

"...

## **I - İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ**

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'I.A. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Tümünü İlgilendiren Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.A.1. Teklifin Getiriliş Biçimi Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde 'Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir'

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir' hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden hemen anlaşılabileceği gibi, teklif bakımından, Anayasa değişikliğine yönelik kanunlar ile diğer kanunlar arasında iki önemli fark bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi, Anayasa değişikliğine ilişkin olmayan kanun teklifleri tek bir milletvekili tarafından yapılabilirken, Anayasa değişikliğine yönelik kanun teklifleri için TBMM üye tamsayısının en az üçte birinin imzasının gerekmesidir.

İkinci fark ise, Bakanlar Kurulunun sıradan kanunlar için tasarı ile değişiklik önermesi mümkün iken, Anayasa değişikliklerinin yalnız milletvekillerince teklif edilebilmesidir.

'Tasarı' ve 'teklif' arasındaki görünürdeki temel ayrım, sunulan metni imzalayanların kişisel ve kurumsal farklılığı olmakla birlikte, gerçekteki temel ayrım, 'imza iradesi'dir. Bu iradenin gerekli incelemeyi, araştırmayı ve usulü yansıtması gerekir. Anayasanın 175 inci maddesiyle getirilen teklif kuralı, aynı zamanda 'tasarı' yasağını içermektedir.

Bu yasak, Anayasanın Anayasa değişikliklerinin bakan ya da başbakanların değil, tamamıyla milletvekillerinin iradesinin ürünü olmasını istemesinden kökenlenmektedir.

Bir metnin teklif niteliğini taşıyabilmesi, tasarı ya da bir parti metni olmamasına; o metnin tümüyle milletvekili iradesine dayanmasına bağlıdır.

Oysa 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunun teklif olarak sunulmadan önce geçirdiği süreç, bu Anayasa değişikliğinin tümüyle milletvekili iradesine dayalı bir öneri niteliğini taşımadığını; Başbakanın başkanlığında bir tasarı gibi hazırlandığını; daha sonra hazırlanan metne sadece Adalet ve Kalkınma Partisi TBMM Grubundaki milletvekillerinin imzalarının alınması yoluyla bir teklif görünümü kazandırılarak, Anayasaya uygunluğun sağlanmaya çalışıldığını göstermektedir. Ancak bu durum, Anayasa değişikliği teklifinin, teklif görünümü verilmiş bir kanun tasarısı olduğu gerçeğini değiştirmeye yetmemektedir. Kaldı ki bizzat Başbakan bile, bu Anayasa değişikliği teklifinden çoğu kez 'tasarı' olarak söz etmek suretiyle durumu açıkça ifade etmiş; durum, kamuoyunca da böyle algılanmıştır.

Dahası, oylama sürecinde Adalet ve Kalkınma Partisinin üç kez grup toplantısı yapması; Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın 'ya tarih yazarsınız ya tarih bizi siler' açıklaması da, değişiklik önerisinin bizzat Başbakanca sahiplenildiğini ortaya koymaktadır.

Böyle bir durumun Anayasanın 175 inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı düştüğü açıktır.

Öte yandan, Anayasa değişikliğinin bir tasarı niteliğini taşımasına rağmen, teklif görünümü verilmeye çalışılarak önerilmesi, kamunun hukuka güven duygusunu da sarsmıştır. Bu da hukuk devleti ile bağdaşmaz. Çünkü Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, 'hukuk devleti, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir' (Bkz. AYMK. 2.7.2009 günlü E.2005/66, K.2009/102). 'Vatandaşların Devlete karşı güven duyabilmeleri, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistem içinde olanaklıdır' (Bkz. AYMK. 28.9.1995 günlü E.1995/24, K.1995/52).

Bu durum, 5982 sayılı Kanunun, bir tasarı niteliği taşımasına rağmen teklif görünümü verilerek önerilmesinin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen ve hukuk güvenliği temel unsuru olan 'hukuk' devleti ilkesine de aykırı olduğunu ortaya koymaktadır.

5982 sayılı Kanun bir Anayasa değişikliği gerçekleştirdiği için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesinin Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesine aykırı olarak değiştirildiği anlamına gelmektedir. Bu da yasakoyucuya yetki tanınmamış bir husustur ve Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırıdır.

Bu açıklamalardan hareketle, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun daha teklif edilirken, Anayasaya aykırı düştüğü ve bu aykırılığın 5982 sayılı Kanunun tüm hükümlerini ilgilendirdiğini göstermektedir.

Anayasanın 148 inci maddesinde, Anayasa Mahkemesine Anayasa değişikliklerini şekil açısından denetleme yetkisi verilmiş ve bu şekil denetiminin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen hususlar 'teklif' unsuru ile ilgili olduğundan Anayasa Mahkemesinin denetim alanı içinde kalacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunu, tüm hükümleri bakımından şekil açısından denetleyerek Anayasanın 175 inci maddesine aykırı biçimde, teklif görünümü verilmeye çalışılmış bir tasarı olarak önerildiği gerekçesiyle iptal etmesi gerekmektedir. Aynı zamanda yukarıda açıklandığı gibi yapılan bu Anayasa değişikliği önerisi, bir tasarı niteliği taşıması bakımından, yukarıda açıklandığı gibi hukuk güvenliği temel unsurlarından birisi olan ve Anayasamızın 2 inci maddesinde açıklanmış bulunan hukuk devleti ilkesini değiştirici niteliği nedeniyle Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddesine de aykırı düşmüştür. Bu da bir başka iptal nedenidir.

I.A.2. Anayasa Komisyonundaki Görüşme Biçimi Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Anayasa Komisyonunda görüşülmesi aşamasında da, Anayasaya aykırı uygulamaların yapıldığı görülmektedir.

Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve Samsun Milletvekili Suat Kılıç ile 214 Milletvekili 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi'ni TBMM Başkanlığı'na sunmuşlar ve 2/650 E. sayılı bu teklif, TBMM Başkanlığınca Anayasa Komisyonuna havale edilmiştir. Anayasa Komisyonu Başkanı bu teklifi görüşmek üzere Anayasa Komisyonunu 07.04.2010 Çarşamba günü 10:30 da toplantıya davet etmiş ve bunu TBMM'ndeki siyasi parti grup başkanlıklarına yazı ile bildirmiştir.

Ancak daha sonra, söz konusu teklifteki milletvekili imzalarının 'stok imza' olarak adlandırılan, milletvekillerinden hangi konuda kullanılacağı belirtilmeden önceden alınan imzalar olduğu; bu nedenle de aralarında TBMM Başkanı Mehmet Ali Şahin'in de imzası bulunduğu ortaya çıkmıştır. Ancak TBMM Başkanlığına verilen kanun teklifindeki imzaların bulunduğu çizelge Anayasa Komisyonuna gelme aşamasında değiştirilmiş, ikinci stok imza teklif metnine eklenerek Anayasa Komisyonuna sunulmuştur. Bu gelişmelerden sonra 61 Milletvekili 2/650 E. Sayılı kanun teklifinden imzalarını geri çekmişlerdir.

Bunun üzerine Anayasa Komisyonu Başkanı, 2/650 E. sayılı Teklifi, Anayasa Komisyonunda görüşmeye açmadan, resen ve imza sayısının Anayasanın 175 inci maddesinde öngörülen yetersayının altına düştüğü gerekçesi ile TBMM Başkanlığı'na geri göndermiş ve 2/650 E. sayılı teklifin görüşüleceği 07.04.2010 tarihli toplantıyı iptal etmiştir.

Bu arada Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip ERDOĞAN VE 264 milletvekili, '07.11.1982 Tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi'ni TBMM Başkanlığına sunmuşlar ve 2/656 E. sayılı bu teklif Anayasa Komisyonuna havale edilmiş; Anayasa Komisyonu Başkanı bu teklifi görüşmek üzere Anayasa Komisyonunu 8 Nisan 2010 tarihinde toplantıya davet etmiştir. 2/656 E. sayılı kanun teklifi, Anayasa Komisyonunda görüşülerek kabul edilmiş; TBMM'de de kabulünden sonra 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun olarak, Resmi Gazete'de halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmıştır. Bu süreçte göze çarpan Anayasaya aykırı uygulamaları şu şekilde özetlemek mümkündür:

· Bir Anayasa değişikliği teklifi Anayasa Komisyonunun gündemine alındıktan ve hatta toplantı tarihi belirlendikten ve toplantı daveti yapıldıktan sonra bu teklifteki kimi imzalar geri çekilmiş ve kalan imzalar Anayasanın öngördüğü kabul yetersayısının altına düşmüşse; bu durumda Komisyonun TBMM İçtüzüğü'nün 26 ncı maddesi uyarınca gündemine sahip çıkması ve önerenin akıbeti hakkında karara varması gerekir. (Bkz.Dr. Erdal Onar, '1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu; Ankara 1993, sa.1, dipnot 28)

Böyle bir durumda Anayasa Komisyonu Başkanının yapılacak işlemi belirlemek için Komisyonunda müzakere açmak yerine, Anayasa değişikliği teklifini, teklifteki imzaların kimilerinin geriye alınması nedeniyle, Anayasanın öngördüğü teklif yetersayısının altına düştüğü gerekçesiyle res'en TBMM Başkanlığına geri göndermesi kabul edilemez ve Anayasa Komisyonunun gündemine sahip olmasını, TBMM İçtüzüğü'nün 26 ncı maddesine aykırı olarak engelleyen bir durumdur.

· Belli sayıda imza ile yapılabilecek olan Anayasa değişikliği teklifleri, kolektif bir iradenin kullanımı sonucunda yapılan ortak irade beyanları niteliğini taşıdıkları için, bu tekliflerin geri alınması da, ancak aynı toplu irade tarafından yapılabilir; yani yukarıdaki koşullar doğrultusunda yapılmış bir anayasa değişikliği teklifinin geri alınmış olması sonucu, ancak teklifi yapanların tümünün imzalarını geri çekmeleri halinde doğar.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 25.7.2005 günlü, E.2004/2 (Siyasi Parti-İhtar), K.2005/4 sayılı kararında bu hususu vurgulamıştır.

Bu nedenle 2/650 E. sayılı kanun teklifini imzalayanlardan sadece altmış bir kişinin imzasını geri çekmesi, bu teklifin geri alınmış olduğu sonucunun doğması için yeterli değildir. Bu bakımdan 2/650 E. sayılı kanun teklifinin söz konusu 61 kişi imzasını çekse bile, Anayasanın öngördüğü teklif yetersayısına uyularak TBMM Başkanlığına yapılmış ve Anayasa Komisyonunun gündemine girmiş geçerli bir teklif olma niteliğini koruduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu durumda da, Anayasa Komisyonunun bu geçerliliğini koruyan teklifi, TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesinin verdiği yetki çerçevesinde, yakından ilgili olduğu 2/656 E. sayılı teklifle birleştirerek görüşme imkanının doğacağı açıktır.

Ancak Anayasa Komisyonu Başkanının, 2/650 E. sayılı kanun teklifini, teklifteki imza sayısının Anayasanın 175 inci maddesinde öngörülen yetersayının altına düştüğü gerekçesiyle resen TBMM Başkanlığına iade etmesi, hem Anayasa Komisyonu Başkanı için bir yetki aşımı olmuş; hem de Anayasa Komisyonunu, gündemine hakim olarak TBMM İçtüzüğü'nün 26 ncı maddesi uyarınca 2/650 E. sayılı kanun teklifinin geçerliliğini müzakere ve karara bağlamak ve 2/656 E. sayılı kanun teklifi ile TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesi uyarınca birleştirerek görüşmek imkanından mahrum bırakmıştır.

Bunun, milletvekillerinin Anayasanın 87 nci maddesinde TBMM'ne verdiği kanun koymak yetkisini, Anayasanın 95 inci maddesinin birinci fıkrası gereğince TBMM'nin yaptığı TBMM İçtüzüğü'nün 26 ncı ve 35 inci maddeleri doğrultusunda kullanmasını engelleyen bir durum olduğu ve Anayasanın 87 nci maddesine aykırı düştüğü ortadadır.

Öte yandan, Komisyon Başkanının görevleri İçtüzükte sayılmıştır. Gündeme alınan bir tasarı ya da teklif hakkında karar verme yetkisi Başkanın değil, usulüne uygun olarak toplanan Komisyonundur. Başkan, Komisyona ait yetkiyi kullanmıştır. İçtüzük değişikliği niteliğindeki bu işlem, Komisyona ait karar yetkisinin, hukuka aykırı olarak Komisyon Başkanı tarafından kullanılması nedeniyle Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Söz konusu 5982 sayılı Kanun bir Anayasa değişikliği yaptığı için bu aykırılık, 5982 sayılı Kanunun Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğini değiştirdiği anlamına gelmektedir ki, bu da Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesine aykırıdır.

Yukarıda da belirtildiği gibi Anayasamız, 148 inci maddesinde Anayasa Mahkemesine Anayasa değişikliği yapan kanunları şekil açısından denetleme yetkisini vermiş; şekil denetimini de teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır.

Yukarıda belirtilen durum 'teklif' aşaması ile ilgili ve söz konusu Kanunun tüm maddelerini ilgilendiren bir şekil aykırılığıdır ve Anayasa Mahkemesinin denetim alanına gireceği açıktır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddelerini, yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasanın 2 nci, 4 üncü, 87 nci ve 95 inci maddelerine aykırı olduğu için iptal etmesi gerekmektedir.

I.A.3. Türkiye Büyük Millet Meclisinde Oylanma Biçimi Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde Anayasanın değiştirilmesi hakkında kanun tekliflerinin kabulünde gizli oy esası getirilmiştir.

Ancak 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, TBMM'deki görüşmelerinde 1 ve 2 nci tur oylamalarında oy gizliliğine uyulmamış olduğu görülmektedir.

Oy gizliliğinin ihlal edildiği; oy gizliliğinin sağlanması için önlem alınması gerektiği muhalefet partilerinin milletvekilleri ve Grup Başkanvekillerce sıklıkla dile getirilmesine, bu konuda tartışmalar yapılmış olmasına rağmen TBMM Başkanlığınca herhangi bir önlem alınmamıştır.

Ekte sunulan belge ve bilgilerden, kimi milletvekillerinin diğerlerinin oy pulunu gördüğü, oy zarfını denetlediği, oy kabinine birlikte girdiği, bu görüntülerin özellikle 5982 sayılı kanunun çerçeve 8 inci maddesinin düşmesinden sonra yeni numarası ile çerçeve 16 ncı ve devamı ile çerçeve 22 inci maddelerinde ihlallerin doruk noktasına ulaştığı, sonuç olarak oylamalarda gizlilik ilkesinin ihlal edildiği açık olarak görülmektedir.

Böyle bir durum, Anayasanın 175 inci maddesine açıkça aykırıdır ve bu aykırılık, söz konusu Kanunun 1 inci tur oylamalarında sözkonusu olsa bile, Kanunun tümünü geçersiz kılacak niteliktedir. Çünkü Kanunun 2 nci tur oylamaları ve tümü hakkındaki oylama 1 inci tur oylamaların hazırladığı zemin üzerinde yapılmaktadır.

Anayasamızın 148 inci maddesinde, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliği yapan Kanunları ancak şekil açısından denetleyebileceği bildirilmiş ve bu denetim teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır.

Bir oylamanın öngörülen çoğunlukta yapıp yapılmadığı ancak geçerli oylar bakımından belirlenebilecek bir husustur. Bu nedenle oylama çoğunluğuna uyulup uyulmadığının anlaşılabilmesi için önce kullanılan oyların ne kadarının geçerli olduğu ortaya konulmalıdır. Oy gizliliğinin ihlal edilmiş olması ise, oyun geçerliliğini ortadan kaldıran bir durumdur. Bu nedenle, Anayasanın 148 inci maddesinin Anayasa Mahkemesine verdiği oylama çoğunluğuna uyulup uyulmadığını denetleme yetkisinin evleviyetle oylamanın geçerli olup olmadığı hususunu da içerdiği kabul edilmelidir.

Duruma bu açıdan bakılınca, olayda Anayasa Mahkemesinin oylamanın geçerliliğini de denetlemesi ve oy gizliliğinin Anayasanın 175 inci maddesine aykırı olarak bozulduğu gerekçesiyle 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tümünü iptal etmesi gerektiği görülmektedir.

I.A.4. İvedilikle Görüşülmeme Şartı Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinin 1987 tarih ve 3361 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde 'Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez' denirken; maddede, anılan Kanunla yapılan değişiklikten sonra, bu

ifade 'Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür' şekline dönüştürülmüştür.

Bu nedenle Anayasanın 148 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan 'ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı' ibaresinin, 'Anayasa değişikliği teklifinin TBMM Genel Kurulunda iki kere görüşülüp görüşülmediği' olarak anlaşılması gerekmektedir. (Bkz. Erdal Onar, '1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu', Ankara 1999, s. 153; Ergun Özbudun, 'Türk Anayasa Hukuku', Gözden Geçirilmiş 6. baskı, Ankara 2000, s. 151; Erdoğan Teziç, 'Anayasa Hukuku', 13. bası, İstanbul 2009, s. 171)

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun ise TBMM Genel Kurulunda Anayasanın öngördüğü biçimde iki defa görüşülmediği görülmektedir. Çünkü Anayasanın 175 inci maddesinde, Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabi kılınmıştır. Kanunların TBMM Genel Kurulunda nasıl görüşüleceği, TBMM İçtüzüğü'nün 81 inci maddesinde belirtilmiştir. 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun TBMM Genel Kurulundaki birinci görüşmesinde, İçtüzüğü'nün 81 inci maddesi hükmü doğrultusunda uygulama yapıldığı görülmektedir; ancak ikinci görüşmede, İçtüzüğü'nün 81 inci maddesinde kanunlar için öngördüğü usulün dışına çıkılmış ve sadece maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önermeleri görüşülmüş; siyasi parti gruplarına, maddeler üzerinde söz verilmemiştir.

Böyle bir yöntemle yapılan ikinci görüşmenin Anayasanın 175 inci maddesinde belirtilen anlamda bir ikinci görüşme sayılamayacağı ortadadır. Çünkü Anayasanın 175 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca iki defa yapılacak görüşmenin, her ikisinin de, kanunların görüşülmesinde uygulanan ve TBMM İçtüzüğü'nün 81 inci maddesinde belirtilen usul doğrultusunda gerçekleştirilmesi; bu bağlamda ikinci görüşmede de tüm maddeler üzerinde siyasi parti gruplarına söz verilmesi gerekmektedir.

Bu şekilde yapılmayan bir ikinci görüşmenin, Anayasanın 175 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı düşeceği ve bu aykırılığın, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddelerini ilgilendireceği açıktır.

Ancak burada 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun yasalaşma sürecinde TBMM'de yapılan ikinci görüşmede uygulanan yöntemin TBMM İçtüzüğü'nün 93 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına dayandırıldığı belirtilmesi gerekir. Ne var ki, ikinci görüşmenin İçtüzüğü'nün 93 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına uygun bir yöntemle yapılmış olması, bu görüşmenin Anayasaya da uygun bir nitelik kazanmasını sağlamamaktadır. Çünkü TBMM İçtüzüğü'nün 93 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında getirilen görüşme yöntemi, Anayasanın 175 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 148 inci maddesinin kendisine verdiği şekil açısından denetim yetkisi kapsamında, ikinci görüşmesi Anayasanın 175 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına uygun olarak yapılmadığı için Anayasanın 175 inci maddesine yukarıdaki gerekçelerle aykırı düşen 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddelerini denetlemesi ve iptal etmesi gerekmektedir.

**I.A.5. Amacı Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, yürürlüğe girdiği günden bu yana, çeşitli açılardan eleştirilerin hedefi olmuş; kimi hükümlerinde bu eleştiriler doğrultusunda önemli değişiklikler yapılmıştır.

Bugün toplumumuz yeni bir Anayasa değişikliği ile karşı karşıyadır. 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla gerçekleştirilen bu Anayasa değişikliğinin, özellikle bu değişiklik paketini hazırlayan ve yasalaşmasını sağlayan iktidar partisi ve ona yakın çevrelerce, 'toplumun beklentileri doğrultusunda yapılan bir reform' olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Ancak dikkatli bir inceleme, bu değişikliğin asla toplumun beklentileri doğrultusunda gerçekleştirilmiş bir reform olmadığını ortaya koymaktadır.

Çünkü bu Anayasa değişikliği, Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından, sivil toplum örgütlerinin, ilgili meslek kuruluşlarının, üniversitelerin, konuyla ilgili bilim insanlarının ve siyasi partilerin katkısı alınmadan, görüş ve önerileri de gözardı edilerek ve bir uzlaşma arayışına girilmeksizin hazırlanmıştır. Hatta bu süreçte anayasal kurumların da görüşü alınmamıştır. Bu durum, AB Komisyonunca hazırlanan 3. İstişari Ziyaret Raporunda da 'yasa yapma sürecinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşlerinin alınabilmesine imkan tanıyacak resmi görüşme mekanizmasının bulunmadığını öğrenmekten şaşırıldık', 'Yüksek Kurul ile Parlamento üyeleri arasında adaletin yönetimi ile ilgili yasal reformların tartışılacağı resmi toplantılar yapılmasını teklif ediyoruz' ifadeleriyle belirtilmiştir. Bu görünüm, bu değişikliğin bir dayatmaya, bir parti metnine dönüşmesine neden olmuş; toplumdan ve siyasi partilerden dayatılan metne sadece destek istenmiştir. Halbuki Anayasa değişikliklerinde temel unsurlar 'katılım, müzakere ve uzlaşma'dır. Anayasamızın 175 inci maddesinde Anayasa değişikliklerinin teklif ve kabul aşamalarında nitelikli çoğunluk aranmasının amacı da aslında bu hususların yaşama geçirilmesidir.

Bu Anayasa değişikliğinde, toplumun üzerinde anlaştığı çözümlerin aksi yönde çözümlere yer verilmesi de belirtilmesi gereken bir husustur.

Söz konusu Anayasa değişikliğinin, çağdaş demokratik toplumun gereklerine, Avrupa Birliği çerçevesinde ortaya konulmuş önerilere, değerlendirme ve ilkelere uygun bir nitelik taşımadığı da görülmektedir.

Toplumumuzda ve Avrupa Birliğinde, yargı alanında devletin yapılanması bakımından üzerinde anlaşarak ve vurgulanarak yıllardır yapılması beklenenler; yargının tam anlamıyla tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanması, bir bağlamda Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesinin ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üye seçiminde rol tanınmaması, Adalet Bakanı ve Müsteşarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yer verilmemesi, yargıç ve savcılar denetleyecek müfettişlerin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlanması, denetimde Adalet Bakanına ve adalet müfettişlerine rol verilmemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu sekreteryasının Kurula bağlanması, hakim adaylarının seçiminde Adalet Bakanına rol tanınmaması, hakimlerin idari yönden Adalet Bakanlığına bağlılıklarının kaldırılması, Anayasa Mahkemesinin yasama ve yürütmeden bağımsız ve daha hızlı çalışmasını sağlayacak bir oluşuma kavuşturulması olarak sıralanabilir.

Bu istemlerin yalnız toplumumuzdan gelmediğini; özellikle Avrupa Birliği bünyesinde de aynı doğrultularda genel veya Türkiye'ye yönelik önerilerin yapıldığını belirtmekte yarar vardır.

Örneğin yargı bağımsızlığı konusunda Avrupa standartını oluşturacak temel ilkeleri belirleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (R[94]12) kararında; 'Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci, hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla, merciin üyeleri yargı tarafından

seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vaz'etmelidir.' ilkesi ortaya konulmuştur. (Bkz. Fazıl Sağlam, 'AKP'nin Anayasa Değişikliği'ne Bakı'dan naklen, Cumhuriyet Gazetesi, 3 Nisan 2010)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 13 Ekim 1994 tarihli 518 inci toplantısında kabul edilmiş olan bu kararda, yargı ile ilgili olarak benimsenen bu temel ilkenin dışındaki, değişik ülkelerde görülen ve bir kısmı gelenekten kaynaklanan farklı atama usullerinin ancak uygulamada bağımsızlığı sağlayan hukuki ya da fiili güvencelerin varlığı halinde geçerli sayılabileceği ifade edilmiştir. Hemen belirtelim ki, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi (CCJE)'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunduğu 10 (2007) No'lu görüşte de, hakimlerin seçimleri ve kariyerleri hakkında karar verecek Kurulun yalnız yargıçlardan oluşması ve bu yargıçların kendi emsallerince seçilmesi, birinci tercih olarak sunulmuştur. CCJE'nin, Kurulun yalnız yargıç üyelerden oluşmadığı durumlarda ise, yargıç olmayan üyelerin yürütme tarafından seçilmemesini önerdiği görülmektedir. (Bkz. Fazıl Sağlam, 'AKP'nin Anayasa Değişikliği'ne Bakış', Cumhuriyet Gazetesi, 13 Nisan 2010, ayrıca Bkz. 'Avrupa Yargıçları İstişare Konseyi (CCJE)'nin Toplum Hizmetine Adanmış Yargı Yüksek Kurulları Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine sunduğu 10 (2007) No'lu Görüş, III.A madde 16 ve 17, III.C.2 nci madde 32)

AB Komisyonu uzmanları tarafından Türk yargı düzeniyle ilgili olarak hazırlanan İstişari Ziyaret Raporlarında da benzer yaklaşımların öne çıktığı görülmektedir.

Örneğin (28 Eylül 2003 ' 10 Ekim 2003) tarihli 1. İstişari Ziyaret Raporunda öncelikli öneri; Cumhurbaşkanının, Avrupa Konseyi'nin Hakimlerin Bağımsızlığına İlişkin Tavsiyelerinin I (2) (c) ilkesi uyarınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliklerine atama yetkisinin kaldırılması ve söz konusu yetkinin hakim ve savcılarının bizzat kendilerine verilmesidir. Aynı Raporda öneriler arasında, yukarıda belirtilen Avrupa Konseyi tavsiyelerinin I (2) (c) ilkesine göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının çıkarılacak şekilde yeniden düzenlenmesi; hakim adaylarının seçilmesi usulünde Adalet Bakanının yetkisinin kaldırılması; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 144 üncü maddesinin, yeniden düzenlenerek adalet müfettişlerinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun denetimi altında çalışacak şekilde yeniden atanması; yargı mensupları hakkında inceleme ve soruşturma iznini vermek veya talep etmek yetkisinin Yüksek Kurula bırakılması da tavsiye edilmiştir. (Bkz. 'İstişari Ziyaret Raporu (28 Eylül ' 10 Ekim 2003), IX. Sonuçların ve Tavsiyelerin Özeti', bu rapor dilekçenin ekinde Ek. 9 olarak sunulmuştur.

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlattırılan (11 ' 19 Temmuz 2004) tarihli 2. İstişari Ziyaret Raporunda da; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinin Adalet Bakanı ve Müsteşarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan çıkarılmasını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi ve Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin kaldırılması; Kurula kendisine ait sekreteryaya bağlanması; hakim adaylarının seçiminde Adalet Bakanına değil Kurula yetki tanınması; adalet müfettişlerinin Kurula bağlanması gibi önerilerin yinelenildiği ve bunlara uyulmadığı hususunun vurgulandığı görülmektedir. (Bkz. 'İstişari Ziyaret Raporu (11 ' 19 Temmuz 2004)', Avrupa Birliği tarafından hazırlattırılan 13 ' 22 Haziran 2005 tarihli İstişari Ziyaret Raporunda da aynı hususlar üzerinde durulmaktadır. (Bkz. İstişari Ziyaret Raporu (13 Haziran ' 22 Haziran 2005), Tavsiyelerin Özeti, madde 1, 4, 5, 7, 9.)

Aynı yaklaşım daha genel ifadelerle, Avrupa Birliğinin Türkiye ile ilgili İlerleme Raporlarında da kendisini göstermektedir. Örneğin 2006 yılı İlerleme Raporunda (Bölüm 2.1'de 'Yargı Sistemi' alt başlığı altında) " Adalet Bakanı ve Müsteşarı da Kurulun oy hakkında sahip yedi üyeliğinden ikisini oluşturmaktadır' Bu yapı ' yürütmenin Türkiye'deki hakimlerin mesleki ilerlemelerine yönelik alınacak kararları etkileme potansiyeli yaratır' değerlendirmesi yapılmıştır. (Bkz. Fazıl Sağlam, 'AKP'nin Anayasa Değişikliğine Bakış', Cumhuriyet Gazetesi, 13 Nisan 2010)

Bu açıklamalar, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Genel Gerekçesinde ve Madde Gerekçelerinde, her ne kadar Avrupa Birliği gereklerine uyum amacı öne sürülse de, getirilen düzenlemelerin böyle bir uyumu sağlamayı hedeflemediğini kanıtlamaktadır.

Çünkü yapılan bu yeni düzenlemede de Adalet Bakanına ve Müsteşarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yer verilmiştir; Adalet Bakanı Kurulun Başkanıdır; Kurul üyeliklerinin seçiminde Cumhurbaşkanının hakim veya savcı kökenli olmayan kimseler arasından da Kurula üye seçmesine olanak tanınmıştır. Savcı ve yargıçlar hakkındaki inceleme ve soruşturmaları Kurula bağlı müfettişlerin yapacağı esas kabul edilmekle birlikte getirilen geçici maddelerle, ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapıp kurul müfettişleri atanıncaya kadar adalet müfettişlerinin aynı zamanda Kurul müfettişi olarak görev yapacakları hükme bağlanmış ve ne zamana kadar tamamlanması gerektiği bildirilmemiş olan ilgili kanunlardaki düzenlemeler yapılmadığı sürece, eski düzenin sürdürülmesi sağlanmıştır.

Kısaca, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla, hakim ve savcılarının kariyerleri ve mesleki ilerlemeleri konusunda karar yetkisine sahip olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yürütmeye bağımlı karakteri değiştirilmemiş; aksine bu Kurul, yürütmenin etki ve baskılarına daha açık bir hale getirilmiştir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, Anayasa Mahkemesini yeniden yapılandıran hükümleri de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu yapılandıran hükümlerden farklı nitelikte değildir. Çünkü bu hükümler de, bir yandan Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin kullanılmasını güçleştirirken; (örneğin parti kapatma ve Anayasa değişikliklerini iptal kararı verme yetkisini, karar yetersayısını yükseltmek yoluyla nerede ise kullanılamaz hale getirirken) diğer yandan da, üyelerinin seçiminde eskiden Cumhurbaşkanına verilen yetkileri, yargı bağımsızlığı konusundaki tüm Avrupa Birliği tavsiye ve kararlarını gözardı ederek korumuş, hatta artırmış; ayrıca TBMM'ye de Anayasa Mahkemesine üç üye seçmek yetkisi tanıyarak, Mahkemeyi yasamaya da bağımlı hale getirmiştir. TBMM'deki çoğunluk ile Cumhurbaşkanının aynı siyasal parti kökenli olduğu durumlarda bu bağımlılığın, iktidar partisine bağımlılığa dönüşeceği ortadadır.

Halbuki yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Çağdaş çok partili parlamenter rejimlerde, iktidar partisi kanalıyla yasama ' yürütme arasında yaratılan fiili bütünleşmenin yasama ' yürütme arasındaki denetim araçlarını işlemez hale getirmesi nedeniyle ortaya çıkacak denetim boşluğu karşısında, siyasi iktidarın hukuki sınırları içinde kalmasını sağlayacak tek güç, yargıdır.

Yargının yargı organlarının üyelerinin seçiminde yasama veya yürütmeye tanınan yetkiler nedeniyle tarafsızlığını ve bağımsızlığını, yitirip, yandaş yargıya dönüşmesi; yasama ' yürütme arasındaki fiili bütünleşmeye yargının da katılması sonucunu doğuracaktır. Böylesi bir bütünleşmenin ise, demokrasinin bir totaliter rejime dönüşmesi tehlikesine yol açacağı kuşkusuzdur.

Anayasa değişikliği kapsamında ortaya konulan bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan tablonun, demokratik hukuk devleti anlayışı, Cumhuriyetimizin temel değerleri ve Avrupa ortak demokratik standartları açısından kabul edilebilir bir yanı yoktur. Çünkü değiştirdiğimiz düzenlemelere göre; yargı, yürütme ve yasamanın güdümüne girecek ve yandaşılaşacak; Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı fiillerin işlendiği bir odak haline gelen partilerin bile kapatılması ve Anayasaya aykırı Anayasa değişikliklerinin iptali hemen hemen imkânsızlaşacaktır.

Bu tablo karşısında, akla gelecek ilk soru, böyle sonuçlar yaratacak bir Anayasa değişikliğinin hangi amaçla yapıldığıdır.

Bu soruya, söz konusu Anayasa değişikliğinde yer alan bu düzenlemelerin, kamu yararı amacıyla yapıldığı yanıtını vermek olanaksızdır.

Çünkü bu düzenlemelerde, Avrupa Birliğinin, ilgili kurum ve kuruluşların, bilim insanlarının ve siyasi partilerin üzerinde anlaşılmış olduğu hemen hemen hiçbir çözüm yer almadığı gibi; toplumumuzda oluşmuş hiçbir ortak beklenti de karşılanmamıştır; hatta bunlara aykırı yönle yönelinmiştir. Bu durum, söz konusu Anayasa değişikliğinin kamu yararına değil, birtakım öznel amaçlara yönelik olarak gerçekleştirildiğini ortaya koymaktadır.

Bu öznel amacın ne olduğu sorusunun yanıtı ise kuşkusuz, bugünün koşullarında yasama ' yürütme ve yargı, daha açık ifade etmek gerekirse, Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarı ile yargı arasındaki ilişkide saklıdır.

Adalet ve Kalkınma Partisinin ve Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarının yargı ile, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Anayasa Mahkemesi ile sorunu vardır. Çünkü, Adalet ve Kalkınma Partisinin kapatılması için dava açan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısıdır. Bu davada Adalet ve Kalkınma Partisinin demokratik ve laik Cumhuriyet karşıtı fiillerin işlendiği bir odak olduğunu karara bağlayan ve Adalet ve Kalkınma Partisi çoğunluğunun TBMM'de çıkardığı birtakım Anayasaya aykırı yasaları iptal eden de, Anayasa Mahkemesidir. İdari ve adli yargı organlarının kararları, artık Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarının öznel beklentilerini karşılamaktan uzaklaşmış; Adalet ve Kalkınma Partisi ve bu partinin milletvekili, bakan ve yandaşlarından oluşan blok ile yargı arasında bir gerginlik ve çekişme başlamıştır.

Örneğin, Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı Cihaner olayında, Erzurum Cumhuriyet savcılarının özel yetkilerini, hukuka açıkça aykırı işlemleri nedeniyle kaldıran Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı, Adalet ve Kalkınma Partili çevrelerce 'saldırı' denebilecek şekilde eleştirilmiştir.

Adalet Bakanı ve Müsteşarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu çalışmalarına katılmamak suretiyle Kurul çalışmalarını kilitlemeleri ve bunu bir alışkanlık haline getirmeleri nedeniyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Müsteşar hakkında suç duyurusunda bulunması da, aynı çevrelerde benzer tepkilere yol açmıştır. Bu durum 'yetki aşımı' olarak tanımlanmıştır. Başbakan, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulunun siyasallaşmakla suçlanmış ve 'Bu kadar siyasete meraklılarsa seçim yaklaşıyor, mesleklerini bırakıp herhangi bir partiden üye olsunlar' sözleri ile duygularını ifade etmiştir.

Adalet ve Kalkınma Partili hükümet üyeleri hakkında ortaya atılan yolsuzluk iddiaları, bunlar hakkında muhalefetin soruşturma açılmasına ilişkin taleplerinin reddedilmesi suretiyle

rafa kaldırılmakta; ancak bu, Yüce Divan'da yargılanma tehlikesini bertaraf etmeye yetmemektedir.

Bütün bunlara ek olarak, milli iradeyi TBMM'deki parti çoğunluğunun iradesinden ibaret sanmak yanlışlığına kapılan Adalet ve Kalkınma Partisi, artık hukuka sığmayan icraatına 'dur' diyen yargıyı kendisi için bir engel olarak da görmeye ve yandaş bir yargı yaratma özlemi çekmeye başlamıştır. Oysa yargı, kamusal bir faaliyet olup hiç kimsenin değil, herkesindir (bkz. Kunter-Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2000, s. 119); ulusun egemenliğine dayanan hukuki bir faaliyettir.

Bütün bu durumlar, Adalet ve Kalkınma Partisinin yargıya bakış açısının ve yargıdan beklentilerinin ortaya konulmasına yardımcı olduğu gibi, tümü Adalet ve Kalkınma Partili olan milletvekillerince önerilen Anayasa değişikliğinin asıl amacının belirlenmesini de sağlamaktadır. Bu amaç; Adalet ve Kalkınma Partisinin yasama ve yürütmedeki iktidarına bağımlı ve aynı zamanda yandaş bir yargı yaratılması, bir başka deyişle yargının fethedilmesi; Anayasa Mahkemesinin etkisizleştirilmesi ve Yüce Divan olarak tehlike arz etmekten uzaklaştırılması; kısaca Adalet ve Kalkınma Partisine ve bu Partinin iktidarına yargıya karşı korunma sağlanmasıdır.

Bunlar gerçekleştirildiğinde ise, artık yargı, hukuki sınırlarına sığamayan Adalet ve Kalkınma Partisi için bir engel oluşturmaktan çıkacak; kapatılma davaları ve Yüce Divan yargılamaları korku yaratmaktan uzaklaşacaktır.

En önemlisi de, bu Anayasa değişikliği, Anayasayı Anayasaya aykırı olarak değiştiren kanunların iptalini getirdiği düzeneklerle imkansız denecek kadar güçleştirdiği için; Cumhuriyetin, kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkelerinin dışındaki niteliklerini örneğin laikliği veya Cumhuriyet yönetim biçiminin kendisini değiştirecek başka Anayasa değişikliklerinin de önünü açacaktır. Böylece Cumhuriyetin temel felsefesi ve bu felsefeye dayalı Devlet yapısı, yapılacak yeni Anayasa değişiklikleri ile rahatça başkalaştırılabilecektir.

(Halen New York'taki New School For Social Research'te öğretim üyeliği yapan ve çalışmalarını anayasa hazırlama süreçleri üzerinde yoğunlaştırmış bulunan Macar asıllı Prof. Dr. Andrew Arato'nun da söz konusu Anayasa değişikliği ile ilgili değerlendirmesinde özellikle bu hususa dikkat çektiği görülmektedir. Bkz. 'soru cevap', Milliyet Gazetesi, 26 -27 Nisan 2010)

Bunun, uygulanan seçim sisteminin çoğunluk partisine aldığı oya oranla aşırı temsil imkanını sağladığı ülkemizde, 'toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Anayasanın Başlangıcında belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olan ve devleti ile ülkesi bölünmez bir bütün oluşturan Türkiye Cumhuriyeti için, belki de üzerinde durulması gereken en büyük tehlike olduğu ortadadır.

Bu sonuç ve imkanları hazırlayan bir Anayasa değişikliğini kabul edilebilir hale getirmek için, söz konusu Anayasa değişikliği paketinde temel hak ve özgürlüklerle, eşitlikle ve bunun yanı sıra askeri yargı, yargı kararları, Ekonomik ve Sosyal Konsey, TBMM Başkanının görev süresi ile ilgili toplumun beğenisini kazanacağı düşünülen ilgili birtakım başka düzenlemelere de yer verilmiştir. Bunlar, Anayasanın 10, 20, 23, 41, 51, 53, 54, 84, 94, 125, 128, 129, 145, 147, 148, 156, 157, 166 ncı maddeleri ve 'Geçici 15' inci maddesi ile ilgili değişikliklerdir.

Bu düzenlemelerin, TBMM'de muhalefetin bu Anayasa değişikliğine karşı çıkmasını önleyeceği veya desteğini sağlayacağı düşünülmüştür. Dahası, halkoylamasında beğenileceği düşünülen bu hükümlere, reddedileceğinden korkulan hükümlerin taşıttırılması amaçlanmış ve bu nedenle halkoylamasında 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tümüyle oylanacağına ilişkin bir hüküm, bu Kanunun yürürlük maddesine yerleştirilmiştir.

Kullanılan bu yöntemler, Adalet ve Kalkınma Partisinin, gerek TBMM Genel Kurulundaki görüşmelerde gerekse yapılacak halkoylamasında bu Anayasa değişikliğinin mutlaka kabul edilmesini sağlama kararlılığının bir göstergesidir.

Bu Anayasa değişikliğinin kabulü halinde düzende oluşacak değişimlerden sonra, TBMM'de gerekli karar yetersayısı çoğunluğuna sahip bir partinin, yukarıda belirtildiği gibi Cumhuriyetin temel niteliklerini, başka yeni Anayasa değişiklikleri yoluyla değiştirmesinin önünde de artık önemli hiçbir engel kalmayacaktır; hatta Anayasa Mahkemesinin söz konusu 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla ilgili kararı halkoylaması sonrasına kalacak olursa, bu Kanunun halkoylamasında kabulü halinde, karar yetersayısının yükselmesi nedeniyle bir iptal kararının verilmesi de çok güçleşecektir.

Bütün bu hususlar dikkate alınarak, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun amacı değerlendirildiğinde, bunun 'kamu yararı' olmadığını söylemek gerekli hale gelmektedir.

Bilindiği ve yukarıda da ifade edildiği gibi bir hukuk devletinde, kamu erki kullanılarak yapılan tüm işlemlerin nihai amacının 'kamu yararı' olması gerekir.

Kamu erki kullanılarak yapılan bir işlemin kamu yararı nihai amacına yönelik olmaması, hukuk devletine aykırıdır.

Hukuk devleti, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilmiştir. Bu nedenle, hukuk devletine aykırı bir Anayasa değişikliği, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir biçimde değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu da Anayasanın 4 üncü maddesinde ifade edilen değişmezlik ilkesine aykırıdır. Yönelindiği amaç bakımından yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı düşen 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, tüm hükümlerinin iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 8'inci, 14'üncü, 16'ncı, 19'uncu, 22'nci, 25'inci ve 26'ncı Maddelerine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.B.1. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74'üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrasını Yürürlükten Kaldırarak Maddeye Eklediğini İfade Ettiği Üçüncü Fıkradaki 've Kamu Denetçisine Başvurma' İbaresini İle Madde Başlığındaki 've Kamu Denetçisine Başvurma' İbaresinin, Dördüncü, Beşinci ve Altıncı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74 üncü maddesinin üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırarak maddeye eklediğini ifade ettiği üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarda, Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulduğu görülmektedir. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmak için T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklenen fıkralarda Anayasaya aykırı hususlar vardır. Şöyle ki:

· 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiğini ifade ettiği T.C. Anayasasının 74 üncü maddesinin yeni eklenen dördüncü fıkrasında, Kamu Denetçiliği Kurumunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak, ancak idareyle ilgili şikayetleri incelemek üzere kurulduğu görölmektedir.

şikayetleri incelemekle görevli bir idari kurumun TBMM Başkanlığına bağlanması, yasamanın bu kurumun işlevleri bakımından yürütme üzerinde üstünlük kazanması anlamına gelmektedir. Bu durumun ise Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayacağı ortadadır.

· Diğer yandan T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklendiği ifade edilen beşinci fıkrada, Kamu Başdenetçisinin seğiminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, yukarıda belirtilen 'yasamanın yürütme üzerinde kuvvetler ayrılığına aykırı olarak üstünlük kurması' durumunun, daha da somut bir görünüm kazanmasına neden olmaktadır. Seçim için, söz konusu beşinci fıkrada belirtilen yöntem ise, Kamu Başdenetçisinin seçiminde tamamen Türkiye Büyük Millet Meclisindeki çoğunluk partisinin belirleyici olmasını sağlamaktadır. Bu da, yasamanın bu bağlamda yürütme üzerinde üstünlük kurmasını sağlayan bir başka husus olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü ilk iki oylamada seçilmek için üye tamsayısının üçte iki ve 3 üncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranırken, dördüncü oylamada, seçilmek için, en fazla oyu almak yeterli görölmüştür. Bu da Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan Başlangıç ilkelerinden kuvvetler aykırılığına aykırıdır.

5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin, T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklediğini ifade ettiği altıncı fıkrada ise, Kamu Denetçiliği Kurumunun görevlerine, yetkilerine, inceleme sonunda yapacakları işlemlere ilişkin hiçbir belirleme yapılmamış; bu hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bir başka deyişle Kamu Denetçiliği Kurumunun yetkileri, inceleme sonunda yapacakları işlemler, tamamen Türkiye Büyük Millet Meclisine bırakılarak adeta isimden ibaret işlevi ve yetkileri belirsiz bir kurum oluşturulmuştur. Böyle bir belirsizliğin hukuki güven duygusunu sarsacağı, keyfiliğe yol açacağı ve bu nedenlerle Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen 'hukuk devleti' niteliği ile bağdaşmayacağı açıktır.

Ayrıca Kamu Denetçisi Kurumunun idarenin işleyişi ile ilgili şikayetleri inceleyeceği belirtilmiş; ancak, bu inceleme sonunda yapılacak işlemler belirtilmemiş; özerk kurumlar ayırık tutulmadığı için, onlar da bu denetimin kapsamı içine girmişlerdir. Aynı durum yargıya intikal etmiş veya yargı kararına bağlanmış idari işlemler için de söz konusudur. Bunlar da ayırık tutulmadıkları için söz konusu denetimin kapsamı içinde kalmışlardır. Denetimin sonucunda yapılacaklar hakkında da belirsizlik vardır. Bu belirsizlikler de hukuki güven duygusunu zedelemekte ve söz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırılığı çok açık hale gelmektedir.

Bu nedenle, 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin Anayasanın 74 üncü maddesine eklediği dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğine aykırı düştüğünün, 8 inci madde bir Anayasa değişikliği yaptığı için bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti niteliğinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirilmesi anlamına geldiğinin, söz konusu fıkraların bu nedenle iptal edilmesi gerektiğinin söylenmesi gerekmektedir.

Bu belirsizlikler hukuki güven duygusunu zedelemekte ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Diğer yandan hakkında yargıya başvurulan veya yargı kararı verilmiş idari işlemlerin denetim alanı içinde olması da, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenle, 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin Anayasanın 74 üncü maddesine eklendiğini ifade ettiği dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin 'hukuk devleti' niteliği ile Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğünün; söz konusu 8 inci madde bir Anayasa değişikliği yaptığı için, bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesindeki yukarıda belirtilen niteliklerin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirildiği anlamına geldiğinin ve bu nedenle söz konusu dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların iptalinin gerektiği söylenmelidir.

Diğer yandan 5982 sayılı Kanunun Anayasanın 74 üncü maddesine eklediği ifade edilen üçüncü fıkrafta, Anayasaya aykırılığı açıklanan Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru hakkı düzenlenmektedir. Bu hakkın da, Kamu Denetçiliği Kurumunun ve bu uygulamanın Anayasaya aykırı olduğu dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralar için yapılan açıklamalarda ortaya konulmuş olduğu için, bu açıklamalarda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğü söylenmelidir ve bu nedenle bu fıkrafta yer alan 've kamu denetçisine başvurma' ile madde başlığındaki 've kamu denetçisine başvurma' ibareleri iptal edilmelidir.

I.B.2. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 14'üncü Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Bir hukuk devletinde yargı erkinin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi, öncelikle yargı bağımsızlığının ve yargıç 'savcı güvencelerinin sağlanmış olmasına bağlıdır.

5982 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan hüküm, adalet hizmetleri ile savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetiminin, adalet müfettişleri ile hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerinin ise adalet müfettişleri eliyle yapılacağını ifade etmektedir.

Böyle bir düzenlemenin savcıların, idari görevleri yönünden yapılacak denetimler ve araştırma, inceleme ve soruşturmalar aracılığı ile Adalet Bakanının etki ve baskısı altına girmesine yol açabileceği ortadadır. Son günlerde ülkemizde savcılar denetimi bağlamında yaşananlar, bu olasılığın hiç uzak olmadığını göstermektedir.

Savcıların, idari görevleri bakımından yapılacak denetim, araştırma, inceleme ve soruşturmaların Adalet Bakanlığının etki ve baskısı altına girmesine yol açabilecek husus, söz konusu madde değişikliğinde bu denetimin, inceleme, araştırma ve soruşturmaların adalet müfettişleri ile hakim ve savcılık mesleğinden gelen iç denetçilere bırakılmış olmasıdır. Çünkü iç denetçiler de, adalet müfettişleri de Adalet Bakanlığına bağlıdırlar ve bu nedenle Adalet Bakanının denetim süreçlerini etkileme olasılığı söz konusu olabilir. Böyle bir olumsuzluğu aşmanın yolu, söz konusu denetim, inceleme, araştırma ve soruşturmaların Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlı müfettişler eliyle yapılmasını sağlamaktır.

Savcıların idari görevlerinin denetimi, araştırma, inceleme ve soruşturmaları bağlamında bile olsa Adalet Bakanının etki ve baskısı altına girmesi, yargısal görevlerini bağımsız bir biçimde yerine getirmelerini engelleyecek; güvencelerini etkisiz kılacaktır. Bunun da hukuk devleti ilkesine ve kuvvetler ayrılığına aykırı düşeceği ortadadır.

Diğer yandan söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde sözü geçen 'Adalet hizmetleri', kapsamı belirsiz bir kavramdır ve bu belirsizlik, yargıçların da adalet hizmetleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetlenmesine yol açabilecektir. Bu da savcılar bakımından yukarıda değinilen tüm Anayasaya aykırı durumların, yargıçlar açısından da

kendisini göstermesine neden olacaktır. Bu bağlamda bu denetim, yargıçları da, Adalet Bakanının etki ve baskısı altına sokacak; görevlerini bağımsız bir biçimde yerine getirmelerini engelleyecek; güvencelerini etkisiz kılacaktır. Böylece hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı bir görünüm ortaya çıkacaktır.

Öte yandan getirilen düzenleme, HSYK üyesi olacak 1. sınıf yargıç ve savcılarının, üyelik süresince Bakanlık denetimi dışında kalmamasına, Bakanlık denetimine tabi olmasına da yol açacaktır. Bu da yukarıda belirtildiği gibi yargı bağımsızlığına, yargıç ve savcı güvencesine aykırı bir durum olup hukuk devleti ile de bağdaşmamaktadır.

Söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinde de, Anayasaya aykırı bu denetimin usul ve esaslarının belirlenmesi çıkarılacak kanunlara bırakılmıştır. Bu nedenle, denetim konusunda yukarıda belirtilen Anayasaya aykırılık ve belirsizlikler, söz konusu ikinci tümce için de aynen geçerlidir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında, hukuk devleti ve başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığı da yer almaktadır. Bu nedenle, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının tümüyle Anayasanın 2 inci maddesinde belirtilen bu niteliklere aykırı düştüğünün söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için, bu aykırılık söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesini hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı nitelikleri bakımından değiştirildiği anlamına gelmektedir. Böyle bir değişiklik ise Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik yasağına aykırıdır. Bu nedenle Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı olan 5982 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (2709 sayılı kanunun değişen 144 üncü maddesinin) iptal edilmesi gerekmektedir.

**I.B.3. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 16'ıncı Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

Anayasa Mahkemesinin üyelerinin seçiminde ülkelerin kendi siyasal koşul ve gelişimleri doğrultusunda birbirinden farklı yöntemler kullandıkları görülmektedir.

Bu bağlamda, kimi devletlerde yasama organlarına veya devlet başkanlarına Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin verildiği görülmektedir. Ancak dikkatlice bir inceleme, örneğin karar yetersayılarının yükseltilmesi, başka kurum ve kuruluşların göstereceği adaylar arasında seçim yapılması ve yargılayacak konumdakilerin, yargılayabilecekleri tarafından seçilmemesi gibi önlemlerle, Anayasa yargılaması yapacak yargı organının bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunmasına çalışıldığını ortaya koymaktadır. Avrupa ülkeleri, ilke olarak, yasamanın üye seçmesini uygun karşılamamakla birlikte, ancak ileri demokrasilerde, sayısı azınlıkta kalmak ve 2/3 oy çokluğuyla seçilmek koşuluyla parlamentoların yüksek yargıya üye seçtiği de görülmektedir. İleri demokrasiden kastedilenin, iki türlü dar bölge yöntemiyle seçilen ve lideri değil, halkı temsil eden milletvekillerinden oluşan, ayrıca seçim barajının yüksek olmaması nedeniyle hemen tüm siyasal görüşlerin temsil edildiği parlamentoların yer aldığı demokrasiler olduğu açıktır.

Buna karşın günümüzde Anayasa yargısı yapacak organa yürütme ve yasama organlarının üye seçmesi yöntemini benimsemiş ülkelerde de yukarıda belirtilen önlemler alınmış olsa bile bu yöntemin, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı bakımından sakıncalı bulunarak yoğun eleştirilere hedef olduğu da bilinmektedir.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi için yöntem belirlenirken, tüm ülkelerde gözetilmesi gereken ortak hedef, bağımsız ve yansız bir yapının ortaya çıkması olmalı; her ülke kendi tarihi ve siyasal koşulları çerçevesinde bu hedefe ulaşmasını sağlayacak çözümleri bulmalıdır. Kamuoyu da bağımsızlık konusunda her hangi bir kuşkuya düşmemelidir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinde, Anayasa Mahkemesi yapılanması hakkındaki çözüm, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 146 ncı maddesinde ortaya konulmuştur.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 146 ncı maddesinde Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ile ilgili olarak yapılmış bulunan düzenlemenin, 1982 tarihli Anayasanın yürürlüğe girdiği günden bu yana ağır eleştirilerin hedefi olduğu bilinmektedir. Bu eleştiriler, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde Cumhurbaşkanıya tanınan yetkiler üzerinde yoğunlaşmıştır. Türkiye'de, yasama, yürütme organları ile Cumhurbaşkanı arasındaki organik ve hukuksal bağın, uygulamada siyaseten tek güç haline geldiği, demokrasinin aynı zamanda bir yaşam biçimi olduğu gözetildiğinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinin, 'denetimsiz bir siyasal güç' yaratacağı bunun da Anayasanın 2 nci maddesindeki demokratik hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini değiştirici nitelikte olduğu hususuna dikkat çekilmiştir. Cumhurbaşkanıya Anayasa Mahkemeleri üyelerinin seçiminde tanınan yetkilerin Anayasa Mahkemesini, oluşum bakımından Cumhurbaşkanının etkisine açık hale getirdiği ve bunun Mahkemenin bağımsızlığını zedeleyecek ve yürütmenin etkisi altına girmesine yol açacak bir durum olduğu; bu yetkilerin azaltılması gerektiği sıklıkla öne sürülmüştür.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında getirilen hükümlerin ise, bu eleştirileri ortadan kaldıracak değil; daha da yoğunlaştıracak bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Şöyle ki: 1982 tarihli T.C. Anayasasına göre; Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesine 3 asıl üyeyi doğrudan seçmekteydi. 16 ncı madde ile yapılan değişiklikte bu sayı 4'e çıkarılmıştır. Cumhurbaşkanıya ayrıca Anayasa Mahkemesinin 10 üyesini de dolaylı olarak seçme yetkisi verilmiştir; yani, 17 üyelik Anayasa Mahkemesinde üyelerin çoğunluğu (14'ü) Cumhurbaşkanının tercihleri doğrultusunda belirlenecektir. Böylesi bir düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığının zedelenmesine yol açacağı ve tarafsızlığından kuşku duyulmasına neden olacağı ortadadır.

Değişiklikten önce Cumhurbaşkanıya Anayasa Mahkemesinin 3'ü doğrudan 8'i dolaylı olmak üzere tüm asil üyeleri ile 1'i doğrudan 3'ü dolaylı olmak üzere tüm yedek üyelerini seçme yetkisi verilmiş olduğunun söylenmesi; bu gerçeği değiştirmemektedir. Çünkü 1982 Anayasasının 102 nci maddesinin 21.10.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, Cumhurbaşkanının TBMM tarafından üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilmesi öngörülmüş; ilk iki oylamada üçte iki çoğunluğun sağlanamaması halinde üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu yeterli sayılmış; üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamayacak olursa üçüncü oylamada en çok oy alan iki aday arasında yapılacak dördüncü oylamada da Cumhurbaşkanı seçilebilmek için yine üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu aranmıştır. Ayrıca 102 nci maddenin Anayasa Mahkemesince yorumu, toplantı yetersayısının da TBMM üye tamsayısının üçte ikisi olduğu doğrultusunda yapılmıştır. Bu düzenlemeler, Anayasanın 102 nci maddesinde 2007 yılında yapılan değişiklikten önce, Cumhurbaşkanının ancak TBMM'de oluşacak bir uzlaşmanın sonunda seçilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu da, Cumhurbaşkanı seçilecek kişinin tarafsız bir yapıda olmasını gerektirecek bir durumdur.

Cumhurbaşkanına Anayasa Mahkemesinin üyelerini seçme konusunda geniş yetkiler tanınmasının temelinde de bu tarafsız yapısı ve konumu yatmaktadır. Ancak 2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının genel oyla seçilmesi esasının getirilmesi ve partilere Cumhurbaşkanı adayı gösterme imkanının tanınması, bu durumu değiştirmiştir. Artık Cumhurbaşkanı adaylarının seçilebilmesi için halkın desteği gereklidir ve bu desteğin bir partinin katkısı olmaksızın sağlanabilmesi ve seçim propagandasının bir partinin parasal kaynaklarından yararlanmadan yürütülebilmesi imkansız denecek kadar zordur. Cumhurbaşkanları Anayasa kurallarında tarafsız bir statüde olsalar da, artık bu göreve bir partinin desteğini arkalarına almış, parasal kaynaklarından yararlanmış kişiler olarak geleceklerdir. Bu konumdaki Cumhurbaşkanlarına Anayasa Mahkemesi üyelerini seçmek konusunda geniş yetkiler tanınması, Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığının, öncekine oranla çok daha fazla tehlikeye düşürülmesi anlamına gelecektir. Çünkü belli bir partinin desteğiyle göreve seçilen Cumhurbaşkanları, Anayasa Mahkemesine, 16 ncı maddede yapılan düzenleme doğrultusunda, bu partinin tercihlerine uygun adayları seçecek ve bu partinin görüşleri doğrultusunda hareket edecek bir Anayasa Mahkemesi yaratmaya girişeceklerdir.

2007 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde Cumhurbaşkanına ikinci kez seçilmek imkanının getirilmiş olması; Cumhurbaşkanını tekrar seçilmek amacıyla, kendisini göreve getiren partiye bağımlılığını görevi boyunca da sürdürmeye itecek ve bu, yukarıda belirtilen bağımlılığı daha da pekiştirici bir etki yapacaktır. Kuşkusuz bu durumun yansımaları, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde de görülecektir. Bütün bu hususlar, 16 ncı maddenin dördüncü fıkrasında getirilen yeni düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığını ve yansızlığını zedeleyecek bir nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır.

Yargının yansızlığı ve yasama ' yürütmeden bağımsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarıdır.

Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyebilecek böyle bir düzenlemeyi getiren 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının, bu açıklamalar doğrultusunda Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan 'hukuk devleti'ne aykırı olacağı ortadadır.

Diğer yandan, söz konusu dördüncü fıkra Cumhurbaşkanı verilen Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin, Anayasa Mahkemesini Cumhurbaşkanına, bir başka deyişle yargıyı yürütmeye bağımlı hale getirerek Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan Başlangıç kısmı ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na da aykırı düşeceği yadsınamaz.

Söz konusu dördüncü fıkra Cumhurbaşkanı sadece 4 üyeyi doğrudan üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakimler ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından seçme yetkisi verilmesi; diğer 10 üyeyi ise, ancak Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Yükseköğretim Kurulunun kendilerine ayrılan kontenjanlar çerçevesinde gösterecekleri adaylar arasından seçme durumunda bırakılması da, bu aykırılıkları gidermeye yetmeyecektir. Çünkü aşağıda ayrıntılarıyla belirtileceği gibi; aday seçimleri için söz konusu dördüncü fıkra belirtilen yöntem, seçici kurumların iradesini aslına uygun biçimde yansıtmaya elverişli olmayan bir özellik taşımakta ve yukarıda belirtilen Anayasaya aykırılık durumlarını ortadan kaldırmaya değil, pekiştirmeye neden olmaktadır.

Açıklanan bu hususlar çerçevesinde söz konusu 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen 'hukuk devleti'ne ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düştüğü söylenmelidir.

5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisine de, Anayasa Mahkemesine 3 üye seçme yetkisi verilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2 üyeyi Sayıştay Genel Kurulu'nun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri 3'er aday içinden; 1 üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri 3 aday içinden gizli oylamayla seçecektir.

Görülüyor ki bu düzenleme, uzlaşma gerektirecek nitelikte bir karar yetersayısı belirlememiş olduğu için, giderek uzlaşma arayışından uzaklaşan yasama organımızda, iktidar partisi grubu, gösterilen adaylar arasından kendi dünya görüşlerine uygun bulduklarını rahatlıkla Anayasa Mahkemesine üye olarak seçebilecektir. Bu da, yasama organındaki çoğunluğun iktidarını, bir başka deyişle iradesini denetleyecek bir organın, bu çoğunluğa bağımlı hale getirilmesine ve bu nedenle bağımsızlığından ve tarafsızlığından kuşku duyulmasına yol açacaktır.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin söz konusu 3 üyeyi, kendilerine ayrılan kontenjanlar çerçevesinde Sayıştayın ve Baro Başkanlarının göstereceği adaylar arasından seçiyor olması da bu durumu değiştirmeyecektir. Çünkü bu adayların seçimi için belirlenen yöntem, aşağıda açıklanacağı gibi, Sayıştayın ve Baroların iradesini aslına uygun biçimde aday listelerine yansıtmaya elverişli değildir. Bu nedenle de bu yöntemin yukarıda belirtilen Anayasaya aykırılık durumlarını ortadan kaldırmaya değil, pekiştirmeye neden olacağı belirtilmelidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmazlarıdır.

Anayasa Mahkemesinin tarafsızlığının ve bağımsızlığının zedelenmesine yol açabilecek bir düzenlemenin, bu nedenle Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen 'hukuk devleti' ile bağdaşması beklenemez.

Bu açıklamalara dayalı olarak 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'hukuk devleti'ne aykırı düştüğü söylenmelidir.

Anayasa Mahkemesini, Türkiye Büyük Millet Meclisine bağımlı kılacak böyle bir düzenlemenin, Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilen ve Anayasanın 2 nci maddesinde yapılan gönderme nedeniyle Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan 'kuvvetler ayrılığı' ilkesine de aykırı düşeceği açıktır.

Burada, 17 üyeden oluşacak Anayasa Mahkemesinin, söz konusu 16 ncı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre hukukçu üyelerin azınlıkta kalacağı bir görünümle ortaya çıkması olasılığının da bulunduğuna dikkat çekilmelidir.

Çünkü Cumhurbaşkanının doğrudan ve Sayıştay, Danıştay ve Yükseköğretim Kurulunun göstereceği adaylar arasından seçeceği toplam 11 üye, hukukçu olmayabilir. Bu da yaptığı işin niteliği 'yargılama' olan bir kurum için yadırganacak hatta bu organın işlevini tam anlamıyla yerine getirmekten uzaklaştıracak, etkisizleştirecek bir durumdur. Anayasa

Mahkemesinin Yüce Divan sıfatı ile ceza yargılaması da yaptığı düşünülecek olursa, böyle bir durumun yol açabileceği olumsuz sonuçlar daha da belirgin biçimde görülebilir.

Yargının etkinliği, hukuk devleti için vazgeçilmezdir. Yargıyı etkisizleştiren bir düzenleme hukuk devleti ile bağdaşmaz. Bu nedenle söz konusu üçüncü ve dördüncü fıkraların belirtilen yönden de Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen 'hukuk devleti'ne aykırı düştüğü söylenmelidir.

5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin beşinci fıkrasında Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile baro başkanlarının Anayasa Mahkemesi üye adaylarını seçerken uygulayacakları seçim yöntemi gösterilmiştir. Bu seçim yöntemi de, yukarıda belirtildiği gibi, Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin kendi dünya görüşlerine uygun bir Anayasa Mahkemesi oluşturmalarını kolaylaştıracaktır. Çünkü, yapılacak aday seçimlerinde her genel kurul üyesi ve barolarda da her baro başkanı, her boş üyelik için ancak tek oy kullanabilecek; en fazla oy almış bulunan üç kişi aday gösterilmiş olacaktır. Bu yöntem, üçer adaylık için yapılacak bu seçimlerde, seçmenlere ancak birer aday için oy kullanmak imkanını tanıyarak, oy haklarını kısıtlamakta, kurumların tercihinin aslına uygun bir biçimde oya yansımını engellemekte; kurumlarında fazla destek görmeyen kimselerin bile adaylar arasına girmesine ve eğer Cumhurbaşkanı veya TBMM'deki çoğunluğun görüşlerine yakınsalar, Anayasa Mahkemesine üye seçilmesine imkan tanıyarak temsil adaletini bozmaktadır. Bu da, seçim kurumunun anlamı ve dolayısı ile 'demokrasi' ile çelişmekte; gerçekleştirmeye yöneldiği en önemli hedeflerden birisi adalet olan hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

Diğer yandan böyle bir yöntem, hukuk devletinin temel unsurlarından birisi olan eşitliğe de aykırıdır. Şöyle ki; Sayıştay, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden gelecek adayların söz konusu organların genel kurullarınca seçilmesi öngörülmüşken, Yükseköğretim Kuruluna doğrudan adayları seçme yetkisi verilmiş; baroların ise başkanlarının adayları belirlemesi öngörülmüştür. Bu düzenleme aday belirleyecekler bakımından, Sayıştay, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile barolar ve Yükseköğretim Kurulu arasında bir eşitsizliğin doğmasına yol açmaktadır. Çünkü Baro Başkanlarına ve Yükseköğretim Kuruluna aday belirleme yetkisi verilirken, diğerleri için Genel Kurullarına yetki tanınmıştır.

Buna ek olarak, baro başkanlarına verilen seçme yetkisi de, bir başka sorun daha yaratmaktadır. Çünkü her baro başkanı aynı sayıda baro üyesini temsil etmemektedir. Yüz üyesi bile olmayan bir baronun başkanı ile binlerce üyesi olan barolarının başkanlarının (Örneğin 31.12.2009 itibarıyla İstanbul Barosunun 24.989, Siirt Barosunun 35, Ankara Barosunun 9.437, Artvin Barosunun 54, Tunceli Barosunun 33 üyesi bulunmaktadır.) oylarının eş değer tutulması adil değildir; demokrasilerdeki temsil adaletine ve hukuk devletinin temel gereklerinden olan eşitliğe aykırı düşmekte, demokratik seçim gerekleriyle bağdaşmamaktadır.

Bu nedenlerle söz konusu beşinci fıkranın Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin 'demokratik hukuk devleti' olma niteliğine aykırı düştüğünün söylenmesi gerekir.

Bu noktada, yukarıda açıklanan gerekçelerle 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'hukuk devleti'ne; beşinci fıkrasının da yine Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'demokratik hukuk devleti'ne aykırı oldukları; söz konusu fıkralar bir Anayasa değişikliğine yönelik olduğu için, bu aykırılığın

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen nitelikler açısından Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir değişiklik yapmak anlamına geleceği söylenmelidir. Böyle bir değişikliğin yapılmasına Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilme yasağı engel olduğu için, söz konusu 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının (2709 sayılı kanunun değişen 146 ncı maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının) iptal edilmesi gerekmektedir.

5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası, (2709 sayılı kanunun değişen 146 ncı maddesinin birinci fıkrası) yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu ifade edilen Anayasa Mahkemesi yapılanmasına sayısal zemin hazırladığı için; bu fıkranın da söz konusu 16 ncı maddenin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları bakımından geçerli olan gerekçelerle iptal edilmesi gerekmektedir.

**I.B.4. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 19'uncu Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

**I.B.4.a. 19'uncu Maddenin İkinci Fıkrasının Dördüncü Tümcesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

5982 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinde, Bölümlerin ve Genel Kurulun kararlarını salt çoğunlukla alacağı ifade edilirken, burada toplantıya katılanların salt çoğunluğunun mu, yoksa üye tamsayısının salt çoğunluğunun mu kastedildiği hususuna açıklık getirilmemiştir. Bu, özellikle uygulamada vahim sonuçlara yol açabilecek bir belirsizliktir.

Bir hukuk devletinde hukuk kurallarındaki belirsizlik, hukuki güvensizlik yaratacağı için kabul edilemez; çünkü hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi hukuki güvenliktir. Bu nedenle, belirsizlik yaratarak hukuki güvenliği ortadan kaldıran 19 uncu maddenin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinde yer alan bu düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen 'hukuk devleti' ilkesine aykırıdır. Böylesi bir düzenlemeyi getiren bir Anayasa değişikliğinin, Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir biçimde, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen 'hukuk devleti' ilkesini değiştirmek anlamına geleceği kabul edilmelidir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesi böyle bir değişiklik yapılmasına imkan vermediği için 5982 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (2709 sayılı kanunun değişen 149 uncu maddesinin birinci fıkrası) dördüncü tümcesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

**I.B.4.b. 19'uncu Maddenin Dördüncü Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

1982 tarihli Anayasanın 149 uncu maddesinin, Anayasa değişikliklerinde iptale ve siyasi partilerle ilgili kapatma davalarında kapatmaya karar verilebilmesi için gerekli kıldığı çoğunluk, beşte üçtür.

5982 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının bu konudaki karar yeter sayısını yükseltmek suretiyle, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerinin iptaline, siyasi parti kapatmaya ve Devlet yardımından yoksun bırakmaya karar vermesini, imkansız denecek ölçüde güçleştirdiği görülmektedir.

Böyle bir hüküm, Anayasa değişiklikleri konusunda Anayasanın getirdiği yasakların rahatça aşılmasına ve özellikle, Cumhuriyetin Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddelerinde gösterilen nitelik ve özelliklerinin güvencesiz kalmasına yol açacaktır.

Aynı durum siyasi parti yasakları bakımından da kendisini gösterecek ve Anayasanın 68 inci maddesine aykırı fiillerin işlendiği bir odak haline gelen partilerin kapatılması veya Devlet yardımından yoksun bırakılması, karar yeter sayısına ulaşamadığı için imkânsızlaşacaktır. Böylece, Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasında sıralanan ve büyük bir kısmı Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen değerleri koruma altına alan yasaklara uyulması güçleşecek; bunlar etkisizleştirilmiş olacaktır.

Bir hukuk devletinde, birtakım hukuk kurallarının belirlediği yasaklara uyulmamasını kolaylaştırmak veya getirdiği yaptırımların uygulanmasını imkansızlaştırmak üzere başka hukuk kuralları yapılması, kabul edilemez bir durumdur. Çünkü bu, hukuk devletinin sağlamak zorunda olduğu hukuk düzeninin etkinliğini ve hukuka güven duygusunu özünden zedeler. Bu açıdan söz konusu dördüncü fıkranın, Anayasanın 2 nci maddesindeki 'hukuk devleti' ilkesine aykırı olduğu ve söz konusu dördüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bunun, Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı biçimde Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin değiştirilmesi anlamına geldiği kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar, 19 uncu maddenin dördüncü fıkrasının, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğini değiştirdiğini ortaya koymaktadır. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesi böyle bir değişikliğe imkan vermediği için söz konusu dördüncü fıkra (2709 sayılı kanunun değişen 149 uncu maddesinin üçüncü fıkrası) iptal edilmelidir.

**I.B.5. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 22'nci Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

**I.B.5.a. 5982 Sayılı Kanunun 22'nci Maddesinin Üçüncü ve Dördüncü Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinde, 7 üyeden oluşan bir Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu öngörülmüştür.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ise Kurulun, üye sayısı arttırılarak, 22 asıl ve 12 yedek üyeden oluşan bir yapı ortaya konulmuştur.

22 asıl ve 12 yedek üyeden oluşan bu Kurulun nasıl yapılandırılacağı da, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında gösterilmiştir. Ancak, dördüncü fıkra hükmüne bakıldığında, Anayasaya aykırı birtakım hususlar görülmektedir. Şöyle ki:

· Kurulun Başkanı Adalet Bakanı olarak gösterilmiş; Adalet Bakanlığı Müsteşarına Kurulda doğal üye olarak yer verilmiştir. Bu durum, dördüncü fıkranın; AB uzmanlarınca düzenlenen ilerleme raporlarının, istişari ziyaret raporlarının, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarının, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin görüş ve önerilerinin; ulusal düzeyde de tüm ilgili kurum ve kuruluşlar ile bilim insanlarının ve hukukçuların görüş ve önerilerinin gözdardı edilerek düzenlendiğini ortaya koymaktadır. Çünkü; söz konusu rapor, karar, öneri, görüş ve değerlendirmelerde, Adalet Bakanına ve Müsteşarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yer verilmesi, yargıyı yürütmeye bağımlı kılacak bir husus olarak

nitelendirilmiş; bu nedenle de yargı bağımsızlığına, kuvvetler ayrılığına ve hukuk devletine aykırı bulunmuştur.

22 nci maddenin dördüncü fıkrasında da, Adalet Bakanı ve Müsteşarına Kurulda yer verilmesi; onlara yargıç ve savcıların özlük işleri bakımından alınacak kararları etkileme imkanını getirecektir.

Ayrıca Kurulun Başkanının Adalet Bakanı olması ve 22 nci maddenin diğer fıkralarında bu nedenle Bakana verilen yönetim ve temsil yetkileri, Kurulun çalışmalarını ve gündemini Bakanın düzenlemesini sağlayacak; Bakan ve Müsteşarı toplantılara katılmamak suretiyle Kurulun çalışmalarını kilitleyebilecektir. Yapılan değişikliklerde bu kitlemeyi ortadan kaldıracak ve kurulun demokratik esaslara göre çalışmasını sağlayacak koruyucu bir önlem alınmamış, güvence getirilmemiş, tam tersi kitleme yolu açık tutulmuştur.

Bu durum, yürütmenin yargı üzerinde üstünlük kurduğu, yargının yürütmeye bağımlı kılındığı bir tabloyu ortaya koymaktadır. Yargının yürütmeye bağımlı kılınması ve yürütmenin yargı üzerinde üstünlük kurması, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Bunun yanı sıra, yargının yürütmeye bağımlı kılınmasının ve yürütmenin etkisi altına sokulmasının, yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracak da açıktır. Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Bu nedenle, yargı bağımsızlığının sağlanıp korunmadığı yönetim biçimlerinin hukuk devleti niteliğini taşıması olanaksızdır.

Bütün bu açıklamalar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda Adalet Bakanına Başkan, Müsteşarına doğal üye sıfatıyla yer veren 22 nci maddenin dördüncü fıkrasının; yargının yansızlığını ve bağımsızlığını zedelediğini, dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ve yine 2 nci maddenin Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilen kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğünü ortaya koymaktadır.

· 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin dördüncü fıkrasında, Kurulun dört asıl üyesinin, nitelikleri kanunda belirtilen, yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçileceği ifade edilmiştir.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinde, Cumhurbaşkanına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçme konusunda tanınmış olan yetkilerin, Kurulu yürütmeye bağımlı kıldığı öne sürülmüş; bu durum yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı görülerek, şiddetle eleştirilmiştir.

Bu yetkilerin Cumhurbaşkanına Anayasadaki tarafsız statüsü nedeni ile tanınmış olması, seçiminde öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarının da Cumhurbaşkanının tarafsız bir kimlik taşımasını güvence altına alması, bu eleştirileri etkisizleştirmeye yetmemiştir.

Bugün ise, Anayasanın 102 nci maddesinde yapılan değişikliğin getirdiği seçim sistemi, Cumhurbaşkanı adaylarını seçilebilmek için siyasi partilerin desteğini almak zorunda bırakmakta; siyasi partilere de Cumhurbaşkanı adayı göstermek imkanı tanımaktadır. Bu düzenlemelerin Cumhurbaşkanının artık tarafsız bir kimlik taşımasını sağlayamayacağı ortadadır. Çünkü göreve bir siyasi partinin desteklediği veya önerdiği Cumhurbaşkanı olarak başlayacaklardır. Bu konumdaki bir Cumhurbaşkanına söz konusu yetkilerin 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında tekrar tanınmasının, yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesi ve kuvvetler

ayrılığı bakımından 2007 değişikliği öncesine göre çok daha zedeleyici olacağı ve yargının tarafsızlığını da tehlikeye düşüreceği kuşkusuzdur.

Çünkü Cumhurbaşkanları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçerken, seçimlerinde kendilerini desteklemiş olan partilerin tercihleri doğrultusunda hareket etmek eğilimine gireceklerdir. Cumhurbaşkanlarına artık ikinci kez göreve seçilebilmek imkanının getirilmiş olması, onları ikinci kez seçilebilmek amacıyla aynı partinin desteğini sürdürmek arayışına itebilir. Bu arayışı da, desteğini aldığı partinin tercihlerinin, Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçimlerinde belirleyici olmasına yol açar. Bunun, yukarıda belirttiğimiz sakıncanın daha da belirginleşmesine neden olacağı ortadadır.

Söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisi, yargıçlık ve savcılık mesleğinden gelmeyen üst kademe yöneticileri ile iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyelerinin de bu Kurula üye seçilebilmelerine olanak hazırlamaktadır.

Bu kimselerin, hakimlerin ve savcıların seçimi, kariyeri, özlük işleri gibi tamamen yabancıları oldukları konularda Kurula ne gibi katkıda bulunacakları, elbette ki merak edilecek bir husustur. Ancak bu konulara yabancı olmanın, bu kişileri, bilgilendirmek adı altında yapılacak yönlendirmelere açık hale getireceği de ortadadır. Böyle bir durum, yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedeleyici niteliktedir. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ise hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanamadığı ortamda hukuk devleti de gerçekleşemez. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin bu bakımdan da kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı düştüğünün söylenmesi gerekmektedir.

Diğer yandan söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin, Avrupa Birliği ortak standartları ile bağdaştırılması da olanaksızdır. Çünkü Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yukarıda belirtilen (R [94] 12) sayılı kararında ve CCJE'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunduğu 10(2007) no'lu görüşte; hakimlerin seçimleri ve kariyerleri konusunda karar veren merciin hükümet ve idareden bağımsız olması, bu merciin üyelerinin yargıçlardan oluşması ve kendi emsallerince yargı tarafından seçilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu açıklamalar, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin de yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ve 2 nci maddenin Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğünü ortaya koymaktadır.

· 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında, Cumhurbaşkanının yukarıda belirtilen koşullarla seçeceği 4 üyenin yanı sıra, Hakimler ve Savcılar Kurulunun, 3 asıl ve 3 yedek üyesinin Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, 2 asıl ve 2 yedek üyesinin Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, 1 asıl ve 1 yedek üyesinin Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, 7 asıl ve 4 yedek üyesinin birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcıları arasından adli yargı hakim ve savcılarınca, 3 asıl 2 yedek üyesinin birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektirecek nitelikleri yitirmemiş idari yargı hakim ve savcıları arasından idari yargı hakim ve savcılarınca 4 yıl için seçileceği ifade edilmiş ve süresi biten üyelerin yeniden seçilmesine imkan tanınmıştır.

Bu hüküm, Kurulda Cumhurbaşkanının seçebileceği 4 üyenin yanı sıra Türkiye Adalet Akademisi Genel kurulunca seçilecek 1 üye ile birlikte, toplam 5 savcı ve yargıç kökenli olmayan üyenin Kurulda yer almasına imkan hazırlamaktadır. Bu durumun, hakimlik ve savcılık sorunlarına ve özlük işlerine yabancı bu kişileri, bilgilendirmek adı altında yapılacak yönlendirmelere açık kılacağı ve bunun da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı düşeceği yukarıda belirtilmiştir.

Diğer yandan söz konusu 5 üye, Adalet Bakanı ve Müsteşarı ile birlikte yürütmenin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üzerinde etki kurmasını da sağlayacaktır. Çünkü Adalet Bakanı yürütmenin bir unsurudur. Adalet Bakanlığı Müsteşarı, 2992 sayılı Kanunun 6 nci maddesine göre, 'Bakanın emri altında ve o'nun yardımcısı'dır. Türkiye Adalet Akademisi Adalet Bakanlığına bağlı, özerk yapıda olmayan bir kuruluştur. Adalet Akademisinin yapacağı seçimin Adalet Bakanının tercihini yansıtmaması olanaksızdır.

Cumhurbaşkanı ile Adalet Bakanının aynı partiden gelmeleri durumunda, farklı tutumlar benimsemeleri pek olası değildir. Böylece Kurulda yürütmenin tercihleri doğrultusunda hareket edecek 7 üyelik bir blok ortaya çıkabilecektir. Bunun yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı bir görünümün ortaya çıkmasını hazırlamak bakımından önemli bir sayı olduğu açıktır.

Diğer yandan adli yargıdaki birinci sınıf yargıç ve savcılar arasından yapılacak seçimde, seçilenlerin hepsinin yargıç veya hepsinin savcı olduğu garip durumlar ortaya çıkabilecektir. Aynı durum, idari ve adli yargıdaki birinci sınıf yargıç ve savcılar arasından yapılacak seçimde de kendisini gösterebilecektir. Bunun sonucunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, çoğunluğu hakimlerden veya çoğunluğu savcılardan oluşan bir Kurula dönüşebilecektir. Bu da savcılarının mesleki kariyerleri ve özlük işleri bakımından hakimlerin çoğunlukta olduğu veya hakimlerin, mesleki kariyerleri ve özlük işleri bakımından savcılarının çoğunlukta olduğu bir Kurulun kararlarına bağlı kılınmaları gibi bir duruma yol açabilecektir. Hakimlerin ve savcılarının mesleki kariyerleri ve özlük işlerinin farklı özellikleri gözönünde tutulduğunda, aynı kurulda örgütlenmeleri eleştirilirken, böyle bir durum elbette ki kabul edilemez. Çünkü bu, yukarıda belirttiğimiz Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarına, dolayısı ile Avrupa ortak demokrasi standartlarına aykırı olduğu gibi; savcıyı yargıca, yargıcı da savcıya bağımlı kılmak gibi demokratik ve adil olmayan bir duruma yol açacaktır. Adalet hukuk devletinin temel hedeflerinden birisidir. Demokratik ve adil olmayan böyle bir düzenleme, hukuk devletine de aykırıdır.

22 nci maddenin dördüncü fıkrasının öngördüğü bu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapılanmasının Yargıtay ve Danıştay ile adli yargıdaki 1. sınıf yargıç ve savcılar ve idari yargıdaki 1. sınıf yargıç ve savcılar arasında, Kurula seçecekleri üye sayısı bakımından bir eşitsizlik yarattığı da görülmektedir.

Bu da, alınacak kararlarda Yargıtay'ın Danıştay'a, adli yargının idari yargıya nazaran daha etkin olabilmesine neden olacak bir durumdur. Böyle bir durumun ise, adil olmadığı açıktır. Adil olmayan bir düzenleme ise, yukarıda da belirtildiği gibi hukuk devletine aykırıdır.

1. sınıf yargıç ve savcılar arasından yapılacak seçim sonrası, HSYK üyesi olacak yargıç ve savcılara üyelik süresi boyunca özel güvence getirilmemiştir. İdari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olmak, yargıçların yargı bağımsızlığı ilkesine uygun olarak çalışmalarını engelleyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Kurulda, bu yargıç ve savcılarının

yüksek yargı üyelerinden niceliksel fazlalığı gözetildiğinde yargı bağımsızlığının daha da zedeleneyeceği açıktır.

22 nci maddenin dördüncü fıkrasının dördüncü tümcesinde yer verilen süresi biten üyelerin yeniden seçilebileceğine ilişkin hükmün de, Kurul üyelerini, yeniden seçilebilmek için, kendilerini seçenlerin beğenisini kazanacak tutumları benimsemeye iteceği; bunun da yargı bağımsızlığına ve yargı tarafsızlığına dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı bir başka durum yaratacağı görülmektedir.

Bütün bu açıklamalar, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasının birinci ve ikinci tümcelerinin Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen hukuk devletine ve 2 nci maddenin Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına; üçüncü ve dördüncü tümcelerinin ise yine Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen 'hukuk devleti'ne aykırı olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu dördüncü fıkra bir Anayasa değişikliği ile ortaya konulduğu için, bu aykırılık dördüncü fıkranın Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti niteliği ile 2 nci maddenin gönderme yaptığı Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığını değiştirdiği anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesi buna imkan tanımadığı için söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrası (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin üçüncü fıkrası) bütünüyle iptal edilmelidir.

Kuşkusuz 22 nci maddenin üçüncü fıkrasının da, dördüncü fıkra ile birlikte değerlendirilmesi uygun düşer. Çünkü 22 nci maddenin üçüncü fıkrasında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 22 asıl ve 12 yedek üyeden oluşması ve 3 daire halinde çalışması öngörülerek, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan Anayasaya aykırı oluşuma sayısal zemin hazırlanmıştır. Bu nedenle üçüncü fıkra da (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin ikinci fıkrası), dördüncü fıkra için söz konusu olan gerekçelerle iptal edilmelidir.

**I.B.5.b. 22'nci Maddenin Beşinci ve Altıncı Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında, yukarıda üçüncü ve dördüncü fıkralarla ilgili değerlendirmelerde oluşumu bakımından Anayasaya aykırı olduğu gerekçeleriyle açıklanmış olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üyeliklerine yapılacak seçimler düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu üçüncü ve dördüncü fıkralar için ortaya konulmuş olan Anayasaya aykırılık gerekçeleri, beşinci ve altıncı fıkralar için de geçerlidir.

Ancak bunun yanında, altıncı fıkranın birinci tümcesinde düzenlenmiş bulunan seçim yönteminin, bu fıkra için ek bir Anayasaya aykırılık durumu oluşturduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü söz konusu seçim yöntemi; Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adli ve idari yargı hakim ve savcılar arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hakim ve savcının, ancak bir aday için oy kullanmasına imkan tanımakta; en fazla oy alanlar ise, sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmektedirler.

Böyle bir yöntemin, bu seçimin seçmenlerinin, seçilecek tüm üyelikler için tercihlerini ortaya koymasını engellediği ortadadır. Seçmenlerin tercihlerini kullandıkları oya tam anlamıyla yansıtamadığı ve seçme imkanlarının sınırlandırıldığı bir yöntemin ise, demokratik

olduğu kabul edilemez ve bu yöntem, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen 'demokratiklik' ile bağdaştırılamaz.

Diğer yandan böyle bir yöntem, kurumunda veya meslektaşları arasında yeteri ölçüde desteği bulunmayanların da aday listelerine girmelerini ve dolayısı ile Kurula üye olarak taşınmalarını sağlayarak, adil olmayan bir seçim sonucunun ortaya çıkmasına neden olabilecek bir özellik taşımaktadır.

'Adalet', hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin gerçekleştirmeye yöneldiği temel hususlardan birisidir. 'Adil' olmayan bir seçim sisteminin, hukuk devleti ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Bu nedenlerle söz konusu 22 nci maddenin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan 'demokratik hukuk devleti'ne aykırı düştüğü söylenmelidir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, 22 nci maddesinin altıncı fıkrasının ikinci tümcesinde ise, 'Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.' hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereği, Yargıtay, Danıştay Genel Kurulları, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu veya Adli yargı ile idari yargı hakim ve savcılar tarafından seçilecek asıl üyelerin yerine gelecek yedek üyelerin de 4 yıllık süre dolmadan tükenmesi halinde, Kurul üyelikleri boş kalabilecek ve bu durum, Kurul çalışmalarının etkisizleşmesine yol açabilecektir. Yargının etkisizleştirilmesi ise, hukuk devleti ile bağdaşmayan bir durumdur. Böyle bir durumun da, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen hukuk devletine aykırı düşeceği açıktır.

Bu tablo karşısında, söz konusu 22 nci maddenin beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin 'demokratik hukuk devleti' niteliğine yukarıda açıklanan yönlerden aykırı düştüğü; bu fıkraların Anayasa değişikliği olarak düzenlendiği gözönünde tutulduğunda bunun, Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti olma niteliğinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirilmesi anlamına geleceği söylenmelidir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesi buna imkan vermediği için söz konusu beşinci ve altıncı fıkralar (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları) iptal edilmelidir.

#### **I.B.5.c. 22'nci Maddenin Yedinci Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin yedinci fıkrası, Kurulun yedek üyeleri bakımından, asıl üyeler için öngördüğü görev yasaklarını getirmemiştir; bu nedenle Kurulun birinci sınıf hakimler ve savcılar arasında seçilen 4 yedek üyesi, kürsü hakimliğine devam edecek; bu nedenle de her türlü soruşturma ve idari tasarrufun, dolayısı ile yürütmenin etki alanına bağımlı durumda olacaklardır. Bu da, kuvvetler ayrılığına, yargı bağımsızlığına ve yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz koşulu olduğu hukuk devletine aykırı düşecektir.

Bu nedenle 22 nci maddenin yedinci fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na ve 'hukuk devleti'ne aykırı düştüğü ve yedinci fıkra bir Anayasa değişikliği kapsamında yer aldığı için bunun, Anayasanın 2 nci maddesinin bu nitelikler bakımından Anayasanın değiştirilmesi anlamına geleceği söylenmelidir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik yasağı buna

imkan tanımadığı için söz konusu yedinci fıkra (2709 sayılı kanunun değişik 159 uncu maddesinin altıncı fıkrası) iptal edilmelidir.

**I.B.5.d. 22'nci Maddenin Sekizinci Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin sekizinci fıkrasında, yukarıda 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırı bir nitelik taşıyan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Başkanlığına ve çalışma düzenine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle sekizinci fıkranın da, 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları için belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu söylenmelidir.

Sekizinci fıkranın birinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri, bu hususa ek olarak, başka bakımlardan da Anayasaya aykırılıklar taşımaktadır. Şöyle ki:

· Sekizinci fıkranın birinci tümcesinde, 'Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir.' hükmü yer almaktadır.

Bu tümcenin, Kurulun Başkanının Adalet Bakanı olduğunu ifade eden söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrasının birinci tümcesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir değerlendirme ise, sekizinci fıkranın birinci tümcesinin aslında 'Kurulun yönetimi ve temsili Adalet Bakanına aittir' olarak da okunabileceğini ortaya koymaktadır. Bunun ise Kurulu, özellikle çalışma düzeni bakımından, yürütmeye bağımlı kılacağı; yargının bağımsızlığı, olmazsa olmaz koşulu olan 'hukuk devleti'ne ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı düşeceği ortadadır.

Hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilmiştir. Bu nedenle, söz konusu tümcenin, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğunun söylenmesi gerekmektedir.

· 22 nci maddenin sekizinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü tümceleri ise şöyledir:

'Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir'.

Bu tümcelerde, Başkanını seçmek yetkisi tanınmayan Kurula, ancak kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birisini de başkanvekili olarak seçmek olanağı verilmiştir; ancak, başkanvekilinin yetkileri Anayasada gösterilmeyerek, dilerse Başkanının devredeceği bir takım yetkileri kullanmak durumuna sokulmuştur. Bu da, yönetime ilişkin yetkilerin tam anlamıyla Adalet Bakanında veya Adalet Bakanının güdümünde kalmasına yol açmaktadır.

Böyle bir düzenlemenin de, yargıyı yürütmeye bağımlı kılacağı açıktır. Bu durumda, söz konusu üçüncü ve dördüncü tümcelerin de, aynen birinci tümce için belirtilen gerekçelerle Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düştüğünün söylenmesi gerekmektedir.

Fıkranın 2 nci tümcesindeki, Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz tümcesi ise yukarıda ereve 22 inci maddenin üçüncü fıkrasında 3 daire halinde çalışma hükmünde belirtilen aykırılık gerekçelerine dayanarak iptal edilmelidir.

Bu tablo, söz konusu 22 nci maddenin sekizinci fıkrasının yukarıda açıklanan yönlerden Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'hukuk devleti'ne ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düştüğünü ortaya koymaktadır. Sekizinci fıkranın Anayasa değişikliği olarak düzenlendiği gözönünde tutulduğunda bu durumun, Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen niteliklerinden 'hukuk devleti' ve 'kuvvetler ayrılığı'nın, değiştirilmesi anlamına geleceği ve Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesi buna imkan vermediği için sekizinci fıkranın (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin yedinci fıkrası) iptal edilmesi gerektiği söylenmelidir.

#### I.B.5.e. 22'nci Maddenin Dokuzuncu Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin dokuzuncu fıkrasında, yukarıda 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarıyla ilgili Anayasaya aykırılık gerekçelerinde Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'hukuk devleti' ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düştüğü açıklanan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yetki ve görevleri ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır.

Bu bakımdan söz konusu dokuzuncu fıkranın da, 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları için yukarıda ifade edilen gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğü kabul edilmelidir.

Bu noktadan hareket edildiğinde de, dokuzuncu fıkranın, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'hukuk devleti'ne ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düştüğünü; dokuzuncu fıkranın Anayasa değişikliği olarak düzenlendiği gözönünde tutulduğunda da bu durumun, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen bu niteliklerinin değiştirilmesi anlamına geleceğinin; Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilemezlik ilkesinin böyle bir değişikliğe imkan vermemesi nedeniyle dokuzuncu fıkranın (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin sekizinci fıkrası) iptal edilmesinin gerektiğinin söylenmesi gerekmektedir.

#### I.B.5.f. 22'nci Maddenin Onuncu ve Onbirinci Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin onuncu ve onbirinci fıkralarına bakıldığında, bu fıkralarda yapılan düzenlemelerin Anayasaya aykırı bazı yönleri bulunduğu görülmektedir. şöyle ki:

· Bugün için, yargıç ve savcılar hakkında soruşturma açma izni verme yetkisi ilgili mevzuat gereğince, Adalet Bakanı tarafından kullanılmakta; bu iznin verilmemesi halinde idari yargı mercilerine başvurulabilmektedir. Adalet Bakanlığının, birçok yargıç ve savcı hakkında, çok kolaylıkla soruşturma izni verip, bu soruşurmaları uzun süre yürüterek; yürütmenin yargı üzerinde baskı kurmasını sağladığı yolundaki örnek ve eleştiriler oldukça yaygındır.

22 nci maddenin onuncu fıkrasının birinci tümcesinin ilgili dairenin nerisi ile sınırlandırılmış olsa bile, hakim ve savcılarla ilgili soruşurmaya olur vermek yetkisini Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanına vermesi, bu eleştirileri ortadan kaldırmaya yetmeyecektir. Çünkü Kurulun Başkanı, yine Adalet Bakanıdır. Bu durumda yeni

düzenlemenin de, yürütmenin yargıyı etkisi aklına almasına yol açacağı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yargı bağımsızlığı temel unsurlarından birisi olan 'Hukuk Devleti'ne aykırı düşeceği açıktır.

· 22 nci maddenin onuncu fıkrasında, inceleme ve soruşturmanın daha kıdemli hakim veya savcı eliyle de yaptırılabilceği hükmüne de yer verilmiştir. Ancak bu hüküm inceleme ve soruşturmayı soruşturulandan daha kıdemli bir savcı veya yargıca yaptırma kararını kimin vereceği ve soruşturma veya incelemeyi yapacak yargıç veya savcayı kimin belirleyeceği konusunda herhangi bir açıklık taşımamaktadır. Bu, söz konusu belirlemeleri de, oluru verecek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının yani Adalet Bakanının yapmasına yetki verecek yasa düzenlemelerine Anayasal dayanak oluşturacak bir durumdur. Böylesi bir durumun, yargının yürütmenin baskı ve etkisine girmesine yol açacağı ortadadır. Bu da yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz olduğu hukuk devleti ilkesine ve kuvvetler ayrılığına aykırıdır.

· 22 nci maddenin onbirinci fıkrasında, Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı yolunu kapatmış olması da; tüm yasama ve yürütme işlemlerinin yargısal denetimi esasını temel unsur olarak kabul eden hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Hukuk devletinin en temel ilkelerinden birisi, devletin bütün işlem ve eylemlerinin yargı denetimine bağlı olmasıdır. Bunun istisnasının Anayasa ile getirilmiş olması dahi hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelir. Böyle bir istisna 2 nci madde karşısında kabul edilemez.

Bu açıklamalar ışığında, 22 nci maddenin onuncu ve onbirinci fıkralarının Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen hukuk devletine ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Söz konusu fıkraların Anayasa değişikliği niteliğini taşıması nedeniyle bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı niteliklerinin değiştirildiği anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesi böyle bir değişikliğe imkan vermediği için söz konusu onuncu ve onbirinci fıkraların (2709 sayılı yasanın değişen 159 uncu maddesinin dokuzuncu ve onuncu fıkraları) iptal edilmesi gerekmektedir.

#### I.B.5.g. 22'nci Maddenin Onikinci Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Yukarıda, söz konusu 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, bu fıkralardaki görünümüyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, yapılandırılışı açısından Anayasaya aykırı bir nitelik taşıdığı açıklanmıştır. Bu bakımdan, onikinci fıkra düzenlenirken Genel Sekreterliğin, Anayasaya aykırı olan bu Kurula bağlanmış bulunması nedeniyle, 22 nci maddenin onikinci fıkrası da, bütünüyle ve 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları için geçerli olan gerekçelerle, Anayasaya aykırı düşmektedir ve iptal edilmesi gerekmektedir.

Buna ek olarak, onikinci fıkranın ikinci tümcesinde Genel Sekreterin, Kurulun göstereceği üç aday arasından olsa bile, Kurul Başkanı tarafından atanacağını belirtilmiş olması da, onikinci fıkra için bir başka Anayasaya aykırılık nedeni oluşturmaktadır. Çünkü Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Bu durum, söz konusu Genel Sekreterlik bağlamında yargı ile yürütme arasında, yürütmenin yargı üzerinde üstünlük kurmasına ve yargıyı etkilemesine yönelik bir bağ kurulmasına yol açmaktadır. Bu aynı zamanda kurul sistemi ile çalışması gereken bir yapı için Başkanlık sisteminin atama üzerine kurulu yapıya ve kurulun tamamı ile Başkanın etkisine girmesine yol açacak bir düzenlemedir. Bunun ise Anayasanın 2 nci

maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düşeceği açıktır.

Diğer yandan, yürütmenin yargı üzerinde üstünlük sağlaması ve yargıyı etkilemesi, yargının bağımsızlığı ve yansızlığı ile de bağdaşacak bir durum değildir. Yargının yansızlığı ve bağımsızlığı ise, hukuk devletinin olmazsa olmazlarıdır. Söz konusu ikinci tümcenin, bu bakımdan da 'hukuk devleti'ne de aykırı olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde söz konusu onikinci fıkranın Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen 'hukuk devleti' ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düştüğü; onikinci fıkra bir Anayasa değişikliği gerçekleştirdiği için bu aykırılığın, Anayasanın 2 nci maddesindeki 'hukuk devleti' ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'nın değiştirildiği anlamına geldiği söylenmelidir. Böyle bir değişiklik ise Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı düşeceği için, onikinci fıkranın (2709 sayılı yasanın değişen 159 uncu maddesinin onbirinci fıkrası) iptal edilmesi gerekmektedir.

#### **I.B.5.h. 22'nci Maddenin Onüçüncü Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin onüçüncü fıkrasında, Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri atama yetkisinin Adalet Bakanına verilmesi, yürütmeye yargı üzerinde üstünlük kurma ve yargıyı etkisi altına alma imkanının tanınması anlamına gelmektedir.

Bu süreçte Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun devreden çıkarılmış bulunması, özellikle adalet müfettişlerini ve iç denetçileri Adalet Bakanının atıyor olması; 5982 sayılı Kanunun çerçeve 14 üncü maddesinde belirtilen denetimin de, Adalet Bakanının güdüm ve etkisi altına girmesine neden olabilecektir.

Belirtilen bu hususlar ise; yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına, dolayısı ile bu nitelikler olmazsa olmazı olan hukuk devletine ve kuvvetler ayrılığına aykırıdır.

Bu nedenle 22 nci maddenin onüçüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verilen Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na ve 'hukuk devleti'ne aykırı düştüğü; onüçüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılığın kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti nitelikleri yönünden Anayasanın 2 nci maddesinin değiştirilmesi anlamına geldiği söylenmelidir.

Böyle bir değişiklik Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen değiştirilmezlik ilkesine aykırı düşeceği için, söz konusu onüçüncü fıkra (2709 sayılı kanunu değişen 159 uncu maddesinin onikinci fıkrası) iptal edilmelidir.

#### **I.B.5.ı. 22'nci Maddenin Ondördüncü Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**

Yukarıda söz konusu 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, bu fıkralardaki görünümüyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, yapılandırılması yönünden Anayasaya aykırı bir nitelik taşıdığı açıklanmıştır.

Bu bakımdan, ondördüncü fıkra kanunla düzenlenmesi öngörülen hususların Anayasaya aykırı düşen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun çalışma düzenine ilişkin

olması; ondördüncü fıkrayı da aradaki bağlantı nedeniyle, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı bir görünüme sokmaktadır ve aynı gerekçelerle ondördüncü fıkranın (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin onüçüncü fıkrası) da iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.6. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği 'Geçici Madde 18' Ve 'Geçici Madde 19'A İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.B.6.a. 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği 'Geçici Madde 18'in Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

'Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında görevdeki Anayasa Mahkemesinin yapısının, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde ortaya konulmuş olan yeni Anayasa Mahkemesi yapısına uyumunun sağlanması için yapılacak işler ve kullanılacak yöntemler gösterilmiştir.

Yukarıda 16 ncı maddeye ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde getirilen yeni Anayasa Mahkemesi yapısının çeşitli açılardan Anayasaya aykırı olduğu açıklanmıştır.

Bu nedenle, mevcut Anayasa Mahkemesinin getirilen bu Anayasaya aykırı yeni yapılanma modeline uyumunun sağlanması için 'Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılması öngörülen bütün işler ve kullanılacak yöntemler, söz konusu 16 ncı madde için öne sürülen gerekçelerle Anayasaya aykırı düşmektedir.

Bu nedenle mevcut Anayasa Mahkemesinin, getirilen bu Anayasaya aykırı yeni yapılanma modeline uyumunun sağlanması için, 'Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılması öngörülen bütün işler ve kullanılacak yöntemler, 16 ncı madde ile birlikte değerlendirilmeli ve 'Geçici Madde 18'in, birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarındaki hükümlerin, 16 ncı madde için geçerli olan gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğü söylenmelidir. Bu nedenle 'Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları iptal edilmelidir.

Bu bağlamda daha açıkça ifade edilmesi gerekirse:

· Geçici Madde 18'in birinci ve beşinci fıkralarında yer alan hükümler, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesine ilişkin olarak yukarıda yapılan değerlendirmelerde Anayasanın 2 ncı maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerinden 'kuvvetler ayrılığı'na ve yargının bağımsızlığı ile tarafsızlığı olmazsa olmaz koşulu olan 'demokratik hukuk devleti'ne aykırı bulunmuş olan yeni Anayasa Mahkemesi modeline geçişi sağlamaya yöneldiği için; 16 ncı madde için öne sürülmüş olan 'kuvvetler ayrılığı' ve 'demokratik hukuk devleti'ne aykırılık, söz konusu birinci ve beşinci fıkralar için de geçerli olmalıdır. Söz konusu birinci ve beşinci fıkralar Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için; bu aykırılık Anayasanın 2 ncı maddesinin sözü geçen nitelikler bakımından, Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa rağmen değiştirildiği anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesi böyle bir değişikliğe imkan tanımadığı için 'Geçici Madde 18'in birinci ve beşinci fıkralarının iptal edilmesi gerekmektedir.

· Geçici Madde 18'in ikinci ve üçüncü fıkralarında, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi ile ilgili değerlendirmelerde 'hukuk devleti' ve 'kuvvetler ayrılığı' ilkelerine dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu açıklanmış bulunan, TBMM'nin Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin, görevdeki Anayasa Mahkemesinin yeni yapısına uyumunu sağlamak için nasıl kullanılacağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Burada söz konusu 16 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiş olan yöntemin, geçiş aşaması için de benimsendiği görülmektedir. 16 ncı madde için yapılan değerlendirmelerde, Sayıştay ve baroların aday belirleme yönteminin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin 'demokratik hukuk devleti' ilkesine aykırı düştüğü sonucuna varıldığı için, bu yöntemlerin geçiş dönemi için de aynı aykırılıkla malul olacağının söylenmesi gerekmektedir. 'Geçici Madde 18'in ikinci ve üçüncü fıkraları Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için, bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen 'demokratik hukuk devleti' niteliğinin, Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa rağmen iptali anlamına gelmekte; bu nedenle de, Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı olan 'Geçici Madde 18'in ikinci ve üçüncü fıkralarının da iptali gerekmektedir.

· Geçici Madde 18'in dördüncü fıkrasında, Cumhurbaşkanının, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde belirtilen Yükseköğretim Kurulunun göstereceği öğretim üyesi adaylar arasından Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin, yeni Anayasa Mahkemesi yapısına geçiş aşamasında nasıl kullanılacağı belirtilmiştir.

Yukarıda söz konusu 16 ncı maddeye ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine üye seçmesinin, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na ve 'hukuk devleti'ne aykırı olduğu ifade edilmiştir. 'Geçici Madde 18'in dördüncü fıkrası da Anayasaya aykırı bulunan bu yetkinin kullanımına ilişkin düzenlemeler yaptığı için, 16 ncı madde için söz konusu olan bu gerekçelerle, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

'Geçici Madde 18'in dördüncü fıkrası, bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinin, Cumhuriyetin 'kuvvetler ayrılığı' ve 'hukuk devleti' niteliklerinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirildiği anlamına gelmekte; bu nedenlerle, 'Geçici Madde 18'in Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı olan dördüncü fıkrasının da iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.6.b. 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği 'Geçici Madde 19'a İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği 'Geçici Madde 19'da, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu için ortaya koyduğu yeni yapılanma biçimine halen görevde bulunan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun uyumunu sağlamaya yönelik ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda 'Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının, (a) bendinde; geçiş aşamasında Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna doğrudan üye seçme yetkisini nasıl kullanacağına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. (b) bendinde Yargıtay Genel Kurulunca, (c) bendinde Danıştay Genel Kurulunca, (ç) bendinde Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca, (d) ve (e) bentlerinde birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı hakim ve savcılarınca, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna seçilecek üyeler için, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılacak işlemler ve 22 nci maddede öngörülen seçim sistemine uyularak yapılacak bu seçimlere ilişkin esaslar ortaya konulmuştur. Yani 'Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d) ve (e) bentleri,

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin, mevcut Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna uygulanması için gerekli düzenlemeleri yapmaktadır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanına tanınmış olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna doğrudan üye seçme yetkisi; Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi ile adli ve idari yargı yargıç ve savcılarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisi ve seçimlerde kullanılacak yöntemlerle ilgili olarak, 22 nci maddeye ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde yapılan bütün değerlendirmelerin ve ortaya konulan Anayasaya aykırılık gerekçelerinin, 'Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d) ve (e) bentleri için de geçerlidir. Daha açık ifade etmek gerekirse:

· 22 nci madde ile ilgili değerlendirmelere bakıldığında; Cumhurbaşkanına ve Türkiye Adalet Akademisine tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin yargı bağımsızlığına, dolayısı ile 'kuvvetler ayrılığı' ve 'hukuk devleti'ne aykırı bulunduğu; Yargıtay, Danıştay, adli ve idari yargı yargıç ve savcılarının tanınan üye seçme yetkisinin ise tanınan kontenjanlar ve seçim sistemi yönünden adalet ve dolayısı ile demokratik hukuk ilkesine aykırı olduğunun saptandığı görülmektedir. Buradan hareketle 'Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı görülmüş bir yapıya geçişi öngördüğü için Anayasanın 2 nci maddesine; birinci fıkrasının (a) bendinin Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler bakımından Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin yargının bağımsızlığı ve yansızlığı gerekleri ile Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına; (b), (c), (ç), (d), (e) bentlerinin, Yargıtay ve Danıştaya ve adli yargı hakim - savcılar ile idari yargı hakim - savcılarının ayrılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelik kontenjanlarının adil bir orantıyı yansıtmadığı için Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğine; kullanılan seçim sisteminin adil bir demokratik temsile imkan vermediği için Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti niteliğine aykırı düştüğü ifade edilmelidir.

'Geçici Madde 19'un birinci fıkrası bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılıklar, Anayasanın 2 nci maddesindeki 'demokratik hukuk devleti' ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığının Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa aykırı olarak değiştirildiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, 'Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d), (e) bentlerinin iptal edilmeleri gerekmektedir.

· 'Geçici Madde 19'un ikinci fıkrasında, birinci fıkrasının (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun asıl üyelerinin göreve başlayacağı tarih belirlenmiştir. Ancak söz konusu (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılacak seçimlerin Anayasaya aykırılığı yukarıda belirtildiği için, ikinci fıkranın da aynı gerekçelerle, yani Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen 'demokratik hukuk devleti'ne aykırı olduğu söylenmelidir. İkinci fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen 'demokratik hukuk devleti' niteliğinin değiştirildiği anlamına gelmektedir. Böyle bir değişiklik Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen değişmezlik yasağına aykırı düşeceği için, 'Geçici Madde 19'un, ikinci fıkrası iptal edilmelidir.

· 'Geçici Madde 19'un üçüncü fıkrasında, yine Anayasaya aykırı olduğu yukarıda açıklanan yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapısına, görevdeki Kurulun uyumunun sağlanması bağlamında; (b) ve (c) bentlerinde belirtilen ve oy verenlerin iradelerini oylarına tam anlamıyla yansıtmalarına imkan vermediği için Anayasanın 2 nci maddesinde yer verilen 'demokratik'lik niteliğine aykırı bulunan yöntemlerle seçilen Danıştay ve Yargıtay üyelerinin ne zaman göreve başlayacakları düzenlenmiş; bu düzenleme yapılırken halen görevde bulunan üyelerin, seçildikleri sürenin sonuna kadar görevde kalacakları öngörülmüştür. Bu düzenleme,

Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen 'demokratik hukuk devleti'ne ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı olduğu yukarıda 22 nci maddede belirtilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu modeline, görevdeki Kurulun uyumunun sağlanması amacıyla yapıldığı için, 22 nci madde için ortaya konulan Anayasaya aykırılık gerekçeleri, söz konusu üçüncü fıkra için de geçerlidir. Ayrıca (b) ve (c) bendi uyarınca yapılan seçimlerin, kullanılan seçim yönteminin seçmenlerin iradelerinin tümüyle oya yansımaları önlemesi, seçim hakkını kısıtlaması bakımından demokratik bir nitelik taşıyıp taşımadığının da, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen 'demokratiklik' niteliği ile bağdaşmayan bir başka aykırılık nedeni oluşturduğu dikkatten kaçırılmamalıdır.

Bu hususlardan hareket edildiğinde, 'Geçici Madde 19'un üçüncü fıkrasının, birinci ve ikinci tümcelerinin birbiriyle yakın ilişkisi de göz önünde tutularak, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'demokratik hukuk devleti'ne aykırı düştüğü söylenmelidir. Söz konusu üçüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliği taşıdığı için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinin, 'demokratik hukuk devleti' niteliği yönünden, Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirilmesi anlamına gelmekte; bu bakımdan da söz konusu 'Geçici Madde 19'un üçüncü fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

· 'Geçici Madde 19'un dördüncü fıkrasında, birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri uyarınca seçilen üyelerden, üçüncü fıkra uyarınca göreve başlayanların görev süresinin biteceği süre düzenlenmiştir.

Dördüncü fıkranın da, yukarıda 22 nci maddeyle ilgili açıklamalarda Anayasaya aykırı olduğu belirtilen yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna, görevdeki Kurulun uyumunun sağlanmasına yönelik geçiş düzenlemelerini yapması bakımından, 22 nci madde için söz konusu olan gerekçelerle, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'demokratik hukuk devleti' ile Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düştüğü söylenmelidir. Söz konusu dördüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için, bu aykırılık sözü geçen nitelikler yönünden Anayasanın 2 nci maddesinin, dördüncü maddesindeki yasağın gözardı edilerek değiştirildiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle söz konusu dördüncü fıkranın iptal edilmesi gerekmektedir.

· 'Geçici Madde 19'un altıncı fıkrasının (b) bendinde; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ikinci fıkra uyarınca asıl üyelerinin göreve başladığı tarihten itibaren bir hafta içinde Adalet Bakanının Başkanlığında toplanıp bir geçici Başkanvekili seçeceği hükmüne yer verilmiştir. Kurulun bu şekilde Adalet Bakanının Başkanlığında bir seçim yapmasını öngören bir düzenlemenin, yürütmenin yargı üstünde üstünlük kurması ve yargının yürütmeye bağımlı hale gelmesine yol açacağı; bu nedenle de yargı bağımsızlığına ve kuvvetler ayrılığına dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşeceği ortadadır. Çünkü buradaki ifade Adalet Bakanının, Başkanlığının Kurul Başkanı olmaktan değil; Adalet Bakanı olmasından doğduğunu ortaya koymakta; eğer, böyle bir durum ifade edilmek istenmeseydi, Kurulun, Kurul Başkanının Başkanlığında toplanacağı doğrultusunda bir hükmün konulması gerekmektedir.

Altıncı fıkranın (c) bendinde ise kurulun en az 15 üye ile toplanacağı ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar vereceği belirtilmiştir. 22 kişiden oluşacak yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yukarıda I.B.5 bölümünde açıklanan gerekçelerle anayasaya aykırı olduğu ve iptalinin gerektiği belirtildiğinden aynı gerekçelerle kurulun toplanma ve kararla ilgili düzenlemesinin de anayasaya aykırı olacağı açıktır.

Diğer yandan 'Geçici Madde 19'un altıncı fıkrasının (ç) bendinde, ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılncaya kadar, sekreteryaya hizmetlerinin Adalet Bakanlığı tarafından yürütüleceği bildirilmiştir. İlgili kanunlardaki değişikliklerin ne kadar süre içinde veya hangi tarihe kadar tamamlanacağına ilişkin bir belirleme söz konusu altıncı fıkra da yer almadığı için bu hüküm, yasamanın eline, gerekli düzenlemeleri geciktirerek sekreteryaya bakımından yargıyı sürekli biçimde yürütmeye bağımlı kılmak imkanını vermektedir. Böylesi bir bağımlılık, yasama ve yürütmenin, yargı üzerinde üstünlük kurmasına da neden olacaktır. Böylesi durumların yargının bağımsızlığına dolayısı ile yargı bağımsızlığının olmazsa olmazı olan hukuk devletine ve kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı düşeceği ortadadır.

Bu açıklamalardan hareketle, 'Geçici Madde 19'un altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden hukuk devletine ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğü; söz konusu altıncı fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesinin sözü edilen nitelikler yönünden Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı biçimde değiştirildiği anlamına geldiği ve bu nedenle altıncı fıkranın (b) ,(c) ve (ç) bentlerinin iptal edilmesi gerektiği söylenmelidir.

· 'Geçici Madde 19'un yedinci fıkrasında; Kurul müfettişleri ile adalet müfettişleri atanıncaya kadar, mevcut adalet müfettişlerinin kurul müfettişi ve adalet müfettişi sıfatıyla görev yapacakları; sekizinci fıkrasında ise, gerekli düzenlemeler yapılncaya kadar bu madde hükümlerinin uygulanacağı bildirilmiştir.

Bu düzenlemeler, yargıç ve savcılar hakkında Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacak inceleme, araştırma ve soruşturmaların, Kurula bağlı müfettişler tarafından değil, adalet müfettişleri eliyle yaptırılması yönteminin, bugünkü yürütme ve yasama istediği sürece kalıcılık kazanmasını sağlamaktadır. Çünkü ilgili kanunlarda gerekli düzenlemelerin hangi süre içinde yapılmasının gerektiğini ve kurul müfettişlerinin hangi süre içinde atanacağını gösteren herhangi bir belirleme, yedinci ve sekizinci fıkralarda yapılmamıştır.

Bu, gerekli Kanunları çıkarma konusunda yasamayı, gerekli atamaları tamamlama konusunda yürütmeyi keyfi hareket etmekte özgür bırakacak ve hukuk düzeninde belirsizlik yaratacak bir durumdur. Böylesi durumlar hukuk devleti ile bağdaşmaz.

Diğer yandan böylesi bir hüküm, müfettişler ve yapacakları denetim yönünden belirsiz bir süre boyunca yargıyı yürütmeye bağımlı kılmakta; yürütmenin ve yasamanın yargı üzerinde üstünlük kurmasını sağlamaktadır. Bu da kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayacak bir durumdur.

Bu açıklamalardan hareketle, 'Geçici Madde 19'un yedinci ve sekizinci fıkralarının da, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden 'hukuk devleti' ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı düştüğü; söz konusu yedinci ve sekizinci fıkralar bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesinin söz konusu nitelikler yönünden Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir biçimde değiştirildiği anlamına geldiği söylenmeli; bu nedenle de 'Geçici Madde 19'un yedinci ve sekizinci fıkraları iptal edilmelidir.

I.B.7. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 26'ncı Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde, bu Kanunun halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanacağı ifade edilmektedir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanununda, konu bakımından birbiri ile ilgisiz pek çok madde yer almaktadır. Bu birbirleriyle ilgisiz maddelerin tümünün birlikte oylamaya sunulması, halkoylamasına katılacak vatandaşların iradelerini tam anlamıyla oylarına yansıtmalarını engelleyecek bir durumdur. Çünkü böylesi bir birlikte oylama, oy kullanacak vatandaşlara beğenmedikleri hükümler için ayrı ayrı ret, beğendikleri hükümler için yine ayrı kabul oyu vermek imkanını tanımayacak; vatandaşlar beğendikleri hükümlerin yürürlüğe girmesi için, beğenmedikleri hükümlere de kabul oyu vermek veya beğenmedikleri hükümlerin yürürlüğe girmesini engellemek için beğendikleri hükümleri de reddetmek zorunda kalacaklardır.

Bu da 'demokrasi' kavramına aykırı bir durumdur. Çünkü, oy veren vatandaşın irade serbestliğini ve seçme imkanını sınırlandırmakta ve bir dayatma meydana getirmektedir.

Demokrasilerde ancak birbirleriyle çok yakından ilgisi olan maddelerin birlikte halkoyuna sunulması halinde, böyle sakıncalı durumların ortaya çıkması engellenebilmektedir.

Bu konuda Venedik Komisyonunun da aynı çözümü önerdiği görülmektedir.

Venedik Komisyonunun, 2006 tarihli 'Referandumlarda İyi Uygulamalar Kılavuzu'nun 30 uncu maddesinde şu hüküm yer almaktadır.

'İçerik birliği, özgür oy iradesinin daha da önemli bir gerekliliğidir. Seçmenler, arasında bir bağ olmayan farklı sorulara aynı anda oy vermek zorunda bırakılmamalıdır.'

Venedik Komisyonu'nun 2010 tarihli 'Referandumlara Dair İyi Uygulama Kodu'nda da, 'Referandum metninin usul hukukunda geçerliliği' başlığı altında şu hükme yer verildiği görülmektedir:

Bir metnin (Anayasa, yasa) tümünün değiştirilmesi durumu hariç, seçmenlerin serbest oy hakkını garanti etmek için, oylamaya konan her sorunun çeşitli kısımları arasında öz itibariyle bağlantı olmalıdır ve seçmenlerden öz itibariyle bağlantı bulunmadan tüm hükümleri kabul veya reddetmeleri istenmemelidir.' (Bkz. Nisan 2010, 'Referandumlara Dair İyi Uygulama Kodu', Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Bu kaynak Ek 14 olarak dilekçenin ekinde sunulmuştur.)

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun gibi, birbirleriyle hiçbir ilgisi bulunmayan ve çoğu da son derece teknik düzenlemeler getiren maddelerin birlikte oylanması halinde ise, oy kullanan vatandaşın iradesini tam anlamıyla aslına uygun biçimde yasama sürecine yansıtmaması söz konusu olamaz. Bu, aynı zamanda Venedik Komisyonunun 'Referandumlara Dair İyi Uygulama Kodu' ile de bağdaşmaz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde yapılan 1987 tarihli değişiklik, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların hangi maddelerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı halkoylamasına sunulacağını belirlemek imkanının Türkiye Büyük Millet Meclisine bırakılmasının amacı da, böyle bir olumsuzluğun ortaya çıkmasının önlenmesidir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde yapılan 1987 tarihli değişiklikle; 175 inci maddeye ilişkin değişiklik teklifinde yer almayıp, daha sonra Anayasa Komisyonunda eklenen bu imkan için, Komisyon raporunda ileri sürülen aşağıdaki gerekçe, bu hususu açıkça ifade etmektedir:

'Maddede yapılan diğer bir değişiklikle, Türkiye Büyük Millet Meclisinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, ileride halkoylamasına sunulması ihtimaline karşı, Anayasanın değiştirilen hükümlerinin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı oylanacağı hususunun da kanuna ilave edilecek bir hükümle kararlaştırılması esas getirilmiştir. Halkoyuna sunulmasının Anayasanın her hükmü için ayrı ayrı yapılması kararlaştırıldığı takdirde, oylama sonunda bazı hükümlerin benimsenmesi, bazılarının ise reddi mümkün olabilecek, böylece halkoylamasının daha sağlıklı şekilde sonuçlanması ve bazı hükümler reddedilmiş olsa bile hiç olmazsa benimsenen değişikliklerin yürürlüğe girmesi sağlanmış olacaktır.' (TBMM'nin 13.05.1987 tarihli 102. Birleşim Tutanağı sonuna ekli, S. Sayısı 564, s-6, TBMM TD, Dönem 17, c.40) (Ek 15)

Aynı değişikliğe ilişkin olarak, zamanın Adalet Bakanı Mahmut Oltan Sungurlu'nun 14.05.1987 tarihli 103. Birleşiminde, TBMM'nde yaptığı aşağıda yer verilen konuşma da, TBMM'ye tanınan imkanın amacını göstermektedir.

'Diyelim ki, yapılan değişiklikler farklı farklı hususlarda ise, vatandaşın hepsine birden oy vermek mecburiyeti tanımamak için; tercih imkanı kullanabilmesi için, yüce Meclis, bunları paket paket, kısım kısım oylamaya tabi tutmak imkanına sahiptir.' (TBMM TD, Dönem 17, C.40, s.361) (Ek 16)

Bu açıklamalar, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde, bu Kanunun birbiriyle konu bakımından hiçbir ilgisi olmayan, bütünsel değişikliği temsil etmeyen maddelerinin, halkoyuna gidilmesi halinde, makul bir gerekçe olmadan tümüyle oylanacağına ilişkin bir hükme yer verilmesinin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin demokratiklik niteliğine aykırı düşeceğini ortaya koymaktadır.

26 ncı maddedeki 'halkoylamasına sunulması halinde tümüyle' ibaresinin, Cumhuriyetin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratiklik niteliğine aykırı olması, 26 ncı madde bir Anayasa değişikliği yapan Kanunda yer aldığı için, bu aykırılık, söz konusu ibarenin Anayasanın 2 nci maddesinde, 'demokratik'lik niteliğinde bir değişiklik yapıldığı anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesi böyle bir değişikliğe imkan tanımadığı için, 26 ncı maddedeki 'halkoyuna sunulması halinde tümüyle' ibaresinin iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.8. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 8'inci, 14'üncü, 16'ncı, 19'uncu, 22'nci Maddeleri İle 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği 'Geçici Madde 18' ve 'Geçici Madde 19' İle 26'ncı Maddesindeki Anayasaya Aykırılıkların, Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Bakımından Konumu

Çağdaş Anayasaların genellikle temel felsefelerini ifade eden ilkelerini ve bu felsefeye dayalı olarak ortaya koydukları düzenin bütünlüğünü, yasama organının kendisine veya bir başka deyişle yasama organındaki çoğunluğun baskısına karşı güvence altına alacak hükümleri ve kuruluşları da birlikte getirme yoluna gittikleri görülmektedir.

Böyle bir sisteme geçiş Türkiye'de de, Cumhuriyetin dayandığı temel ilkeleri ve felsefeyi güvence altına alma gereksiniminin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Bu gereksinim 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4 üncü maddesine de, 'Anayasanın 1 nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 ncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez' hükmünün yerleştirilmesine neden olmuştur.

4 üncü madde incelendiğinde; önce bir değişmezlik ilkesi konulduğu, buna ek olarak da bir teklif yasağı getirildiği görülmektedir.

Anayasanın 4 ncü maddesine göre; Anayasanın 1 nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 ncü maddesi hükümlerinde değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamayacaktır. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.

Anayasanın 4 üncü maddesinde yer alan bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1970/1, K.1970/31 sayı ve 16.06.1970 tarihli ile E.1973/19, K.1975/87 sayı ve 15.04.1975 tarihli kararı)

Görüldüğü gibi 4 üncü maddedeki yasak, Anayasanın 7 nci maddesinde TBMM'ne verilmiş olan yasama yetkisi için bir sınır oluşturmaktadır. Bu sınır, aynı zamanda TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisinin, 4 üncü ve 175 inci maddelerinin de sınırınıdır. Yani, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddelerindeki hükümlerin kapsamını oluşturan konular, yasama erkinin konusal alanının dışında bırakılmış ve bu suretle TBMM, bu alanda, yasama yetkisini kullanmaktan men edilmiş; yetkisiz kılınmıştır.

Kuşkusuz burada yetkisizlik kapsamında olanın sadece Anayasanın ilk üç maddesi olmadığını tekrar belirtmekte yarar vardır.

Anayasanın ilk üç madde dışındaki hükümlerinde yapılacak ve ilk üç maddede belirtilen hususları değiştirip başkalaştırma sonucunu doğuracak tüm yasa düzenlemeleri de 4 üncü maddedeki yasağın kapsamına girmektedir. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, 'Anayasada Türban Değişikliği' Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008)

Aksini kabul, Anayasanın ilk üç maddesindeki hükümlerin özünün Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle boşaltılmasına, başkalaştırılmasına, 'Anayasaya karşı hile' yapılmasına imkan tanımak anlamına gelecektir.

Bu husus Prof. Dr. Erdoğan Teziç tarafından da, Anayasanın laiklik ilkesini düzenleyen 2 nci maddesi ve onu koruyan 4 üncü maddesi karşısında, türban yasağının başka Anayasa maddelerinde yapılacak düzenlemelerle kaldırılamayacağı; böyle bir işe kalkılırsa bunun 2

nci maddeyi etkisiz kılmak için 'Anayasaya karşı hile' oluşturacağı yolundaki ifadelerle açıklanmıştır. (Bkz. Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklama, 'Yön', Milliyet Gazetesi, 25.01.2008) (Ek 18)

Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de Anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerinin, Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle değiştirilmesi halinde, bu tür yasama işlemlerinin de değişiklik yasağının kapsamına gireceğini, E.1970/1, K.1970/31 sayı ve 16.06.1970 tarihli kararında şu şekilde ifade etmiştir.

'Bu bakımdan bu ilkelerle değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.'

Bu saptamaları yaptıktan sonra, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun iptali istenen yukarıda belirtilmiş hükümlerinin, Anayasanın 4 üncü maddesi karşısında konumunu belirleyebilmek için, bu maddedeki düzenlemelerin Anayasanın 2 nci maddesindeki hususları değiştirici veya başkalaştırıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığı sorusuna yanıt vermek gerekir. Bu da yukarıda, iptali istenen maddelerin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde açıklanmış ve getirdikleri düzenlemelerin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine aykırı düştüğü, bunları değiştirip başkalaştırdığı sonucuna varılmıştır.

Anayasanın 148 inci maddesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceği; Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Bu hüküm karşısında, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen yasağa karşın Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen hususları değiştiren bir Anayasa değişikliği hakkında yargısal denetim yapıp yapmayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu belirleme, Anayasanın 4 üncü maddesi dahil, Anayasa değişikliklerinin teklif edilmesini düzenleyen Anayasa hükümlerinin şekil kuralı niteliğini taşıyıp taşımadığı saptamasından hareketle yapılmalıdır. Bu saptama, Anayasa Mahkemesinin E.1973/19, K.1975/87 sayı ve 15.04.1975 tarihli kararında yapılmış ve söz konusu kararda Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümlerinin yanı sıra bunu yasaklayanların da birer şekil kuralı olduğunda kuşku bulunmadığı belirtilmiştir.

Ne var ki olayımızda, iptali istenen düzenlemelerin, Anayasanın 4 üncü maddesinde ifadesini bulan şekil kuralına aykırı olup olmadığının belirlenmesi ancak bu düzenlemelerin içeriğinin Anayasanın ilk üç maddesinde getirilen ilkelerle bağdaşmayacak, bu nedenle bu ilkeleri değiştirici bir nitelik taşıyıp taşımadıklarını bir ön denetimle belirlenmesi yoluyla mümkün olabilecektir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin yetkisizliği nedeniyle yasama yetkisini kullanamayacağı bir alanda yapılan iptali istenen hükümleri, böyle bir denetimi yapmaya yetkili olmadığı ve şekil denetiminin kapsamının 'teklif ve kabul yeter sayılarına ve ivedilikle

görüşmeme hususuna uyulup uyulmadığı' ile sınırlı tutulmuş olduğu gerekçesiyle denetlemekten kaçınılabilecek midir'

Bu soruya kuşkusuz olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetimi yapamayacağını kabul etmek, Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen yasağa aykırı yasama işlemlerini yaptırımsız bırakmak anlamına gelecek; Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağı işlevsiz ve etkisiz hale sokacak ve Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen niteliklerini güvencesiz bırakacaktır.

Halbuki Anayasamızın ilk 3 maddesinde belirtilen nitelikler, Türkiye Cumhuriyetinin temelidir. Bu nitelikler değiştirildiği takdirde Anayasanın yerleşmiş düzeni, ahengi, bütünlüğü ve Devletin niteliği de başkalaşır. Bu durumda da Devlet yapısının Anayasada tanımlanan ve istenen biçimde işlemesi söz konusu olamaz.

Bir teklifin kabulünde, kabul yeter sayısına ulaşamamasını iptal nedeni olarak kabul eden bir Anayasanın, yukarıda ifade edilen durumların ortaya çıkmasına yol açacak bir şekil aykırılığını, yaptırımsız bırakmayı tercih etmiş olduğu, kabul edilemez. Böyle bir kabul, TBMM'nin belli bir çoğunluğunun, değişmez nitelikteki Anayasa hükümlerini, ağır ve açık yetki tecavüzü teşkil eden yasama işlemleriyle bertaraf etmesine ve usul saptırmalarına kapıyı ardına kadar açmak anlamına gelir. Böyle bir durumun ise, Anayasa ve hukukta yeri olamaz. Çünkü bu, hukukun genel ilkelerine aykırı düşer. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, 'Anayasada Türban Değişikliği', Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008) (Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklamalar 'Yön', Milliyet Gazetesi, 25.01.2008 ve 09.02.2008.)

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin teklif şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, aslında böyle bir denetime engel değil, dayanaktır. Çünkü 'teklif' şartına uyulup uyulmadığının incelenmesi yetkisi, Anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerde Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa uyulup uyulmadığının da denetlenmesini gerektirir.

Kaldı ki Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesinin gereği olarak, bir teklifin Anayasada öngörülen sayılarla teklif veya kabul edilip edilmediğinin incelenebilmesi için öncelikle ortada hukuken sonuç doğurabilecek bir teklifin bulunması gerekir. Bu nedenle teklif ve kabul yeter sayılarını denetleme konusunda verilen bir yetkinin, bir Anayasa değişikliği söz konusu olduğunda evleviyetle 'teklifin Anayasanın 4 üncü maddesine uygunluk bağlamında hukuken geçerli olup olmadığını inceleme yetkisi'ni de içerdiğini söylemek gerekir.

Bu açıklamalara göre varılacak sonuç, Anayasa Mahkemesinin, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun yukarıda iptali istenen hükümlerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği ve bu hükümlerin Cumhuriyetin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen nitelikleri değiştirdiğine karar vermesi halinde, bu hükümleri Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğidir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de, E.2008/16, K.2008/116 sayı ve 05.06.2008 tarihli kararında bu yolu yerinde görerek, 09.02.2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen açıdan Anayasaya uygunluk denetimini yapmış ve iptal etmiştir.

## II. YÜRÜTMİYİ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

II.A. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun Tümünü İlgilendiren Yürütmeyi Durdurma İstemi Gerekçeleri

Bir kanunun kanunlaşma sürecinde Anayasanın ve İçtüzüğün belirlemiş olduğu yöntemlere uyulmaması, bu kanunun hukuk düzenindeki varlığı veya yokluğu ile ilgili bir sorundur.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa değişikliği yapan kanunların görüşülmesine ilişkin usul ilkelerini 175 inci maddesinde ortaya koymuş; 148 inci maddesinde ise, Anayasa Mahkemesine, Anayasa değişikliği yapan Kanunların yalnız şekil bakımından denetimini yapma yetkisini vermiş; bu şekil denetimini de teklif ve oylama çoğunluklarına ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutmuştur.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, oylamalarında gizli oylama ilkesine uyulmaması ve 2 nci görüşmede kanunlar için geçerli görüşme yönteminin gereklerinin yerine getirilmemesi nedenleriyle Anayasanın 175 inci maddesine şekil açısından aykırı düştüğü yukarıda belirtilmiştir. Bu aykırılık kanunun yalnız belli maddelerini değil; tümünü ilgilendirmektedir.

Şekil bakımından bu kadar önemli bir sakatlıkla malul olan söz konusu Kanunun hukuk düzeninde yürürlüğünü sürdürmesi, Cumhuriyetimizin hukuk devleti niteliğinin bu yürürlüğün sürdüğü her an için tekrar tekrar darbe alması anlamına gelmektedir.

Diğer yandan teklifin verilmiş biçimi, Komisyon görüşmeleri aşaması ve yöneldiği amaç bakımından da 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Anayasaya aykırı bir nitelik taşıdığı görülmektedir.

Anayasanın ve hukukun üstünlüğü anlayışının gereği olarak hukuk düzeninin biran önce söz konusu Kanunun varlığından arındırılması ve bu yapıncaya kadar da en azından etkisiz hale getirilmesi için tüm maddelerinin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddeleriyle yürürlüğünü sürdürmesi, öncelikle Anayasa Mahkemesi iptal kararını verip bu karar Resmi Gazetede yayımlanincaya kadar halkoylaması yapılması halinde, halkoyuna sunulması sonucunu verecektir. Anayasa Mahkemesince tüm hükümlerinin iptal edilme olasılığı bulunan bir Kanun için halkoylaması sandıklarının kurulması ise, başlı başına sonradan giderilemeyecek bir zarardır.

Diğer taraftan belirtilen süre içinde gerçekleşebilecek bir halkoylamasında bu Kanunun kabulü halinde, Kanunda yer alan hükümler doğrultusunda örneğin; Anayasa Mahkemesinin ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeni yapısına uyumunun sağlanması, kamu denetçisinin göreve başlaması, gerekli yasaların çıkarılması için hukuk düzeni harekete geçirilecektir. Bu arada, karar yeter sayısı da Anayasa değişikliğinde yükseltilmiş olduğu için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun bile belki iptali mümkün olmayabilecektir.

Bu süreç ilerlerken 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun iptali halinde ise, iptale kadar bu Kanuna dayalı olarak kazanılan statülerin, yetkilerin ve oluşturulan yapıların durumu ve ileriye yönelik konumu hukuki sorunlara yol açacak; iptal kararlarının geriye yürümezliği nedeniyle, verilebilecek iptal kararı bu durum karşısında etkisini yitirecek ve ortalığa tam bir karmaşa hakim olacaktır. Böyle bir durumda ortaya çıkacak zararların herhangi bir biçimde sonradan giderilebileceğinin düşünülmesi bile olanaksızdır.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da, söz konusu Kanunun tüm hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmaması halinde, Anayasa Mahkemesinin açılan iptal davasına ilişkin

kararının Resmi Gazetede yayımına kadar geçecek süre içinde yapılabilecek halkoylamasında bu Kanun kabul edildiği takdirde, Anayasal düzenin karşı karşıya kalacağı tehlikedir.

Çünkü böyle bir durumda yürürlüğe girecek kimi hükümler, sadece yargı bağımsızlığını, kuvvetler ayrılığını ve Cumhuriyetin Anayasada belirtilen niteliklerinden 'demokratik hukuk devleti'ni ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'nı zedelemekle kalmayacak; Cumhuriyetin diğer önemli temel niteliklerini de değiştirmeye ve Cumhuriyetin temel felsefesini dönüştürmeye yönelik yeni Anayasa değişikliklerine de imkan hazırlayacaktır. Bu değişiklikler gerçekleştikten sonra Anayasa Mahkemesinin vereceği bir iptal kararının, Cumhuriyetimizle ilgili dönüşümü tekrar eski haline getirebilmesi ise kesinlikle imkansızdır.

Yukarıda belirtilen ve sonradan giderilmesi olanaksız bu zararları önlemek için 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm hükümlerinin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

**II.B. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun İptali İstenen Bazı Hükümlerine İlişkin Özel Yürürlüğü Durdurma İstemi Gerekçeleri**

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Kamu Denetçiliği Kurumu, Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve yapılacak halkoylaması ile ilgili iptali istenen hükümlerinin yürürlüğünün sürdürülmesine olanak tanınması halinde, söz konusu Kanunun tümüyle ilgili sonradan giderilemeyecek zararların yanısıra, sadece bu hükümlerle ilgili başka zararlar da ortaya çıkacaktır. Bunlar aşağıda ayrıntılarıyla özetlenmeye çalışılmıştır.

**II.B.1. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun 8'inci Maddesinin 7.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74'üncü Maddesine Eklediğini İfade Ettiği Üçüncü, Dördüncü, Beşinci Ve Altıncı Fıkraların Yürürlüğünün Durdurulması İsteminin Gerekçesi**

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklediğini ifade ettiği, madde başlığında yer alan 've kamu denetçisine başvurma' ile üçüncü fıkrasındaki 've kamu denetçisine başvurma' ibarelerinin ve dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının yürürlüğünün durdurulmaması halinde, bu fıkralar da, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili vereceği karardan önce yapılacak bir halkoylamasında halkoyuna sunulacak ve kabulü halinde, bu fıkralar doğrultusunda Kamu Denetçiliği Kurumu ile ilgili yasa düzenlemelerine girilecek; seçim yapılacak ve kurum çalışmalarına başlayarak kararlar alıp, işlemler gerçekleştirecektir.

Bu sürece girildikten sonra Anayasa Mahkemesinin vereceği bir iptal kararı, bu işlemlerin Anayasal dayanağını ortadan kaldıracak; Kamu Denetçiliği Kurumunun hukuki meşruiyeti, konumu ve kararları tartışılır hale gelecek ve çözülmesi gereken pek çok hukuki sorun ortaya çıkacaktır.

İptal kararları geriye yürümediği için, Anayasa Mahkemesinin vereceği bir iptal kararı da bu sorunları çözmeye yeterli olamayacaktır.

Bu sonradan giderilmesi mümkün olmayacak durum ve zararların önüne geçilebilmesi için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin, T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklediğini ifade ettiği dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralar ile, üçüncü fıkrasında ve madde başlığında yer alan 've kamu denetçisine başvurma' ibaresinin yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

**II.B. 2. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 14'üncü Maddesine İlişkin Yürürlüğü Durdurma İsteminin Gerekçesi**

14 üncü maddenin (2709 sayılı kanunun değişen 144 üncü maddesi) yürürlüğünü sürdürmesi durumunda; bu madde de, yapılacak halkoylamasında halkoyuna sunulacaktır. Halkoylaması Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesinden ve bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından önce yapılacak ve söz konusu Kanun bu halkoylamasının sonucunda kabul edilecek olursa, 14 üncü maddenin gerektirdiği yasalar derhal çıkarılmaya başlanacak ve adalet hizmetlerinin denetimi adı altında, yargıç ve savcılar, Adalet Bakanlığının müfettişleri ve iç denetçileri tarafından araştırılıp, soruşturulabilecektir. Böylece yürütme yargı üzerinde üstünlük kurma fırsatı bulacak; yargının bağımsızlığı ve dolayısı ile Cumhuriyetin hukuk devleti niteliği zedelenecektir. 14 üncü maddenin iptal edilmesi halinde ise, çıkarılmış yasalar ve yapılmış olan işlemler Anayasal dayanaklarını kaybedecek; buna dayalı olarak da pek çok sorun yaşanacaktır. İptal kararlarının geriye yürümemesi, kararın etki gücünü azaltacak ve bu sorunların çözümünü daha da güçleştirecektir.

Böylesi sonradan düzeltilmesi ve yol açacağı zararların giderilmesi olanaksız durumların önüne geçilebilmesi için, söz konusu 14 üncü maddenin bütünüyle yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

**II.B.3. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 16'ncı Maddesinin İkinci, Üçüncü, Dördüncü Ve Beşinci Fıkraları İle 19'uncu Maddesinin İkinci Fıkrasının Dördüncü Tümcesine Ve Dördüncü Fıkrasına İlişkin Yürürlüğü Durdurma İstemlerinin Gerekçeleri**

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ile 19 uncu maddesinin (2709 sayılı kanunun değişen 146 ıncı ve 149 uncu maddelerinin iptali istenen madde ve fıkraları) ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinde ve dördüncü fıkrasında Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılanmasına ve bu yapı çerçevesindeki yeni çalışma düzenine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bunların Anayasaya aykırılığı, belirtilen maddelerle ilgili Anayasaya aykırılık gerekçelerinde ayrıntılı biçimde açıklanmıştır. Bu hükümlerin yürürlüğü sürdürülecek olursa, Anayasa Mahkemesinin olası iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yapılacak bir halkoylamasında, Anayasaya aykırı bu hükümlerin de halkoyuna sunulmaları gerekecek; Anayasa değişikliğinin halkoylamasında kabul edilmesi durumunda da, bu hükümler derhal uygulanmaya başlanacaktır.

Bunun sonucunda da:

Mevcut Anayasa Mahkemesinin 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun öngördüğü, bu Mahkemeyi yürütme ve yasamaya bağımlı kılacak; kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla hukuk devleti ilkelerine aykırı yapıya uyumunun sağlanması için gerekenler yapılacak; yeni üyelerin seçimine gidilecek; çalışmalar öngörülen yeni düzene göre yürütülecek; karar yeter sayıları yeni düzene göre uygulanacak; bu bağlamda salt çoğunluk konusundaki yukarıda belirtilen belirsizlik sorun yaratacak; Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini hatta gecikilirse bu Anayasa değişikliğini bile iptal etmesi güçleşecektir.

Bu değişim gerçekleşirken Anayasa Mahkemesinin söz konusu hükümleri iptal etmesi ise, uyum bağlamında yapılan tüm işlem ve düzenlemelerin Anayasal dayanağı ve hukuki geçerliliği konusunda sayısız problemin ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Ayrıca iptal kararlarının geriye yürümezliği nedeniyle, verilecek bir iptal kararı da etkisini büyük ölçüde kaybedecektir.

Bu durumun yaratacağı sakıncaların ve zararların giderilmesi ise hiçbir şekilde mümkün olamayacaktır.

Bu nedenle 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ile 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinin ve dördüncü fıkrasının yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

II.B.4. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 22'nci Maddesinin Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü Ve Ondördüncü Fıkralarına İlişkin Yürürlüğü Durdurma İsteminin Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin (2709 sayılı kanunla değişen 159 uncu maddenin iptali istenen fıkralarının) yukarıda belirtilen fıkralarında yer alan düzenlemelerle, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu için yeni bir yapılanma ve çalışma modeli ortaya konulmuştur.

22 nci maddenin söz konusu fıkralarının yürürlüğünü sürdürmesi halinde, bu maddede Anayasa Mahkemesinin olayla ilgili kararı Resmi Gazetede yayımlanmadan önce yapılabilecek halkoylamasında, belirtilen fıkralarıyla halkoyuna sunulacaktır. Anayasa değişikliğinin kabul görmesi halinde ise, bu fıkralarda yer alan hükümler doğrultusunda, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yeniden yapılandırılmaya ve yeni çalışma düzeni çerçevesinde çalışmalarını yürütmeye başlayacak; yeni üyelerin seçimine ve görev bölümüne gidilecektir.

Yeni yapılanma modeli, Anayasada yer alan kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu için, bu nitelikteki bir Kurulun yargı çatısı altında yer alması ve varlığını sürdürmesi, söz konusu ilkeler açısından Anayasanın üstünlüğünün zedelenmesine; yargıç ve savcıların yürütme karşısında güvencesiz ve korumasız bırakılmasına ve yargının yürütmenin etkisine girmesine yol açacaktır.

Anayasa Mahkemesinin bu sürece girildikten sonra vereceği bir iptal kararı da, iptal kararlarının geriye yürümezliği nedeniyle, ortaya çıkacak olumsuz durumları gidermeye, yürütmenin etkisinde oluşan yeni yargı yapılanmasını değiştirmeye yetmeyecektir.

Bu durumun ve doğuracağı sonradan giderilmesi olanaksız zararların önlenmesi için ise, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 ve 14 üncü fıkralarının yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

II.B.5. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği 'Geçici Madde 18' Ve 'Geçici Madde 19'a İlişkin Yürürlüğü Durdurma İstemlerinin Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği 'Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında, görevde bulunan Anayasa Mahkemesinin söz konusu Kanunun 16 ncı maddesinde getirilen ve Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden demokratik 'hukuk devleti'ne ve Başlangıç ilkelerinden 'kuvvetler ayrılığı'na aykırı bulunmuş olan yeni Anayasa Mahkemesi modeline uyumunu sağlamak için yapılacak işlemler

düzenlenmiştir. 'Geçici Madde 18'in yürürlüğü sürdürüldüğü takdirde, Anayasa Mahkemesinin olayla ilgili kararı Resmi Gazetede yayımlanıncaya kadar yapılacak halkoylamasında, 'Geçici Madde 18'de söz konusu fıkralarıyla halkoyuna sunulacak ve kabul edildiği takdirde, bu madde doğrultusunda, uyumu sağlamaya yönelik işlemler başlatılacaktır. Bunun sonucunda, Anayasaya aykırılığı yukarıda belirtilen modele uygun bir Anayasa Mahkemesi, hukuk düzeninde yerini alacak ve çalışmalarını sürdürecektir.

Bu değişim gerçekleşirken, Anayasa Mahkemesinin söz konusu 'Geçici Madde 18'in söz konusu fıkralarını iptal etmesi halinde ise, uyum bağlamında yapılan tüm işlemlerin ve düzenlemelerin Anayasal dayanağı ortadan kalkacak; hukuki geçerlilikleri konusunda sayısız problem ortaya çıkacaktır. Ayrıca olası bir iptal kararı, geriye yürüyemeyeceği için, bu problemleri çözmeye ve olumsuzlukları gidermeye yetmeyecektir.

Sonradan giderilemeyecek bu olumsuz durumların ve zararların önlenmesi için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği 'Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının yürürlüğünün durdurulması gerekecektir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği 'Geçici Madde 19'un birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasının (b) ,(c) ve (ç) bentlerinde ve yedinci ve sekizinci fıkralarında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, bu Kanunun 22 nci maddesinde getirilen yeni yapılanma modeline geçişini sağlayacak düzenlemelere yer verilmiştir.

'Geçici Madde 19'un söz konusu fıkralarının yürürlüğü sürdürülecek olursa, bu fıkralar, Anayasa Mahkemesinin olayla ilgili kararı Resmi Gazetede yayımlanmadan önce halkoylaması yapıldığı takdirde, 5982 sayılı Kanundaki diğer hükümlerle birlikte halkoyuna sunulacak ve Kanunun kabulü halinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeni modele uyumunun sağlanması için 'Geçici Madde 19'da öngörülen bu uygulamalara derhal başlanacaktır. Böylece bu Kanunun 22 nci maddesinin Anayasaya aykırılık gerekçesinde ayrıntılı biçimde açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırı olan ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu yürütmeye bağımlı kılan yapı, hukuk düzeninde somut bir varlık kazanacaktır. Bu kuşkusuz, Anayasanın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayan bir yapının hukuk düzeninde varlık kazanmasına ve varlığını sürdürmesine göz yummak anlamına gelecektir.

Diğer yandan bu sürece girildikten veya bu süreç tamamlandıktan sonra verilecek bir iptal kararı, uyum bağlamında yapılmış olan tüm işlemlerin ve düzenlemelerin Anayasal dayanağını ortadan kaldıracak ve bunların hukuki geçerliliği konusunda sayısız sorun yaşanacak; iptal kararları geriye yürümedikleri için söz konusu olumsuzlukları bütünüyle gidermeye yetmeyecek; yeni modele uyumu sağlanmış Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hukuki statüsü sorun yaratacaktır.

Bu sonradan giderilemeyecek olumsuz durumların ve zararların önüne geçilebilmesi için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği 'Geçici Madde 19'un birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, yedinci ve sekizinci fıkraları ile altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bendlerinin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

II.B.6. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 26'ncı Maddesine İlişkin Yürürlüğü Durdurma İsteminin Gerekçesi

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde, bu Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanacağı ifade edilmektedir. Yukarıda bu maddenin Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanırken halkoylamasında tümüyle oylanmasının demokrasi anlayışıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir.

26 ncı maddede yer alan 've halkoyuna sunulması halinde tümüyle'ibaresinin yürürlüğünün sürdürülmesi halinde, halkoylaması Anayasa Mahkemesinin bu olay hakkındaki kararının Resmi Gazetede ilanından önce yapılacak olursa, bu halkoylamasında söz konusu maddenin öngördüğü oylama biçimi geçerli olacaktır.

Bu da, bir dayatma metni üzerinde oy kullanılmasına ve vatandaşların yapılan düzenlemelerin her birisi için ayrı ayrı iradelerini ifade edemedikleri bir halkoylamasının gerçekleşmesine yol açacaktır.

Diğer yandan oylama tamamlandıktan sonra Anayasa Mahkemesinin bu maddeyi iptal etmesi halinde; halkoylamasının hukuki geçerliliği ve Anayasa değişikliğinin hukuki meşruiyeti tartışmalı hale gelecektir.

İfade edilen bu olumsuzluklar ve yol açacakları giderilmesi olanaksız zararlar demokratik yaşantımız ve onun hukuk devleti olma özelliği açısından asla küçümsenemez.

Bunları önlemenin yolu, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde yer alan 've halkoyuna sunulması halinde tümüyle' ibaresinin yürürlüğünün durdurulmasıdır.

### III. SONUÇ VE İSTEM

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun:

A) Kanun teklifinin getirilmesi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, TBMM Genel Kurulunda görüşülüp oylanması, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 4 üncü, 87 inci ve 175 inci maddelerine aykırı olmaları nedeniyle tüm maddelerinin;

B) Ayrıca yukarıda kendileriyle ilgili Anayasaya aykırılık gerekçelerinde ortaya konulan özel Anayasaya aykırılık nedenleriyle de:

1. 8 inci maddesinin T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine, üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırarak eklediğini ifade ettiği; madde başlığındaki 've kamu denetçisine başvurma' ibaresinin ve üçüncü fıkradaki 've kamu denetçisine başvurma' ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların,

2. 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının, (2709 sayılı kanunun değişen 144 üncü maddesinin),

3. 16 ncı maddesinin, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının (2709 sayılı kanunun değişen 146 ncı maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının),

4. 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesi (2709 sayılı kanunun değişen 149 uncu maddesinin birinci fıkrasının 'Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.' şeklindeki dördüncü tümcesinin),

5. 19 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (2709 sayılı kanunun değişik 149 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının),

6. 22 nci maddesinin üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü ve ondördüncü fıkralarının (2709 sayılı kanunun değişik 159 uncu maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü fıkralarının),

7. 25 inci maddesinin T.C. Anayasasına eklediğini ifade ettiği 'Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının,

8. 25 inci maddesinin T.C. Anayasasına eklediğini ifade ettiği 'Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d), (e) bendlerinin, ikinci fıkrasının, üçüncü fıkrasının, dördüncü fıkrasının, altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin, yedinci ve sekizinci fıkralarının,

9. 26 ncı maddesindeki 've halkoyuna sunulması halinde tümüyle' ibaresinin,

iptallerine ve dava ile ilgili Anayasa Mahkemesi Kararı Resmi Gazetede yayımlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemimizi saygı ile arz ederiz."