ve yapısı hakkında bilgilendirecektir. Üçüncüsü, İFÖD Mahkeme’ye AYM’ye yargıç atama prosedürü hakkında detaylı bilgi verecek ve özellikle son atamaların kamuoyunda neden olduğu tartışmalara vurgu yapacaktır. Dördüncü olarak, genel olarak hakim ve savcılarının bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alan anayasal ve yasal düzenlemeler ile özellikle AYM hakimleri ile ilgili olarak taraflılık iddiası durumunda hakimlerin reddi koşulları aktarılacaktır. Beşinci olarak, AYM’nin, üyelerinin taraflı olduğu algısı ya da iddiası

¹ İFÖD, 1 Şubat 2023 tarihinde bildirilen ve 20 Şubat 2023 tarihinde kamuoyuna açıklanan *Kılıçdaroğlu/Türkiye* (no. 52720/21) davasına müdahil olma talebini 10.03.2023 tarihinde sunmuştur. İkinci Bölüm Başkanı, Mahkeme İçtüzüğü’nün 44 § 3 maddesi uyarınca, İFÖD’e 25.05.2023 tarihinde Mahkeme’ye yazılı görüşlerini sunması için izin vermiştir.

durumunda yapılan başvurulara ilişkin içtihadı Mahkeme'nin dikkatine sunulacaktır. Son olarak, İFÖD, bu genel bakışa dayanarak, başvuru tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan sekiz başvuruyu, bölüm heyetlerinin oluşumunu ve yargıçların kimler tarafından atandıklarıyla bağlantılı olarak bu kararlarda nasıl oy kullandıklarını da değerlendirecektir. İFÖD, bunun, AYM yargıçlarının tarafsızlığını ve bunun başvuruocuların ifade özgürlüğüne yansımalarını değerlendirmek açısından AİHM için değerli olacağına inanmaktadır, zira AİHM'in kamu yararını ilgilendiren konularda üst düzey siyasetçilerin ifade özgürlüğü ile ilgili sorulara ilişkin içtihadı oldukça geniştir.

II. AİHM'in Tarafsız Mahkeme İlkelerine İlişkin İçtihadı

6. Öncelikle, “kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme” hakkı, birbiriyle yakından ilişkili üç ana özelliği içermektedir. “Kanunla kurulmuş bir mahkeme” kavramı, bir mahkemenin “bağımsızlığı” ve “tarafsızlığı” kavramlarıyla birlikte, 6 § 1 maddesinin “**kurumsal gerekliliklerinin**” bir parçasını oluşturmaktadır. Mahkeme, özellikle, bağımsızlık **-özellikle yürütmeden-** ve tarafsızlık gerekliliklerini karşılamayan bir yargı organının 6 § 1 maddesinin amaçları doğrultusunda bir “mahkeme” olarak bile nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir (*Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda*, no. 26374/18, 12.03.2019, §§ 232-233). Ayrıca, bir mahkemenin 6 § 1 maddesi anlamında “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlerken, Mahkeme, *diğerlerinin yanı sıra*, bir “mahkemenin” kuruluş alanıyla ilgili olan **üyelerinin atanma şeklini** de dikkate alır. Buna göre, her biri farklı adil yargılanma güvenceleri olarak belirli amaçlara hizmet etse de 6 § 1 maddenin kurumsal gereklilikleri, **hukukun üstünlüğü** ve **kuvvetler ayrılığının temel ilkelerini destekleme** amacına yönelik **ortak** bir zemine dayanmaktadır (*ibid.*, §§ 232-233).
7. Bu bağlamda Mahkeme, hâkimlerin atanması sürecinin zorunlu olarak “kanunla kurulmuş” kavramının doğal bir unsurunu oluşturduğunu ve sıkı bir inceleme gerektirdiğini tespit etmiştir. Hâkim atama sürecini düzenleyen kanunun ihlal edilmesi, ilgili hâkimin bir davanın incelenmesine katılımını “usulsüz” hale getirebilir (*Advance Pharma Sp. Z O.O/Polonya*, no. 1469/20, 03.02.2022, § 294).
8. **AİHM'e göre, bir dosyaya bakmasının önündeki engelleri tespit etmek**, çekilmek ya da kanun tarafından kesin olarak dışlanmamış olsa da dosyadan el çekmesi gerektiği tartışılabilir bir durumla karşı karşıya kaldığında hâkimin katılımına itiraz etmelerine olanak sağlamak için konuyu tarafların dikkatine sunmak, hâkimin **sorumluluğundadır** (*Sigríður Elín Sigfúsdóttir/İzlanda*, no. 41382/17, 25.02.2020, § 35). Bu nedenle, hakkında tarafsız olmasından korkmak için meşru bir neden bulunan herhangi bir hâkim çekilmelidir (*Morice/Fransa [BD]*, no. 29369/10, 23.04.2015, § 78; *Škrlić/Hırvatistan*, no. 32953/13, 11.07.2019, § 43).
9. Mahkeme'ye göre, yargısal tarafsızlık eksikliği sorununun ortaya çıktığı iki olası durum vardır (*Kyprianou/Kıbrıs [BD]*, no. 73797/01, 15.12.2005, § 121):
 - i. Bunlardan ilki işlevsel niteliktedir ve örneğin **yargı süreci içerisinde farklı işlevlerin aynı kişi tarafından yerine getirilmesi** ya da yargılamalara dahil olan başka bir kişi ile hiyerarşik veya diğer bağlantılarla ilgilidir;
 - ii. ikincisi ise **kişisel niteliktedir** ve belirli bir davada yargıçların davranışlarından kaynaklanır.
10. İşlevsel tarafsızlıkla ilgili olarak, AİHM, bir hâkimin bir zamanlar savcılık biriminin bir üyesi olmasının kendi başına tarafsızlıktan yoksun olmasından endişe duymak için bir neden olmadığını tespit etmiştir (*Paunović/Sırbistan*, no. 54574/07, 3.12.2019, §§ 38-43). Bununla birlikte, bir kişi, doğası gereği görevleri sırasında belirli bir konuyla ilgilenmek zorunda kalabileceği bir görevde bulunduktan sonra, daha sonra aynı davada hâkim olarak görev yaparsa, kamuoyu, tarafsızlığı konusunda yeterli güvence sunmadığından endişe duyma hakkına sahiptir (*Piersack/Belçika*, 01.10.1982, Seri A no. 53, § 30 (b) ve (d)). Bazı örneklerden de görüleceği üzere, bu durum Türkiye'de sıklıkla ortaya çıkmaktadır, zira neredeyse tüm üyeler geniş idari yetki ve sorumluluklara

sahip olduktan sonra Anayasa Mahkemesi'ne atanmaktadır. Bu bağlamda Hakimler ve Savcılar Kurulu ("HSK"), Yargıtay ve Danıştay üyelerinin atanmasında önemli bir role sahip olduğundan, AYM'nin bazı üyelerinin atanmasında da dolaylı bir rol oynamaktadır. Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yapısı ve Adalet Bakanı ile yardımcısının kurulun doğal üyesi olduğu gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde, yürütmenin gölgesinin yargı erki üzerine düşmesi çok muhtemeldir.

11. Kişisel tarafsızlığa ilişkin olarak, Avrupa Mahkemesi, bir mahkeme başkanının, **başvuranın davası hakkında** karar vermesi gereken **mahkemeye başkanlık etmeden önce bu dava hakkında olumsuz bir görüşe sahip olduğunu** ima eden ifadeleri alenen kullanmasının, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinde belirtildiği üzere, herhangi bir mahkemenin sahip olması gereken tarafsızlıkla açıkça bağdaşmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme başkanı tarafından yapılan açıklamalar, başvuranın, tarafsızlığa ilişkin korkularını objektif olarak haklı çıkaracak niteliktedir (*Buscemi/İtalya*, no. 29569/95, ECHR 1999-VI). Mahkeme, adli makamların, tarafsız yargıçlar olarak imajlarını korumak için, ilgilendikleri davalarla ilgili olarak azami takdir yetkisini kullanmaları gerektiğini vurgulamıştır (*Lavents/Letonya*, no. 58442/00, 28.11.2002, § 118).
12. Bir mahkemenin kurumsal gerekliliklerinin dayandığı ortak zeminin, bir mahkeme **üyesinin tarafı olduğu iddiasının, başvuranın aynı mahkemenin/yargıcın bağımsızlığı hakkındaki eleştirel yorumunun bir sonucu olduğu bir** bağlamda mahkemenin tarafsızlığının tehlikeye girdiği durumlarda daha da belirgin olduğu tekrarlanmalıdır. Bir anlamda, mahkemenin bağımsız olmadığı iddiası, bir mahkeme üyesinin tarafsız davranışı için temel bir unsur haline gelmektedir. İFÖD, mevcut davanın Mahkeme'ye, Sözleşme sisteminde bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin birbiriyle ilişkisinin hayatiyetini aydınlatmak için yeni yollar açtığı görüşündedir. Bu durum, Sözleşmeciler Devletlerde yargıya ve hukukun üstünlüğüne olan inancın ancak Mahkeme'nin böylesine doğru bir değerlendirmesiyle yeniden tesis edilebileceği gerçeğinden dolayı daha da önem kazanmaktadır. Bir rejimde kuvvetler ayrılığı tartışmalarına yönelik demokratik katılımın ve bu konudaki kamusal tartışmanın şüphesiz bir şekilde kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün kullanılması kapsamına girdiği göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir değerlendirmenin sonuçları 10. madde ile korunan ifade özgürlüğü hakkı açısından faydalı olacaktır.

III. Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yapısına Genel Bir Bakış

13. AYM'nin bireysel başvuruları kabul etme yetkisi 12.09.2010 referandumunda yapılan değişikliklerle Anayasa'ya girmiştir. Böylece AYM'nin çalışma usul ve esasları 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile yeniden belirlenmiştir. 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı 17'ye çıkarılmış ve iki *Bölüm* ve bir *Genel Kurul* halinde çalışması benimsenmiştir.² Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanarak bireysel başvurularla ilgili karar alma yetkisine sahiptir. Her Bölümde, bireysel başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar vermek üzere iki yargıçtan oluşan üç *Komisyon* kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı 6771 sayılı Kanun ile 15'e indirilmiştir.
14. Mahkeme İçtüzüğü'nün 27. maddesi (12.07.2012, 06.11.2018 tarihinde değiştirilmiştir) "Bölümlerde görev alacak Başkanvekilleri dışındaki üyeler, geliş kaynakları ve Bölümler arasında dengeli dağılım esasları gözetilerek Başkan tarafından belirlenir. İlgili üyenin talebi ya da Başkanvekillerinden birinin önerisi üzerine, Başkan tarafından üyelerin Bölüm değişikliklerine karar verilebilir." Mahkeme İçtüzüğü'nün 29. maddesine göre, "Bölümlerdeki heyetlerin oluşturulması amacıyla Başkanvekili haricindeki Bölüm üyeleri kıdem sırasına göre listelenir."
15. Görüldüğü üzere, Bölümlerin oluşumu Mahkeme Başkanının takdirine tabidir ve rotasyon esasına dayanır. Başkan tarafından yapılan değerlendirme, üyelerin ve başkanvekillerinin bir üyenin diğer

² Genel Kurul, Başkan veya Başkan Yardımcısının başkanlığında en az 10 üye ile toplanır ve Bölümler bir Bölüm Başkanı (Mahkeme Başkan Yardımcısı) ve beş üyeden oluşur.

Bölüme atanması yönündeki arızı teklifleri dışında, incelemeye tabi değildir. Yıllık tahsis ve düzenleme listesi, kamuoyu veya herhangi bir bireysel başvuru sahibi ile değil, yalnızca Mahkeme üyeleri ile paylaşılır. Belirli bir bölümün üyeleri, yayınlanan bireysel başvuru kararları aracılığıyla tahmin edilebilse bile bir bölümün bileşimi her ay rotasyonla değiştiği için sürekli olarak önceden bilinmesi mümkün değildir.

16. Ayrıca, bölüm içinden yeterli çoğunluğa ulaşılamaması durumunda, diğer bölümden bir üye görevlendirilecektir. Sonuç olarak, öngörülen rotasyon, teklif ve yeniden atama prosedürleri nedeniyle, belirli bir yılda bile belirli bir bölümün bileşimi önceden bilinemez hale gelmektedir. Bu husus, *ad hoc* bir kompozisyon yoluyla bir davayı etkileme olasılığını ortadan kaldırmak için kompozisyonun belirli bir süre için önceden belirlenmesi gerektiğini belirten Venedik Komisyonu tarafından da belirtilmiştir.³ Ayrıca, bir bölümde toplantı yeter sayısının sağlanamaması ve diğer bölümden üyelerin atanması ile ilgili olarak, bunun kura veya önceden üzerinde mutabık kalınan bir liste ile yapılması gerektiği de belirtilmiştir.⁴
17. Son olarak, bölümlerin gündemlerinin her hafta başvuru numarasıyla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin internet sitesinde yayınlanmasına rağmen, bunun ancak bölümlerin başvuruları karara bağlamak üzere gündemlerine almalarından sonra yapıldığını belirtmek gerekir. Belirli bir davanın hangi bölüme verildiğinin bu geç aşamada yayınlanması, başvurucuların başvurularını hangi bölümün, dolayısıyla hangi yargıçların ele alacağı konusunda zamanında bilgi sahibi olmalarını imkânsız hale getirmekte ve yargıçların tarafsızlığını sorgulama olasılığını engellemektedir. Daha da önemlisi, başvuranlar, **bölümlerin ilgili oluşumunda hangi yargıçların yer aldığını** hiçbir aşamada **bilmemektedir**. Başvurucular, hâkimlerin isimlerini ancak kararlar kendilerine tebliğ edildiğinde ya da AYM tarafından yayınlandığında öğrenebilmektedir.

IV. Türkiye Anayasa Mahkemesi Hakimlerinin Atanma Usulü

18. Yargıçların AYM'ye atanması sürecinde Cumhurbaşkanı'nın büyük bir etkisi vardır. Genel bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, yürütmenin başı, doğrudan ve dolaylı olarak AYM üyelerinin çoğunu atamaktadır. Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanı'nın başkanlığını yaptığı iktidar partisi AYM'nin baskın çoğunluğunu atamaktadır. Aslında, bu sunumun yapıldığı tarih itibarıyla, AYM'nin tüm üyeleri doğrudan veya dolaylı olarak iktidar partisi AKP ve/veya eski Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ve mevcut Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından seçilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, yürütmenin Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi son derece önemlidir.
19. Bu türden siyasi atamaların son örneklerinden biri de hakim İrfan Fidan'ın atanmasıdır. Fidan 26.07.2016 ile 26.11.2020 tarihleri arasında İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yapmıştır. Fidan, başsavcı olmadan önce, siyasi sonuçlar doğurabilecek, kamu yararını ilgilendiren önemli soruşturmaların kapatılmasında önemli bir rol oynamıştır. Cumhuriyet başsavcılarının geniş idari görev ve yetkileri olduğundan, alt rütbedeki savcılar üzerinde kontrol sahibi oldukları kuşkusuzdur. Buna göre, Fidan başsavcılık görevi sırasında İstanbul adliyesinin savcılık birimi üzerinde geniş bir kontrol ve denetim yetkisine sahipti. Fidan, savcılar tarafından soruşturulan ve kovuşturulan yüksek profilli davaların çoğuna müdahil olmuştur. Örneğin, gazeteciler Can Dündar ve Erdem Gül, Barış İçin Akademisyenler ve Gezi Parkı davasının insan hakları savunucuları ve sivil toplum liderleri hakkındaki ceza iddianamesini hazırlamıştır. Dr. Şen'in de vurguladığı gibi, "anayasal hakların ihlal edildiğine hükmeden son AYM kararlarına bakıldığında, bunların neredeyse tamamının Fidan'ın

³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Hakkında Görüş, Venedik Komisyonu tarafından 88. Genel Kurul Toplantısında kabul edilmiştir (Venedik, 14-15 Ekim 2011), s. 6.

⁴ Aynı yerde., s. 7.

doğrudan kovuşturduğu ya da İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı sıfatıyla dolaylı olarak müdahil olduğu ceza davalarından kaynaklandığı görülmektedir...”⁵

20. Fidan, Aralık 2020’de Yargıtay’a hâkim olarak terfi ettirilmiştir. Henüz Yargıtay hâkimi olarak görev yapmadan ya da tek bir davaya bile bakmadan, atandıktan altı gün sonra Anayasa Mahkemesi’ne hâkim olmak için adaylığını açıklamış ve üç aday arasında en yüksek oyu almıştır. Şaşırtıcı olmayan bir şekilde, 22.01.2021 tarihinde Cumhurbaşkanı, Fidan’ı Anayasa Mahkemesi üyesi olarak atamıştır.
21. Fidan’ın atanması, Türkiye’de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki siyasi tartışmaların merkezî noktası haline gelmiştir. Türkiye’nin önde gelen anayasa hukuku profesörlerinden Profesör Gözler, Yargıtay’dan seçilen ve atanan 44 eski Anayasa Mahkemesi hakiminin AYM’ye atanmadan önce ortalama dokuz buçuk yıl Yargıtay’da görev yaptığını tespit etmiştir.⁶ Tartışmanın özü, atanmanın *kağıt üzerinde* yasal ve anayasal ve yasal ilkelere uygun olmasına rağmen, olaylar zincirinde yürütmenin müdahalesini ima eden bir dizi ibarenin bulunmasıdır. Atanmasında yürütmenin etkisi olduğu iddiasına ek olarak Fidan 23.12.2021 tarihinde, başvuru tarafından intihal yapmakla suçlanmıştır.⁷ Kemal Kılıçdaroğlu, Fidan’ın AYM’ye atanmasına yol açan oylama sürecinden bahsetmiş ve Fidan’a oy veren Yargıtay üyelerinin “talimat aldığını” savunarak yürütmenin yüksek mahkeme üzerindeki etkisini ima etmiştir. Başvurucu ayrıca Fidan’ın gazeteciler Can Dündar ve Erdem Gül’ün davasının iddianamesini yazarken bir akademisyenin bilimsel çalışmasını kaynak göstermeden alıntıladığını, dolayısıyla intihal yaptığını, bunun da akademik ve mesleki etik ihlali olmasının yanı sıra fikri mülkiyete ilişkin ulusal düzenlemeler kapsamında suç teşkil eden bir eylem olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu, kamuoyunda büyük yankı uyandıran meclis konuşmasında Fidan’ı “bilgi hırsızı” olarak nitelendirerek, akademik çalışmayı “çalındığını” ima etmiş ve Türkiye’nin en yüksek ve en saygın mahkemesine ait olmadığını belirtmiştir. Bu açıklamanın ardından Fidan, Anayasa Mahkemesi’ne hâkim olarak atanmasının ardından 01.02.2021 tarihinde kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Kemal Kılıçdaroğlu aleyhine manevi tazminat davası açmıştır.
22. Fidan’ın atanma süreci, Sözleşme’nin 6 § 1 maddesiyle ilgili olarak Avrupa Mahkemesi’nin standartları açısından değerlendirildiğinde son derece sorunludur. AİHM’in konuya ilişkin içtihadı, yüksek mahkemelere atanan yargıçların liyakatine ilişkin **daha yüksek bir eşik** öngörmekte ve atanmaların ahlaki duruşlarını ve mesleki yeterliliklerini dikkate almaktadır. Ancak yukarıda özetlenen olaylar zinciri, ilgili AYM yargıcının ahlaki konumu ve niteliklerine ilişkin ciddi soru işaretleri doğurmaktadır. Daha da önemlisi, AİHM, bir mahkemenin “bağımsız” olarak kabul edilip edilemeyeceğini belirlemek için, *diğerlerinin yanı sıra*, üyelerinin atanma şekline ve görev sürelerine, dış baskılara karşı güvencelerin varlığına ve organın bağımsızlık görüntüsü verip vermediğine bakılması gerektiğini birçok kez hatırlatmıştır (*Findlay/Birleşik Krallık*, no. 22107/93, 25.02.1997, § 73). “**Tarafsızlık**” meselesine gelince, bu gerekliliğin iki yönü vardır. **İlk olarak**, mahkeme subjektif olarak kişisel önyargı veya tarafgirlikten arınmış olmalıdır. **İkinci olarak**, objektif bir bakış açısıyla da tarafsız olmalıdır, yani bu konuda herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli garantiler sunmalıdır (*Pullar/Birleşik Krallık*, 10.06.1996, Raporlar 1996-III, s. 792, § 30). Mahkeme

⁵ “...Örnek vermek gerekirse, bu kararlar arasında Z. Füsün Üstel ve diğerleri (*Barış için Akademisyenler*), Can Dündar-Erdem Gül, Mehmet Altan, Şahin Alpay, Enis Berberoğlu ve Atilla Taş sayılabilir. Ayrıca Gezi Parkı, İş adamı Osman Kavala, Balyoz, FETÖ medya davası ve Büyükada gibi çok önemli ceza davalarının arkasındaki ana aktördü.” İ.G., Şen, “Türk Anayasa Mahkemesine Son Ölüm Darbesi”, Verfassungsblog, 28.01.2021, <https://verfassungsblog.de/death-blow-tcc/>.

⁶ Kemal Gözler, “Elveda Anayasa Mahkemesi: İrfan Fidan Olayı”, Ek-1, (www.anayasa.gen.tr/irfan-fidan-olayi.htm) (Yayın Tarihi: 23 Ocak 2021).

⁷ Bkz. Gazete Duvar, “Kılıçdaroğlu’nun İrfan Fidan tepkisi: Hırsızın AYM’de ne işi var”, 23.12.2020, <https://www.gazeteduvar.com.tr/kilicdaroglundun-irfan-fidan-tepkisi-hirsizin-aymde-ne-isi-var-haber-1508009>.

tarafından da belirtildiği üzere, **bağımsızlık** ve **objektif tarafsızlık** kavramları birbirleriyle yakından ilişkilidir. Ancak, bir Anayasa Mahkemesi hâkimi olarak Fidan, başvurana karşı hakaret davası açmıştır ve sadece bu bile tarafsızlığın öznel ve nesnel gereklilikleri konusunda ciddi şüpheler uyandırmaktadır.

23. Fidan'ın atamasının münferit bir olay olmaması da dikkat çekicidir. Benzer şekilde, Selahaddin Menteş de AYM üyeliğine atanmadan önce Mayıs ve Ekim 2017 tarihleri arasında Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Başkanı olarak görev yapmıştır. 18.10.2017-21.07.2018 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı Müsteşarı olarak görev yapmıştır. 21.07.2018 tarihinde Adalet Bakan Yardımcısı olarak atanmıştır. Menteş, 06.07.2019 tarihinde Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından doğrudan Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir. OHAL İnceleme Komisyonu'nun kararları sonrasında AYM'ye yapılan binlerce başvuru nedeniyle Sayın Menteş'in üstlendiği görev büyük önem taşımaktadır.
24. AYM'ye yapılan bu tür siyasi amaçlı atamalara benzer bir başka eğilim de **Muhterem İnce'nin atanmasıdır**. İnce, İçişleri Bakan Yardımcılığı görevini yürütürken, 23.05.2022 tarihinde, yakında Anayasa Mahkemesinde Sayıştay kontenjanında boşalma olacağını dikkate alarak Sayıştay üyeliği için adaylık başvurusunda bulunmuştur. Kendisi 29.06.2022 tarihinde Sayıştay üyeliğine seçilmiştir. Daha sonra AYM'de hâkimlik için aday gösterilmiş ve Sayıştay'a atandıktan yaklaşık üç ay sonra 05.10.2022 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından AYM'ye seçilmiştir. Bu, AYM'ye yapılan bir başka hızlı ve siyasi güdümlü atamadır. Diğerlerinin yanı sıra Yıldız Seferinoğlu ve Recai Akyel'in atanma süreci de benzer tarafsızlık kaygılarını gündeme getirmektedir zira mesele sadece bir ya da iki Sayıştay üyesiyle sınırlı değildir. Kısacası, şu anda Anayasa Mahkemesi'nde görev yapan on beş yargıçtan yedisi, atamalarını Cumhurbaşkanı Erdoğan'a borçludur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından atanan Muhterem İnce'yi de dahil edersek, bu sayı iktidar partisinin etkisine atfedilebilecek sekiz hakime yükselmektedir. Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği tarafından önerilen Kenan Yaşar da AKP'nin TBMM'deki çoğunluğu tarafından atanmıştır. Şu anda görevde olan yargıçların hiçbirinin, Cumhurbaşkanı seçilmeden önce AKP ile organik bağları olan ilk Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinden önce atanmamış olması dikkat çekicidir.
25. Yukarıda açıklandığı üzere, AYM'nin mevcut oluşumu hem mahkemenin bağımsızlığı hem de tarafsızlığı açısından son derece sorunludur. AYM yargıçlarının üstlendikleri rollerin, devlet aygıtının alt kademeleri üzerinde hiyerarşik bir konumun yanı sıra büyük siyasi sorumlulukları da beraberinde getiren roller olduğunun altını çizmek önemli görülmektedir. AİHM tarafından anlaşıldığı şekliyle bir mahkemenin bağımsızlığı, AYM'nin yukarıda bahsedilen siyasi motivasyonlu tasarımı ışığında haklı olarak yerine getirilemez. Bu tür siyasi amaçlı atamaların AYM'nin kurumsal tarafsızlığını zedelediğine şüphe yoktur. Ayrıca, AİHM içtihadıyla birlikte değerlendirildiğinde, bir AYM üyesinin Türkiye'nin yargı sistemi hakkındaki yorumları nedeniyle bazı üst düzey muhalif siyasetçilere karşı ifade ettiği kişisel önyargı, kişisel tarafsızlığın tehlikeye atıldığı bir eğilime işaret etmektedir. Dahası, aşağıdaki bölümde ayrıntılı olarak değinileceği üzere, önyargıya ilişkin şüphelerin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal güvenceler etkisizdir ve uygulanmamaktadır.

V. Genel Olarak Hâkimlerin Bağımsızlığını ve Tarafsızlığını Güvence Altına Alan ve Anayasa Mahkemesi Hâkimlerine İlişkin Özel Düzenlemeler

26. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 146-153. maddeleri AYM'nin oluşumunu düzenlemektedir. Genel olarak yargıya ilişkin kurallar ve özel olarak yargı bağımsızlığı ilkesi 138 ve devamı maddelerde yer almaktadır. Venedik Komisyonu tarafından da belirtildiği üzere, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi hem olağan yargı hâkimleri hem de Anayasa Mahkemesi hâkimleri için geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi yargıçları söz konusu olduğunda bu ilkelere sıkı sıkıya bağlı kalmak daha da önemlidir.⁸

27. Yasal düzeyde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (30.03.2011), AYM hâkiminin reddi taleplerini özel olarak öngörmektedir. Kanun'un 59/1-ç maddesi uyarınca, başkan ve üyeler, *diğerlerinin yanı sıra, hâkimlik, savcılık veya hakemlik yaptıkları* veya tanık ya da bilirkişi olarak dinlendikleri dava ve işlere bakamazlar. Madde 60'a göre, Başkan ve üyeler, tarafsız davranamayacakları kanaatini haklı kılan hallerin varlığı sebebiyle reddolunabilirler. Bu durumda, nihai karar Genel Kurul'da veya Bölümlerde ilgili üyenin katılımı olmaksızın alınır.
28. Son olarak, Başkan ve üyelerin 59. ve 60. maddelerde belirtilen nedenlere dayanarak davaya bakmaktan kaçınmaları halinde, Genel Kurul konuyla ilgili nihai kararını verir. Ancak, çekilmesi talep edilen üye Genel Kurul oylamasına katılamaz.
29. Kanunun lafzından, bir başvuru sahibi tarafından hakimin reddi taleplerinin ne zaman ve nasıl sunulması gerektiği anlaşılamamaktadır. Benzer şekilde, prosedür de tam olarak tanımlanmamıştır. Kanun, reddi hakim talepleri hakkında nihai kararı Genel Kurul veya Bölümlerin vereceğini öngördüğünden, Mahkeme İçtüzüğü'nün 25/1-d maddesi uyarınca başvurunun bir Bölüm tarafından kendisine havale edilmesi halinde bu tür taleplerin Genel Kurul tarafından değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açık değildir. Benzer şekilde, bölümlerin Genel Kurula havale edilen bir başvuruda yer alan reddi hakim talepleri hakkında nihai bir karar verip vermeyeceği de açık değildir. Her halükarda, bir Bölümün reddi hakim talebine ilişkin kararının nihai olduğunu öngören kural sorunludur, bunun yerine Genel Kurul'a bölümlerin bu tür kararlarını inceleme yetkisi verilmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir.
30. En önemlisi, bölümlerin sürekli değişen yapısı göz önünde bulundurulduğunda, bir kişinin, AYM'nin taraflı olduğu iddia edilen üyesinin atanmış bölümünde belirli bir davaya bakıp bakmayacağını önceden tahmin edemeyeceği belirtilmelidir. Ayrıca, bir başvurunun yapılması ile AYM'nin belirli bir başvuru hakkında karar vermesi arasında önemli bir zaman geçtiği göz önünde bulundurulduğunda, başvuranların bir üyenin tarafsızlığına önceden itiraz etmeleri her zaman mümkün değildir. Başvurucular, bölümlerin haftalık gündemlerini açıkladıkları noktaya kadar başvurularının ne zaman ele alınacağını önceden bilemeyeceklerinden ve bu süreç bazı durumlarda sekiz yıla kadar sürebileceğinden,⁹ bu kadar uzun bir süre boyunca haftalık gündemleri takip etme sorumluluğunu başvuru sahiplerine vermek külfetlidir.

VI. Üyelerinin Taraflı Davrandığı İddiasıyla Yapılan Başvurulara İlişkin AYM İçtihadı

31. AYM'nin reddi hakim taleplerine ilişkin içtihadının geniş olduğu söylenemez. Daha açık bir ifadeyle, bölümlerin veya Genel Kurulun bireysel başvuru usulünde bir başvuru tarafından ileri sürülen bu tür ret taleplerini değerlendirdiğine dair bir örnek bulunmamaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru sistemindeki ret sürecine ilişkin yukarıda belirtilen belirsizlik, AYM içtihadıyla da çözüme kavuşturulmamıştır. Bununla birlikte, aşağıda inceleneceği üzere, AYM'nin bu tür iddiaları iptal prosedürü kapsamında değerlendirmek için birçok şansı olmuştur. AYM'nin bireysel başvuru ve iptal kararlarında çapraz atıflar kullanma konusunda çekinmediği bilinmekle birlikte, bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığından, iptal kararlarında yer alan değerlendirmelerin bireysel başvuru süreci üzerindeki normatif etkisi tereddütsüz bir şekilde tespit edilememektedir.¹⁰

⁸ Venedik Komisyonu, Letonya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda yapılacak değişiklik taslaklarına ilişkin görüş, CDL-AD(2009)042.

⁹ *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* [GK], App. No: 2014/15345, 07.04.2022.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, ilk kararlarından biri olan *Tahir Gökatalay* (B. No: 2013/1780, 20.03.2014) kararında, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin birçok iptal kararına atıfta bulunmuştur, örn. E. 2002/170, K. 2004/54, K.T. 5/5/2004; E. 2005/55, K. 2006/4, K. T. 5/1/2004; E. 1992/39, K. 1993/19;

32. AYM'ye, üyelerinden birinin tarafsızlığına ilişkin oldukça yakın bir zamanda iptal prosedürü kapsamında itiraz edilmiştir. Mahkeme öncelikle 6216 sayılı Kanun'un 38/2. maddesini öngörülemez bir şekilde yorumlayarak tarafsızlık iddialarını reddetmiştir. 2011/131 E., 2013/22 K. sayılı 31.01.2013 tarihli kararda; 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinde iptal davası dilekçesinde sadece iki milletvekilinin imzasının yeterli olacağı belirtilmesine rağmen, tüm milletvekillerinin imzasının bulunmadığı gerekçesiyle ret talebi usulden reddedilmiştir. Milletvekillerinin 6216 sayılı Kanun'da böyle bir usulî sınırlama hükmü bulunmadığını ve AYM'nin usulden ret kararının keyfî olduğunu belirterek itiraz etmeleri üzerine Genel Kurul 18.07.2012 tarih ve 2011 E., 2012/110 K. sayılı kararı ile 6216 sayılı Kanun'un 60/2. maddesi uyarınca bu konudaki kararının kesin olduğu ve itiraz edilemeyeceği sonucuna varmıştır.
33. AYM daha sonraki bir dizi kararda ise, ana muhalefet partisi Cumhuriyet Halk Partisi ("CHP") tarafından yapılan ve dönemin başkanı Haşim Kılıç'ın tarafsızlığının sorgulandığı bir dizi iptal başvurusunda başka bir yol izlemiştir.¹¹ CHP'li milletvekillerinin dava dilekçesinde, Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın, kamuoyunda Wikileaks belgeleri olarak bilinen dosyalarda ve internette yer alan bilgilere göre, 2003 yılında ABD'nin Türkiye Büyükelçisi'ne Cumhuriyet Halk Partisi hakkında bazı açıklamalarda bulunduğu belirtilmiş ve AYM Başkanının ifadelerinde CHP'nin muhalefet görüntüsü vererek kendisi için ilkesiz ve ulaşılmaz bir imaj yarattığının belirtildiği iddia edilmiştir.¹² CHP'li vekiller tarafından Kılıç'ın Cumhuriyet Halk Partisi'nin taraf olduğu davalarda tarafsız karar veremeyeceği iddia edilmiş ve 6216 sayılı Kanun'un 59/1-d ve 60/1 maddeleri uyarınca reddi istenmiştir.
34. Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararın gerekçesinde Wikileaks belgelerinin gerçekliğinin doğrulanmadığını ve AYM başkanının suçlamaları reddettiğini belirtmiştir. İddiaların reddine ek olarak, 6216 sayılı Kanun'un 60/5 maddesi uyarınca başvuru sahiplerine *kötü niyetli olmaları* nedeniyle 500 TL disiplin para cezası verilmesi gerekli görülmüştür.
35. Daha yakın zamanda ve daha da önemlisi, Anayasa Mahkemesi Halkların Demokratik Partisi'nin ("HDP") kapatılması davasında **İrfan Fidan'ın reddi talebini reddetmiştir**.¹³ HDP, İrfan Fidan'ın parti kapatma davasında haklarında siyaset yasağı istenen en az 47 HDP üyesi hakkında daha önce açılan soruşturmalarda savcı olarak yer aldığı belirtilmiş ve bu nedenle Eylül 2022'de reddi hakim talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi HDP'nin İrfan Fidan'ın reddi talebini reddetmiş, Mahkeme tarafından internet sitesinde bu kararın gerekçesi yayınlanmamış olup bu durum, tamamen şeffaf olmayan bir sürece işaret etmektedir.
36. AYM'nin üyelerinin reddi taleplerine ilişkin içtihadının yukarıda sunulan incelemesi, usulün etkisizliğini ortaya koymaktadır. İptal ve parti kapatma usullerine benzer şekilde, bireysel başvuru sürecinde de Mahkeme üyelerinin şimdye kadar herhangi bir dosyadan çekilmiş olduğuna ilişkin

2002/170, K. 2004/54, K.T. 5/5/2004; E. 2005/55, K. 2006/4, K.T. 5/1/2006; E. 1992/39, K. 1993/19, K.T. 29.04.1993. AYM, bireysel başvurulara ilişkin müteakip içtihadında, iptal kararları yerine ağırlıklı olarak bu bireysel başvuru kararına atıfta bulunmaktadır. Ancak, atıfta bulunulan bireysel başvuru ve iptal kararlarının hiçbiri AYM hâkimlerinin tarafsızlığı ile ilgili değildir.

¹¹ 2011/144 E., 2013/23 K., 31.1.2013; 2011/143 E., 2013/18 K., 17.01.2013; 2011/146 E., 2013/11 K., 10.01.2013; 2011/145 E., 2013/70 K., 06.06.2013; 2011/147 E., 2012/152 K., 11.10.2012; 2011/148 E., 2012/186 K., 22.11.2012; 2011/149 E., 2012/187 K., 22.11.2012; 2011/141 E., 2013/10 K., 10.01.2013; 2011/139 E., 2012/205, 27.12.2012; 2011/150, 2013/30 K., 14.02.2013; 2011/140, 2012/185 K., 22.11.2012; 2011/142, 2013/52, 03.04.2013.

¹² AYM 2011/123 E., 2013/26 K., 06.02.2013.

¹³ Bkz. Bianet, "Anayasa Mahkemesi HDP'nin kapatma davasında reddi hakim talebini reddetti," 20.09.2022, <https://bianet.org/5/94/267408-constitutional-court-rejects-hdp-request-for-recusal-of-judge-in-closure-case>.

örnek bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı tarafından yapılan atamaların etkisini tespit etmek için AYM üyelerinin başvurusunun bireysel başvurularına ilişkin oy verme davranışlarının değerlendirilmesi zorunlu görülmektedir.

37. Bu amaçla İFÖD, başvurusunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvuruları değerlendirmiştir. Bir sonraki adımda, bu başvuruların kaçının kabul edilemez bulunduğu veya ihlal olmadığına karar verildiği incelenmiştir. Bunu takiben İFÖD, İrfan Fidan'ın atanmasından önce ve sonra bölümlerin yapısını incelemek için bir zaman çizelgesi oluşturmuştur. Benzer şekilde, İFÖD, Fidan'ın da dahil olduğu bölümlerin oluşumunu değerlendirmiş ve atamalarının Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından yapılıp yapılmadığını belirlemiştir. Ayrıca İFÖD, AİHM önündeki mevcut başvurunun temelini oluşturan *Kemal Kılıçdaroğlu (5)* (B. No: 2018/5977, 10.03.2021) kararına benzer herhangi bir karar olup olmadığını araştırmıştır.
38. Öncelikle, başvuru Anayasa Mahkemesi'ne toplam sekiz başvuruda bulunmuş, bunlardan sadece ikisi hakkında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu başvuruların altısı Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü, ikisi ise İkinci Bölümü tarafından karara bağlanmıştır. Her iki bölüm de birer ihlal kararı vermiştir. Diğer altı başvurudan üçü kabul edilebilir bulunmuş ancak bu başvurularda ihlal tespit edilmemiştir. Şu ana kadar bu başvurulardan biri Avrupa Mahkemesi düzeyinde 10. Madde ihlali ile sonuçlanmıştır.¹⁴ İFÖD kabul edilemez bulunan üç başvuruyu değerlendirdiğinde, bu başvuruların tamamının son başvuru tarihinden sonra yapıldığı görülmüştür. Bu başvurulardan biri, AİHM önünde derdest olan dava ile sonuçlanmıştır.
39. İrfan Fidan'ın 23.01.2021 tarihinde hâkim olarak atanmasının ardından Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü, Kılıçdaroğlu tarafından yapılan toplam üç başvuruyu karara bağlamıştır. Fidan bu başvurulardan ikisinde yer alırken, Selahaddin Menteş bu üç başvurunun tamamında yer almıştır. Fidan ve Menteş birlikte yer aldıkları iki başvuruda da çoğunluk görüşüne katılmışlardır. İlk olarak, *Kılıçdaroğlu (5)* (Başvuru No: 2018/5977, 10.03.2021) başvurusu kabul edilemez bulunduğu anda çoğunluk görüşüne katılmışlar ve ikinci ve daha önemlisi, *Kılıçdaroğlu (8)* (Başvuru No: 2019/11406, 26.05.2022) başvurusunda ihlal bulunmadığı kararında 3-2 çoğunluk görüşüne katılmışlardır.
40. Fidan'ın yer almadığı *Kılıçdaroğlu (7)* başvurusunda (B. No: 2019/4676, 31.03.2022) Birinci Bölüm oy çokluğuyla (4-1) ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş, Menteş karara muhalif kalmıştır. *Kılıçdaroğlu (7)* ve *Kılıçdaroğlu (8)* başvurularının AİHM'in *Kılıçdaroğlu/Türkiye* (no. 16558/18, 27.10.2021) kararından sonra karara bağlandığını da belirtmek gerekir. Ancak bu iki kararda da AİHM kararına atıfta bulunulmamıştır. AİHM kararına atıfta bulunan tek karar, yine 3-2 ihlal kararı olan *Kılıçdaroğlu (6)* (B. No: 2017/27971, 18.05.2021) kararıdır. Bu davadaki çoğunluk oylarının tamamı Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından atanmıştır (Kadir Özkaya, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı).
41. *Kılıçdaroğlu (5)* başvurusu 05.03.2018 tarihinde yapılmış ve Fidan tarafından Kılıçdaroğlu'na karşı hakaret davası 01.02.2021 tarihinde başlatılmıştır. Başka bir deyişle, Fidan, Kılıçdaroğlu'na karşı hakaret davasını, 23.01.2021 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne hâkim olarak atanmasının ardından açmıştır. Bir aydan biraz daha uzun bir süre sonra, 10.03.2021 tarihinde, Fidan bu başvuruya ilişkin müzakerelere katılmış ve davadan çekilmemiştir. Bu esnada Fidan'ın Bölümün oluşumundaki varlığından habersiz olan başvuru, yargılamaya katılımına itiraz edememiştir.
42. Son olarak, Fidan, Menteş ve Recai Akyel'in yer aldığı *Kemal Kılıçdaroğlu (5)* ve *Kılıçdaroğlu (8)* başvuru heyetlerindeki beş hakimden üçü Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından atanmıştır. Bu kararlarda ihlal kararı verilmezken, benzer bir durum İkinci Bölüm'ün oluşumu için de geçerlidir. *Kılıçdaroğlu (6)* başvurusunda karar veren heyetin çoğunluğu da Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından atanmıştır (Kadir Özkaya, Yıldız Seferinoğlu ve Basri Bağcı). Bunun tek istisnası, oy çokluğuyla ihlal

¹⁴ *Kılıçdaroğlu v. Türkiye*, no. 16558/18, 27.10.2021.

kararı verilen *Kılıçdaroğlu (7)* başvurusu olmuştur. İrfan Fidan bu heyette yer almazken, çoğunluk (Recai Akyel, Yusuf Şevki Hakyemez ve Selahaddin Menteş) Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından atanmıştır. Sadece Menteş'in muhalif kaldığı bu başvurunun konusunu üst düzey siyasetçiler değil, Kayseri Büyükşehir Belediyesi ile ilgili yolsuzluk iddiaları oluşturmaktadır. Bu davanın koşulları *Kılıçdaroğlu (3)* başvurusundakiyle aynıdır ve *Kılıçdaroğlu (3)* başvurusunu karara bağlayan heyetteki yargıçlardan hiçbiri Erdoğan tarafından atanmamıştır.

43. Yukarıda yapılan değerlendirme ve ortaya konan örüntü, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının sistematik olarak taraflı bir şekilde hareket etmiş olabileceğine dair ciddi şüphelere işaret etmektedir. Sonuç olarak, yargıçların Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından yapılan atamalarla konumlarını güvence altına aldıkları bir siyasi ortamda yerleşik sistemik bir sorun bulunmaktadır. Bu durumun münferit veya tesadüfi bir olay olmadığını, aksine kalıcı ve hesaplanmış bir davranış eğilimi olarak tezahür ettiğini kabul etmek son derece önemlidir. Bu bağlamda ön plana çıkan husus, yargıçların atama sonrası davranışlarıdır. Yargıçlar sadece ataması yapılan kişiler olmayıp, oylarını sürekli olarak belirli bir ideoloji veya siyasi yönelimle uyumlu bir şekilde kullanmaktadırlar. Bu durum, yargı sisteminin özerkliği ve siyasi saiklerin veya bağlantıların etki yaratma potansiyeline ilişkin ciddi endişelere yol açmaktadır. Bu nedenle, önde gelen muhalif figürlerin ifade özgürlüğü haklarının Türkiye'deki en yüksek mahkeme tarafından korunmasından yararlanamayacakları büyük ölçüde tespit edilmiştir. Aslında, başvuran gibi muhalif siyasetçileri hedef alan ve sayıları giderek artan SLAPP ("kamusal katılıma karşı stratejik dava") davaları, bu kişilerin kendilerini özgürce ifade etme hakları üzerinde caydırıcı bir etki yaratmakta, siyasi tartışmalara katılmalarını ve Anayasa Mahkemesi'ne yargıç atanması gibi kamuyu ilgilendiren konularda yorum yapmalarını engellemektedir. Buna karşılık, bu sunumda açıkça gösterildiği üzere, başvuruçular Anayasa Mahkemesi düzeyinde etkili bir hukuk yoluna güvenememektedirler.
44. Söz konusu mesele, yürütme organının yargıç atama yetkisini elinde bulundurduğu siyasi sistemin dokusuyla iç içe bir şekilde örülmüştür. Sonuç olarak, belirli bir yönetim altında atanan yargıçların sürekli olarak o yönetimin siyasi gündemiyle uyumlu olması, yargının Devletin gerçekten tarafsız ve bağımsız bir organı olarak hizmet etme kabiliyeti hakkında soru işaretleri doğurmaktadır. Geleneksel olarak hakkaniyet ve adaletin kalesi olarak görülen yargı, adil ve eşitlikçi bir toplum ilkelerini korumak için siyasi çıkarların etkisinden uzak kalmalıdır.
45. Avrupa Mahkemesi, yakın tarihli bir revizyon kararında, yargısal tarafsızlık ilkesinin titizlikle uygulanmasını sağlamak için, bir hâkimin daha önce başka bir sıfatla davada görev yapmış olması da dâhil olmak üzere herhangi bir nedenle görev yapamamasının **yalnızca yargılamanın taraflarının tutumlarına bağlı olmadığını önemle** vurgulamıştır. Bu nedenle, "objektif tarafsızlık ilkesinin uygulanmasına ilişkin sorumluluk, açıkça tarafların tek başına inisiyatifine bırakılamaz" (*X/Çek Cumhuriyeti*, no. 64886/19, 30.03.2023, Karar (Revizyon), § 15).
46. Yukarıda açıklandığı üzere, başvuruçuların başvurularını ele alan Anayasa Mahkemesi Bölümlerinin ve Komisyonlarının yapısını önceden bilmelerinin mümkün olmadığı durumlarda, Mahkeme'nin yukarıda belirtilen içtihadının yargıya yüklediği yükümlülük gereği, **söz konusu yargıçların** açık çıkar çatışması durumlarında **kendiliklerinden çekilmeleri gerekmektedir**. Anayasa Mahkemesi'ne hâkim olarak atandıktan sonra başvuran aleyhine hakaret davası açan Fidan'ın, başvuranın davasını karara bağlayan Bölüme atandıktan sonra kesinlikle çekilmesini gerektirdiği değerlendirilmektedir. Ancak **İFÖD, Türk Anayasa Mahkemesi tarihinde böyle bir örnekten haberdar değildir**. Sistemde sadece denge ve denetleme değil aynı zamanda şeffaflık da eksiktir.
47. Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan usule ilişkin gereklilikler, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün temellerini ilgilendiren kamusal bir tartışmaya ilişkin ifadeler söz konusu olduğunda daha da büyük bir önem taşımaktadır. Bir hâkimin çekilmesi için mevcut mekanizmaların varlığına rağmen, bu mekanizmaların daha önce hiç kullanılmamış olması, Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak

üzere Türkiye'deki yüksek mahkemelerde görev yapan hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin makul şüpheler uyandırmaktadır.

48. Dolayısıyla İFÖD, AYM üyelerinin atanma prosedürlerinin Avrupa Mahkemesinin *Findlay/Birleşik Krallık* (no. 22107/93, 25.02.1997, § 73) davasında ve daha yakın tarihli *Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda* (no. 26374/18, 12.03.2019) ve *Advance Pharma Sp. Z O.O. v. Polonya* (no. 1469/20, 03.02.2022) davalarında tarafsızlığa ilişkin olarak belirlenen standartlarına uygun olmadığı görüşündedir.

VII. Sonuç

1. *Cumhuriyet Vakfı ve diğerleri/Türkiye* (no. 28255/07, 08.10.2013) davasında Mahkeme tarafından belirtildiği üzere, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında taraf devletlere yüklenen yükümlülükler, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunan haklara yönelik keyfi müdahalelere karşı önemli bir usulî güvence de sunmaktadır.
2. İFÖD, belirli bir yönetim altında atanan yargıçların sürekli olarak o yönetimin siyasi gündemiyle uyum içinde olmasının, yargının Devletin gerçekten tarafsız ve bağımsız bir organı olarak hizmet etme kabiliyeti hakkında soru işaretleri doğurduğunu düşünmektedir. AYM'ye yapılan siyasi saikli atamalar, Mahkeme'nin kurumsal tarafsızlığına kesinlikle zarar vermiştir.
3. Yukarıda belirtildiği üzere, öngörülen rotasyon, teklif ve yeniden atama usulleri nedeniyle, belirli bir yılda bile Türk Anayasa Mahkemesi'nin belirli bir Bölümünün bileşimi bilinemez. Bu durum, başvuruçuların bir üyenin önyargısına veya tarafsızlığına itiraz etmeleri gerekip gerekmediğini veya bir hâkimin reddini gerektiren bir çıkar çatışması olup olmadığını değerlendirmelerini engellemektedir.
4. İFÖD, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerindeki muğlak ifadelerin, Anayasa Mahkemesi üyelerine yönelik reddi hâkim talepleri için öngörülebilir bir usul sağlamadığı görüşündedir. Bu nedenle, Türk hukuk sistemi Anayasa Mahkemesi üyelerinin kişisel önyargılarına ve tarafsızlıklarına karşı güvence sağlamamaktadır.
5. İFÖD, başvuranın başvurusunu karara bağlayan Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümünün, Anayasa Mahkemesi'ne yargıç olarak atandıktan sonra başvuran hakkında hakaret davası açan Fidan'ın davadan çekilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi anlamında "tarafsız bir mahkeme" olmadığı görüşündedir. Bu durum, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin "**kurumsal gereklilikleri**" bakımından Avrupa Mahkemesi tarafından belirlenen standartlara ilişkin ciddi şüpheler uyandırmaktadır.

31.08.2023

İfade Özgürlüğü Derneği - İFÖD (Türkiye)
Kayıt Numarası: 34-235-076

Adres Hasırcıbaşı Caddesi, No: 24/4 Kadıköy, İstanbul, Türkiye

Web: <https://ifade.org.tr> Twitter: @ifadeorgtr

İfade Özgürlüğü Derneği (İFÖD), düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını korumak ve geliştirmek amacıyla Ağustos 2017'de resmi olarak kuruldu. Yeni Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğüne, bilgi ve enformasyona erişim ve bunları yayma hakkına sahip olduğu bir toplum öngörmektedir.