

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2010/49

Karar Sayısı : 2010/87

Karar Günü : 7.7.2010

R.G. Tarih-Sayı : 01.08.2010-27659

İPTAL DAVASINI AÇAN: Ankara Milletvekili Hakkı Suha OKAY, İzmir Milletvekili Kemal ANADOL ile birlikte 111 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A) Kanun teklifinin getirilmesi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, TBMM Genel Kurulunda görüşülüp oylanması, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından tüm maddelerinin;

B) Ayrıca özel Anayasaya aykırılık nedenleriyle de:

1- 8. maddesiyle 7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74. maddesine, üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırılarak eklendiği ifade edilen; madde başlığında yer alan " ve kamu denetçisine başvurma" ibaresinin ve üçüncü fıkra da yer alan " ve kamu denetçisine başvurma" ' ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının,

2- 14. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 144. maddesinin,

3- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

4- 19. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 149. maddesinin

a- Birinci fıkrasının 'Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.' Biçimindeki dördüncü tümcesinin,

b- Üçüncü fıkrasının,

5- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü fıkralarının,

6- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen;

a- Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının,

b- 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,

7- 26. maddesinde yer alan "ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 4., 87. ve 175. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II - YASA METİNLERİ

A - İptali İstenilen Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa Kuralları

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenilen hükümleri şunlardır:

'MADDE 1 ' 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına 'Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.' cümlesi ve maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

'Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.'

MADDE 2 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

'Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.'

MADDE 3 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 23 üncü maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilir.'

MADDE 4 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 41 inci maddesinin kenar başlığı 'I. Ailenin korunması ve çocuk hakları' şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

'Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.'

MADDE 5 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 51 inci maddesinin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 6 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 53 üncü maddesinin kenar başlığı 'A. Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı' olarak değiştirilmiş, üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

'Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.

Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.

Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.'

MADDE 7 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 54 üncü maddesinin üçüncü ve yedinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 8 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74 üncü maddesinin kenar başlığı 'VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı' şeklinde değiştirilmiş, maddenin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

'Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.'

MADDE 9 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 84 üncü maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 10 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 94 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'İlk seçilenlerin görev süresi iki yıldır, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi ise o yasama döneminin sonuna kadar devam eder.'

MADDE 11 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 inci maddesinin ikinci fıkrasına 'Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.' şeklindeki cümle eklenmiş ve dördüncü fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.'

MADDE 12 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 128 inci maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

'Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.'

MADDE 13 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.'

MADDE 14 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 144 üncü maddesi kenar başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'G. Adalet hizmetlerinin denetimi

MADDE 144 ' Adalet hizmetleri ile savcılarının idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.'

MADDE 15 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 145 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 145 ' Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.'

MADDE 16 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 146 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 146 ' Anayasa Mahkemesi onyedii üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için, kırkbeş yaşını doldurulmuş olması kaydıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcılarının adaylık dahil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.

Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve iki başkanvekili seçilir. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Anayasa Mahkemesi üyeleri aslî görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar.'

MADDE 17 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 147 nci maddesinin kenar başlığı '2. Üyelerin görev süresi ve üyeliğin sona ermesi' şeklinde, birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Anayasa Mahkemesi üyeleri oniki yıl için seçilirler. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez. Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar. Zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolan üyelerin başka bir görevde çalışmaları ve özlük işleri kanunla düzenlenir.'

MADDE 18 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna 've bireysel başvuruları karara bağlar' ibaresi, üçüncü fıkrasındaki 'Cumhurbaşkanını,' sözcüğünden sonra gelmek üzere 'Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını,' ibaresi eklenmiş, beşinci fıkrası 'Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.' şeklinde değiştirilmiş, maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar ve üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere 'Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.' şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir.

'Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.'

MADDE 19 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 149 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 149 ' Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. **Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.** Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.

Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.

Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.

Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir ve siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler.'

MADDE 20 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 156 ncı maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.'

MADDE 21 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 157 nci maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.'

MADDE 22 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 159 ' Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanındır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîi üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcılar arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.

Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde yapılır. Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden altmış gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır. Diğer üyeliklerin boşalması halinde, asıl üyenin yedeği tarafından kalan süre tamamlanır.

Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılar arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; ancak bir aday için oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.

Kurulun, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki asıl üyeleri, görevlerinin devamı süresince; kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamazlar veya Kurul tarafından başka bir göreve atanamaz ve seçilemezler.

Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir.

Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.

Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.'

MADDE 23 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 166 ncı maddesinin kenar başlığı 'I. Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey' şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

'Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişarî nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir.'

MADDE 24 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının geçici 15 inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 25 ' Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

'GEÇİCİ MADDE 18 ' Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Anayasa Mahkemesinin mevcut yedek üyeleri asıl üye sıfatını kazanır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi bir üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun ve bir üyeyi de baro başkanlarının gösterecekleri üçer aday içinden seçer.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin yapacağı üye seçimi için aday göstermek amacıyla;

a) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, Sayıştay Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren beş gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren beş gün içinde Sayıştay Genel Kurulunca seçim yapılır. Her Sayıştay üyesinin ancak bir aday için oy kullanabileceği bu seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

b) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren beş gün içinde adaylar Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren beş gün içinde Türkiye Barolar Birliği Başkanlığının ilanında gösterilen yer ve zamanda baro başkanları tarafından seçim yapılır. Her bir baro başkanının ancak bir aday için oy kullanabileceği bu seçimde, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

c) (a) ve (b) bentleri uyarınca yapılan seçimlerin sonucunda aday gösterilmiş sayılanların isimleri seçimin yapıldığı günü takip eden gün Sayıştay ve Türkiye Barolar Birliği başkanlıklarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bildirilir.

ç) (c) bendi uyarınca yapılan bildirimden itibaren on gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde seçim yapılır. Her boş üyelik için yapılacak seçimde, ilk oylamada üye tamsayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır; ikinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı, birer üyeyi Yargıtay ve Danıştay kontenjanlarından olan ilk üyeliklerin boşalmasından sonra Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden seçer.

Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösteren kurumların halen mevcut üyeleri ile kendi kontenjanlarından seçilmiş yedek üyeler, tamamlama seçiminde göz önünde bulundurulur.

Anayasa Mahkemesinde halen belli görevlere seçilmiş olanların bu sıfatları seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam eder. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte üye olanlar yaş haddine kadar görevlerine devam ederler.

Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir.

GEÇİCİ MADDE 19 ' Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde aşağıda belirtilen esas ve usuller dahilinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri seçilir:

a) Cumhurbaşkanı, hâkimlik mesleğine alınmasına engel bir hali olmayan; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında en az onbeş yıldan beri görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile meslekte fiilen onbeş yılını doldurmuş avukatlar arasından dört üye seçer. Cumhurbaşkanı, üst kademe yöneticileri arasından seçeceği Kurul üyesini, bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, valilik, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, kamu kurum ve kuruluşlarında genel müdürlük veya teftiş kurulu başkanlığı görevlerini yapanlar arasından seçer.

b) Yargıtay Genel Kurulu, Yargıtay üyeleri arasından üç asıl ve üç yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Yargıtay Birinci Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Birinci Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Yargıtay Genel Kurulu seçim yapar. Her Yargıtay üyesinin sadece bir aday için oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

c) Danıştay Genel Kurulu, Danıştay üyeleri arasından iki asıl ve iki yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Danıştay Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Danıştay Genel Kurulu seçim yapar. Her Danıştay üyesinin sadece bir aday için oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

ç) Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu, kendi üyeleri arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bir asıl ve bir yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Türkiye Adalet Akademisi Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu seçim yapar. Her üyenin sadece bir aday için oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

d) Yedi asıl ve dört yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş olan adlî yargı hâkim ve savcılar arasından, adlî yargı hâkim ve savcılar tarafından Yüksek Seçim Kurulunun yönetim ve denetiminde seçilir. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde Yüksek Seçim Kurulu adaylık başvurularını ilân eder. İlân tarihinden itibaren üç gün içinde adaylar Yüksek Seçim Kuruluna başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren iki gün içinde Yüksek Seçim Kurulu adayların başvurularını inceler ve aday listesini belirleyerek ilân eder. Takip eden iki gün içinde bu listeye karşı itiraz edilebilir. İtiraz süresinin sona erdiği günden itibaren iki gün içinde itirazlar incelenir, sonuçlandırılır ve kesin aday listesi ilân edilir. Yüksek Seçim Kurulunun kesin aday listesini ilân ettiği tarihten sonraki ikinci Pazar günü her ilde, il seçim kurulunun yönetim ve denetimi altında yapılacak seçimlerde, o ilde ve ilçelerinde görev yapan hâkim ve savcılar oy kullanır. İl seçim kurulları o ilde oy

kullanacak hâkim ve savcılarının sayısına göre sandık kurulları oluşturur. Sandık kurullarının işlem, tedbir ve kararlarına karşı yapılan şikâyet ve itirazlar il seçim kurulunca karara bağlanır. Adaylar propaganda yapamazlar; sadece, Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde özgeçmişlerini bu iş için tahsis edilmiş bir internet sitesinde yayımlayabilirler. Bu seçimlerde her seçmen sadece bir aday için oy kullanabilir. Seçimlerde en çok oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur. Kullanılacak oy pusulalarıyla ilgili diğer hususlar Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Yüksek Seçim Kurulu, oy pusulalarını kendisi bastırabileceği gibi gerektiğinde uygun göreceği il seçim kurulları vasıtasıyla bastırmaya da yetkilidir. Yapılacak seçimlerde, 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun bu bende aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

e) Üç asıl ve iki yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından, idarî yargı hâkim ve savcıları tarafından Yüksek Seçim Kurulunun yönetim ve denetiminde seçilir. Bölge idare mahkemelerinin bulunduğu illerde, il seçim kurulunun yönetim ve denetimi altında yapılacak bu seçimlerde, o bölge idare mahkemesinde ve yargı çevresi içerisinde kalan yerlerde görev yapan idarî yargı hâkim ve savcıları oy kullanır. Bu seçimler hakkında da (d) bendi hükümleri uygulanır.

Birinci fıkranın (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun asıl üyeleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki otuzuncu günü takip eden iş günü görevlerine başlarlar.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yargıtay ve Danıştaydan gelen asıl ve yedek üyelerinin görevleri, seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam eder. Bunlardan, Yargıtaydan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (b) bendi uyarınca seçilenler; Danıştaydan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (c) bendi uyarınca seçilenler, sırayla göreve başlarlar.

Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri uyarınca seçilen üyelerden, üçüncü fıkra uyarınca göreve başlayanların görev süresi, birinci fıkranın (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen diğer Kurul üyelerinin görev süresinin bittiği tarihte sona erer.

İlgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılınca kadar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna seçilen asıl üyeler, Yargıtay daire başkanı için ilgili mevzuatında öngörülen tüm malî ve sosyal haklar ile emeklilik hakkından aynen yararlanırlar. Ayrıca, Kurulun Başkanı dışındaki asıl üyelerine, (30000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ek tazminat ödenir.

İlgili kanunlarda düzenleme yapılınca kadar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu;

a) Anayasa hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, yürürlükteki kanun hükümlerine göre Kurul şeklinde çalışır.

b) İkinci fıkra uyarınca asıl üyelerinin göreve başladığı tarihten itibaren bir hafta içinde Adalet Bakanının başkanlığında toplanır ve bir geçici Başkanvekili seçer.

c) En az onbeş üye ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir.

ç) Sekreteryaya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yürütülür.

Kurul müfettişleri ile adalet müfettişleri atanıncaya kadar, mevcut adalet müfettişleri, Kurul müfettişi ve adalet müfettişi sıfatıyla görev yaparlar.

Bu madde hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılmıncaya kadar uygulanır.'

MADDE 26 ' Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyleolunır.'

B - Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 4., 87. ve 175. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun katılımlarıyla 8.6.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin şekil yönünden incelenmesine, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

IV- ŞEKİL YÖNÜNDEN İNCELEME

Dava dilekçesi ve ekleri, konuya ilişkin rapor, iptali istenen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava dilekçesinde, 7.5.2010 günlü, 5982 Sayılı Kanun'un, Anayasa teklifi olarak veriliş biçimi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda oylanması sırasında gizliliğin ihlal edilmesi, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından tüm maddelerinin; ayrıca, Anayasa'nın 4. maddesinde öngörülen Anayasa'nın ilk üç maddesini değiştirme ve değiştirilmesini teklif etme yasağına aykırı olarak Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerini dolaylı olarak değiştirdiği ileri sürülerek Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin bazı hükümlerinin iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istenmiştir.

A- 7.5.2010 günlü, 5982 Sayılı Kanun'un Anayasa Teklifi Olarak Veriliş Biçimi ve Anayasa Komisyonundaki Görüşme Şekli Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde Anayasa değişiklik önerilerinin ancak teklif şeklinde yapılabileceği, tasarı yoluyla Anayasa değişikliği önerisi yapılmasının mümkün olmadığı, dava konusu 5982 sayılı Kanun'un teklif olarak sunulmadan önce geçirdiği süreçte tümüyle milletvekili iradesine dayalı bir öneri olarak ortaya çıkmadığı, aksine Başbakan'ın başkanlığında bir tasarı gibi hazırlandığı ve sadece Adalet ve Kalkınma Partisi Grubuna mensup milletvekillerinin

imzalarının alınması yoluyla bir teklif görünümü kazandırıldığı, bu nedenle tasarı niteliği taşıyan teklifin Anayasa'nın 175. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe koşullarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olarak sadece şekil yönünden denetlenebileceği hükme bağlanmıştır. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenme olanağı yoktur.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'nın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Bakanlar Kuruluna Anayasa'nın 88. maddesiyle tanınmış olan kanun tasarısı sunma yetkisi 175. maddede yer almamaktadır. Bu nedenle Bakanlar Kurulunun bir Anayasa değişikliği teklif edebilmesi mümkün değildir.

TBMM İçtüzüğü'nün 73. maddesinde '*Hükümetçe hazırlanan kanun tasarıları bütün bakanlarca imzalanmış olarak ve gerekçesi ile birlikte Meclis Başkanlığına sunulur.*' denilmektedir. Buna göre, bir tasarıdan söz edebilmek için milletvekili olsun ya da olmasın tüm Bakanlar ve Başbakan tarafından imzalanmış ve gerekçesi ile Meclis başkanlığına sunulmuş bir metnin bulunması gerekir. Bakanlar Kurulu üyeleri dışında hiç kimse bir kanun tasarısına imza atamaz. Oysa, İçtüzüğün 74. maddesine göre milletvekillerince verilen kanun tekliflerinde bir veya daha çok imza bulunabilir. Başbakan'ın ve milletvekili oldukları sürece bakanların tekliflere imza atması mümkündür. Başbakan ve bakanların milletvekili sıfatıyla herhangi bir kanun teklifine imza atmaları o teklifi tasarı haline getirmez.

'Teklif çoğunluğu' kapsamında Anayasa değişikliği teklifinde Anayasa'nın 175. maddesinde öngörülen Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte biri oranında milletvekilinin imzasının bulunup bulunmadığının incelenebileceği gözetildiğinde yeterli imzanın bulunması hâlinde, bu imzaların hangi saikle atıldığının incelenmesi Anayasa Mahkemesinin yetkisi dışında kalır.

Dava dilekçesinde ayrıca, Teklifin, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu'nda daha önce Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve Samsun Milletvekili Suat Kılıç ile 214 milletvekili tarafından verilen ve Komisyon gündemine alınan, bazı milletvekillerinin imzalarını geri çekmesi nedeniyle Komisyon başkanı tarafından geçersiz hâle geldiği gerekçesiyle gündemden çekilen başka bir Teklifle birleştirilmesi gerektiği, ancak Komisyon Başkanı tarafından bu birleştirmenin yapılmadığı ve Anayasa'ya aykırılık oluştugu ileri sürülmüştür.

Komisyon aşamalarındaki işlemler, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen denetlenebilir hususlardan olmadığı gibi, dava konusu Anayasa değişikliği Yasası ile ilgisi olmayan, başka bir teklife ilişkin Anayasa'ya aykırılık savlarının incelenmesi de Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi içinde değildir.

Bu nedenlerle 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Anayasa teklifi olarak verilmiş biçimi ile Anayasa Komisyonundaki görüşme şekline ilişkin iptal isteminin, Anayasa Mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

B- 5982 Sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Oylanma Biçimi Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Kanun'un görüşülmesi ve oylanması sırasında çeşitli şekillerde oy gizliliğinin ihlal edildiği, bazı milletvekillerinin diğerlerinin oy pulunu gördüğü, oy zarfını denetlediği, oy kabinine birlikte girdiği belirtilerek oy gizliliğinin sağlanması için önlem alınması gerektiği muhalefet partilerinin milletvekilleri ve Grup Başkanvekillerince sıklıkla dile getirilmesine, bu konuda tartışmalar yapılmış olmasına rağmen TBMM Başkanlığınca herhangi bir önlem alınmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 175. maddesinin ihlal edildiği dile getirilmiş ve bu tür aykırılıkların birinci tur oylamalarda söz konusu olsa bile, Kanun'un tümünü geçersiz kılacağı ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa değişikliğine ilişkin oylamaların gizli yapılması öngörülmüştür. Anayasa'ya uygun geçerli bir kabul çoğunluğu ancak Anayasa'ya uygun bir oylamayla oluşabilir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin oylama usulüne aykırı hareket edildiğine ve oylamanın geçersizliğine karar verebilmesi için oylama sonucunu etkileyen açık bir Anayasa'ya aykırılığın gerçekleşmiş olması gerekir. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususların oylamanın sonucunu etkileyecek nitelikte olduğunu ispatlayacak açık ve yeterli delil bulunmadığı gibi bu usulsüzlük iddialarının oylama çoğunluğunun sağlanıp sağlanmadığı konusunda dikkate alınması gereken ikinci tur oylamalarda gerçekleştiği de belirlenemediğinden oylamanın Anayasa'ya aykırı bir şekilde yapıldığı söylenemez. Bu nedenle iptal isteminin reddi gerekir.

C- 5982 Sayılı Kanun'un İvedilikle Görüşülememe Koşulu Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Kanun'un TBMM Genel Kurulunda ikinci görüşmeleri sırasında maddelerle ilgili olarak siyasi parti gruplarına ve milletvekillerine görüşlerini açıklama olanağı tanınmadığı ve sadece değişiklik önergelerinin görüşülerek maddelerin oylandığı, bu nedenle Anayasa'nın öngördüğü biçimde iki defa görüşme koşulunun gerçekleşmediği ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin *'teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı'* olduğu belirtilmektedir. Ancak, Anayasa'nın 175. maddesinde ivedilikle görüşme yasağından söz edilmemekte, *'Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür'* denilmektedir. Bu ilke, 1982 Anayasasının 175. maddesinin 1987 yılında değiştirilmeden önceki ilk hâlinde ve 1961 Anayasası'nda, *'Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez'* şeklinde ifade edilmiştir.

Anayasa ve İçtüzük'te ivedilikle görüşme kavramı tanımlanmamıştır. Ancak, 2 Mayıs 1927 tarihli eski Türkiye Büyük Millet Meclisi Dâhili Nizamnamesi'nin 99. ve 72. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden 'ivedilik' teriminin, iki görüşme yerine tek görüşme anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Söz konusu İçtüzüğün 99. maddesi, kanun teklif ve tasarılarının iki defa görüşülmesi esasını düzenlerken, 72. maddesinde *'Müstaceliyetine karar verilen layiha veya teklifler yalnız bir defa müzakere olunur'* hükmü yer almıştır. 'İvedilik' teriminin eski İçtüzük'te yer alan Arapça 'müstaceliyet' sözcüğü yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ivedilik, bir kanun tasarısı veya teklifinin iki defa yerine bir defa

görüşülmesi anlamına gelmekte, ivedilikle görüşülememe yasağı da, iki defa görüşme zorunluluğunu ifade etmektedir. Bu nedenle 148. maddede belirtilen ivedilikle görüşme yasağının 175. maddede yer alan iki kez görüşme yükümlülüğü olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa değişikliği tekliflerinin iki defa görüşülmesinin nasıl olacağı Anayasa'da düzenlenmediğinden görüşmelerin İçtüzük hükümlerine göre yürütülmesi gerektiğı açıktır.

Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi yöntemini düzenleyen İçtüzüğün 93. maddesinde, *'Anayasa değişiklik teklifleri, diğer kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesindeki usule tabidir. Ancak, bu teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür.'*

İkinci görüşmeye, birinci görüşmenin bitiminden kırksekiz saat geçmeden başlanamaz.

İkinci görüşmede, yalnızca maddeler üzerinde verilmiş olan değişiklik önergeleri görüşülür, birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilemez' hükmü yer almaktadır. Bu kural gereğince, diğer kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesindeki usule tâbi olan birinci görüşmede, İçtüzüğün 81. maddesi uyarınca, önce Anayasa değişikliği teklifinin tümünün görüşülerek maddelere geçilip geçilmeyeceğı oylanacak ve maddelere geçilmesinin kabulü halinde, her maddenin tek tek görüşülerek oylanmasından sonra birinci görüşme tamamlanmış olacak, en az kırk sekiz saat geçtikten sonra başlanabilecek ikinci görüşmede, artık tekrar teklifin tamamı için görüşme açılmayacak, sadece maddeler üzerinde verilmiş olan değişiklik önergeleri görüşülerek oylanacaktır. Maddeler üzerindeki oylamaların tamamlanmasından sonra, teklifin tümü üzerinde yapılacak oylamayla Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi tamamlanmış olacaktır.

Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa değişikliklerinin her iki görüşmesinin aynı şekilde yapılmasını zorunlu tutan bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine Cumhuriyet tarihi boyunca yasaların ve Anayasaların iki kez görüşülmesini öngören İçtüzük hükümlerinde (1927 tarihli Dahili Nizamname'nin 107. maddesi *'ikinci müzakerede layiha ve teklifin heyeti umumiyesi hakkında müzakere cereyan etmez. Bu müzakerede ancak tadil teklifleri üzerinde müzakere cereyan eder.'*, 1963 tarihli Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün 75. maddesi *'İkinci görüşmede tasarı ve tekliflerin tümü üzerinde konuşulamaz. Ancak, tadil teklifleri üzerinde görüşülebilir.'* ve 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 91. maddesi *'ikinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergeleri görüşülür'*) ikinci görüşmenin mevcut İçtüzüğün 93. maddesinde belirtilen usule göre düzenlendiğı anlaşılmaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 15.4.1975 tarihli ve E:1973/19, K: 1975/87 sayılı kararında *'Anayasanın 155. maddesinin ikinci fıkrasının 'Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, birinci fıkradaki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.'* hükmüne göre, aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan *'Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazı ile teklif edilebilir. Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun oyu ile mümkündür.'* biçimindeki kuralların, özel bir değiştirme yöntemini saptayan ayrıklı kurallar' olduğuna karar vermiş ve *'Anayasa, kanunların görüşülmesi için öngörülen genel yöntem ilkesini, Anayasa değişiklikleri için de benimsemiş olduğından, 155. maddedeki biçim koşulları, Anayasa'nın 85. maddesindeki sözü geçen İçtüzük kurallarına göre de ayrıklı' olduğından bahisle 'Anayasa değişikliklerinde, Anayasa'nın 155. maddesindeki özel ve ayrıklı yöntemle ters düşen içtüzük hükümlerinin uygulanamayacağı'na hükmetmiştir.*

Anayasa Mahkemesinin bu kararında benimsediği yaklaşım 1982 Anayasası için de geçerlidir. 175. maddenin birinci fıkrasında yer alan, teklif çoğunluğu, iki kez görüşülme koşulu ve kabul çoğunluğu Anayasa değişikliklerini diğer kanunlardan ayıran şekli unsurlar olup, ikinci görüşmede kanunların görüşülmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. İki kez görüşülme koşulu bakımından uygulanacak hüküm kanunların görüşülmesine ilişkin genel hüküm niteliğindeki İçtüzüğü'nün 81. maddesi değil, Anayasa değişikliklerine ilişkin özel hüküm olan İçtüzüğü'nün 93. maddesidir.

Yasama belgelerinin incelenmesinden 5982 sayılı Kanun'un ikinci görüşmelerinin İçtüzüğü'nün 93. maddesine uygun olarak gerçekleştiği anlaşıldığından ivedilikle görüşmeme yükümlülüğüne aykırılık görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir. Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

D- 5982 Sayılı Kanun'un Amacı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Yasa'nın toplumun beklentileri doğrultusunda gerçekleştirilmiş bir reform olmadığı, İktidar Partisi tarafından, sivil toplum örgütlerinin, ilgili meslek kuruluşlarının, üniversitelerin, konuyla ilgili bilim insanlarının ve siyasi partilerin katkısı alınmadan, görüş ve önerileri de göz ardı edilerek ve bir uzlaşma arayışına girilmeksizin hazırlandığı, bu süreçte anayasal kurumların görüşünün alınmadığı, bu nedenle değişikliğin bir dayatmaya, bir parti metnine dönüştüğü ileri sürülerek Yasa'nın amacının kamu yararı değil, parti güdümünde yargı organları yaratmak olduğu bu nedenle amacı bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle iptal isteminin reddi gerekir.

E- 5982 Sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. Maddelerinin Anayasa'nın 4. Maddesinde Öngörülen Teklif Yasağı Kapsamında İncelenmesinin Anayasa Mahkemesinin Yetkisinde Olup Olmadığı Ön Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 Sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin, Anayasa'nın 4. maddesinde düzenlenen teklif edilemezlik kuralına aykırı olarak teklif edilmek suretiyle Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ve başlangıcında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkelerini ihlâl ettikleri iddiasıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istenmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesi Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu, Meclisin bu yetkisini üye tamsayısının üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve en az beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabileceğini öngörmektedir.

Ulus egemenliğine dayalı bir anayasal düzende bütün devlet yetkilerinin kaynağı Anayasa olduğundan tali kurucu iktidarın Anayasa'yı değiştirme yetkisini Anayasa'ya aykırı bir şekilde kullanması mümkün değildir. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan *'hiçbir*

kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz' hükmüyle normatif geçerlilik kazanmıştır. Anayasa koyucu 'hiçbir kimse ya da organ'dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak tali kurucu iktidarın da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağını kabulü gerekir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılacağı kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerekir.

Anayasa'nın 4. maddesinde '*Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*' denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi de yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından hukuksal geçerlilik kazanamaz.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle geçerli kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira, kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, aslî kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi 5.6.2008 tarihli ve E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararında Anayasa'nın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin 'teklif ... şartına uyulup uyulmadığı' hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hükmün, 'geçerli teklif' koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içereceğine karar vermiştir.

Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda, Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle

Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı gözardı edilemez.

Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmaz. Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetim olması gerekir.

Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin, 5982 sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddeleriyle Anayasa'da yapılan değişikliklerin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıyıp taşımadığını inceleyebileceğinin ve bu nitelikte olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki teklif yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamışlardır. Serruh KALELİ yukarıdaki görüşe farklı gerekçeyle katılmamıştır.

F- 5982 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile Anayasa'nın 74. maddesinde değişiklik yapılarak, idarenin işleyişine ilişkin şikâyetleri incelemek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulmakta ve Kamu Başdenetçisinin seçim usulü düzenlenmektedir.

Dava dilekçesinde şikâyetleri incelemekle görevli bir idari kurumun TBMM Başkanlığı'na bağlanması, yasamanın bu Kurumun işlevleri bakımından yürütme üzerinde üstünlük kazanması anlamına geleceği ve Anayasa'nın Başlangıcında belirtilen kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmayacağı, ayrıca Kamu Başdenetçisinin seçim yönteminin bu durumu daha da güçlendirdiği, kurumun yapısı ve işleyişine ilişkin diğer konuların düzenlenmesinin yasaya bırakılmış olması nedeniyle belirsizlik doğduğu ve bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasacılık düşüncesi ve sınırlı devlet ilkesinin bir unsuru olarak kuvvetler ayrılığı ilkesi genellikle hukuk devleti ilkesi ile ilişkilendirilmektedir. Esasen hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri anayasacılık düşüncesinin iki farklı yüzüdür. Bu düşünce, devlet iktidarının temel hak ve özgürlükler lehine sınırlandırılması amacına ulaşmak için iki temel enstrüman öngörmüştür. Bunlardan birincisi devlet iktidarının farklı organlar arasında paylaştırılması yoluyla kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan kuvvetler ayrılığı, diğeri ise devlet yetkilerinin kullanılmasının hukuka bağlanması yoluyla yönetimde keyfiliğin sona erdirilmesini amaçlayan hukuk devleti ilkesidir.

Günümüzde kuvvetler ayrılığı bir taraftan hükümet sistemlerinin tanımlanmasının bir aracı olarak kullanılmakta, diğer taraftan ise farklı devlet organları arasında bir kontrol ve denge sistemi olarak görülmektedir. Yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerin doğasına bakılarak hükümet sistemleri, sert kuvvetler ayrılığı (Başkanlık) sistemleri ve yumuşak kuvvetler ayrılığı

(Parlamentar Hükümet) sistemleri şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bir de her iki sistemin bazı özelliklerini içinde barındıran yarı başkanlık sisteminden söz edilmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin tek bir anlamı ve uygulama biçimi olmadığından her ülkenin özgün tarihsel ve siyasal koşullarına bağlı olarak farklı uygulamaların ortaya çıkması doğaldır. Bu farklı tercihlerden birisinin, diğerlerine göre üstün tutulması söz konusu değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi Anayasalarımızda farklı şekillerde düzenlenmiştir. 1924 Anayasası 'kuvvetler birliği, fonksiyonlar ayrılığı' sistemini benimsemişken, 1961 Anayasası klasik parlamenter sistemi benimsemiş, 1982 Anayasası ise yürütmenin güçlendirilmesine dayalı rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemi benimsemiştir.

Anayasa'nın Başlangıcının dördüncü paragrafında kuvvetler ayrılığının "*Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu*" ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında kuvvetler ayrılığının '*devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasıyla sınırlı bir işbölümü ve işbirliği olduğu, üstünlüğün ancak Anayasa ve yasalarda bulunduğu*' (K.T. 20.5.1997, E: 1997/36, K: 1997/52; K.T. 12.12.1996, E:1996/64, K:1996/47; K.T. 4.7.1995, E: 1995/35, K: 1995/26) ve bu ilkenin '*sadece yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin ayrı organlara verilmesini değil, bazen tek bir kuvvetin çeşitli organlar arasında bölüşülebilmesini de içerebileceğine*' (K.T. 1.6.2005, E:2004/60, K:2005/33) karar vermiştir.

Bu nedenle demokratik sistemi ortadan kaldıran ve bütün yetkileri tek elde toplayan veya diğer organları bir organın kontrolü altına alan bir sistem öngörülmedikçe kuvvetler ayrılığı ilkesinin anlamsız hale getirildiği ya da ortadan kaldırıldığı söylenemez.

Hukuk devleti ilkesi, özünde yönetimin hukukla bağlılığı, yöneticilerin şahsi ve keyfi iradesinin değil, hukukun hâkim olması anlamına gelmektedir. Devlet adına yetki kullananların yetkilerini hukuktan almaları ve hukuka uygun olarak kullanmaları yoluyla tüm bireylerin aynı muameleye tâbi tutulması, keyfi farklı uygulamaların önüne geçilmesi ve böylece birey haklarının güvence altında olacağı düşüncesi hukuk devleti kavramını ortaya çıkarmıştır. Hukuk devletinden söz edebilmek için genel, soyut, önceden bilinebilir, anlaşılabilir ve istikrarlı kurallardan oluşan bir hukuk düzeni mevcut olmalı ve hukuk kuralları, yönetilenler kadar siyasi iktidarı kullanan devlet organlarını ve yöneticilerini de bağlamalıdır.

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında hukuk devletini '*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık devlet*' şeklinde tanımlamıştır.

Hukuk devletinin somut uygulamasında farklı hukuk devleti anlayışları ve farklı devlet uygulamalarının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bundan dolayı anayasa koyucunun hukuk devleti ilkesinin nasıl hayata geçirileceğini belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olması doğaldır. Bu nedenle hukuk devleti ilkesinin ortadan kaldırılmasından ya da anlamsız hale getirilmesinden söz edebilmek için, devlet organlarının hukuka bağlılığı ilkesini veya bunun kurumsal güvencelerini ortadan kaldıran bir değişikliğin yapılmış olması gerekir. Yoksa

anayasa koyucunun farklı hukuk devleti uygulama modellerinden herhangi birisine yönelik tercihinin yerindeliğine ilişkin yargısal denetim yetkisi bulunduğu söylenemez.

Bu çerçevede temel işlevi kamu yönetiminin şeffaflaşması ve bireylerin temel haklarına saygı göstermesine katkıda bulunmak suretiyle hukuk devletinin güçlenmesini sağlamak olan ombudsman ya da kamu denetçiliği kurumu, Avrupa demokrasilerinin temel kurumlarından birisi haline gelmiştir.

Kamu gücünü kullanan makamların işlemleriyle ilgili olarak vatandaşların şikâyetlerini incelemekle görevli bağımsız bir kurum olan kamu denetçiliğinin, kendine ulaşan şikâyetlerle ilgili olarak hukuka ve hakkaniyete uygunluk açısından inceleme yaparak ulaştığı sonuçları ilgili kurumlara bildirmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Böyle bir kurumun oluşturulmasının hukuk devletini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsızlaştırdığı söylenemez.

Diğer taraftan, parlamenter sistemlerde parlamentoların temel işlevlerinden birisi yürütme organını denetlemektir. Nitekim Anayasa'nın 98 ilâ 99. ve 100. maddelerinde bu denetim yöntemleri düzenlenmiştir. Yürütme organı yalnızca Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşan siyasi yürütmeden ibaret olmayıp, idare geniş anlamda yürütmenin bir parçasıdır. Siyaset için zaten var olan denetim yetkisinin idareyi de kapsayacak şekilde genişletilerek idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlayacak yeni bir mekanizma oluşturulmasının kuvvetler ayrılığı ilkesini ortadan kaldırması ya da anlamsız hale getirmesi söz konusu olamaz.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, Anayasa'nın başlangıcında belirtildiği gibi, devlet organları arasında işbölümü ve medeni bir işbirliği anlamına gelip organların karşılıklı olarak birbirlerini dengelemeleri esasına dayanır. Yürütmenin yasama tarafından denetlenmesi de bu ilkenin somutlaştırılması anlamına gelir. O nedenle kamu denetçiliği kurumunun kurulması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı değildir.

Öte yandan, dava dilekçesinde Kamu Başdenetçisinin seçimine ilişkin öngörülen usulün hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, farklı seçim usullerinden herhangi birisinin tercih edilmesi kurucu iktidarın takdir yetkisi içinde olduğundan, bu hükümde somutlaşan tercihin kuvvetler ayrılığı ilkesini ortadan kaldırdığı söylenemez.

Kurumun yapısı ve kamu denetçilerinin seçimi gibi hususların düzenlenmesinin kanuna bırakılmasında hukuk devleti ilkesini değiştiren bir yön bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle iptal isteminin reddi gerekir.

G- 5982 Sayılı Kanun'un 14. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 14. maddesi, Anayasa'nın 144. maddesinde değişiklik yaparak adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden denetiminin adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler tarafından denetleneceğini hükme bağlamaktadır.

Dava dilekçesinde, bu düzenlemenin savcıların denetimini Adalet Bakanlığına bağlı adalet müfettişleri ile iç denetçilere vermekle bu kişileri Adalet Bakanlığına bağımlı hâle

getirdiği bunun ise hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür.

5982 sayılı Yasa'yla getirilen düzenlemeyle hâkim ve savcılarının görevlerini mevzuata uygun olarak yapıp yapmadıklarının denetimi ile suç soruşturmalarının ya da disiplin incelemelerinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından atanacak ve Kurula bağlı olarak çalışacak olan Kurul müfettişleri tarafından yapılması öngörülmüştür. Bu maddede düzenlenen husus ise gerekçesinde de belirtildiği gibi yargısal nitelikteki işlemlerin dışında kalan ve Adalet Bakanlığının görevleri arasında yer alan cezaevleri, icra ve iflas daireleri, noterler veya mahkemelerin mali işleri gibi diğer konulardaki işlemlerin denetiminin Adalet Bakanlığına bağlı adalet müfettişlerince yerine getirilmesidir. Adalet Bakanlığının yetki alanına giren ve herhangi bir şekilde yargısal nitelik taşımayan konulara ilişkin denetim görevinin adalet müfettişleri ya da iç denetçiler tarafından yerine getirilmesinin kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerini ortadan kaldırdığı ya da anlamsız hâle getirdiği söylenemez. Bu nedenle iptal isteminin reddi gerekir.

H- 5982 Sayılı Kanun'un 16. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle Anayasa'nın 146. maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesinin yapısı yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, Mahkemenin üye sayısı onyediyeye çıkarılmış, yedek üyelik kaldırılmış, üyelere üçünün Türkiye Büyük Millet Meclisince Sayıştay ve Baro Başkanları tarafından gösterilen adaylar arasından; on dört üyenin dördünün doğrudan, onunun da Yargıtay (üç üye), Danıştay (iki üye), Askeri Yargıtay (bir üye), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (bir üye) ve Yükseköğretim Kurulu (üç üye) tarafından gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilmesi öngörülmüştür. Ayrıca adayların kendi kurumlarındaki seçim usulü de, her üyenin tek adaya oy vermesi ilkesi çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir.

Dava dilekçesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanınca Anayasa Mahkemesine üye seçilmesinin, parlamenter sistemin özellikleri ve Cumhurbaşkanının seçim yöntemi dikkate alındığında, Mahkeme'nin yasama ve yürütmenin etkisi altına girmesi sonucunu doğurabileceği, bu nedenle Anayasa'nın başlangıcında yer alan kuvvetler ayrılığı ve 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca, kurumlardan aday gösterme sürecinde uygulanacak olan, her üyenin tek adaya oy vermesini öngören seçim usulünün demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek değiştirilen 146. maddenin ilk dört fıkrasının iptali istenmiştir.

1- Anayasanın Değiştirilen 146. Maddesinin İlk Üç Fıkrası Yönünden

5982 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin iptali istenilen ilk üç fıkrasında '*Anayasa Mahkemesi onyediyeden kurulur.*

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.'denilmektedir.

Karşılaştırmalı hukuka ve ülkemizin tarihsel tecrübesine bakıldığında, temel hakların ve hukuk devletinin güvencesi olan anayasa mahkemelerinin yapıları, yetkileri, işleyişi, üye seçimi ve üyelerin niteliklerine ilişkin olarak çok farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. 1961 Anayasasının 145. maddesinde Anayasa Mahkemesinin onbeş üyesinden beşinin Türkiye Büyük Millet Meclisi (üç üye Millet Meclisi, iki üye Cumhuriyet Senatosu) tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, anayasa mahkemesi üyelerinin bazı ülkelerde tamamının, bazı ülkelerde ise büyük çoğunluğunun parlamentolar tarafından seçildiği görülmektedir. Anayasa mahkemesi üyelerinin seçimine parlamentoların ya da diğer seçilmiş organların katılmasının bu kurumun demokratik meşruiyeti açısından büyük önem taşıdığı kabul edilmektedir.

Bu çerçevede anayasa mahkemesi üyelerinin hangi organlar tarafından ve hangi esaslara göre seçileceğinin belirlenmesi önemli ölçüde ülkenin tarihsel ve siyasal koşullarına göre kurucu iktidarın takdirinde olan bir durumdur. Bu düzenlemede öngörülen Anayasa Mahkemesinin üye yapısı, üyelerin geldiği kaynaklar ve üyelerin atanması usulüne ilişkin düzenlemeler tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içinde kaldığından ve hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini anlamsızlaştıran ya da ortadan kaldıran değişiklikler olmadığından iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe maddenin birinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ, ikinci ve üçüncü fıkraları yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

2- Anayasanın Değiştirilen 146. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Birinci Tümcesinde Yer Alan " bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; " ve İkinci Tümcesinde Yer Alan " de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve " İbareleri Yönünden

5982 sayılı Yasa ile değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin dördüncü fıkrasında Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Sayıştay, Yüksek Öğretim Kurulu ve Baro Başkanları tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday seçiminde her üyenin ya da her Baro Başkanının yalnızca bir aday adayına oy vermesinin öngörülmesi, üç adayın belirleneceği seçimlerde her üyeye yalnızca bir aday adayına oy verme hakkı tanınması suretiyle diğer iki adayın seçiminde oy kullanılamaması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir düzenleme seçilecek diğer adaylar açısından seçmenlerin oy kullanma hakkını ortadan kaldırmaktadır.

Buna göre, bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlandıran böylece oy

kullanıcıların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır.

Bu nedenle 5982 sayılı Yasa ile değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde yer alan " bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; " ibaresi ile ikinci tümcesinde yer alan " de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve " ibaresi demokratik hukuk devleti ilkesini etkisiz hale getireceğinden iptali gerekir.

3- Anayasanın Değiştirilen 146. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Kalan Bölümü Yönünden

Yukarıda belirtilen ibarelerin iptalinden sonra dördüncü fıkranın kalan bölümü şöyledir:

'Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.'

Buna göre, fıkra da sayılan kurumlarca Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Cumhurbaşkanına gönderilecek üç adayın ne şekilde seçileceğinin yöntemi düzenlenmektedir. Bir üst bölümde, her üyenin sadece tek aday adayına oy vermesini öngören kısıtlama iptal edilerek ortadan kaldırıldığından, her üyenin ya da baro başkanının seçilecek aday sayısı kadar aday adayına oy vermeleri olanaklı hâle gelmektedir. Üç aday için tercih hakkı kullanılarak yapılacak seçimlerde salt çoğunluk da aranmayacağından en çok oy alan üç aday Cumhurbaşkanı ya da Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacaktır.

Yukarıda belirtilen ibarelerin iptali ile seçimlerde iradeyi yansıtan oy hakkının tam olarak kullanılmasının önünde herhangi bir engel kalmadığından dördüncü fıkranın kalan bölümünün demokratik hukuk devleti ilkesini değiştirici nitelikte olduğu söylenemez. Anayasa'ya aykırı olmayan ve bu haliyle uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmayan kurula ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

I- 5982 Sayılı Kanun'un 19. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile Anayasa'nın 149. maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulü yeniden düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin iki bölüm ve genel kurul halinde çalışması öngörülmektedir.

Dava dilekçesinde, 149. maddenin birinci fıkrasında yer alan *'Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.'* cümlesinde katılanların mı yoksa üye tamsayısının mı salt çoğunluğu gerektiği belirtilmediğinden düzenlemenin belirsiz olduğu, ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında yer alan *'Anayasa değişikliklerinde iptale, siyasi partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.'* hükmünün parti kapatılmasını ve Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerine aykırı Anayasa değişikliklerinin iptalini zorlaştırması nedenleriyle düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5982 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile değiştirilen Anayasa'nın 149. maddesinin birinci fıkrasında bölümlerin Başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanması öngörülmüştür. Bölümler her zaman beş üye ile toplanacak ve bunların salt çoğunluğu ile karar verecektir. Genel Kurul ise Başkan ya da belirleyeceği Başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üyenin katılımıyla toplanacaktır. En az onüç veya üstü sayılarla yapılan toplantılarda olağan olarak karar yeter sayısının toplantıya katılanların salt çoğunluğu olacağı açıktır. Bu, üçüncü fıkra da yer alan nitelikli çoğunlukla alınacak kararlara ilişkin düzenlemelerden de anlaşılmaktadır. Nitelikli çoğunluk gerektiren kararlarda bile toplantıya katılanlar dikkate alınacağına göre, diğer kararlar bakımından da toplantıya katılanların salt çoğunluğunun aranması doğal olduğundan herhangi bir belirsizlik söz konusu değildir.

Bu nedenle 149. maddenin birinci fıkrasında yer alan '*Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.*' cümlesi hukuk devleti ilkesini ortadan kaldıran ya da anlamsızlaştıran bir değişiklik içermemektedir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin belli konularda nitelikli oy çokluğu ile karar vermesi tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içindedir ve hukuk sistemimizde eskiden de bu nitelikte hükümler yer almıştır. Nitekim, 149. maddenin ilk hâlinde Anayasa değişikliklerinin iptali üçte iki nitelikli çoğunluğun oyu ile mümkünken, 2001 yılında yapılan değişiklikle siyasi parti kapatma kararları da nitelikli çoğunluğun oyuna tabi tutulmuş, fakat nitelikli çoğunluk üçte ikiden, beşte üçe indirilmiştir. Bazı kararların nitelikli çoğunluğun oyu ile alınabilmesi anayasa koyucunun o konuya verdiği önemden kaynaklanmaktadır. Anayasa değişikliklerinin iptali ya da bir siyasi partinin kapatılmasının demokratik sistemin işleyişi açısından önemi ve istisnai olarak başvurulabilecek tedbirler olmaları nedeniyle bunların nasıl ve hangi koşullarda uygulanabileceğine ilişkin Anayasal düzenlemenin hukuk devletini ortadan kaldırdığı, ya da anlamsız hâle getirdiği söylenemez.

Bu nedenlerle iptal isteminin reddi gerekir.

İ- 5982 Sayılı Yasa'nın 22. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesi, Anayasa'nın 159. maddesini değiştirerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) yapısını yeniden düzenlemektedir. Buna göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı belirtilen Kurul'un, yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeden oluşması ve üç daire halinde çalışması öngörülmüştür. Adalet Bakanının Kurulun Başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarının ise Kurulun doğal üyesi olması benimsenmiştir. Cumhurbaşkanına dört asıl üyeyi yargıç olmayanlar arasından doğrudan seçme yetkisi tanınmış, diğer üyelerin ise Yargıtay (üç asıl, üç yedek), Danıştay (iki asıl, iki yedek), Türkiye Adalet Akademisi (bir asıl, bir yedek), adli yargı hâkim ve savcıları (birinci sınıf adli yargı hâkim ve savcıları arasından yedi asıl, dört yedek) ve idari yargı hâkim ve savcıları (birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları arasından üç asıl, iki yedek) tarafından doğrudan seçilmesi öngörülmüştür. Ayrıca Kurulun kendi sekreteryası kurulmakta ve Teftiş Kurulu, Kurula bağlanmaktadır.

Dava dilekçesinde;

- Adalet Bakanının Kurul Başkanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının kurulun doğal üyesi olmasının yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı olduğu, bunun Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu,

-159. maddenin üçüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına Kurula üye seçme yetkisi verilmesinin Cumhurbaşkanının seçim usulü de dikkate alındığında Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve Başlangıçta yer alan kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olduğu belirtilerek Adalet Bakanı ve Müsteşarının yanı sıra Cumhurbaşkanının atadığı 4 üye ve Adalet Akademisinden seçilen üyelerin de yürütmenin etkisi altında olacağı bu nedenle hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu,

- 159. maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan Kurul üyelerinin seçim usulünün, özellikle seçimlerde her üyenin sadece bir adaya oy verebilmesi esasının adil olmadığı bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

- 159. maddenin altıncı fıkrasında Kurul'un asıl üyeleri için getirilen başka görev alma yasağının yedek üyeler için getirilmediği bu nedenle hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olduğu,

- 159. maddenin yedinci fıkrasında yer alan Kurul'un yönetimi ve temsili Kurul Başkanına ait olduğu, Kurul Başkanının dairelerin çalışmalarına katılamayacağı, başkanvekili seçimi ve Başkanın bazı yetkilerini Başkanvekiline devredebileceğine ilişkin düzenlenmelerin yargı bağımsızlığına dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

- 159. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan Kurulun görevlerine ilişkin düzenlemenin diğer fıkralara ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçeleriyle Anayasa'ya aykırı olduğu,

- 159. maddenin dokuzuncu ve onuncu fıkralarında hâkim ve savcılarının görevlerini hukuka uygun yapıp yapmadıkları ve görev sırasında suç işleyip işlemedikleri hakkında inceleme ve denetimin ilgili dairenin teklifi ve Kurul Başkanının izniyle Kurul müfettişlerince yapılmasını ve Kurul kararlarına karşı meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışında yargı yolunun kapatılmasını öngören kuralların kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu,

- 159. maddenin onbirinci fıkrasında, Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulmasını öngören ve Genel Sekreterin seçim usulünü düzenleyen hükmün Kurulun yapısına ilişkin Anayasa'ya aykırılıklar nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu,

- 159. maddenin onikinci fıkrasında, Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri atama yetkisinin, muvafakatlerini alarak Adalet Bakanına ait olduğunu öngören düzenlenmenin yürütmeyi yargı karşısında daha da güçlendirdiği ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu,

- 159. maddenin onüçüncü fıkrasında, kanunla düzenlenecek hususlara ilişkin hükmün, Kurulun yapısına dair Anayasa'ya aykırılıklar nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu,

ileri sürülmüştür.

1- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin İkinci, Dördüncü, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü Fıkraları Yönünden

Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden birisi olan yargı bağımsızlığını sağlamak amacıyla yargıç ve savcılarının özlük, tayin, terfi ve disiplin işlerini yürütmek üzere bağımsız

idari kurullar (Yüksek Yargı Konseyleri) oluşturulması Güney Avrupa demokrasilerinin yerleşik geleneklerinden birisidir. Türkiye de 1961 Anayasası'ndan beri bu geleneğe dâhil olmuştur. Ancak Yüksek Yargı Konseylerinin oluşumuna bakıldığında her ülkede farklı modellerin benimsendiği görülmektedir. Bazı ülkelerde sadece yargıçların bu kurulların üyesi olduğu, bazı ülkelerde ise yargıç olmayan hatta hukukçu olmayan üyelerin bulunduğu, bazı ülkelerde yargı içinden ya da yürütmeden doğal üyelerin bulunduğu, üye seçimlerinde genellikle yargıçlara rol verildiği, ancak parlamentolara ya da devlet başkanlarına da üye seçme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Yargıç üyelerin genellikle tüm yargıçları temsil edecek şekilde ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve yüksek mahkemelerde çalışan yargıçlar arasından seçildiği anlaşılmaktadır.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 'Toplumsal Hizmetinde Yargı Konseyleri' üzerine 2007 tarihli 10. No'lu görüşünde, bu kurulların yapısının her durumda yargı bağımsızlığını güvenceye alacak ve görevlerini etkin biçimde yerine getirmesine izin verecek bir şekilde olması, üyelerin tamamının ya da çoğunluğunun yargıçlardan oluşması, yargıç üyelerin kendi meslektaşları tarafından seçilmesi, kurulların karma yapılı olması halinde mesleki dayanışma ve kayırmacılığın önlenilebileceği ve farklı toplumsal taleplerin temsiline imkân vereceği ancak bu durumda da yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması gerektiği vurgulanmıştır.

1961 Anayasası'nın 143. maddesinin ilk halinde Yüksek Hâkimler Kurulu'nun onsekiz asıl ve beş yedek üyeden oluşması öngörülmüş ve asıl üyelerden altısının Yargıtay, altısının birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce kendi aralarından ve üçer üyesinin de yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş ya da bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunca salt çoğunlukla seçilmesi öngörülmüştür. 1971 değişikliğinden sonra ise Yüksek Hâkimler Kurulu'nun üyelerinin tamamının Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği onbir asıl ve üç yedek üyeden oluşması benimsenmiştir. 1982 Anayasası ise Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının doğal üye olduğu ve üç asıl üç yedek üyenin Yargıtay, iki asıl iki yedek üyenin ise Danıştay tarafından gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçildiği yedi asıl üyeli mevcut yapıyı getirmiştir.

Buna göre hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleri belli somut bir kurul yapısını gerektirmemekte, Kurulun yargı bağımsızlığını ihlal etmediği sürece çok farklı modellerde tasarlanmasına olanak tanımaktadır. Bu farklı modellerden hangisinin benimseneceği tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içindedir. Yasama organının tercihinin yerindeliğinin yargısal denetim konusu olması mümkün değildir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısıyla ilgili olarak 5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle yapılan yeni düzenlemeyle Kurulun üye sayısının artırıldığı, seçim tabanının genişletildiği, Kurul üyelerinin büyük çoğunluğunun yargıçlar tarafından doğrudan seçilmesinin kabul edildiği, Kurul'un kendi sekreteryasına kavuşturulduğu ve Teftiş Kurulunun Kurul'a bağlandığı böylece özerk yapısının güçlendirildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanının Kurula üye atama yetkisinin sınırlandırıldığı, Adalet Bakanı'nın dairelerin çalışmasına katılmasının yasaklandığı, Bakan'ın Teftiş Kurulu üzerindeki mutlak kontrolünün kaldırıldığı, böylece yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı anlaşılmaktadır. Kurul'un kararlarının kısmen de olsa yargı denetimine açılmasının hukuk devletinin güçlendirilmesine yönelik bir adım olduğu görülmektedir.

Bu nedenle, sözkonusu hükümlerin yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği söylenemez. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, değiştirilen, 159. maddenin;

- ikinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- dördüncü fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- altıncı fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- yedinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- sekizinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- dokuzuncu fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- onuncu fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- onbirinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- onikinci ve onüçüncü fıkraları yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, katılmamışlardır.

2- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Üçüncü Tümcesinde Yer Alan "İktisat ve siyasal bilimler " ve " üst kademe yöneticileri " İbareleri Yönünden

5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin üçüncü fıkrasında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumu düzenlenmektedir. Üçüncü fıkranın üçüncü tümcesinde Kurulun dört üyesinin yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçileceği hükme bağlanmıştır.

Hukukçu öğretim üyeleri ile Avukatların yargı ile doğrudan ilişkileri, yargının işleyişinden kaynaklanan sorunların belli ölçüde onları da etkilemesi ve yargının işleyişi konularındaki bilgi birikimleri nedeniyle Kurulun çalışmalarına katkı yapacağı düşünülebilir ise de yargının işleyişi ve yargı teşkilatı ile herhangi bir şekilde ilişkisi olmayan ve yargının işleyişi, yargının ve yargıçların sorunları ve yargısal görevlerin yerine getirilmesinde gözetilmesi gereken yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi ilkeler hakkında yeterli ilgi, bilgi ve tecrübeye sahip olmayan iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticilerinin hâkim ve savcılarının atama, tayin, terfi disiplin gibi özlük işlerinden sorumlu bir kurulda görev almaları yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini ihlal edip, hukuk devleti ilkesini zedeler niteliktedir.

Bu nedenle Anayasa'nın değiştirilen 159. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan "iktisat ve siyasal bilimler " ve " üst kademe yöneticileri " ibarelerinin iptali gerekir.

3- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Kalan Bölümleri Yönünden

Yukarıda belirtilen ibarelerin iptalinden sonra üçüncü fıkranın kalan bölümü şöyledir:

'Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasından adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılar arasından idari yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.'

Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri ortadan kaldırılmadıkça Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı, üye sayısı, üyelerin seçileceği kaynaklar ve nitelikleri konusunda tali kurucu iktidar takdir alanına sahiptir ve bu tercihin yerindeliliğinin denetlenmesi Anayasanın 148. maddesinde öngörülen denetlenebilir hususlardan değildir. Hukuk devletini zedeleyen unsurların iptalinden sonra Cumhurbaşkanı, bu hükme göre kendisine tanınan dört üyeyi seçme yetkisini yüksek öğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçim yapmak suretiyle kullanabilecektir.

Anayasa'ya aykırı olmayan ve bu haliyle uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmayan kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

4- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Beşinci Fıkrasının Birinci Tümcesinde Yer Alan " ancak bir aday için " İbaresinin Yönünden

5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasında Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi ile birinci sınıf adli ve idari yargı hâkim ve savcılar tarafından Kurul üyelerinin doğrudan seçilmesi öngörülmektedir. Ancak bu seçimlerde her seçmenin ancak bir aday için oy kullanması esası getirilmiştir. Buna göre, Yargıtay Genel Kurulunca seçilecek üç asıl üç yedek olmak üzere toplam altı Kurul üyesi için her Yargıtay üyesi yalnızca bir adaya oy verebilecektir. Bu durumda her Yargıtay üyesi altı kurul üyesinden yalnızca birisi için oy kullanabilecek, diğerlerinin seçimine iradesi yansımayacaktır. Aynı durum, Danıştay tarafından seçilecek iki asıl, iki yedek; Türkiye Adalet Akademisi tarafından seçilecek bir asıl, bir yedek; adli yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilecek yedi asıl, dört yedek ve idari yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilecek üç asıl, iki yedek üyenin seçimleri için de geçerlidir.

Buna göre, bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlandıran böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır.

Bu nedenle 5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasının, birinci tümcesinde yer alan ' ' ancak bir aday için ' ' ibaresinin iptali gerekir.

5- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Beşinci Fıkrasının Kalan Bölümleri Yönünden

Yukarıda belirtilen ibarenin iptalinden sonra beşinci fıkranın kalan bölümü şöyledir:

'Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adli ve idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.'

Yukarıda belirtilen ibarenin iptali ile her seçmenin sadece tek adaya oy vermesini öngören kısıtlama ortadan kalktığından, bu fıkra hükmüne göre her üyenin seçilecek üye sayısı kadar, adaya oy vermesi mümkün hale gelmiştir. Bu şekilde yapılacak oylamada Örneğin, Adli yargı hâkim ve savcıları yedi asıl dört yedek olmak üzere toplam onbir üye seçme hakkına sahip olduğundan her hâkim ve savcı bir turda tamamlanacak seçimde onbir aday için oy kullanabilecek, en çok oy alan onbir kişi sırasıyla asıl ve yedek üyeliklere seçilecektir. Böylelikle her seçmenin seçilecek üye sayısı kadar adaya oy vermesi suretiyle yapılacak seçimlerde seçmenlerin oy hakkına saygı gösterilmiş ve seçmenlerin yeterli onayını almış adayların Kurul üyeliğine seçilmesi sağlanmış, dolayısıyla temsildeki adaletsizlik giderilmiş olacaktır. Böyle bir seçim usulünün demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı açıktır. Anayasa'ya aykırı olmayan ve bu haliyle uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmayan kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

J- 5982 sayılı Yasa'nın 25. maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 25. maddesi Anayasa'ya Geçici 18. ve 19. maddeler olmak üzere iki yeni geçici madde eklenmesini öngörmektedir. Bu maddelerde Anayasa Mahkemesinin ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeni yapısına geçişin nasıl olacağı düzenlenmiştir.

Dava dilekçesinde yukarıda Anayasa Mahkemesinin ve HSYK'nın yeni yapısını düzenleyen hükümlere ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiaları bu geçiş hükümleri yönünden de tekrarlanmıştır.

1- Yasa'nın 25. Maddesi İle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 18 Yönünden

5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci ve ikinci tümcelerindeki ibarelere ilişkin iptal gerekçeleriyle 5982 sayılı Yasa'nın 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen

Geçici Madde 18'in üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin, son tümcelerinde bulunan " ancak bir aday için" ibarelerinin iptali gerekir.

Geçici 18. maddenin birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci fıkraları, üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin iptalden sonra kalan bölümleri ile (c) ve (ç) bentlerinde yer alan düzenlemelerin, 5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesi için belirtilen gerekçelerle iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 18'in;

- birinci ve ikinci fıkraları ile üçüncü fıkrasının, (a) ve (b) bentlerinin, birinci, ikinci ve üçüncü tümceleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- üçüncü fıkrasının, (a) ve (b) bentlerinin son tümcelerinin kalan bölümleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- üçüncü fıkrasının (c) bendi yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- üçüncü fıkrasının (ç) bendi yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- dördüncü fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

-beşinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

katılmamışlardır.

2- Yasa'nın 25. Maddesi İle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 19 Yönünden

Yasa'nın 22. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkralarında iptal edilen ibarelere ilişkin gerekçelerle Yasa'nın 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının, (a) bendinin, birinci tümcesinde yer alan " iktisat ve siyasal bilimler" ve " üst kademe yöneticileri" ibareleri ile ikinci tümcesi, ayrıca Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcelerinde yer alan " sadece bir aday için" ibareleri ve (d) bendinin, 'Bu seçimlerde her seçmen sadece bir aday için oy kullanabilir.' biçimindeki onbirinci tümcesinin iptali gerekir.

Geçici 19. Maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinin iptalden sonra kalan bölümleri ve (e) bendi, ikinci, üçüncü, dördüncü fıkraları, altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentleri ile yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan düzenlemelere ilişkin iptal istemlerinin, Yasa'nın 22. maddesi için belirtilen gerekçeler çerçevesinde reddi gerekir.

Bu görüşlere, Yasa'nın 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un;

- birinci fıkrasının (a) bendinin birinci tümcesinin kalan bölümü yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- birinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin ilk dört tümceleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- birinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcelerinin kalan bölümleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- birinci fıkrasının (d) bendinin kalan bölümleri ile (e) bendi yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- ikinci, üçüncü, dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasının (b), (c), (ç) bendleri ve yedinci, sekizinci fıkraları yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

katılmamışlardır.

K- Yasa'nın 26. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 26. maddesi yürürlük hükmüdür ve Yasa'nın halkoymasına sunulması hâlinde tümüyle oylanmasını hükme bağlamaktadır.

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Kanun'da konu bakımından birbiri ile ilgisiz pek çok madde yer aldığı ve bunların tümünün birlikte oylamaya sunulmasının, halkoymasına katılacak vatandaşların iradelerini tam anlamıyla oylarına yansıtılmalarını engelleyeceği, beğenmedikleri hükümler için ayrı ayrı ret, beğendikleri hükümler için yine ayrı ayrı kabul oyu vermek imkânını tanımayacağı bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik devlet ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Anayasanın 175. maddesinde Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında bu Kanunun halkoymasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden hangilerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı oylanacağına karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine verildiğinden halkoyuna sunulma biçimini gösteren dava konusu kural Anayasa değişikliğine ilişkin 5982 sayılı Yasa'nın ayrılmaz bir parçasıdır. Anayasa'nın açıkça parlamentoya verdiği bir yetkinin somut kullanılış biçiminin yerinde olup olmadığının denetlenmesi Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesine tanınan yetkiler arasında bulunmamaktadır. Bu nedenle iptal isteminin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Bu görüşe Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Şevket APALAK katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenen kimi hükümlerinin **YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE**

7.7.2010 gününde karar verildi.

VI- SONUÇ

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- Anayasa teklifi olarak verilmiş biçimi ile Anayasa Komisyonu'ndaki görüşme şekline ilişkin iptal isteminin, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

B- Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabulüne ilişkin oylamalarda gizliliğin ihlal edildiğine ilişkin iddialar yönünden, Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

C- İvedilikle görüşülmeme koşuluna uyulmadığı iddiası yönünden Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,**

D- Amacı bakımından Anayasa'ya aykırılık iddialarının incelenmesi isteminin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

E- 8. maddesiyle, 7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74. maddesinin; değiştirilen kenar başlığında ve eklenen üçüncü fıkrasındaki " ve kamu denetçisine başvurma " ibareleri ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

F- 14. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 144. maddesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

G- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,**

2- İkinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,**

3- Üçüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,**

4- Dördüncü fıkrasının;

a- Birinci tümcesinde yer alan " bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; " ibaresinin,

b- İkinci tümcesinde yer alan " de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve " ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

c- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

H- 19. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 149. maddesinin, birinci fıkrasının 'Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.' biçimindeki dördüncü tümcesi ile üçüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, **OYBİRLİĞİYLE**,

I- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

2- Üçüncü fıkrasının;

a- Üçüncü tümcesinde yer alan "iktisat ve siyasal bilimler " ve " üst kademe yöneticileri " ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE**, **OYBİRLİĞİYLE**,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

3- Dördüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

4- Beşinci fıkrasının;

a- Birinci tümcesinde yer alan ' ' ancak bir aday için " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE**, **OYBİRLİĞİYLE**,

b- Birinci tümcesinin kalan bölümü ile ikinci tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

5- Altıncı fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

6- Yedinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

7- Sekizinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

8- Dokuzuncu fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

9- Onuncu fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

10- Onbirinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

11- Onikinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

12- Onüçüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

İ- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 18'in;

1- Birinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

2- İkinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

3- Üçüncü fıkrasının,

a- (a) ve (b) bentlerinin,

aa- Birinci, ikinci ve üçüncü tümcelerinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

bb- Son tümcelerinde bulunan " ancak bir aday için" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE**,

cc- Son tümcelerinin kalan bölümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

b- (c) bendinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

c- (ç) bendinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

4- Dördüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

5- Beşinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

J- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un;

1- Birinci fıkrasının,

a- (a) bendinin,

aa- Birinci tümcesinde yer alan " iktisat ve siyasal bilimler" ve " üst kademe yöneticileri" ibareleri ile ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

bb- Birinci tümcesinin kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

b- (b), (c) ve (ç) bentlerinin,

aa- İlk dört tümcelerinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

bb- Son tümcelerinde yer alan " sadece bir aday için" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

cc- Son tümcelerinin kalan bölümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

c- (d) bendinin,

aa- ' Bu seçimlerde her seçmen sadece bir aday için oy kullanabilir.' biçimindeki onbirinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

bb- Kalan bölümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

d- (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

2- İkinci, üçüncü, dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasının (b), (c), (ç) bentleri ve yedinci, sekizinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

K- 26. maddesinde yer alan " ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle" ibaresinin Anayasa'ya aykırılık savlarının incelenmesi isteminin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

7.7.2010 gününde karar verildi.

Başkan

Başkanvekili

Üye

Haşim KILIÇ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Özet: Halkın oyuna sunulan bir Anayasa değişikliğinin esas denetimini ancak Millet yapar.

Çoğunluk görüşünde, Anayasa değişikliklerinde 'teklif edilebilir nitelikte bir Anayasa teklifinin var olması' gerektiğini, bunun teklif çoğunluğundan önce aranan bir şart olduğunu, teklif edilebilir nitelikte olup olmadığının tesbitinin ise ancak işin esasına girilerek anlaşılabilceği belirtilmektedirler. Başka bir anlatımla Anayasa değişikliklerinin, Anayasal normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerektiği, bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının müeyyidesinin 148. maddede öngörüldüğü belirtilmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesi, Anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin tek Anayasa kuralıdır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine ilişkin başkaca hiçbir maddede buna ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, Anayasa değişikliklerinin hangi yöntemle olursa olsun esastan denetim sonucunu doğuracak bir incelemeye tabi tutulması mümkün değildir.

Şekil denetimi ise 'teklif çoğunluğu' ve 'oylama çoğunluğu'nun bulunup bulunmadığı 'ivedilikle görüşülemeyeceği' şartına uyulup uyulmadığıyla sınırlı olarak yapılan bir denetimdir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi E.2007/72, K.2007/68 sayılı kararında aynen: " *Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenebilir. Yapılacak iptal başvurusu, yasalar ve içtüzük yönünden altmış gün, şekil yönünden ise on günle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, olağan yasalar ve içtüzük değişikliklerinde salt çoğunlukla karar verebilirken, Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi nitelikli çoğunluk koşuluna bağlanmıştır.* ' Bir önceki kararda da 'Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.' ifadeleriyle hukuksal durumu somutlaştırmıştır.

Mahkememiz 148. maddeye ek yaparak 'yasak bir teklif'in olup olmadığı yönünden yeni bir şekil şartı öngörmüş ve buradan açtığı yolla Anayasa değişikliklerini esastan incelemiştir.

Çoğunluk görüşünde; asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm Anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline geldiği, Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı 'hukuksal otorite'nin sınırları içinde hareket etmelerinin, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin ön koşulu olduğu, Anayasa'nın 6. maddesinde 'Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.' dendiği, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerektiği belirtilmiştir. Ancak bunun yasama organı gibi 'kurulu' bir iktidar olan Anayasa Mahkemesi için de evleviyetle

geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 6. maddesinde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacağı ifade edilirken veya 11. madde uyarınca Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idare makamlarını bağlayıcı temel kurallar olduğu belirtilirken, Anayasa Mahkemesi bunlardan istisna edilmemiştir. Bir denetim organı olarak da Anayasa Mahkemesi ulusun onayladığı Anayasa'nın somut kuralları çerçevesinde kurulmuş, Anayasa'ya ve ulusa karşı sorumluluk bilinci içinde görev yapmak zorunda olan bir Anayasal organdır. Anayasa'nın çizdiği sınırlar içinde yetki kullanması, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının da hukuksal açıdan geçerli olmasının önkoşuludur. Anayasakoyucunun öngördüğü hukuk devleti ilkesi, yalnızca hukuk kuralı koyan iktidarların değil, bu kuralları uygulayan ve yorumlayan kurumların da Anayasal çerçeve içinde kalmaları gerektiğini göstermektedir.

Bir denetim organı olan Anayasa Mahkemesi'nin, hukuk dışına çıktığı iddia edilen otoriteleri denetlerken, bu denetim yetkisinin hukuka uygunluğu konusunda tüm kuşkulardan arınma zorunluluğu vardır. Anayasal sınırları aşarak denetime başladığı yerde, denetlenen otoritelerden herhangi bir farkı kalmaz. Hukuk düzeni dışına çıkan otoriteyle aynı kaderi paylaşmaktan kurtulamaz. Denetimin meşruiyeti denetleyen organın hukuksal meşruiyet sınırları içinde hareket etmesine bağlıdır.

Çoğunluk, Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ne tanındığını, kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılacağını kabul etmektedir. Ayrıca bir yetki sorununu öne çıkararak, yetkinin geçerliliğini asli kurucu iktidar tarafından izin verilen bir alanda kullanılmasına bağlayarak, Anayasa değişikliklerinin sıradan bir yasa gibi denetlenebileceğini düşünmektedir. Bu düşünceye katılmak olanaksızdır. Anayasa'nın Anayasa'yı değiştirme yetkisine çizdiği sınırlar, hiçbir yoruma gerek duyulmayacak açıklıktadır. Bunlar ilk üç maddenin değiştirilemezliği ile değişikliğin 175. maddede belirtilen usullerle yapılması zorunluluğu olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'ya uygun olarak kullanılacak bu yetkinin, Anayasa'nın ilk üç maddesi dışındaki her maddede değişiklik yapma olanağı verdiği açıktır. Kurucu iktidar yetkisini daraltacak olan, ancak ve ancak yine bir kurucu iktidar olabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ise kurucu iktidarın çizdiği hukuksal sınırlar dışına çıkması durumunda kurucu iktidar yerine geçeceği kaçınılmazdır.

Çoğunluk görüşü, kurucu iktidar ile ilgili isabetli açıklamaların ardından vahim bir hataya düşmekte, kanun yapan yasama organı ile Anayasa'yı değiştiren tali kurucu iktidar arasındaki farkı görmezden gelmektedir. Aynı organ tarafından gerçekleştirilmiş olmakla birlikte ikisinin hem nicelik, hem de nitelik olarak birbirinden farklı bir işlevi olduğu, Anayasa hukukunun temel bilgilerindendir. Yasama ve Anayasa'yı değiştirme işlevi TBMM tarafından yerine getirilirken, ilki Anayasa'nın 96. maddesi uyarınca Anayasa'nın hiçbir maddesine aykırı olmamak koşuluyla basit çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi bulunmayan 'yasa' koyma işlevi iken, diğeri Anayasa'nın yalnızca ilk üç maddesini değiştirmemek koşuluyla, nitelikli çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi olan Anayasa Mahkemesi dahil tüm kurum ve kuruluşları bağlayıcı 'Anayasayı değiştirme' işlevidir.

Bu gerçeğe karşın, yapılan Anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin olağan bir yasanın iptalinden hiçbir farkı kalmamıştır. Demokratik bir ülkede, hukuksal değerlendirmelerin dayanağı varsayımlar veya öznel kabuller değil, demokratik süreçlerin ürünü olan hukuk kurallarıdır. 1982 Anayasası'nın önceki tecrübeler nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetim yetkisini yasaklayıp, şekli denetim yetkisini çok daha ileri bir düzeyde sınırladığı ortada iken, adeta bu süreç hiç yaşanmamış gibi, şekil denetiminin 1970'li yıllarda yapıldığı

gibi, başka adlar altında yeniden devreye sokulmasının meşru bir temeli bulunmamaktadır. Sosyal ve siyasal yaşamın dinamizmine uyum sağlamak amacıyla Anayasa'nın bütünlüğünü oluşturan normları değiştirmek suretiyle Anayasal düzende dönüşümlere ve değişikliklere her zaman gidilebilir. Anayasal normlar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulamaz. Anayasa'nın 2. maddesindeki soyut niteliklerin somutlaştırılması diğer maddelerdeki düzenlemelerle mümkündür. İlkelere, bu somut düzenlemelerle anlam kazandırılarak bütünlük sağlanır. Başka bir anlatımla ilk üç maddenin dışındaki maddelerle değiştirilemez hükümlere dinamik bir yapı kazandırılarak siyasal yapının temel tercihlerinin meşruiyet temelleri güncelleştirilmiş olur. Değiştirilemez kurallar dinamik bir dönüşüme tabi tutulmadığı takdirde tıkanan hukuksal yollar nedeniyle demokrasi dışı girişimlerin gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Çoğunluk görüşü, Anayasa'nın gelecek kuşakların sorunlarına cevap verme olanağını ortadan kaldırmakla, esasen kendisi değiştirilemez hükümleri işlevsiz hale getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde Anayasa değişikliklerini iptal etmesi üzerine, 1971 Anayasa değişikliklerinde Anayasakoyucu, bu durumu, 'kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanımı' olarak nitelemiş ve denetimin yalnızca biçimsel unsurlar bakımından yapılabileceğini kabul etmiştir. Elbette yapılan incelemede, sözkonusu iradenin Anayasakoyucu iradesi olduğu saptandığı andan itibaren, tüm kurulu iktidarlara bağlayan niteliğiyle bunun esastan denetime tabi tutulması mümkün değildir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 1975 yılından başlayarak Anayasa değişikliklerinin esas denetimini 'biçimin esas yönünden incelenmesi' adı altında sürdürmesinin ardından, 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi 1971 Anayasası'nda öngörülenden öte sınırlamaya tabi tutulmuştur. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin yalnızca biçim denetimi yapabileceği bu denetimin ise (a) teklif çoğunlu, (b) oylama çoğunluğu ve (c) ivedilikle görüşülme koşuluna uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu hiçbir farklı yoruma elvermeyecek açıklıkta vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimini hangi ad altında olursa olsun yapmasını engellemek amacıyla kabul edildiği Danışma Meclisi tutanaklarında yer almaktadır.

Nitekim 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi'nde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine ilişkin maddesinin '*Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler*' biçiminde değiştirilmesine yönelik önerge verilmiş, '*Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği ilkesinin de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması yararlı olacaktır. Aksi halde bunun bir müeyyidesi olmaz*' ifadeleriyle gerekçelendirilmiş, ancak, '*Eğer devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yolundaki hüküm değiştirilirse, o zaman buna kim mani olacak*' sorusuna cevap veren bu önerge reddedilmiştir. Anayasa Komisyonu başkanı ret gerekçesi olarak da '*Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz kırkbeş milyon buna karşı koyarız*' ifadelerini kullanmıştır.

Kuşkusuz bu yaklaşım, halk temsilcilerine isnat edilecek bir keyfilik karşısında duyulan çaresizliğin değil, halkın demokratik seçimler sonucunda belirlediği temsilcilerinin nitelikli çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde uzlaşmayacağına yönelik derin bir inançtan beslenen saygının ifadesidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan tüm Anayasa değişikliklerine bakıldığında, Türkiye'deki halkın tercihinin daima demokrasinin geliştirilmesi ve özgürlük alanlarının genişletilmesi yönünde olduğu görülecektir. Bu da halkın ve onun demokratik temsilcilerinin özgür iradeleriyle demokrasi dışı ve özgürlük karşıtı bir talep üzerine uzlaşmayacağını kanıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı

sayıdaki üç husus dışında herhangi bir denetim yetkisinin bulunmadığı bu tarihi gelişmelerden de açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 4. maddesinde ilk üç maddenin değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif edilmesi yasaklanmıştır. Anayasa'nın 11. maddesinde yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş olmasına karşın, Anayasa değişikliklerinin ilk üç maddeye aykırı olamayacağına ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Anayasa'da değişiklik yapma yetkisi tali kurucu iktidar sıfatıyla TBMM'ne verilmiştir. Bu yetki kullanılırken, yetkinin asli sahibi olan halk karşısında azami sorumluluk gereği halkın inanç, din, cinsiyet veya etnik köken değerlerinde bir ayrıma gidilmeksizin yerine getirilmek zorunluluğu vardır. Yapılan Anayasa değişikliklerinde parlamentonun (5/3, 2/3) şeklindeki çoğunluk koşulu aranmasına rağmen, aşırı faraziyeler ve uç örnekler gösterilip TBMM'ne duyulan güvensizlik üzerine yorumlar yapılarak kararlar kurgulanamaz.

Her biri diğerinden farklı, çok yönlü talepleri bulunan bireylerin oluşturduğu ulusun ve onların demokratik temsilcilerinin büyük bir çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde birleşmesi muhtemel görülecekse, bu ihtimalin Egemenlik yetkisi kullanan diğer kurum mensupları yönünden de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Anayasal demokrasilerde egemenliği kullanma yetkisi farklı organlar arasında paylaştırılmış, ancak Anayasa'da bunlara gerekli sınırlar çizilmiştir. Anayasal değerleri koruma adına değişikliklerin esastan denetimine olanak tanınması Erk'ler arası dengenin bozulmasına ve bir vesayetin doğması sonucuna yol açması kaçınılmazdır. TBMM'nin Anayasa'yı değiştirme iradesi, mahkeme üyelerinin, sınırları belirsiz, sübjektif, her an değişebilir nitelikli iç dünyalarındaki değerlerin vesayetine bırakılamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde yeralan; adalet anlayışı, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti gibi niteliklerin Anayasa'nın 2. madde dışındaki tüm maddeleri ile yakından ilgisi olan kavramlar olduğu açıktır. Çoğunluk görüşündeki kurgu'dan hareket edilirse yapılabilecek her türlü Anayasa değişikliğinin belirtilen niteliklerle ilgisi nedeniyle onları başkalaştırdığı, içini boşalttığı, işlevsiz kıldığı gibi hiçbir ölçüsü olmayan sübjektif gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimine konu olacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu sonuç, halka ait Kuruculuk yetkisinin üstlenilmesi yine halka ait olan egemenlik yetkisinin göz ardı edilmesidir. Anayasa Mahkemesi kendi sınırlarını genişletmiş tali kurucu iktidar yetkisini ise oldukça sınırlamıştır. Oysa, idari işlem, düzenleyici işlem, yasama tasarrufu biçimindeki normlar hiyerarşisine uygun olarak yukarı çıkıldıkça, işlem sahibi iradenin takdir yetkisi genişlemekte, buna bağlı olarak denetim alanı da daralmaktadır. Bu, arkalarındaki demokratik meşruiyetin genişlemesiyle de açıklanabilir. Bu nedenle Anayasa değişikliklerinin denetiminde kurucu iktidarın takdir yetkisinin ileri düzeyde geniş, denetim organının ise ileri düzeyde sınırlı olması beklenir ki, 1982 Anayasasının üzerine kurulduğu sistemde buna işaret etmektedir. Çoğunluk görüşü bu ilişkiyi tersine çevirerek siyasal işleyişi yargı vesayetine bağlayarak ciddi bir sorun yaratmıştır.

Anayasakoyucunun tarihsel deneyimlere dayanan açık tercihi karşısında çoğunluğun 'geçerli teklif yönünden' veya 'esasın biçim yönünden incelenmesi' tarzındaki usullerle ulaşmaya çalışılan sonucun, mantiken doğru kabul edilmesi mümkün değildir. Esas denetim de zaten bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Kurucu İktidar Anayasa Mahkemesine esas denetim yetkisi vermiş olsaydı, zaten bundan farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda '1982 Anayasası Anayasa Mahkemesine neyi yasakladı' sorusu cevapsız kalmaya mahkum olmaktadır.

Bu nedenlerle söz konusu denetimin Anayasal dayanağı yoktur.

Yaratılan 'ÖNSÖRÜN' çoğunluk oyu ile aşıldığından sonraki aşamalarda oy kullanılması zorunluluğu açıktır.

Başkan

Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istemiyle 110 milletvekili tarafından açılan dava sonucunda Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca verilen karara aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum:

I- Kanun Teklifinin TBMM Genel Kurulunda Görüşülmesi Sırasında İvedilikle Görüşme Yasağına Uyulmaması Nedeniyle Tümünün İptali İstemi Yönünden:

İptal başvurusunda, Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin iki defa görüşüleceğinin öngörüldüğü, ancak uygulamada ikinci görüşmenin sadece maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergelerinin görüşülmesi suretiyle gerçekleştirildiği, bunun Anayasa'nın emrettiği anlamda iki kere görüşme demek olmadığı, ivedilikle görüşme yasağının ise iki kere görüşme anlamına geldiğinde duraksama bulunmadığı, bu nedenle Kanun'un tümüyle iptali gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde 'Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür' denilmektedir. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişiklikleri üzerinde yapacağı denetimin, ' ' ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı'nı da içerdiği öngörülmektedir. Anayasadaki 'ivedilikle görüşülememe' ve 'iki defa görüşülme' kavramlarının 1927 tarihli TBMM İçtüzüğünde ve 5 Mart 1973 tarihli, 584 sayılı Meclis kararı ile kabul edilen yürürlükteki İçtüzükte aynı anlamda kullanıldığı açıktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı denetime ilişkin 148. maddede geçen ivedilikle görüşülememe yasağının, iki kere görüşme yapıp yapılmadığının denetimi olduğunda herhangi bir duraksama yoktur.

5982 sayılı Yasa'nın ikinci görüşmesi, TBMM İçtüzüğü'nün 93. maddesine göre gerçekleştirilmiştir. Buna göre, ikinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergeleri görüşülmüş, siyasi parti gruplarına maddeler üzerinde söz verilmemiştir.

Anayasalar, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ve bunları güvence altına alan, Devlet organlarının görev ve yetkilerini düzenleyen, kalıcı nitelik taşıyan temel hukuk belgeleridir. Bu nedenle Anayasalar değiştirilirken mümkün olan en geniş tartışma ortamının sağlanması, yapılacak değişikliklerin yarar ve sakıncalarının etraflıca değerlendirilmesi, olası yanlışlıkların önlenmesi ve değişiklik yasalarının meşruiyet temelini güçlendirilmesi amacıyla iki kez görüşülme ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa'nın 175. maddesinde açık ve net biçimde, iki kez görüşme öngörülmüş, anayasa değişikliklerinin aynı maddedeki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir. Buna göre her iki görüşmenin de İçtüzüğü'nün 81. maddesindeki yöntemin tekrarlanması suretiyle yapılması gerekir. Bu usule göre önce tasarı veya teklifin tümü hakkında görüşme açılır, tasarı veya teklifin tümünün görüşülmesinden sonra soru-cevap işlemi yapılır, tasarı veya teklifin maddelerine geçilmesi oylanır ve nihayet tasarı veya teklifin tümü oylanır. 5982 sayılı Kanun'un görüşülmesi sırasında buna uyulmamıştır.

Anayasaların pozitif hukukta en üst norm olduğu, Parlamento İçtüzüğü'nün hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olamayacağı, Anayasa hükümlerin aksi yönde uygulama ve teamül yoluyla değiştirilemeyeceği ve ortadan kaldırılamayacağı gözetildiğinde, her ne kadar İçtüzüğü'nün Anayasa değişikliklerine ilişkin hükümleri uygulanmış olsa da Anayasa'nın emrettiği anlamda iki kere görüşme sağlanmamış ise, bu şekilde çıkan yasanın Anayasa'nın öngördüğü şekil şartına uymadığının kabulü gerekir. Kaldı ki ikinci görüşmenin yalnızca değişiklik önergelerinin görüşülmesi suretiyle yapılması şeklinde bir parlamento teamülünün varlığından da söz edilemez. 1961 Anayasası ile iki meclisli bir sistem öngörüldüğü ve anayasa değişiklikleri her iki mecliste de ayrı ayrı görüşülerek kabul edildiği için, o dönemde yapılan anayasa değişikliklerinde iki defa görüşme ilkesi tam olarak uygulanmış bulunmaktaydı.

Diğer yandan, Anayasa'nın iki defa görüşülme ilkesini koyduğu, ancak ikinci görüşmenin ne şekilde yapılacağını Meclisin tercihine bıraktığı da ileri sürülemez. Birincisi ile aynı olmayan bir şeyin ikinci kez gerçekleştiğini söylemek mantığa aykırıdır. Bu nedenle Anayasa 'iki defa' demişse, birincinin aynen tekrarı olan bir şeyden bahsediliyor olması gerekir. Aksi takdirde, Anayasa'nın hem bir kural koyup hem de buna uyulmasını ihtiyari hale getirdiğini yani abesle iştigal ettiğini kabul etmek gerekir ki, buna da olanak yoktur.

Anayasa'nın bu konudaki amacının saptanması bakımından Anayasa'nın Cumhurbaşkanıya tanıdığı, kanunların 'bir daha görüşülmek üzere' TBMM'ne geri gönderebilme yetkisine ilişkin 89. maddesinin de göz önünde tutulmasında yarar vardır. Parlamento çoğunluğunca kabul edilse bile toplumda genel kabul görmeyeceği anlaşılan, gerginlik ve kutuplaşmalara yol açma riski taşıyan veya kanun yapma tekniği bakımından hatalı olan kanunların Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi üzerine ikinci kez yapılan görüşmede, kanunun sadece bazı maddeleri geri gönderilmiş olsa bile Meclisin kanunun tümünü yeniden görüşebileceği, Anayasa'nın 89. maddesinden anlaşılmaktadır. Olağan yasalar dahi, Cumhurbaşkanınca geri gönderilmeleri halinde İçtüzüğü'nün 81. maddesindeki usulle ikinci defa görüşülürken Anayasa değişikliklerinde Anayasa'nın 175. maddesinin öngördüğü ikinci görüşmenin kısaltılmış bir usulle yapılması İçtüzüğe uygun olsa bile Anayasa'ya uygun sayılamaz.

Daha önceki Anayasa değişikliklerinde de izlenen İçtüzüğü'nün 93. maddesindeki yöntemin, Anayasa'nın 175. maddesinde açık ve yalın olarak emredilen iki kez görüşme gereğini ortadan kaldırmayacağı yukarıda açıklanmıştır. Önceki Anayasa değişiklikleri de her ne kadar Anayasa'da öngörülen şekil şartına uyulmadan yapılmışlarsa da bunlara ilişkin iptal iddiası bulunmaması ve şekle dayalı iptal davası açmak için Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci

fıkrasında belirtilen on günlük sürenin geçmesinden sonra iptal davası açılmayacağı ve defi yoluyla da ileri sürülemeyeceği kuralı gereğince, bu değişiklikler yine Anayasa'ya dayalı olarak geçerlilik kazanmışlardır. Yoksa, bunların geçerliliği İçtüzüğün 93. maddesinden veya parlamento teamülünden kaynaklanmamaktadır. 5982 sayılı Yasa'da durum önceki anayasa değişikliklerinden farklı olup, 10 günlük Anayasal süre içinde iptal davası açılmış ve iki kez görüşme gereğine uyulmaması nedeniyle Yasa'nın tümünün iptali istenmiştir. Bu durumda iptal talebinin kabulü gerekirken reddi yolunda karar verilmesine katılmıyorum.

II- Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Değişikliklerin 'Teklif Edilemezlik' İlkesi Karşısındaki Durumu Yönünden:

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan demokratik hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 4. maddesine göre değiştirilmesi teklif edilemeyecek hükümlerdendir. Kuşkusuz, bu teklif yasağı açıkça yapılan teklifleri olduğu kadar dolaylı ve karmaşık düzenlemelerle aynı sonucu doğurabilecek teklifleri de kapsamaktadır. Bu nedenle, yapılmış olan bir teklifin tüm madde ve fıkralarıyla birlikte değerlendirilmesi sonucunda değiştirilmez hükümlere aykırılığı saptandığında, teklif edilemeyecek nitelikte olması nedeniyle teklif çoğunluğunun oluşmadığına dayalı olarak, şekil yönünden iptali zorunludur.

Demokratik hukuk devletinin varlığını sürdürebilmesi, yasama, yürütme ve yargı erklerinin tek elde toplanmamasına, yani tüm çağdaş demokratik hukuk sistemlerinde geçerli olan kuvvetler ayrılığının korunmasına bağlıdır. Kuvvetlerden biri olan yargının yasama ve yürütmeden ayrılması ise ancak yargının bağımsızlığı ile sağlanabilir. Kaldı ki bağımsızlığı olmayan bir yargının tarafsızlığından da söz edilemeyeceğinden, yargı bağımsızlığı sağlanamadığı takdirde adil yargılanma hakkının varlığından da söz edilemez.

Aşağıda açıklanacak nedenlerle, 5982 sayılı Kanun'un iptal istemine konu Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili düzenlemelerinin bütünlük içinde değerlendirildiğinde yargı bağımsızlığı ile bağdaşmadığı, bu nedenle de Anayasa'nın değiştirilmez ilkelerinden hukuk devletine aykırı oldukları kanısındayım.

A) 5982 Sayılı Kanun'un 16. Maddesiyle Değiştirilen Anayasa'nın 146. Maddesine Ve 25. Maddesiyle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 18'e İlişkin Sakıncalar Yönünden:

Çağdaş demokrasilerin gelişim çizgisi içinde zamanla temel kurumlardan biri haline gelen anayasa mahkemelerinin asli işlevi, yasama organının anayasal sınırlar içinde çalışmasını denetlemektir. Siyasi partilerin belli program hedefleri temelinde iktidara gelerek parlamento çoğunluğunu oluşturduğu parlamenter demokrasilerde yasama organının çalışmaları doğrudan doğruya parlamentoda çoğunluğu elinde tutan siyasi partinin karar ve tercihlerine göre şekillenir. Bu nedenle siyasi iktidarın çıkartacağı yasaların yargısal denetimi ancak siyasal çoğunluktan bağımsız ve tarafsız bir organca yapılırsa anlam taşır. Bir anayasa mahkemesinden beklenen yararın sağlanması, mahkeme yargıçlarının siyasi iktidarla arasında siyasi görüş, düşünce veya ideoloji birlikteliği bulunmayan kişilerden oluşmasıyla mümkün olur.

Kuşkusuz, anayasa mahkemeleri bağımsız olduğu kadar tarafsız da olmalı ve siyasal iktidarın karşısında da tavır almamalıdır. Ancak bu bile anayasa mahkemesinin siyasi iktidarın kontrolünde olması kadar kötü değildir; zira siyasal iktidarın kontrolündeki bir anayasa mahkemesi, hak ve özgürlüklerin korunması noktasında kendisinden beklenen işlevi

sağlayamamakla kalmaz, bu hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasının aracı haline gelebilir. Şöyle ki:

Anayasal hak ve özgürlükler yasalarla somutlaşır ve uygulanırlar. Anayasalarda geniş kapsamlı, güzel ifadelerle bezenmiş hak ve özgürlükler yer almasına rağmen bunlar doğrudan uygulanamazlar. Yasalar Anayasal hak ve özgürlüklerin içini boşaltacak, daraltacak tarzda çıkarılır ve bu yasaları çıkaran siyasal görüşün hakim olduğu bir anayasa mahkemesi de bunları anayasaya uygun bulursa, anayasa mahkemesinin kararı nihai ve herkes için bağlayıcı olacağından, bir daha bunları başka yargısal yollarla, örneğin mahkemelerce ihmal yoluyla veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre hüküm kurmak suretiyle düzeltmek olanağı da kalmaz. Siyasi haklar, fikir ve ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve sosyal haklar büyük zarar görebilir ve özgürlükçü demokratik düzenin devamı olanaksız hale gelir.

Demokrasi, sıradan insanların yine sıradan insanların yönetimi altında onurlu ve özgür yaşamasının yöntemidir. Demokratik hukuk devleti, yöneticilerin ve yasakoyucuların ellerindeki yetkileri kötüye kullanmayacakları varsayımına ve temennisine değil, hak ve özgürlüklerin güvencesi olan hukuka dayanır. Bu nedenle demokratik hukuk devleti esaslarının, kuvvetler ayrılığının ayrılmaz unsuru olan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin güvencelerinin somut maddeler halinde Anayasa'da yer alması gerekir. Bu nedendir ki anayasa mahkemelerinin bulunduğu çağdaş demokratik ülkelerde mahkemenin bağımsızlığını sağlayacak farklı sistemler öngörülmüş ve kiminde seçim tamamen parlamentoya, kiminde cumhurbaşkanına bırakılmış, kiminde karma sistemler oluşturulmuş olmasına rağmen hiçbirinde siyasal iktidar çoğunluğunun belirleyici konuma gelmesine izin verilmemiştir. Üyelerin tamamının parlamento tarafından seçildiği örneklerde üçte iki çoğunluk aranması, cumhurbaşkanı tarafından seçildiği yerlerde adayların belirlenmesi safhasında tarafsızlığı sağlayacak şekilde aday gösterici kurulların ve bunların aday belirleme yöntemlerinin belli ilke ve esaslara bağlanması öngörülmüştür.

5982 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliğinden sonraki duruma gelince:

T.C.Anayasası'nın 146. maddesinde yapılacak değişiklikten sonra üye sayısı 17'ye çıkacak olan Anayasa Mahkemesi'nin 3 üyesi TBMM, 14 üyesi ise Cumhurbaşkanı tarafından seçilecektir.

TBMM tarafından seçilecek üyelerin ikisi Sayıştay, biri de serbest avukatlar arasından gösterilecek her boş yer için üçer aday arasından seçilecektir. Her ne kadar bu seçimlerde ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun aranacağı öngörülmüş ise de ikinci oylamada salt çoğunluk, bu da sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday arasında üçüncü oylama yapılarak en çok oy alanın seçilmiş sayılması benimsenmiştir. Daha açık bir ifadeyle son tahlilde, seçilecek aday, iktidar partisinin tercih ettiği adaydır.

Sayıştay üyelerinin seçimi hakkında Anayasa'nın 160. maddesinde bir düzenleme bulunmamakta, Sayıştay üyelerinin atanmalarının kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Sayıştay Kanunu'na göre ise Sayıştay üyeleri Meclisçe seçildiğinden, siyasi iktidarın Sayıştay çoğunluğunu da belirlemede etkin olduğunu, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne Sayıştay'dan seçilecek üyeyi seçmekle kalmayıp aynı zamanda adayları da dolaylı olarak kendisinin belirlediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

TBMM'nin ayrıca baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday arasından bir üye seçmesi öngörülmüştür. Bunda da uzlaşısı yerine üçüncü oylamada en fazla oy alanın seçilmesi ilkesi getirildiğinden, yukarıda belirttiğimiz sakıncalar avukat üye yönünden aynen geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi çoğunluğu, her bir baro başkanının ancak bir aday için oy kullanmasını demokratik hukuk devletine aykırı ve dolayısıyla teklif yasağı kapsamında görerek iptal etmiştir. Ancak burada demokratik hukuk devletine aykırılık sadece bir aday için oy kullanılmasından ibaret değildir. Üye sayısı yani temsil ettiği avukat sayısı bakımından birbiriyle kıyaslanamayacak büyüklükteki baroların hepsinin aynı oy hakkına sahip olması da demokratik hukuk devletinin gereği olan temsilde adalet ilkesinin en az iptal edilen kural kadar vahim bir ihlalidir. Bir baro başkanının sadece bir adaya oy vermesi kuralı hukuk devletini ortadan kaldıracabilecek vahamette görülürken on binlerce kişiyi temsil eden baro ile yüz üyesi bile bulunmayan baronun Anayasa Mahkemesi'ne üye seçiminde aynı söz hakkına sahip olmasında bir sakınca görülmemesinin gerekçesini anlamakta güçlük çekmekte ve çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Cumhurbaşkanının 4'ü doğrudan olmak üzere seçeceği 14 üyenin durumuna gelince, öncelikle 2007 yılında yapılan değişiklikten sonra Cumhurbaşkanının siyasi tarafsızlık noktasından anayasal konumunun incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa'ya göre Cumhurbaşkanı tarafsızdır. 2007 yılında Cumhurbaşkanı seçimi için toplantı yeter sayısının 367 olduğunu dair Anayasa Mahkemesi'nce verilen ve haksız eleştiri ve düzeyli hakaretlerin hedefi olan kararda, Cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçiminde uzlaşısı aranması gerektiği vurgulanmaktaydı.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nce verilen bu karardan sonra parlamentoda Cumhurbaşkanı seçiminin olanaksız hale geldiği gerekçesiyle Anayasa değişikliğine gidilmiş ve Anayasa'nın 101. maddesinde 5678 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanının beşer yıllık iki dönem için halk tarafından seçilmesi öngörülmüştür.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi sisteminin benimsenmesi ile uzlaşısı sistemi terk edilmiş, rekabet ve siyasi mücadele sistemi benimsenmiştir. Diğer bir ifadeyle bundan böyle cumhurbaşkanı adayları, bir seçim kampanyası yürütecek ve diğer adaylara göre farklı siyasi görüş, tercih ve programlar temelinde kendilerini halka tanıtarak oy isteyecektir. Daha önceki sistemde de her ne kadar cumhurbaşkanı adaylarının seçilebilmesi için parlamentoda çoğunluğu oluşturan partinin veya partilerin desteğine ihtiyacı olduğu kuşkusuzsa da, bundan böyle cumhurbaşkanı adayları halktan oy isteyecek ve bu nedenle siyasi partilerin altyapı, teşkilat, propaganda ve maddi desteğine ihtiyaç duyacaktır. Cumhurbaşkanının tarafsız olacağı Anayasa'da ne kadar yazılı kalmaya devam etse de yukarıdaki nedenlerle tarafsızlığını koruyamayacağı, hele ikinci dönem seçilmesi de söz konusu olduğunda tarafsızlığından söz edilemeyeceği açıktır.

Anayasa'da Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ilkesinin korunması böylece güçleşir hatta olanaksız hale gelirken, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde siyasal bir konumu olan Cumhurbaşkanının tercih yapacağı alanın daraltılması, yani içlerinden üye seçeceği adayların tümünün mümkün mertebe tarafsız kişiler arasından belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme yapılması gerekirken, aday belirlemede de bunun tersi yapılmıştır. Şimdiki Anayasa'nın 146. maddesinde adayların Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin genel kurullarınca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için üç aday

göstermesi öngörülmektedir. Böylelikle üçüncü sıradaki aday da üyesi bulunduğu yüksek mahkemenin salt çoğunluğunun desteğine sahip olduğu için, ilgili yüksek mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'ne üye gönderdiklerinden söz etmek mümkündür. Ancak Anayasa'da yapılmak istenen değişiklikten sonra ilgili yüksek mahkemelerin genel kurullarının en azından salt çoğunluğunun tercihinin yansıtılması ilkesi de kaldırıldığından, Cumhurbaşkanının çok az oy almış ancak üçüncü sıraya girmeyi başarmış adayı Anayasa Mahkemesi'ne seçmesi mümkündür. Böyle bir durumda seçilen kişi, ilgili yüksek mahkemenin adayı olmaktan ziyade bireysel bir aday niteliğindedir. Bu nedenle, çağdaş demokratik ülkelerin anayasa mahkemelerinin oluşumunda gözetilmesi gereken, yüksek yargı organlarının da uygun bir ölçüde üye kompozisyonunda yer almaları ilkesi de çiğnenmekte, üye kompozisyonu Cumhurbaşkanının serbestçe seçeceği diğer 4 üye ile birlikte, Cumhurbaşkanının tam serbesti ile hareket edeceği bir alana terk edilmektedir. Her ne kadar Yüksek Mahkemelerin aday belirlerken üye tamsayılarının salt çoğunluğunun sağlanması gerekeceği kuralı 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yer almaya devam etse de, bu maddenin siyasal iktidarca yapılacak bir yasa değişikliği ile kolayca ortadan kaldırılabilmesi açıktır.

Açıkça görülebilen bu sakıncalara karşın, Cumhurbaşkanı ile parlamentonun seçim dönemlerinin ve tarihlerinin farklı olduğu, bu nedenle parlamento çoğunluğu ile cumhurbaşkanının aynı parti veya siyasi görüşün mensupları olmamaları olasılığının da bulunduğu, bunun da tüm güçlerin tek elde toplanması tehlikesine karşı bir güvence oluşturduğu ileri sürülebilir. Parlamento ile cumhurbaşkanının birbirine paralel veya zıt siyaset takip etmesinin güçler birliğine veya aksi durumda rejimin kilitlenmesine yol açıp açmayacağının tartışması bir yana bırakılacak olsa da, halkoyu ile seçilen Cumhurbaşkanının ya iktidarla aynı taraf, ya da karşı taraf olacağı gözetildiğinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin üç kişi hariç tamamını belirleyebilmesinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin güvenceleri içermeyen, mevcut güvenceleri de ortadan kaldıran 146. madde değişiklikleri bir bütün halinde değerlendirildiğinde Anayasa'nın değişmez maddelerinden olan 2. madde belirtilen demokratik hukuk devletine aykırı niteliktedir. Bu şekilde oluşturulacak Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin Geçici Madde 18'in yer aldığı, 5982 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un iptal istemine konu fıkra ve bentleri de tümüyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı dahil, oluşum şekline ilişkin 146. madde değişikliklerinin iptal istemine konu tüm fıkralarının ve Geçici Madde 18'in, Anayasa'nın değişmez nitelikteki 2. maddesine aykırı oldukları kadar çağdaş ve evrensel hukuka da uygun olmamaları nedeniyle iptalleri gerektiği düşüncesindeyim.

B) 5982 Sayılı Kanunun 22. Maddesiyle Değiştirilen Anayasa'nın 159. Maddesine ve 25. Maddesiyle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 19'a İlişkin Sakıncalar Yönünden:

Anayasa Mahkemelerinde olduğu gibi, hakim ve savcılara ilişkin yüksek kurulların nasıl oluşacağı ve üyelerinin kimler tarafından seçileceği hakkında evrensel bir kural yoktur. Yargı bağımsızlığını zedeledikçe çeşitli şekillerde oluşturulması, çağdaş standartlarda kabul görmektedir.

Kurulun yargı bağımsızlığını koruyabilecek şekilde çalışması tek bir faktöre bağlı olmayıp, önemli olan, son tahlilde siyasal iktidarın etki, baskı ve telkinlerine doğrudan veya

dolaylı olarak maruz kalıp kalmayacağıdır. Bu açıdan bakıldığında Adalet Bakanının kurulda onursal başkan olarak bulunması, yargının genel sorunları hakkında kurul çalışmalarında ortaya çıkan hususlarda parlamento ve hükümet ile bir köprü vazifesi görmesi yargı bağımsızlığına halel getirmeyebilecek; buna karşılık Adalet Bakanı veya müsteşarının yargıçlar ve onların mesleki kaderi üzerinde söz sahibi olması, yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracaktır.

5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesi ile yapılan anayasa değişikliğine göre Adalet Bakanı kurulun başkanı olup, kurulun yönetimi ve temsili Adalet Bakanına aittir. Her ne kadar Başkanvekilini kurulun seçeceği öngörülmüş ise de Adalet Bakanlığı müsteşarı da kurul üyesi olduğundan, Başkanvekili seçilmesine ve Başkan sıfatıyla Bakanın kendisine devredeceği yetkileri yine Bakanın siyasi talimatları çerçevesinde kullanmasına bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde müsteşarın, Dairelerden birinin başkanlığını yapmasına da engel yoktur. Hakim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma işlemlerinin ilgili dairenin teklifi ve Adalet Bakanının oluru ile yine Bakan tarafından atanan Kurul müfettişlerince yapılacak olduğu gözetildiğinde, Adalet Bakanı eliyle siyasal iktidarın Kurul üzerinde ne denli büyük bir etki sahibi haline geldiği kolayca görülebilmektedir.

Kurulun Genel Sekreteri Adalet Bakanı tarafından atanacağından, Bakan, Genel Sekreterin hiyerarşik amiri konumundadır. Kurulun Genel Sekreterlikten olabilecek istek ve talepleri ile Bakanın istek ve talimatları çatıştığında, Genel Sekreterin Bakanın talimatlarına göre davranmak durumunda kalacağı açıktır.

Kurula Cumhurbaşkanınca seçilecek üyelere gelince, bu konuda Anayasa mahkemesine Cumhurbaşkanınca üye seçimine ilişkin yukarıda açıklanan sakıncalar HSYK için de aynen geçerlidir.

Birinci sınıf adli ve idari yargı hakim ve savcılar arasında yine adli ve idari yargı hakim ve savcılarınca seçilecek üyelere gelince: Bu üyeler Kurulda görevlerini tamamladıktan sonra, yüksek mahkemelere üye seçilmemişlerse, eski hakimlik ve savcılık görevlerine döneceklerdir. Kuruldaki görevleri sırasındaki karar ve icraatlarıyla Adalet Bakanı ile ters düşmeyi göze alarak yasaya ve vicdanına göre hareket eden hakim ve savcının daha sonra siyasal iktidarın bazı intikam operasyonlarına maruz kalmasını önleyecek herhangi bir güvence bulunmamaktadır. Zira her ne kadar Kurulun meslekten çıkarmaya ilişkin kararlarına karşı yargı yolu açılmışsa da diğer cezalara karşı yargı yolu kapalı tutulmaktadır. Bu durumda kurula seçilirken bağımsız ve tarafsız olan hakim ve savcılar dahi Kurul üyeliği sırasında tarafsızlıklarını korumaları güçleştirilmektedir. Kaldı ki Kurulda yer alacak yüksek mahkeme üyelerinin güvenceleri bile, ilgili yasalarında yapılacak değişikliklerle ve bu yasa değişiklikleri hakkında Anayasa Mahkemesi'nde açılacak iptal davasının da reddedilmesi halinde, ortadan kaldırılabilir. Bu tablo, yargı bağımsızlığı ilkesinden tam bir kopuşu ifade etmektedir.

Kurulda ayrıca Cumhurbaşkanınca seçilecek avukat üye de bulunacaktır. Anayasa Mahkemesi'nce 159. maddenin üçüncü fıkrasındaki 'iktisat ve siyasal bilimler' ibaresinin teklif edilemez nitelikte görülerek iptal edilmesi nedeniyle Cumhurbaşkanınca bunlar yerine avukatlardan üye seçilmesi gerekecektir. Böylelikle Kurulda iki veya daha fazla avukat üye görev yapabilecektir. Avukat üyeler Kuruldaki görevleri sırasında mesleklerine ara verecek olsalar bile Kuruldaki görevleri sona erdiğinde avukatlık mesleğine geri döneceklerdir. Bu nedenle Kuruldaki görevlerinin icabı olarak hakim ve savcıların özlük hakları, disiplin ve ceza konuları, tayin ve terfileri konusunda karar verirken daha sonra mesleklerinin icrası sırasında bu hakim ve savcılarla ne tür bir ilişkileri olacağının gözetilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle, Kurulda kendilerinden beklenen tarafsız kamusal görevle, Kurul üyeliğinin bitiminde geri

dönecekleri avukatlık mesleğindeki kişisel çıkarları arasında çatışma olasılığı vardır. Kamusal görev ile kişisel çıkarının çatıştığı ve tarafsızlık sorunu doğması muhtemel olan durumların elden geldiğince önlenmesi hukuk devletinin gereğidir. Bu nedenle avukatların, Kurulda sadece yargının genel sorunları ile ilgili olarak bulunmaları hukuk devletine her hangi bir aykırılık taşımazken, hakim ve savcıların özlük, disiplin, tayin ve terfileri hakkında söz sahibi olmaları, bu konulardaki kararlara katılıp oy kullanmaları yargı bağımsızlığı ile bağdaşmaz.

İçerdiği ilke, esas ve yöntemler birlikte değerlendirildiğinde yargının bağımsızlığını ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan ve bu nedenle bütünü itibarıyla teklif yasağı kapsamına giren 5982 sayılı Kanun'un 22. maddesi ve bunun uygulanmasını sağlayan, 25.maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'a ilişkin tüm iptal istemlerinin kabul edilerek, bunlar yerine yargı bağımsızlığı ilkesine ve demokratik hukuk devleti gereklerine uygun, çağdaş bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

III- 5982 sayılı Kanunun 26. maddesinin Anayasaya aykırılığı yönünden:

5982 sayılı 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun' anayasanın çeşitli maddelerinde değişiklik yapmakta, bazı maddelerini yürürlükten kaldırmakta ve bazı geçici maddeler eklemektedir. Kanunun son maddesi olan 26. madde, Anayasanın herhangi bir maddesini değiştirmemekte, kaldırmamakta ve geçici bir madde eklememekte, sadece kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girmesini ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanmasını öngörmektedir.

İptal başvurusunda, maddenin ' 've halkoyuna sunulması halinde tümüyle " ibaresinin iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden, kanunları ise hem şekil hem de esas yönünden denetler. İptal istemi incelenirken, öncelikle 26. maddenin bir anayasa değişikliği mi yoksa olağan bir yasama tasarrufu mu olduğunun saptanması ve şekil yönünden olduğu kadar esas yönünden de denetlenip denetlenemeyeceğine karar verilmesi gerekmektedir. Maddenin esas yönünden denetlenebileceği sonucuna varıldığı takdirde Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunun incelenmesi gerekecektir.

Anayasa değişikliklerinin kendilerinin de birer kanun olduğunda kuşku ve duraksama yoktur. Ancak kanun metninin anayasa statüsünü kazanması için ya Parlamentoda 367 oyla kabulü veya zorunlu olarak ya da Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna götürülerek oyların yarısından fazlası ile kabul edilmesi gerekir. 26. madde 367 oyla kabul edilmediği gibi referandumun konusunu da teşkil etmemektedir. İptal istemine konu ibare, oy pusulasının tanzim şekline yani bir veya birden fazla oy kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir. Bu maddenin de Resmi Gazete'de yayınlanan 5982 sayılı Kanun'un bir maddesi olduğu, dolayısıyla paket referandumda kabul görürse geriye dönük olarak Anayasa hükmüne eşdeğer kuvvet kazanacağı öne sürülebilirse de, bu sav maddenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetiminin kapsamı dışında kalmasını açıklamaya yetmez. Paketteki Anayasa maddelerinden farklı olarak, 26. maddenin halkoyu ile kabul edilmesi beklenmeden uygulamasına geçilmiştir. Anayasa'nın herhangi bir maddesini değiştirmeyen, kaldırmayan veya yeni bir madde getirmeyen bir kanun maddesinin niteliği itibarıyla Anayasa değişikliği olduğunu iddia etmek mantıki dayanaktan yoksundur. Aksi düşüncenin kabulü halinde Meclisin, Anayasa değişikliği yaparken aynı paketin içine koyacağı, olağan yasalara ilişkin değişikliklerin de Anayasa değişikliği hakkında kanun metni içinde yer almaları ve anayasa değişikliğine uygulanan yöntemle yasalaştırılmaları

nedeniyle anayasa hükmünde olacaklarının ve bunlar hakkında esas incelemesi yapılamayacağının kabulü gerekir ki, böyle bir sonucun anlamsızlığı ortadadır.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında ve son olarak 2007/45 Esas, 2007/54 Karar sayılı kararında belirtildiği gibi, iptali istenilen bir yasama tasarrufunun Anayasal denetime bağlı tutulabilecek nitelikte olup olmadığı saptanırken sadece, onun bu tasarrufta bulunan organ tarafından nasıl nitelendiğine ve hangi ismin verildiğine veya bu işlemin nasıl bir yöntem izlenerek yapıldığına bakılması yeterli olmayıp, yapılış yöntemi ve adı ne olursa olsun hukuksal niteliği, etkisi ve doğurduğu sonuçlar da gözetilmelidir. Bu içtihat karşısında her türlü ölçüte ve yoruma göre 26. maddenin kendisi, bir anayasa değişikliği değildir. Bu nedenle 26. maddenin, Anayasa değişikliklerinin tabi olduğu denetim kurallarına bağlı olduğu ileri sürülemez; maddenin sadece şekil denetimi değil, esas denetimi de yapılabilir.

Konu Anayasa'nın 2. ve 175. maddelerine göre değerlendirildiğinde ise:

Demokrasilerde seçim ve halkoyu, belli bir konuda seçmen iradesini ortaya koymayı amaçlayan, genel, eşit, gizli oy, açık sayım esaslarına dayanan ve yargı denetimine tabi bir işlemdir. Buna göre, seçilecek kişi veya kabul edilecek konuların açık, net biçimde ortaya konması, bunlardan her biri hakkında seçmen kanaatinin serbestçe oluşmasını ve iradesini serbestçe açıklamasına elverişli biçimde düzenlenmesi gerekir. Aksi halde örneğin mahalli seçimlerde birkaç ayrı oy verme işlemi yapılacak yerde sadece tek bir partiye oy verilir ve hem büyükşehir, hem belde belediye başkanları, hem belediye meclis üyeleri ve il genel meclis üyeleri tek bir oylamayla seçilebilirdi. Ancak kuşkusuz, böyle bir uygulama demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bir demokraside ve hukuk devletinde seçmenin serbestçe tercih yapacağı alan ne kadar genişletilirse demokrasi o kadar gelişir, tercih alanı ne kadar daraltılırsa demokrasiden o kadar uzaklaşmış olur.

Demokrasi ilkesi açısından durum böyle olduğu gibi Anayasa'nın 175. maddesi de yasama organına bu konuda tam bir serbesti vermemiştir. Maddenin gerek lafzi gerek amaçsal yorumu ile farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Aksi halde 175. maddede yedinci fıkra hiç yer almaz veya 'anayasanın değiştirilen hükümlerinin tümüyle oylanıp oylanmayacağını' şeklinde bir ifade kullanırdı. Halbuki maddede, " Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını " ifadesi kullanılmaktadır. Maddenin yazımından, Anayasa koyucunun, birbiriyle ilgisiz konuların tümüyle oylanmasını öngörmediği anlaşılmaktadır. Amaçsal olarak da konuya bakıldığında Anayasa'nın, anayasa değişikliğinde tali kurucu iktidar yetkisini kullanan parlamentonun yine tali iktidar iradesinin ikinci ve nihai aşamasını paylaşan halkı beğendiği ve beğenmediği değişiklikler arasında zor bir tercih karşısında bırakmasını demokratik bir kabul tarzı olarak benimsediği ileri sürülemez.

Anayasa değişiklikleri bağlamında gözetilebilecek Avrupa standartları bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür. Venedik Komisyonunun CDL-AD(2007)008 sayılı belgesinde belirtilen ana kural, birbiriyle ilgisi olmayan konulardaki değişikliklerin ayrı ayrı oylanmasıdır.

5982 sayılı Kanun'la yapılan anayasa değişiklikleri arasında bazı olumlu yenilikler getiren maddelerin yanı sıra yukarıda açıklanan son derece sakıncalı maddeler de yer almaktadır. Özellikle yargısal alanda mevcut anayasal sistemi kökten değiştirebilecek maddelerin mutlaka ayrı oylanması ve şayet yargının siyasi iktidara bağlanmasına karar verilecekse buna ilişkin kader tercihinin halk tarafından açık ve net bir biçimde yapılması gerekir. Yasa'nın 26. maddesi buna olanak vermemektedir.

Bu nedenlerle 26. madde, esas yönünden Anayasa'nın 2. ve 175. maddelerine aykırıdır. İptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 4. maddesinde, Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümlerinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilmektedir. Buna göre, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanan niteliklerinin, Anayasa'nın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez kuralları arasında bulunduğu kuşku yoktur. Anayasa'nın korunmasına özel önem verdiği ilkelere dokunulmazlık güvencesi sağlamasındaki amacın belirtilen ilkelerin, sadece yer aldıkları maddelere değil tüm anayasaya egemen kılınması olduğu açıktır. Başka bir anlatımla asli kurucu iktidar, Türkiye Cumhuriyetini demokratik lâik sosyal bir hukuk devleti olarak öngörmüş ve öyle kalmasını istemiştir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre, Anayasa'yı değiştirme yetkisi, TBMM'ne tanınmış ise de, bu yetkinin, asli kurucu iktidar tarafından izin verilen alanda ve Anayasa'da belirtilen usul ve esaslara uygun olarak kullanılması gerektiği açıktır. Bu nedenle tali kurucu iktidar, eylemli olarak ilk üç maddeyi değiştiremeyeceği gibi, onları etkisiz kılacak düzenlemelerden de kaçınma yükümlülüğü altındadır. Diğer maddelerde yapılacak değişikliklerle Cumhuriyetin temel değerlerini güvenceye alması nedeniyle dokunulamaz kabul edilen maddelerin, özelliklerini yitirmelerine izin verilemeyeceğinden böyle bir durumun değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez kuralları değiştirmekle eş değer olduğunun kabulü gerekir. Ancak, dokunulması istenilmeyen alan içinde kalan kurallarla her uyumsuzluğun, bu alanın ihlâli olarak değerlendirilemeyeceği de bir gerçektir. Burada, ağır bir ihlâl ve bunun sonucu olarak kanunlardan farklı biçimde sınırlı bir denetim söz konusudur. Bu çerçevede, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerindeki şekil denetimini, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutan kuralının uygulanabilmesi için öncelikle teklif edilmesini Anayasa'nın engellemediği bir alanda değişiklik yapılması gerekir. Bu nokta aşılmadan Anayasa'nın teklif ve oylama çoğunluğuna ilişkin kurallarına uygunluk denetimine geçilemez. Belirtilen hususların, yapılan düzenlemenin içeriğine bakılmadan saptanması ise olanaksız olup, bu durum, şekil yönünden yapılan Anayasa'ya uygunluk denetiminin, esas yönünden de yapıldığı anlamına gelmez.

I- Yasa'nın 16. Maddesiyle Yapılan Değişiklik Yönünden İnceleme

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 16. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin dördüncü fıkrasında, 'Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.' denilmektedir. Bu fıkranın, bir üyenin ancak bir aday için oy kullanabileceği ve her bir baro başkanının da ancak bir aday için oy kullanabileceğine ilişkin ibareleri Anayasa'nın ikinci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Böylece, söz konusu Fıkra, yeni bir anlam ve içerik kazanmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinde, 'Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez' denilmekte, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinde ise, Anayasa Mahkemesi'nin taleple bağlı olduğuna işaret edilmektedir.

Bu durumda, iptal veya itiraz yoluyla yapılan başvurularda 'istem' belirli sözcük, ibare veya tümcelerle sınırlandırılmamışsa inceleme konusu kuralların kimi bölümlerinin iptal edilerek, onların Anayasa'ya uygun hale getirilmesi, yasa koyucunun öngörmediği yeni bir düzenleme oluşturulması sonucunu doğurduğundan, Anayasa'ya aykırı bölümler içerdiği saptanan kuralın, istem doğrultusunda tümünün iptal edilmesi gerekir. Ayrıca, karar gerekçesinde yer alan; Fıkra'nın belirtilen ibarelerinin iptaliyle seçimlerde iradeyi yansıtan oy hakkının tam olarak kullanılmasının önünde herhangi bir engel kalıp kalmadığı ve bu haliyle uygulanmasında bir sorun bulunup, bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi, yasa koyucu ve uygulayıcılara ait olup, Anayasal denetim kapsamında değildir.

Öte yandan, Anayasa'nın 5982 sayılı Yasa ile değiştirilen 146. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan ve ancak bir aday için oy kullanılmasına olanak veren ibarelerin iptaliyle aday belirlenmesinde ortaya çıkan yeni düzenlemeye göre, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan, Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösterilmesi için yapılacak seçimlerde, bir üye her boş üyelik için oy kullanabilecek; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılacaktır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri adaylar için de aynı yöntem geçerli olacaktır. Böylece, aday adaylarının, aday olabilmeleri için aldıkları oyların belirli çoğunluğa ulaşması gibi bir koşul aranmayacak, en fazla oy alan üç kişi arasına girebilmeleri aday gösterilmeleri için yeterli olacaktır. Oysa, Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösterilecek kişilerin belirli çoğunluğun üzerinde oy almaları, mesleki birikim ve becerileri yanında, kişiliklerine duyulan güvenin de göstergesidir. Ayrıca, çağdaş demokrasiler çoğunluğa değil çoğulculuğa dayanan rejimlerdir. Bunun sağlanması ise, uzlaşma aranmasını gerektirir. Aday gösterilebilmek için salt çoğunluk veya nitelikli çoğunluğun aranması seçimlere belirli grup ve görüşlerin egemen olmasını engelleyeceği gibi, daha nitelikli adayların seçilmesine de olanak sağlar. Bu hususun, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasında önemli bir güvence oluşturacağı kuşkusuzdur. Sınırlı sayıdaki çoğunluk iradesinin belirleyici olmasına izin veren sistemlerin, seçime dayanmaları, onların demokratik sayılmaları için yeterli neden oluşturmaz. Seçimin yöntemi kadar ortaya çıkan sonucun da çoğulculuğa bu bağlamda demokrasiye hizmet etmesi gerekir.

Bu durumda, Fıkra'nın iptal edilen ibarelerinden sonra ortaya çıkan farklı seçim yönteminin, demokratik hukuk devletinin güvencesini oluşturan yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını gerçekleştiremeyeceği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu fıkranın tümünün iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

II- Yasa'nın 22. Maddesiyle Yapılan Değişiklik Yönünden İnceleme

Yasa'nın 22. maddesiyle Anayasa'nın 159. maddesi değiştirilerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluşu ile görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 4. maddesinde, değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilen 'Cumhuriyetin niteliklerinin' düzenlendiği 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanmıştır.

Çağdaş dünyada, hukuk devleti ilkesini yaşama geçiremeyen bir ülkenin saygınlığından söz edilebilmesi olanaksız hale gelmiş, bu bağlamda hukuk devleti tanımı da insan hak ve özgürlükleri temelinde yeni unsurların da katılmasıyla daha kapsayıcı bir anlam ve içerik kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, bağımsız yargı denetimine açık olan devlettir biçiminde tanımlanmaktadır. Hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla etkili ve egemen kılınarak, temel hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesinin, ancak bağımsız yargı denetimi ile sağlanabileceği kuşkusuzdur. Yargı bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesinin ön koşulu ise, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak yargının, yasamanın ve yürütmenin etkisinden uzak tutulmasıdır. Bu husus, hukuk devleti ilkesinin yargı bağımsızlığı ekseninde somutlaştırıldığı Anayasa'nın 138. maddesinde açıkça vurgulanarak, 'Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.' denilmiş, 139. ve 140. maddelerinde de 'Hâkimlik ve savcılık teminatı' ile 'Hâkimlik ve savcılık mesleği'ne ilişkin esaslar aynı anlayış doğrultusunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi temel hak güvencelerinin sağlanmasının, yargının bağımsız kılınmasına bağlı olduğu gözetildiğinde, bunu gerçekleştiremeyen devletin hukuk devleti olma özelliğini yitireceğinde duraksamaya yer yoktur.

Yasa'nın 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu düzenleyen 159. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği gibi, dört asıl üyenin Cumhurbaşkanınca doğrudan seçilmesi, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarının Kurul'un tabii üyesi olması, bu üyelerin, yüksek mahkeme üyeliği güvencesinden yoksun adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını üzerindeki olası etkileri, Kurul'un yönetim ve temsiline Kurul Başkanı olan adalet bakanına ait olması, hâkim ve savcılarının görevleriyle ilgili araştırma ve gerektiğinde haklarındaki inceleme ve soruşturma işlemlerinin, ilgili dairenin teklifi üzerine

Kurul Başkanı sıfatıyla Bakan olurlarına bağlanması, Genel Sekreterlik Kurul'a bağlandığı halde Genel Sekreter'i Kurul'ca teklif edilen üç aday arasından seçme yetkisinin Bakan'a verilmesi hususları gözetildiğinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, yürütme erkinin etkisine açık, yargı bağımsızlığını sağlayamayacak bir konuma getirildiği sonucuna varılmaktadır.

Yargı bağımsızlığını sağlayamayan bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığından, yapılan değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin değiştirilemez nitelikleri arasında bulunan hukuk devleti, önemli ölçüde zedelenmiş temel işlevini yitirmiştir.

Öte yandan, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin hukuk devletini temelinden sarsan değişiklikler yanında, bu boyutlara ulaşmasa da Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda; TBMM tarafından seçilecek üyelerle diğerlerinin seçim yönteminde çoğulculuğun değil çoğunluk iradesinin esas alınması; kontenjanların belirlenmesinde, kurumlar arası dengenin ve yapılan hizmetin özelliklerinin gözetilmemesi; Cumhurbaşkanı'na çok geniş yetkiler tanınması suretiyle demokratik hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı kurallar içeren düzenlemelere yer verilmesi, bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde, hukuk devletinin ne denli büyük bir tehlike ile karşı karşıya bırakıldığı daha iyi anlaşılabilir.

Açıklanan nedenlerle değiştirilen 159. maddenin üçüncü fıkrasının, iptal edilen ibareleri dışında kalan bölümleri ile yedinci, dokuzuncu, onbirinci fıkralarının Anayasa'nın 4. maddesiyle korunan alana açık bir müdahale oluşturmaya karşın teklif edilemezlik sınırları aşarak yasalaştırıldığı anlaşıldığından, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca şekil yönünden iptali gerekir. Madde'nin beşinci fıkrasının iptal edilen ibare dışında kalan bölümünün ise değiştirilen 146. maddenin dördüncü fıkrasına ilişkin gerekçe ile iptali gerekir.

III- Yasa'nın 25. Maddesiyle Yapılan Değişiklik Yönünden İnceleme

Yasa'nın 25. Maddesiyle Geçici Madde 18 ve 19. eklenmiştir. Bu maddelerde tümceler iptal edilen ibareleri dışında kalan bölümlerinin de değiştirilen 146. maddenin dördüncü fıkrasına ilişkin gerekçe ile iptali gerekir.

IV- Yasa'nın 26. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde 'Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır.' denilmiş Madde'nin sadece 've halkoyuna sunulması halinde tümüyle' ibaresinin iptali istenmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesinin yedinci fıkrasında, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halk oylamasına sunulması halinde, Anayasa'nın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.' denilmektedir. Buna göre, TBMM'nin Anayasa değişikliğiyle ilgili işlemler tamamlandıktan sonra bunların, hangilerinin birlikte ya da ayrı ayrı oylanacağı konusunu karara bağlaması, bir Anayasa değişikliği niteliğinde olmadığından Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetim de, Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişiklikleri için öngörülen 'teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülmeme koşullarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı bir şekil denetimi değildir. Bu durumda, TBMM'nin Anayasa'nın değiştirilen hükümlerinin birlikte veya ayrı ayrı oylanmasına ilişkin iradesini açıkladığı yasama tasarrufunun, diğer kanunlardan farkı bulunmadığından onlarla aynı biçimde denetime bağlı tutulması gerektiğinde kuşkuyla yer yoktur. Bu tasarrufun, Anayasa

değişikliğine ilişkin usul ve esaslara uyularak gerçekleştirilmesinin ise, onu Anayasa kuralı haline getiremeyeceği açıktır.

5982 sayılı Yasa ile Anayasa'da bazı temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler yapılırken, bu konularla amaç ve içerik bakımından ilgisi olmayan Anayasal kurumların kuruluş ve işleyişiyle ilgili önemli değişiklikler getirilmiştir. Bunların, tümüyle oylanmasının karara bağlanması ile kişilerin seçme hakları ellerinden alınmış, farklı alanlardaki değişikliklerden birini tercih ederek, sadece buna evet, demek isteyenlerle diğerlerine hayır demek isteyenlerin iradelerini bu yönde kullanmaları olanaksız hale getirilmiştir. Oysa, demokratik hukuk devleti, bireylerin özgür iradeleri ile seçim yapmalarına olanak tanıyan bir sisteme dayanır. Seçmenin olumlu bulduğu bir değişiklik nedeniyle olumsuz bulduğuna da oy vermeye zorlanması, Devleti, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmakla yükümlü tutan Anayasa'nın 5. maddesiyle de bağdaşmaz. Halkın özgür iradesinin belirleyici olmadığı yerde hukuk devletinden söz edilemez.

Öte yandan, tavsiye niteliğinde görüş oluşturan ancak, özellikle Avrupa'daki yeni anayasaların yapılmasında önemli katkıları bulunan Venedik Komisyonu'nun Referandum konusuyla ilgili olarak CDL-AD (2007)008 sayılı belgesinin 12. sayfasında yer alan İçerik Birliği başlıklı kısımda, 'bir metnin (Anayasa, Kanun) tamamının değiştirilmesi hariç, seçmenlerin aralarında bağlantı olmayan hükümleri bir bütün olarak kabul ya da reddetmeye zorlanmamaları ve özgür iradelerinin güvence altına alınması için oya sunulan her sorunun değişik bölümleri arasında içeriksel bir bağlantı bulunmalıdır; bir metnin farklı bölümlerinin aynı anda değiştirilmesi metnin tamamının değiştirilmesiyle aynıdır' denilerek bir metnin farklı bölümlerinde aynı anda değişiklik yapılması halinde birlikte oylanabileceği görüşü belirtilmekte ise de Açıklayıcı Rapor'un 30. paragrafında, özellikle anayasa gibi bir metnin tümünden değiştirilmesinin, tabiidir ki sadece birbiriyle bağlantılı unsurlarla ilişkili olamayacağı, dolayısıyla bu durumda, içerik birliği gerekliliğinin geçerli olmayacağı, bir Anayasa metninin, birkaç bölümünü içeren önemli miktarda değişikliğin tümüyle değiştirmeye eş sayılabileceği, ama bunun, farklı bölümlerin ayrı ayrı halkoyuna sunulamayacağı anlamına gelmeyeceği ifade edilerek referandum oylamalarında esas alınması gereken hususun halkın özgür iradesi olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'da değişiklik öngören 5982 sayılı Yasa'nın, Anayasa'nın bütününe değiştiren yeni bir Anayasa niteliğinde olmadığı, ayrıca değiştirilen hükümlerden birbiriyle bağlantılı olanlarla olmayanların, ayrı oylanabilmesi olanağının bulunduğu gözetilerek, bu doğrultuda oylama yöntemi belirlenmesi gerekirken, halkın yapılan değişikliği bir bütün olarak kabul ya da reddetmeye zorlanmasının, Venedik Komisyonu ölçütleriyle de bağdaşmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılan dava konusu ibarenin, iptali gerekirken istemin, yetkisizlik nedeniyle reddi yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

I- Öncelikle; 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, Yasama Organı'nda kabul edildiği sırada izlenen yöntemin, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulmadığından tümünün iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

İvedilikle görüşülmeme yasağının, anayasa değişikliklerinin iki defa görüşülmesini gerektiren kuralla ilgili bir düzenleme olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında '*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez*' denilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa'nın değiştirilmesine ilişkin tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşüleceği kurala bağlanmış ve ikinci fıkrasında da tekliflerin görüşülmesi ve kabulünün bu maddedeki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere bağlı olduğu açıklanmış, 88. maddesinde de kanun tasarısı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esaslarının İktüzükle düzenleneceği öngörülmüştür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğü'nün 81. maddesi kanun tasarısı ve tekliflerinin Genel Kurulda görüşülmesini düzenlemiş ve maddede kanun tasarısı ve teklifinin tümü hakkında görüşme açılacağı, görüşülmesinden sonra soru cevap işlemi yapılacağı, maddelere geçilmesinin ve sonunda da tasarısı ve teklifin tümünün oylanacağı belirtilmiştir. Aynı maddede anayasa değişiklikleri dışındaki oylamaya değinilmek suretiyle anayasa değişiklikleri için de bu maddenin geçerli olduğu dolaylı olarak vurgulanmış olmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'nın 175. maddesinde anayasa değişiklik tekliflerinde kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlerin uygulanacağını, 88. maddesinde kanun tasarısı ve tekliflerinin İktüzükle belirlenecek usul ve esaslara göre görüşüleceğinin öngörülmesi ve İktüzüğün 81. maddesinde de bu konu ayrıntılı olarak düzenlendiği halde, İktüzüğün 93. maddesinde Anayasa değişikliklerinin görüşülmesine ilişkin yöntem tekrar konu edilmiş ve maddenin üçüncü fıkrasında da ikinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergelerinin görüşüleceği, birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilemeyeceği belirtilmiştir.

İptali istenen Yasa'nın Yasama Meclisi'nde kabulü sırasında ise Anayasa'nın, anayasa değişiklikleri için öngördüğü iki defa görüşme yapılması ve bu görüşmelerin kanunların görüşülmesine ilişkin usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin emredici kuralı ve normlar hiyerarşisi göz ardı edilerek, 93. maddenin uygulanmasıyla İktüzüğün Anayasa'nın önüne geçirilmesi sonucunun doğurulduğu anlaşılmaktadır. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kimi kararlarında da vurgulandığı gibi, Anayasa

İçtüzük çatışmasında Anayasa'nın öncelik alması ve öngördüğü yöntemin uygulamaya esas olması gerekmektedir.

Buna göre, Anayasa değişikliğiyle ilgili Anayasa'nın 175. maddesinin yaptığı öngörüye uygun yönetime bağlı kalınarak iki defa görüşme gereğine ilişkin esas yerine getirilmemiş ve böylece Anayasal kuralla örtüşme sağlanmamıştır.

II- Yukarıdaki azlık oyu gerekçesinin işlevselliği yanında, iptale konu Yasa'nın karşı oy kullandığımız diğer maddelerine yönelik olarak Üye Fulya KANTARCIOĞLU'nun Anayasa'nın temel ilkelerinden olan yargı bağımsızlığına, kuvvetler ayrılığına, demokratik hukuk devletine, Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumuna, Anayasa'nın 153. maddesinde öngörülen verilecek hükümle yeni bir uygulamaya yol açmama esasına ve Anayasa'da bir değişiklik yapmayıp referanduma sunulmayı öngören maddeye ilişkin Anayasa'ya aykırılıkla ilgili görüşlerine katılıyoruz.

Açıklanan nedenlerle davaya konu 5982 sayılı Kanun'un kabul ediliş şekli, Anayasa değişiklikleriyle ilgili yasaların ivedilikle görüşülemeyeceği koşuluna ve yollama yapılan maddeler ise Anayasa'nın 4. maddesindeki teklif edilmezlik ilkesine uygun olmadığından kararın karşı oy kullandığımız bölümlerine katılmıyoruz.

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Şevket APALAK

FARKLI GEREKÇE

Yapılan Anayasa değişikliklerinden iptaline geline düzenlemelerin Anayasa'nın 4. maddesinin atfı yaptığı değiştirilmesi teklif edilmez maddelerden Anayasa'nın 2 maddesinde yer alıp Cumhuriyetin niteliklerinden sayılan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, bu halin ise teklif edilemezlik yasağı içerdiği bu nedenle teklifin şeklen geçersiz sayılacağı ve denetlenerek iptal edilmesi gerektiği savı karşısında bu iddianın, Anayasa'nın 148 maddesinin gösterdiği Anayasa değişikliklerinde, mahkemenin görev ve yetki alanını belirleyen, denetlenecek şekle ilişkin tanımlaması ve sınırı karşısında, değiştirilmezliği teklif edilmez alan sınırları ile iptaline gelinmiş normların denetimsel şekli alan aykırılıklarının birbirleri ile çakışıp, çakışmadığı bir diğerinin alan sınırına taşıp taşmadığına bakılması ve iddianın bu yönüyle karşılanması gerektiği sonucu çıkarılmıştır.

Anayasa yargıcı olarak 148 maddede sayılan, anayasa değişikliklerinin şeklen denetiminin sınırlı koşulları yanında, dava konusu iddia edilen aykırılığın tali kurucu iktidara verilen yetki yönünden yasaklı alan sınırı içinde mütalaa edilip edilmeyeceğinin tespiti için

aykırılığın denetim organı mahkeme önüne hangi içerik ile geldiğine bakmak zorunluluğu ilk koşuldur.

Bu manada gelen düzenlemenin hukuksuz bir tasarrufla mı geldiği veya anayasal düzen temelinde meşru tabanı yok sayan bir yasama tasarrufuna mı ilişkin olduğu, bu halin mahkemenin görev ve yetki kapsamında kalıp kalmadığı, içeriğin İLK BAKIŞTA AĞIR BİR İHLAL YADA AÇIK BİR ANAYASAL AYKIRILIK taşıyıp taşımadığı ve dolayısıyla meşru anayasal temeli sarsıcı, sisteme karşı bir zarar olasılığı içerip içermediği unsurları yönünden bir ön değerlendirme yapmak ve iddiaları karşılamak gereği kaçınılmazdır.

Bahse konu alenen aykırılıklar kimi düzenlemelerde doğrudan anlaşılabilir olabilecekleri gibi, önümüze gelen dava dosyasındaki gibi düzenlemelerde, aykırılığın soyut bir kavram olan hukuk devleti ilkesine dayandırılması karşısında, bu konuda bir ön değerlendirme yapabilmek adına şekli inceleme sınırları ile çatışma alanı yaratabileceği düşünülen yetki alanı içeriğini belirlemek oldukça zorlaşmaktadır.

Bu nedenledir ki Anayasa'nın 148 maddesi ile belirlenmiş denetim sınır alanının ötesine geçmemek ama varsa muhtemel hukuksuzluğu da önlemek için aykırılığın dayandırıldığı hukuk devleti ilkesinin ne anlama geldiğini, dolayısıyla kuramın nitelemesinden ve geçirdiği fikri süreci ve içeriği anlamlandırarak değerlendirme yapmanın daha doğru olacağı ve denetim şeklinin sınırlarının da böylece belirlenmesinde yarar olduğu kanısına varılmıştır.

Hukuk devleti ilkesi; Anayasa'nın 2. maddesinin saymış bulunduğu soyut nitelikli bir kavramdır. Anayasal devlet teorisinin geliştiği tarihten bugüne tüm ilgililerin tartıştığı ve tanımlamaya çalıştığı kavram olmayı sürdürmektedir. Bu temel hukuk devleti ilkesinin nasıl başlayıp nasıl gelişmekte ve hangi değer yargıları altında kaldığı farklı ideolojilerde nasıl tanımlandığı demokrasi ile ilişkisi liberalizmdeki yeri ve küreselleşmiş dünyada bugün aldığı ifade, ilkeyi tanımak adına önemlidir.

Fikri bir gelişme ile ortaya çıkan bir davranışın norm düzeyine getirilmesi halinde bu eylem ya da işlemin hukuk devleti ilkesine uygunluğu ya da aykırılığının tespit edilebilmesi için her ne kadar Anayasa Mahkemesi yargısal bir tanımlama yapmış ise de, hukuk devletinin ne olup nasıl algılanması gerektiği konusunda gelişen dünya içerisinde var olmuş düşün sistemi çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Çağdaş ülkelerde siyasal sistemlerin liberal-demokratik ilkeler üzerine inşa edildiği görülecektir. İlkeleri oluşturan siyasal fikir ve ideolojilerin işlevi toplumu yani sosyal grupları bir arada tutacak birleştirici inanç ve değerleri tatmin etmektir.

Soğuk savaş sonrası dünya düzeni büyük ölçüde değişmiş, katı olan her şeyin buharlaştığı, çöken feodalite ve yerine gelişen piyasa toplumu ve sanayileşmenin geliştirdiği özgürlük, hoşgörü ve farklılıklara vurgu yapan açık düşünce sisteminin yaygınlaştığı bir dönem başlamış, Süreç mutlak monarşiyi ortadan kaldırıp siyasal olarak anayasal ve demokratik yöntemlerin, aydınlanmacı, fikir ve görüşlerin gelişmesine, bilim, akıl, ilerleme ilkeleri ile temellenmesine, özgür-liberal fikirlerin oluşmasına sebep olmuştur.

Süreçle baskıya karşı çıkan siyaset, vatandaşlık haklarını koruyan, yetkinin rekabete seçimle açıldığı, iktidarı sınırlayan anayasal sistemler yani batı tarzı ideolojiler türetmiş, İktisadi ve kültürel hayata nüfuz etmiş batı uygarlığının parçası olmuştur.

Bu yaklaşım kişiyi ait olduğu sosyal sınıftan çıkarıp birey yapmış, dini teoriler yerini rasyonel ve bilimsel açıklamalara bırakmış bireyin kişisel ve ayırt edici özellikleri keşfedilmiştir.

Özgürlük, eşitlik, tutarlılık bunlara saygı, batıl inançlardan cehaletten kurtuluşu sağlayan akıl, ırk, din, inanç, cinsiyet ayrımcılığının, sosyal imtiyaz ve avantaj olmaması, hakların eşit dağılımı, hukuksal olduğu kadar siyasal eşitlik yani tek kişi, tek oy, tek değer fikirleri, demokrasiye yönelik liberal siyaset temelini oluşturmuş, fırsat eşitliği, her bireyin toplumda yükselişi sırasında eşitlik ve liyakat yöntemi, ahlaki, kültürel ve siyasi farklılığı, hoşgörü, demokratik sürecin gelişim nedenlerini oluşturmuşlardır.

Tabii ki, dünyayı olduğu gibi değil, davranışlarına yol gösteren ve tutumlarını etkileyen siyasal inanç ve değer kümesi ardından bakıp, olması istediği gibi gören insanların yaşamının nihai amaçları ile ilgili fikir ayrılığına düşmeleri zaruridir, ancak özgür insan özgür toplum karşılıklı hak ve saygıların bulunduğu hoşgörü ortamında doğabileceğine göre hukuk olmayan yerde özgürlüklerde olmayacak siyasal düşünceler çatışıp gelişemeyecektir.

Sosyal çıkarları dışa vuran siyasi fikirler, yani soyut nitelikli idealler ve iddialar-ideolojiler, iyi, kötü, doğru, yanlış, açık, kapalı, özgürleştirici, baskıcı olabilecekleri gibi terside savunulabilecektir. O halde örneğin taktiri yasa koyucuya ait adalet teorisinin bir başkasına göre daha tercih edilebilirliğinin kanıtı yoktur.

Farklılıkların bir arada düzenli ve istikrarlı yaşama zorunluluğu, toplumsal sözleşme olgusunu yaratmış ve bunun özgürlüklerden bir kısmının fedası ile birlikte bir hukuk sistemi içinde yer alması konusu egemen devlet korumacılığında bir yöntem altında yaşamı idame etme arzusu ile siyasi otorite varlık kazanmış ve yöneten ve yönetilenlerin hukuku oluşmuştur.

Hukukla gelecek sınırlamalarda yönetimin iktidar boyutlarını, yetki ve işlevini belirleyip kullanımını sınırlamak, bireyin haklarını temellendirip sağlamlaştırmaktır. (Örnek 1789 İnsan Hakları Bildirgesi) Yönetimsel yetkinin frenlenmesi (anayasal denetim) hukukun üstünlüğü ilkesinin öneminden doğar. Anayasa ile gelen içsel frenin kuvvetler ayrılığı olduğu, yönetimin yasama yürütme ve yargı iktidarı gibi üç bağımsız kurumca kullanılması ve siyasi açıdan tarafsızlığı beraberinde getirmelidir.

O halde demokratik hukuk devleti halkın kendini yönetirken özgürlüğünü, kişiliğini geliştiren, hoşgörü ortamında çatışan fikirlerin dengeli gelişmesine, toplumsal istikrara fırsat tanıyan, keyfi yönetimi sınırlayıp denetlemiş, çoğulcu, katılımcı, eşitlik ve adaleti ilke edinmiş bir yönetim sistemi bir fikir bilim dalıdır. Tarihsel ve sosyal koşullarda ortaya çıkmış bir idealdir.

Baskıcı, keyfi, dayatmacı, çıkar çevresinde şekillenen, siyasal fikir ve erk kullanan, sınıfsal düşünceyle oluşan ideolojiyi güçle yaşatan, sivil özgürlük ve bireysel haklara ilgisiz, devlet güveni ve düzeninin etnik ve dini sadakatin öncelik arzettiği, feodal köklerin etkisinde kalmış, fikri sistemlerin gelişmesine, rasyonaliteye kapalı, batıl inanç ve cehalet bağlarından kurtulmayı düşünmemiş, muhafazakarlığın, sosyalistliğin, faşistliğin, anarşistliğin, dini fundamentalizmin içinde yaşadığı alanın yönetim tarzının adı POLİS DEVLETİ VEYA KANUN DEVLETİ iken, bireyin özgür, özerk ve onurlu yaşam sürmesi ve bunun için devlet toplum ilişkisinden birey için devlet, toplum için devlet anlayışına kendini terk eden DEVLETİN HUKUKU sistemi her alanda hukuku üstün varsayan HUKUK DEVLETİ nitelenmesine dönmüş ve çağımız yönetim sisteminin TEMELİNİ oluşturmuştur.

Hukuk devleti kavramında mutlak mutabık kalınmış bir tanım olmasa da bulunması gerekli şekli gerçekler ve bazı temel ilkeler bulunduğu kabul edilmektedir.

Modern devletin hukuktan hareketle temellendirilmesi meşruluk ve sınırlarının kaynağını çoğunlukla, bir hatırlatma yapmak gerekirse;

Kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, hakim teminat, tabii hakim ilkesi, idarenin kanuniliği, idarenin yargısal denetimi, zararın giderimi, hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması, eşitlik, iyi niyet, ahde vefa, öngörülebilirlik, ölçülülük, belirlilik, şeffaflık, belgeye ulaşma hakkı, kusurlu sorumluluğu, suçsuzluk karinesi, suç ve cezaların kanuniliği, geçmişe yürümezlik, adil yargılanma, ceza sorumluluğunun şahsiliği, genel müsadere yasağı, cezada kıyas, kanunların genel soyut ve gayri şahsi oluşu, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılmaması, kesin hüküm, zamanaşımı, mücbir sebep, özel kuralın genele üstünlüğü gibi ilkeler oluştururlar.

Maddi hukuk devleti ise salt pozitif hukuk kurallarının varlığıdır. Temel ilke ve bu kurallar şekli gereklilikler ile devletin keyfi hak ve hürriyetlere karşı tasarruflarını bertaraf etmek üzere düzenlenmesini haklı kılarlar. Hukuk devleti kanunların kendisine uygun olması için hangi niteliklere sahip olması gerektiğini ortaya koyan doktrindir ve anayasa ötesi SİYASİ BİR KAVRAMDIR.

Hukuk devleti, insan hakları korunması temel zeminine oturan ve devlet iktidarını bunlar lehine sınırlandırmasını amaçlar. Hukuk devletinde haklar, kullanılmasının karartılmasının önlenmesi için belirlilik içermeli öngörülebilir olmalı, insan haklarını tanıyan, vatandaşlar için hukuki güvenlik sağlayan, evrensel kanunilik ötesine geçmiş meşruluk taşıyan ilkeler içermelidir. Ortaya çıkacak düzensizliklerde kamu düzeni, kamu güvenliği, suçluluğun önlenmesi, gibi nedenler ile hürriyet ile otorite arasında denge kuran vasıfları bünyesinde bulundurup, ilişkiler adil, dengeli ölçülü olmalı, ölçülülükte sınır orantılılık unsurları ekseninde sınırlanabilmelidir.

Hukuk devletinin en ideal gerçekleşeceği ortamda bu koşullarda demokratik, çoğulcu, katılımcı, sınıf üstünlüğü tanımayan, sosyal çıkarıcılıktan uzak demokratik sistemlerdir.

Demokrasiye anayasal ve liberal bir kimlik eklendiğinde ise çatışmalar azalacak ve hukuk devleti demokrasinin vazgeçilmezi haline gelecek çünkü sınırsız demokrasi yerini temel haklarla sınırlı demokrasi anlayışına bırakacaktır.

Aynı zamanda Hukuk devleti ile demokratik devletin sentezi olan anayasal devlet, temel hak ve hürriyetleri garanti eden ancak devlet iktidarının kapsamını ve kullanımını anayasacılık tekniği ile daraltan devlettir. Resmi ideolojiye uygun düşmeyen düşünceleri gayri meşru sayan, bireyi toplum ve devlet karşısında ikinci planda tutan, siyaseti dost düşman karşıtlığına dayanan etkinlik sayan, gerektiğinde bu görüştekileri cezalandırma hakkını kendinde gören ve bunun için anayasanın dışına çıkan militan demokrasi anlayışı ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılmamaktadır.

Anayasal gözle bakıldığında hukuk devleti çağdaş yaşamın nirengi noktasıdır. Yokluğunda devletin sınırlandırılması, hukuk devletinin gerçekleşmesi, temel hakların korunması gibi anayasacılığın temel unsurlarından biri yok olur ve hukuk devleti yok ise anayasal demokraside olmayacaktır.

Bu manada, hukuk devletinin neye karşı olduğu çoğunlukla bilinse de, ne için olduğu konusunda bir uzlaşa bulunmamaktadır. Tabi ki buda kavramın tanımlayıcı ve yönlendirici yani, olan ve olması gerekenleri içeriyor olmasından kaynaklanmaktadır. Olması gereken standartlardaki anlayış farklılıkları bu alanda güçlü uyumsuzlukları beraberinde getirmektedir. Hukuk devletinin maddi (içeriksel) mi yoksa usulü (prosedüral) mü olması gerektiği ya da adaletten ziyade öngörülebilirlik mi olduğu konusunda açıklık yoktur ve bu manada hukuk devleti devletten yana bireye karşı gözükmekte, (adil bulunmayan yasaya uyma zorunluluğu gibi) anayasal hakların korunması açısından ise anayasa hukukunu harekete geçirdiği ölçüde bireyin yanında devlete karşı durmaktadır.

Her türlü anlayışta tüm öngörülebilir standart ve ölçülere rağmen hukuk devletinin içinde yaşadığı meşru demokratik alanda örneğin; pozitif ayrımcılık, kadın erkek eşitliği, cinsiyet ayrımı, din devlet ilişkilerinde getirilen düzenlemelerin hukuk devleti tanımı içinde kalacağı bir mutabakatın halen çok zor olduğu bir gerçektir.

Burada, 'hukuk devleti' ilkesinin genelde, olağan ve kabul edilebilecek olan konu ile ilgili herkesin farklı amaçlar için makul bir uyumluluk içinde olduğunun belirlenmesi ötesinde bir şey olmadığını ve tüm değerlendirmelerimizi buna göre yapmak gereğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bir yetkinin o yetkiye meşruluk kazandıran amaçlar dikkate alınmaksızın ya da amaçlara hizmet etmeyecek şekilde kullanılması keyfilik olarak tanımlanabilir. Toplumsal yaşam tasarımının meşruluk kaynağında hukuk bulunduğu sürece siyasal iktidar politik özelik taşıyan takdir hakkı yerine hukuki meşruluğa göre yönetimini icra etmesi gerekecek, ortaya koyduğu politikanın meşruluk sınırlarının ölçütü ise hukuk devleti ilkeleri olacaktır.

Ancak hukukun demokratik toplumlardaki insan ilişkilerinin tümüne sirayet etme eğilimi ile ulaştığı genişlik, hukuk devletinin sınırlarını tartışılır hale getirmekte, Hukuk devleti yakın geçmişten itibaren hak temelli bir yaklaşım biçimi olarak ifade edilmeye çalışılmaktadır. Hukukla iktidar arası ilişkinin doğasında artık günümüzde küresel sermaye, devlet ve hükümet dışı iktidar odakları vardır ve bunlarda bilinen klasik hukuk devleti içeriğinde sapmalar ve değişimler yaratmış, hukuk devleti algısı Avrupa birliği dinamikleri, çok uluslu kurum ve kuruluşlar da gözetildiğinde eksen değiştirmiştir ya da değiştirmektedirler.

Yürütmenin keyfi iktidarını sınırlandıran ulus devlet düzleminde sınırlı özgürlük alanında oturan hukuk devleti, 1990 sonrasında sonuçları ortaya çıkmaya başlayan küreselleşme ile dinamik değişim geçirmektedir. Ulus devlet modelindeki tutarlı kuvvetler ayrılığı ilişkisi, ulusalın alanına küreselin katılımı ile tutarlılığını yitirmektedir. Dünya Bankası ve gümrük tarifeleri genel anlaşması gibi iki taraflı 1700 ü aşan yatırım anlaşmaları ulus üstü olup yansıdığı ülkelerde hukuk güvenliği ilkesini zayıflatmış egemenlik, kuvvetler ayrılığındaki denge ülke dışı üstünlüklere ve kaygılara yerine terk etmeye başlamıştır. Bugün hukuk devleti adına sosyal sigorta, yargılama ve cezaların infazı gibi bizce kaçınılmaz kamusal alanları özelleştirme kapsamına alan batılı ülkeler vardır. Ülkeler kapital ağırlıklı dünya piyasasına eklenmiş olduğu sürece gelişmekte olan hukuk sistemi anlayışından geri durmak, gelişimi kabul etmemek ve benim doğrum, benim hukukum en iyisidir demek yaşanan gerçekler karşısında hukuk devleti ilkesini tanımını daha da zorlaştırmaktadır. Milli irade, ulus aşımı zorunluluk hallerinde hukuk devleti ilkelerinden birilerine göre taviz vermekte birilerine göre de değişime, realizme ayak uydurmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin çağdaş, demokratik, kolektif gelişime ayak uydurmadığı sürece kişiye ve sisteme en iyi hukuku yaratacağı savunulan bir

ütopya olarak kalacağını söylemek yaşanan konjonktürel gelişmeler karşısında yanlış olmayacaktır.

Süreçte Anayasa Mahkemesi'ni Hukuk Devletine Bakışına gelince:

Mahkemenin 61 ve 82 Anayasası dönemlerine ilişkin çok sayıda kararı incelendiğinde, örneğin, sıkıyönetim mahkemelerinin kuruluşunun ihlal ettiği tabii hakim ilkesi, sırf programı yüzünden kapatılan siyasi partiler, ifade hürriyetinin önünde engel olan TCK 141, 142, 163 maddelerine ilişkin kararları ve 27 Mayıs askeri yönetim ve kurumlarının ima yoluyla eleştirilmesini men eden kanuni düzenlemelerde anayasal demokrasi zemininden kaymış hukuk devleti ilkeleri göz ardı edilebilmiş hatta hukuk devletini zedelediği anayasaya uygun bulunduğu kararlarının verilebildiği görülmüştür.

AYM kararlarında genelde hukuk devleti gerekleri ilkeler şeklinde sayılmış, her tanımın başında insan haklarına saygılı adaletli hukuk düzeni kurmak mükellefiyetindeki devletin varlığına işaret edilmiştir.

Ölçü norm olarak kullanılmış ilkelerden herhangi birine aykırılık hali hukuk devletine aykırılık olarak görülmüş, anayasa dışında yer alan bazı ölçü normlarında varlığı bazen kabul edilip farklı bir denetim kapsamı yaratılmıştır. Mahkeme bazen hukuk devleti tanımında anayasanın ve yasa koyucunun da bozamayacağı yasa üstü temel HUKUK İLKELERİNİN varlığına işaret etmiş ise de bu değişmezlik nedenleri ve kuralların neler olduğu hakkında açıklayıcı bilgiler vermemiş, destek aldığı ölçü norm genel hukuk ilkelerine atıfta bulunmuştur.

Genelde insan haklarına saygılı, temel hakları koruyan, geliştiren, sürdüren adaletli hukuk düzenine sahip, eylem ve işlemlerde yargısal denetime açık, devlet organlarında hukukun egemen olduğu devlet hukuk devleti olarak nitelenmiş, toplumsal barış ve ulusal dayanışmanın amaçlanmadığı, anayasal öncelik ve bağlayıcılığın tanınmadığı, evrensel hukuk kurallarına uzak duran adil olmayan çağdaşıktan uzak kuralların hukuk devleti ilkesini barındırmayacağı belirtilmiş, yine mahkemenin birçok kararında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda toplumsal yarar kişisel yarar dengelemesi eksenini gözetilmiş, toplumsal yarar dikkate alınmadan kişi yararlı düzenlemeler adaletli hukuk düzeni kavramına aykırı ve ölçüsüz bulunabilmiştir.

Sonuç olarak:

Yukarıdaki tüm anlatımlar Hukuk devleti ilkesinin neticede bireyin insanca yaşamasına odaklı hak ve hukuk olarak ve de yönetenlerce karşı geliştirilecek sistemleri özgürlük ve denetim ekseninde sınırlayan, keyfiliği önlemeye yönelik, demokratik yaşam alanı yaratma amaçlı, katılımcı, siyasal fikir ve akımların yaşama imkanı bulduğu, sınıf üstünlüğü tanımayan, eşitlik ilkesi temelli, dinamik değişimlere, aydınlanmacı fikir ve bilim alanlarına açık, çatışan fikirler arasında uyum ve denge gözetilen öğeler kapsamında bir alanı tanımladığını söylemek mümkündür.

Bu açıklamalar karşısında yeniden anayasal değişikliklerin denetlenmesine ilişkin şekil şartlarının yorumlanması biçimine döndüğümüzde,

Anayasa'nın 148. maddesinin anayasa değişikliklerinin denetlenmesinin sadece şekil bakımından olduğu bunun ise, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği

şartlarına uygunlukla sınırlı olduğu, 2949 sayılı Yasa'nın 21. maddesinin birinci fıkrasında da aynı hükmün tekrar edildiği görülmektedir.

Anayasa değiştirme yetkisinin 175. maddesinde öngörülen yöntem ve asli kurucu iktidarın belirlediği temel tercih alanı ve sınırını belirleyen teklif edilebilirlik yetki kapsamında olacağı açıktır.

Siyasal düzenin belirlendiği alanı işaret eden ilk üç maddenin, diğer anayasa maddeleri gibi Anayasa'nın 148. maddesinin öngördüğü ancak tüketilerek sayılan şartlara uygunluk yönünden denetimle sınırlı olduğu fikri Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirilmezliği teklif edilmezlik alanı ile sınırlandırılmıştır.

Getirilen düzenlemede kendisine yaslanılan aykırılık iddiasına esas hukuk devleti ilkesinin yukarıda anlatılan içerikte aldığı tanım ve kapsamı karşısında,

Öncelikle, davacının iddiasına dayanak yaptığı hukuk devleti ilkesinin normatif düzende şekillendirilmesinin tali kurucu iktidarın siyasal taktir alanı içinde olduğuna, dava'da iptali istenen kurallar yönünden Anayasal değişikliklere ilişkin düzenlemenin;

-Temel hukuk devleti ilke ya da düzenini açıkça ihlal eden veya yok sayan,

-Temel hak ve hürriyetlerin korunmasına sessiz kalmış,

-İnsan onurunu rencide eden hukuksuz bir kaynağı referans alan,

-Eşitsizlik yaratmaya yönelik,

-Asgari demokrasi tanımı kapsamı dışında denetimsiz bir alan yaratma amaçlı ya da hukuksuzluk odaklı bir düzenleme olduğu,

Hukuk devleti ilkesinden yukarıdaki anlatımlar ışığında uzaklaşıldığı veya değiştirilmesi teklif edilmezlik alanı içine taşındığı böylece ANAYASANIN TEMEL ALDIĞI KORUNAN SİYASAL TERCİH ALANINA VE İLKELERİNE İLK BAKIŞTA GÖRÜLEBİLİR AÇIK BİR AYKIRILIK YADA TELAFİSİ İMKANSIZ BİR ZARAR GETİRDİĞİ, kanaatine ulaşamaması ve de siyasi iktidarın kullandığı taktir hakkının yerindelik denetiminin de mahkememizin denetleme görev alanı kapsamı içinde kalmadığı, yapılan anayasal değişikliklerde sekil denetiminin verdiği ölçülerden teklif ve oylama çoğunluklarının bulunup ivedilikle görüşülmeyeceği şartlarına aykırı bir durumun da fiilen tespit edilememesi karşısında denetlemenin şekil yönünden bir aykırılık taşımadığı sonucuna varılmış ve bu gerekçelerle şekil denetimi dışında 5982 sayılı Kanun'un iptali istemine geline maddelerinin teklif yasağı kapsamında incelenmesinde mahkemenin yetkili olduğu sonucuna varılan oylamada karşı oy kullanılmıştır. Ancak ön sorun olarak görüşülen bu hususta mahkeme çoğunluğunun kararı esas alınıp konu denetimine katılmıştır.

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Asli kurucu iktidarın yarattığı Anayasa temel düzen normu haline geldiği andan itibaren tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline gelir. Dolayısıyla yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı 'hukuksal otorite' sınırları içinde hareket etmeleri işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur. Bu durum Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan 'hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz' denilmek suretiyle hiçbir istisna tanınmaksızın kabul edilmiştir.

Anayasa'nın değiştirilmesine ilişkin tekliflerin kanunlaşma süreci Anayasa'nın 175. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne tanınan bu yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerekir.

Anayasa'nın 4. maddesinde, 'Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirmesi teklif edilemez.' denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin sınırları çizilmiştir.

Buna göre Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleyen 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin 'teklif şartına uyulup uyulmadığı' hususlarıyla sınırlı olduğunu belirten hüküm yukarıdaki açıklamalar karşısında 'geçerli teklif' koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak denetimi de içermektedir.

Yürürlükteki Anayasa'nın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasi düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olması itibarıyla doğal olarak değiştirilemezlik özelliğine sahiptir.

Netice olarak, Anayasa'nın 4. maddesi dahil olmak üzere ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Bu açıklamalar karşısında; 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 16. maddesi ile Anayasa Mahkemesi, 22. maddesi ile Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu hakkında yapılan anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın 4. maddesine göre '**değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.**' olup olmadığının 148. madde uyarınca '**teklif**' edilebilir olma açısından incelenmesi gerekmiştir.

Anayasa'nın 4. maddesinde koruma altına alınan ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan '**Hukuk Devleti**' ilkesi Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere; 'insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan ve adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekte kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet' şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuk devleti, kısaca hukukla sınırlanmış devlet anlamına gelmekte, hukuk; devletin hem temelini ve meşruluk kaynağını, hem de sınırını oluşturmaktadır. Böylece devlet organlarının her türlü faaliyetlerinin hukuk normlarına uygunluğunun sağlanması, devletin her türlü keyfiliğinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Bu anlamda hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde iki temel gereklilik önemlidir. Birincisi hukukun ve özellikle de Anayasa'nın üstünlüğü ile adaletin ve güvenliğin güvencesini zorunlu kılan bireylerin hak ve özgürlüklerinin sağlanması, ikincisi ise egemenliğin Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılmasıdır.

Bu husus, Anayasa'nın 6. maddesinde 'hiçbir kimse ve organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz' hükmü ile açık bir şekilde ifade edilmiştir. Anayasa'nın başlangıç bölümünün 4. paragrafında ise; 'kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, üstünlüğün ancak Anayasa ve Kanunlarda bulunduğu' belirtilmektedir.

'Kuvvetler ayrılığı'; devlet iktidarının farklı organlar arasında paylaştırılması suretiyle iktidarın kötüye kullanılmasını engelleyen ve yasama, yürütme ve yargı arasında bir kontrol ve denge sistemidir.

Yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkilerin niteliği uygulamada değişik derece ve şekillerde gerçekleşmekte ve buna göre çeşitli hükümet şekilleri ortaya çıkmaktadır. Ancak, yargı kuvvetinin her halde yürütme ve yasama organı karşısında tam bağımsızlığının sağlanması yargının adaletin ilk ve temel güvencesidir. Bu nedenle yargının bağımsızlığına ilişkin kurallar hukuk devleti açısından yaşamsal önem taşımaktadır.

'Yargı bağımsızlığı' ile yargının kendisine verilen görevleri yerine getirirken her türlü müdahale ve yönlendirmeden masun kılınması sağlanmaktadır. Böylece anayasal demokratik hukuk devleti anlayışı gerçekleştirilebilir. Yargıçlar hangi yönden gelirse gelsin her türlü dış etki ve baskıya karşı korunmadıkları müddetçe adalet hizmetlerini hukuka uygun bir şekilde yerine getirebilmeleri mümkün değildir. Bu nedenledir ki, yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi '**yargıç güvencesi**' ile mümkündür.

Bu durum, yargı bağımsızlığının hukuk devleti açısından önemini açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre eğer yürütme ve yasama işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan yargı, yürütme ve yasama organları karşısında tam bir bağımsızlığa sahip değil ise yargı denetiminden beklenen yarar sağlanamaz. Netice olarak yargı bağımsızlığının güvence altına alınmamış olduğu sistemlerde demokratik hukuk devletinden söz etmeye imkan yoktur.

Anayasa'nın 9. maddesinde; 'Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı', 138. maddesinde 'mahkemelerin bağımsızlığı', 139. maddesinde 'hakimlik ve savcılık teminatı' düzenlenmek suretiyle hukuk devleti olmanın temel öğelerinden olan yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı sağlanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında; 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1) Anayasa'nın 146. maddesini değiştiren 16. maddesinin incelenmesi;

Anayasa yargısının temeli Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine dayanır.

1961 ve 1982 Anayasaları sisteminde Anayasa Mahkemesi şüphesiz yargı organının bir parçası olmak ve bir yüksek mahkeme niteliği taşımakla beraber, fonksiyonunun mahiyeti ona yargı organı içinde özel ve öncelikli bir yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimi yanında, siyasi partilerin mali denetimi ve kapatılmaları istemiyle açılan davalarda parti tüzük ve programları ile eylemlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmakta olup, ayrıca Yüce Divan sıfatı ile yargılama yapma işlevleri vardır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu yani Mahkeme üyelerinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, anayasa yargılaması yapan yargı organının bağımsız ve tarafsızlığının sağlanması ve korunması amacıyla üye seçimlerinde her ülkenin kendi tarihi, siyasal koşulları ve gelişimlerine göre değişik yöntemler uygulandığı görülmektedir.

Yapılan düzenleme ile Anayasa Mahkemesi üye sayısı onyediyeye çıkarılmaktadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulu'nun her boş yer için gösterdiği üçer aday içinden, bir üyeyi ise Baro Başkanlarının avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylama ile seçeceği bu seçimde ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki, ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğunun aranacağı, salt çoğunluk sağlanamazsa 'en çok oy alan iki aday arasından en fazla oy alan aday' seçilmiş olacağı belirtilmektedir.

Görüldüğü gibi bu düzenleme ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde uzlaşma gerektirecek nitelikte bir karar yeter sayısı seçim sonuçlanıncaya kadar aranmaması suretiyle yasama organında çoğunluğun seçeceği bir adayın seçilmesi söz konusu olacaktır. Bu durum ise parlamentoda çoğunluğa sahip siyasi partinin, Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi anlamını taşıyacaktır. Belirtilen nitelikteki bir seçim sonucunda seçilecek kişi ile ilgili toplumda oluşacak algı da, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı bakımından tereddütler doğmasına yol açacak ve bu yönüyle hukuk devletine aykırı olacaktır.

Diğer taraftan Sayıştay ve Baro tarafından gösterilecek adayların belirlenmesindeki seçim usulü bu kurumların iradesini yansıtmayan şekilde 'bir aday için oy kullanma' şeklinde düzenlenmiştir. Bu demokratik ve adil olmayan bir seçim usulüdür.

Netice olarak gerek Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki seçim sistemi, gerekse aday seçimindeki seçim usulü; Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyecek niteliktedir.

Cumhurbaşkanı üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askeri Yargıtay, bir üyeyi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca boş yer için gösterecekleri üçer aday arasından; en az ikisi hukukçu olmak üzere, üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun öğretim

üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden, dört üyeyi de üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakim ve savcılar ile en az 5 yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçeceği belirtilmektedir.

Buna göre, Cumhurbaşkanı dört üyeyi doğrudan, on üyeyi ise yargı organları ve Yükseköğretim Kurulu'nun göstereceği adaylar arasından seçmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan olarak yargılama fonksiyonunun bulunduğu da göz önünde tutulduğunda, mahkemenin oluşumunda üye sayısının onyediyi olarak artırılmasına karşın, yargı organlarına ayrılan üye kontenjan sayısının düşürülmesi, Mahkemenin yaptığı görevin niteliği itibarıyla hukuka uygun ve demokratik değildir.

Diğer taraftan, kurumlarca aday seçiminde bir üye 'ancak bir aday için oy kullanır' şeklindeki düzenleme ile demokratik ve eşitliği sağlamayan bir seçim sistemi ile adaylar belirlenmektedir. Bunun sonucu Anayasa Mahkemesi üyeliği seçiminde aday gösterecek kurumların çoğunluk iradesini yansıtmayan şekilde demokratik olmayan bir sonuca ulaşılabilir.

Bu durumda, yasama faaliyetinin denetimi, siyasi partilerin mali denetimi ve kapatılmaları istemiyle açılan davalarda parti tüzük ve programları ile eylemlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimi ve Yüce Divan görevleri bulunan Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin basit çoğunluk ile seçeceği üç üye, Cumhurbaşkanı'nın dördü doğrudan, onu dolaylı şekilde ve demokratik olmayan usullerle seçilen adaylar arasından seçeceği üyeler ile oluşturulması, Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığını zedeleyecektir.

Netice olarak 5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesi ile Anayasa'nın 146. maddesinde yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığını olumsuz etkilenmesine yol açacak şekilde sayısal zemin hazırladığı, bu haliyle kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelediği ve Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirme yasağı kapsamında olduğu açıktır.

2) Anayasanın 159. maddesini değiştiren 22. maddesinin incelenmesi;

Yapılan değişiklikle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asil ve oniki yedek üyeden oluşan, üç daire halinde çalışan bir yapı ortaya konulmuştur.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hakim ve savcıların atama, yer değiştirme, yükseltme, denetim ve disiplin gibi özlük işlerini yürüten bir kuruldur. Bu nedenle bu yetkileri kullanacak kurulda yürütme organına yer verilmesi halinde hakimlik teminatının değer ve etkinliğini büyük ölçüde yitireceği kuşkusuzdur.

Avrupa Birliği uzmanlarınca düzenlenen ilerleme raporları, istişari ziyaret raporları, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kararları, Avrupa Yargıçları Konseyi'nin görüş ve önerilerinde ve ulusal düzeyde ilgili kurum ve kuruluşların raporlarında hakimler ve savcılarının kariyer ve seçimleri konusunda karar veren kurulun hükümet ve idareden bağımsız olması, kurul üyelerinin yargıçlardan oluşması ve kendi emsalleri olan yargı tarafından seçilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yapılan düzenleme ile Kurul'un Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı müsteşarı kurulun tabi üyesidir. Kurul'un yönetim ve temsili Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı

tarafından yapılacağından Kurul çalışmalarının Adalet Bakanı tarafından yönlendirilmesi ve bu durumun kurul çalışmalarını etkileyeceği tabii bulunmaktadır.

Diğer taraftan yapılan değişikliklerle hakimler ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma işlemleri ilgili dairenin teklifi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı'nın oluru ile kurul müfettişlerine yaptırılacağı belirtilmekte olup, buna göre hakim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma ancak Bakan'ın oluru ile yapılabilecektir. Öte yandan Kurul'a bağlı olarak kurulan genel sekreterliğe atamanın Kurul'un belirlediği adaylar arasından Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı tarafından yapılacağı belirtilmektedir.

Netice olarak, Adalet Bakanı ve Bakanlık müsteşarının Kurul'a katılması ve Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı'na verilen yetkiler yargının yürütmeye bağımlı kılınmasına neden olacağından, hukuk devleti olmanın ön koşullarından biri olan yargı bağımsızlığını zedelediği açıktır.

Yapılan değişikliklerle kurulun üye sayısı artırılarak kurul, yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşmaktadır.

Buna göre Kurul'un dört asil üyesinin nitelikleri kanunda belirtilen Yükseköğretim Kurumları'nın hukuk iktisat ve siyasal bilgiler dallarında görev yapan öğretim üyeleri üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği belirtilmektedir. Böylece Cumhurbaşkanı'na Kurul'a doğrudan meslekten (hakim ve savcı) olmayan kişileri seçme yetkisi tanınmaktadır.

Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu adından da anlaşıldığı gibi hakim ve savcıların özlük işleri konusunda karar veren bir mesleki kurul olması itibariyle meslekten olmayan kişilerin kurula üye olması halinde bu kişilerin kurula nasıl bir katkı sağlayacakları anlaşılamadığı gibi bu kişileri bilgilendirmek amacıyla yapılan yönlendirmeler de düşünüldüğünde, bu düzenlemenin yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkileyeceği tabiidir

Cumhurbaşkanınca üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıfa ayrılmış adli hakim ve savcılar arasından adli yargı hakim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıfa ayrılmış idari yargı hakim ve savcılar arasından idari yargı hakim ve savcılarınca seçileceği belirtilmektedir.

Düzenleme ile Kurul'un üye sayısı artırıldığı halde yapılandırılmasında Yargıtay ve Danıştay'a ayrılan üye kontenjanının orantısız olarak düşürülmesi kurulun yaptığı görevin niteliği itibariyle hukuka uygun ve demokratik değildir.

Cumhurbaşkanı tarafından seçilmek üzere kurumlardan gönderilen adayların bu kurumlar tarafından seçiminde 'ancak bir aday için oy kullanılır' şeklindeki düzenleme; aday seçimlerinde kurumların çoğunluk iradesini yansıtmayan şekilde, demokratik olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Adil olmayan bir seçim sisteminin hukuk devleti ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Öte yandan bir asıl ve bir yedek üyenin Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından seçilmesi, Adalet Akademisinin Adalet Bakanlığı'na bağlı özerk

olmayan bir kurum olduğu ve meslekten olmayan kişilerin de seçilebilmesine yol açabileceği gözetildiğinde, yargı bağımsızlığına dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ve hukuk devletine aykırıdır.

Bu durumda 5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 159. maddesinde yapılan değişiklik yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyecek şekilde Adalet Bakanı'nın Kurul başkanı, Bakanlık Müsteşarının kurulun tabii üyesi olarak katıldığı ve kurul üyelerinin sayısının artırılması suretiyle sayısal zemin hazırladığı bu haliyle kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelediği ve Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirme yasağı kapsamında olduğu açıktır.

Diğer taraftan; yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna ilişkin geçiş sürecini düzenleyen geçici madde 18'in üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin son tümcelerinin iptal edilen ibareler dışında kalan bölümleri ile aynı fıkranın (ç) bendi, aynı maddenin dördüncü fıkrasının;

Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun oluşumuna ilişkin geçiş sürecini düzenleyen geçici madde 19'un birinci fıkrasının (a) bendinin birinci tümcesinin iptal edilen ibareler ve ikinci tümcesi dışında kalan bölümü ile (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcesinde iptal edilen ibareler dışında kalan bölümlerinin de kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelediğinden Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirme yasağı kapsamındadır.

Netice olarak 5982 sayılı Yasa'nın 16.ve 22.maddeleri ile Anayasa'nın 148. ve 159.maddelerinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurul'unun yeniden oluşturulmasında yasama ve yürütmenin etkisine açık hale getirilmek suretiyle yargı bağımsızlığının zedeleniği açık olup, Anayasanın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı başlangıç kısmında belirtilen kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkelerine aykırıdır.

Yargı bağımsızlığının olmadığı yerde demokratik hukuk devletinden söz edilemez.

Bu nedenle, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

2- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci, üçüncü, beşinci, yedinci, dokuzuncu, onbirinci fıkralarının;

3- Geçici Madde 18'in üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin son tümcelerinin iptal edilen ibareler dışında kalan bölümleri, aynı fıkranın (ç) bendi ve aynı maddenin dördüncü fıkrasının;

4- Geçici madde 19'un birinci fıkrasının (a) bendinin birinci tümcesinin iptal edilen ibareler ve ikinci tümcesi dışında kalan bölümü ile aynı fıkranın (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcelerinde iptal edilen ibareler dışında kalan bölümlerinin;

Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek değiştirilmezlik ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle kısmen iptal yolundaki çoğunluk kararına bu yönlerden katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

MUHALEFET ŞERHİ

İlk İnceleme Yönünden;

Halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanunlarına ilişkin dava açma süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin hukuki düzenlemelere bakıldığında, Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında 'kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz' şeklinde, 2949 sayılı kanunun 22. maddesinde ise 'anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıklar, iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak on gün 'sonra düşer' biçiminde düzenlenmiştir.

Halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanun ile ilgili olarak Anayasanın 175. maddesinin dördüncü fıkrasında 'Meclisçe üye tam sayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkında kanun cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanır' hükmü yer almaktadır.

Bir kanunun hukuki geçerlilik kazanması ve yürürlüğe girebilmesi için teklif veya (sadece kanunlar için) tasarının mevcut olması, teklif veya tasarının TBMM'nde görüşülmesi ve kabul edilmesi, kabul edilen teklif veya tasarının Cumhurbaşkanınca yayımlanması gerekir. Ancak bu halde metin kanun olarak geçerlilik kazanır ve yürürlüğe girerek vatandaşlar için bağlayıcı hale gelir. Kanunlar aleyhine Anayasa Mahkemesinde dava açabilmek için de bu aşamaların tamamlanmış yani, kanunun Resmi Gazete'de yayımlanmış olması gerekmektedir. Anayasa değişikliklerinde ise yukarda belirtilenlere ilaveten bir aşama da 'onay' aşamasıdır. Anayasanın 175. maddesinde öngörülen Anayasayı değiştirme usulüne bakıldığında TBMM'nin beşte üç çoğunlukla yani 330 milletvekilinin oyuyla bir anayasa değişikliğini kabul etmesi mümkündür, ancak böyle bir teklifin Cumhurbaşkanınca yayımlanarak yürürlüğe konulması olasılığı yoktur. Bu kanunun yürürlüğe girebilmesi için mutlaka halkoyuna sunulması ve halkoylamasında geçerli oylarının yarısından bir fazlasının alınması gerekmektedir. Aksi takdirde böyle bir düzenlemenin yürürlüğe girmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, halkoylamasının anayasa değişikliklerinin yasalaşması sürecindeki işlevinin 'onay' olduğu görülmektedir. Anayasanın 175. maddesinde bu nitelikteki metinlere 'kanun' denilmiş olması halkoylamasından önce bu metinlerin geçerlilik kazandığı anlamına gelmemektedir. Çünkü metin ancak halkoylamasında kabul edildikten sonra geçerlilik kazanmaktadır. Metnin

halkoylamasında reddedilmesi halinde kanun iptal edilmiş olmaktadır. Halkoylamasına sunulan kanun hakkında Anayasa Mahkemesine dava açılması da aynı anda bir kanunun hem siyasal hem de yargısal denetimin yapıldığı anlamına gelir ki, böyle bir düşüncüyü kabul etmek mümkün değildir.

Öte yandan, halkoylamasına sunulan anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yapılabilmesi için Anayasa'da açık bir düzenlemenin bulunması ve denetime başvurulması halinde halk oylamasının denetim sonuna bırakılması ve Anayasa Mahkemesine inceleme için kesin bir süre verilmesi gerekir. Anayasada açıkça düzenleme olmadıkça içtihat yoluyla denetim sistemine başvurma mümkün değildir. Bu nedenle bir Anayasa değişikliği kanununun denetlenebilir hale gelmesi için, geçerlilik kazanması ve yürürlüğe girmek üzere yayımlanmış olması zorunludur.

TBMM'nde beşte üçten fazla fakat üçte ikiden az (330-366) oyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanununun zorunlu olarak halkoylamasına sunulması gerekir. Bu durumdaki anayasa değişikliği kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe konulması mümkün olmadığı gibi TBMM'nin de bunları herhangi bir şekilde yürürlüğe koyma imkânı yoktur. Bu kanunlar ancak halkın olumlu kurucu iradesi ile geçerlilik kazanır ve bundan sonra yürürlüğe konulabilir. Dolayısıyla halkın iradesi bu tür yasaların tekâmülü açısından kurucu bir unsurdur. Sadece yürürlüğe giriş şartı değildir. Bu nedenle halkoylamasından önce bu kanunların denetlenmesi mümkün değildir.

Anayasanın 148.maddesinde dava açma süresinin başlangıcı olarak belirlenen Resmi Gazete'de yayımlama koşulu, Anayasa değişikliği kanunlarının halkoyuna sunulması amacıyla yayımını değil, halkoylamasında kabul oyu çıkması halinde, kabul edilen metnin yürürlüğe girmesi amacıyla sonuçların yayımıdır. Dava açma süresi bu yayın tarihinden itibaren başlamaktadır. Çünkü bu durumda metnin geçerlilik kazanıp kazanmadığı ancak halkoylaması sonuçlarına bakılarak anlaşılabılır. Halkoylaması sonucuna ilişkin kararın yayım tarihi, Anayasanın 148. maddesine göre dava açma süresinin başlangıcını teşkil edecektir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Anayasanın 148. ve 2949 sayılı yasanın 22. maddelerine göre dava açma süresi henüz başlamadığı düşüncesiyle, başvurunun REDDİNE karar verilmesi gerektiğinden çoğunluğun kararına katılmadım.

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin Anayasa'nın 4. maddesi kapsamında öngörülen teklif yasağı kapsamında incelenmesinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinde olup olmadığı bir ön sorun olarak görülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesine göre 'Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler.' Buradan da anlaşılacağı üzere Anayasa değişikliklerinin sadece ve sadece şekil yönünden incelenebileceği gayet net bir şekilde vurgulanmaktadır. Asli kurucu iktidar bununla da yetinmeyerek bu şekil denetimin nasıl yapılacağını da aynı madde içinde göstermiştir. Buna göre 'kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.' Anayasa metninde yer alan 'sınırlıdır' ibaresi, bu denetimin başka hususları içermeyeceğinin bir kanıtıdır.

Anayasa Mahkemesi 2008 yılına kadar Anayasa değişikliklerini Anayasanın ilgili hükmü çerçevesinde incelemiş ve anayasa değişikliklerinin iptaline ilişkin üç başvuru, 148'inci maddede sayılan şekil bozuklukları ile ilişkili olmadıkları gerekçesiyle reddetmiştir.[1] Mahkeme, 2008'e kadar ve Mahkemenin 5.7.2007 tarihli kararında bu husus, açık olarak ifade edilmiştir: 'Anayasa'nın 148'inci maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.'[2]

Mahkeme, 2008 yılında Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerindeki değişikliği iptal ettiği kararıyla 'şekil' adı altında Anayasa'da yer verilmeyen esastan denetim yapmıştır.[3] Burada Mahkeme, Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan ilk üç maddenin değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif edilmesinin yasaklanmasından hareketle söz konusu anayasa değişikliklerinin değiştirilemez madde niteliğinde olup, olmadığını incelemiştir. Böylece daha önceki içtihatlarıyla da çelişmiştir.

Anayasa'nın önemli bir bölümü 2. Maddede sayılan ilkelerin somutlaştırılmış düzenlemelerini içermektedir. Değiştirilemez olan 2. Maddede yer alan ifadelerdir. Bunların dışındaki maddelerde tali kurucu iktidar usulüne uygun olmak koşuluyla yeni düzenlemeler ve değişiklikler yapılabilir. Değiştirilemez ilkeler diğer anayasa maddelerindeki değişiklikleri incelemede kullanılacaksa, katı bir yorumla her türlü anayasa değişikliği değiştirilemez maddelere aykırı olarak değerlendirilebilir. Mahkeme herhangi bir anayasa değişikliğini 4'ncü maddeye gönderme yaparak 1., 2., ve 3'ncü maddelere aykırılık olarak değerlendirilip kolayca iptal edilebilecektir. Bunun toplumsal hayatın dinamizmini yansıtmaması beklenen anayasayı adeta donduracağı, ona zaman-dışılık ve metafizik bir nitelik kazandıracağı söylenebilir.

Burada Anayasa Mahkemesi kurulu iktidarın bir parçası olmaktan çıkıp, kurucu iktidarın alanına girmektedir. Böyle bir durumda 'anayasal devlet Anayasa Mahkemesi devleti halini almıştır'Anayasanın üstünlüğü' anayasa yargıcının üstünlüğüne dönüşmüştür.[4] Anayasa'nın açık hükmüne aykırı yorum yoluna gidilerek olmayan bir yetki ihdas edilemez.

Kurulu iktidarın bir unsuru olan Anayasa Mahkemesi, kurucu iktidara ait alana girerek Anayasa'da değişiklik yapma hakkına sahip değildir. Böyle bir durum kuvvetler ayrılığına aykırıdır. Demokratik usullere uyularak Meclis tarafından kabul edilen anayasa değişikliği tekliflerini her defasında, değiştirilemez hükümleri Demokles'in kılıcı gibi kullanarak esastan incelemek, demokrasinin işlerliğine telafisi güç zararlar verecektir. Anayasa'nın değiştirilmez maddelerinden olan 2. Maddesi Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında demokratikliği de saymaktadır. Demokratikliğin olmazsa olmaz koşullarından biri de egemenliğin millete ait olmasıdır. Kurulu iktidarın bir parçası olan Anayasa Mahkemesi'nin kurucu iktidarın Anayasa değişikliklerini esastan denetlemesi onu kurucu iktidarın üstünde bir konuma getirmekte, bu da millet egemenliğinin denetlenmesi gibi bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 'şekil' adı altında esastan inceleme yapması Anayasa'nın 148. maddesindeki sınırlamaları bir bakıma işlevsiz hale getirmektedir. Asli kurucu iktidarın işlevsiz olan bir maddeyi Anayasa'ya dahil etmesi düşünülemeyeceğine göre, anayasal denetimin bu madde kapsamı ile sınırlı tutulması gerekmektedir. Anayasallık denetimi ideolojik bir denetim olmayıp, kaynağını pozitif hukuk normlarından almalıdır. Pozitif hukuksal temellerden uzaklaşırsa normlar arasındaki olası üstünlük veya öncelik bireysel ideolojik bir

değerlendirmeye denk düşebilir. Lâfzî, tarihsel ve amaçsal yorumlar bakımından da Anayasa Mahkemesi'ne esastan denetim yetkisi verilmemesine rağmen Anayasa metninin ötesinde yorum yapılması Mahkeme'nin yetkisini aşması anlamına gelmektedir.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminden söz edilebilmesi için anayasa üstü normların varlığının kabulü veya anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunması ve sadece hiyerarşik kademede daha altta olan normun üstte olan norma uygunluğunun denetimi şeklinde gerçekleşmesi gerekecektir. Anayasa'yı oluşturan normlar arasında bir hiyerarşik üstünlük bulunmamaktadır. Bir normun denetimi ancak kendisine üstün olan başka bir norma uygunluk açısından olabilir. Anayasa değişikliği ile ortaya çıkan norm bir anayasa normu olduğuna göre her ikisi de eşit değerde olan iki normun birbirine uygunluğun denetiminin nasıl olacağı ciddi bir kuramsal sorundur.

Anayasa üstü pozitif olmayan bir takım değerlerin var olduğu varsayılsa bile, bunların somutlaştırılması yargıçların değil, egemenliğin sahibi olan halkın ve onun adına kurucu yetki kullanan anayasa yapıcının yetkisindedir. Anayasa üstülük Anayasa'nın üstünde olan ama Anayasa tarafından ifade edilmeyen kurallar bulunduğu ve bu kuralların keşfedilmesinin ve uygulamaya konulmasının yüksek bir yargı organına ait olduğu varsayımına dayanır. Bu ise yargı organının kurucu iktidar yetkisini ele geçirmesi demektir.^[5] Anayasamızın değiştirilemez hükümlerinin 'normatif açıdan Anayasa'nın diğer hükümlerine göre üstün olduğunu söylemek mümkün değildir'.^[6]

Anayasa'nın 6. Maddesi'nin 2. fıkrası 'Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır' demektir. Aynı maddenin 3. fıkrasında da 'Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz' ibaresi yer almaktadır. Anayasa'nın 153'üncü maddesinin 2.fıkrasına göre de 'Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.' Anayasayı değiştirme iktidarı, üzerinde tartışmaya yer vermeyecek şekilde milli egemenliğin tecelli ettiği Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Usulüne uygun olarak TBMM tarafından gerçekleştirilen bir anayasa değişikliğinin çeşitli nedenlerle toplumun bazı kesimlerince eleştirilmesi, yetersiz ve/veya sakıncalı olduğunun iddia edilmesi, tali kurucu iktidarın Anayasa'yı değiştirme yetkisini kullanmasının sakıncalı olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki zorunlu olarak halkoyuna sunulacak düzenlemelerin uygun olup olmadığının denetimini egemenliğin esas sahibi olan halk yapacaktır.

Hukuk devletinde, kamu organ ve makamları kendilerine açık olarak tanınan yetkiler dışında gerekçesi ne kadar yüce olursa olsun yetki yaratamazlar. Anayasa Mahkemesi varlık sebebini Anayasa'ya borçludur ve hukuki meşruiyeti ona dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kendisinin Anayasa'ya uymaması, 'şekil' kapsamında esas denetimi gibi Anayasa'da olmayan bir yetki yaratarak, bunun kullanılması Mahkeme'nin hukuki meşruiyetinin yanı sıra toplumsal ve siyasi meşruiyetine de darbe vurmaktadır. Bu çerçevede ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Frankfurter'in, ABD Yüksek Mahkemesi'nin sahip olduğu 'müthiş' yetkinin 'azami ihtiyatla' kullanması gerektiği şeklindeki görüşü bize ışık tutmalıdır^[7]. Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu yetkileri ihtiyatla ve özenle kullanması gerekmektedir. Yargısal aktivizm yoluna girilerek, olmayan yetkilerin yaratılmaya çalışılması toplum nezdinde Mahkeme'nin meşruiyetinin sorgulanmasına neden olabilir.

Anayasa yargısı ve mahkemeleri yasamanın ve yürütmenin anayasal sınırlar içinde kalmasını sağlamak için kurulmuşlardır. Anayasa yargısının görevlerinden biri kanunların

anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Kurucu iktidar yetkisi, anayasa yapma ve değiştirme hakkına sahip halk veya onun seçilmiş meşru temsilcilerine aittir. Anayasa Mahkemesi'nin Meclis'in gerçekleştirdiği anayasa değişikliklerini 'şekil' adı altında esastan denetlemesi kurucu iktidarın Mahkeme'ye geçmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sistemin adı çoğulcu demokrasi değil, jüristokrasi yani yargıçlar hükümeti olacaktır.

Tali kurucu iktidarın anayasa değişikliklerini mümkün olduğunca toplumun tüm kesimlerini kapsayıcı ve bunların katılımını kolaylaştırıcı şekilde gerçekleştirilmesi arzulanan bir durumdur. Son yıllarda dünyadaki anayasa yapımı ve değiştirilmesi süreçlerine bakıldığında böyle bir eğilimin yaygınlaştığı da görülmektedir.^[8] Bu eğilimi, modern demokrasilerin karşı karşıya olduğu meşruiyet krizini aşma yönünde önemli bir adım olarak görmek mümkündür. Bilindiği üzere ünlü Alman düşünürü ve siyaset kuramcısı Habermas meşruiyet krizinin demokrasilerin kendilerini sadece hukukun üstünlüğü ilkesiyle sınırlamalarından kaynaklandığını iddia etmişti. O'na göre 'demokratik yönetim bürokratik modern devletin yalnızca hukukun üstünlüğü ilkesi yoluyla denetlenmesi anlamına gelmemelidir. Aynı zamanda alttan denetimi sağlayan ve karar alma süreçlerine katılımı gerçekleştirecek kamusal iletişim mekânının varlığı da devlet-toplum arasında kurulacak demokratik yönetim için gereklidir.'^[9] Anayasal denetim devlet ile toplum arasında oluşturulacak demokratik yönetime katkı sağlamalıdır.

Sonuç olarak Anayasa'nın koruyucusu ve onu zamanın gereklerine göre değişimini sağlayıcı esas güç halkın kendisidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin Anayasa'nın 4. maddesi kapsamında öngörülen teklif yasağı kapsamında incelenmesinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Engin YILDIRIM

MUHALEFET ŞERHİ

1. İLK İNCELEME YÖNÜNDEN

Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında şekil bozukluklarına dayalı iptal davası açma süresine ilişkin olarak '*Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz*' hükmüne yer verilmiştir. Aynı konuya ilişkin olarak 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 22. maddesinde ise '*anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya*

aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak on gün... sonra düşer' hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemelerden şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açma süresinin kanun ya da Anayasa değişikliğinin Resmi Gazete'de yayımı ile başlayacağı ve on gün sonra düşeceği anlaşılmaktadır.

Anayasanın 175. maddesinin dördüncü fıkrasında ise "*Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkında kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanır*" hükmü yer almaktadır.

Zorunlu ya da ihtiyari olarak halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin dava açma süresi konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus yukarıdaki düzenlemelerin yorumlanması yoluyla ortaya konulmalıdır. Acaba Anayasa'nın 148. ve 2949 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde belirtilen dava açma süresini başlatan Resmi Gazete'de yayımlama, Anayasa'nın 175. maddesinde yer alan halkoyuna sunma amaçlı yayımlama mıdır? Yoksa halkoylaması sonucunda değişiklik teklifinin, sunuluş biçimine göre bir kısmının ya da tamamının kabul edilmesi halinde buna ilişkin sonucun yayımlanması mıdır?

Bu soruya cevap verebilmek için halkoyuna sunulan anayasa değişikliğinin hukuki niteliğini açıklığa kavuşturmak gerekir. Hukuk sistemimizde kanunların hukuki geçerlilik kazanarak yürürlüğe girebilmesi için teklif veya tasarının mevcut olması, teklif veya tasarının TBMM'de görüşülerek kabul edilmesi ve kabul edilen kanunun Cumhurbaşkanınca yayımlanması gerekir. Anayasa değişikliklerinin geçerlilik kazanabilmesi için ise kanunlardan farklı olarak ayrıca onaylanmış olması gerekir. Anayasa'nın 175. maddesinde 'onay' terimine yer verilmemiş olmakla birlikte Türk Anayasa Hukuku öğretisi 1924 ve 1961 Anayasalarından farklı olarak 1982 Anayasası'nın, Anayasa değişikliklerinde bir onay aşaması öngördüğünü ittifakla kabul etmektedir. (Erdal Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu** (Ankara, 1993) 83 vd.; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, (Yetkin, Ankara, 2005) s. 154 vd.; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, (Ekin, Bursa, 2000), s. 994 vd.; İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, (Legal, İstanbul, 2009) s. 29.; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, (YKY, İstanbul, 2000) s. 273.; Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, (Seçkin, Ankara, 2006) s.345; Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku** (Mimoza, Konya, 2005) s.372.)

Anayasa'nın metninde onay terimi kullanılmamış olmakla birlikte, anayasa değişikliğinin gerçekleştirilmesinde Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na ve halkoylamasına yüklediği işlevin doğasından bunun bir onay olduğu anlaşılmaktadır. Zira halkoyuna sunulan bir Anayasa değişikliği kanunu, halk tarafından reddedilerek geçerlilik kazanması engellenebilir. Bu nedenle, Anayasa'nın 175. maddesinde halka tanınan yetkinin bir veto yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisinde beşte üçten fazla, fakat üçte ikiden az (330-366) oyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanunları zorunlu olarak halkoylamasına sunulmak zorundadır. Bu durumdaki Anayasa değişikliği kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe konulması mümkün olmadığı gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin de bunları herhangi bir şekilde yürürlüğe koyma imkânı yoktur. Bu kanunlar, ancak halkın olumlu kurucu iradesi ile geçerlilik kazanırlar ve bundan sonra yürürlüğe konulabilirler. Dolayısıyla halkın iradesi bu tür yasaların tekemmülü açısından kurucu bir unsurdur.

Bu nedenle hukuk sistemimizde Anayasa değişikliklerinin *a priori* yargısal denetimi benimsenmediğinden halkoyuna sunulan Anayasa değişikliği kanunlarının halk oylamasından önce denetlenmesi mümkün değildir. Bir Anayasa değişikliği kanununun denetlenebilir hale gelmesi için, geçerlilik kazanması ve yürürlüğe girmek üzere yayımlanmış olması zorunludur. Bu, Anayasa değişikliği kanunlarının denetlenebilir hale gelmesi için yürürlüğe girmesi gerektiği anlamına gelmez. Anayasa değişikliği kanunun yürürlüğe girmesi için ileri bir tarih öngörülmüş olabilir. Fakat dava açma süresinin başlayabilmesi için Anayasa değişikliği kanununun geçerlilik kazanması için gerekli tüm irade açıklamaları tamamlanmış ve Resmi Gazete'de yayımlanmış olması gerekir. Gerekli irade açıklamaları tamamlanmadan hiç bir hukuksal işlem geçerlilik kazanamayacağından, halkoyuna sunmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanan bir anayasa değişikliği kanununun halkı bilgilendirme amaçlı bu yayım ile geçerlilik kazandığı söylenemez. Böyle bir kanun ancak halkın olumlu iradesi ile geçerlilik kazanabilir.

Anayasa'nın 175. maddesinde kanun teklifinden değil de kanundan söz edilmiş olması halkoyuna sunulan metnin geçerlilik kazandığı ve denetlenebileceği anlamına gelmez. Nitekim kanunlar da Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmekle kanun niteliği kazanırlar, ancak bu aşamada geçerlilik kazandıkları ve denetlenebilecekleri söylenemez. Bu nitelikteki kanunlar Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere geri gönderilebilirler ya da 15 gün boyunca incelenebilirler. Bu sürede kanun adı taşıyalar da Resmi Gazete'de yayımlanmadıkça bu metinler aleyhine dava açma süresi başlamaz ve dava açılmaz.

Bu nedenle, Anayasa'nın 148. maddesinde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülen Resmi Gazete'de yayımlama koşulunun, Anayasa değişikliği kanunlarının halkoyuna sunulması amacıyla yayımı değil, halkoylamasında kabul oyu çıkması halinde, kabul edilen metnin yürürlüğe girmesi amacıyla sonuçların yayımı olduğunun kabulü gerekir.

Anayasa'nın 175. maddesinde *'Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir'* hükmüne yer verilmekte ancak kabul edilen metnin yeniden yayımlanmasından söz edilmemektedir.

23.5.1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunun 8. maddesine göre *'Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurullarından gelen sonuçları birleştirerek ilan eder.*

Geçerli oyların yarısından çoğu 'Evet' ise, Anayasa değişikliği Türk Milleti tarafından kabul edilmiş olur.'

Bu hükümde yer alan 'sonuç' kavramını yalnızca halkoylamasında kullanılan oyların ne kadarının evet ne kadarının hayır oyu çıktığına ilişkin durum olarak değil, bu evet ve hayır oylarının doğurduğu hukuki netice yani Anayasa değişikliği kanunun kabul edilip edilmediği ya da hangi bölümlerinin kabul edildiği ve hukuki geçerlilik kazandığına ilişkin hukuki sonuç olarak değerlendirmek gerekir. Bu nedenle halkoylamasında kabul edilen metnin de halkoylamasında ortaya çıkan oy durumuyla birlikte yayımlanması gerekir. Çünkü kanunların yürürlüğe girebilmesi için Resmi Gazete'de yayımlanmaları zorunludur. Kanuna uymak zorunda olan vatandaşlar ve onu uygulamak durumunda olan görevlilerin hangi metnin yürürlüğe girdiğini bilmeleri gerekir.

Halkoyuna sunmak amacıyla yayımlanan metin her zaman yürürlüğe giren metin olmayabilir. Anayasa'nın 175. maddesinin sekizinci fıkrasına göre '*Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu kanunun halkoymasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.*' Eğer TBMM halkoymasının ayrı ayrı maddeler ya da gruplar halinde yapılmasını kararlaştırırsa, bazı hükümlerin kabul, bazılarının ise reddedilmesi muhtemeldir. Bu durumda hangi hükümlerin yürürlüğe girdiğinin anlaşılabilmesi için kabul edilen metnin yayımlanması gerekir.

Bununla birlikte metnin yayımlanmayıp sadece sonuçların yayımlanması halinde de dava açma süresinin bu yayım tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumda, hangi hükümlerin kabul edilerek geçerlilik kazandığı ve hangilerinin reddedilerek geçerlilik kazanmadığı ancak halkoyması sonuçlarına bakılarak anlaşılabilir. Bu durumda sonuçların yayımı, daha önce halkı bilgilendirmek amacıyla yayımlanan metnin tekrarlanmaması amacıyla o metne atıf anlamına gelir. Yüksek Seçim Kurulu, halkoyması sonuçlarına ilişkin kararında kabul edilen metni tekrarlamayıp, sadece önceki metne atıf yapması halinde de önceki metnin yeniden yayımlanmasıyla aynı sonucu doğuracağı açıktır.

Dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulunun, halkoyması sonuçlarıyla birlikte kabul edilen metni yayımlaması, ya da metni yayımlamayıp sadece önce yayımlanan metne atıf yapması sonucu değiştirmeyecektir. Halkoymasında kabul edilen Anayasa değişikliği kanununun yürürlüğe girmesini amaçlayan yayım, Yüksek Seçim Kurulunun halkoyması sonucuna ilişkin kararının yayımıdır. Anayasanın 148. maddesine göre dava açma süresi bu tarihten itibaren başlayacaktır.

Bu nedenle, dava açma süresi henüz başlamadığından süre yönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle, şekil incelemesine geçilebileceğine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadım.

2. ŞEKİL İNCELEMESİ YÖNÜNDEN

Mahkeme çoğunluğunun 5982 sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin bazı hükümlerinin Anayasanın 4. maddesinde öngörülen değiştirilemezlik yasağına aykırı olarak Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve Başlangıcında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkelerini ihlal ettiği iddiasını, inceleme yetkisinin Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesinin denetleyebileceği şekil unsurları arasında bulunduğu yönündeki görüşüne aşağıdaki gerekçelerle katılmadım:

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliği kanunlarının teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe koşullarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olarak sadece şekil yönünden denetlenebileceği hükme bağlanmıştır. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenme olanağı yoktur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan '*teklif çoğunluğu*' kavramı, Anayasa'nın 175. maddesinde belirtilen TBMM üye tamsayısının 1/3'üne denk gelen 184 sayısını göstermektedir ve '*teklif konusu*' ile herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Şekil denetiminin konusunu oluşturan '*teklif çoğunluğu*' 'neyin teklif edildiği' ile değil, 'nasıl teklif edildiği' sorusuyla ilgilidir. Neyin teklif edildiğine ilişkin denetim, şekille ilgili olmayıp içerikle ilgili bir denetimdir.

Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan değiştirme ve değişiklik teklifinde bulunma yasağı, 'neyin' değiştirilemez olduğuna ilişkin bir düzenleme olup, içeriksel bir sınırlama öngörmektedir. Yoksa 'nasıl' değişikliğin yapılamayacağına ilişkin şekli bir sınırlama getirmemektedir. O nedenle Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen şekil unsurları, Anayasada neyin değiştirilemeyeceğine ilişkin 4. madde ile ilgili değil, Anayasa'nın nasıl değiştirileceğini düzenleyen 175. madde ile ilgilidir.

Anayasanın 148. maddesinin birinci fıkrasındaki '*Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil yönünden inceler ve denetler*' ibaresi, ikinci fıkradaki '*Anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır*' hükmündeki 'teklif' kelimesinin Anayasanın 4. maddesi ile ilişkilendirilmesine engeldir. Zira buradaki unsurlar içerikle değil, şekille ilgilidir. Anayasanın 4. maddesi tekliften söz etmekle birlikte, teklifin şekline, yani nasıl yapılacağına ilişkin değil, teklifin içeriğine, yani neyin teklif edilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 148. maddesinde geçen 'teklif ve oylama çoğunluğu' ibaresinin 'teklif' ve 'oylama çoğunluğu' şeklinde ayrıştırılarak 148. maddenin 'teklif çoğunluğu'ndan değil, 'teklif' ten söz ettiği dolayısıyla teklifin, teklif yetkisini de içereceği söylenemez. Zira, ardışık isim tamlaması olan 'teklif ve oylama çoğunluğu' ibaresi, anayasa koyucunun 'teklif çoğunluğu ve oylama çoğunluğu' şeklindeki ardışık isim tamlamalarının akıcılığı sağlamak açısından dil kurallarına uygun olarak kısaltmış şeklindedir. Bu nedenle 'teklif çoğunluğu' kavramının 'teklif yetkisi' şeklinde değiştirilmesi mümkün değildir.

Anayasa'nın 148. maddesinin değiştirilemez maddeler açısından bir denetim yapmaya imkân tanımadığı açıktır. Bu konu Anayasanın yapımı sırasında kurucu meclis tarafından tartışılmış ve Mahkemeye böyle bir yetki tanınmamıştır.

Danışma Meclisinde Anayasa Tasarısı üzerindeki görüşmeler sırasında Danışma Meclisi üyesi Kamer Genç, anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin hükmün, "*Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler*" şeklinde değiştirilmesini isteyen bir önerge vermiş değiştirilemezlik hükmünün ancak bu şekilde yaptırıma kavuşacağını savunmuş ise de Danışma Meclisi Genel Kurulu bu önergeyi kabul etmemiştir. Kamer Genç'in önergesini savunmak için ileri sürdüğü "*... Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna dair değişmezlik ilkesi değiştirilirse, o zaman kim buna engel olacak*" sorusuna Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Sözcüsü Şener Akyol,

"*Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz 45 milyon buna karşı koyarız*" diyerek, bu konuda Anayasa Mahkemesinin bir yetkisi bulunmadığına işaret etmiştir (DMTD, C. 10, s. 192.)

1987 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sırasında da Anayasa'nın 175. maddesinde değişiklik yapan teklifin 3. maddesine ilişkin olarak, değiştirilemez maddelere aykırılığın Anayasa Mahkemesi tarafından istisari nitelikte bir öndenetim şeklinde denetlenmesini öngören bir önerge tartışılarak reddedilmiştir. (TBMMTD, Cilt 40, B. 103, s. 366-371)

Sonuç olarak, anayasa koyucu değiştirilemez hükümlerin yargı denetimi konusu yapılmasını bilinçli bir şekilde reddetmiş ve Anayasa metninde denetimi sadece şekle özgüleyerek açık bir şekilde yasaklamıştır. Milli egemenlik ilkesini esas alan bir anayasal düzende bütün yetkilerin kaynağı Anayasa olduğundan, Anayasa Mahkemesinin, anayasa koyucunun tanımadığı, aksine 148. madde ile yasakladığı bir yetkiyi içtihat yoluyla türetmesinin mümkün olmaması gerekir.

Yasama organının yetkisini kötüye kullanarak temel ilkeleri ortadan kaldırmaya yönelik değişikliklere girişmesi halinde bunun yargısal denetiminin yapılması gerektiği savunulabilir. Ancak bunun için bir Anayasa değişikliği yapılarak Mahkemeye açık bir denetim yetkisi verilmiş olmalı ya da en azından 148. maddede öngörülen esas denetimi yasağı kaldırılmalıdır. Böyle bir değişiklik yapılmadığı sürece parlamentonun tali kurucu iktidar yetkisini kötüye kullanabileceğine yönelik bazı uç örneklerden hareketle Mahkemenin esas denetim yetkisinin bulunduğu söylenmesi ve her türlü değişikliğin denetlenebileceğine yönelik bir karine türetilmesi mümkün değildir.

Yargıcın yorum yetkisinin bazı sınırları vardır. Bu sınırların başında da normun metni yer almaktadır. Zira metin, yorumunun başlangıcı ve sınırıdır. Yorum, bir metnin anlamlandırılması olduğuna göre, yorum yoluyla metnin söylemediği, ya da metnin söylediğinin tam aksine bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Hangi yorum yöntemi kullanılırsa kullanılsın yorum yoluyla ulaşılabilecek sonuç, yorum konusu metinden çıkarılabilir bir sonuç olmak durumundadır. Anayasa'yı yorumlayan yargıcın ulaştığı sonuçlar da Anayasa metninin açık anlamıyla çatışma halinde olamaz. Aksi takdirde yorum yetkisinin sınırlarının aşıldığı ve anayasa yapıcı organın yetki alanına girildiği anlamına gelir.

Anayasa koyucunun Anayasa'nın bazı ilke ve hükümlerini değiştiremez olarak niteleyerek tali kurucu iktidarın yetkilerini içerik bakımından sınırlandırması, tali kurucu iktidar yetkisine sahip olan yasama organı açısından bağlayıcı olmakla birlikte, bu hususun zorunlu olarak yargı denetimi konusu olacağı anlamına gelmez. Anayasa koyucunun Anayasa'nın 4. maddesi ile tali kurucu iktidara getirdiği sınırlama ile Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa Mahkemesine getirdiği sınırlama nitelik itibarıyla aynıdır ve her ikisi de aynı derecede bağlayıcıdır. Her ikisinin aşılması da aynı derecede hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir.

Anayasa'nın değiştirilemez olarak nitelendirdiği hüküm ve ilkelerin doğrudan değiştirilmesine ilişkin olarak getirilen denetim yasağının aşılması, hatta bunun ötesine geçerek diğer maddelerde yapılacak değişikliklerin de dolaylı bir şekilde değiştirilemez maddelerin içeriğini etkileyebileceği gerekçesiyle denetlenmesi hiç bir şekilde mümkün değildir. Çünkü öncelikle, böyle bir denetim içerik incelemesi yapılmaksızın gerçekleştirilemez ve Anayasa'nın açıkça yasakladığı esas denetiminin yorum yoluyla türetilmesi Anayasa'nın yargı kararıyla değiştirilmesi anlamına gelir.

Diğer maddelerde yapılacak değişikliklerin de değiştirilmez maddeleri dolaylı bir şekilde değiştirdiği gerekçesiyle denetime açılması sınırsız ve ölçsüz bir esas denetiminin önünün açılması anlamına gelir ki bu pek çok soruna yol açacaktır. Öncelikle böyle bir denetim değiştirilemez maddelerinin normlar hiyerarşisinde diğer Anayasa hükümlerinden daha üstte olduğunun kabulü anlamındadır. Böyle bir hiyerarşinin kabulü Anayasanın uygulamasında başka sorunlara yol açacaktır. Mesela değiştirilemez maddelere aykırı Anayasa hükümlerinin ihmal edilmesi ve uygulanmaması gerekliliği ilk akla gelebilecek sorunlardan birisidir.

Diğer taraftan böyle bir denetim tali kurucu iktidarın iradesine yönelik anayasal sınırlamanın 4. maddede öngörülme-yen diğer maddeleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi sonucunu doğurur ki, bu 4. maddenin tüm Anayasa'yı kapsayacak şekilde genişletilmesi dolayısıyla içinin boşaltılması anlamına gelir.

Zira, Anayasa'nın 4. maddesinde yasaklanan şey ilk üç maddeye aykırı değişiklikler değil, ilk üç maddenin değiştirilmesidir. Eğer 4. maddede yasaklanan değişiklikler sadece ilk

üç maddeyi değiştiren değişiklikler değil de burada yer alan ilkelerin somutlaştığı maddeleri de kapsayan bir yasaksa, bu yasağın sınırlarını çizmek olanaksızdır. Çünkü Anayasa'da, Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkelerin somutlaştırılması niteliğinde olmayan bir hüküm bulmak mümkün değildir. Eğer değiştirilemezlik ilkesi 2. maddede yer alan ilkelerin kendilerini aşıp, bu ilkelerin somut uygulamasını gösteren diğer maddeleri de kapsar şekilde yorumlanırsa, 4. maddede öngörülen yasak, olumlu ya da olumsuz olduğuna bakılmaksızın her türlü değişikliğe engel olduğundan Anayasa'da herhangi bir değişiklik yapılması mümkün olmayacaktır. Böyle bir yorumun doğru olmadığı açıktır. Zira, bu durumda bir taraftan Anayasanın 4. maddesiyle bazı hükümlerin değiştirilmesi yasaklanırken aslında Anayasanın tamamının değiştirilemez hale geldiği kabul edilmekte, diğer taraftan da Anayasanın 175. maddesinin anlamsız olduğu sonucu çıkmaktadır.

Ancak değiştirilemezlik ilkesi sadece olumsuz değişiklik yapılamayacağı şeklinde yorumlanıyorsa, o zaman da olumlu ya da olumsuzluk kavramlarının sübjektif niteliği dolayısıyla hangi değişikliğin yapılabileceğine ilişkin nihai karar verme yetkisinin, denetim yetkisine sahip olduğu varsayılan Anayasa Mahkemesine ait olduğu kabul ediliyor demektir. Bu durumda kurucu iktidar yetkisi fiilen Anayasa Mahkemesine geçmektedir. Çünkü nihai olarak Anayasa'da hangi değişikliğin yapılacağına artık Anayasa Mahkemesi karar verecek demektir. Bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi, Anayasa'nın sistematik incelemesinden böyle bir sonucun çıkarılamayacağı da açıktır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin temelinde farklı devlet fonksiyonlarının farklı organlara verilmesi ve bu organların sahip olduğu yetkiler yoluyla birbirlerini dengelemesi ve kontrol etmesi fikri yatmaktadır. Bu 'kontrol ve denge' mekanizmasının işlemesi ise sistem içinde hiçbir organın son sözü söyleme yetkisine sahip olmamasına bağlıdır. Eğer bir organ son sözü söyleme yetkisiyle donatılırsa, artık o organ diğerlerinden üstün hale geleceğinden kontrol ve dengeden söz etmek mümkün olmayacaktır, denge o organ lehine bozulacak ve kontrol o organın eline geçecektir. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğinin kabulü, Anayasa değişikliklerine ilişkin son sözü söyleme yetkisinin Anayasa Mahkemesine geçmesi anlamına gelir. Bu ise kuvvetlerin birbirini dengeleme imkânının ortadan kalktığına göstergesidir. Kuvvetler ayrılığına dayalı bir demokraside son sözü söyleme yetkisinin her zaman egemenliğin sahibi olan ulusa ait olduğu hatırd tutularak egemenlik yetkisini zedeleyici yorumlardan kaçınılmalıdır.

Özetlemek gerekirse, 148. maddede yer alan 'teklif çoğunluğu' kavramının teklif yetkisini de içerdiği, bu nedenle 4. maddeye aykırı tekliflerin teklif yetkisi içinde sayılamayacağı görüşü kabul edilse bile, bu ancak 1., 2. ve 3. maddelerde doğrudan değişiklik yapan yasalar açısından geçerli olacaktır.

Bu yorum diğer maddelerde yapılan değişikliklerin dolaylı olarak ilk üç maddede değişiklik yaptığı iddialarının incelenmesine olanak vermez. Zira diğer maddeler değiştirilemezlik kapsamında değildir. İkinci olarak başka maddelerde yapılan değişikliklerin ilk üç maddenin içeriğini dolaylı olarak değiştirebileceği iddiası kabul edilse bile bir değişikliğin bu nitelikte olup olmadığı esas denetimi yapılmaksızın tespit edilemez. Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini 'sadece şekil bakımından inceleme' ile sınırlandıran hükmü karşısında Anayasa Mahkemesinin esas denetimi yapması olanağı bulunmadığı düşüncesindeyim. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmadım.

[1] E: 1987/9, K:1987/15 K.T. 18.6.1987; E: 2007/72 K: 2007/68 K.T. 5.7.2007; E: 2007/99 K: 2007/86 K.T.27.11.2007.

[2] E: 2007/72, K: 2007/68, K.T. 5.7.2009.

[3] E: 2008/16, K: 2008/116, K.T. 5.6.2008

[4] Anayurt, Ö. (2010), 'Oldu Olacak Anayasayı Yüksek Mahkeme Yapsın' , www.stargazete.com/.../oldu-olacak-anayasayi-yuksek-mahkeme-yapsin-haber-277587.htm, erişim tarihi 19.7.2010

[5] Vedel'den aktaran Gözler, K. (1999) *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa: Ekin, ss: 113-152

[6] Gözler, K. (1999) *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa: Ekin, s: 170

[7] Koopmans'dan aktaran Özbudun (2007) 'Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi', *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, sayı 62-3, s.258

[8] Candaş, A. (2010), 'Anayasanın 'Nasıl' Yapıldığı İçeriğini Etkiler mi' Anayasa Yazma Süreçlerinin Dünyadaki Örnekleriyle Son 25 Yılda Edindirdiği Bulgular',

http://www.anayasaplatformu.net/indir/Anayasanin_nasil_yazildigi_icerigini_etkiler_mi_Aysen_Candas_Bogazici_Universitesi.pdf, erişim tarihi 19.7.2010.

[9] Keyman, F. (1998), 'Kamusal alan ve 'cumhuriyetçi liberalizm': Türkiye'de demokrasi sorunu' *Doğu Batı*, yıl 2, sayı 5, s. 59.