



Urfa / Türkiye (No. 14788/22)

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, *Urfa/Türkiye* (no. 14788/22) davasındaki üçüncü taraf görüşünde,¹ Türkiye Anayasa Mahkemesi'ne ("AYM") yargıçların atanma usulünü, başvuru sahiplerinin AYM'ye bireysel başvuru bağlamında bir başvurucuya karşı önyargılı olduğu iddiasıyla bir yargıcın tarafsızlığına itiraz etmesine veya görevden alınmasına olanak tanıyan anayasal veya yasal hükümleri ve bunların ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerini ele alacaktır.
2. Mahkeme'nin bildiriminden, avukat olan başvuru sahibinin, Gezi Parkı protestolarına katıldıkları gerekçesiyle iki meslektaşının gözaltına alınmasını protesto etmek amacıyla İstanbul Adliyesi önünde toplanan yüz kişilik bir avukat grubunun gösterisini dağıtmak için yapılan polis müdahalesi sırasında kötü muameleye maruz kaldığını iddia ettiği anlaşılmaktadır. Başvuru sahibi, protesto gösterisine polis müdahalesi sırasında yaralanmasına neden olan polis memurları hakkında suç duyurusunda bulunmuş ve İstanbul Cumhuriyet Savcısı R. I. kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Başvuru sahibi, anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM'nin yeni seçilen İrfan Fidan dahil beş yargıçtan oluşan birinci bölümü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesinin (Sözleşme'nin 3. maddesi) ihlal edilmediğine karar vermiş ve başvuru sahibinin Anayasa'nın 34. maddesi (Sözleşme'nin 11. maddesi) kapsamındaki şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.
3. Başvuru sahibi, diğer hususların yanı sıra, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi uyarınca, AYM'nin tarafsız olmadığından şikâyetçi olmuştur çünkü başvurusunun bu mahkeme tarafından değerlendirildiği sırada, Bölümde 2015-2020 yılları arasında İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yapan hâkim İ.F. yer almıştır. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar 24.04.2018 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından İ.F.'nin İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olduğu dönemde verilmiştir.
4. Mahkeme, Hâkim İ.F.'nin AYM önündeki yargılamalara katılımını göz önünde bulundurarak, başvuru sahibinin itirazını inceleyen Bölümün Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi anlamında "tarafsız bir mahkeme" olup olmadığını taraflara sormuştur (bkz. diğerleri arasında, *Morice/Fransa* [BD], no. 29369/10, §§ 73-78, AİHM 2015). Mahkeme ayrıca, Hâkim İ.F.'nin İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığı dönemde başvuru sahibinin tarafından yapılan suç duyurusunun incelenmesine katılıp katılmadığını sormuştur ki bu durum AYM'nin objektif tarafsızlığını sorgulanmasına neden olabilir (*Morel/Fransa*, no. 34130/96, § 45, AİHM 2000-VI, ve *Toziczka/Polonya*, no. 29995/08, § 36, 24.07.2012). Son olarak, Hakim İ. F.'nin katılımıyla ilgili olarak Mahkeme, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün, daha önce bakmak zorunda olduğu bir dava bağlamında üstlendiği görevler nedeniyle tarafsızlığından meşru olarak endişe edilebilecek bir yargıcın reddedilmesini öngörüp öngörmediğini sormuştur (karşılaştırınız *Micallef/Malta* [BD], no. 17056/06, §§ 98-99, AİHM 2009, ve *Scerri/Malta*, no. 36318/18, §§ 78-79, 07.07.2020),
5. Baştan belirtmek gerekir ki, AYM yargıçlarının AYM'ye atanmadan önce geniş yetkilere sahip oldukları yürütme organına ilişkin görevler üstlenmeleri, Mahkeme'nin bağımsızlığını ve tarafsızlığını engelleme potansiyeline sahiptir. AYM yargıçlarının AYM'ye atanmadan önce yürütme içinde üst düzey kamu görevlerinde bulunmaları alışılmadık bir durum değildir. İFÖD, bu durumun Mahkeme'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda ciddi soru işaretlerine yol açtığı

¹ İFÖD, 10 Şubat 2023 tarihinde bildirilen ve 27 Şubat 2023 tarihinde kamuoyuna açıklanan *Urfa v. Türkiye* (no. 14788/22) davasına müdahil olmak için izin talebini 11.04.2023 tarihinde sunmuştur. İkinci Bölüm Başkanı, Mahkeme İçtüzüğü'nün 44 § 3 maddesi uyarınca İFÖD'e 17.05.2023 tarihinde Mahkeme'ye yazılı görüşlerini sunması için izin vermiştir.

görüşündedir. Yargıçlar, zaman zaman, yürütme yetkilerini kullanmalarıyla çakışabilecek çeşitli hak ihlali iddiaları hakkında karar vermek zorunda kalmaktadır.

6. Bu üçüncü taraf müdahalesinde İFÖD, öncelikle Avrupa Mahkemesi'nin tarafsız bir mahkemenin ilkelerine ilişkin içtihadını kısaca özetleyecektir. İkinci olarak İFÖD, Mahkeme'yi AYM'nin kuruluşu ve yapısı hakkında bilgilendirecektir. Daha sonra İFÖD, Mahkeme'ye AYM yargıçlarının atanma usulü hakkında ayrıntılı bilgi verecektir. Ayrıca, genel olarak hakim ve savcılarının bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alan anayasal ve yasal düzenlemeler ve AYM hakimleri ile ilgili olarak, özellikle tarafsızlık endişesi durumunda hakimlerin reddi koşulları aktarılacaktır. Son olarak, AYM'nin, üyelerinin tarafı davrandığı algısı veya iddiası durumunda yapılan başvurulara ilişkin içtihadı Mahkeme'nin dikkatine sunulacaktır.

II. Mahkemelerin Tarafsızlığına İlişkin AİHM İçtihadı

7. Öncelikle, "kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" hakkı, birbiriyle yakından ilişkili üç temel özelliği içermektedir. "Kanunla kurulmuş bir mahkeme" kavramı, bir mahkemenin "bağımsızlığı" ve "tarafsızlığı" kavramlarıyla birlikte, 6 § 1 maddesinin "kurumsal gerekliliklerinin" bir parçasını oluşturur. 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 maddesinin kurumsal gereklilikleri arasında, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığının temel ilkelerini destekleme amacı tarafından yönlendirilen ortak bir zemin vardır (ibid., §§ 232-233).
8. 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). Bu nedenle, hakkında tarafsız olmadığından endişe duyulması 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). Katılımının önündeki engelleri tespit etmek, dosyadan el çekmek ya da kanun tarafından kesin olarak düzenlenen nedenlere dayanmasa da çekilmesi gerektiğinin tartışılabilir olduğu 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).
9. Mahkeme'ye göre, yargısal tarafsızlık eksikliği sorununun ortaya çıktığı iki olası durum vardır (*Kyprianou/Kıbrıs [BD]*, no. 73797/01, 15.12.2005, § 121):
- Birincisi işlevsel niteliktedir ve örneğin, yargı süreci içerisinde farklı işlevlerin aynı kişi tarafından yerine getirilmesi veya yargılamada yer alan başka bir kişiyle hiyerarşik veya diğer bağlantılarla ilgilidir;
 - ikincisi kişisel niteliktedir ve belirli bir davada hakimlerin davranışlarından kaynaklanır.
10. İşlevsel tarafsızlıkla ilgili olarak, AİHM, bir hâkimin bir zamanlar savcılık kurumunun 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)). Aşağıda da belirtileceği üzere, hâkimlerin geniş idari yetki ve sorumluluklara sahip olduktan sonra AYM'ye atanmaları, bu tür olayların meydana gelmesini çok muhtemel kılmaktadır. 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 tarafsızlık konusunda Mahkeme, yargı makamlarının tarafsız yargıçlar olarak imajlarını korumak için ilgilendikleri davalarla ilgili olarak azami düzeyde dikkat etmeleri gerektiğini vurgulamıştır. (*Lavents/Letonya*, no. 58442/00, 28.11.2002, § 118).

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

12. AYM'nin bireysel başvuruları kabul etme yetkisi 12.09.2010 referandumunda yapılan değişikliklerle getirilmiştir. 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. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanarak bireysel başvurulara ilişkin karar alma yetkisine sahiptir. Mahkemede, mevcut görevlerine ek olarak, bireysel başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar vermek üzere Komisyonlar kurulmuştur.
13. Anayasa Mahkemesinin kuruluş, görev ve yetkileri önce 21.01.2017 tarihinde (6771 sayılı Kanun) ve sonra 30.03.2011 tarihinde (6216 sayılı Kanun) yeniden düzenlenmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı 15'e indirilmiştir. Genel Kurul, Başkan veya Başkanvekilinin başkanlığında en az 10 üye ile toplanmakta, Bölümler ise bir Bölüm Başkanı (Mahkeme Başkanvekili) ve beş üyeden oluşmaktadır.
14. AYM İçtüzüğü'nün 27. maddesi (12.07.2012, 06.11.2018 tarihlerinde değiştirilmiştir.) "Bölümlerde görev alacak Başkanvekilleri dışındaki üyeler, geliş kaynakları ve Bölümler arasında dengeli dağılım esasları gözetilerek Başkan tarafından belirlenir. (3) İlgili üyenin talebi ya da Başkanvekillерinden birinin önerisi üzerine, Başkan tarafından üyelerin Bölüm değişikliklerine karar verilebilir." şeklindedir.
15. AYM İçtüzüğü'nün 29. maddesine göre, "Bölümlerdeki heyetlerin oluşturulması amacıyla Başkanvekili haricindeki Bölüm üyeleri kıdem sırasına göre listelenir. İlk ayki toplantılar, listedeki sıralamaya göre ilk dört üye ve Başkanvekilinden oluşan heyet tarafından yapılır. Daha sonraki aylarda, kıdem sırasına göre toplantılara katılmayan en kıdemli üyeden başlamak suretiyle her üyenin dönüşümlü olarak görev yapması sağlanır. Bölüm Başkanı bu dönüşüme ilişkin takvimi gösteren listeyi her sene başında hazırlar. Bölüme yeni üyenin katılması durumunda buna göre gerekli düzenlemeyi yapar. Bu listeler üyelere duyurulur. (3) Bölüm toplantı yeter sayısı sağlanamadığı takdirde Bölüm Başkanı Bölüm içinden, bunun mümkün olmaması hâlinde Bölüm Başkanının önerisi üzerine Başkan diğer Bölümden toplantılara katılmayan üyeleri dönüşümlü olarak sırayla toplantıya katılmakla görevlendirir."

16. Yukarıda anılan anayasal, yasal ve içtüzük düzenlemelerinden anlaşılacağı üzere, iki bölüme bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi tanınmıştır. Bölümlerin oluşumu mahkeme başkanının takdirine tabidir ve rotasyon esasına dayanmaktadır. Başkan tarafından yapılan atamalar ile üyelerin ve başkanvekillerinin diğer bölüme atanma yönündeki önerilerine ilişkin kararları, denetime tabi değildir. Yıllık atama ve düzenleme listesi, kamuoyu veya başvurularla değil, yalnızca AYM üyeleriyle paylaşılmaktadır. Bölümlerin hangi üyelerden oluştuğunun, yayınlanan kararlardan anlaşılacağı kabul edilse dahi bir bölümün üyeleri her ay rotasyonla değiştiğinden bu durum her zaman mümkün olmamaktadır.
17. Bunun yanında, bölümde yeterli çoğunluğa ulaşılamaması durumunda diğer -bölümden bir üyenin diğer bölüme gönderileceği düzenlenmiştir. Sonuç olarak; rotasyon, üyelerin önerileri, yeniden atama prosedürleri nedeniyle belirli bir yılda bile belirli bir bölümün hangi üyelerden oluştuğunun bilinmesi mümkün olmamaktadır. Bu husus, ad hoc bir kompozisyon yoluyla bir davayı etkileme olasılığını ortadan kaldırmak için bu kompozisyonun belirli bir süre önceden belirlenmesi gerektiğini belirten Venedik Komisyonu tarafından vurgulanmıştır.² Ayrıca, bir bölümde toplantı yeter sayısının sağlanamaması ve diğer bölümden üyelerin atanması ile ilgili olarak, bunun kura ile veya önceden üzerinde mutabık kalınan bir liste ile yapılması gerektiği de belirtilmiştir.³
18. Son olarak, bölümlerin gündemleri her hafta başvuru numarasıyla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin internet sitesinde yayınlanıyorsa da bu gündemlerin, bölümlerin bir başvuruyu karara bağlamak üzere gündemlerine almalarından sonra yayınlandığını belirtmek gereklidir. Belirli bir davanın hangi bölüm tarafından karara bağlanacağını bu denli geç bir aşamada yayınlanması, başvuruların kendi başvurularını hangi bölümün dolayısıyla hangi hakimlerin ele alacağı konusunda zamanında bilgi sahibi olmalarını imkansız hale getirmekte ve hakimlerin tarafsızlığını sorgulama imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, başvurular hiçbir aşamada hangi yargıçların ilgili bölümlerin oluşumunda yer aldığını bilmemektedir. Başvurular, hakimlerin isimlerini ancak kararlar başvurucuya tebliğ edildiğinde ya da AYM tarafından yayınlandığında öğrenebilmektedir.

IV. Anayasa Mahkemesi Hakimlerinin Atanma Usulü

19. Aynı zamanda bir siyasi partinin genel başkanı olan Cumhurbaşkanı; Anayasa Mahkemesi'nin üç üyesini Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca gösterilen üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun 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.
20. AYM'nin kalan üç üyesi ise Türkiye Büyük Millet Meclisi ("TBMM") çoğunluğu tarafından seçilmektedir. Bu durum, 2017'den bu yana iktidar partisinin kontrolünde olan Meclis çoğunluğunun kalan üç üyeyi belirlediği anlamına gelmektedir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin on beş üyesinin tamamı, doğrudan ve dolaylı olarak aynı siyasi parti tarafından atanmaktadır.
21. Cumhurbaşkanı'nın yaptığı atamalar açısından, Yargıtay ve Danıştay hakimlerinin atanma usulü, AYM'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığının değerlendirilmesinde belirleyici olmaktadır. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın AYM üyelerini aralarından atandığı Yargıtay ve Danıştay üyelerinin de Hakimler ve Savcılar Kurulu ("HSK") tarafından seçildiği hatırlanmalıdır. HSK'nin oluşumu ve

² 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.

³ A.g.e., s. 7.

HSK'ye yapılan atamalar doğrudan veya dolaylı olarak Cumhurbaşkanı tarafından yapılan atamaları da içermektedir.

22. Anayasa'da 2017 yılında yapılan değişikliklerden bu yana Cumhurbaşkanı, HSK üyelerinin neredeyse üçte birine karşılık gelen dört üyeyi atama hakkına sahiptir. HSK'nin doğal üyeleri olan Adalet Bakanı ve yardımcısı da doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmış kişilerdir. Sonuç olarak, HSK üyelerinin neredeyse yarısı Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. HSK'nin kalan 7 üyesi ise TBMM tarafından atanmaktadır. Venedik Komisyonu bu bağlamda Cumhurbaşkanının artık tarafsız bir güç olmayacağını, parti siyasetiyle ilgileneceğini ve dolayısıyla HSK üyelerini seçerken siyaseten tarafsız olmak zorunda olmayacağını vurgulamıştır.⁴
23. Türkiye'deki temyiz mahkemelerinin 2011 ve 2017 yılları arasında yapı ve işleyişlerine ilişkin dört ayrı yapısal reformdan geçtiğini de belirtmek gerekir. Hem Yargıtay hem Danıştay'ın üye sayıları ve yapıları 2011, 2014, 2016 ve 2017 yıllarında önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır.⁵ Yargıtay ve Danıştay'ın tüm yeni üyeleri, darbe girişiminin ardından hakim ve savcıların toplu olarak ihraç edilmesinin ardından atanmıştır. Yedi yıllık bir süre içerisinde, ülkenin yüksek mahkemelerindeki yüzlerce hakim, HSK tarafından değiştirilmiş, binlerce hakim ve savcı tutuklanmış ve gözaltına alınmıştır. Dahası, her iki yüksek mahkemenin başkanının da Cumhurbaşkanı ile yakın ilişkileri olması, yargının siyasi etki altında olduğu izlenimini güçlendirmektedir.⁶
24. HSK üyelerinin atanma şekline ilişkin değişikliklerin yanı sıra yeniden düzenlenen Yargıtay ve Danıştay'ın da Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu üzerinde etkileri bulunmaktadır. HSK, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçiminden sorumludur (Anayasa'nın 154. ve 155. maddeleri). Her iki mahkeme de atamaları yapan Cumhurbaşkanı'na her bir pozisyon için üç aday göndererek AYM'nin iki üyesini seçme hakkına sahiptir.
25. Bu durum kaçınılmaz olarak tuhaf bir kısır döngü yaratmaktadır. Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanının başkanlığını yaptığı iktidar partisi HSK üyelerini atamaktadır. HSK daha sonra Yargıtay ve Danıştay üyelerini atamaktadır. Bu iki yüksek mahkeme daha sonra AYM üyeliği için kendi adaylarını seçmekte ve aday göstermektedir. Son olarak, Cumhurbaşkanı ve iktidar partisi yüksek mahkemeler tarafından gösterilen adaylar arasından AYM üyelerini atamaktadır. Sonuç olarak, yürütmenin Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi artmaktadır.
26. Bu tür siyasi güdümlü atamaların son örneklerinden biri Yargıç İrfan Fidan'ın atanmasıdır. Sayın Fidan 26.07.2016 ile 26.11.2020 tarihleri arasında İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yapmıştır. Daha sonra 27.11.2020 tarihinde HSK tarafından Yargıtay üyeliğine seçilmiştir. Sayın Fidan'a Yargıtay üyeliğine seçildiğine dair mazbata 11.12.2020 tarihinde verilmiştir. Bu süreçte Yargıtay Genel Kurulu, Cumhurbaşkanına önerilecek üç AYM üyesini belirlemek üzere 01.12.2020 tarihinde seçim yapmayı planlamıştır. Ancak Yargıtay Başkanlığı Covid-19 kaynaklı nedenlerle seçimi 17.12.2020 tarihine ertelemiştir. Akabinde, seçim günü iki aday adaylıktan çekildiklerini açıklamıştır. Yargıtay'da sadece altı gün hâkim olarak görev yapan ve tek bir temyiz davasına bakmamış veya karara bağlamamış olan Sayın Fidan adaylığını açıklamış ve en çok oy alan üç aday

⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen ve 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Görüş, (Venedik Komisyonu tarafından 110. Genel Kurul Toplantısında kabul edilmiştir.) (Venedik, 10-11 Mart 2017)

⁵ Uluslararası Hukukçular Komisyonu (ICJ), Türkiye'nin Yargı Reformu Stratejisi ve Yargı Bağımsızlığı, Bilgilendirme Belgesi, Cenevre, Kasım 2019, s. 7.

⁶ Ayrıca bkz. Y. Akdeniz & K. Altıparmak, Türkiye: İfade Özgürlüğü Tehlikede: Olağanüstü Hal Kapsamında Yazarların, Yayıncıların ve Akademisyenlerin Haklarının İhlali, Temmuz 2020, https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2020/07/Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_ENG.pdf

arasına girmiştir. Cumhurbaşkanı, 22.01.2021 tarihinde Sayın Fidan'ı Anayasa Mahkemesi üyeliğine atamıştır. Sayın Fidan'ın atanması hararetli bir tartışmaya yol açmıştır. Türkiye'nin önde gelen anayasa hukuku profesörlerinden Profesör Gözler, Yargıtay'dan seçilen ve atanan 44 eski Anayasa Mahkemesi hâkiminin AYM'ye katılmadan önce ortalama dokuz buçuk yıl görev yaptığını tespit etmiştir.⁷

- 27.Sayın Fidan'a Cumhuriyet Başsavcısı sıfatıyla geniş idari yetkiler veren düzenlemelerin çerçevesi 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Cumhuriyet başsavcılarında, 5235 sayılı Kanun'da düzenlendiği üzere, savcılar üzerinde gözetim ve denetim şeklinde geniş adli ve idari görevler verilmiştir. Cumhuriyet başsavcılarında, 5235 sayılı Kanun'un 18. maddesine göre, yargı çevresi içindeki cumhuriyet savcılarında, cumhuriyet başsavcı vekilleri, cumhuriyet savcılarında ve bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisine sahiptir. Bu hükmün 4. fıkrası (17.06.2021 tarih ve 328 sayılı KHK'nın 2. maddesiyle getirilmiştir.) “Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesi ile bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesi hususlarında görevli ve yetkilidir.” demektedir. Bu kural, uygulamada, başsavcının kendisine bağlı olarak çalışan savcılarının kararlarına müdahale etme yetkisine dönüşmektedir.
- 28.Cumhuriyet başsavcısının geniş idari görev ve yetkileri olduğundan, daha alt rütbedeki savcılar üzerinde kontrol uyguladıkları kuşkusuzdur. Buna göre, Sayın Fidan başsavcılık görevinde bulunduğu süre boyunca İstanbul adliyесinin savcılık teşkilatı üzerinde geniş bir kontrol ve denetime sahip olmuştur. Savcılar tarafından soruşturulan ve kovuşturulan yüksek profilli davalarda, Sayın Fidan birçok davaya yakından müdahil olmuştur. Örneğin, gazeteciler Can Dündar ve Erdem Gül, Barış için 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 ya doğrudan kovuşturduğu ya da İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı sıfatıyla dolaylı olarak müdahil olduğu ceza davalarından kaynaklandığı görülmektedir. Örneğin bu kararlar arasında Z. Füsun Üstel ve diğerleri (Barış için Akademisyenler), Can Dündar-Erdem Gül, Mehmet Altan, Şahin Alpay, Enis Berberoğlu ve Atilla Taş gibi isimler yer almaktadır. Fidan ayrıca Gezi Parkı, İş insanı Osman Kavala, Balyoz, FETÖ medya davası ve Büyükada gibi çok önemli ceza davalarının arkasındaki ana aktör olmuştur.”⁸
- 29.Sayın Fidan'ın atanma süreci, AİHM'in 6/1 maddesine ilişkin olarak AİHM standartlarına göre değerlendirildiğinde son derece sorunludur. Avrupa Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihadı, yüksek mahkemelere atanan hâkimlerin liyakatine ilişkin daha yüksek bir eşik öngörmekte ve atanmaların dürüstlüklerini ve mesleki yeterliliklerini dikkate almaktadır. Ancak yukarıda özetlenen olaylar zinciri, ilgili AYM yargıçlarının ahlaki konuları 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,

⁷ Kemal Gözler, “Elveda Anayasa Mahkemesi: İrfan Fidan Olayı”, (www.anayasa.gen.tr/irfan-fidan-olayi.htm) (Yayın Tarihi: 23 Ocak 2021), EK-1.

⁸ İ.G., Şen, “The Final Death Blow to the Turkish Constitutional Court”, Verfassungsblog, 28.01.2021, <https://verfassungsblog.de/death-blow-tcc/>.

mahkeme subjektif olarak kişisel önyargı veya tarafsızlıktan 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). AİHM tarafından da belirtildiği üzere, bağımsızlık ve objektif tarafsızlık kavramları birbirleriyle yakından ilişkilidir.

- 30.**Fidan'ın atanması çarpıcı bir biçimde tek örnek değildir. AYM'ye siyasi motivasyonla yapılan bu tür atamalara benzer bir başka durum da Muhterem İnce'nin atanmasıdır. Sayın İnce İçişleri Bakan Yardımcılığı görevini yürütürken 23.05.2022 tarihinde 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 seçilmiştir. Bu, AYM'ye yapılan bir başka hızlandırılmış siyasi güdümlü atamadır.
- 31.**Benzer şekilde, Selahattin Mentеш AYM üyeliğine atanmadan önce Mayıs ve Ekim 2017 tarihleri arasında OHAL İnceleme Komisyonu Başkanı olarak görev yapmıştır. 18.10.2017 ve 21.07.2018 tarihleri arasında ise Adalet Bakanlığı Müsteşarı olarak görev yapmıştır. Mentеш, 21.07.2018 tarihinde Adalet Bakan Yardımcısı olarak atanmıştır. Mentеш, 06.07.2019 tarihinde Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından doğrudan Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir. OHAL İnceleme Komisyonu'nun *ad hoc* organının ihraç kararları sonrasında AYM'ye yapılan binlerce bireysel başvuru nedeniyle Sayın Mentеш'in AYM'ye atanmasından önce yürüttüğü görev büyük önem taşımaktadır.
- 32.**Son bir örnek ise, 01.11.2015 tarihinde yapılan genel seçimlerde Adalet ve Kalkınma Partisi'nden İstanbul Milletvekili seçilen Yıldız Seferinoğlu'nun atanma sürecidir. Yıldız Seferinoğlu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Adalet Komisyonu üyesi olarak ve 23.07.2018 - 25.01.2019 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı Bakan Yardımcısı olarak görev yapmıştır. Daha sonra 25.01.2019 tarihinde doğrudan Cumhurbaşkanı Erdoğan tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir. Mahkemenin diğer üyelerinin özgeçmişlerine benzer şekilde, AYM yargıçlarının bakan yardımcılığı görevini üstlenmeleri, yürütmenin ana atama kaynağı olduğu bir eğilime işaret etmektedir. 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.
- 33.**Türkiye'de savcı iken hakim olarak atanmanın veya tam tersinin yaygın bir uygulama olduğunu tekrarlamak gerekir. Ayrıca, Yargıtay ve Danıştay'ın hakim ve savcı üyeleri için AYM hakim adaylığına başvururken herhangi bir eşik bulunmamaktadır.
- 34.**Buna ek olarak, adayların kendi kurumlarından AYM'ye aday gösterilebilmeleri için bir süre belirtilmemiştir. İki yüksek mahkemeden en yüksek oyu alarak seçilen üç aday arasından Cumhurbaşkanı, hakimlerin geçmişleri ve yürütme veya yargı organlarındaki geçmiş rolleri bakımından AYM'nin mevcut yapısını dikkate almak zorunda değildir. Benzer şekilde, üst düzey bürokratlar (valiler, elçiler ve müsteşarlar gibi), bağımsız avukatlar, birinci sınıf hakimler ve savcılar ile Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçilen dört üyenin her birinin, Mahkeme'nin mevcut ve gelecekteki dağılımını göz önünde bulundurarak seçilmesi gerekmemektedir. Güvencelerin ve dengeleyici kriterlerin eksikliği, ağırlıklı olarak yürütme organı ve savcılık geçmişine sahip üyelerin olası çoğunluğuna yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi yargıçlarının AYM'ye atanmadan önce genellikle geniş yürütme yetkilerine sahip olmaları, mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını engelleme potansiyeline sahiptir.

V. Hâkimlerin Bağımsızlığını ve Tarafsızlığını Güvence Altına Alan Genel Hükümler ile Anayasa Mahkemesi Hâkimlerine İlişkin Düzenlemeler

35. 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.⁹
36. Kanun düzeyinde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (30.03.2011) AYM hâkimlerinin reddi talebini 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 Kurulda veya Bölümlerde ilgili üyenin katılımı olmaksızın alınır.
37. Son olarak, Başkan ve üyelerin 59. ve 60. maddelerde belirtilen nedenlere dayanarak davaya veya konuya bakmaktan imtina etmeleri halinde, Genel Kurul konuyla ilgili nihai kararını verir. Ancak, çekilmesi talep edilen üye oylamaya katılamaz.
38. Kanun'un lafzından, başvuran tarafından ne zaman ve nasıl ret dilekçesi sunulması gerektiği açıkça anlaşılamamaktadır. Benzer şekilde, bu usul de tam olarak tanımlanmamıştır. Kanun, ret talepleri hakkında nihai kararı Genel Kurulun 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, daha sonra 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 oldukça kaygı vericidir, zira Genel Kurul'a bölümlerin bu tür kararlarını gözden geçirme yetkisi verilmesi mümkün olabilirdi.
39. En önemlisi, yukarıda analiz edildiği üzere, bölümlerin sürekli değişen yapısı ışığında, bir kişinin AYM'nin taraflı olduğu iddia edilen üyesinin atanan bölümde görev yapıp yapmayacağını ve belirli bir davaya bakıp bakmayacağını önceden tahmin edemeyeceği belirtilmelidir. Bunun yanı sıra, bir başvurunun yapılması ile AYM'nin belirli bir başvuru hakkında karar vermesi arasında önemli bir zaman geçtiği göz önünde bulundurulduğunda, başvuru sahiplerinin bir üyenin tarafsızlığına önceden itiraz etmeleri her zaman mümkün değildir. Başvuru sahipleri, bölümlerin haftalık gündemlerini açıkladıkları ana kadar başvurularının ne zaman ele alınacağını önceden bilemeyeceklerinden ve bu süreç bazı durumlarda 8 yıla kadar sürebileceğinden,¹⁰ başvuru sahiplerine bu kadar uzun bir süre boyunca haftalık gündemleri takip etme sorumluluğunu yüklemek külfetli olacaktır.

VI. Üyelerinin Tarafsız Olmadığı İddiasıyla Yapılan Başvurulara İlişkin AYM İçtihadı

40. AYM'nin reddi hakim taleplerine ilişkin içtihadının kapsamlı 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

⁹ Venedik Komisyonu, "Letonya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda yapılacak değişiklik taslaklarına ilişkin görüş", CDL-AD(2009)042.

¹⁰ Hüseyin El ve Nazlı Şirin El [GK], B. No: 2014/15345, 7/4/2022.

başvuru sistemindeki ret sürecine ilişkin yukarıda bahsedilen belirsizlik, AYM içtihadıyla çözüme kavuşturulmamıştır.

41. Yukarıda açıklandığı üzere, bireysel başvuruda bulunan kişilerin başvurularını ele alan Anayasa Mahkemesi bölüm ve komisyonlarının oluşumunu önceden bilememeleri halinde, Mahkemenin yukarıda belirtilen içtihadının yargı mensuplarına öngördüğü yükümlülük nedeniyle söz konusu yargıçların kendiliklerinden çekilmeleri gerekmektedir. Bununla birlikte İFÖD, Türkiye Anayasa Mahkemesi tarihinde böyle bir örnekten haberdar değildir. AYM üyelerinin AYM'deki görevleri başlamadan önce geniş çaplı yürütme görevlerini yerine getirmelerinin yaygın bir uygulama olduğu göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir emsalin olmamasının bu tür durumların hiç yaşanmamış olmasından değil, daha ziyade çekilme prosedürünün verimsizliğinden kaynaklandığı şüphesizdir.
42. Daha önce de açıklandığı üzere, AYM'nin yürütme karşısındaki kurumsal bağımsızlığını önemli ölçüde etkilediğinden, AYM yargıçları için uygulanan atama usulü nedeniyle büyük bir endişe kaynağı ortaya çıkmaktadır. Yargıçların atanma şekli, bir yargı organının özerkliğinin ve tarafsızlığının korunmasında çok önemli bir rol oynamaktadır. Buna karşın, AYM söz konusu olduğunda, mevcut atama usulü, yürütmenin yargı üzerindeki potansiyel etkisi veya kontrolüne ilişkin önemli endişelere yol açmaktadır. Bu durum, demokratik sistemin temelini oluşturan ve bağımsız bir yargının düzgün bir şekilde işlemesini sağlayan kuvvetler ayrılığı ilkesini tehlikeye atmaktadır. Atama usulü ışığında AYM'nin kurumsal bağımsızlığının zafiyete uğraması, yargı sisteminin bütünlüğünü ve güvenilirliğini korumak bakımından dikkatli bir inceleme ve değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.
43. 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 olmadığını görüşündedir.

VII. Sonuç

1. Mahkeme'nin *Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri/Türkiye* davasında belirttiği üzere, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında taraf devletlere getirilen yükümlülükler, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunan haklara yönelik keyfi müdahalelere karşı önemli bir usuli güvence de sunmaktadır.
2. Yukarıda belirtildiği üzere, öngörülen rotasyon, teklif ve yeniden atama usulleri nedeniyle, belirli bir yıl içinde bile Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin belirli bir bölümünün kompozisyonu hakkında bilgi sahibi olunamamaktadır. Bu durum, başvuru sahiplerinin, AYM'nin söz konusu üyesinin başvurularına fiilen müdahil olduğu konusunda haberdar olmadan önce bile, bir üyenin tarafsızlığına itiraz edip etmemeleri gerektiğini değerlendirme imkânlarını ortadan kaldırmaktadır.
3. İFÖD, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerindeki muğlak ifadelerin, AYM üyelerine yönelik ret talepleri için öngörülebilir bir usul sağlayamadığı görüşündedir.
4. Dengeleyici güvencelerin eksikliği, AYM üyelerinin çoğunluğunun geçmişlerinin ağırlıklı olarak yürütme organı ve savcılık görevlerinden oluşmasına yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi yargıçlarının AYM'ye atanmadan önce genellikle geniş yürütme yetkilerine sahip olmaları, mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını engelleme potansiyeline sahiptir.
5. İFÖD, başvuranın itirazını inceleyen AYM'nin ilgili bölümünün, başvuranın suç duyurusunda bulunduğu tarihte Yargıç Fidan'ın İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olması nedeniyle Sözleşme'nin 6 §



1 maddesi anlamında "tarafsız bir mahkeme" olmadığı görüşündedir ve bu durum Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin "kurumsal gereklilikleri" bakımından Avrupa Mahkemesi tarafından belirlenen standartlar açısından ciddi soru işaretleri doğurmaktadır.

07.06.2023

İfade Özgürlüğü Derneği – İFÖD (Türkiye)

Registration Number: 34-235-076

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

İfade Özgürlüğü Derneği (İFÖD) düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını korumak ve geliştirmek amacıyla Ağustos 2017'de kurulmuştur. Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğünden ve bilgi ve haberlere erişim ve yayma hakkından yararlandığı bir toplum öngörmektedir.