

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI NO : 530
AÜHF. DÖNER SERMAYE YAYINLARI NO : 45

ANAYASA ŞİKAYETİ

Ece GÖZTEPE

Ankara - 1998

ISBN : 975 482 441 - X

Toptan veya Perakende İsteme Yeri :

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
(DÖS) KİTAP SATIŞ YERİ :**

Cebeci-ANKARA

Tel : (0312) 319 11 50 • Fax : (0312) 363 56 96

**Kapak-Dizgi ve Mizanpaj : A.Ü. Hukuk Fakültesi
Baskı ve Cilt : Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti. ANKARA**

*Bana sonsuz sevgilerini veren
biricik annem Birgöl ve babam Turan Gölztepe'ye*

TEŞEKKÜR

Bu tez çalışması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde 1993-1994 öğretim yılında başladığım kamu hukuku yüksek lisans programı çerçevesinde yazılmıştır. Danışmanlığını Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'nun yaptığı bu çalışma, 29 Temmuz 1996 günü Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında toplanan ve Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu ile Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'dan oluşan tez jürisi önünde savunulmuş ve pekiyi derece ile değerlendirilmiştir.

Her bilimsel çalışmada olduğu gibi, bu çalışma da bir tartışma ve bilimsel yardımlaşma ürünüdür. Bu nedenle tezin yazılması sırasında sonu gelmez sorularımı dinleyip benimle tartışan tüm hocalarıma ve arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Ancak öncelikle tez danışmanım olan saygıdeğer hocam Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na, beni Alman hukukunun önemli bir kurumu üzerine çalışmaya yönlendirdiği, tüm çalışma boyunca yöntem ve içerik konusunda bana yol gösterdiği ve sonrasında titiz eleştirileriyle bana yeni ufuklar açtığı için teşekkür borçluyum.

Anayasa şikayetinin medeni usul ve ceza hukuku alanlarındaki olası sorunlarına dikkatimi çeken Doç. Dr. Süha Tanrıver ile Yrd. Doç. Dr. Metin Feyzioğlu'na teşekkür ederim.

Son olarak, çalışmalarım boyunca bana bilimsel ve kişisel olarak destek olan ve tüm umutsuz anlarımı verimliliğe dönüştürmeme yardım eden Ö. Aykut Çelebi'ye gönül borcum olduğunu belirtmek isterim.

Elbette çalışmanın tüm hata ve eksiklerinden yazarı sorumludur.

Ankara, 26 Şubat 1998

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM ANAYASA YARGISI ve ANAYASA ŞİKAYETİ

I. ANAYASA YARGISI ve DEMOKRASİ.....	7
II. BİR KATILMA BİÇİMİ OLARAK ANAYASA ŞİKAYETİ.....	15
A. ANAYASA ŞİKAYETİNİN NİTELİĞİ ve İŞLEVİ.....	16
B. ALMANYA'DA ANAYASA ŞİKAYETİNİN TARİHÇESİ.....	26
III. ANAYASA ŞİKAYETİNİN UYGULANDIĞI DİĞER ÜLKELER.....	27
i) Avusturya.....	28
ii) İsviçre.....	30
iii) İspanya.....	33
iv) Çek Cumhuriyeti.....	35
v) Slovak Cumhuriyeti.....	36
vi) Macaristan.....	36
vii) Belçika.....	37
viii) Meksika.....	37
ix) Arjantin.....	38
x) Brezilya.....	39
xi) Kolombiya.....	39
xii) Kore.....	40

İKİNCİ BÖLÜM FEDERAL ALMANYA'DA ANAYASA ŞİKAYETİNE BAŞVURU KOŞULLARI

I. BİREYSEL ANAYASA ŞİKAYETİ.....	42
A. ANAYASA ŞİKAYETİNİN KONUSU OLAN KAMU GÜCÜ İŞLEMLERİ.....	42
B. KİŞİSEL KOŞULLAR.....	50
1. Taraf Ehliyeti.....	50
a) Gerçek Kişiler.....	50
b) Özel Hukuk Tüzelkişileri.....	52
c) Kamu Tüzelkişileri.....	53

d) Siyasal Partiler.....	55
2. Dava Ehliyeti.....	56
3. Taraf Sıfatı.....	57
a) Kişisel Olarak İlgili Olma.....	60
b) Doğrudan İlgili Olma.....	62
c) Güncellik.....	65
C. HUKUKİ YARAR.....	67
D. KANUN YOLLARININ TÜKETİLMESİ ve İKİNCİLLİK KOŞULU.....	70
1. Kural.....	70
a) Kanun Yollarının Tüketilmesi.....	70
b) İkincilik İlkesi.....	73
2. İstisnalar.....	78
a) Kanun Yollarının Tüketilmesinden Bir Sonuç Alınmasının Beklenmemesi.....	78
b) Anayasa Şikayetinin Genel Öneme Sahip Olması.....	79
c) Şikayetçi Açısından Ağır ve Giderilemez Zarar.....	80
E. SÜRE.....	81
1. Kural.....	81
a) Bir Aylık Süre.....	81
b) Bir Yıllık Süre.....	83
2. Eski Hale Getirme.....	84
F. GEÇİCİ TEDBİR KARARI.....	87
G. KARAR.....	93
II. GENEL USUL KURALLARI.....	96
A.Temsil ve Duruşma.....	96
B.Başvuru.....	96
C.Masraf ve Harçlar.....	97
III. KOMÜNAL ANAYASA ŞİKAYETİ.....	99
A. TARAF EHLİYETİ.....	99
1. Belediyeler.....	99
2. Belediye Birlikleri (İlçeler).....	101
B. KOMÜNAL ANAYASA ŞİKAYETİNİN DAYANDIĞI TEMEL HAK.....	102
C. DAVANIN KONUSU.....	103
D. İKİNCİLLİK İLKESİ.....	103

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ANAYASA ŞİKAYETİNİN GELECEĞİ ve TÜRKİYE ÜZERİNE
DÜŞÜNCELER

I.	ANAYASA ŞİKAYETİNDE SORUNLAR ve ÖNERİLER.....	105
A.	KARAR ÖNCESİ İNCELEME	105
B.	ANAYASA ŞİKAYETİ İÇİN REFORM ÖNERİLERİ.....	114
1.	Avukat Tutma Zorunluluğu.....	114
2.	Bilimsel Yardımcıların Artırılması.....	116
3.	Senato Sayısının Artırılması.....	117
4.	Temel Hakların Korunmasında Ek Hukuki Çareler Getirilmesi.....	118
5.	Aylık Davaya Açma Süresinin Uzatılması.....	119
6.	Diğer Öneriler.....	120
II.	ANAYASA ŞİKAYETİ ve TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISI	124
A.	İKİ ANAYASA DÖNEMİNDE ANAYASA YARGISI	124
1.	1961 Anayasası	124
2.	1982 Anayasası	127
B.	TÜRKİYE'DE ANAYASA ŞİKAYETİNİN KABUL KOŞULLARI.....	130
1.	Anayasa Yargısı Çerçevesinde Çözümler.....	130
2.	Genel Mahkemeler Düzeyinde Çözümler.....	132
SONUÇ	137
KAYNAKÇA	141

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AnwBl	: Anwaltsblatt
AÖR	: Archiv des öffentlichen Rechts
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kanunu
BayVBl	: Bayerische Verwaltungsblätter
BGE	: Entscheidungen des Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
bkz.	: bakınız
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Federal Anayasa Mahkemesi)
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal-Anayasa Mahkemesi kararları)
BVerfGG	: Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Federal Anayasa Mahkemesi Yasası)
BVerwGE	: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Federal İdare Mahkemesi (Danıştay) kararları)
DMTD	: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi
dn.	: dipnot
DÖV	: Die Öffentliche Verwaltung
DStR	: Deutsches Steuerrecht
DVBl	: Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	: Europäische Grundrechte Zeitschrift
JöR	: Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	: Juristische Schulung
JW	: Juristische Wochenschrift
JZ	: Juristen Zeitung
md.	: madde

MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl	: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
Rdnr.	: Randnummer (Kenar sayısı)
ROW	: Recht in Ost und West
s.	: sayfa
st. Rspr.	: ständige Rechtsprechung (yerleşik içtihat)
TMTD	: Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi
vd.	: ve devamı
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Günümüzde temel hak ve özgürlüklere ulusal ve ulusal-üstü alanda etkili koruma sağlayan Kıta Avrupası ülkelerinin temel hak ve özgürlüklere tarihsel yaklaşımları, anayasa yargısının esas işlevinin de temelini oluşturmuştur. Kıta Avrupası, Amerika Birleşik Devletleri'nin bağımsızlık savaşından farklı olarak bir 'halk' yaratmaya değil, bir 'ulus' yaratma düşüncesine dayanarak temel hak ve özgürlük bildireleri yaratmıştır. Amerika'da somut bir insan topluluğunun siyasal talepleri söz konusuysen, 1789 Fransız Devrimi'nde burjuva sınıfının sözcülüğünü yaptığı soyut bir ulus düşüncesi siyasal taleplerin temelinde yer almıştır. Siyasal taleplerin sonucu, ulus adına siyasal talepte bulunan burjuva sınıfının parlamentoda temsil edilmesi ve ulus düşüncesinin siyasal temsil aracılığıyla gerçekleştirilmesi olmuştur. Fransız Devrimi'nde dile getirilen temsil talepleri Rousseau'nun genel irade teorisine; birlik ve ortaklık düşüncesine dayanıyordu. Bu nedenle de monarka karşı verilen mücadelenin simgesi olan parlamento, ulusun ifadesini bulduğu, iradesinin yansıtıldığı, temel hakları gerçekleştiren bir organ olarak anlaşılmış ve hakların parlamentoya 'karşı' değil, parlamento, yani yasa 'aracılığıyla' gerçekleştirileceği kabul edilmiştir¹. Bu anlayışın olağan sonucu ise, parlamentonun yaptığı her türlü işlemin, düzenin temel değerlerini yansıtan anayasaya uygun olduğunun ve kişilerin temel haklarının parlamento aracılığıyla gerçekleştirildiğinin kabulü olmuştur. Ancak İkinci Dünya Savaşı trajedisi, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin bir yanılsama olduğunu ve savaş öncesi siyasal krizin de kısmen bundan kaynaklandığını ortaya koymuştur. Kıta Avrupasının bu parlamento krizinin aşılması için bulduğu çözüm, parlamentonun işlemlerinin denetlenmesinde, düzenin temel değerlerini yansıtan anayasanın bir ölçü-norm olarak kullanılması ve bu denetimin bağımsız bir organ tarafından yapılması biçiminde olmuştur. Söz konusu denetimin bağımsız bir yargı organı, bir anayasa mahkemesi eliyle yapılması gerektiğini ileri süren ve teorik temellerini Kelsen'de bulan görüşün karşısında, düzenin koruyuculuğunun tarafsız bir devlet başkanı

¹ Fransız Devrimi'yle Amerikan Bağımsızlık Savaşı'nı ve temel hak anlayışlarını karşılaştıran ufuk açıcı bir yazı için bkz. Louis Henkin, "Revolutionen und Verfassungen," *Zum Begriff der Verfassung* (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, özellikle s. 225 vd.

tarafından yapılması gerektiğini ileri süren Carl Schmitt'in görüşü² yer almıştır. Schmitt'in görüşü, parlamentoyu yine siyasal yaşamın merkezine oturtmasının yanısıra, temsili sistemin bunalımını salt parlamento-devlet başkanı düzleminde çözmeyi amaçlaması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir korumayı çözümün bir parçası saymaması nedeniyle sorunun sınırları dışına çıkamamaktadır. Çözümü anayasa yargısında bulanların çizdiği çerçevede ise, parlamentonun anayasal düzenin bir parçası olması sağlanarak bununla, dolaylı olarak düzenin değerlerini ifade eden temel hakların korunması amaçlanmıştır. Yani her iki çözüm, farklı noktalardan hareket etmiş olsalar da, esas amaçları, temsili sistemin anayasal düzenin sınırları içinde tutulmasını sağlamaktır. Savaşta en az parlamenter demokrasi kadar zarar gören temel hak ve özgürlükler, korumanın dolaylı sonuçlarının güvencesine terkedilmiştir.

Görülüyor ki, düzenin korunması işlevinin yanında hukuki koruma işlevi, anayasa yargısının kabul nedenleri arasında yer almamaktadır. Ancak bazı ülkeler temel hakları anayasa yargısının birincil koruma alanına sokmak amacıyla, bu ikinci boyutu da anayasa yargısına eklemişlerdir. Bu işlevin anayasa yargısı açısından önemini kavramak için, öncelikle bunun konusunu oluşturan ve anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin yapısına değinmek yararlı olacaktır.

Temel hak ve özgürlükler anayasal devletin, hukuk düzenine ilişkin bir değer tercihinin ürünleridir. Bu hak ve özgürlüklerin kapsamı ve sınırı, hem kişilerin özgürlük ve kendi benliklerini gerçekleştirme alanlarını hem de devletin anayasal organlarının eylem çerçevesini oluşturur. Bu haliyle "temel haklarla ilgili tüm değerlendirmelerde, bu hükümlerin iki karakterini göz önünde tutmak gereklidir. Gerçekten de, temel haklar bir yandan bireysel yaşamı - tarih içinde özellikle tehdit altında olduğu görülen alanlarda- güvence altına alınan 'statü hakları' niteliğinde görülürler, öte yandan böylece güvence altına alınan yalnızca bireyin hakları değil, aynı zamanda toplumsal açıdan önem atfedilen bazı alanlardır da (...) Başka bir deyişle, aslında tüm temel haklar, kişiler açısından bakılınca 'hak', toplumsal ilişkiler açısından bakılınca ise -şu ya da bu ölçüde- 'kurum güvencesi' niteliği gösterir ve anayasa düzeninin kurucu unsurlarını oluştururlar"³. Anayasa yargısındaki genel eğilime bakınca, temel hakların esas olarak kurum güvencesi olarak ele alındığı, düzenin korunması amacıyla gerçekleştirilen denetimin, temel hakların hak boyutunu da

² Bkz. Carl Schmitt, "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung," *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, s. 63-110 ve "Der Hüter der Verfassung," *AöR* (16), 1929, s. 161-237.

³ Yavuz Sabuncu, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine," *İnsan Hakları Yılıhğı*, C. 7-8, 1985-1986, s. 16.

dolaylı olarak etkileyeceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak da temel hakların taşıyıcıları olan bireyler anayasa yargısının öznesi olarak kabul edilmemekte, yalnızca anayasa yargısının dolaylı etkilerinden yararlanabilmektedirler. Ancak Aliefendioğlu, anayasa yargısının bireysel hakları koruma işlevinin anayasaya uygunluğu sağlamak yönündeki amacının yanında ikincil nitelikte kaldığını kabul etmemekte, bunun pozitivist bir anlayış olduğunu belirtmektedir⁴. Ne yazık ki, Aliefendioğlu'nun, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa dışında hukukun genel ilkelerini, anayasa-üstü ilkeleri, uluslararası sözleşmeleri anayasallık blokuna katmasının anayasa yargısında hukuki koruma işlevinin gerçekleştirildiğinin kanıtı olduğu yönündeki düşüncesine katılmak olanaklı değildir. Çünkü bunlar korunan yararın (hukuk düzeni) denetim ölçütlerinin genişletilmesiyle ilgili gelişmelerdir. Oysa hukuki koruma boyutunun varlığından söz edebilmek için, hakkı ihlal edilen öznenin bizzat anayasa yargısının kapsamına alınması gerekmektedir.

Anayasa yargısının bu eksikliği, bireylerin Anayasa Mahkemesi'nden hukuki koruma talebinde bulunmalarına olanak sağlayan anayasa şikayeti (Verfassungsbeschwerde) kurumuyla giderilmeye çalışılmıştır. Başta Almanya, Avusturya, İsviçre, Meksika ve İspanya olmak üzere, her ülkede uygulaması farklı olmakla birlikte, anayasa şikayetiyle amaçlanan, bireylerin doğrudan etkilendikleri ve temel haklarını ihlal ettiğini düşündükleri tüm kamu gücü işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesi'nden bizzat hukuki koruma talebinde bulunmalarına olanak sağlamaktır. Bu yolla bireylere, yani temel hakların taşıyıcılarına, anayasaya aykırı temel hak ihlallerini bizzat engelleme hakkı tanınmaktadır. Bu kurum, anayasaya güvence altına alınan temel hakları etkilileştirdiği, bunları hayata geçirdiği için son derece önemlidir. Çünkü "temel haklar anayasa hukukunun normatif düzleminde geçerli oldukları zaman değil, ancak etkili biçimde gerçekleştirildikleri zaman anayasal düzende esaslı bir işlev görürler. Temel haklar geçerli kılınamadıkları/uygulanamadıkları zaman etkisiz ve hukuki bakımdan değersiz olacaktırlar"⁵.

Temel hakların, taşıyıcıları tarafından en etkili biçimde korunmasının gerekliliği, Türkiye'de yakın zamanda, son genel seçimler öncesinde çarpıcı bir biçimde ortaya çıkmıştır. Seçimden önce Seçim, Siyasi Partiler

⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, "Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması," **Danıştay Dergisi**, S. 89, 1995, s. XXI. Bunun yanında Bülent Tanör, iptal davası açma yetkisinin bugünkü haliyle bireyler açısından dolaylı bir koruma sağladığını düşünmektedir. Bkz. **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Cilt 1, 2. baskı, İstanbul, BDS Yayınları, 1991, s. 183.

⁵ Dieter Lorenz, "Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz," **AöR** (105), 1980, s. 627.

ve Milletvekili Seçimi kanunlarında yapılan değişiklikler⁶, Anayasa'nın çeşitli hükümlerinin yanısıra temel hakları da doğrudan doğruya ilgilendiren hükümler içeriyordu. Bağımsız milletvekilliği adaylığıyla, seçim çevresi barajıyla, yurtdışında yaşayan yurttaşların oy kullanmalarıyla ilgili önemli düzenlemeler öngören ve ayrıca göç nedeniyle halen oturdukları yerde oy kullanamayanlarla ilgili bir düzenleme yapmayarak bu seçmenleri oy hakkından yoksun bırakan bu kanunlar, anayasaya aykırılıkları nedeniyle anayasal düzeni ilgilendirdikleri kadar seçmenleri, seçimlerde bağımsız aday olmayı düşünen yurttaşları da ilgilendiriyor ve doğrudan etkiliyordu. Oysa yalnızca Anayasa'nın 150. maddesinde belirtilen siyasal organlar Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve bazı maddelerin iptalini sağlayabilmiştir. Seçim öncesinde daha durgun ve uzlaşmacı bir siyasal atmosferin varlığı halinde, bu denetimin dahi yapılamaması söz konusu olabilirdi. Bu örnek, anayasal düzenin etkili biçimde korunması için bireylerin de anayasal yargı denetiminin öznesi haline getirilmelerinin ne denli gerekli olduğunu göstermektedir.

Bu tezin ana amacı, temel hakların etkili biçimde korunmasına yönelik anayasa şikayeti kurumunun işleyişini, koşullarını ve sorunlarını incelemek, Türkiye için bu tür bir dava türünün kabulünün olanaklı olup olmadığını araştırmaktır. Tezde bu amaç doğrultusunda, Almanya'daki anayasa şikayeti uygulaması örnek olarak seçilmiştir. Bu kurumun var olduğu pek çok ülke içinden, Almanya'nın örnek olarak seçilmesinin nedeni ise, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere tüm kamu gücü işlemlerine karşı anayasa şikayeti hakkının tanındığı tek ülkenin Almanya olmasıdır. Bireylerin, devletin zorlayıcı işlemleri karşısında nasıl etkin hale gelebildiklerini, yargısal korumanın ne denli geniş biçimde sağlanabildiğini göstermesi açısından, Almanya iyi bir örnek oluşturmaktadır.

Tezin birinci bölümünde, anayasa şikayetinin anayasa yargısıyla bağlantısı incelenmiş ve bu doğrultuda anayasa şikayetinin ayırddedici nitelikleri saptanmaya çalışılmıştır. Bölümün sonunda ise, anayasa şikayetinin uygulandığı diğer ülkelerdeki düzenlemeler genel hatlarıyla ele alınmıştır. Bu düzenlemelerin, hem Almanya'daki düzenlemeye ilişkin bir karşılaştırma unsuru olmaları hem de Türkiye açısından olası çözümler için örnek oluşturmaları amaçlanmıştır.

⁶ Bkz. 4125 sayılı "Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Siyasi Partiler Kanunu ve Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", 28.10.1995 RG 22447 (Mükerrer); 4138 sayılı "Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun", 24.11.1995 RG 22473 (Mükerrer).

İkinci bölümde, Almanya'da uygulanan anayasa şikayeti gerek usul hukuku gerekse maddi hukuk dikkate alınarak incelenmiştir. Tezin amacı, temel hakların kişilerle bağlantılarını kurmak ve bunları etkili biçimde korumanın yollarını araştırmak olduğu için, yerel yönetimlerin özerk yönetim ilkesi çerçevesinde sahip oldukları komünal anayasa şikayeti hakkına, yalnızca bireysel anayasa şikayetinden ayrıldığı noktalara kısaca değinilerek yer verilmiştir.

Tezin son bölümünün birinci ayırımında, Almanya'da uygulandığı biçimiyle anayasa şikayetinde karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerileri ele alınıp değerlendirilmiş; anayasa şikayetinin varlığının gerekli olup olmadığı, kuruma ilişkin reform önerileri ve bunlarla ilgili tartışmalara yer verilmiştir. İkinci ayırım ise, anayasa şikayetinin, anayasa yargısının gelişim çizgisi doğrultusunda Türkiye'de kabul koşulları incelenmiştir. Anayasa şikayeti kurumunun anayasa değişikliğiyle mi yoksa yalnızca yasal düzenlemeyle mi hukuk sistemimize kazandırılacağı tartışılmış; teknik olarak anayasa şikayeti olarak nitelendirilemese de, genel mahkemeler düzeyinde geçici bir çözümün gerçekleştirilmesi önerilmiştir. Sonuç olarak, anayasa şikayetinin, temel hak ve özgürlüklerin etkili biçimde korunması için Türkiye'de de kabul edilmesinin yararlı olacağı görüşü ileri sürülmüştür.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASA YARGISI ve ANAYASA ŞİKAYETİ

I. ANAYASA YARGISI ve DEMOKRASİ

Anayasa yargısı ve demokrasi, anayasa mahkemelerinin henüz yarım yüzyıllık tarihinde hep iki karşıtlık olarak ele alınmış ve anayasa yargısının demokratik meşruluğu tartışma konusu yapılmıştır. Demokrasinin esası olarak ortaya konulan iki ilke, meşruluk tartışmasının belkemiğini oluşturmaktadır: Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve halk egemenliği. Bu ilkelere yola çıkılarak ortaya atılan iki sorun şudur:

1- Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, hiçbir organ diğerinin etkinliğine karışamaz, diğerine müdahale edemez. Dolayısıyla yargının yasama üzerindeki denetimi, bu ayrılmış işlevleri birbirine karıştırmaktadır.

2- Demokrasi, halkın seçtiği temsilciler eliyle devletin yönetilmesiye, halk tarafından seçilmeyen yargıçların yasama meclisinin yaptığı işlemleri denetlemesi, iptal etmesi demokratik ilkelerle bağdaşmaz⁷.

Modern anayasal demokrasilerin yalnızca halk egemenliğiyle tanımlanamayacağı ve kuvvetler ayrılığının da bu eleştirilerde ileri sürüldüğünün aksine, olumsuz değil, olumlu bir işlevi olduğu gösterilerek, anayasa yargısı/demokrasi karşıtlığı çözülebilir.

⁷ Ronald Dworkin, yargıçların seçilmemişliğinden kaynaklanan itirazların, tartışmanın diğer yüzünü görmediklerini belirtmekte ve seçilmiş bir parlamenterin bir içişleri, maliye ya da savunma bakanı olarak topluma, bir yargıcın tüm meslek yaşamı boyunca veremeyeceği kadar çok zarar verebileceğini anımsatmaktadır. Bkz. "Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk, und die Richter," **Zum Begriff der Verfassung** (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, s. 171. Benzer biçimde Helmut Simon da, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kamuoyunda fazla tartışılmamış olmakla birlikte, sayı ve nitelik olarak kamuoyunun tepkisini (ya da ilgisini) çeken kararlardan çok daha fazla kararının, evlilik dışı çocuklar, yabancılar, yetimler, tutuklular, transseksüeller gibi toplumun azınlıklarını ve korunması gereken kesimini olumlu yönde etkilediğini belirtmektedir. Bu da temel hakları etkilileştirdiği, idarenin ve genel mahkemelerin temel haklar konusundaki duyarlılığını hissedilir biçimde geliştirdiği için dikkate alınması gereken bir katkıdır. Bkz. Helmut Simon, "Verfassungsgerichtsbarkeit," **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, (Hrsg. E. Benda), Berlin, Walter de Gruyter, 1983, s. 1288.

Anayasa yargısına karşı ileri sürülen kuvvetler ayrılığı ilkesi, devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan üç işlevinin birbirinden ayrılmasının, iktidar yoğunlaşmasını önlemeye yönelik olduğu ve dolayısıyla bunların birbirini denetleyerek bu tehlikeyi önleyebilecekleri tezini içermektedir. Bu olumsuz tanımlamada vurgulanan, her üç işlevin birbirinden bağımsız olduğu, birbirleriyle etkileşim olanaklarının olmadığı ve olmaması gerektiğidir. Birinin diğerine müdahalesi ya da diğerini kapsamaması, yönetilenler için en önemli tehlikedir. Montesquieu'ye dayandırılan bu ayırımdan, yasamanın yargının denetimine tabi kılınamayacağı sonucunun çıkarılması bir yana, yasama ve yürütmenin ilişkilerinin niteliği de bu sınıflandırmada tamamen gözardı edilmektedir.

Montesquieu'nün 'Kanunların Ruhü' kitabının siyasal literatürde bu denli popüler olmasını, kitabın temel tezlerinin basitleştirilmesine, dolayısıyla bir tartışma metninin bir direktifler kataloğuna indirgenmesine bağlayan Kägi, Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı ile neyi gerçekleştirmek istediğini düşünmemiz gerektiğini belirtmektedir⁸. Kägi'ye göre, Montesquieu'nün amacı bu ilke ile devletin büyüklüğünü, onurunu, gücünü değil, insanın kişi olarak onurunu korumaktır. Kuvvetler ayrılığına ve birliğine dayanan düzen de özgür insanların özgür toplumlarının hizmetinde olmalıdır⁹.

Aynı biçimde Oktay da, Montesquieu'nün Kanunların Ruhü'ndan önceki yapıtı *Considérations*'da, Roma yönetiminin hayranlık uyandıran yönünün bu yönetimde her türlü aşırılığın 'düzeltilebilir' olmasında bulunduğunu belirtmektedir. Çünkü "aslolan siyasal iktidarın haklar ve toplumsal barış alanında menfi oluşumlar yaratmasını önleyebilecek mekanizmayı kurmaktır"¹⁰.

Loewenstein da bir siyasal sistemin demokratikliğinin, iktidar sahiplerine siyasal iktidarın kullanımını paylaştıran ve iktidar sahiplerini, en üstün güç olarak yönetilenlerin denetimine tabi kılan düzenlemelerin varlığı ya da yokluğuyla saptanabileceğini belirtmektedir. Çünkü "insan doğası gereği, iktidar sahibi -tek başına ya da birden çok olsun- özgür iradesiyle kendini sınırlama eğiliminde değildir. İktidarın sınırlandırılmasının bilinçli ve planlı biçimde yapılması gerekir"¹¹.

⁸ Bkz. Werner Kägi, "Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung," *Festschrift für Hans Huber*, Bern, Verlag Stämpfli, 1961, s. 151-173.

⁹ Bkz. Kägi, a.g.m., s. 153-162.

¹⁰ Cemil Oktay, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği," *Anayasa Yargısı* 1, Ankara, 1984, s. 220.

¹¹ Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, (çev. R. Boerner), 2. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969, s. 127.

Kuvvetler ayrılığına dayalı itirazlarda anayasa yargısının, yasamanın alanına girdiği ve siyasal tercihlerin seçilenler dışında yargıçlar tarafından da oluşturulduğu ileri sürülmektedir. Oysa anayasa mahkemelerinin yargısal niteliği çok açıktır ve taleple bağlı olmaları, ancak başvuru üzerine harekete geçebilmeleri, yetkilerinin anayasa ve kanunlardaki davalarla sınırlı olması bir yana, kararlarının tek ölçütü anayasalardır ve siyasal kararlar almaları sözkonusu değildir¹². Anayasa mahkemelerinin gücü sadece hukuku düzeltmekten oluşmaktadır¹³.

Anayasa yargısının siyasal alana müdahale ettiği itirazlarına en ilginç ve çarpıcı yanıtı kuşkusuz Hans Kelsen vermiştir. Kelsen yasamayla yargının işlevlerinin ayrı olduğu noktasından hareket etmemiş, hukuki ile siyasal olanı yeniden tanımlayarak anayasa yargısının işlevinin ne olduğunu yanıtlamıştır. Kelsen, siyasal olanla hukuki olan arasında esasa ilişkin bir karşılık görenlerin, yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesini ve anayasaya aykırı yasaların kaldırılmasını 'siyasal bir işlem' olarak değerlendirdiklerini, bunun ise yanlış bir neden-sonuç ilişkisi olduğunu belirtmektedir¹⁴. Kelsen'e göre, yargının değil yalnızca yasamanın 'gerçek' anlamda siyasal olduğu görüşü, yasamanın üretici (produktiv) hukuk yaratımında bulunduğu, yargının ise yeniden-üretici (reproduktiv) hukuk uygulaması yaptığı görüşü kadar yanlıştır. Sonuçta yasamayla yargı arasında niteliksel değil, niceliksel bir fark vardır¹⁵. Nitekim Kelsen buna dayanarak, anayasa yargısının 'negatif yasama' olduğunu, ancak bunun yargının yasamanın alanına müdahale ettiği anlamına gelmediğini söylemiştir¹⁶. Sonuçta Kelsen, siyasal olanla yargısal olanı başka bir açıdan değerlendirerek anayasa yargısını anayasal demokrasinin bir gereği olarak değerlendirmiş ve kendisinin geliştirdiği normlar hiyerarşisi teorisi çerçevesinde üstün normun korunmasının ve devletin eylem ve işlemlerinin bu üstün norma uygun olup olmadığının nasıl

12 Aynı doğrultuda bkz. Otto Bachof, "Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge," *Festschrift für Hans Huber*, Bern, Verlag Stämpfli, 1961, s. 42 ve Wiltraut Rupp-von Brünneck, "Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt," *AöR* (102), 1977, s. 3 vd. Öte yandan Rupp-von Brünneck anayasa yargısının siyasetle karşılık içinde düşünülmesini, genel mahkemelerden farklı olarak anayasa mahkemelerinin siyasal niteliği olan davalarla uğraşmasına bağlamakta, ancak bunun anayasa mahkemelerinin siyaset yaptığı anlamına gelmediğini belirtmektedir.

13 Rudolf Machacek, "Temel Hakların Korunması ile Siyaset Arasındaki Gerilimde Anayasa Yargısının Konumu," *Anayasa Yargısı* 9, Ankara, 1993, s. 57.

14 Hans Kelsen, "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?," *Die Justiz*, Bd. VI Doppelheft 11/12, s. 585.

15 Kelsen, a.g.m., s. 586.

16 Kelsen, a.g.m., s. 598-599.

denetleneceği sorusuna yanıt olarak da anayasal yargı denetimini göstermiştir.

Diğer yandan, yasama organının her türlü denetimden bağımsızlığının gerekçesi olarak gösterilen kuvvetler ayrılığı, hiçbir zaman saf haliyle mevcut olmamıştır ve demokrasilerdeki biçiminin fikir babası sayılan Montesquieu'nün de amacı yalıtılmış bir işlevler düzeni yaratmak değildir. Devlet iktidarı tektir ve bunun ortaya çıkma biçimleri olan organlar, birbirinden yalıtılmış değildir; aksine bunlar arasında yalnızca işlevselleştirilmiş bir işbölümü mevcuttur. Bu nedenle de bu üç organ bir karşıtlıklar toplamı değil, bir yapının farklı unsurları olarak incelenmelidir. Kluxen'e göre de, kuvvetler ayrılığında sözkonusu olan, devlet organlarının karşılıklı olarak denetlenmesi ve böylelikle biraraya getirilmesidir¹⁷. Üç organ, kendi işlevlerini yerine getirmenin yanısıra, bütünü amaç ve değerlerini korumak ve geliştirmekle de yükümlüdür. Bütüne ilişkin böyle bir amaç içinde yasama organıyla yürütme organı karşıt kutuplar olarak nitelenemez. Karamustafaoğlu da kuvvetler ayrılığı kuramının görünüşü, değeri ve anayasal işlevinin çağdaş parlamentolukta büyük değişime uğradığını, bunun çağdaş gerçeklere uymadığını, onlarla çeliştiğini, çünkü bu kuramın henüz partilerin ortalıkta görünmediği dönemde düşünüldüğünü belirtmektedir¹⁸. Bachof ise, bu görüş doğrultusunda artık yasamanın denetiminin yürütmenin de denetimi anlamına geldiğini düşünmektedir¹⁹.

Hesse'nin F. Alman Anayasası için kullandığı, ancak tüm modern demokratik anayasalar için kullanılabilecek olan "karma anayasa" tanımı, günümüz demokrasilerinde anayasa yargısının işlevini açık biçimde ortaya koymaktadır. Buna göre, "anayasa, yasama, yürütme ve yargı için organlar öngörürken, bunların değişik ilkelere göre yapılanmasını düzenlemiştir. Bu organlar ortak, çok çeşitli düzenleme ve

¹⁷ Kurt Kluxen, *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, s. 247.

¹⁸ Bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1982, s. 70. Mehmet Turhan da benzer görüştedir. Yazara göre, "parlamentar sistemlerde siyasal partilerin disiplinli olmaları hükümetle parlamentoyu, bir başka deyişle parlamento içindeki çoğunluğu birbiriyle çatışan iki ayrı kuvvet olmaktan çıkarmıştır. Parlamentar sistemlerde gerçek ayrılık iktidardaki parti veya partiler karşısındaki muhalefet partileri ile yasama ve yürütmenin parti disiplinini yoluyla oluşturduğu bütünlük ile yargı arasındadır. Anayasal devlette iktidarı kullanan organlar ile yargı kuruluşları arasında kuvvetler ayrılığının bulunması gerekir". Bkz. "Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı," *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 2*, (haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul, Afa Yayınları, 1995, s. 108.

¹⁹ Bkz. Bachof, a.g.m., s. 31.

denetim mekanizmalarıyla ortak çalışma için biraraya getirilmiştir ve görevleri ortak etkinliktir. Bu ortaklıkta her organ diğerinin görevlerine saygı göstermekle ve kendi etkinliği kadar diğer organların etkinliğini de benimsemekle yükümlüdür. Bu görevin başarısının sorumluluğu tüm organlara aittir”²⁰.

Anayasadaki sınırlar içinde hedeflerini gerçekleştirmeye çalışan, anayasal ilke ve değerleri gerçekleştirmekle yükümlü parlamentonun, bu görevini kurallara uygun olarak yerine getirip getirmediğini denetlemek, doğal olarak bir yargı organına ait olacaktır. Anayasal demokrasilerin buna bulduğu çözüm de anayasa mahkemeleri olmuştur²¹.

Anayasa yargısının, halkın oylarıyla seçilmişlerin yaptığı yasaları denetlemesinin demokratik ilkelere aykırı olduğu itirazı da esasen halk egemenliği tezine dayanmaktadır. Bu tezin ana önermesi, demokrasinin halk egemenliğine dayandığı, halkı parlamentodaki temsilcilerin temsil ettiği ve buradaki çoğunluğun yaptığı yasaların halkın hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik olduğu, bunun aksinin olanaksız olduğudur. Kısaca bu tezin özü, demokrasinin çoğunluk egemenliği olduğudur.

Ancak demokrasinin yalnızca bir çoğunluk egemenliği olmadığı, bu çerçeveye dahil olan ve bir siyasal düzenin hukuk devleti olarak tanımlanmasını sağlayan pek çok kurumun varlığının da zorunlu olduğu tarih içinde ortaya çıkmıştır. Çünkü “demokrasi tek başına bir amaç değildir, aksine özgür ve adil bir toplumun gerçekleştirilmesi için bir araçtır”²².

Teziç’in belirttiği gibi, “demokrasi, yalnızca iktidarın oyunun kurallarına göre el değiştirmesi ile ilgili olmayıp iktidarın kullanılması ile de ilgilidir. Bu bakımdan temel hakların gelişmesini sağlayan, güçlendiren her husus, demokrasinin de gelişimine uygundur”²³. Tocqueville’in demokrasinin gelişimi için uygun gördüğü en etkili araç da hukuki denetim olmuştur: “Yürütmenin her şeyi yapmaya hakkı varmış gibi, çoğunluk olmasına dayanarak canının her istediğini yapmaya hakkı yoktur.

20 Konrad Hesse, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit,” **Recht als Prozess und Gefüge (Festschrift für Hans Huber)**, Bern, 1981, s. 265.

21 Amerika Birleşik Devletleri gibi anayasal denetimi genel mahkemelere veren ülkelerin tarihsel gelişimi ayrı bir inceleme konusudur. Ayrıca tezin konusunu oluşturan anayasa şikayeti, ancak merkezileşmiş anayasa yargısıyla olanaklı olduğundan anayasa mahkemelerini merkez alan bir çalışma tercih edilmiştir.

22 Walter Kälin, **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, s. 146.

23 Erdoğan Teziç, “Anayasa Mahkemesi’nin Esasa İlişkin Denetimi,” **Anayasa Yargısı 2**, Ankara, 1986, s. 23.

Çoğunluğun egemenlik talebinin sınırını hukuk çizer: Parlamento çoğunluğunun elinde olan yasama organının tiranlığına karşı en etkili güç, bağımsız yargıçların yaptığı hukuki denetimdir”²⁴. Görüldüğü gibi, seçilmişlik tek başına bir anlam taşımamakta, belli amaçları gerçekleştirirken kullanması ve koruması gereken değerlerle anlam kazanmaktadır.

Feyzioğlu da anayasa yargısının antidemokratik olduğu iddialarına, egemenlikle siyasal iktidarın ve demokrasiyle hukuk devletinin aynı şeyler olmadığını belirterek karşılık vermektedir: “Devlet kudretinin bir vasfı olan egemenlik, hukuken, bir devletin hiçbir organına -hatta milletin çoğunluğuna dahi- mâledilemez. (...) Demokrasi ile hukuk devleti kavramlarını dikkatle ayırmak zaruridir. Demokrasi bir devlet şeklidir ve devlet içinde en yüksek iktidarın hangi organa ait olacağı meselesiyle ilgilidir. Halbuki hukuk devleti kavramı, bütün devlet organlarının kendilerinden daha üstün hukuk kaideleri ile bağlı olmaları ve bu bağlılığın hukuki müesseselerle müeyyide altına alınması meselesiyle ilgilidir”²⁵.

Halk egemenliği tartışmalarında varılan en radikal nokta, anayasaların değiştirilemez hükümlerinin, halk tarafından seçilenler için ne dereceye kadar bağlayıcı olduğu sorusuyla ilgilidir. Anayasaların koyduğu temel ilkelerin gelecek kuşakları bağlayıp bağlayamayacağı ve her kuşağın kendi yönetim biçimini özgürce seçmeye hakkı olup olmadığı on yedinci yüzyıldan bu yana tartışılmaktadır. David Hume, Thomas Jefferson, John Locke ve Thomas Paine, hiçbir kuşağın gelecek kuşaklara yasaklar koyamayacağını, onların karar verme ve kendi ilkelerini benimseme haklarını ellerinden alamayacaklarını savunmuşlardır. Paine’in deyişiyle, “Bir egemenlik biçimini meşrulaştıran tek onay, yaşayanların onayıdır”²⁶. Aynı biçimde Jefferson da “Dünya ölümlere değil, yaşayanlara aittir” diyerek Paine’i destekliyordu²⁷. Anayasaların değişmez hükümleri üzerine yapılan bu tartışmaların vardığı noktalar bu konunun kapsamı dışındadır. Ancak çoğunluk iktidarı ve bunun sınırları konusunda en uç noktalarda

²⁴ aktaran René Marcic, **Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre**, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1966, s. 77. Bağımsız yargının demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olmasına ilişkin olarak bkz. Cemil Oktay a.g.m., s. 225.

²⁵ Turhan Feyzioğlu, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1951, s. 324 ve 342.

²⁶ Thomas Paine, **The Rights of Man**, s. 251, 254; aktaran Stephen Holmes, “Verfassungsförmige Vorentscheidungen und das Paradox der Demokratie,” **Zum Begriff der Verfassung** (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, 1994, s. 139.

²⁷ Thomas Jefferson, **Writings**, s. 963; aktaran Holmes, a.g.m., s. 140.

seçimler dışında hangi oranda politikaların oluşturulmasına katabildiğidir. Hukuk devletinin unsurlarının etkili bir biçimde gerçekleştirilmesi de demokrasinin vazgeçilmez koşullarındandır³¹. Bunun yanında partilerin parlamentoya egemen olması, yasama ve yürütmenin birleşmesi ve yürütmenin, parlamentodaki çoğunluğa sahip partinin üyelerinden oluşması, parlamenter demokrasilerdeki işbölümünü değiştirmiştir. Bu değişimin anayasa yargısını ilgilendiren tarafı, yasama organının işlemlerini denetleyecek olan anayasa mahkemesinin kimler ya da hangi kurumlar tarafından harekete geçirileceği sorunudur.

Anayasa mahkemesinin yalnızca yasama organının belli sayıdaki üyelerinin başvurusuyla harekete geçmesini öngörmek ve somut norm denetimi yoluyla yurttaşlara sınırlı bir denetim olanağı sağlamak, anayasa yargısının temel hakları ve anayasal ilkeleri koruma ve gözetme işlevini tamamen etkisiz kılmaya çalışmakla eşanlıdır. Çünkü bu durumda yasama organını, kendi işlemlerinin denetimi konusunda serbest bırakmış, diğer bir deyişle, onu kendi davasının yargıcı yapmış oluruz. Duran da benzer bir tehlikeye dikkat çekmiş ve iktidar partisiyle iktidara aday partinin anayasa yargısını kolaylıkla engelleyebileceğini belirtmiştir: “Yasama işlemlerini gerçekleştiren iktidar partisi veya partileri olduğuna göre, bunların kendi eserlerinin iptali isteminde bulunmaları asla düşünülemeyeceği gibi; anamuhalefet partisi de geleceğin iktidarı olacağı umud ve kanısıyla, benimsediği, bazan da karşı çıktığı kanunlar aleyhine Yüksek Mahkeme’ye başvurmamayı yeğleyebilir”³². Bazı anayasal demokrasilerin böyle bir sakıncaya karşılık buldukları çözüm, devletin vatandaşlarına ya da ilgililere anayasa mahkemesini harekete geçirme olanağı tanınması olmuştur. Bu sistemlerdeki temel amaç, “insan haklarının ve temel hürriyetlerin tam güvence altına alınmasıdır”³³.

Hukuk devletine dayanan anayasal demokrasilerin, hiçbir seçilmiş organın değiştiremeyeceği bazı temel değerlere dayandığı yukarıda belirtilmiştir. Devletin hukuk düzeninin temelini oluşturan bu değerlerin

³¹ Aynı doğrultuda Jürgen Habermas da, her türlü siyasal egemenlik biçimi hukuk olarak ortaya çıktığından, siyasal iktidarlar henüz hukuk devleti olarak biçimlenmemiş olsalar da bir hukuk düzeninin var olduğunu, benzer biçimde, demokratik olmakla birlikte anayasası olmayan hukuk devletlerinin varolabildiğini belirtmektedir. Bunun karşılık Habermas’a göre, demokrasisiz bir hukuk devletinin varlığı olanaklı değildir. Bkz. “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie,” *Zum Begriff der Verfassung* (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, s. 83 vd.

³² Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu,” *Anayasa Yargısı* 1, Ankara, 1984, s. 70.

³³ Duran, a.g.m., s. 59.

başında anayasa yargısının korumak ve geliştirmekle yükümlü olduğu temel hak ve özgürlükler gelmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin varlığı, anayasa yargısıyla etkili biçimde korunabilir, ancak bu korumanın kolaylıkla önüne geçilmesi, temel hakları içi boş başlıklara da indirgeyebilecektir. Hukuki korumanın fiilen varolması, çıkarların çatıştığı durumlarda dahi gerçekleştirilebilmesi gerekir. Bu nedenle anayasa yargısını yalnızca devlet organlarıyla ya da anayasadaki işleyiş kurallarıyla sınırlı tutan bir anayasa yargısı bazı durumlarda hukuki olarak hiçbir şey ifade etmeyebilir³⁴.

Anayasa yargısının anayasadaki temel hak ve kuralları koruma işlevini yerine getirirken, temel hakları günün değişen koşullarına göre yeniden yorumladığı ve geliştirdiği de gözden kaçırılmamalıdır. Bireylere doğrudan anayasa mahkemesine başvurma olanağı tanıyan anayasa şikayeti de temel hakların taşıyıcılarına, temel hakların güncelleştirilmesine ve geliştirilmesine doğrudan katkıda bulunma olanağı tanıdığı için demokratik katılım açısından önem taşımaktadır.

Demokratik hukuk devletinin kurucu unsurlarından sayılan anayasa yargısının etkin hale getirilmesine hizmet eden anayasa şikayeti kurumu ve işlevi aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

II. BİR KATILMA BİÇİMİ OLARAK ANAYASA ŞİKAYETİ³⁵

Katılmadan anlaşılan genellikle, yönetimde ve siyasal kararların alınmasında söz sahibi olmaktır. Siyasal iktidarın ve yönetilenlerin bakış

³⁴ Aynı doğrultuda bkz. Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, s. 187.

³⁵ Anayasa şikayeti, soyut ve somut norm denetimi gibi anayasa yargısı içinde yer alan bir **dava türüdür**. Bu nedenle anayasa şikayeti davasının açılmasından söz etmek yanlış olmayacaktır. Bunun yanında Türkçe'de 'şikayet' sözcüğü 'bulunmak' fiiliyle kullanıldığından ve kurumun bir dava niteliğinde olduğu belirtildiğinden, metinde genellikle 'anayasa şikayetinde bulunmak' ifadesi tercih edilmiştir. Şikayette bulunma ifadesinin, yargısal niteliği olmayan, bir kamu makamına yönelik talep olarak anlaşılması gerekir.

Ancak Servet Armağan, anayasa şikayetini bir dava olarak ele almakla birlikte, 'anayasa şikayeti açmak' ifadesini kullanmaktadır. Oysa tıpkı butlan, iptal, yokluk gibi anayasa şikayeti de davanın adıdır ve 'dava açmak' fiiliyle kullanılması gerekir. Bkz. "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti," **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.7, 1971, s. 58 (dn.18). Gören, Pekcanitez ve Sabuncu ise, 'anayasa şikayetinde bulunmak' ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Zafer Gören, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru," **Anayasa Yargısı** 11, Ankara, 1995, s. 97-134; Hakan Pekcanitez, "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti," **Anayasa Yargısı** 12, Ankara, 1995, s. 257-287; Yavuz Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti," **AÜSBFD**, C. 37 (3-4), 1982, s. 139-152.

açısından yapılan bu tanımlama, yalnızca yasama organını ve idari yapıyı esas almaktadır. Oysa katılımın kurucu unsurlarına bakıldığında, kişilerin, kendilerini doğrudan ilgilendiren her türlü kamu gücü kararına/ eylemine/işlemine karşı kendilerini savunma, ifade etme ve söz söyleme haklarının olması, katılım olarak nitelenebilir. Katılımın bu geniş yorumunun kapsamına kuşkusuz yasamanın ve idarenin işlemlerine katılma kadar yargı kararlarına katılma da girecektir. Günümüz hukuk devletlerinde kişilere genel mahkemelerin yanısıra, idare mahkemelerinde de dava açma hakkının tanınması, yargısal katılmanın alanının genişletilmesini sağlamıştır.

Ancak idari yargı aracılığıyla sağlanan bu katılım olanağının, anayasa yargısında yaygın ve etkili olarak gerçekleştirildiği söylenemez. Somut norm denetimi yoluyla kişiler, yasama organının işlemlerini bir başka kamu organının takdiri aracılığıyla, dolaylı olarak denetleme olanağına sahip kılınmışlar; kendilerine kural olarak, yasamanın işlemlerini doğrudan dava etme yetkisi tanınmamıştır.

Oysa yasama ve idare organlarının karar alma süreçlerini etkilemek kadar önemli olan bir diğer nokta da, alınan kararların hukuka uygun olup olmadıklarının ve amaçları doğrultusunda uygulamıp uygulamadıklarının denetlenmesini sağlayabilmektir. Anayasa şikayeti kurumu, bu denetimin önemli bir boyutunun anayasa yargısı kapsamında gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Kişilere, idari işlemlerin ve yargı kararlarının yanında, doğrudan doğruya yasalara karşı anayasa şikayetinde bulunma hakkının tanınması, demokratik katılımın yargısal boyutunun en iyi örneğini sunmaktadır.

Bu doğrultuda aşağıda, yargısal bir katılma biçimi olan anayasa şikayetinin ayırt edici nitelikleri ve asıl işlevinin ne olduğu üzerinde durulacaktır.

A. ANAYASA ŞİKAYETİNİN NİTELİĞİ ve İŞLEVİ

Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun (AYMK) 90/I maddesine göre, “herkes temel haklarından ya da Anayasa'nın 20/IV, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerindeki haklarından birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikayetinde bulunabilir”. Bireylere tanınan bu bireysel anayasa şikayetinin yanısıra belediye ve belediye birliklerine tanınan komünal anayasa şikayeti de aynı yasanın 91. maddesinde düzenlenmiştir: “Belediyeler ve belediye birlikleri, federal bir yasanın ya da bir eyalet yasasının, Anayasa'nın 28. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunabilirler. Eğer özerk yönetim ilkesinin ihlali Eyalet Anayasa Mahkemesi'nde ileri

sürülebiliyorsa, Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu kapalıdır". Anlaşılacağı gibi komünal anayasa şikayeti, Anayasa'nın 28/II maddesindeki "Belediyelerin, yerel topluluğun işlerini yasalar çerçevesinde kendi sorumlulukları altında düzenleme yetkileri teminat altına alınmalıdır. Belediye birlikleri de yasaların kendilerine verdiği görev çerçevesinde yasalara uygun olarak özerk yönetim hakkına sahiptir. Özerk yönetim mali sorumluluğun esaslarını da kapsar" hükmünü yerel yönetimler açısından korumaya yöneliktir.

Anayasa şikayeti ile yalnızca negatif statü haklarının değil, aktif statü haklarının da korunması amaçlanmıştır. Alman Anayasası'nın 'temel haklar' başlıklı birinci bölümü dışında yer alan ve literatürde temel hak benzeri haklar olarak nitelenen haklar da anayasa şikayeti yoluyla korunmaktadır. Böylelikle Alman kamu gücünün egemenliği altında yaşayan tüm bireyler için hukuk devleti olmanın gereklerinin yerine getirilmesi amaçlanmıştır.

Kural olarak, anayasadaki temel haklar herkes için geçerliken, bazı maddelerin yazılışından bu hakların yalnızca Alman vatandaşları için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar, toplantı ve gösteri yapma (Md. 8), sendika kurma ve örgütlenme (Md. 9), seyahat etme (Md. 11), meslek seçme (Md. 12/I), vatandaşlık ve sınırdışı edilmeme hakkı (Md. 16/I ve II), tüm Alman vatandaşlarının her eyalette aynı vatandaşlık hakkına sahip olma ve kamu hizmetine girme (Md. 33) haklarıdır.

Temel hak benzeri olarak nitelenen ve anayasa şikayetine dayanak oluşturabilen haklar ise, direnme hakkı (Md. 20/IV), seçme ve seçilme hakkı (Md. 38), yasal yargıç güvencesi ve istisnai mahkeme yasağı (Md. 101), hak arama özgürlüğü (Md. 103)³⁶ ve temel hakların sınırlanmasına ilişkin sınırlardır (Md. 104).

Anayasa şikayetinin anayasa ve yasadaki bu düzenlemelerinden anlaşılacağı üzere, kurumun ilk amacı, temel hak ve özgürlükleri anayasa yargısı yoluyla korumak ve geliştirmektir. Ancak ikinci bölümde daha ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, kurumun bu sübjektif işlevinin yanında, hukuk düzenini korumak ve anayasa hukukunu geliştirmek gibi objektif bir işlevi de bulunmaktadır. Bu işlevlerden birine öncelik veren yazarlar

³⁶ Alman Anayasası'nda "Herkes mahkeme önünde davasını dinletme hakkına sahiptir" (Md. 103/I) biçiminde ifade edilen bu temel hak, 1982 Anayasası'nın 36., 1961 Anayasası'nın 31. maddelerini karşılamaktadır. Bkz. Yavuz Alangoya, "Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi," *Millîterarası Hukuk Bülteni*, 1981, S. 2, s. 3 (dn. 18).

olduğu³⁷ gibi, her ikisini de eşit biçimde değerlendirenler³⁸ ya da anayasa şikayetini 'insan haklarının koruma araçlarından biri'³⁹ olarak niteleyenler de bulunmaktadır. Hund, sübjektif işleve ağırlık vermekte, anayasa hukukunu koruma, yorumlama ve geliştirme işlevini ikincil nitelikte bulmaktadır⁴⁰. Gerontas da anayasa şikayetinin sübjektif özelliğinin ön planda olduğunu düşünmektedir. Çünkü anayasa şikayeti hakkı, temel hakların korunması ve gerçekleştirilmesine hizmet eder ki, bu da sübjektif niteliktedir⁴¹. Zacher de temel hakların sübjektif karakterlerine uygun olarak, yani kişilere uygulanabilir olma niteliği nedeniyle, anayasa şikayetinin sübjektif işlevini öne çıkarmaktadır⁴². Aynı biçimde Roellecke de, anayasa şikayetinde demokratik hukuk düzeninin korunmasının sözkonusu olmadığını (parti kapatmada ya da temel hakların kötüye kullanılmasının denetlenmesinde olduğu gibi), yalnızca devlete karşı anayasal hakların korunduğunu belirtmektedir⁴³.

Anayasa şikayetinin sübjektif ve objektif işlevinin belirlenmesi ve varsa, öncelikli işlevinin saptanması anayasa şikayeti davasının geri alınıp alınamayacağı tartışması açısından da önem taşımaktadır. Eğer sübjektif işlevi ağırlık kazanırsa, tıpkı adli ya da idari davalarda olduğu gibi, dava geri alınabilecektir; objektif işlev ağırlık kazanırsa, kamu davası olarak sürdürülen ceza davalarında olduğu gibi, dava geri alınamayacaktır⁴⁴.

37 Ernst Träger, objektif işlevi öne çıkarmaktadır. Bkz. "Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren," **Verantwortlichkeit und Freiheit (Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag)**, 1989, s. 769-770.

38 Michael Sachs, bu iki işlevden birine öncelik tanımamakta, her ikisinin varlığını birlikte kabul etmektedir. Bkz. "Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten," **BayVBl**, 1982/2, s. 38.

39 İbrahim Kaboğlu, "İnsan Hakları Güvenceleri-Hukuk ve Ötesi," **İnsan Hakları Sempozyumu (10-11 Aralık 1994)**, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, 1995, s. 78.

40 Michael Hund, "Zur Rücknahme von Verfassungsbeschwerden," **Festschrift für Joachim Faller**, 1984, s. 66.

41 Apostolos Gerontas, "Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz," **DÖV**, 1982/11, s. 440.

42 Hans F. Zacher, "Die Selektion der Verfassungsbeschwerden," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 397.

43 Gerd Roellecke, **Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit**, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wissenschaft, 1961, s. 122.

44 Hund, sübjektif işleve öncelik verdiği için, anayasa şikayeti davasının geri alınabileceğini belirtmektedir. Bkz. a.g.m., s. 78.

Anayasa şikayetinin işlevlerinden her biri, Mahkeme'nin çeşitli kararlarıyla zaman zaman öne çıkmıştır. Ancak Elfes kararı olarak anılan bir kararla, anayasa şikayetinin objektif işlevinin baskın hale geldiği söylenebilir. Bu karara göre, "anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler, ancak anayasal düzene ait bir yasayla sınırlanabilir. Buna göre, bir kişi temel hakkını sınırlayan bir yasanın anayasal düzene ait olmadığını, bu nedenle de temel hakkının ihlal edildiğini anayasa şikayeti ile ileri sürebilir"⁴⁵.

Franssen, Elfes kararındaki bu yaklaşımın, iki farklı amaca hizmet edebileceğini belirtmektedir. Biri, objektif işlevin anayasa şikayeti başvurularını sınırlamaya yönelik olarak kullanılması, diğeri ise, sübjektif işlev gözönüne alındığında dikkate alınmayacak bir menfaatin, anayasa hukukunu koruma gerekçesiyle anayasa şikayetinin konusu haline getirilmesidir⁴⁶. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, "Anayasa Mahkemesi, dava konusu kamu gücü işleminin ilgili olduğu bütün anayasa hukuku normlarını, denetleme sürecinde kullanmaya yetkilidir"⁴⁷. Böyle bir yaklaşım, anayasa şikayetinin temel hakları korumak dışında, kamu gücü işlemlerinin diğere anayasa kurallarına uygunluğunu denetlemeye de hizmet edip etmediği, kurumun amacını aşip aşmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.

Anayasanın diğere kurallarının da anayasa şikayeti denetiminde esas alınması gerektiğini düşünenlerden Träger, "anayasa şikayeti, yalnızca bireylerin haklarını korumaya hizmet etmez, aynı zamanda bir kamu yararı da mevcuttur. Bu yolla, yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinde bir kararın anayasal düzene uygun biçimde verilmesi de sağlanmış olmaktadır (...). Özellikle kurumun objektif işlevi, dava konusu kamu gücü işleminin denetimini, anayasa şikayetinde dava ölçütü olan hakları aşarak genişletmeyi ve anayasanın diğere hükümlerine de yaymayı gerektirmektedir" demektedir⁴⁸.

Träger objektif işlevin açıkça kabul edilmiş olduğu tezini, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 90/II maddesinin ikinci cümlesine dayandırmaktadır. Buna göre, "Kanun yolları tüketilmeden yapılmış bir anayasa şikayeti başvurusu, dava eğer genel bir öneme sahipse ya da davacıdan kanun yollarına başvurusu istendiği takdirde, davacı açısından

⁴⁵ BVerfGE 6, 41; aynı yönde bir karar da BVerfGE 7, 111'dir.

⁴⁶ Everhardt Franssen, "Verfassungsbeschwerde- eine verkappte Normenkontrolle?," **Bürger-Richter-Staat**, 1991, s. 90.

⁴⁷ BVerfGE 54, 53. Aynı yönde diğere kararlar için bkz. BVerfGE 31, 333; BVerfGE 42, 325; BVerfGE 70, 162.

⁴⁸ Träger, a.g.m., s. 769-770.

ağır ve giderilemez bir zarar doğacaksa, Anayasa Mahkemesi anayasa şikayeti hakkında derhal karar verebilir". Klein da kanunun bu maddelerini objektif işlevin dayanağı olarak görmektedir⁴⁹.

Anayasa şikayetinin anayasa hukukunu geliştirmek dışında, temel hakların yorumu, uygulaması ve somutlaştırılmasında kamu gücünü kullananlara yol gösterdiği de açıktır.

Anayasa şikayetinin objektif işlevinin öne çıkarılması, popüler davaya dönüşmesine de yol açabilir. Hukuk düzeninin korunması amacıyla yönelen böyle bir taraf ehliyeti ölçütünün genişlemesi, tüm yurttaşları hukuk düzeninin bekçisi yapabilir. Klein, yurttaşların kendi hak ve çıkarlarından bağımsız olarak yurttaşların genel bilincinin anayasa hukukunun korunmasında yer almasını, özgürlükçü devlet düzeninin bir gereği saymakta ve bunu bir tehlike olarak görmemektedir⁵⁰. Ancak anayasa şikayetinin ikinci bölümde incelenecek kabul koşulları böyle bir olasılığı dışladığı gibi, geniş yorumlarla tartışmalı bir biçimde popüler davayı benimsemek yerine yasakoyucunun bunu açıkça düzenlemesi daha doğru görünmektedir.

Anayasa şikayeti temel hak ihlallerini gidermeye, ortadan kaldırmaya yönelik bir hukuki çaredir⁵¹. Bu nedenle anayasa şikayeti ile hukuki bir sorunun genel bir çözüme kavuşturulması⁵², yeni yasaların çıkarılması⁵³ ya da tazminat ödenmesi⁵⁴ talep edilemez.

Anayasa şikayetinin yukarıda anılan kurumsal işlevlerinin yanında bireyler üzerinde psikolojik etkileri de vardır. Anayasal bir hukuk devletinin egemenliği altında yaşayan bireylerin hukuk ve adalet duyguları, temel hak ve özgürlüklerinin içi boş hukuk kurallarından ibaret olmadığının, gerek genel mahkemeler aracılığıyla gerekse Anayasa

49 Träger, a.g.m., s. 770 ve Eckart Klein, "Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde," DÖV, 1982/19, s. 801.

50 a.g.m., s. 803.

51 Hukuki çare kavramı, Türk hukukunda kullanılan bir kavram değildir. Alman hukukunda ise hukuki çare, geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikili bir ayrımla tanımlanmaktadır. Buna göre, "geniş anlamda hukuki çare, bir hakkın gerçekleşmesi için başvuru her türlü usuli araçtır. Dar anlamda hukuki çare ise, yargısal kararların iptalini sağlayan her türlü olanağı içeren bir üst kavramdır". Bkz. Zysk Lothar, **Rechtslexika**, München, 1971, s. 149; aktaran Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1977, s. 39 dn. 7. Anayasa şikayeti de geniş anlamda bir hukuki çare olarak ele alınmaktadır.

52 BVerfGE 2, 141.

53 BVerfGE 1, 97.

54 BVerfGE 1, 31; BVerfGE 43, 211.

Mahkemesi'ne bizzat başvurarak bu haklarını somutlaştırabileceklerinin bilinciyle pekişir. Schuler'e göre, "yurttaşların, devlet organlarının temel hukuk düzenine, bu düzenin temelindeki değerlere uygunluğunu denetlemenin bir parçası olduklarını bilmeleri onlara bir güven duygusu verir. Bu da yurttaşların kurumların işleyişine duydukları güveni artırır"⁵⁵. Rinken ise bireyler açısından anayasa şikayetinin koruma dışında, siyasal katılmanın bir boyutu olarak önem taşıdığını belirtmektedir. Çünkü bireyler, mahkeme kararları dışında yasalara karşı da bu hakkı kullanarak siyasal sürece dolaylı da olsa katılabilme olanağına kavuşmaktadır⁵⁶.

Anayasa şikayeti, yargısal bir yaptırımı olmayan dilekçe hakkıyla karıştırılmamalıdır. On dokuzuncu yüzyıla kadar Almanya'da aynı anlama gelen dilekçe hakkı ve anayasa şikayeti, ilk olarak 1919 Bavyera Anayasası'nda biçimsel bir hukuki çare olarak anayasa şikayetinin tanınmasıyla, dilekçe hakkından farklı bir işlev kazanmıştır⁵⁷. Alman Anayasası'nın 17. maddesine göre, "Herkes tek başına ya da topluca istek ya da şikayetlerini yetkili makamlara ve meclise yazılı olarak bildirme hakkına sahiptir". Bireylerin bu hakka dayanarak kamu gücünü uygulayanlardan bir şey talep etmeleri olanaklı olmadığı gibi, başvurularının hukuki bir bağlayıcılığı ya da yaptırımı bulunmamaktadır. Bu nedenle yargısal bir karar verilmesini sağlayan anayasa şikayeti ile dilekçe hakkının tarihsel bağları dışında ortak bir yanları yoktur.

Anayasa şikayetine yönelik en önemli eleştiriler, bu davanın actio popularis'e (popüler dava) dönüşebileceği noktasında toplanmaktadır. Anayasa şikayeti yalnızca temel hakları kişisel ve doğrudan ihlal edilmiş olan kişilerin başvurabileceği bir yol iken popüler dava, temel hakkı kişisel olarak ihlal edilmemiş olsa bile herkesin açabileceği bir davadır. Yani anayasa şikayeti öncelikle subjektif bir koruma sağlamakta ve objektif koruma işlevi ikincil bir nitelik taşımaktadır. Oysa popüler davanın objektif niteliği ön plandadır.

Popüler dava Almanya'da federal düzeyde kabul edilmemiştir. Yalnızca Bavyera eyaletinde Anayasa'sının 98. maddesindeki hükme dayanılarak yurttaşlarına popüler dava hakkı tanınmıştır. Bu dava yoluyla

55 Andrea Hans Schuler, **Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich**, Zürich, Verlag Schulthess, 1968, s. 44.

56 Alfred Rinken, **Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (2 Bände), (Hrsg.) Rudolf Wassermann u.a., 2. Auflage, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1989, s. 1043.

57 Rüdiger Zuck, **Das Recht der Verfassungsbeschwerde**, 2. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 1988, s. 90.

davacı, anayasayla korunan temel hakların anayasaya aykırı olarak sınırlandırıldığını iddia edebilir. Böylelikle herkes tarafından temel hakların kurumsal olarak korunması sağlanmış olmaktadır⁵⁸. Eğer kamu gücünü temsil eden organların bir ihmali dava konusu ediliyorsa, ihmalin hangi hukuki gerekçeye dayandığı açıkça ortaya konmalıdır. Popüler davayı gerçek kişilerin yanısıra özel hukuk ve kamu tüzelkişileri de açabilir. Taraf ehliyeti için dava konusu temel hakkın taşıyıcısı olmak gerekmektedir⁵⁹.

Actio popularis yoluyla yasaların anayasal yargı denetimine tabi kılınması, anayasaya uygunluğun sağlanmasında hukuk düzeninin çıkarına öncelik tanımaktadır. Bu denetimin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkilediği kuşkusuzdur. Ancak popüler davaya yönelik en önemli eleştiri, bu davanın anayasa mahkemelerini çok fazla gereksiz iş yükü altında bırakacağıdır⁶⁰. Bu eleştirilere karşın, anayasa şikayetinin menfaat ihlali koşulu nedeniyle öncelikle bireylerin temel haklarını koruduğu ve popüler davanın da herkese dava hakkı tanıyarak düzeni koruma işlevini yerine getirdiği düşünülürse, anayasa yargısının denetim ve koruma işlevlerinin bu iki kurum aracılığıyla tam anlamda gerçekleştirileceği kuşkusuzdur.

Almanya'da federal düzeyde popüler davanın kabul edilmemesinin nedeni, hem anayasa şikayetinin öncelikli sübjektif işlevi hem de Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü biraz olsun hafifletme isteğidir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, "Anayasa şikayetinde davacının kişisel, doğrudan ve güncel olarak dava konusu işlemde etkilenmiş olması koşulu, popüler davayı önlemek içindir. Aksi taktirde anayasa şikayeti soyut norm denetimine dönüşürdü"⁶¹ diyerek anayasa şikayetinin sübjektif işlevini öne çıkarmış popüler davanın anayasa şikayeti yoluyla federal düzeyde gerçekleşmesinin önünü kapamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikayeti başvurularıyla artan iş yükünün en önemli nedenlerinden biri de Anayasa Mahkemesi'nin bir 'süper temyiz mahkemesi'⁶² olarak düşünülmesidir. Mahkeme pek çok

58 Zuck, a.g.e., s. 89.

59 Bavyera eyaletinde popüler dava için bkz. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, München, C.H.Beck, 1991, s. 441-454.

60 Bkz. Feyzioğlu, a.g.e., s. 54.

61 BVerfGE 79, 14-15; BVerfGE 43, 386.

62 Anayasa şikayetinin süper temyiz mercii olmadığı, aksine yalnızca bir temel hak ihlalinin olup olmadığının denetlenmesine ilişkin olduğu hakkında bkz. Roland Fritz, "Die Novellierung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens-Neue Zugangsbarrieren für

kararında anayasa şikayetlerinin Mahkemece incelenmesinin niteliğine değinmiş ve anayasa şikayeti ile dava konusu kararın hukuki denetiminin yapılmasının sözkonusu olmadığını açıklamıştır.

Temyiz aşamasında ilk derece mahkemesinin incelediği olay ve belgeler yeniden incelenmez, yeni bir yargılama yapılmaz. Yalnızca kararı veren mahkemenin olay ve belgeleri yorumlamasının ve değerlendirmelerinin hukuka uygun olup olmadığı denetlenir. Oysa anayasa şikayetinde Anayasa Mahkemesi hukukun doğru biçimde uygulanıp uygulanmadığıyla ilgilenmez. Yalnızca karar verilirken anayasa hukukunun ihlal edilip edilmediğini, anayasadaki temel hakların gözardı edilip edilmediğini denetler. Mahkeme'ye göre⁶³, "Bir anayasa şikayeti davasında mahkemelerin basit hukuka ilişkin yorumlarının doğruluğunu incelemek Anayasa Mahkemesi'nin görevi değildir (BVerfGE 32, 325 vd). Anayasa Mahkemesi bir temyiz mahkemesi değildir (BVerfGE 3, 219), aksine, yalnızca genel mahkemelerce verilen kararların anayasa hukukunu ihlal edip etmediğini denetler. Bu, mahkemenin bir temel hakkın anlam ve kapsamını dikkate almadığı durumlarda sözkonusudur (BVerfGE 19, 310; st. Rspr.). Yani anayasa hukuku, kararın basit hukuka göre objektif olarak yanlış olması halinde ihlal edilmiş sayılmaz. Yanlış, temel hakların dikkate alınmamasından kaynaklanmalıdır (BVerfGE 18, 92 vd; st. Rspr.)".

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, "genel mahkemeler basit hukukun yorumlanması ve uygulanması sırasında anayasal ölçütleri ve genel ilkeleri dikkate almakla yükümlüdür. Eğer bir mahkeme bu ölçütleri gözardı ederse, kamu gücünün taşıyıcısı olarak temel hakları ihlal etmiş sayılır. Bir mahkemenin böyle bir kararı da, anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne gittiğinde kaldırılmalıdır (...). Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin bir temyiz mercii gibi genel mahkemelerin kararlarını hukukten denetlemesi, anayasa şikayetinin mantığına ve özellikle Mahkeme'nin görevine aykırı olurdu. Dava sürecinin gelişimi, olayların saptanması ve incelenip haklarında karar verilmesi, basit hukukun yorumu ve somut olaya uygulanması yetkili genel mahkemelerin görevidir ve Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi dışındadır; Anayasa Mahkemesi yalnızca genel mahkemelerin spesifik anayasa hukukunu⁶⁴

den Rechtsuchenden," *AnwBl.*, September 1986, s. 358; Hans-Herbert Gathert, "Voraussetzungen und Grenzen der Verfassungsbeschwerde," *DWW*, 1984/5, s.123.

63 BVerfGE 75, 313.

64 Spesifik anayasa hukuku, anayasa şikayeti davalarında Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı belirlenmeye çalışılırken basit anayasa hukukunun karşıtı olarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Ancak bugüne dek ne Mahkeme'nin içtihatlarında ne de öğretilerde iki kavramın farkı açıklıkla ortaya konabilmiş değildir. Yine de içtihatlar-

ihlal etmeleri halinde anayasa şikayeti yoluyla devreye girebilir (krş. BVerfGE 1, 420)⁶⁵. Mahkeme bu kararları doğrultusunda, yargı kararlarına karşı anayasa şikayetlerinde çok dar sınırlar içinde denetim yapmaktadır.

Anayasa şikayeti ile Anayasa Mahkemesi'nde anayasaya aykırılığı iddia edilen bir karar hakkında yeniden yargılama yapılır. Bu yargılama eski yargılamanın devamı değildir⁶⁶. Burada önemli olan, Anayasa Mahkemesi'nin temyiz mahkemelerinden farklı olarak hukuka uygunluk denetimi yapmadığı, incelemesinin temel hakların yorumlanması ve kullanılması ya da dikkate alınmamasıyla sınırlı olduğudur.

Bundan başka, Mahkeme'nin denetim alanını sınırlamasının doğru olmadığını düşünen yargıçlar da vardır. Örneğin, Federal Anayasa Mahkemesi yargıcı Rupp-von Brünneck, "bir mülkiyet uyuşmazlığında yanlış deliller sunulmasının ya da olaya uygulanacak kuralın yanlış yorumlanmasının anayasal yargı denetiminin dışında bırakıldığını, oysa böyle yanlışlara dayanan bir kararın da sonuçta ilgili tarafın mülkiyete ilişkin temel hakkını ihlal edeceğini" belirtmektedir⁶⁷.

Anayasayı koruma görevinin yalnızca Anayasa Mahkemesi'ne ait olmaması, genel mahkemelerin de anayasayı korumakla yükümlü olmaları, anayasa şikayetiyle Mahkeme'nin süper temyiz mahkemesine dönüştürülmesinin engellenmesinde gerekçe olarak gösterilebilir.

dan kavramla neyin kastedildiğinin ipuçları bulunabilir. Yerleşik içtihada göre, "eğer genel mahkemelerin kararları bir temel hakkın anlamı, özellikle de koruma alanı konusunda esaslı derecede yanlış bir görüşe dayanıyorsa ve bu, somut durumda belli bir öneme sahipse, Anayasa Mahkemesi genel mahkemelerin yorum hatalarını düzeltmekle yükümlüdür" (BVerfGE 42, 148-149; st. Rspr.). Ayrıca bkz. BVerfGE 68, 230; 79, 376; 80, 296; st. Rspr. Leibholz/Rinck/Hesselberger, Mahkeme içtihatlarından şöyle bir değerlendirme yapmaktadır: "Eğer bir yargıcın verdiği kararda taraflardan birinin çıkarı diğerine göre daha fazla gözetilmişse ve bu, basit hukukun uygulanmasından kaynaklanıyorsa, yargıcın kararının 'doğruluğuna' ve değerlendirmenin adilliğine ilişkin kuşkular bulunsada, bu durumda bir temel hakka aykırılık söz konusu değildir. Temel hakkın ihlali ya yargıcın somut olayda, çatışan temel hak alanlarının dengelenmesinin sözkonusu olduğunu farketmemesi ya da kararının temel haklardan birinin ya da diğerinin önemine ilişkin temel bir yanlış görüşten, özellikle de bu temel hakkın koruma alanına ilişkin yanlış bir görüşten kaynaklanması halinde gerçekleşir". Bkz. **Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)**, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, s. 17.

65 BVerfGE 18, 92; st. Rspr.

66 Pekcanitez, a.g.m., s. 261.

67 BVerfGE 30, 218 kararının karşıoyunda.

Anayasa Mahkemesi'nin bir temyiz mahkemesi olmadığına diğer bir kanıtı da, genel mahkemelerdeki anayasaya aykırılık iddiasının bekletici sorun niteliğinde olması, oysa anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesi açısından davanın esasını oluşturmasıdır.

Son olarak, anayasa şikayetinin ne kararın kesinleşmesini geciktirme etkisinin (Suspensiveffekt) ne de uyuşmazlığı bir üst mahkemeye götürme etkisinin (Devolutiveffekt) olması, anayasa şikayetinin bir temyiz incelemesi niteliği taşımadığının kanıtıdır. Bir mahkeme kararı anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülse bile, bu başvuru söz-konusu kararın uygulanmasını kural olarak, durdurmadığı gibi, biçimsel ve maddi anlamda kesinleşmesini de önlemez⁶⁸. Dava konusu kararın uygulanmasının durdurulması için Mahkeme'nin geçici tedbir kararı alması gerekmektedir⁶⁹.

Anayasa şikayetine konu olan karar, bir 'üst' mahkemede değil, genel mahkemeler dışında yer alan Anayasa Mahkemesi'nde incelendiğinden, genel mahkemelerin kararlarının tekrar temyiz incelemesine tabi tutulduğu iddia edilemez. Bir kararın temyiz edilmesinden söz etmek için bu kararın, kararı veren ilk derece mahkemesinin hiyerarşik olarak üstünde yer alan bir mahkemece incelenmesi gerekir. Oysa Anayasa Mahkemesi bu hiyerarşi içinde yer almayan 'başka bir mahkeme'dir⁷⁰. Anayasa şikayetinde incelenen yalnızca mahkemenin dava konusu olan karar ile davacının temel haklarını ihlal edip etmediğidir. Eğer mahkeme, kararında keyfi davranmışsa, yasaların yorumunda temel haklara ilişkin esaslara uymamışsa, anayasaya aykırı yasaları uygulamış ya da kararını anayasaya aykırı yasalara dayandırmışsa, böyle bir ihlal gerçekleşmiş sayılır⁷¹.

⁶⁸ Temyiz edilen kararların etkisi konusunda bkz. Meral Sungurtekin, "Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi," *Yargıtay Dergisi*, C. 16, S. 4, 1990, s. 474-476.

⁶⁹ Anayasa şikayetinin etkileri için bkz. Zuck, s. 7 vd.

⁷⁰ Zuck, s. 8. Almanya'da genel mahkemeler, ceza ve hukuk mahkemelerinden oluşan adli mahkemeler, iş mahkemeleri, idare mahkemeleri, sosyal mahkemeler ve finans mahkemelerinden oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesi dışındaki tüm mahkemeler genel mahkemeler olarak anılmaktadır.

⁷¹ Leibholz/Rink/Hesselberger, *Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)*, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, Rdnr. 86 Vor Art. 1-19, s. 14-15.

B. ALMANYA'DA ANAYASA ŞİKAYETİNİN TARİHÇESİ

1949 Bonn Anayasası'na gelinceye dek anayasa şikayeti konusundaki en dikkate değer gelişme Bavyera eyaletinde olmuştur. 1818 Bavyera Anayasası'nda yargısal değil, siyasal nitelikli bir anayasa şikayeti hakkı tanınmıştır. Buna göre her yurttaş (ya da yerel yönetim), anayasal haklarından birinin ihlal edildiği gerekçesiyle iki meclisten birine başvurabiliyordu. Bunun sonucunda da sorun krala götürülürdü. Ancak bu hak yalnızca idari işlemlere karşı ve başka bir kanun yolu olmadığı taktirde kullanılabilirdi. Schlaich, bu hakkın daha çok bir dilekçe hakkı niteliğinde olduğunu belirtmektedir⁷².

1919 Anayasası'yla yapılan düzenlemeye göre ise, Bavyera'da oturan her yurttaş ve tüzelkişi, bir devlet kurumunun eyleminden dolayı anayasaya aykırı bir biçimde haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Yüksek Mahkeme'ye başvurabiliyordu. Ancak davanın konusu yine idari işlemlerle sınırlıydı ve başka kanun yolu olmadığı taktirde kullanılabilen bir yoldu.

1919 tarihli Weimar Anayasası da federal düzeyde anayasa şikayetiyle ilgili herhangi bir düzenleme içermiyordu.

1946 Bavyera Anayasası'nda mahkeme kararlarına karşı da anayasa şikayeti kabul edilmiştir. Böylelikle anayasa şikayeti diğer kanun yollarının karşısındaki ikincil niteliğinden kurtulmuş ve özgül bir hukuki koruma aracı niteliğine kavuşmuştur⁷³.

1849 tarihli Frankfurt Reich Anayasası ise, yürürlüğe hiç girmemiş olmakla birlikte, günümüzdeki anayasa şikayetini etkilemiştir. Bu anayasa Alman vatandaşlarına, anayasal haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Yüksek Mahkeme'ye başvurma hakkı tanımıştır.

1949 tarihli Bonn Anayasası yapılırken anayasa şikayetinin kabul edilip edilmemesi konusu sıkça gündeme gelmiştir. Kurumun anayasaya alınmamasından yana olanlar, Anayasa'nın 19/IV maddesindeki "Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilenlere kanun yolu açıktır. Aksi düzenlenmedikçe olağan kanun yolları geçerlidir" ifadesinin bireylere yeterince hukuki koruma sağladığını ileri sürmüşlerdir. Ancak Anayasa Mahkemesi daha sonraki tarihlerde, bu maddenin, "yasalara karşı bir ka-

⁷² Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, Rdnr. 189; aktaran Tae Ho Chung, *Bedeutung des §90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze*, (Dissertation), Regensburg, 1993, s. 30.

⁷³ Tarihçe için bkz. Joseph Wintrich-Hans Lechner, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit," *Die Grundrechte (III/2)*, (Hrsg. Bettermann-Nipperdey), 2.Auflage, Berlin, Duncker Humblot, 1972, s. 670 vd.

nun yolunu içermediği”ne ilişkin bir kararıyla⁷⁴, bu maddenin her türlü hukuki korumaya olanak tanımadığını ortaya koymuştur. Kurumun benimsenmesinden yana olanlarsa, İkinci Dünya Savaşı deneyimi nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin her türlü korumanın benimsenmesi gerektiğini düşünüyorlardı. Söz konusu olan temel haklar olduğuna göre, korumada bir aşırılıktan sözedilemezdi.

Bu tartışmalara karşın anayasa şikayeti hakkı 1949 Bonn Anayasası’na alınmamıştır. Ancak yasal bir düzenlemenin önünü kesmek için, Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini düzenleyen 93. maddenin ikinci fıkrasına, “Anayasa Mahkemesi bundan başka, federal bir yasayla kendisine verilen görevleri yerine getirir” hükmü konmuştur.

Federal Meclis’in ilk toplantısından üç ay sonra Sosyal Demokrat Parti Meclis’e anayasa şikayetiyle ilgili bir yasa tasarısı sundu. Yasal düzenleme konusunda yine iki karşıt görüş vardı. Kurumun benimsenmesinden yana olanların tezleri, temel hakların bu konuda uzmanlaşmış bir mahkeme tarafından korunmasının daha etkili olacağı, anayasa şikayeti-nin devlete güveni sağlamasının yanısıra demokratik katılımı sağlayacağı ve temel haklara ilişkin etkilendirilmiş bir hukuki korumanın yararlı olduğu noktalarında toplanıyordu. Bu tartışmadan anayasa şikayeti taraftarları galip çıktı ve 1951 tarihinde anayasa şikayeti Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda düzenlendi. Yasanın gerekçesinde, “Anayasa şikayeti ile halkın ve anayasanın birlikte gelişmesi sağlanacak ve yurttaşların demokratik bilinci yükseltilecektir. Eğer temel hakların korunması yargı yetkisi dışında bırakılırsa, anayasayı korumakla görevli Anayasa Mahkemesi, en önemli işlevlerinden yoksun bırakılmış olacaktır” denilmektedir⁷⁵.

Anayasa şikayetinin Federal Anayasa’ya alınması ise 1969 yılında gerçekleşmiştir. Olağanüstü halle ilgili anayasa değişikliğinin yapıldığı sırada temel haklar aleyhine olan gerilemenin, anayasayla güvence altına alınmış bir anayasa şikayeti hakkıyla dengelenmesi düşünülmüştür. Böylelikle temel hakları korumaya yönelik anayasa şikayeti hakkı, yasakoyucunun hakkı kaldırma ya da kapsamını daraltma taleplerine karşı korunmuş olmaktadır.

III. ANAYASA ŞİKAYETİNİN UYGULANDIĞI DİĞER ÜLKELER

Anayasa şikayetini, “kişilerin anayasayla güvence altına alınmış haklarını korumaya yönelik, yasa ya da anayasayla öngörülmüş olan dava

⁷⁴ BVerfGE 24, 41 vd.

⁷⁵ Bkz. Zuck, a.g.e., s. 44.

türü”⁷⁶ olarak tanımlarsak, F. Almanya dışında, aynı geleneğe sahip olduğu söylenebilecek olan Avusturya ve İsviçre’de, Latin Amerika ülkelerinden Meksika, Arjantin, Kolombiya, Brezilya’da, Avrupa’nın diğer ülkelerinden Belçika ve İspanya ile eski Doğu Bloku ülkelerinden Macaristan, Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti’nde, Uzak Doğu’da ise Kore’de anayasa şikayeti kurumu kabul edilmiştir ve uygulanmaktadır⁷⁷. Her ülkenin uygulamasının ayrıntılarını ele almak bu tezin sınırlarını aşacağından, burada yalnızca adı geçen ülkelerin mevzuatına kısaca değinilmekle yetinilmiştir. Ancak Almanca konuşulması ve aralarındaki tarihsel bağlar nedeniyle, Avusturya ve İsviçre’ye daha geniş yer verilmiştir.

i) Avusturya

Avusturya’da 1867 yılında çıkarılan bir yasayla İmparatorluk Mahkemesi kurulmuştu. Bu mahkemenin görevi, yurttaşların anayasayla güvence altına alınmış siyasal haklarını idarenin keyfi işlemlerine karşı korumaktı⁷⁸. İmparatorluk Mahkemesi’ne gidebilmek için öncelikle yetkili idari makamlara başvurmuş olmak gerekiyordu. Bu düzenlemeyle yurttaşlara, devletin iradesinin oluşumuna katılmalarına olanak tanıyan anayasal haklarını koruma olanağı sağlanıyordu. 1919’da çıkarılan bir yasayla, Avusturya-Alman Cumhuriyeti hukuk düzeninde anayasayla güvence altına alınan hakları koruma görevi yeni kurulan Anayasa Mahkemesi’ne verildi ve 1929 yasa değişikliğiyle de Anayasa Mahkemesi’nin görevleri büyük ölçüde genişletildi. 1933-45 dönemi dışında, mahkemenin öneminde herhangi bir değişiklik olmadı.

1948 Avusturya Anayasası’nın 144. maddesine göre, kişiler anayasayla korunan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle idari işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi’ne şikayet yoluna başvurabiliyorlardı. Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarına göre, anayasayla korunan haklar kişilerin subjektif haklarını ifade ettiğinden, biçimsel olarak anayasadan kaynak-

⁷⁶ Helmut Alexy, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1962 içinde, s. 738.

⁷⁷ Anayasa şikayetinin işlevi anayasayla güvence altına alınmış temel hakların ihlalinin önlenmesi olduğundan, başka bir nedenle kişilere tanınan Anayasa Mahkemesi’ne başvurma hakkı bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Kaboğlu’nun verdiği Portekiz örneği, somut norm denetiminin değişik bir uygulaması olduğu ve amacı temel hakları korumak olmadığı için anayasa şikayeti kapsamı içinde yer almamaktadır. Bkz. İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, Ankara, İmge Kitabevi, 1994, s. 64.

⁷⁸ Felix Ermacora, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz, Verlag Styria, 1956, s. 80; Rüdiger Zuck, a.g.e., s. 50.

lanan bütün haklar bu denetimin kapsamına girmektedir. Yani anayasayla korunan haklardan yalnızca temel haklar anlaşılmıyordu. Bu dava türünde yalnızca idari işlemler davanın konusu olabilmesine karşın, kişilerin bu dava aracılığıyla yasakoyucunun haksızlıklarına ve yasaya aykırı kanun hükmünde kararnamelelere karşı korunmaları da olanaktı. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 140. maddesine dayanarak yasaların anayasaya uygunluğunu ve 139. maddeye dayanarak kanun hükmünde kararnamelerin yasaya uygunluğunu resen inceleme yetkisi bulunmaktaydı. Böylece 144. maddeye dayanılarak açılan şikayet davası aracılığıyla, şikayetin konusu olan işlemlerin dayandığı normların anayasal yargı denetimi de yapılabiliyordu⁷⁹.

1948 Anayasası'nın 144. maddesinde yapılan değişiklikle, kişilere, idarenin eylem ya da işlemlerinin **anayasayla güvence altına alınmış temel haklarını** ihlal ettiği gerekçesiyle şikayet yoluna gitmelerinin yanısıra, yasaya aykırı bir kanun hükmünde kararnamenin, anayasaya aykırı bir yasanın ya da hukuka aykırı bir uluslararası sözleşmenin uygulanmasından dolayı **haklarının** ihlal edildiği iddiasıyla şikayet yoluna başvurabilme hakkı da tanınmıştır.

Demek ki, Avusturya'da yalnızca idari eylem ve işlemler için anayasa şikayeti olanaklıdır. Yargı kararlarına ve doğrudan doğruya yasalara karşı bu kanun yolu açık değildir. Bunun için de Avusturya Anayasa Mahkemesi, "Özel İdare Mahkemesi" olarak nitelenmiştir⁸⁰.

Avusturya anayasa şikayetinde yurttaşlar, yabancılar, vatansızlar, statüleri anayasayla korunduğu sürece kamu tüzelkişileri ve özel hukuk tüzelkişileri taraf ehliyetine sahip sayılmaktadır⁸¹. Özel hukuk tüzelkişilerinin taraf ehliyetiyle ilgili herhangi bir yasal ya da anayasal düzenleme bulunmamasına karşın, tüzelkişiliğiyle bağdaştığı ölçüde belli hakların onlar açısından da geçerli olduğu hem öğretide hem de yargıda kabul edilmiştir⁸². Öte yandan tüzelkişilikleri olmamasına karşın seçmen gruplarının da taraf ehliyeti olduğu kabul edilmektedir⁸³.

Almanya'da olduğu gibi, belediyelerin de özerk yönetim ilkesi gereği kendilerine tanınan anayasal haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle

⁷⁹ Ermacora, a.g.e., s. 82; Erwin Melichar, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* içinde, s. 454.

⁸⁰ Krauss, *Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch die Bundesverfassung*, Köln, 1987, s. 21; aktaran, Pekcanitez, *Anayasa Yargısı* 12, s. 262.

⁸¹ Ermacora, a.g.e., s. 309.

⁸² Andrea Hans Schuler, a.g.e., s. 176.

⁸³ Schuler, a.g.e., s. 178.

anayasa şikayeti yoluna gitme hakları vardır. Dini kuruluşlar da bu ilke çerçevesinde değerlendirilmekte ve kendilerine bu hak tanınmaktadır.

Almanya ve İsviçre'den farklı olarak Avusturya'da avukat tutma zorunluluğu vardır.

Dava dilekçesinde, davacının yalnızca herhangi bir hakkının ya da anayasayla güvence altına alınmış anayasal bir hakkının ihlal edilmiş olduğunu iddia etmesi yeterlidir. Hakkın somut olarak belirtilmesi zorunlu değildir. Çünkü Mahkeme bütün haklar açısından bir inceleme yapmaktadır.

Son olarak, Mahkeme'nin, eğer idari işlemin yürürlüğünün durdurulmasında önemli bir sakınca yoksa ya da şikayetçi açısından giderilmesi güç bir zarar doğacaksa, dava konusu işlemin yürürlüğünün durdurulmasına karar verme yetkisi bulunmaktadır⁸⁴.

Görülüyor ki, Avusturya'daki anayasa şikayeti yalnızca idari işlemlere karşı olanaklı olması bakımından Almanya'daki benzerinden daha dar kapsamlı, buna karşılık anayasayla güvence altına alınmış tüm hakların davanın dayanağı yapılabilmesi bakımından daha geniş kapsamlıdır.

ii) İsviçre

İsviçre'de 1848 Federal Anayasası'nın 105. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmişti: "Kişilere anayasayla tanınmış hakların ihlali durumunda Federal Mahkeme'nin, bundan kaynaklanan şikayetleri inceleme yetkisi vardır". Böylesi anayasa ihlallerinin yalnızca kanton düzeyinde gerçekleşeceği düşünülmüş, daha zayıf ve sınırlı bir iktidara sahip olan federal devlete karşı böyle bir koruma sağlama ihtiyacı hissedilmemişti.

Bu düzenlemenin varlığına karşın 1848 Anayasası döneminde gerçek anlamda bir anayasa şikayetinden söz edilemez. Kanton organlarından kaynaklanan hak ihlallerinin siyasal makamlara iletilmesi de olanaklıydı. Böyle bir başvurunun, sorunun Federal Mahkeme'ye götürülmesi gibi bir sonucu da olabiliyordu. Ancak Federal Mahkeme'nin siyasal sorunlarla ilgili karar verme hakkı olmadığından, etkili bir sonuç alınamıyordu. Örneğin, 1848-1874 yılları arasında yalnızca bir dava hakkında karar verilmiştir. Bu nedenle Federal Anayasa'nın ihlali halinde ilk başvuru makamı yine parlamento oluyordu⁸⁵.

1874 tarihli Federal Anayasa'nın 113/I-3 ve II. fıkraları ile Federal Mahkeme'nin anayasa yargısı yetkisi kabul edildi; bu yetkinin istisnasını

⁸⁴ Melichar, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* içinde, s. 471.

⁸⁵ Schuler, a.g.e., s. 47.

federal siyasal organların yetkisi oluşturmaktaydı⁸⁶. İşte, sınırlılıklarına karşın İsviçre’de anayasa şikayeti kurumu böylelikle doğmuştur.

1874 tarihli görev ve yetki yasasında Federal Mahkeme ve siyasal organların yetkileri açık olarak düzenlenmeye çalışıldı. Buna göre, konusu siyasal ya da idari olan konularda federal siyasal organlar, hukuki boyutu öne çıkan konularda ise Federal Mahkeme yetkili kılınıyordu. Ancak bu ayrım çerçevesinde ticaret yapma ve meslek edinme özgürlüğü, inanç ve vicdan, din ve yerleşme özgürlüğüyle, seçme ve seçilme hakları “siyasal sorun” olarak kabul edilmekteydi. 1911 yılındaki reform yasasıyla bu hakların denetimi de tamamen Federal Mahkeme’ye verildi.

Ancak Anayasa’nın 113/III maddesi, federal yasaların, genel bağlayıcı federal kararların ve federal meclis tarafından onaylanmış anlaşmaların denetim dışında tutulmasını öngörmekteydi. Bu da on dokuzuncu yüzyıldaki yasamanın üstünlüğü düşüncesinden kaynaklanmaktaydı⁸⁷.

1943 tarihli “Federal Hukukun Düzenlenmesine Dair Federal Yasa”nın 84. maddesinin (a) bendi yurttaşların, anayasal haklarının ihlali durumunda, **kanton** işlemlerine ya da kararlarına karşı Federal Mahkeme’ye başvurabileceklerini belirtmektedir. Görüldüğü gibi, İsviçre’de anayasa şikayeti⁸⁸ halen yalnızca kanton düzeyindeki kamu hukuku işlemlerine karşı başvurulabilen bir kanun yoludur, federal işlemler kapsam dışıdır. Ancak dava konusu kanton işleminin federal hukuka mı yoksa kanton hukukuna mı dayandığı önemli değildir⁸⁹.

Yasada sözü geçen ‘işlem’den anlaşılması gereken, genel-soyut düzenlemeler, kararlar ve birel işlemlerdir⁹⁰. Örnek olarak, ara kararlar, icrai işlemler, idarenin ihmali ya da hiç işlem yapmaması, tek ya da az miktarda parseli ilgilendiren imar planları gösterilebilir. Buna karşılık büyük imar planları kanun hükmünde kararname olarak değerlendirilmektedir⁹¹.

İsviçre hukukunda, Almanya’dan farklı olarak, dayanılan hakkın yer aldığı metinden ismini alan pek çok şikayet türü bulunmaktadır. Örneğin, şikayetçi federal anayasadaki ya da kanton anayasasındaki yazılı ya da

⁸⁶ Schuler, a.g.e., s. 49.

⁸⁷ Schuler, a.g.e., s. 49.

⁸⁸ “staatsrechtliche Beschwerde” olarak anılan kurum, aslında ‘devlet hukuku şikayeti’ olarak çevrilse de, kurumun kapsamı, konumuz olan anayasa şikayetiyle aynı olduğundan kavram farklılığı yaratılmaması tercih edilmiştir.

⁸⁹ Schuler, a.g.e., s. 142.

⁹⁰ Zuck, a.g.e., s. 58.

⁹¹ Zuck, a.g.e., s. 58 dn. 15.

yazılı olmayan bir hakka dayanıyorsa, **anayasa şikayetinden**, uluslararası bir sözleşmedeki bir hakka dayanıyorsa, **sözleşme şikayetinden**, seçme ve seçilme hakkının ihlaline dayanıyorsa, **seçme hakkı şikayetinden** sözedilmektedir. Burada sözü edilen, federal anayasa ya da kanton anayasasındaki bir hakka dayanılarak kullanılan anayasa şikayeti hakkıdır.

İsviçre’de, “kendilerini şahsen ilgilendiren veya genel bir kapsam taşıyan karamameler veya kararlar ile mağdur edilmiş şahıslar veya kuruluşlar müracaat vasfına sahiptir”⁹². Yurttaşlar, yabancı ve vatansızlar, özel hukuk tüzelkişileri, partiler ve dini kuruluşlar bu kapsam içinde sayılmaktadır.

Kamu tüzelkişilerinin taraf ehliyetine sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. Bir kısım yazar, hangi hukuki ilişki içinde olurlarsa olsunlar, bunların taraf ehliyetinin olamayacağını savunurken, diğer bir kısım yazar da kamu otoritesinin kullanılmadığı durumlarda belli bazı temel haklardan kamu tüzelkişilerinin de yararlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Zuck’a göre, kamu tüzelkişileri, görevleri kişilerin haklarını korumak olduğundan, Almanya ve Avusturya’dan farklı olarak, taraf ehliyetine sahip sayılmamaktadır⁹³. Ancak Federal Mahkeme, bazı kararlarında Hazine ve İsviçre Demiryolları’nın⁹⁴ taraf ehliyetine sahip olduklarına karar vermiştir.

İsviçre’de de Almanya’da olduğu gibi, belediyelerin, özerk yönetim haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Federal Mahkeme’ye şikayette bulunma hakları vardır.

Gene Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre’de de ikincilik ilkesi⁹⁵ mevcuttur. Ancak burada mutlak ve görelî olmak üzere bir ayrım yapılmıştır. Eğer iddia edilen hak ihlali başka bir kanun yoluyla Federal Mahkeme ya da federal bir idari makama götürülemiyorsa, *mutlak ikincilik* ilkesinden; anayasa şikayetinden önce hukuk yollarının tüketilmiş olması koşulundan sözediliyorsa, *görelî ikincilik* ilkesinden sözedilir⁹⁶. Bu ilkenin bazı istisnaları vardır. Sözleşme şikayetinde, bazı hakların (örneğin, yerleşme ve seçme hakkının) ihlali durumunda -çünkü artık bu durumda “ilkesel bir kanun yolu”ndan sözedilir⁹⁷- ya da kanun yol-

92 Jean-François Egli, “Anayasa Yargılamasına Şahsi Müracaat,” **Anayasa Yargısı** 9, 1993, s. 362.

93 Zuck, a.g.e., s. 59.

94 BGE 33 I 706 vd., aktaran Schuler, a.g.e., s. 180.

95 Kavramın ayrıntılı açıklaması için bkz. 2. Bölüm I. Ayrım (D) başlığı.

96 Zuck, a.g.e., s. 59.

97 Schuler, a.g.e., s. 196.

larının tüketilmesinin yalnızca biçimsel bir kural olarak görüldüğü, yani başarı şansının bulunmadığı durumlarda bu dava koşulu aranmaz⁹⁸. Ayrıca çifte vergilendirme yasağı, yasal yargıç ilkesi, eşitlik ilkesine dayalı bir şikayette Mahkeme, kanton içindeki kanun yolları tüketilmemiş olsa bile davayı kabul edebilir. Bu düzenlemenin amacı, bu hakların bekleyemeyecek ve zamana bırakılmayacak kadar önemli anayasal haklar olduğunun kabul edilmesidir⁹⁹.

Normal koşullarda, bir temel hak ya da özgürlüğün ihlali belli süreler içinde dava konusu edilebilir. Ancak İsviçre’de bazı temel haklara öyle önemli ve ayrıcalıklı bir statü tanınmıştır ki, bunlara “vazgeçilmez ve zamanaşımına uğramaz haklar” denmektedir. Normal şikayet süresi geçmiş olsa bile, hakkı ihlal edilen kişi şikayette bulunabilir. Böylece bu temel haklar aracılığıyla kişisel yarar, hukuki istikrardan daha büyük bir önem kazanmış olmaktadır. Sözü edilen haklar şunlardır: kişisel özgürlük, inanç ve vicdan özgürlüğü, yerleşme özgürlüğü, evlenme özgürlüğü, borç nedeniyle hapis yasağı ve bedensel ceza yasağıdır¹⁰⁰.

İsviçre’de kural olarak, dava dilekçesinde hangi temel hakkın ihlal edildiği açıkça belirtilmelidir. Eğer iddia olunan temel hak için bir ihlal görülmezse Mahkeme diğer haklar açısından bir inceleme yapmaz. Ancak yukarıda belirtilen vazgeçilmez ve zamanaşımına uğramaz haklar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Mahkeme incelemesini, dilekçede yer almayan haklar açısından da yapar, çünkü davacının her zaman dava açma ve yeni hak ihlali iddialarını ileri sürme hakkı bulunmaktadır¹⁰¹. Bu nedenle de Mahkeme usul ekonomisi gereği incelemeyi tüm temel haklara yayar.

İsviçre’de de anayasa şikayetinin koruma kapsamının, federal işlemlerin kapsam dışı olması, temel haklar arasında nitelik açısından ayırım yapılması ve yasaların anayasa şikayetinin konusu olamaması nedeniyle, Almanya’dakinden daha sınırlı olduğu görülmektedir.

iii) İspanya

İspanyol hukukuna 1931 Anayasası’yla giren recurso de amparo, Avusturya ve Almanya’da da anayasa şikayeti hakkında karar verebilen Anayasa Mahkemeleri’nin kurulmasıyla 1978 Anayasası’nda özel bir

⁹⁸ Zuck, a.g.e., s. 59.

⁹⁹ Schuler, a.g.e., s. 198.

¹⁰⁰ Schuler, a.g.e., s. 92.

¹⁰¹ Schuler, a.g.e.,s. 213-214.

önem kazanmıştır¹⁰². Recurso de amparo, Anayasa'nın 53/II ve 161/II maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak İspanyol Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerle kamu özgürlükleri ve yurttaşlık haklarıyla yükümlülükleri arasında ayırım yapan düzenleme nedeniyle, Almanca konuşulan ülkelerdeki benzerlerinden farklılıklar göstermektedir.

Anayasa'nın 14.-29. maddeleri arasında temel hak ve özgürlükler sayılmıştır. Bu haklara örnek olarak, yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, kişiliğini geliştirme hakkı, toplanma ve örgütlenme hakkı gösterilebilir. Bunun yanında mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, vicdani nedenlerle askerlik hizmetini reddetme hakkı (Md.30) ya da angarya yasağı gibi haklar, yurttaşlık hakları kapsamında yer almaktadır.

Haklar arasında bu tür bir ikili ayırım yapan İspanyol Anayasası, anayasa şikayeti kapsamında yalnızca temel hak ve özgürlükleri dahil etmektedir. Yani yurttaşlık hakkı sayılan çalışma hakkı ya da angarya yasağı anayasa şikayeti kapsamında sağladığı korumanın dışında bırakılmaktadır. Yalnızca vicdani red hakkı bir istisna olarak anayasa şikayetiyle dava konusu edilebilmektedir¹⁰³.

Bu tabloya bakıldığında İspanyol Anayasası'nın, anayasa şikayeti için Alman Anayasası'na göre daha sınırlı bir haklar kataloğu öngördüğü söylenebilir. Bundan başka, sonuçları itibariyle bu ikili ayırımın temel hakların hukuki korunma güvencesini önemli ölçüde zayıflattığı da bir gerçektir¹⁰⁴.

Amparo sürecinde, Anayasa'nın 161/I b bendi uyarınca, meşru bir çıkarı olan tüm gerçek ve tüzel kişilerle, halkın avukatı (Defensor del Pueblo) ve savcılık taraf ehliyetine sahiptir. Halkın avukatının işlevi, İsveç kaynaklı ombudsman kurumuna benzetilmektedir¹⁰⁵. Amacı, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerini korumaktır; bu amaçla idarenin etkinliklerini izlemek ve bu konuda parlamentoya rapor vermekle yükümlüdür.

Savcılığın taraf ehliyetine sahip olmasının nedeni ise, pek çok ülkede görülen aksine, savcılığın görevinin yalnızca ceza davalarıyla sınırlı olmamasıdır. Savcılığın Roma hukuku geleneğinden kaynaklanan görevleri

¹⁰² İbrahim Kaboğlu, amparonun 1980'de kabul edildiğini belirtiyorsa da (Anayasa Yargısı, Ankara, İmge Kitabevi, 1994, s. 63), İspanyol hukukunda 1931'den beri varolan kurumun, 1978 Anayasası'yla sadece öneminin arttığından sözedilebilir. Meksika kökenli amparonun diğer ülkelere yayılmasıyla ilgili olarak bkz. Hans-Rudolf Horn, *JöR* (29), 1980, s. 506-508.

¹⁰³ H. J. Faller, "Das spanische Verfassungsgericht," *JöR* (29), 1980, s. 284.

¹⁰⁴ Albrecht Weber, "Die Spanische Verfassung von 1978," *JöR* (29), 1980, s. 221.

¹⁰⁵ bkz. Faller, a.g.m., s. 284; Zuck, a.g.e., s. 65.

arasında, yargı sürecinin yasallığını denetlemek, yurttaşlık haklarını korumak, genel düzeni resen ya da kişilerin başvurusu üzerine korumak, mahkemelerin bağımsızlığını gözetmek ya da toplumsal çıkarların korunması için çaba göstermek bulunmaktadır (Anayasa md. 124)¹⁰⁶. Bu işlevi dolayısıyla savcılığa anayasa şikayetinde bulunma hakkı da tanınmıştır.

Amparo başvurusu, **yasalar dışında kalan kamu gücü işlemlerine** (idari kararlar/işlemler ve yargı kararları) karşı, bütün kanun yolları tüketildikten sonra yirmi günlük süre içinde yapılabilmektedir. Mahkeme'nin resen ya da talep üzerine yürürlüğün durdurulması kararı verme yetkisi vardır¹⁰⁷.

iv) Çek Cumhuriyeti

25.11.1992 tarihli yasayla dağılmasına karar verilen Çekoslovak Federasyonu bu yasa doğrultusunda 31.12.1992 tarihinde resmi olarak ortadan kalkmış; Federasyon'un ardılları olarak Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti, 1.1.1993 tarihi itibariyle Federasyon'un yetkilerini devralmışlardır. Nitekim sözkonusu yasanın kabul edilmesinin hemen ardından her iki devlet de anayasalarını hazırlamışlar ve buna ek olarak **Anayasa Mahkemesi kanunlarını yürürlüğe koymuşlardır**. Çek Cumhuriyeti de bağımsızlığını kazandıktan sonra Federasyon'un demokratikleşmedeki ilkelerine sadık kalmış ve Çek Ulusal Parlamentosu 16.12.1992 tarihinde Çek Cumhuriyeti Anayasası'nı kabul etmiştir. Bu anayasada temel hak ve özgürlükler tek tek sayılmamış yalnızca 3. maddesinde, "Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Belge"nin anayasal düzene dahil olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. 4. maddede de temel hak ve özgürlüklerin yargı koruması altında olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 87. ve 16.1.1993 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 72.-84. maddelerine göre Mahkeme, yerel idarelerin devletin yasalara aykırı müdahalelerine karşı açtıkları anayasa şikayeti davaları ile kesin kararlara karşı ve kamu gücünü kullanan kamu organlarının anayasayla korunan temel hak ve özgürlükleri ihlali nedeniyle açılan anayasa şikayeti davalarına bakar. Buna göre, bireysel anayasa şikayeti hem yargı kararlarına hem de idari eylem ve işlemlere karşı olanaklıdır. Komünal anayasa şikayeti ise, Almanya'dakine benzer biçimde özerk yönetim haklarının ihlali gerekçesine dayandırılmaktadır.

¹⁰⁶ Faller, a.g.m., s. 284.

¹⁰⁷ Zuck, a.g.e., s. 66.

Dava açma süresi 60 gündür. Anayasa şikayeti ile birlikte şikayete konu olan işlemin dayandığı yasa ya da tüzüğün tamamının ya da bir kısmının iptali de talep edilebilir. Anayasa şikayetinin durdurucu etkisi yoktur. Ancak kanunda öngörülen zorunluluk hallerinde geçici tedbir kararı verilebilir¹⁰⁸.

v) Slovak Cumhuriyeti

Slovak Cumhuriyeti de öncülü olan Federasyon'un ilkelerini büyük ölçüde benimsemiştir. Bu doğrultuda 1991 yılında kabul edilmiş temel haklar katalogunu neredeyse tamamen devralmıştır. Tıpkı Çek Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler yasaların üstünde yer alır.

Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri arasında, temel hakları ihlal eden idare organlarının kesin kararlarına karşı yapılacak anayasa şikayeti başvurularını incelemek de yer almaktadır. Buna göre, yalnızca idarenin eylem ve işlemlerine karşı anayasa şikayeti hakkı mevcuttur. Yasamanın ve diğer genel mahkemelerin kararlarına karşı bu hukuki korumadan yararlanılamamaktadır¹⁰⁹.

vi) Macaristan

1990'ın başına kadar Macaristan'da anayasa yargısı mevcut değildi. Bu, 1990 öncesi devlet yapısında iktidarın birliği açısından zaten olanaksızdı. Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin mevcut yetkilerine bakıldığında ise, diğer uluslararası örnekleriyle karşılaştırıldığında oldukça geniş yetkilere sahip olduğu görülmektedir. Mahkeme hem soyut hem de somut norm denetimi yoluyla anayasaya aykırılık iddialarını incelemektedir. İlginç olan, soyut norm denetimi için herkesin başvuru yetkisinin olmasıdır. Yani soyut norm denetimi, popüler davanın somutlaşmış bir biçimine dönüştürülmüştür. 1993'e dek yapılan başvuruların % 90'ını vatandaşların soyut norm denetimi başvuruları oluşturmaktadır. Bu hakkın en kayda değer sonuçlarından biri hiç kuşkusuz, ölüm cezasının Anayasa Mahkemesi kararıyla kaldırılmış olmasıdır.

Anayasada güvence altına alınmış hakları (yalnızca temel hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmamıştır) anayasaya aykırı bir hukuk normuyla ihlal

¹⁰⁸ Anayasa için bkz. Helmut Slapnicka, "Die Verfassungsordnung der Tschechischen Republik", *Osteuropa-Recht*, 1994, s. 45-63; Anayasa Mahkemesi Kanunu için bkz. *ROW*, 1995/1, s. 27-31 ve 1995/2, s. 58-64.

¹⁰⁹ Bkz. Christian Baumgartner, "Die Verfassung der Slowakei vom 1.9.1992", *ROW*, 1992, s. 375-380.

edilenler ise, bu norma karşı gidilebilecek bütün kanun yolları tüketildikten sonra bu normun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikayetinde bulunabilirler. Anlaşılacağı üzere, anayasa şikayetinin konusu yalnızca bir normdur, kesinleşmiş mahkeme kararları ya da bağlayıcı idari kararlar anayasa şikayetinin konusunu oluşturmaz.

Başvuru süresi, normun ilgiliye uygulanmasından itibaren 60 gündür. Eğer başvuru kabul edilirse, ilgili norm kısmen ya da tamamen iptal edilir¹¹⁰.

vii) Belçika

Belçika'da bireysel başvuru hakkı bir yasa ya da karamameye karşı olanaklıdır ve çıkarı bulunduğunu iddia eden herkes bu yola başvurabilir¹¹¹.

viii) Meksika

Anayasa şikayetinin Latin ülkelerindeki adıyla 'amparo', Latin Amerika'da ilk olarak Meksika tarafından anayasaya alınmıştır. Amparo, 1857 tarihli Anayasa'yla Meksika hukukuna girmiş ve 1919, 1936 ve 1951'de çıkarılan yasalardan sonra bugünkü halini almıştır. Meksika'daki anlamıyla amparo, "anayasayla güvence altına alınmış olan **insan haklarının** korunmasında kullanılan hukuki yollardan biridir"¹¹². Amparo adı verilen kurumun konusu "garantias individuales" olarak anılan ve Anayasa'nın birinci başlığının birinci kısmında yer alan haklardır. Bu kavramın insan haklarına denk bir anlamı olduğu düşünülmektedir¹¹³. Meksika amparosu çok geniş bir koruma alanına sahiptir. Temel işlevi, anayasallık denetimi ve genel ulusal hukuk düzeninin federal devlet ve eyaletler düzeyinde korunması¹¹⁴ olmakla birlikte, bu sürecin başlıca beş işlevinden sözedilmektedir:

a) Yaşam hakkı ve kişisel özgürlüğün korunması (Anglo-Sakson hukukundaki habeas corpus'a benzer bir yöntem olarak),

b) Anayasaya aykırı yasaların şikayet ya da dava yoluyla iptali.

110 Gábor Halmai, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn", **Recht in Ost und West (ROW)**, 1993, s. 4-6.

111 bkz. Kaboğlu, a.g.e., s. 64.

112 Héctor Fix-Zamudio, "Verfassungskontrolle in Lateinamerika," **JöR (25)**, 1976, s. 661.

113 Hans-Rudolf Horn, "Grundzüge des mexikanischen Verfassungsrechts," **JöR (29)**, 1980, s. 500.

114 Fix-Zamudio, a.g.m., s. 663.

Burada amaç, anayasayla güvence altına alınmış bir kişisel hakkının, bir yasa tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle hak sahibinin, sözkonusu yasa maddesine karşı dava hakkının korunmasıdır. Ancak Mahkeme'nin dava konusu yasa maddesini anayasaya aykırı bulması halinde, bu madde'nin davacıya uygulanmamasına karar verilmesiyle yetinilir; kararın etkisi yalnızca tarafla sınırlıdır, yani kararın erga omnes etkisi yoktur.

c) Yargı kararlarının iptali.

Ceza, hukuk, idare ve iş mahkemelerinin yanısıra askeri mahkeme ve diğer bütün mahkemelerin kararlarına karşı amparo yoluna başvurulabilir.

d) Yürütmenin ve idarenin karar ve işlemlerinin iptali.

Bu kapsamda, gerek federal gerekse eyalet idare organları tarafından verilen ve idare mahkemelerinin sınırlı yetkisine dahil olmayan tüm karar ve işlemler iptal konusu olabilir.

e) Toprak reformu tedbirleri nedeniyle çiftçilerin korunması¹¹⁵.

Amparonun bu geniş kapsamı içinde norm denetimi, temyiz, idari usul ve temel hakların korunması işlevi birleşmiştir. Konumuz olan anayasa şikayeti bu sürecin küçük bir bölümünü oluşturmaktadır¹¹⁶.

Amparo yoluyla, idarenin eylem ve işlemlerinin yanında, bu işlemleri denetleyen idare mahkemelerinin kararları da denetlenebilmektedir. Kişiyi güncel ve doğrudan etkilemek koşuluyla federal yasalara ya da eyalet yasalarına karşı da amparo olanaklıdır.

ix) Arjantin

Arjantin'de federal düzeyde anayasal denetim, "habeas corpus" ve koruma şikayeti olarak çevrilebilecek "recurso de amparo" ile gerçekleştirilmektedir. Habeas corpus kişisel özgürlüğü korumaya yönelik olduğu halde, amparo, anayasada yer alan temel hakları korumaya yöneliktir. Arjantin, amparo gibi bir koruma yöntemini, mahkeme kararıyla hukuk dünyasına kazandıran tek örnek olarak dünya hukuk tarihine geçmiştir. Yüksek Mahkeme, 1957 ve 1958 yılında verdiği iki kararla¹¹⁷

¹¹⁵ Horn, a.g.m., s. 502-503; Monika Reckhorn-Hengemühle, Der spanische "Recurso de amparo" und die deutsche Verfassungsbeschwerde, (Dissertation), Osnabrück, 1987, s. 23 vd.

¹¹⁶ aynı doğrultuda bkz. Zuck, a.g.e., s. 63.

¹¹⁷ Kararlar için bkz. Angel S. Siri, Entscheidungen vom 27.12.1957 (La Ley Bd. 89, S. 532); Kot Samuel S.R.L., Entscheidungen vom 5.9.1958 (La Ley Bd. 92, S.

anayasada yer alan temel hakları köklü bir biçimde değiştirmiştir. Mahkemenin kararlarından şu sonuçlar çıkarılmaktadır:

a) Amparo davası, habeas corpus'la korunan kişisel özgürlük hakkı dışında kalan ve anayasada yazılı olan tüm temel hakların ihlal edildiği gerekçesiyle açılabilir. Dava konusu işlemin yürürlüğe konmuş olması gerekmektedir,

b) Habeas corpus'un aksine, Yüksek Mahkeme'nin bir kararına göre, bu dava türünde gerçek kişilerin eylemlerine karşı da dava açılabilir. Yani davanın tarafları, hakkı ihlal edilen kişi ile devlet organı ya da dava konusu işlemi uygulayan kişi olabilir,

c) Temel hak ihlali öyle açık biçimde hukuka aykırı bir işleme dayanmalıdır ki, yargıç kısa bir inceleme süresinde iddia edilen hak ihlalini saptayabilsin. Ayrıca hakkı ihlal edilen kişinin hakkını korumak için başka bir hukuki araca sahip olmaması gerekir. Mevcut kanun yollarının ağır ve giderilmesi olanaksız bir zararı önlemeye yetmemesi de yeterli görülmektedir,

d) Karar vermeye her derecedeki mahkemeler yetkilidir,

e) Kararın hüküm fıkrasında, dava konusu işlemin kaldırılmasına ya da bir ihmâl söz konusuysa bir işlemin yapılmasına karar verilir¹¹⁸.

x) Brezilya

Brezilya Anayasası'nın 153. maddesine göre, "mandado de seguridad" olarak anılan anayasa şikayeti ile mahkeme kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmektedir. Bunun için mahkeme kararlarına karşı başvuru olanaklarının tükenmiş ve kararın şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekmektedir¹¹⁹.

xi) Kolombiya

Kolombiya'da kişiler, anayasayla güvence altına alınan haklarının yürütmenin ya da idarenin bir işlemiyle ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmektedir. Yine yargı yollarının tüketilmiş olması ve kişinin hukuki çıkarının bulunması dava şartlarındandır.

632), aktaran, Julio A. Barberis, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien," *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* içinde, s. 47 (dn.33).

118 Barberis, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* içinde, s. 47-48 ve 65-67.

119 Pekcanitez, *Anayasa Yargısı* 12, s. 265.

xii) Kore

Kore'de kabul edilen bireysel başvuru hakkı, itiraz yolunun bir üst aşaması olarak kabul edilmiş olması nedeniyle ilgi çekicidir. Buna göre, bireyler temel haklarını korumak amacıyla şu durumlarda Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilirler:

1) İdari işlem tesisinden veya tesis edilmemesinden dolayı temel haklarının ihlal edildiğini düşünüyorlarsa,

2) Anayasaya aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi ile ilgili talepleri genel mahkemelerce reddedilmişse¹²⁰. Anayasa Mahkemesi yargıçlarının kişilerin doğal yargıcı olarak kabul edilmesiyle ikinci tür başvuru hakkının doğal yargıç ilkesinin ihlalini önlemeye yönelik olduğu düşünülebilir.

¹²⁰ Yang-Kyun Kim, "Kore'de Anayasal Başvuru Sistemi," *Anayasa Yargısı* 9, Ankara, 1993, s. 347.

İKİNCİ BÖLÜM

FEDERAL ALMANYA'DA ANAYASA ŞİKAYETİNE BAŞVURU KOŞULLARI

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra liberal bir mantıkla hazırlanan, yani temel hak ve özgürlükleri tanımakla birlikte bunları korumaya yönelik tedbirler öngörmeyen, 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın, anayasal düzeni korumakta yetersiz kalması ve Almanya'da nasyonal-sosyalist rejimin yolunu açması, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan 1949 Bonn Anayasası'nın yapısını ve karakterini önemli ölçüde etkilemiştir. Devletin temel değerlerinin korunması görevinin tarafsız, siyasal dalgalanmalardan etkilenmeyecek bir organa bırakılması düşünülmüş, bunun da en iyi biçimde bir Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirileceğine karar verilmiştir.

Katz'a göre, savaş sonrası Almanya'sında hukuk devleti, biçime ve esasa ilişkin olmak üzere iki yönden yeniden tanımlanmıştır: Burjuva-liberal hukuk devleti yerine sosyal hukuk devleti ve biçimsel bir hukuk devleti yerine maddi bir hukuk devleti benimsenmiştir. Artık devlet, anayasadaki temel hak ve özgürlükleri yalnızca korumakla görevli değildir, aksine bunları gerçekleştirmekle yükümlüdür¹²¹. Özgürlükçü demokratik düzene karşı temel hakların kötüye kullanılmasının yasaklanması, sosyal devlet ilkesinin açıkça benimsenmesi ve sosyal eşitliğin güvence altına alınması, yeni anayasa anlayışının ortaya çıkma biçimleridir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerine bakıldığında, Mahkeme'ye yüklenen özel görev kolaylıkla anlaşılabilir. Yüksek federal organların yetki ve görevleriyle ilgili uyuşmazlıklarda anayasayı yorumlamak, yasaların soyut ve somut norm denetimi yoluyla anayasaya uygunluğunu sağlamak, federal devletle eyaletler arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını karara bağlamak ve nihayet bireysel ve komünal anayasa şikayetlerine bakmak. Mahkeme'nin geniş yetki ve görev alanı içinde en çok yer tutan ve Mahkeme'nin içtihatlarının büyük bölümünü

¹²¹ Alfred Katz, *Staatsrecht*, 10. Auflage, Heidelberg, C.F.Müller, 1991, s. 79. Bunun yanında Schmidt-Bleibtreu/Klein, *Anayasa Mahkemesi'nin, devlet birliğinin kurulması ve geliştirilmesinde birleştirici bir etken olduğunu belirtmektedir*. Bkz. *Kommentar zum Grundgesetz für die BRD*, Neuwied, Darmstadt, Luchterhand, 1977, s. 806-807.

oluşturan dava türü, anayasa şikayetidir. Bu bölümün konusunu, büyük ölçüde Mahkeme'nin içtihatları ve öğretinin katkısıyla gelişmiş olan anayasa şikayeti usulü oluşturmaktadır.

I. BİREYSEL ANAYASA ŞİKAYETİ

A. ANAYASA ŞİKAYETİNİN KONUSU OLAN KAMU GÜCÜ İŞLEMLERİ

Anayasa şikayetinde bulunmak için şikayetçinin, “ haklarının bir kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia etmesi” gerekmektedir (AY 93/I, 4a; AYMK Md. 90/I). Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 92. maddesinde de, şikayetin gerekçesinde ihlal edildiği iddia edilen temel hakla birlikte, “eylem ya da ihmaliyle hakkı ihlal eden organ ya da makamın”ın da belirtilmesi gerektiği kuralı yer almaktadır. Bu durumda kamu gücünden ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır.

Federal Alman Anayasası'nın 1/I maddesinde, insan onurunun dokunulmaz olduğu; buna saygı göstermek ve bunu korumanın devlet gücünün görevi olduğu belirtildikten sonra, 3. fıkrada temel hakların yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan bağladığı hükmü yer almaktadır. Buna göre, AY Md. 93 ve AYMK Md. 90'da sözü edilen “kamu gücü”nden anlaşılması gereken, yasama, yürütme ve yargı organlarıdır¹²².

Anayasa şikayetinde davanın konusu, kamu gücünün bir davranışdır. Bu, bir eylem ya da işlem gibi olumlu bir davranış olabileceği gibi, yapması gerekeni yapmama, bir eylem ya da işlemi gerçekleştirilmeme biçiminde olumsuz bir davranış da olabilir. Gerek anayasa şikayetinin gerekçelendirilmesiyle ilgili 92. maddede gerekse kararda bulunması gereken unsurları belirten 95. maddede, kamu gücünün ihmalden söz edilmesi, ihmalin de dava konusu olabileceğinin açık kanıtlarıdır.

Dava konusu kamu gücü işlemi/ihmali, Federal Alman kamu güçlerine ait olmalıdır. Avrupa Birliği, yabancı bir devlet gücü, uluslararası ya da ulusal-üstü bir kamu gücü işlemi, Federal Almanya'da tanınmış bir hak olan anayasa şikayetinin konusu olamaz¹²³. Ayrıca Federal Anayasa

122 Bkz. Dieter Dörr, *Die Verfassungsbeschwerde in der Prozesspraxis*, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, s. 23; Zuck, a.g.e., s. 195.

123 Pestalozza, a.g.e., s. 173 ve aynı sayfada dn. 77. Avrupa Birliği kamu gücü işlemlerinin/ihmallerinin dava konusu olamayacağı hakkında bkz. BVerfGE 22, 295, 297; 37, 283; 58, 22 vd. Her ne kadar sözü edilen kararların verildiği tarihlerde Avrupa Birliği, Avrupa Topluluğu olarak anılmaktaysa da, bugün kullanılan terimin kullanılması yeğlenmiştir.

Mahkemesi de bir Alman kamu gücü makamı olmasına karşın, bu Mahkeme'nin kararları anayasa şikayetinin konusu olamaz¹²⁴.

Yasama organının yalnızca maddi anlamda yasaları değil, uluslararası anlaşmaları uygun bulma yasaları da anayasa şikayetinin konusu olabilmektedir¹²⁵. Bu doğaldır, çünkü ancak kabul yasası Alman kamu gücü işlemi olarak kabul edilmektedir. Uluslararası anlaşmaya karşı anayasa şikayeti söz konusu olmadığı gibi, bunun uygulanmasından doğacak ihlallere karşı da şikayette bulunma olanağı yoktur.

Anayasa Mahkemesi Eurocontrol kararlarıyla, Mahkeme'nin uluslararası sözleşmelerin hükümlerini anayasaya uygunluk açısından denetleyemeyeceğine karar vermiştir¹²⁶. Bunun anlamı, ne bu tür sözleşmelerin maddelerine ne de uygulama işlemlerine karşı anayasa şikayetinde bulunulabileceğidir¹²⁷. Ancak sözleşme, bunu uygulayacak devlet olan Almanya'ya bir takdir alanı bırakmışsa ve uygulamayı gerçekleştiren Alman kamu gücü makamları bir temel hakkı ihlal etmişse, bu ihlal anayasa şikayetinin konusu olabilir¹²⁸.

Yine Mahkeme'ye göre, "kişilerin temel hak alanlarını doğrudan etkileyen uluslararası sözleşmeleri onay yasaları" da anayasa şikayetinin konusu olabilir¹²⁹. Türk Anayasası'nın 90/II maddesine benzer biçimde, Alman Anayasası'nın 59/II maddesinin aksi yorumundan çıkarılan sonuca göre, federal devletin siyasal ilişkilerini düzenlemeyen anlaşmalar, onay yasaları olmaksızın da iç hukukta uygulanabilmektedir. Bu durumda sözleşme hükümleri doğrudan doğruya Alman kamu gücü makamları tarafından uygulanacağından, sözleşme hükümleri de anayasa şikayeti yoluyla denetlenebilecektir.

Robbers, onay yasalarının diğer yasalardan farklı olarak, yürürlüğe girmeden önce, ancak Meclis'te kabul edildikten sonra anayasa şikayetinin konusu olabileceğini belirtmektedir. Bunun nedeni olarak da, Almanya'nın uluslararası alanda kendisini anayasaya aykırı biçimde bağlamasını ve sözleşme hükümlerinin anayasaya aykırı olduğunun sap-

124 Fritz, *AnwBl.*, 1986, s. 359; Pestalozza, a.g.e., s. 174.

125 BVerfGE 6, 295 vd; 40, 141 vd; 57, 23.

126 BVerfGE 57, 26 vd; 59, 85 vd.

127 Dörr, a.g.e., s. 32.

128 BVerfGE 30, 310; aynı görüşte Dörr, a.g.e., s. 33.

129 BVerfGE 6, 294 vd; BVerfGE 40, 156.

tanması halinde uluslararası düzeyde sorumlu tutulmasını önleme amacını göstermektedir¹³⁰.

Anayasa değişikliğine ilişkin yasalar da anayasa şikayetinin konusu olabilmektedir¹³¹.

Devlet başkanınca verilen af kararları, kamu gücünün dava edilebilen işlemlerinden değildir¹³².

Henüz yürürlüğe girmemiş bir yasaya karşı anayasa şikayeti geçersizdir¹³³. Resmi Gazete’de yayınlanmış ama henüz uygulanmaya başlanmamış bir yasa da hukuki anlamda var olmasına karşın, “bir güç” (kamu gücü) olmadığından anayasa şikayetinin konusu olamaz¹³⁴.

Yalnızca bireyler için bağlayıcı ve emredici kamu gücü işlemleri şikayetin konusu olabilir. Çünkü şikayette birey, temel haklarından birinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Yani bağlayıcı olmayan genel direktifler, kurum içi görüş bildirmeler, bilirkişi raporları, yargısal öğüt ve öneriler davanın konusu olamaz¹³⁵.

Davanın konusunu oluşturan kamu gücü işlemlerinde dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, bunların kamu hukuku nitelikli olmalarıdır. Yani bireylerle eşit hukuki statülerde girdiği özel hukuk ilişkilerinde kamu organlarının işlem ve eylemleri, kural olarak, anayasa şikayetinin konusunu oluşturamaz. Çünkü ortada zorlayıcılık ve bağlayıcılık unsuru eksiktir. Ancak Weber devleti işlevsel bir kamusal güç olarak ele almakta ve özel hukuk ilişkileri içinde olsa bile, bu işlevi yerine getirirken dolaylı da olsa temel haklarla olan bağlantısının anayasa şikayetinin konusu olabileceğini belirtmektedir¹³⁶. Pestalozza da, kamu organları özel hukuk tüzelkişileri gibi işlem yapsalar da bu ilişki içinde, tıpkı yurttaşlar gibi, temel haklarla dolaylı olarak bağlı olduklarını düşünmektedir.

130 Gerhard Robbers, "Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit", *JuS*, 1993/9, s. 742.

131 BVerfGE 30, 16 vd. Bu kararda, anayasa değişikliğine ilişkin yasalara karşı anayasa şikayetinin olanaklı olduğu kabul edilmekle birlikte, somut olayda, anayasa değişikliğinin uygulanmak için basit yasakoyucunun bir yarasını gereksindiği, doğrudan ilgili olma koşulu gerçekleşmediği için davanın reddi gerektiği belirtilmektedir.

132 BVerfGE 25, 357 vd.

133 BVerfGE 42, 283.

134 Zuck, a.g.e., s. 200.

135 Schuler, a.g.e., s. 141.

136 Hermann Weber, "Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde in der öffentlichrechtlichen Arbeit," *JuS*, 1992/2, s. 124.

“Dolaylı kamu gücü” olarak nitelenebilecek bu bağıllık nedeniyle söz-konusu işlemler de şikayetin konusunu oluşturabilmektedir¹³⁷.

Kamu gücünün ihmali, dava konuları içinde en çok tartışma yaratandır. Bir ihmal bir temel hakkı, ancak kamu gücüne -açıkça ya da örtük olarak- bir eylemde bulunulması emredilmişse ihlal edebilir¹³⁸.

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, icrai işlemlere yasa¹³⁹, kanun hükmünde kararnameler¹⁴⁰, tüzük¹⁴¹, kamu hukuku sözleşmeleri¹⁴² ve idarenin bireysel işlemleri¹⁴³ örnek gösterilebilir.

İhmalin varlığı için, eylemde bulunmaya ilişkin bir yükümlülük bulunmalıdır. Bu yükümlülük, açıkça düzenlenebileceği gibi, temel hakkın yorumundan da çıkarılabilir.

Schuler, ancak kişilere sübjektif olarak pozitif bir yasama işlemini talep hakkı veren açık anayasal buyruk normunun varlığı halinde ihmal-den sözedilebileceğini belirtmektedir¹⁴⁴.

Anayasa'nın 3. maddesindeki eşitlik ilkesi, kamu gücünün ihmali bulunduğuna ilişkin pek çok davanın dayanağı olmuştur. Özellikle yasakoyucunun -ikincil olarak da yasayı yorumlamak ve uygulamakla görevli idarenin- bazı düzenlemelerinin kapsamı dışında bırakılanlar, bu işlemle temel haklarının ihlal edildiğini iddia edemedikleri için, yasakoyucunun bu alanda bir ihmali olduğunu ileri sürerek, anayasa şikayetinde bulunma yoluna başvurmuşlardır.

Eşitlik ilkesinin ihlaline dayandırılan anayasa şikayetinde dava konusunun, yasakoyucunun eksik bıraktığı genel-soyut işlem olduğunu düşünenlerin yanında¹⁴⁵, ağırlık kazanan bir görüş de bir ihmal davasının açılabilirliğidir¹⁴⁶. İhmal davası açılması durumunda davanın konusu, pozitif düzenleme değil, yasakoyucunun ihmali olacaktır¹⁴⁷.

137 Pestalozza, a.g.e., s. 174.

138 Pestalozza, a.g.e., s. 173.

139 BVerfGE 30, 17; 43, 386.

140 BVerfGE 53, 389; 74, 320 vd.

141 BVerfGE40, 195; 43, 266; 61, 274.

142 BVerfGE 68, 215.

143 BVerfGE 58, 104 vd; 65, 36.

144 Schuler, a.g.e., s. 163. Aynı görüşte bkz. Gather, *DWW*, 1984/5, s. 117-118.

145 Wessel, *DVBl.* 1952/67, s. 164; aktaran Schuler, a.g.e., s. 164-165.

146 Schuler, a.g.e., s. 164-165.

147 BVerfGE 6, 264-265; 15, 60.

Alman Anayasası'nın yasakoyucuya verdiği en açık yükümlülük, evlilik dışı çocukları, evlilik içi çocuklarla aynı toplumsal statüye kavuşturma ve maddi ve manevi gelişmelerini sağlamak için aynı koşulları gerçekleştirme yükümlülüğüdür (AY Md.6/V). Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre de, "yasakoyucu kendisine tanınan sürede bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, anayasayı ihlal etmiş olacaktır"¹⁴⁸. Yine Mahkeme'ye göre, "AY Md.6/V anayasal bir değerdir ve yasakoyucu genel eşitlik ilkesi çerçevesinde de bu hakkı dikkate almakla yükümlüdür"¹⁴⁹.

Özellikle dikkat edilmesi gereken bir nokta da, eşitlik ilkesine dayanılarak açılacak bir anayasa şikayeti davasında, yasakoyucunun bir ihmalden sözdebilmek için, yasakoyucunun bir işleminin varlığıdır. Çünkü yasakoyucu bir işlem yapmaya zorlanamaz ve hareketsizliği, 3. maddedeki eşitlik çerçevesinde ihmal olarak nitelenemez¹⁵⁰.

Zuck ise ihmal konusunda gerçek/gerçek olmayan ihmal ayrımı yaparak, yasakoyucunun bir düzenleme yaptığı durumlarda, bu düzenlemenin dışında bırakılanların açacakları davanın konusunun yasal düzenleme olduğunu belirtmektedir¹⁵¹. Detterbeck de bu ayrımı benimseyerek, yasakoyucunun bir düzenleme yaptığı ancak bazı kişi ya da grupları kapsam dışında bıraktığı durumların gerçek olmayan ihmale örnek oluşturduğunu belirtmektedir. Bu durumda ihmale karşı anayasaya aykırılık değil, yasaya karşı anayasaya aykırılık ileri sürülür¹⁵².

Detterbeck gerçek/gerçek olmayan ihmal ayrımının olası sonuçlarını şöyle değerlendirmektedir:

1- Gerçek olmayan ihmalde, kişi kendisinin de kapsama alınması için başvuruda bulunur. Bu arada kısmi düzenlemeye karşı dava açar ve bu dava sırasında somut norm denetimi talebinde bulunur. Eğer sonuç çıkmazsa, nihai karara karşı anayasa şikayetinde bulunur.

¹⁴⁸ BVerfGE 8, 216 vd. Anayasa Mahkemesi 1969 yılında verdiği bir kararda (BVerfGE 25, 180), bu yükümlülüğü yerine getirme süresinin mevcut yasama döneminin sonunda sona erdiğini, yasama döneminin sonuna kadar gerekli işlemlerin yapılması gerektiğini belirtmiştir. Eğer bu gerçekleşmezse, anayasanın iradesi, olanaklı olduğu ölçüde yargı tarafından yerine getirilecektir. Ayrıca bkz. Gather, *DWW*, 1984/5, s. 118.

¹⁴⁹ BVerfGE 17, 153; 22, 172.

¹⁵⁰ Lechner, *NJW*, 1955/8 II, 1818-1819; aktaran Schuler, a.g.e., s. 165.

¹⁵¹ Zuck, a.g.e., s. 228.

¹⁵² Steffen Detterbeck, "Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art.93 Abs. 1 Nr.4a GG auch bei normativem Unterlassen?," *DÖV*, 1990/20, s. 860.

2- Gerçek ihmalde ise, yasakoyucuyu harekete geçirecek bir yaptırım mevcut değildir¹⁵³.

Ancak Detterbeck'in bu kesin ayırımına karşılık Anayasa Mahkemesi istisnai olarak, "yasakoyucu ihmal ile bir düzenlemenin iyileştirilmesi yönündeki anayasal yükümlülüğünü ihmal etmişse, anayasa şikayetine başvurulabilir" görüşünü ortaya koymuştur¹⁵⁴.

Dörr ise, yasakoyucunun bir işleminin dışında bırakılanların Ana-yasa'nın 3. maddesindeki eşitlik ilkesine dayanarak açtıkları davanın, bir ihmal davası olmadığını, davanın konusunun pozitif düzenleme olduğunu belirtmekte ve bu durumu "gerçek olmayan ihmal" olarak nitelendirmektedir¹⁵⁵. Mahkeme'nin sözkonusu yasayı iptal etmesi durumunda da yasakoyucu ya eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeleri kaldırarak aynı düzenlemeyi yapacak ya da önceden bundan yararlanamayanları kapsama dahil edecektir.

Dörr AY Md. 6/V'in yanısıra, askerlik hizmetini vicdani kanaatlerine aykırı bulanlarla ilgili AY Md. 12a/II, cümle 3'ün de yasakoyucuya açıkça yükümlülük getirdiğini düşünmektedir¹⁵⁶. Bu maddeye göre, "vicdani nedenlerle silahlı askerlik hizmetini reddedenler, ikame bir hizmetle yükümlendirilebilirler. Bu ikame hizmetin süresi, askerlik hizmetinin süresini geçemez. Diğer hususlar yasayla düzenlenir. Ancak yasa, vicdani karar verme özgürlüğünü kısıtlayamaz; ordu birlikleri ve federal sınırların korunmasıyla ilgisi bulunmayan bir ikame hizmet olanağı sunmak zorundadır".

Bunun yanında başka bir davada da yasakoyucunun yaşam hakkı ve bedensel bütünlüğün dokunulmazlığı hakkından kaynaklanan koruma yükümlülüğünü, bunları iyileştirmek için yapması gereken işlemleri yapmayı ihmal etmesi durumunda, ihlal etmiş sayılmayacağına karar verilmiştir. Buna dayanak olarak da devlet organlarının ne tür işlemler yapacaklarına kendilerinin karar vereceği, hizmet gereklerinin değerlendirilmesinin organlara ait olması gösterilmiştir¹⁵⁷.

Yasama organının ihmeline karşı açılan anayasa şikayeti davasının başarı kazanması durumunda ne olacaktır? Bir temel hak ihlalinin saptanması dışında Anayasa Mahkemesi'nin pozitif bir düzenleme yapması

153 Bkz. Detterbeck, DÖV, 1990/20, s. 860.

154 BVerfGE 56, 71 vd.

155 Dörr, a.g.e., s. 39.

156 Dörr, a.g.e., s. 40. Aynı görüş için bkz Zuck, a.g.e., s. 230.

157 BVerfGE 56, 54.

sözkonusu değildir. Gather, anayasanın yorumlanmasında en yetkili yargı organı olarak, Anayasa Mahkemesi kararının etkili bir moral bağlayıcılığının olduğunu düşünmektedir. Aynı zamanda ihmalin anayasaya aykırılığının saptanması, pozitif bir düzenleme yapma emri niteliğinde olduğundan, davayı kazanan kişi, bir işlem talep etme hakkına da sahip olacaktır¹⁵⁸.

Anayasa şikayeti bir yargı organının ihmaline karşı da olanaklıdır. Özellikle Anayasa'nın 100. maddesindeki somut norm denetiminin koşulları mevcutken, dava yargıcının sorunu Anayasa Mahkemesi'ne götürmemesi, davanın ilgili tarafını doğal yargıcından mahrum bırakmak anlamını taşıyor ve anayasa şikayetinin konusu olabilir¹⁵⁹.

Anayasa ve yasada idari işlemlere karşı da anayasa şikayetinde bulunabileceği belirtilmekle birlikte, bu durum pratikte çok ender gerçekleşebilmektedir. Çünkü öncelikle AY Md. 19/IV'te belirtilen kanun yollarına başvurularak kanuna ya da anayasaya aykırılık giderilmeye çalışılmalıdır. Kanun yollarından sonuç alınamamışsa, anayasa şikayetine başvurulabilir. Burada artık davanın konusu yalnızca idari işlem ya da ihmal değil, başvurulmuş kanun yollarında ihlali gideremeyen mahkeme kararlarıdır¹⁶⁰. Doğrudan idari işleme karşı anayasa şikayetine, ancak kanun yollarının tüketilmesi koşuluyla istisna hallerinde başvurulabilir.

Mahkeme kararlarına karşı anayasa şikayetinde kural olarak, yalnızca kararın hüküm fıkrası dava konusu yapılabilir. Ancak kararın gerekçeleri başvuran kişi açısından bağımsız bir şikayet nedeni oluşturuyorsa, buna karşı da anayasa şikayetinde bulunulabilir¹⁶¹.

Yine kural olarak, kesinleşmiş kararlar aleyhine anayasa şikayetinde bulunulabilir. Ancak kesin karardan bağımsız ara kararlara karşı da

¹⁵⁸ Gather, *DWW*, 1984/5, s. 118.

¹⁵⁹ Bkz. *BVerfGE* 10, 306; *BVerfGE* 73, 366 vd.; Walter Leisner, "Urteilsverfassungsbeschwerde wegen Nichtvorlage bei Abweichung," *NJW*, 1989/39, s. 2447; Pestalozza, a.g.e., s. 206. Pestalozza bu konuda daha çok doğal yargıç ilkesinin ihlalinin öne çıkarmaktadır. Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta ise, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmanın **keyfi** olması, geçerli bir hukuki dayanağının bulunmamasıdır.

¹⁶⁰ Armağan da "İdare mahkemesinin iptal davasını reddetmesi ya da o kararı kısmen kaldırması durumunda, anayasa şikayeti sözkonusu olacaktır. Bu durumda anayasa şikayetinin konusu, yargı kararı ve idari işlem olacaktır" diyerek kuralın yargı kararına karşı anayasa şikayeti olduğunu doğrulamaktadır. Bkz. a.g.m., s. 65.

¹⁶¹ *BVerfGE* 6, 9. Şikayetçi bu anayasa şikayetinde Anayasa'nın 1. ve 2. maddesindeki temel haklarının (insan onurunun korunması ve kendini geliştirme hakkı), suçsuzluğu kanıtlandığı halde mahkeme kararında, delil yetersizliğinden beraat ettiği belirtildiği için ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi çok sınırlı durumlarda anayasa şikayetinde bulunulabileceğini belirtmektedir:

1- Ara karar artık hiç kaldırılmayan ya da kısmen kaldırılabilen bir karar olmalı ve ilgili aleyhine sürekli bir hukuki durum yaratmalıdır (BVerfGE 1, 324 vd),

2- Ara karar, davanın ileriki aşamaları için önemli bir hukuki sorun oluşturmali ve bu aşamalarda denetlenebilme ve düzeltilebilme olanağına sahip olmamalıdır (BVerfGE 24, 61; st. Rspr.).

Bu koşulların her somut olayda, sıkı bir biçimde denetlenmesi gerektiği açıktır. Anayasa Mahkemesi de, ara kararlara karşı anayasa şikayeti konusunda genelgeçer bir kural konamayacağını, bu sorunun yanıtının bireysel ve kamusal çıkarların karşılaştırılmasından, aynı zamanda usul ve iş ekonomisinden çıkarılacağını belirtmiştir¹⁶². İsviçre Federal Mahkemesi de kararın ilgili açısından doğurduğu olumsuz sonuçların ve kararın ileriki aşamalarda kaldırılıp kaldırılmayacağını ölçüt olarak benimsenebileceği görüşündedir¹⁶³. Örneğin, bir arama kararı¹⁶⁴, kanıtların değerlendirilmesiyle ilgili bir ara karar¹⁶⁵ ya da bir tutuklama emri¹⁶⁶, Alman Anayasa Mahkemesi'nce bu tür kararlar olarak değerlendirilmiştir.

Ara kararın bağımsız olarak dava konusu yapılabilmesi için önemli ve korunmaya değer bir çıkarın bulunması gerekmektedir¹⁶⁷.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, Federal Alman Anayasası'na tanınan anayasa şikayeti hakkı, ancak Alman Anayasası'nda tanınan temel hakların ihlal edildiği iddiasıyla kullanılabilir. Uluslararası hukukun genel ilkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da eyalet anayasalarındaki temel haklar, federal anayasa şikayetinin dayanağı olamaz¹⁶⁸. Eğer bir kamu gücü işlemi, Almanya topraklarında, ancak onun iradesi olmaksızın yabancı bir devlet tarafından yapılmışsa, bu işleme karşı anayasa şikayetinde bulunmak olanaksızdır. Aynı durum, genel olarak bütün yabancı devlet işlemleri, ulusalüstü organların işlemleri ve Avrupa Birliği işlemleri için de geçerlidir.

162 BVerfGE 1, 325.

163 BGE 68 I, s. 168; 69 I, s. 16.

164 BVerfGE 20, 173; 42, 218.

165 BVerfGE 34, 244 vd.

166 BVerfGE 9, 89; 32, 92; 46, 194.

167 BVerfGE 58, 23.

168 Weber, JuS, 1992/2, s. 124.

B. KİŞİSEL KOŞULLAR

1. Taraf Ehliyeti

Anayasa Md. 90/I ve 93/I 4a, “herkes”in temel hak ya da temel hak benzeri haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunabileceğini belirtmektedir. Burada sorun, “herkes” sözcüğünden ne anlaşılması gerektiğidir.

Anayasa şikayeti davasında davalı ve davacı taraflar yoktur. Anayasa şikayetinde dava edilen ne dava konusu işlemin sahibi kamu organıdır ne de devlettir. Ortada yalnızca dava konusu işlemin/eylemin/ihmalin gide-rilmesi talebi vardır. Anayasa Mahkemesi’ne başvuran kişi için de, teknik olarak doğru olmamakla birlikte, şikayette bulunan/şikayetçi teriminin yanı sıra, davacı terimi de kullanılabilir.

a) Gerçek Kişiler

Ne anayasada ne de Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda, “herkes” sözcüğünden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama bulunmak-tadır. Pestalozza, anayasa şikayeti temel hakların korunmasına hizmet ediyorsa, herkes sözcüğünden, temel hak sahibi olma yeteneğine sahip kişilerin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda temel hak-ların taşıyıcısı olanlar taraf ehliyetine de sahip olacaklardır¹⁶⁹.

Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre ise, “temel haklar öncelikle bireylerin özgürlük alanlarının korunmasına hizmet eden ve bireylerin kamu yaşamına özgürce katılmalarını ve onu etkilemelerini güvence altına alan bireysel haklardır. Tüzelkişileri maddi temel hakların koruma alanına dahil etmek, oluşturulmaları ve etkinlikleri, gerçek kişilerin kendi-lerini özgürce geliştirme haklarının bir ifadesi ise, özellikle tüzelkişiliğin maddi temel haklar alanına dahil edilmesi, tüzelkişiliğin arkasındaki bi-reyler açısından anlamlı ve önemli görünüyorsa, olanaklıdır”¹⁷⁰.

Temel haklarla ilgili açıklamalardan çıkarılacak ilk sonuç, Alman kamu gücü işlemlerinden dolayı temel haklarından biri ihlal edilen her gerçek kişinin anayasa şikayetinde bulunma hakkına sahip olduğudur. Bu saptamanın istisnasını, yalnızca Alman vatandaşlarına tanınmış olan temel haklar oluşturmaktadır. O halde yabancılar, vatansızlar, dölüt (cenin), temel hakkın niteliğine göre ölümler, anayasa şikayeti hakkına sahiptirler.

¹⁶⁹ Pestalozza, a.g.e., s. 171. Temel hakkın taşıyıcısı olmakla dava açma yetkisi bir-birine karıştırılmamalıdır.

¹⁷⁰ BVerfGE 75, 192 vd; st. Rspr.

Yani genel kanının aksine, anayasa şikayeti yalnızca Alman vatandaşlarıyla sınırlandırılmamıştır.

Dörr, yabancıların da anayasa şikayeti hakkına sahip olmalarını, "Almanların haklarına" değil, "insan haklarına" sahip olmalarına dayandırmaktadır¹⁷¹. Bunun yanında yabancılar her zaman, usule ilişkin temel haklara (AY Md. 101 ve 103/yasal yargıç hakkı ve hak arama özgürlüğü) dayanarak anayasa şikayetinde bulunabilir. Aynı durum vatanlılar açısından da geçerlidir.

Dörlütün temel haklara sahip olup olmadığı, üzerinde uzlaşmış bir konu değildir. Alman Ceza Yasası'nın 218. maddesindeki kürtaj yasağı ve bu yasağın leh ve aleyhinde görüşlere sahip olanların varlığı, dörlütün hukuki statüsünün kesin tanımını zorlaştırmaktadır. Dörlütün, Anayasa'nın Md. 1/I'deki insan onurunun dokunulmazlığı, 2/II C.1'deki kendini özgürce geliştirme hakkı ve 14/I'deki mülkiyet hakkına dayanarak anayasa şikayeti hakkına sahip olduğu savunulmaktadır. Yani bu görüşe göre dörlüt, mirasçı olabilir, dörlütün bedensel bütünlüğü ihlal edilebilir ve tıbbi müdahalelerle insanlık onuru ihlal edilebilir¹⁷².

Ölümlerin hak ehliyetine sahip olmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, ölümden sonra da insan onurunun varlığını sürdürdüğüne, bu nedenle ölümlerin anayasa şikayetinde taraf ehliyetine sahip olabileceklerine karar vermiştir¹⁷³.

Tüzelkişiliği olmayan kişi grupları da taraf ehliyetine sahip olabilir¹⁷⁴. Spanner, bunun ekonomik alanda kabul edilmesini, bunların ekonomik çıkarlar etrafında biraraya gelmiş kişiler olarak, ortak bir irade

¹⁷¹ Dörr, a.g.e., s. 11. Yalnızca Alman vatandaşlarına tanınan temel haklar: Md. 8/I (toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı); 9/I (örgütlenme özgürlüğü); 11 (yerleşme ve seyahat özgürlüğü); 12/I (çalışma özgürlüğü); 16/I ve II (sınırdışı edilmeme ve vatanlılıktan çıkarılmama hakkı); 33/I ve II (tüm Alman vatandaşlarının her eyalette aynı vatandaşlık hakkına sahip olma ve kamu hizmetine girme hakkı). Robbers ise, 20/IV. maddede yer alan direnme hakkının da yalnızca Alman vatandaşlarına tanınan bir temel hak olduğunu düşünmektedir. Bkz. **JuS**, 1993/9, s. 739.

¹⁷² Robbers, **JuS**, 1993/9, s. 740; Hans Spanner, "Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 387; Weber, **JuS**, 1992/2, s. 387; Anayasa Mahkemesi de bu görüşe yakın kararlar vermiştir. Bkz. BVerfGE 39, 36 vd. Son dönemde çok tartışılan ve dörlütün anneye karşı hukuken korunması gerektiği sonucuna varan Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. **JZ (Sonderausgabe) 7.6.1993**, s. 1-51.

¹⁷³ BVerfGE 51, 87; 53, 13. Ayrıca bkz. Pestalozza, a.g.e., s. 171.

¹⁷⁴ Spanner, a.g.m., s. 390-391; Weber, **JuS**, 1992/2, 123; BVerfGE 3, 391; 6, 277; 10, 99; 15, 261.

oluşturmalarına ve buna yönelik etkinlikte bulunmalarına bağlamaktadır. Benzer biçimde, tüzelkişiliği olmayan yurttaş girişimleri de kendilerini ilgilendiren temel haklara dayanarak anayasa şikayetinde bulunabilirler¹⁷⁵.

b) Özel Hukuk Tüzelkişileri

Anayasa'nın 19/III maddesine göre, doğasına uygun olduğu sürece temel haklar, yerli (inländisch) özel hukuk tüzelkişileri için de geçerlidir. Bu durumda hangi hakların tüzelkişilerin sahip olabileceği haklar olduğu saptanırsa, tüzelkişiler için anayasa şikayetinde dayanak olabilecek haklar ortaya çıkarılmış olur. Buna göre,

- AY Md. 2/I (kişiliğini özgürce geliştirme hakkı)¹⁷⁶,
- Md. 3/I (yasa önünde eşitlik)¹⁷⁷
- Md. 4/I (din ve vicdan özgürlüğü)¹⁷⁸
- Md. 5/I (düşünce ve basın özgürlüğü)¹⁷⁹
- Md. 9 (örgütlenme özgürlüğü)¹⁸⁰
- Md. 12/I (çalışma özgürlüğü)¹⁸¹
- Md. 13 (konut dokunulmazlığı)¹⁸²
- Md. 14 (mülkiyet hakkı)¹⁸³
- Md. 101/I C. 2 (yasal yargıç ilkesi)¹⁸⁴
- Md. 103/I (hak arama özgürlüğü)¹⁸⁵.

¹⁷⁵ BVerfGE 6, 277.

¹⁷⁶ BVerfGE 20, 326; 50, 319.

¹⁷⁷ BVerfGE 53, 345.

¹⁷⁸ BVerfGE 19, 250.

¹⁷⁹ BVerfGE 21, 271.

¹⁸⁰ BVerfGE 28, 323.

¹⁸¹ BVerfGE 53, 13.

¹⁸² BVerfGE 44, 371.

¹⁸³ BVerfGE 53, 345.

¹⁸⁴ BVerfGE 3, 363; 18, 447.

¹⁸⁵ BVerfGE 3, 363; 18, 447. Sınıflandırma için bkz. Dörr, a.g.e., s. 13; Schuler, a.g.e., s. 175; Zuck, a.g.e., s. 240.

101. ve 103. maddeler “adalet temel hakları”¹⁸⁶ ya da “bireysel olmayan temel haklar”¹⁸⁷ olarak da anılmaktadır. Mahkeme’ye göre, “bu haklar muhakeme sürecinin doğrudan muhatabı olan ya da dava ehliyetine sahip herkese uygulanması gereken ve bütün muhakeme sürecini ilgilendiren **nesnel muhakeme esaslarıdır**”¹⁸⁸. Dolayısıyla bu temel haklar gerçek kişiler kadar hem devlet hem yabancılar hem de tüzelkişiler için geçerlidir. Bunun bir diğer nedeni ise, Alman Anayasası’nın temel ilkelerinden olan hukuk devleti ilkesinin böyle bir kabulü gerekli kılmasıdır. Çünkü aksi halde bir davada taraflardan biri bu haktan yararlanırken diğeri yararlanamayacak ve adalet ilkesi gerçekleştirilemeyecektir¹⁸⁹.

Yabancı özel hukuk tüzelkişileri ise, Md. 19/III’ün kapsamında değildir. Ama bunlar da Md. 103/I’deki hak arama özgürlüğünden yararlanabilir ve bu haklarının ihlal edilmiş olduğu iddiasıyla anayasa şikayetinde bulunabilirler. “Bu temel hak, Federal Alman mahkemelelerinde bir davayla doğrudan ilgisi/bağlantısı olan herkes için geçerlidir”¹⁹⁰. Md. 101/I C. 2’deki yasal yargıç ilkesi için de benzer durum sözkonusudur¹⁹¹.

c) Kamu Tüzelkişileri

Kamu tüzelkişileri kamu gücünün taşıyıcısı oldukları için kural olarak, anayasa şikayetinde taraf ehliyetine sahip değildir. Ancak bu kuralın hem bazı anayasa kurallarından hem de kamu tüzelkişilerinin bazı niteliklerinden kaynaklanan istisnaları bulunmaktadır. Üniversiteler, fakülteler¹⁹², araştırma enstitüleri, sanat ve meslek yüksekokulları ve radyolar¹⁹³ gibi,

186 Dörr, a.g.e., s. 13; Weber, **JuS**, 1992/2, s. 124.

187 Leibholz/Rink/Hesselberger, **Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)**, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, s. 30, Rdnr. 520.

188 BVerfGE 21, 373; 72, 131.

189 Bkz. BVerfGE 12, 8.

190 BVerfGE 12, 8.

191 BVerfGE 18, 403; Dörr, a.g.e., s. 17; Spanner, a.g.m., s. 393; Zuck, a.g.e., s. 241 dn. 35.

192 Üniversite ve fakültelerin taraf ehliyeti için bkz. BVerfGE 15, 262; 39, 314; 45, 79; Dörr, a.g.e., s. 15; Robbers, **JuS**, 1993/9, s. 740; Zuck, a.g.e., s. 244-245.

193 BVerfGE 59, 255; Zuck, a.g.e., s. 245. Mahkeme’ye göre, “radyolar devlet tarafından kurulan, ancak etkinlik alanlarında devletten bağımsız olan ve bu alanla ilgili olarak temel hakları savunan kuruluşlardır. Haberleşme özgürlüğünün sağlanması için radyolar yasayla kurulmuş, devletten bağımsız ve özerk yönetime sahip kamu hukuku kuruluşlarıdır. Yapıları gereği devletin radyolara müdahalesi

kendilerine verilen hukuki ödevler nedeniyle, belli temel haklarla korunan alanlarda etkinlik gösteren kurumlar ve kilise¹⁹⁴ gibi, yurttaşlara bireysel temel haklarını gerçekleştirmelerinde hizmet eden ve devletten görece bağımsız, en azından devletten ayrılmış yapılar, bazı temel haklara dayanarak anayasa şikayetinde taraf ehliyetine sahip olabilir.

Belediye ve belediye birlikleri gibi kamu hizmeti yürüten kamu tüzelkişileri ise, bu bölümün III. ayrımında açıklanan özerk yönetim haklarının ihlal edildiği iddiasıyla komünal anayasa şikayetinde bulunabilmektedir.

Kamu tüzelkişilerinin anayasa şikayetinde bulunmalarına olanak tanıyan anayasal dayanak ise, yabancı özel hukuk tüzelkişileri için de uygulanan “adalet temel hakları”dır. Yani kamu tüzelkişileri de, taraf oldukları bir davada yasal yargıçlarından mahrum bırakıldıkları ya da hak arama özgürlüklerinin sınırlandığı gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunabilirler. Bu görüş doğrultusunda, Alman Demiryolları’nın taraf ehliyeti, bir davada taraf olduğu ve kamu tüzelkişisi de olsa yasal yargıç ilkesinden ve hak arama özgürlüğünden yararlanabileceği gerekçesiyle kabul edilmiştir. Mahkeme bu kararını şöyle gerekçelendirmiştir: “Temel hakların değer sistemi, insanların gerçek kişi olarak onurlarından ve özgürlüklerinden yola çıkar. Temel haklar öncelikle bireylerin özgürlük alanını devlet gücünün müdahalelerine karşı korur (BVerfGE 21, 369). Kamu gücü taşıyıcılarından birinin, diğerinin işlev ve görev alanına müdahale etmesi elbette olasıdır. Ancak burada sözkonusu olan yetki çatışması, devlet gücünün amaçsal bölüşümü ve yetkilerin karşılıklı olarak sınırlandırılması olup insanlarla doğrudan bağlantısı olmayan bu ilişkiler bütününe temel haklarla da ilişkisi yoktur (...). Ancak bu açıklamalar Anayasa Mahkemesi’nin Alman Demiryolları’nın Anayasa’nın 101/I ve 103/I maddelerindeki haklarının ihlali nedeniyle yaptığı anayasa şikayeti başvurusunu kabul etmesiyle bir çelişki oluşturmaz. Çünkü bu anayasa hükümleri Anayasa’nın 19. maddesindeki temel haklardan değildir. Anayasa’nın 1.-17. maddeleri arasındaki temel haklar gibi bireysel haklar da içermezler, aksine her dava için geçerli olan ve bir davada taraf

sözkonusu değildir. Bu nedenle radyolar, haberleşme özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunma hakkına sahip kılınmıştır” (BVerfGE 31, 321-322).

¹⁹⁴ Dini toplulukların ve alt kuruluşlarının eşitlik ilkesine ve din ve vicdan özgürlüğüne dayanarak anayasa şikayetinde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Bkz. BVerfGE 19, 5; 30, 120; 57, 240; 70, 161; Robbers, *JuS*, 1993/9, s. 741; Zuck, a.g.e., s. 245.

olan ya da davadan doğrudan etkilenen herkes için geçerli olması gereken usul esaslarını içerir (krş. BVerfGE 3, 363; 12, 8)¹⁹⁵.

Kamu tüzelkişilerinin de yararlanabilecekleri belirtilen hak arama özgürlüğü (Md. 103/I) Mahkemece, “hukuk devleti ilkesinin yargıdaki sonucu” olarak nitelenmektedir. Bu hakkın kapsamına,

- karardan önce davayı ve kararı etkileyip yönlendirebilmek için söz almak,

- davadaki hukuki sorunlar hakkında görüş bildirmek (krş. BVerfGE 86, 144),

- savunma yapma olanağına sahip olmak (krş. BVerfGE 81, 129),

- dava sırasında bu haklarını kullanabilmek için yasal sürelerden yararlanmak (krş. BVerfGE 74, 224) girmektedir¹⁹⁶.

d) Siyasal Partiler

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, “siyasal partiler seçim sürecinin hukuki unsurlarına ilişkin uyuşmazlıkları, sorunları ancak organ uyuşmazlığı davasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürebilirler. Ancak bu, partilerin temel hakların taşıyıcıları olmalarına ve anayasa şikayetinde bulunmalarına engel değildir. Bu sayede diğer partilerle eşit işlem görme hakkı, anayasa şikayetinin dayanağı olabilir”¹⁹⁷. Pestalozza bunun için, Anayasa'nın 93/I 4a maddesinde anılan haklara dayanılması gerektiğini ve özellikle Md. 21/I'de siyasal partilerin anayasal statülerini düzenleyen maddeye dayanılmaması gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁸.

Zuck da bir siyasal partinin anayasa şikayetinde taraf ehliyetine sahip olup olmadığının, anayasal yaşamdaki statüsüne ilişkin bir hakkı mı, yoksa anayasal statüsünden bağımsız olarak bir temel hak ihlalini mi dava

195 BVerfGE 21, 373. Mahkeme'nin başka bir kararında da, “bir davada taraf olan herkesin, ister gerçek kişi, ister tüzelkişi, ister yerli ya da yabancı olsun, yasal yargıç ilkesinden yararlanma hakkı vardır” (BVerfGE 18, 447) denilmektedir.

196 Mahkeme'nin 2.5.1995 tarihli kararı, NJW, 1995/32, s. 2095-96. Pekcanitez ise İsviçre hukuku için,
- karşı tarafın iddialarına karşı çıkmayı,
- gerekli delilleri sunmayı,
- tutanak ve dosyaları inceleyebilmeyi,
- delilleri tartışmayı bu hakkın kapsamı içinde görmektedir. Alman hukuku için de aynı ölçütleri uygulamak yanlış olmayacaktır. Bkz. **Anayasa Yargısı 12**, s. 263.

197 BVerfGE 6, 277; st. Rspr.

198 Pestalozza, a.g.e., s. 172.

konusu ettiğine bağlı olarak değişeceğini belirtmektedir¹⁹⁹. Partilerin fırsat eşitliği hakkı ve bağış toplamada rekabet, partilerin anayasal statülerine ilişkin iken²⁰⁰, bağışların vergilendirilmesinde ya da seçim öncesinde radyo ve televizyon yayınlarının paylaşılmasında eşitlik, partilerin anayasal statüleriyle değil, temel haklarla ilgili olduğundan anayasa şikayetinin konusu olabilmektedir²⁰¹.

Siyasal partilerin taraf ehliyetiyle ilgili diğer bir sorun da, milletvekillerinin taraf ehliyetine sahip olup olmadıklarıdır. Mahkeme'ye göre, "federal ya da federe meclisin üyeleri, milletvekilliğinden kaynaklanan haklarının bir devlet organıyla çatışması durumunda bunu anayasa şikayetinin konusu yapmak yerine, organ uyumsuzluğu yolunu seçmelidirler. Aynı şey, milletvekilinin genel eşitlik ilkesinin ihlalini ileri sürdüğü durumlarda da geçerlidir"²⁰².

2. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, kişinin kendisinin ya da yetkili kılacağı bir temsilci aracılığıyla bir davayı takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine de sahiptir²⁰³.

Anayasa Mahkemesi Kanunu dava ehliyetiyle ilgili açık bir düzenleme getirmediğinden Pestalozza, davanın konusu bir yargı kararıysa, kararı veren mahkemenin usul hukukuna göre dava ehliyetinin saptanabileceğini belirtmektedir²⁰⁴. Zuck ise, anayasa yargısının özelliğinden dolayı diğer usul hukuku kurallarının bu alana kolayca uygulanamayacağını

199 Zuck, a.g.e., s. 247.

200 BVerfGE 66, 115; 73, 65. Bu sorunlar Anayasa'nın 93/I Nr. 1 maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri arasında sayılan organ uyumsuzluğu davalarının konusu olabilmektedir. Bu maddeye göre, "Anayasa Mahkemesi federal organlardan birinin ya da anayasa ile ya da yüksek federal organlardan birinin tüzüğüyle özel haklara sahip diğer kuruluşların, yetki ve yükümlülüklerinin kapsamı konusundaki uyumsuzlukları dolayısıyla anayasayı yorumlamakla görevlidir". Bu davanın usul hükümleri Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 63.-67. maddelerinde düzenlenmiştir.

201 Bkz. sırasıyla BVerfGE 6, 273 vd; 7, 103; 47, 222; 67, 151. Ayrıca Dörr, a.g.e., s. 17-18.

202 BVerfGE 64, 312.

203 Baki Kuru -Ramazan Arslan -Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Genişletilmiş 4. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1991, s. 215; Pestalozza, a.g.e., s. 172.

204 Pestalozza, a.g.e., s. 172.

düşünmektedir. Dayanılan temel hakkın niteliğine, bunun dava konusu hukuki işleme hukuki ilişkisine bakılmasını önermektedir²⁰⁵.

Dörr ise, öğretide geliştirilen “**temel hak reşitliği**” kavramının anayasa şikayetinde dava ehliyeti için bir ölçüt olabileceğini belirtmektedir²⁰⁶. Burada ölçüt, kişinin davaya dayanak oluşturan temel hakkı tek başına kullanıp kullanamayacağıdır. Mahkeme de bu görüş doğrultusunda, reşit olmayan ancak askerlik hizmeti yapması gerekenler açısından, vicdani red hakkı, disiplin cezalarına karşı ve askerlikle ilgili diğer davalar açısından anayasa şikayetinde dava ehliyeti tanımıştır²⁰⁷.

Dava ehliyetinin yanısıra Alman hukukunda olup da Türk hukukunda karşılığı bulunmayan bir kurum vardır. Buna göre, öyle bazı işlemler vardır ki, bunlar ancak bir avukat tarafından yapılabilir. Bu gibi hallerde davanın tarafı olan kişi, bir temsilci atamak zorundadır. Anayasa şikayetinde de böyle bir durum sözkonusudur. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 22/I maddesine göre, “Tarafklar davanın her aşamasında Alman mahkemelerinde görev yapabilecek bir avukat ya da bir Alman yükseköğretim kurumunda hukuk eğitimi veren bir öğretim üyesi tarafından temsil edilebilirler. Anayasa Mahkemesi önündeki duruşmada temsilci atamak zorundadırlar”. Eğer temsil zorunluluğunun bulunduğu bir aşamada kişi bu işlemleri kendisi yaparsa, yapılan işlemler geçersiz olur²⁰⁸.

3. Taraf Sıfatı

Sıfat, dava konusu sübjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir. Bir sübjektif hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak, o hakkın sahibine aittir²⁰⁹. Anlaşılacağı gibi, taraf sıfatı, taraf ehliyeti ya da dava ehliyeti gibi kişinin bir özelliği değildir. Anayasa şikayetinde de bu sıfatın varlığı, kişinin bir kamu gücü işlemine karşı anayasa şikayetinde bulunup bulunamayacağı hakkında bilgi verir²¹⁰.

Taraf sıfatı, hukuki korunma ihtiyacı, kanun yollarının tüketilmesi ve ikincillik ilkesi, aslında büyük bir bütünün içiçe geçmiş ve maddi olarak

205 Zuck, a.g.e., s. 249.

206 Kavram için bkz. Fehnmann, *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindersalter*, 1983; Roell, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige*, 1984; aktaran Dörr, a.g.e., s. 19.

207 BVerfGE 28, 255; 60, 240; 65, 321.

208 Robbers, *JuS*, 1993/9, s. 741.

209 Kuru- Arslan- Yılmaz, a.g.e., s. 222.

210 Bkz. Zuck, a.g.e., s. 251.

ayrılmaz parçalarıdır. Bir koşulun unsurları, diğerinin içinde de mevcuttur ve diğerinden bağımsız bir bütün oluşturmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin doksan ciltlik içtihatlarında bu bütün çeşitli parçalara ayrılmış, bazen anayasa şikayetlerinin sayısını azaltmak amacıyla, bazen davanın konusunu oluşturan kamu gücü işleminin karmaşıklığını, çözümleme yoluyla sonuca bağlamak amacıyla, birbiriyle bağlantılı ancak kavramsal olarak ayrıştırılmış ölçütler geliştirilmiştir. Bu nedenle dikkat edilmesi gereken nokta, aşağıda yapılan ikili ayrımın tamamen öğretici nitelikte bir ayrım olduğudur. Bunlar somut olayda içiçe geçmiş halde bulunmakta ve birinin varlığı diğerinin varlığının da kanıtı olabilmektedir. Bu nedenle sınıflandırmayı kesin çizgilerle belirlenmiş ölçütler olarak ele almamak yerinde olacaktır.

Anayasa şikayeti davalarında Mahkeme'yi en çok meşgul eden ve içtihatların büyük bölümünün konusunu oluşturan taraf sıfatı iki ana bölümde incelenebilir:

a- Şikayette bulunanın **kendi** temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmesi,

b- Dava konusu işlem/ihlalden kişisel, güncel ve doğrudan²¹¹ olarak etkilendiğini iddia etmesi.

Birinci koşul, kişinin, dayandığı sübjektif hakla maddi ilgisini ortaya koyarken ikinci koşul, hem taraf sıfatıyla hem hukuki korunma ihtiyacıyla hem de anayasa şikayetinin ikincilliğiyle ilgilidir²¹².

a) Anayasa şikayetinde davacı, kural olarak, **kendi** temel hakkının ihlal edildiğini ileri sürmelidir. Anayasa şikayetinde başkalarının temel haklarının ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışma konusu olmuş ve bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir.

Kural uyarınca, üyesi olan doktorlar adına anayasa şikayetinde bulunan bir örgütün taraf sıfatı, örgütün, üyelerinin temel haklarını dava konusu yapamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir²¹³. Bunun yanında bir

211 Kişisel, güncel ve doğrudan ilgili olma koşulu, "Selbst, gegenwärtig und unmittelbar Betroffenheit" kavramlarının karşılığı olarak kullanılmaktadır.

212 Kişisel, doğrudan ve güncel ilgili olma koşullarının her birini başka bir dava şartına bağlayanlar da vardır. Buna göre, kişisel ilgililik taraf sıfatına; güncellik hukuki yarara; doğrudan ilgili olma ise ikincillik ilkesine ilişkindir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, bu koşullar birbirinin içine geçmiştir ve böyle analitik bir inceleme esasa ilişkin olmaktan çok öğretici niteliktedir. Bkz. Kley/Rühmann, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), **Bundesverfassungsgericht**, 1992, § 90 Rdnr. 47; aktaran Weber, **JuS**, 1995/2, s. 116.

213 BVerfGE 11, 35. Ayrıca bkz. BVerfGE 2, 294.

örgüt, Anayasa'nın 9/III. maddesindeki sendika kurma hakkının ya da 8. maddedeki toplantı ve gösteri yapma özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunabilir. Çünkü burada ihlal edildiği ileri sürülen temel hak, üyelerin değil, doğrudan doğruya örgütün temel haklarıdır²¹⁴.

Aynı biçimde, el konulan topraklarının kendisine geri verilmesi için yargı kararına karşı anayasa şikayetinde bulunan kişinin, dava sürerken topraklarını satması ve toprakları satın alan yeni malikin davayı sürdürmek istemesi üzerine Mahkeme, yeni malikin taraf sıfatını reddetmiştir. Kararda, "dava konusu mahkeme kararı kendisi hakkında verilmemiştir ve anayasa şikayeti davasında başkasının temel haklarını ileri sürmek olanaklı değildir" denmektedir²¹⁵.

Şikayetçinin ölümü halinde ise durum, davanın konusuna göre değişmektedir. Eğer davanın konusunu maddi talepler oluşturuyorsa, şikayetçinin mirasçılarının anayasa şikayeti davasını sürdürebilecekleri kabul edilmektedir²¹⁶. Eğer kişiye sıkı sıkıya bağlı temel haklar anayasa şikayetinin dayanağını oluşturuyorsa, şikayetçinin ölümüyle dava da sona erer. Bu hakların hangileri olduğunu ayrıca incelemeye gerek yoktur, çünkü Mahkeme yalnızca mali talepleri mirasçıların taraf sıfatı için yeterli saymakta, anayasa şikayetine dayanak oluşturan diğer temel hakları bu kapsamda görmemektedir.

Kendi temel hakkı olmamakla birlikte, kendilerine taraf sıfatı tanınarlarsa, sınırlı sayıda olup çok sıkı ölçütlerle değerlendirilmektedir. Bu hakka sahip olanlar, iflas yöneticileri²¹⁷ ve vasiyeti tenfiz memurlarıdır. Vasiyeti tenfiz memuru, miras şirketi adına dava açabilmekte, hukuki işlemlerde taraf olabilmektedir²¹⁸.

Anılan istisnalar dışında, kendi temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmeyen kişiler anayasa şikayetinde taraf sıfatına sahip olamazlar.

b) Anayasa şikayetinin pek çok koşulunu içinde barındıran ikinci koşul ise, ne anayasada ne de kanunda yer almakla birlikte, Mahkeme'nin içtihatlarıyla ortaya çıkmış, yasal ve anayasal düzenlemenin mantığını ve amacını çözümleyen ilkelerdir. Bu koşulun unsurlarının

214 Gather, a.g.m. s. 114.

215 BVerfGE 25, 262 vd.

216 BVerfGE 69, 201; st. Rspr.; krş. BVerfGE 26 332; Bkz. Spanner, a.g.m., s. 381.

217 BVerfGE 65, 190. İflas yöneticisi terimi, "Konkursverwalter" karşılığında kullanılmıştır.

218 BVerfGE 21, 143; 27, 333; Robbers, JuS, 1993/12, s. 1023; Spanner, a.g.m., s. 381.

varlığı Mahkemece titizlikle incelenmektedir, çünkü bununla gereksiz anayasa şikayetlerinin önüne geçilmekte, ikincillik ilkesi korunmakta, Mahkeme'nin bir süper temyiz merciine ve anayasa şikayetinin de popü- ler davaya dönüşmesinin önüne geçilmektedir.

Rinken'e göre, kişisel ve güncel olarak ilgili olma koşulunun gerek- çesi, mantıksal olarak bir temel hak ihlalinin ancak kişinin haklar alanına bir müdahale ile olanaklı olduğunu somutlaştırma isteği; doğrudanlık koşulunun ise, ikincillik ilkesiyle birlikte çok-katmanlı bir filtre işlevi görmesi ve böylelikle gereksiz anayasa şikayetlerinin önüne geçilmesi- dir²¹⁹.

Bu üç koşul ilk olarak, yasalara karşı anayasa şikayeti davalarında geliştirilmekle birlikte zaman içinde bütün anayasa şikayetlerinde kul- lanılan bir ölçüte dönüşmüştür²²⁰.

a) Kişisel Olarak İlgili Olma

Bir yasanın kişinin haklarını ihlal etmesi için onu kişisel olarak etki- lemesi gerekir. Başkalarının yararına olan bir yasanın kapsamı dışında bırakılmış olmak, kişisel olarak ilgililik koşulunu gerçekleştirmez²²¹. Bu koşul aynı zamanda anayasa şikayetinin işlevinin korunmasına da yardım etmekte, kurumun böylelikle popüler davaya dönüşmesi önlenmekte- dir²²².

Yargı kararlarında ise kişisel olarak etkilenenler, öncelikle davanın taraflarıdır. Ancak davada doğrudan taraf olmamakla birlikte, bazı durum- larda kişisel olarak etkilenildiği kabul edilebilmektedir. Örneğin, bir profesör, dava yoluyla profesörlük ünvanını elde etmiştir ve davanın tarafı olmayan üniversite ve ilgili fakültenin taraf sıfatı kabul edilmiştir. Çünkü profesör olan kişi, yalnızca bir kamu görevlisi olmakla kalmamış, aynı zamanda üniversite ve fakültenin de bir üyesi olmuştur. Bu nedenle ilgili kurumlar anayasanın 5/III maddesindeki bilim özgürlüğüne dayanarak anayasa şikayetinde bulunabilmişlerdir²²³. Kişisel olarak ilgili olmanın

219 Alfred Rinken, **Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (2 Bände), (der.) Rudolf Wassermann, 2. Auflage, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1989 içinde, s. 1048.

220 Ölçütün kullanıldığı ilk karar BVerfGE 1, 97 (Witwe Schneeweiss davası olarak anılmaktadır).

221 BVerfGE 49, 8 vd.

222 Harald Klein, "Funktionell- und verfahrensrechtliche Probleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde," **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s. 1329.

223 BVerfGE 15, 263.

ölçütü Mahkemece, “davada taraf olmayan kişinin hukuki statüsünün doğrudan değişmesi” olarak belirtilmiştir²²⁴. Bunun yanında tehlikenin varlığı da, örneğin, kararın uygulanması halinde değişikliğin gerçekleşecek olması, yeterli görülmektedir²²⁵.

Bir kamu işlemiyle evliliği engellenen nişanlının yanısıra, bu işlemin tarafı olmayan diğer nişanlı da kişisel olarak ilgili kabul edildiğinden, anayasa şikayetinde taraf sıfatı kabul edilmiştir²²⁶. Başka bir davada ise, bir dava sırasında temsil yetkisi temyiz mahkemesince kaldırılan avukatın, davada taraf olmamasına karşın, karar avukatlık mesleğini etkilediği için, taraf sıfatı kabul edilmiştir. Davanın tarafı olan temsil edilenin ise, savunma hakkı ihlal edildiği için anayasa şikayetinde bulunma hakkı zaten kabul edilmektedir²²⁷.

Başkalarının lehine düzenlemelerde, bazı hallerde lehine düzenleme yapılmayanın da taraf sıfatı kabul edilmektedir. Örneğin, bir vergi yasasına karşı açılan anayasa şikayeti davasında, ilgili yasanın hükümlerinden yararlandırılmayan kişinin, yararlanan kişiler karşısındaki rekabet gücünün azaldığını ileri sürmesi nedeniyle taraf sıfatı kabul edilmiştir²²⁸. Bir yasal düzenlemenin muhatabı olmasalar bile, bundan olumsuz biçimde etkilendiğini ve bu etkinin temel haklarına bir müdahale niteliği taşıdığını iddia eden kişilerin, bu etkinin dolaylı olmadığını kanıtlamaları gerekmektedir²²⁹.

Eşlerden birinin sınırdışı edilmesiyle diğer eşin de kişisel olarak ilgili olması²³⁰; çocuğun okuldaki eğitimine ilişkin önlemlerin, ebeveynlerin eğitim hakkı nedeniyle onları da kişisel olarak etkilemesi²³¹; birinin telefonunun dinlenmesi halinde, evinin telefonu dinlenen kişi dışında, konuşmanın karşı tarafındaki kişinin de bundan kişisel olarak etkilenmesi²³², kişisel olarak ilgili olmanın kabul edildiği durumlara örnek gösterilebilir.

224 BVerfGE 4, 101; 30, 123; 52, 52.

225 BVerfGE 15, 286; 24 289.

226 BVerfGE 31, 66 vd.

227 BVerfGE 22, 114; 61, 72.

228 BVerfGE 18, 12 vd.

229 Bkz. Dörr, a.g.e., s. 61.

230 BVerfGE 51, 395.

231 BVerfGE 47, 69 vd.

232 BVerfGE 30, 16 vd. Çağlar her ne kadar 'mağdur' kavramının geniş yorumlanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği sistemi anayasa şikayetine yaklaştırdığını belirtiyorsa da, söz konusu kavramın geniş yorumlanması, muhalif

b) Doğrudan İlgili Olma

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, bu kavramın özü, "ilgililik koşulunun ancak başka bir işlemle değil, doğrudan dava konusu işlemle gerçekleşmiş olmasıdır²³³. Bu koşulun gereği olarak, genel nitelikli düzenleyici işlemlere karşı anayasa şikayetleri geçersiz kabul edilmektedir²³⁴. Stern'e göre de, kamu gücüne belli bir alanda düzenleme yapma yetkisi veren yasalar, yapılacak düzenleme ilgililerin haklarını kısıtlayacak olsa bile, doğrudanlık koşulunu gerçekleştirmemiştir²³⁵. Ancak bir uygulama işlemine gerek duyulmakla birlikte yasa, "kişileri daha önceden belli kararlar almaya itiyorsa ve bu kararlar sonradan yinelenemeyecek ya da düzeltilemeyecek nitelikteyse", doğrudanlık koşulu yine gerçekleşmiş sayılmaktadır²³⁶.

Kısaca, "bir yasanın kendilerine bir şey emrettiği ya da bir şeyi yasakladığı, özgürlüklerini sınırladığı, kendilerine bir yükümlülük getirdiği, haklarını ya da hukuki statülerini ellerinden aldığı kişiler" kamu gücü işlemiyle doğrudan ilgilidir²³⁷.

Klein ise, yasaları ikiye ayırmakta, bir kısmının bir uygulama işleminin aracılığına ihtiyaç duymaksızın özgürlükleri sınırlayan, bir yükümlülük getiren ya da hukuki bir durumu olumsuz yönde etkileyen yasalar olduğunu; ikinci kısımdakilerin ise, idareye yükümlülük getiren onu yetkilendiren, yani içerik ve biçim açısından idari bir işlemle somutlaştırılması gereken yasalar olduğunu belirtmektedir²³⁸. Klein'in bu ayırımından hareketle birinci kısımdaki yasalara karşı doğrudan doğruya anayasa şikayetinde bulunmak olanaklıdır, çünkü bu yasalar icrai niteliktedir. Ancak Klein bir usul hukuku kuralı olarak bu ölçütlerin yeterince

yargıçların da belirttiği gibi, Avrupa sistemini *actio popularis*'e yaklaştırmaktadır. Bkz. Bakır Çağlar, "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler," *Anayasa Yargısı* 8, Ankara, 1991, s. 48.

233 BVerfGE 73, 68 vd; st. Rspr. Başka bir kararında da (BVerfGE 68, 325; st. Rspr.), "doğrudan ilgili olma koşulu, dava konusu norm doğrudan temel haklarla korunan alana müdahale ediyorsa, yani bu etkinin gerçekleşmesi için kanun hükmünde kararname, tüzük ve özellikle de idarenin bir işlemi gerekmiyorsa gerçekleşmiştir" denmektedir.

234 Bkz. BVerfGE 18, 15.

235 **Bonner Kommentar** 1982, Rdnr. 582 vd.; aktaran Zuck, a.g.e., s. 265.

236 BVerfGE 43, 386; 58, 107.

237 Bettermann, "Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt," *AöR* (86), 1961, s. 133-134.

238 Harald Klein, *Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)*, 1987, s. 1334.

açık ve kesin olmadığını belirterek, usul kurallarının önceden bilinmesi postülasının Anayasa Mahkemesi'nce yerine getirilmemesini de eleştirmektedir²³⁹.

Zuck, kişisel, doğrudan ve güncel olarak ilgili olma koşulunun doğruluğu ve bunun gerçekte yalnızca kanun yollarının tüketilmesi ile ikincillik ilkesinin koşullarının bir unsuru olup olmadığı konusunda kuşkuları olduğunu belirtmektedir²⁴⁰. Bu görüşünü de Mahkeme'nin, öncelikle doğrudanlık koşulunun varlığına hükmetmesine, ancak ikinci aşamada, kanun yollarının tüketilip tüketilmediğini ya da ikincillik ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemesine bağlamaktadır. Ancak Zuck'ta kuşku uyandıran bu durum, anayasa şikayetinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü doğrudanlık koşulu, Anayasa Mahkemesi ile genel mahkemeler arasındaki işbölümünün ve kanun yollarının tüketilmesi zorunluluğunun doğal bir sonucudur. Eğer bir norm kişiyi doğrudan etkilemiyorsa, etkilemesi için idari bir işlemin varlığı gerekiyorsa, kişi öncelikle bu işleme karşı kanun yollarını tüketmeli ve son olarak anayasa şikayetine başvurmalıdır. Eğer mevcut kanun yolları kullanılmamışsa, doğrudanlık koşulunun gerçekleştiği işlemler açısından bir koruma talep edilmemişse, kanun yolları hiyerarşisine uyulmamış demektir. Bu durumda anayasa şikayetine başvurulamayacağı açıktır.

Dörr, doğrudan etkisi olan yasalara örnek olarak, bir mesleğe hak kazanmayı düzenleyen, bir birliğin adını kaldıran, aktif ve pasif seçme hakkını ya da memurların maaşlarını düzenleyen yasaları göstermektedir²⁴¹. Bunun yanında seçim sürecinde bir partiyi ihmal eden yasanın parti kadar seçmenlerini de doğrudan etkilediği kabul edilmektedir²⁴².

Anayasa şikayetinin kabulü için doğrudanlık koşulunun aranmadığı istisnai durumlar da kabul edilmiştir:

1- Eğer idari işleme karşı bir kanun yolu yoksa bunun dayanağı olan yasaya karşı doğrudan anayasa şikayeti yoluna gidilebilir²⁴³.

239 Bkz. Klein, a.g.m., s. 1337-1338.

240 Zuck, a.g.e., s. 266-267.

241 Dörr, a.g.e., s. 59.

242 BVerfGE 12, 22. Bu kararın kişisel olarak ilgili olma koşulu için de örnek oluşturduğu açıktır.

243 BVerfGE 6, 295.

2- Yasa ilgilileri güncel olarak ilgilendiriyor ve ileride düzeltemeyecekleri kararlar vermeye zorluyor ya da uygulama işleminin yapılmasından sonra düzeltilemeyecek bir durumda bırakıyorsa²⁴⁴,

3- İlgilinin genel mahkemelere başvurmasından ne bir ön sorun olarak anayasaya aykırılığın dikkate alınması ne de bu yolla Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünün azaltılması bekleniyorsa, doğrudan doğruya yasaya karşı anayasa şikayetinde bulunma yoluna gidilebilir²⁴⁵.

Bu istisnaya ilgili oldukça sık atıfta bulunulan bu karar, kısaca Nüfus Sayımı Yasası olarak anılan, asıl adı "Nüfus, meslek, konut ve işyeri sayımı yasası" olan 25 Mart 1982 tarihli yasaya ilişkin karardır. Bu karara göre, "Bu yasa yurttaşlara çok kısa bir zaman aralığında uygulanmıştır. Sayımla ilgili belgeler 18 Nisan 1983'te dağıtılacak ve Mayıs 1983 başında toplanacaktı. İdare mahkemelerinden hukuki koruma talebinde bulunmak için iki haftalık bir süre kalıyordu. Bu kısa süre içinde mahkemelerden Anayasa Mahkemesi için aydınlatıcı olacak bir karar çıkması beklene mezdi.

Ayrıca idari yargıda verilen red kararlarına karşı İdari Usul Yasası'nın 80/V, 123 ve 146/I maddelerine göre anayasa şikayetinde bulunulabilirdi. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi Kanunu Md. 90/II C. 2'de belirtilen, kanun yolları tüketilmeden Mahkeme'ye başvurma gündeme gelebilecekti. Bu durumda da Mahkeme çok sayıda ve birbiriyle çelişen idari kararlarla uğraşmak zorunda kalacaktı. Bazı mahkemelerin ilgililere hukuki koruma sağladıkları, bazılarının ise bunu reddettiği durumlarda da hukuki güvenlik tehdit edilmiş olacaktı. Bu koşullar altında kişileri öncelikle genel mahkemelere başvurmaya yönelten ikincillik ilkesi, tersine dönecekti: Bu kurum Mahkeme'yi iş yükünden kurtarmaya ve genel mahkemelerin görüşlerini Mahkeme'ye iletmeye değil, maddi ve zamansal olarak Mahkeme'yi baskı altına almaya yol açacaktı. Bu koşullar altında şikayetçilerin doğrudan yasaya karşı istisnai olarak başvurabilmeleri kabul edilmiştir".

Görülüyor ki bu karar, doğrudan ilgililik koşulunu tüm unsurlarıyla açıklamaktan başka, ikincillik ilkesini de bu koşulun bir parçası olarak kabul etmektedir. Böylelikle, yukarıda değinildiği gibi, başvuru

244 BVerfGE 60, 372; 74, 76 vd. Mahkeme'nin aynı yöndeki bir başka kararına göre de (BVerfGE 71, 35 vd.), "eğer ilgili kişi uygulama işleminin yapılmasından önce, yasanın uygulanmasından sonra yinelemeyeceği ya da düzeltemeyeceği kararlar almaya zorlanıyorsa, istisnai olarak anayasa şikayetinin doğrudan yasaya karşı yapılması, **hukuki yarar gereği** kabul edilebilir".

245 BVerfGE 65, 37 vd.

koşullarının birbirinden tamamen ayrı, bağımsız koşullar olmadığı doğrulanmaktadır.

Mahkeme, son kararlarından birinde yine doğrudanlık koşulunu ayrıntılı olarak açıklamıştır: “Doğrudanlık, herhangi aracı bir işleme gerek olmaksızın bir yasanın şikayetçinin haklar alanına etkide bulunmasıdır (...). Eğer bir yasa hukukun gereği olarak ya da idari teamüle göre bir idari işleme ihtiyaç duyuyorsa, bireyin haklar alanı ancak söz konusu bu idari işlemde etkilenmiş olur. Bu da yasa açısından doğrudanlık koşulunun gerçekleşmediğinin bir kanıtıdır. Çünkü bu kavram, anayasa yargısı sürecinin ve anayasa şikayeti işlevinin ışığında bir anayasa usul hukuku kavramı olarak anlaşılmalıdır”²⁴⁶.

c) Güncellik

İhlaletin güncelliği, dava konusu normun iddia edilen temel hak ihlalinin geçmişte mi gerçekleştiği, gelecekte mi gerçekleşeceği ya da halen sürmekte mi olduğuyla ilgilidir. Bu, zamanla ilgili bir sorundur ve genel hukuki yararlarla bağlantılıdır. Güncellik koşulu yargı kararlarına ve idari kararlara karşı anayasa şikayetinde önemli bir rol oynamamaktadır, koşulun önemi yasalara karşı anayasa şikayetinde ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, yürürlüğe girmiş ancak ilk olarak gelecek seçimde uygulanacak bir seçim yasasına karşı anayasa şikayetinde bulunan seçmen adayının güncel olarak ilgili olduğunu kabul etmiştir²⁴⁷. Zuck bu karara ilişkin olarak şunları söylemektedir: “Bu kararda ilginç olan ve sorulması gereken, davacı adayın yasanın uygulandığı zamanda halen aday olup olmayacağı kesin olarak bilinemeyeceği ve gelecek seçimlerdeki adaylığın bu denli korunmasının gerekli olup olmadığıdır. Aslında Mahkeme güncellik koşulundan vazgeçmektedir, çünkü aksi halde anayasal koruma çok geç gerçekleşecektir²⁴⁸. Dörr ise, Mahkeme'nin bu tercihinin nedenini, anayasaya aykırı bir seçim yasasıyla yapılacak seçimin sonuçlarının çok ağır ve bu sonuçları gidermenin de çok zor olmasında görmektedir. Ayrıca bu seçim yasası seçimden önce seçmenlerin ve adayların statülerinde bir değişiklik de yaptığından hem seçmenlerin hem de adayların anayasa şikayetinde bulunma hakları olduğunu belirtmektedir²⁴⁹. Gerçekten burada Mahkeme, hukuki korumadan çok düzenin korunmasını öne çıkarmakta ve koşullar kişi açısından ger-

246 BVerfGE 90, 135-136. Krş. BVerfGE 70 50 vd; 71, 355.

247 BVerfGE 38, 335 vd.

248 Zuck, a.g.e., s. 268 dn. 104.

249 Dörr, a.g.e., s. 57-58.

çekleşmemiş olmasına karşın hukuk düzeninin gelecekteki bir zarara karşı korunmasını amaçlamaktadır.

Aynı biçimde, halen eğitim gördükleri yükseköğretim kurumunu bitirdikleri zaman "mühendis" sıfatını kullanamayacaklarını öngören bir yasaya karşı, öğrenimlerini tamamlayıp tamamlayamayacakları kesin olmadığı halde, öğrenimini sürdürmekte olanların da dava açabilecekleri kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, bu kişilerin motivasyonları ve okullarıyla ilgili olarak karar verme yetenekleri bu yasayla güncel olarak ihlal edilmektedir²⁵⁰. Dörr'e göre burada Mahkeme, kişilerin yasadaki koşulları gerçekleştirmelerini aramamış, yalnızca yasanın belli bir süre içinde yükümlülük getirmesini yeterli görmüştür²⁵¹.

Bir yasanın güncel bir hak ihlalini gerçekleştirmesi için en erken zaman, yasanın Resmi Gazete'de yayınlanmasıdır. Ancak yerleşik içtihada göre, uluslararası sözleşmelerin onay yasaları, yayınlanmadan da anayasa şikayetinin konusu olabilmektedir²⁵². Dörr'e göre bunun gerekçesi, onay yasalarının ikili niteliğidir. Bunlar bir yandan sözleşmenin içeriğini iç hukuka aktarıırken, diğer yandan da sözleşmeyi uluslararası hukuk açısından uygulanabilir hale getirirler. Eğer Federal Almanya sözleşmeyle nihai olarak bağlanırsa, yasanın iptaliyle birlikte, uluslararası hukuk ve iç hukuk birbiriyle çelişecektir. Bu tehlikeyi gidermek için anayasal denetim, nihai olarak bağlanmadan önce yapılabilirdir²⁵³. Anayasa şikayetinin ülkemizde kabul edilmesi halinde dahi, bir anayasa değişikliği yapılmaksızın böyle bir durumun sözkonusu olması olanaklı değildir. Çünkü 1982 Anayasası'na göre uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Sözleşmenin iç hukuka aktarılması eyleminden ibaret olan onay yasalarının anayasaya aykırılığının ileri sürülmesinin, hatta bunun sonucunda iptal edilmesinin bile sözleşme açısından bir etkisi olmayacaktır. Çünkü sözleşmenin iptali sözkonusu olmadığı gibi, onay yasası olmaksızın da sözleşme doğrultusunda genel yasaların çıkarılması ile sözleşmenin iç hukuka etkisi sağlanabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin güncellik ile ilgili verdiği ilk karar yerleşik içtihada dönüşmüştür²⁵⁴. Buna göre, "şikayetçiye yönelik güncel bir temel hak ihlalinin olup olmadığı olaydan olaya yeniden ele alınmalıdır.

250 BVerfGE 26, 251 vd.

251 Dörr, a.g.e., s. 57. Yazar, Mahkeme'nin içtihatlarında doğrudanlık ve güncellik koşullarının zaman zaman aynı talepler için kullanıldığını ve terminolojide bir birlik olmadığını da belirtmektedir (s. 55-56).

252 BVerfGE 24, 53 vd.; st. Rspr.

253 Dörr, a.g.e., s. 57.

254 BVerfGE 1, 102 vd.; st. Rspr. - (Witwe Schneeweiss davası).

Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin anayasanın 113. maddesine dayanan içtihatlarıyla, Almanya'daki anayasa şikayeti arasında bir karşılaştırma yapıldığında, bu pratiğin Almanya'ya aktarılması olanaklı değildir. İsviçre'de şikayetçinin gelecekte bir gün dava konusu yasayla hakkının ihlal edileceğini iddia etmesi yeterlidir (krş. BGE 48 I 265 594; 65 I 240; 64 I 386). Şikayetçinin gelecekte bir gün dava konusu kamu işleminden etkilenecek olmasının yeterli sayılmasına ilişkin pratiğin kabul edilmesi, -Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun mantığına aykırı olarak- anayasa şikayetini popüler davaya dönüştürecektir"²⁵⁵.

C. HUKUKİ YARAR

Bir kişinin anayasa şikayetinde bulunmada hukuki yararı bulunmalıdır. Davacının dava hakkına sahip olması, dava açması için yeterli değildir. Bundan başka, davacının dava açmakta hukuki bir yararının bulunması gerekir. Yani dava hakkı hukuki yarar ile sınırlıdır²⁵⁶. Hukuki yararlar ilgili bu genel kural, aslında Anayasa Mahkemesi içtihatlarında 'kişisel, doğrudan ve güncel' olarak ilgili olma koşullarında ifadesini bulmaktadır. Yani yukarıda anılan koşulları gerçekleştirdiğini kanıtlayan kişinin anayasa şikayetinde bulunmada hukuki yararının bulunduğu da kabul edilir. Ancak Mahkeme, bu koşulların yanında diğer usul hükümlerinde geçerli olan hukuki yarar koşulunun anayasa şikayetinde de aranması gerektiğine, "her anayasa şikayetinde, Anayasa Mahkemesi'nin karar verdiği zamanda da halen sürmekte olan bir hukuki yararın var olması gerekir" diyerek karar vermiştir²⁵⁷. Örneğin, davacının dava ettiği bir idari işlemin daha sonra kaldırılması durumunda, davacı yalnızca anayasaya aykırılığın saptanması için anayasa şikayetinde bulunamaz. Çünkü artık bir hukuki yararı mevcut değildir.

Hukuki yarar ilkesi aynı zamanda anayasa şikayetinin ikincilliğiyle de yakından ilgilidir. İkincilik ilkesi aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceğinden, burada yalnızca hukuki yararın özel koşulları ele alınacaktır.

Anayasa şikayetinden beklenen, bir temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması olduğuna göre, eğer kişilerin genel mahkemeler aracılığıyla temel hak ihlalinin ortadan kaldırma olanakları varsa, anayasa şikayetinde bulunulmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

Pestalozza, ikincilik ilkesinin kişileri, yasayı uygulama işlemlerini ya da yasanın diğer etkilerini beklemeye ve öncelikle genel mahkemelere

255 Aynı doğrultuda bkz. BVerfGE 60, 371.

256 Kuru-Arslan-Yılmaz, a.g.e., s. 245.

257 BVerfGE 9, 92; 69, 201; 74, 172 vd.

başvurmaya zorlayan bir yapısı olduğunu belirtmektedir. Bu koşulun, kanun yollarının tüketilmesinin yanında 'diğer' yollara da başvurarak temel hak ihlalinin giderilmeye çalışılmasını öngörmesi nedeniyle, hukuki yararın değişik bir varyasyonu olarak görülebileceğini belirtmektedir²⁵⁸.

Genel hukuki yarar, başvuru hukuki çarenin temel hak ihlalini gidermek için (aslında ya da hâlâ²⁵⁹) gerekli ve uygun olup olmadığına ilişkin geleneksel soruyla da bağlantılıdır²⁶⁰. Pestalozza uygun ve gerekli olmayı şöyle açıklamaktadır: "Eğer başka bir hukuki koruma olanaklıysa, örneğin, genel mahkemelerde bir başvuru yolu daha varsa ya da Anayasa Mahkemesi'nde başka bir dava yolu²⁶¹ olanaklıysa, anayasa şikayeti **gerekli** değildir. Eğer anayasa şikayeti şikayetçi için bir iyileştirme şansı veriyorsa, anayasa şikayeti **uygun** demektir. Buna örnek, yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinde, dava konusu yargı kararının bir temel hak ihlaline dayanmasıdır, yani bir ihlal olmasaydı kararın başka türlü verilecek olmasıdır. Yasalara karşı anayasa şikayetinde ise, yasanın anayasa ile bağdaşmadığına karar verilmesinin beklendiği ya da zorunlu olduğu durumlarda, şikayetçi açısından daha iyi ve yeni bir düzenleme şansı olduğundan şikayet uygundur²⁶².

Bunun yanında Mahkeme'nin kararından önce dava konusu kamu gücü işlemi kaldırılmış olmakla birlikte, temel hak ihlali hâlâ sürüyor olabilir²⁶³ ya da ihlal sürmese bile hukuki sorunun esaslı önemi²⁶⁴, ihlalin yinelenmesi tehlikesi²⁶⁵ ya da ihlal edilen temel hakkın önemi²⁶⁶ nedeniyle anayasa şikayeti **gerekli** olabilir.

Kural olarak, anayasa şikayeti tüm kanun yolları tüketildikten sonra başvurulabilen bir hukuki çare olduğundan, sürmekte olan bir dava

258 Pestalozza, a.g.e., s. 166.

259 Spanner hukuki yararın, yalnızca anayasa şikayetinde bulunurken değil, Anayasa Mahkemesi kararının verildiği sırada da varolması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. "Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 379.

260 Pestalozza, a.g.e., s. 187.

261 Bkz. BVerfGE 14, 155; 28, 218 vd. Bu kararlarda öngörülen dava türü, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 48. maddesinde düzenlenen 'seçimlerin denetimi' davasıdır.

262 Pestalozza, a.g.e., s. 188.

263 BVerfGE 53, 55.

264 BVerfGE 76, 38.

265 BVerfGE 76, 89.

266 BVerfGE 75, 325 vd.; 76, 381.

sırasında davanın konusunu oluşturan kamu gücü işlemine karşı anayasa şikayetine başvurmada bir hukuki yarar bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi ilk kararlarından birinde bu konuya değinmiş ve bunun istisnasının olabileceği sonucuna varmıştır: “Genel bir mahkemede dava sürdüğü sürece, norma karşı anayasa şikayetinde bulunmada hukuki yarar yoktur, çünkü normun anayasaya uygunluğu genel mahkemede dava sırasında denetlenmelidir. Eğer söz konusu norma karşı anayasa şikayetinde bulunulmuşsa, usul ekonomisi nedeniyle genel mahkeme davayı durdurmalıdır (...). Sürmekte olan bir davaya karşı anayasa şikayeti yoluna gidilmesi durumunda şikayette hukuki yararın varlığı gereklidir”²⁶⁷. Mahkeme’nin istisnaya ilişkin kesin bir ölçüt koymaması nedeniyle, Mahkeme her somut olayda hukuki yarara ilişkin bir değerlendirme sonunda istisnanın olup olmadığına karar verecektir.

Zuck’a göre hukuki yarar koşulu, genel mahkemelere verilmiş olan, temel hak ihlallerini öncelikle giderme yükümlülüğünün bir sonucudur²⁶⁸. Gerçekten de kanun yollarının tüketilmesinin istisnaları mevcut olmadığı sürece, genel mahkemelerde sürmekte olan bir dava sırasında anayasa şikayetinde bulunmada hukuki yarar yoktur. İkincilik ilkesi gereği, yasalara karşı anayasa şikayeti öncesinde kişiler genel mahkemelerde somut norm denetimi talebinde bulunabilirler. Bu durumda ya mahkeme anayasaya uygun yorumla temel hakkı ihlal ettiği iddia edilen normu anayasaya uygun olarak uygulayacak ya anayasaya uygun yorumu olanaklı görmediği için somut norm denetimi amacıyla yasayı Anayasa Mahkemesi’ne götürecektir (böylelikle anayasa şikayetine gerek kalmayacaktır) ya da talebi reddedecektir. Taleplerinin reddi durumunda kişiler, yasal yargıçları olan Anayasa Mahkemesi yargıçlarından, keyfi biçimde yoksun bırakıldıkları gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunabileceklerdir²⁶⁹.

Genel mahkemelerde doğrudan ya da dolaylı anayasaya uygunluk denetimi olanaklı olduğu sürece anayasa şikayetinde hukuki yarar bulunmadığı açıktır. Zuck bunun sınırını, temel hakların etkili biçimde korunması yükümlülüğü olduğunu düşünmektedir²⁷⁰.

267 BVerfGE 3, 74 vd.

268 Bkz. Zuck, a.g.e., s. 272.

269 Bkz. Rincken, a.g.e. içinde, s. 1177; Zuck, a.g.e., s. 274.

270 Bkz. Zuck, a.g.e., s. 273 dn. 13. Ayrıca BVerfGE 72, 44; 74, 76 vd.

D. KANUN YOLLARININ TÜKETİLMESİ ve İKİNCİLLİK İLKESİ

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 90/II maddesine göre, "Eğer ihlale karşı kanun yolları açıksa, anayasa şikayetine ancak kanun yolları tüketildikten sonra başvurulabilir. Anayasa şikayeti genel bir öneme sahipse ya da önce kanun yollarına başvurusu şikayetçi açısından ağır ve giderilemez zararlara neden olacaksa, Anayasa Mahkemesi kanun yolları tüketilmeden yapılmış bir başvuru hakkında derhal karar verebilir". Bu maddenin anayasal ifadesi, Anayasa'nın 94/II C. 2'dir. Maddeye göre, "Federal Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve çalışma usulü federal yasayla düzenlenir ve yasa hangi hallerde Mahkeme'nin kararlarının yasa gücünde olduğunu belirtir. Yasa, anayasa şikayeti için önceden kanun yollarının tüketilmiş olmasını ve özel bir kabul usulü öngörebilir".

Bu anayasal ve yasal düzenlemeler doğrultusunda önce kural, sonra da istisnalar açıklanacaktır.

1. Kural

a) Kanun Yollarının Tüketilmesi

Kanun yolu, bir mahkemeye başvurmak için öngörülmüş bir olanaaktır. Bu kavramın kapsamına, davayı bir üst mahkemeye iletme etkisi olmayan hukuki çareler de girer²⁷¹. Zuck'un kanunyolu kavramına idari başvuruları da dahil etmesine karşın²⁷², Anayasa Mahkemesi bunu yalnızca yargısal nitelikli olanaklarla sınırlamaktadır: "Kanun yolu, yasayla belirlenmiş bir mahkemeye başvurma olanaklarıdır. Mahkemeler, yargı gücünün yasama ve yürütmeden bağımsız ve yasayla bağlı devlet organlarıdır"²⁷³.

Anayasa'nın 19/IV. maddesinde yer alan, kamu gücünün ihlallerine karşı kanun yollarının açık olduğu hükmü, Mahkeme'nin içtihadına göre yasalar için geçerli olmamakla birlikte²⁷⁴ Schenke, Anayasa Mahkemesi Kanunu Md. 90/II C. 1'in gerek sistematik gerekse lafzi yorumundan kanun yollarının tüketilmesi koşulunun yasalara karşı anayasa şikayeti için de geçerli olduğunu düşünmektedir²⁷⁵. Aşağıda ikincillik ilkesi

²⁷¹ Pestalozza a.g.e., s. 186; BVerfGE 67, 170.

²⁷² Bkz. Zuck, a.g.e., s. 280.

²⁷³ BVerfGE 67, 170.

²⁷⁴ BVerfGE 24, 41 vd.

²⁷⁵ Wolf-Rüdiger Schenke, "Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze," NJW, 1986/23, s. 1456.

başlığında da görüleceği gibi, Mahkeme anayasa şikayetinin işlevine de dayanak olan bu görüşüne karşın, yasalar için de etkili hukuki koruma yolları olabileceğini ve anayasa şikayetinin kabulü için bunlara başvurmanın zorunlu olduğunu düşünmektedir.

Eğer şikayetçi genel mahkemelerde kamu gücü işlemiyle gerçekleşen ihlali ortadan kaldırabilme olanağına sahipse ve geçerli bir hukuki aracı geri almış, bunu kullanmamış ya da bu başvuru biçimsel nedenlerle sonuçsuz kalmışsa (örneğin, kanun yolu başvuru süresi kaçırıldığı için tüketilememişse²⁷⁶), kanun yollarının tüketilmiş olmasından söz edilemez²⁷⁷. Bunun yanında geçerli ancak sonuç vermeyeceği açıkça belli bir kanun yoluna başvurulmuşsa, kanun yolu tüketilmiş sayılmaktadır²⁷⁸.

Kanun yollarının tüketilmesi koşulu, anayasa şikayetinin temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir hukuki çare olmasının doğal sonucudur²⁷⁹. Anayasa Mahkemesi'nin temel hakları koruma işlevinin son çare olarak devreye girmesi ve hak ihlallerini öncelikle genel mahkemelerin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılmaktadır. Geiger de raportörün, dava dosyasını incelerken, şikayetçinin genel mahkemelerde, Anayasa Mahkemesi'nde tartışılacak olan temel hak ihlaline ilişkin anayasal sorunu ileri sürüp sürmediğini incelemesi gerektiğini belirtmektedir. Yani iddia ilk olarak Anayasa Mahkemesi'nde ileri sürülmemelidir²⁸⁰. Eğer olanaklıysa genel mahkemelerde tesbit ya da iptal davalarıyla temel hak ihlali giderilmeye çalışılmalıdır²⁸¹.

Dörr, görünüşte çok basit ve eşyanın doğası gereği olduğu düşünülen bu koşulu, Mahkeme'nin iş yükünün artmasıyla gittikçe karmaşıklaşan ve anayasa şikayetinin başarılı olmasında etkili, sıkı bir denetim ölçütüne dönüştüğünü belirtmektedir²⁸². Gerçekten de kanun yollarının sınırla sayıda olmasına karşın Mahkeme'nin en küçük olasılıkları bile değerlendirme yoluna gidilmesini öngören kararları, kişileri hem anayasa

276 BVerfGE 5, 19; 16, 3; 17, 91.

277 Pestalozza, a.g.e., s. 186; Zuck, a.g.e., s. 283.

278 Zuck, a.g.e., s. 283; BVerfGE 16, 2 vd; 69, 252.

279 Dörr, a.g.e., s. 75.

280 Willi Geiger, "Überlegungen zum Institut der Verfassungsbeschwerde," *EuGRZ*, 1988/19, s. 484. Markus van den Hövel de genel mahkemelerde ihlalin ileri sürülmemiş olması red nedeni saymaktadır. Bkz. "Die Urteils- Verfassungsbeschwerde als einzig erforderliche Verfassungsbeschwerde in der Rechtspraxis?", *NVwZ*, 1993/6, s. 549 dn.1.

281 Detterbeck, *DÖV*, 1990/13, s. 559.

282 Bkz. Dörr, a.g.e., s. 75.

şikayetinde bulunmaya hem de akla gelen ancak başarı şansı pek fazla olmayan olanakları da denemeye yöneltmektedir. Mahkeme'nin eski kararlarından birinde, "şikayetçi duruma göre olanaklı her türlü *usuli olanağı* kullanmış/tüketmiş olmak zorundadır" denmektedir²⁸³. Dörr de bu doğrultuda, yalnızca mevcut kanun yollarına başvurmanın yeterli olmadığını, bu sırada mevcut tüm hukuki araçların da kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, bir idari işlemin temel haklarını ihlal ettiğini ve kanuna aykırı olduğunu iddia eden kişi, idari yargı denetimi sırasında somut norm denetimi için de girişimde bulunmalı, kanunun ve idari işlemin anayasaya aykırılığını ileri sürmelidir²⁸⁴. Bu nedenle genel mahkemelerdeki dava aşamalarında olanaklı olan en erken zamanda temel hak ihlali iddialarının ileri sürülmesi ve olağan kanun yollarının yanısıra olağanüstü kanun yollarının da temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması için kullanılması gerekmektedir. Mahkeme'nin bu konudaki kararları, yasalarla düzenlenmiş kanun yollarını tüketmenin tek başına yeterli olmayacağını ve bugün bile hâlâ tartışmalı olan ikincillik ilkesinin başka bir biçimde geçerli bir ölçüt olacağını ipuçlarını vermektedir.

Ancak Bender, genel mahkemelerde temel hak ihlalini iddia etme ve hukuki koruma talebinde bulunma yükümlülüğünün çok geniş yorumlanmaması gerektiğini düşünmektedir. Çünkü bu yükümlülüğün bütün unsurlarıyla yerine getirilmesini beklemek, anayasa yargısı sürecini daha ilk yargı aşamasında başlatmayı gerektirecektir ki, bunu gerçekleştirmek çok zordur²⁸⁵.

Mahkeme kanun yollarının tüketilmesini hem mahkemeler arasındaki hiyerarşi hem de kendi iş yükü açısından değerlendirmektedir: "Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 90/II C. 1'in amacı, şikayet konularının öncelikle olağan yetki hiyerarşisi içinde genel mahkemelerde çözüme kavuşturulması, böylelikle Anayasa Mahkemesi'ni asıl görevi olan anayasa koruma ödevini yerine getirebilmesi için yükten kurtarmaktır"²⁸⁶.

Mahkeme eskiden yalnızca idari işlemlere ve yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinde kanun yollarının tüketilmesi koşulunu ararken, zaman içinde yasalar için de bu koşulun varlığını aramaya başlamıştır²⁸⁷.

283 BVerfGE 5, 10. Özellikle mahkeme kararları için şikayetçinin anayasal haklarının ihlalini önlemek amacıyla her türlü usuli olanağı kullanması gerektiği Mahkemece belirtilmiştir. Bkz. BVerfGE 63, 78.

284 Dörr, a.g.e., s. 81; aynı doğrultuda bkz. BVerfGE 1, 103; 58, 105; st. Rspr.

285 Michael Bender, "Vortrag vor den Gerichten und Verfassungsbeschwerde," NJW, 1988/13, s. 809-811.

286 Bkz. BVerfGE 4, 198; 16, 127; 70, 185.

287 Bu konudaki ilk karar için bkz. BVerfGE 68, 319 vd.

Buna göre, eğer şikayetçi açısından genel mahkemelere başvurarak etkili bir hukuki koruma elde etme umudu varsa, şikayetçi bu dolaylı hukuki korumadan yararlanma yolunu denemelidir. Ancak şikayetçi açısından 'dolaylı hukuki korumanın' ne zaman olanaklı olduğu Mahkemece açıkça, genel bir ilke/ölçüt olarak ortaya konmamakta, hep somut olayla sınırlı ölçütler geliştirilmektedir. Dörr dolaylı korumanın, dava konusu yasa normunun yetkili makamlarca nasıl yorumlanacağı henüz bilinmiyorsa ya da şikayetçi pek çok yorumdan yalnızca biri nedeniyle doğrudan etkileniyorsa, olanaklı olduğunu ve şikayetçiden bu yola başvurmamasının beklenebileceğini belirtmektedir²⁸⁸.

Mahkeme'nin, anayasa şikayetinin temel koşullarından olan kanun yollarının tüketilmesi koşulunu, bir usul kuralı olmaktan çıkarıp maddi bir koşula dönüştürme eğiliminde olduğu görülmektedir. Anayasa şikayeti başvurularının fazlalığı, Mahkeme'yi kanun yolu kavramının kapsamını genişletme eğilimine sokmuştur. Alttaki başlıkta incelenecek olan ikincillik ilkesi de bu eğilimin hâlâ açıkça tanımlanamayan bir ürünüdür. Pestalozza kanun yollarının tüketilmiş olmasının anayasa şikayetinin kabulü için zorunlu ancak yeterli olmayan bir koşul olmasını eleştirmekte, bu bakış açısının kanun yollarının tüketilmesinin anlamını büyük ölçüde zayıflatacağını söylemektedir²⁸⁹.

b) İkincillik²⁹⁰ İlkesi

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda yalnızca kanun yollarının tüketilmesinden söz edildiği halde, Mahkeme'nin içtihatlarıyla, kanun yolunun tüketilmesiyle aynı nitelikte olmadığı anlaşılan ikincillik ilkesi geliştirilmiştir. Bu kavramın anayasa şikayetinin özünü ve işlevini açıklığa kavuşturan bir kavram olduğu düşünülebileceği gibi, bunun teorik bir açıklamadan çok Mahkeme'nin yorum esnekliğine dayanan bir kavram olduğu ve Mahkeme'nin iş yükünü azaltmaya yönelik olarak kullanıldığı

288 Dörr, a.g.e., s. 83.

289 Pestalozza, a.g.e., s. 185.

290 Bu sözcük, "Subsidiarität" sözcüğünün yerine kullanılmaktadır. Yardımcı, yedek, ikame sözcüklerinin karşılığı olan bu sözcük, Avrupa Birliği hukukunda 'ikame', 'ortak bağımlılık' anlamında kullanılmakla birlikte, anayasa şikayetinde, bu olağanüstü hukuki çarenin genel mahkemelerde çözülemeyen temel hak ihlallerini gidermeye yönelik olması, yani asıl değil, genelin karşısında özel, spesifik bir yol olduğunu anlatmak için kullanılmaktadır. Kavramın içeriğini yeterince ifade ettiği düşünüldüğü için, Subsidiarität sözcüğü ikincil sözcüğüyle karşılanmıştır. Sözcüğün Avrupa Birliği hukukundaki anlamı için bkz. Beril Dedeoğlu, "Avrupa Birliği Örgütlenme Modeli ve Subsidiarite Prensipleri," **Değişen Dünyada Hukuk, Devlet ve İnsan (Edip F. Çelik'e Armağan)**, İstanbul, Engin Yayıncılık, 1995, s. 102 vd.

da söylenebilir. İkincillik ilkesi yasal bir ifadeden yoksun olduğu için, kavramın içeriği de ancak içtihatların incelenmesiyle ortaya çıkacaktır.

Bu kavram, Mahkeme'nin ilk kararlarında yer almamaktadır. Kavram sekizinci ciltte yer alan kararlarda kullanılmaya başlanmakla birlikte, geçmişteki kararların gerekçeleri, ilkenin açıklanmasında kullanılmıştır²⁹¹.

İkincillik ilkesi Zuck'a göre, şikayetçi açısından yalnızca usuli bir yükümlülük getirmemekte, maddi bir yükümlülüğü de ifade etmektedir. Kesinleşmiş karar ortaya çıkmadığı sürece, şikayetçi davayla ilgili anayasal itirazlarını genel mahkemelerde dile getirmekle yükümlüdür²⁹². Oysa bu söylenen, kanun yollarının tüketilmesi yükümlülüğünün bir parçasıdır. Yukarıda da açıklandığı gibi, kişi yalnızca biçimsel olarak kanun yollarına başvurmakla yetinmemeli, temel hak ihlallerini ortadan kaldıracak bütün hukuki olanakları da kullanmalıdır. Bu nedenle bu yükümlülüğün doğrudan doğruya genel koşulla ilgili olduğu söylenebilir. Gerontas ise, anayasa şikayetine ancak kanun yolları tüketildikten sonra başvurulmasını 'görelî ikincillik' olarak niteleyerek, 90/II'deki koşuldan ayrı bir ilkenin varlığını onaylamaktadır²⁹³.

Zuck, ikincillik ilkesini kanun yollarının tüketilmesinden çok, genel mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasındaki temel hak ihlalleriyle ilgili yetki ve görev paylaşımında görmektedir. Yani bu ilke anayasal yetki düzeninin bir ürünüdür. Buna göre, şikayetçiler yalnızca biçimsel olarak ihlalleri giderecek mahkemelere başvurmakla değil, ihlallerin içeriğini buralarda da ileri sürmekle yükümlüdürler²⁹⁴. Anayasa şikayetinin, kanun yolları tüketilmiş olmasına karşın giderilemeyen temel hak ihlallerini önlemeye yönelik bir hukuki çare olduğunu ve diğer hukuki olanaklara alternatif bir çare olmadığını düşünenler, bu görüşe dayanarak, bu durumun anayasa şikayetinin ikincilliği ilkesinin göstergesi olduğunu ileri sürmektedirler²⁹⁵.

291 Örneğin, BVerfGE 1, 97 vd.; açıklama için bkz. Eckart Klein, "Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde," **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s. 1305 dn. 4.

292 Zuck, a.g.e., s. 10.

293 Apostolos Gerontas, "Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz," **DÖV**, 1982/11, s. 443.

294 Bkz. Zuck, a.g.e., s. 13-17. Anayasa Mahkemesi ise bir yerleşik içtihatında ikincillik ilkesini, kanun yollarının tüketilmesi koşulunun özü olarak tanımlamıştır. Bkz. BVefGE 72, 43; st. Rspr.

295 Schmidt-Bleibtreu/Klein, **Kommentar zum Grundgesetz für die BRD**, Neuwied/Darmstadt, Luchterhand, 1977, s. 830.

Buna karşılık Dörr, Zuck'un bu görüşü savunurken kanun yollarının tüketilmesi ile ikincillik ilkesi arasındaki yakın ilişkiyi gözardı etmesini eleştirmektedir²⁹⁶. Detterbeck de ikincillik ilkesinin kanun yollarının tüketilmesiyle olan bağlantısının bu biçimde kesin olarak ayrılmasını aşırı bulmakta ve Zuck'un görüşünü eleştirmektedir. Ona göre, bağlayıcı ve zorlayıcı Anayasa Mahkemesi kararlarıyla anayasa hukukuna giren ikincillik ilkesi hukuka aykırıdır. Buradan yola çıkarak Detterbeck bu ilkeyi Md. 90/II C. 1'den bağımsız olarak değil, aksine bu maddenin doğrudan bir sonucu olarak değerlendirmekte ve bu maddedeki kanun yolundan anlaşılması gerekenin ne olduğunu şöyle açıklamaktadır: "Md. 90/II'deki kanun yollarının tüketilmesi koşulu yalnızca anayasa şikayetinin konusunu oluşturan norma/karara karşı var olan doğrudan kanun yollarını kapsamamaktadır. Aksine, anayasa şikayetinin konusunun dolaylı olarak da denetlenbildiği ve genel mahkemelerde açılan davaları da kapsamaktadır. Bu nedenle 90. madde yalnız ilkesel değil, tali kanun yollarını ve genel norm denetimini de emretmektedir"²⁹⁷. Sonuçta Detterbeck, Mahkeme'nin bu 'buluşunu' gereksiz bulmaktadır.

Henschel de ikincillik ilkesinin içtihatla geliştirilmiş olmasını ve yasayla açıkça düzenlenmemesini eleştirmekte, içtihatla değiştirilmeyen ve usul ekonomisinden sapma oluşturmayan açık yasal düzenlemelerin gerekliliğini vurgulamaktadır²⁹⁸.

Mahkeme ise ikincillik ilkesini şöyle açıklamaktadır: "Şikayetçi tarafından ileri sürülen temel hak ihlali olanak ölçüsünde yetkili genel mahkemenin hiyerarşik düzeni içinde çözüme kavuşturulmalıdır; bunun dışında Anayasa Mahkemesi'ne kararından önce, genel mahkemelerin, özellikle de yüksek mahkemelerin somut olaya ilişkin hukuki görüş ve düşüncelerini öğrenme olanağı tanınmalıdır"²⁹⁹. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadında, ilkenin hem yetki bölüşümüyle hem hukuki istikrarla hem de Mahkeme'nin asıl görevleriyle ilgili olduğu belirtilmiştir: "Anayasa Mahkemesi Kanunu Md. 90/II C. 1'deki ikincillik ilkesi, anayasa şikayetinin geçerliliğiyle ilgilidir. Buna göre, şikayetçi temel haklara aykırı olduğunu iddia ettiği kamu gücü işlemini ortadan kaldırmak için, yasalarla belirlenmiş ve kullanabileceği bütün hukuki ça-

296 Dörr, a.g.e., s. 76 dn. 6.

297 Detterbeck, **DÖV**, 1990/13, s. 561-562.

298 Johann Friedrich Henschel, "Rechtswegerschöpfung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde," **Festschrift für Joachim Faller**, 1984, s. 170. Eckart Klein da bu ilkenin anayasal bir temeli olmamasını eleştirmektedir. Bkz. **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s. 1318.

299 BVerfGE 9, 7. Ayrıca bkz. BVerfGE 68, 380; 78, 160; st. Rspr.

relere başvurulmalıdır (krş. BVerfGE 5, 10; 8, 225 vd.; 10, 281; 16, 2). Anayasa şikayeti, başka yolla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik olağanüstü bir hukuki çaredir. Bunun nedeni de, hukuki istikrar nedeniyle mahkemelerin ya da yetkili makamların verdiği biçimsel olarak kesinleşmiş ya da kaldırılamayacak kararlarının yalnızca istisnai olarak yeniden denetlenmesinin istenebilmesi ve böylelikle Mahkeme'nin gereksiz anayasa şikayetleriyle diğer görevlerini yapmaktan alıkonmamasını sağlamaktır³⁰⁰.

İkincillik ilkesinin kanun yollarıyla yakın bağlantısını doğrulayan bir başka kararda ise, "şikayetçi dar anlamda kanun yollarının tüketilmesi dışında, iddia edilen temel hak ihlalini, kullanabileceği bütün olanakları kullanarak düzeltmeye ya da önlemeye çalışmalıdır. Anayasa şikayetine ancak bu kurumla elde edilmek istenen amaca, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmadan ulaşılamayacaksa başvurulabilir (...). Öte yandan eğer bir ihlal genel mahkemede usulüne uygun olarak ileri sürülmediği için denetlenememişse, kanun yollarının tüketildiğinden söz edilemez" denmektedir³⁰¹. Açıkça görüldüğü gibi burada ikincillik ilkesi açıklanmaya çalışılırken, biçimsel ve maddi olarak kanun yollarının tüketilmesinden söz edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi ikincillik ilkesini en uç noktasına götürdüğü kararlarından birinde, ağır özürülülerin yasal hastalık sigortası kapsamına alınmasını sınırlayan federal bir yasaya karşı yaptıkları anayasa şikayeti başvurusunu reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, davacı önce ilgili hastalık sigortasının kapsamına alınmak için başvuruda bulunmalı, kurumun, bu talebini reddetmesi üzerine Sosyal Mahkeme'de red kararına karşı dava açmalıdır. Mahkeme bu prosedürün izlenmesinde başarı şansı görmüştür ve şikayetçinin ikincillik ilkesi gereği bunu yapmakla yükümlü olduğu görüşündedir³⁰².

Rinken ise özellikle yasalara karşı anayasa şikayetinde uygulanan ikincillik ilkesini, anayasa şikayetini zorlaştırmaya yönelik bir ilke olarak ele almaktadır: "Mahkeme'ye göre şikayetçi, bir olasılık dahi olsa, genel mahkemelerden etkili bir hukuki koruma talebinde bulunabilir. Ölçütün böylesine dar yorumlandığı yasalar ise genellikle, idareye ya da mahke-

300 BVerfGE 22, 290-291; st. Rspr. Mahkeme başka bir kararında ise, "ikincillik ilkesi özellikle Anayasa Mahkemesi'nin özel işlevi ve iş yükünün artması bağlamında incelenmelidir." diyerek, yalnızca iş yükünü ikincillik ilkesinin dayanağı olarak göstermiştir. Bkz. BVerfGE 68, 151.

301 BVerfGE 74, 113; st. Rspr.

302 Bkz. BVerfGE 69, 122 vd.

melere belli bir takdir alanı bırakan yasalardır”³⁰³. Rincken’in bu ilkeyle ilgili kaygısının temelinde, takdir alanının mevcut olduğu durumlarda kamu gücünün bu yetkisinin denetiminin çok zor olması ve olasılık dahilindeki bu korumadan da sonuç alınamamasından sonra Anayasa Mahkemesi’ne gidildiğinde ise, başvuru yolunun geçersiz sayılıp başvurunun süre açısından geçersiz sayılma olasılığı yatmaktadır.

Bu açıklamalardan sonra, Mahkeme’nin anılan kararlarından şu sonuçlar çıkarılabilir:

1- İkincillik ilkesi kanun yollarının tüketilmesiyle sıkı bir bağlantı içindedir. Daha çok kanun yollarının tüketilmesi sırasında ileri sürülmesi gereken ihlal iddialarıyla, yani kanun yollarının tüketilmesinin maddi içeriğiyle ilgili olarak ikincillik ilkesi kullanılmaktadır.

2- İlke anayasal yetki ve görev bölüşümünün bir sonucu olarak görülmektedir.

3- Anayasa şikayetinin olağanüstü bir hukuki çare olduğu ve genel mahkemelerin de temel hakları korumakla yükümlü olduğu bu ilkeyle bir kez daha vurgulanmaktadır.

4- Anayasa Mahkemesi’nin iş yüküyle ve bunun azaltılmasıyla, bu ilkenin işlevi arasında bağlantı kurulmaktadır³⁰⁴.

Bu saptamalardan yola çıkarak, ikincillik ilkesinin Anayasa Mahkemesi Kanunu Md. 90/II C. 1’den başka bir yerde gerekçelendirilmesinin olanaklı olmadığı ortadadır. Bu ilke, kanun yollarının tüketilmesinden farklı bir ölçüt olmaktan çok, bunu somutlaştıran bir ilkedir. Genel mahkemelerle Anayasa Mahkemesi’nin yetki ve yükümlülüklerini, davanın konusunu oluşturan (birinde esas dava, diğerinde bekletici sorun olmakla birlikte) ihlalle bağlantılı olarak tanımlamaya çalışmaktadır.

Hövel’in ikincillik ilkesiyle ilgili tartışmalardaki önerisi, anayasa şikayetinin başvuru ve kabul koşullarıyla ilgili düzenlemelerin açık biçimde ortaya konması, böylelikle tarafların dava öncesi başarı şansları hakkında bir öngörüye sahip olmalarının sağlanmasıdır. Bu sayede kendi durumlarının istisnai bir durum olabileceği inancıyla açılan ve düşük başarı şansına sahip anayasa şikayetlerinin önüne geçilecektir³⁰⁵. Harald

303 Rincken, a.g.e., s. 1053.

304 İlkenin iş yüküyle ilgili bağlantısı için bkz. Eckart Klein, **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s. 1318. Klein, bu ilkenin Mahkeme’ye ‘manevra alanı’ sağladığını belirtmektedir (s. 1314).

305 Markus van den Hövel, "Die Urteils- Verfassungsbeschwerde als einzig erforderliche Verfassungsbeschwerde in der Rechtspraxis?" **NVwZ**, 1993/6, s. 552.

Klein ise işlevsel olarak, bu ilkenin sınırının temel hakların etkili bir biçimde korunmasını sağlama görevi olduğunu belirtmektedir³⁰⁶.

2. İstisnalar

Anayasa şikayetinde bulunmak için öncelikle kanun yollarının tüketilmesi koşulunun, biri içtihatla geliştirilmiş, ikisi yasal üç istisnası bulunmaktadır. Aşağıda önce içtihatla geliştirilen istisna, sonra da Anayasa Mahkemesi Kanunu 90/II C. 2'deki iki yasal istisna incelenecektir.

a) Kanun Yollarının Tüketilmesinden Bir Sonuç Alınmasının Beklenmemesi

Kanun yollarına başvurulmasından bir sonuç alınması beklenmiyorsa, kişi bundan muaf tutulabilmektedir. Mahkeme'ye göre, "Anayasa Mahkemesi Kanunu Md. 90/II C. 1'in mantığı içinde, eğer yerleşmiş, yakın zamanda tekrarlanmış ve yüksek yargı organları tarafından verilmiş bir karar doğrultusunda, somut olayda da mahkemenin bu içtihattan ayrılması için bir neden görülüyorsa, kişiden kanun yollarını tüketmesi beklenemez"³⁰⁷.

Yasal düzenleme, idareye bir takdir alanı bırakmıyorsa, yani idarenin farklı bir yorum yapma olanağı yoksa ve daha önce yapılan başvurular da sonuçsuz kalmışsa, şikayetçinin kanun yollarını tüketmesi yine beklenmez³⁰⁸.

Dörr'e göre, Mahkeme'nin bu içtihadının nedeni, hukuki bir aracın geçerli olup olmadığı konusundaki anlaşılır bir belirsizliğin, hakkını arayan kişinin anayasa şikayeti başvurusunun geçersizliğine neden olmasını önlemektir³⁰⁹.

Bunun yanı sıra örneğin, dava konusu mahkeme kararıyla yanlış bilgilendirilme³¹⁰ ya da bir davaya müdahil olarak katılma hakkından kusuru olmaksızın haberdar olmama nedeniyle yanlış hukuki araçları kullanma³¹¹ da kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç beklenmemesine örnek oluşturmaktadır.

306 Bkz. H. Klein, *Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)*, 1987, s. 1341.

307 BVerfGE 9, 7 vd; st. Rspr.; 68, 379 vd; 70, 186.

308 BVerfGE 47, 17 vd; 69, 202.

309 Dörr, a.g.e., s. 92. Aynı doğrultuda bkz. BVerfGE 5, 20.

310 BVerfGE 21, 136 vd.

311 BVerfGE 13, 289.

Anayasa Mahkemesi başka bir yerleşik içtihadında, yeni ve yerleşik bir içtihadın olmadığı bir durumda da kanun yollarının tüketilmesinin şikayetçiden beklenemeyeceğini belirtmiştir: “Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, usul kurallarının yorumunun olanak tanıdığı ölçüde, hak arama özgürlüğünün ihlali halinde etkili hukuki koruma yollarına başvurmayı emretmiştir. Anayasa şikayetinde bulunulduğu zamanda söz konusu usul hukuku kuralı Medeni Usul Kanunu Md. 513/II'nin uygulanmasına ilişkin yazılı yargılama usulünde verilmiş bir karar yoktu. Bu nedenle eyalet mahkemesinin, kendisine yapılacak başvuruyu kabul edip etmeyeceği de belli değildi. Bundan dolayı şikayetçiden bu hukuki aracı kullanması beklenemezdi”³¹².

Mahkeme daha sonra verdiği ve yerleşik içtihat haline gelen kararında ise, yukarıda anılan kararın istisnai nitelikte bir karar olduğunu belirtmektedir. Bu kararda kabul edilen ölçüt şudur: “Eğer mevcut hukuki çare, genel mahkemelerin bu konudaki kararları göz önünde bulundurulduğunda, baştan itibaren sonuçsuz kalacak gibi görünüyorsa, kanun yolları tüketilmeden de anayasa şikayetinde bulunulabilir. Ancak dava konusuna ilişkin olumlu bir kararın olmaması, kanun yollarının tüketilmemesi için yeterli gerekçe oluşturmaz”³¹³.

Görüldüğü gibi, Mahkeme'nin istisna için geliştirdiği bu ölçüt, objektif verilerden yoksundur. Her somut olayda, anayasa şikayeti başvurusunun pek çok unsuruyla birlikte Mahkeme'nin değerlendirmesi, istisnanın varlığının kabulünde rol oynamaktadır. Yasal düzenlemelerin somut olaylar karşısında yetersiz kalması ve hakkaniyetin anayasa şikayetinin reddini olanaksız kıldığı durumda Mahkemece geliştirilen istisna kuralı, şikayetçilerin mutlak güvenlerini hak etmemektedir. Bu nedenle kişiler, öncelikle zorunlu koşulları yerine getirmeye çalışmalı, Mahkeme'nin somut olaya ilişkin istisnai değerlendirmesini de bir şans olarak ele almalıdır.

b) Anayasa Şikayetinin Genel Öneme Sahip Olması

Anayasa Mahkemesi Kanunu Md. 90/II C. 2'de belirtilen iki istisnadan biri anayasa şikayetinin sübjektif, diğeri de objektif işlevinden kaynaklanmaktadır. Anayasa şikayetinin genel önemi nedeniyle kabul edilen istisna, objektif işleve ilişkindir³¹⁴.

312 BVerfGE 64, 206; st. Rspr.

313 BVerfGE 70, 186; st. Rspr.

314 Dörr de bu istisnanın şikayetçiye ilişkin bir istisna olmadığını, bunun davaya ilişkin objektif bir niteliği olduğunu belirtmektedir. Bkz. a.g.e., s. 95.

Belirtilmesi gereken diğere önemli nokta da, yasanın öngördüğü bu istisnaların, hiçbir biçimde Mahkeme'yi bir anayasa şikayeti hakkında karar vermeye zorlayamayacağıdır.

Mahkeme'nin kararına göre, "dava konusu norm esaslı anayasal sorunları ortaya koyuyorsa ve Mahkeme'nin kararıyla somut olay dışında benzer pek çok durumun açıklığa kavuşturulması bekleniyorsa, anayasa şikayeti açısından genel öneme sahip olma koşulu gerçekleşmiş sayılır"³¹⁵.

Yasalara karşı anayasa şikayetinde, diğere anayasa şikayetlerine oranla, genel önemin daha fazla sözkonusu olacağı kolayca tahmin edilebilir. Bir anayasa şikayeti dolayısıyla somut olayın davacısı dışında pek çok kişi de normun anayasaya aykırılığının denetlenmesinden yararlanacaktır. Mahkeme bu doğrultudaki bir kararında şöyle demektedir: "Bir eyalet mahkemesi kararının dava konusu edildiği bir anayasa şikayeti davasında, eyalet mahkemesinin hukuki görüşünün, yargı çevresinde gözardı edilemeyecek sayıda ceza davası açısından önem taşıdığı, bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararının benzer pek çok duruma açıklık getireceği bilinmektedir"³¹⁶.

Yukarıda anılan kararın uygulamasına örnek, 1982-83 ön seçimlerinde federal hükümetin kamu çalışmalarının anayasal sınırının belirlenmesinin, yalnızca şikayetçinin seçme hakkını değil, onun yanısıra tüm seçmenlerin seçme ve adayların seçilme haklarını; siyasal partilerin rekabet şanslarını ilgilendirdiğine, bu nedenle de anayasa şikayetinin genel bir öneme sahip olduğuna karar verilmesidir³¹⁷.

Zuck, şikayette bulunacak olanların Md. 90/II'deki istisnaya fazla bel bağlamamalarını önermektedir. Yasalara karşı anayasa şikayetinde sınırlı olarak kabul edilen 'genel önem'e karşılık, 'ağır ve giderilemez zarar' neredeyse hiçbir davada bağımsız bir ölçüt olarak kullanılmamıştır³¹⁸.

c) Şikayetçi Açısından Ağır ve Giderilemez Zarar

Bu istisnaya ilgili ölçütleri açıkça ortaya koyan Anayasa Mahkemesi kararları yoktur. Kanun yollarının tüketilmesiyle ilgili istisnalar genellikle genel öneme ya da kanun yollarının tüketilmesinden bir yarar umulma-

315 BVerfGE 19, 289.

316 BVerfGE 62, 342.

317 BVerfGE 63, 242.

318 Zuck, a.g.e., s. 287.

masına dayandırılmaktadır. Yine de kararlardan bazı ölçütler saptamak olanaklıdır.

Şikayetçi açısından mevcut olan ağır ve giderilemez zarar, istisnai olarak verilecek Anayasa Mahkemesi kararıyla giderilebilir/önlenebilir olmalıdır³¹⁹.

Şikayetçinin mali açıdan zarara uğrayacak olması, kişiliği yoğun biçimde etkilemediği için istisnaya dayanak olarak değerlendirilmemektedir³²⁰.

Dörr bu istisnanın, anayasa şikayetinde dava konusu edilen kamu gücü işleminin derhal uygulanacak olması ve bunu önlemek için başka çarenin olmadığı durumlarda söz konusu olabileceğini belirtmektedir³²¹.

Bu istisnanın bu denli az- hatta hiç- kullanılmasını, genel mahkemeler düzeyinde talep edilecek hukuki korumada ağır ve giderilemez zararları önlemeye yönelik çeşitli önlemlerin (ihtiyati tedbir kararı, yürütmenin durdurulması vb.) varlığına bağlamak da olanaklıdır. Ancak genel mahkemeler hiyerarşisi içinde bazı dava konuları için öngörülemeyen boşlukların doğması olasıdır. Anayasa Mahkemesi böyle bir boşluktan kaynaklanan ve ağır temel hak ihlallerine neden olan bir durumda, bu istisna yetkiyi kullanabilecektir.

E. SÜRE

1. Kural

a) Bir Aylık Süre

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 93/I maddesi bir aylık başvuru süresini düzenlemektedir. Buna göre, "Anayasa şikayeti başvurusu bir ay içinde yapılmak ve gerekçelendirilmek zorundadır. Süre, eğer ilgili usul hukuku kuralına göre resen yapılıyorsa, gerekçeli kararın tebliğ ya da tefhiminden itibaren başlar. Diğer hallerde süre, kararın ilanıya ya da ilan yapılmıyorsa, kararın şikayetçiye herhangi bir yolla bildirilmesiyle başlar. Eğer şikayetçiye bu arada kararın tamamının yazılı bir örneği verilmemişse, birinci cümledeki süre, şikayetçinin, kararın tamamını almaya ilişkin olarak ilgili makama yaptığı yazılı ya da şahsi başvuruyla kesilir. Kesilme, kararın tamamı şikayetçiye mahkemece verinceye ya da resen

319 BVerfGE 9, 122.

320 BVerfGE 72, 122 ve 124.

321 Dörr, a.g.e., s. 98.

veya davada yer almış olanlardan biri tarafından tebliğ edilinceye dek sürer”.

Bir yargı kararından doğrudan etkilenen ancak davaya katılmamış bir kişi için süre, gerekçeli karardan güvenilir biçimde haberdar olduğu zaman başlar³²².

Maddeden anlaşılacağı gibi, burada yalnızca kurala uygun olarak tüm kanun yolları tüketildikten sonra mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikayeti başvuruları düzenlenmektedir. İdari işlemlerin de bu maddenin kapsamına dahil olduğu açıktır. Çünkü idari işlem aleyhine başvuru kanun yollarından sonuç elde edilememişse, şikayetçi nihai karara ve idari işleme karşı birlikte anayasa şikayetinde bulunacaktır. Kısaca, “aylık zaman aşımı süresi, aleyhine kanun yollarına başvuru bütünü kamu gücü işlemleri için geçerlidir”³²³.

Yasa metninin açık hükmüne karşın dava süresiyle ilgili bazı sorunlar vardır. Anayasa Mahkemesi’nin anayasa şikayetini kabul koşullarından olan, mevcut ve olanaklı bütün kanun yollarının tüketilmesi koşulu, başvuru yollarının uygun olmaması ya da geçersiz olması durumunda süre açısından sorunlar doğurmaktadır. Çünkü süre, geçerli ve uygun son yargı kararından itibaren bir ay içinde sona ereceğine göre, başvuru yollardan birinin geçersiz olması durumunda bir aylık süre kaçırılacaktır. Anayasa Mahkemesi bu konuda belli bir esneklik içeren içtihatlar geliştirmiştir: “Eğer başvuru kanun yolunun geçersiz olduğu şikayetçi açısından açıkça belli değilse, geçmiş olan bir aylık süre yeniden başlatılabilir”³²⁴.

Dörr’e göre, Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihadının nedeni, genel mahkemelere olabildiğince çok olanak tanıyarak anayasaya aykırılıkların giderilmesini onlara bırakmak ve kendi iş yükünü azaltmaktır³²⁵. Buna karşılık Robbers, yanlış ve geçersiz kanun yoluna başvurulduğunda bir aylık sürenin işleyeceğini belirtmektedir³²⁶.

Mahkeme’nin, Dörr’ün belirttiği, anayasaya aykırılığın genel mahkemelerde giderilmesini sağlamaya yönelik kararlarına ilişkin en uç örnekte ise, şikayetçiye, nihai kararı veren mahkemenin açıkça görülen bir

322 BVerfGE 21, 136; 28, 93 vd; 60, 13.

323 Dörr, a.g.e., s. 108.

324 BVerfGE 28, 6; 62, 352; 63, 85.

325 Bkz. Dörr, a.g.e., s. 108.

326 Robbers, JuS, 1993/12, s. 1024.

hatasını düzeltmek için tekrar mahkemeye başvurması önerilmektedir³²⁷. Mahkeme'nin bu önerisine karşılık Robbers, kararı veren mahkemeye yapılan başvuru kolaylıkla geçersiz sayılabileceğinden hem mahkemeye hem anayasa şikayeti için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını önermektedir³²⁸. Mahkeme'nin bu kararının hukuk hiyerarşisi içinde kabul görmesi çok zordur. Çünkü kanun yolları yasayla belirlenir ve tüketilmiş bir kanun yoluna açık ya da zımni bir hukuki ya da maddi hatanın düzeltilmesi için başvurulması ve bunun teknik anlamda kanun yolu sayılması olanaksızdır. Genel mahkemeler bunu kabul etse bile, Anayasa Mahkemesi'nin bunu her somut olayda geçerli bir başvuru sayıp saymayacağı belli olmadığından Robbers'in önerisi doğru görünmektedir.

Eğer bir mahkemenin ya da idari makamların bir ihmaline karşı anayasa şikayetinde bulunuluyorsa, ihmal sürdüğü sürece başvuruda bulunulabilir. İhmalin sona erdiği andan itibaren ise bir aylık olağan dava açma süresi işlemeye başlar³²⁹.

b) Bir Yıllık Süre

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 93/III maddesine göre, "Anayasa şikayeti davası bir yasaya ya da aleyhine bir kanun yolunun açık olmadığı bir kamu gücü işlemine karşı açılmışsa, anayasa şikayetine ancak yasanın yürürlüğe girişinden ya da kamu gücü işleminin yapılmasından itibaren bir yıl içinde başvurulabilir".

Maddeden anlaşıldığı üzere, bir yıllık zamanaşımı süresi yasalar ve aleyhine kanun yollarının açık olmadığı kamu gücü işlemleri için geçerlidir. Eğer yasaya karşı bir kanun yoluna gidilebiliyorsa, bu kanun yollarının sonunda verilen nihai karara karşı anayasa şikayetine başvurulabilir. Yargı kararının verilmesi sırasında yasanın yürürlüğe girişinden itibaren bir yıl geçmişse artık yasaya karşı doğrudan anayasa şikayetinde bulunulması olanaklı değildir. Bu durumda anayasaya aykırı olduğu iddia edilen yasa ancak Kanun'un 'karar' başlıklı 95/III C. 2 maddesine göre, denetimin ve iptalin konusu olabilir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, "Bir yasaya karşı anayasa şikayeti kabul edilirse, sözkonusu yasa iptal edilir. Aynı şey, ikinci fıkrada anılan bir anayasa şikayetinde kaldırılan mahkeme kararının anayasaya aykırı bir yasaya dayanması durumunda da geçerlidir"³³⁰.

³²⁷ BVerfGE 63, 78 vd.

³²⁸ Robbers, JuS, 1993/12, s. 1024.

³²⁹ Dörr, a.g.e., s. 113.

³³⁰ Aynı doğrultuda bkz. Detterbeck, DÖV, 1990/13, s. 563.

Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra bir yıl içinde değil de daha sonra yasadan etkilenen kişi artık doğrudan doğruya yasaya karşı anayasa şikayetinde bulunamaz. Ancak kendisini etkileyen işleme karşı yaptığı anayasa şikayeti başvurusunda ve daha önce başvurduğu kanun yollarında, yasanın anayasaya aykırılığını ileri sürüp anayasal yargı denetimini dolaylı olarak yaptırabilir.

Yasalara karşı anayasa şikayetinde süreyle ilgili diğer bir sorun da, yasakoyucunun ihmeline karşı başvuruda sürenin ne zaman başlayacağıdır. Mahkeme, ihmal sürdüğü sürece davanın açılabileceğine karar vermiştir³³¹. Ancak şikayetçi ihmalin sona erdiğini biliyorsa, bir yıllık zamanaşımı süresi bu andan itibaren işlemeye başlar³³².

Yasada yapılan düzeltmeler³³³, şikayetçiyi etkilemeyen değişiklikler³³⁴ süreyi yeniden başlatmaz. Ancak içeriğe ilişkin değişiklikler (dolaylı da olsa) sürenin yeniden başlamasına neden olur³³⁵.

2. Eski Hale Getirme

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun bir aylık süreyi düzenleyen fıkrasını izleyen 93/II maddesine göre, "Bir şikayetçi kusuru olmaksızın bu süreyi kaçırmışsa, talebi üzerine kendisine eski hale getirme olanağı tanınır. Engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde talepte bulunulmalıdır. Talebin gerekçeleri başvuru sırasında ya da talebin incelenmesi sürecinde inandırıcı bir biçimde ortaya konmalıdır. Talep süresi içinde, yapılmamış olan hukuki işlemler yapılmak zorundadır; bu koşulun gerçekleşmesi halinde, eski hale getirme talep olmaksızın da kabul edilebilir. Kaçırılmış sürenin bitiminden itibaren bir yıl geçtikten sonra talepte bulunulamaz. Temsilcinin kusuru şikayetçinin kusuruyla eşdeğerdir".

Kanunun bu maddesi öğretilerdeki uzun tartışmalar sonucunda ilk olarak 11 Ağustos 1993 tarihli yasa değişikliğinin 19. maddesiyle kabul edilmiştir. Bu değişikliğin, aylık zamanaşımı süresiyle yıllık zamanaşımı süresi arasında ek bir fıkra olarak yapılması, sistematik olarak bakıldığında, eski hale getirmenin yalnızca mahkeme kararlarına ve idari işlemlere karşı anayasa şikayetinde kabul edildiğini düşündürmektedir.

³³¹ BVerfGE 6, 266; 16, 121. Aynı doğrultuda bkz. Dörr, a.g.e., s. 113; Pestalozza, a.g.e., s. 189.

³³² Zuck, a.g.e., s. 301 dn. 50.

³³³ BVerfGE 12, 141; 56, 378.

³³⁴ BVerfGE 17, 369; 23, 237.

³³⁵ BVerfGE 11, 359 vd; 12, 24.

Henüz yasa değişikliği yapılmadan önce Zuck, eski hale getirmenin Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla olanaklı olup olmadığı sorusuyla ilgilenmiş ve usul hukuku kurallarının biçimsel açıdan daha sıkı ölçütler gerektirmesi nedeniyle, bir yasa değişikliğinin gerektiği sonucuna varmıştır³³⁶. Mahkeme de eski hale getirme taleplerine ilişkin kararlarında, anayasa usul hukukunun bunu öngörmediği³³⁷ ya da Md. 93/I'deki sürenin hak düşürücü zamanaşımı süresi olduğu³³⁸ gerekçeyle bu yöndeki talepleri geri çevirmiştir.

Eski hale getirmenin anayasa usul hukukunda da benimsenmesi gerektiğine ilişkin tartışmaların temelinde, Mahkeme'nin federal posta hizmetleriyle ilgili yerleşik içtihadı yer almaktaydı³³⁹. Bu karara göre, "Alman Federal Posta Hizmetleri, mektupların ulaştırılmasında yasal tekel hakkına sahiptir. Yurttaşlar, bu hizmetin işletme ve organizasyon ilkelelerine uygun olarak, normal koşullar için öngörülmüş sürede yapılacağına güvenebilmelidirler. Eğer hizmet bu sürede yerine getirilmezse, yurttaşların bu gecikme üzerinde bir etkileri olmadığından, eski hale getirme çerçevesinde kendilerine yüklenebilecek bir kusur yoktur".

Bu karar, mektupla yapılan anayasa şikayeti başvurularındaki gecikme riski ve bunun sonuçları üzerine verilmiştir. Ancak postadaki bu olağanüstü gecikme dışında, bütün anayasa şikayeti davalarında geçerli bir eski hale getirme kurumu, Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla kabul edilmemiş, bu, yasakoyucuya bırakılmıştır.

Yasa değişikliği öncesinde Zuck, kişilerin devlete karşı sahip oldukları spesifik bir koruma yolu olan anayasa şikayetinde diğer usul hukuklarında mevcut bir kurumdan yararlanamamalarını tepkiyle karşılamaktaydı. Çünkü Zuck'a göre, eski hale getirme neredeyse bütün usul kanunlarında standart hale getirilmişti ve anayasa hukukuna aktarılmasında da bir sakınca yoktu³⁴⁰.

Mahkeme, eski hale getirmeyi reddetmesinin gerekçesini ilk olarak belirttiği kararında³⁴¹, eski hale getirmenin tüm usul hukukları için geçerli tek bir düzenlemesinin olmadığını belirtmiş, ancak daha sonra bu

336 Zuck, a.g.e., s. 118.

337 BVerfGE 9, 115 vd.

338 BVerfGE 28, 256.

339 BVerfGE 62, 336; st. Rspr.; ayrıca bkz. BVerfGE 62, 221.

340 Bkz. Zuck, "Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren," ZRP, 1985/11, s. 302-303.

341 BVerfGE 4, 309 vd.

kurumun "zaman içinde genel bir usul kurumuna dönüştüğü" fikrini kabul etmiştir³⁴².

Anayasa şikayetinde bulunanların sık sık karşı karşıya kaldıkları ve yalnızca sürenin kusurlu olunmaksızın kaçırılmasından doğan mağduriyetlerinin ve Anayasa Mahkemesi'nin usul hukukundaki ortaklaşmaya ilişkin görüşlerinin yasakoyucunun yasa değişikliğini yapmasında etkili olduğu ortadadır.

Henschel de federal posta hizmetleriyle ilgili karara dayanarak, anayasa şikayeti usul hukukunu, hukuk devletinin gereği olan diğer usul hukuklarından ayırmanın olanaksız olduğunu belirtmektedir³⁴³. Çünkü haklı olarak Henschel, genel mahkemelerde kabul edilen ve kişilerin, üzerinde etki sahibi olmadıkları aksaklıklardan sorumlu tutulamayacakları ilkesinin, neden temel hakların korunmasını amaçlayan bir davada bu aksaklık olasılıklarının kişilere yüklenen bir risk payına düştüğünü sormaktadır.

Eski hale getirmenin Mahkeme'nin iş yükünü artıracığı endişesi, eski hale getirmeyi anayasa usul hukukunda benimsemeye yönelik dördüncü yasa değişikliği teklifi (1970) sırasındaki tartışmalarda da dile getirilmiştir. Ancak bu endişenin yersizliği, Bavyera eyaletinin Anayasa Mahkemesi pratiğiyle kanıtlanmıştır. Bavyera Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan bu düzenleme, çok ender olarak kullanılmıştır³⁴⁴.

Bunun yanında eski hale getirmeyi kabul etmeme, kendi başına hak arama özgürlüğünün ihlali anlamını da taşımaktaydı³⁴⁵.

Yasa değişikliği sonrasında tartışılan bir nokta da, eski hale getirmenin hem aylık hem de yıllık zamanaşımı süreleri için mi, yoksa yalnızca aylık zamanaşımı süresi için mi geçerli olduğudur. Eski hale getirme, daha önce birinci fıkrada olan aylık süre ile ikinci fıkrada olan yıllık sürenin arasına, ikinci fıkra olarak eklenmiş, böylelikle yıllık süre üçüncü fıkraya dönüştürülmüştür. Yasakoyucunun bu sistematiği tercih etmesinin, esasa ilişkin bir tercihi de içerdiği açıktır. Öte yandan bir yıllık sürenin gerçek anlamda hak düşürücü bir süre olduğu Mahkeme'nin bir kararında da

342 BVerfGE 60, 287.

343 Johann Friedrich Henschel, "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren," *Festschrift für Wolfgang Zeidler* (Band 2), 1987, s. 1396.

344 Bkz. Pestalozza, a.g.e., s. 55.

345 Henschel, a.g.m., s. 1397 dn. 145; Pestalozza, a.g.e., s. 55.

belirtmiştir³⁴⁶. Mahkeme'nin bu kararı olmasaydı bile, öncelikle hukuk güvenliği nedeniyle, kişilere tanınan bir yıllık dava açma süresini yalnızca bir kişinin, kusuru olmaksızın kaçırmış olması, artık herkes açısından hüküm ve sonuç doğurmaya başlamış genel ve soyut yasanın anayasa şikayeti yoluyla anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulması sakıncalı olurdu. Bunun yanında yargı kararları için öngörülmuş bir aylık süre, şikayetçi dışında çok dar bir kişi grubunu etkileyen, kişisel sonuç doğuran bir kamu gücü işlemi için öngörülmiştir. Mahkeme kararının objektif işlevi ikincil niteliktedir. Kusuru olmaksızın süreyi kaçırmış olmak, kişi açısından ağır sonuçlar doğurabilecektir. Son olarak, bir yıllık sürenin kusursuz olarak kaçırılması halinde kişilere eski hale getirme olanağı tanımak, ancak bir yıllık sürenin sonunda yasadan kişisel, doğrudan ve güncel olarak etkilenen kişilere dava açma hakkı tanınmaması nedeniyle bu grupla aralarında eşitsizlik yaratacak ve bu kişiler eşitsiz biçimde anayasa şikayeti hakkından yoksun bırakılmış olacaktırlar.

Klein ve Robbers de eski hale getirmenin yalnızca yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinde geçerli olduğunu düşünmektedirler³⁴⁷. Henschel de bir aylık ve yıllık sürelerin farklı nitelikte olduğunu, eski hale getirmenin yasalara karşı anayasa şikayetinde kabul edilmesinin hukuk güvenliği açısından sakıncalı olduğunu belirtmektedir³⁴⁸.

F. GEÇİCİ TEDBİR KARARI³⁴⁹

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 32. maddesi yedi fıkrayla geçici tedbir kararını çok ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Yalnızca anayasa şikayeti için değil, Anayasa Mahkemesi'nin baktığı bütün davalar

346 BVerfGE 4, 309 vd.

347 Eckart Klein, "Konzentration durch Entlastung? (Das Fünfte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht)", NJW, 1993/33, s. 2076; Robbers, JuS, 1993/12, s. 1026.

348 Henschel, a.g.m., s. 1392-1393.

349 'Einstweilige Anordnung' sözcüğünün karşılığı olan bu kavram, Türk hukukunda yürütmenin ya da yürürlüğün durdurulması kavramlarıyla ifade edilmektedir. Türk hukukunda kullanılan kavramlardan biri yerine bu kavramın kullanılmasının nedeni, hem kavramın içeriğini çok iyi anlatması hem de daha önce Alman hukukundaki bu kurumu inceleyen yazarların bunu tercih etmiş olmaları, dolayısıyla bir gelenegi izleme isteğidir. Kavramın Türkçe'deki kullanımı için bkz. Metin Kıratlı, **Alman Federal Anayasa Mahkemesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1963; Yavuz Sabuncu, "Alman Anayasa Yargısında <Geçici Tedbir Kararı>," **Amme İdaresi Dergisi**, C.17, S.2, 1984, s. 76-86.

için kabul edilmiş bu kurum anayasa şikayetinde oldukça sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Maddelere bakacak olursak,

32/I: Anayasa Mahkemesi bir uyuşmazlıkta ağır zararı önlemek, tehdit edici gücü engellemek için ya da başka önemli bir nedenle kamu yararı için acilen zorunlu ise, geçici tedbir kararı verebilir.

32/II: Geçici tedbir kararı duruşma yapılmadan verilebilir. Özel zorunluluk halinde Mahkeme davaya katılanların, temsilcilerin ya da davada söz hakkına sahip olanların görüşlerini almadan karar verebilir.

32/III: Geçici tedbir kararı verilmesine ya da talebin reddine ilişkin duruşmasız verilmiş karara itiraz edilebilir. Bu kural, anayasa şikayeti davasındaki şikayetçi için geçerli değildir. İtiraz hakkında Anayasa Mahkemesi duruşma sonunda karar verir. Duruşma itirazın gerekçesinin bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde yapılmak zorundadır.

32/IV: Geçici tedbir kararına itirazın, durdurucu etkisi yoktur. Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararının uygulanmasını durdurabilir.

32/V: Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararına ya da itiraza ilişkin kararını gerekçesiz olarak açıklayabilir. Bu durumda gerekçe, davaya katılanlara özel olarak bildirilmek zorundadır.

32/VI: Geçici tedbir kararı, verildikten altı ay sonra ortadan kalkar. Karar üçte iki çoğunlukla yenilenebilir.

32/VII: Senato karar yetersayısına sahip değilse, özel zorunluluk halinde geçici tedbir kararı, en az üç yargıcın varlığında oybirliğiyle verilebilir. Karar bir ay sonra ortadan kalkar. Eğer karar Senato tarafından onaylanırsa, verildikten itibaren altı ay sonra ortadan kalkar.

Geçici tedbir kararının anayasa şikayeti için de kabul edilmesi, anayasa şikayetinin durdurucu etkisinin olmamasının zorunlu sonucudur. Çünkü temel haklara yönelik bir ihlali ortadan kaldırmak için anayasa şikayetinde bulunan kişinin elinde, dava sonuçlanıncaya kadar onu dava konusu kamu gücü işleminin etkilerinden koruyacak bir araç yoktur. Bazı durumlarda anayasa şikayetinin başarıyla sonuçlanmasına karşın artık Anayasa Mahkemesi kararının herhangi bir koruma etkisinin olmaması da olasıdır. Bu nedenle, ağır zararları önlemek ve Mahkeme'nin kararlarını işlevsizleştirmemek için anayasa şikayeti davalarında da geçici tedbir kararı verilebilmesi kabul edilmiştir.

32. maddede bir davadan değil, uyuşmazlıktan söz edilmektedir. Maddenin yasa tasarısındaki ilk halinde, açılmış bir davadan söz edilirken maddenin 'uyuşmazlık' durumundan söz etmesi, bunun basit bir terim tercihinden öte bir anlamı olduğunu düşündürmektedir. Nitekim bu te-

rim farklılığının bir sonucu olarak bir anayasa şikayeti davası **öncesinde** de geçici tedbir kararı verilebileceği Mahkemece kabul edilmiştir³⁵⁰. Elbette bu uyuşmazlığın herhangi bir uyuşmazlık olması yeterli değildir. Bu uyuşmazlığın “Anayasa Mahkemesi önünde bir davaya dönüşmüş ya da dönüşecek, talepte bulunanın taraf olduğu ya da olacağı” bir uyuşmazlık olması gerekir³⁵¹. Ancak Mahkeme'nin anayasa şikayetinde bulunulacağından emin olması gerekmektedir. Zuck, istisnai bir durum olan dava öncesi geçici tedbir kararı verilmesini güvenceye almak için taleple davanın aynı anda Mahkeme'ye iletilmesini önermektedir³⁵². Eğer dava açma süresi içinde anayasa şikayetinde bulunulmazsa, dava öncesi verilmiş geçici tedbir kararı da ortadan kalkacaktır³⁵³.

Geçici tedbir kararı ile ilgili önemli bir tartışma da, maddede talep koşulundan söz edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Böyle bir koşulun belirtilmemesinden dolayı kimi yazarlar Anayasa Mahkemesi'nin resen geçici tedbir kararı verebileceğini savunmaktadır. Diğer yandan Mahkeme de pek çok kararında böyle bir yetkisi olduğunu belirtmiştir³⁵⁴. Zuck resen yetkinin varlığını, anayasa şikayetinde hukuki korumanın aynı zamanda objektif bir işlevi olmasına -anayasayı korumadayandırmaktadır³⁵⁵. Pestalozza ise geçici tedbir kararı ile ilgili resen yetkinin, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerine ilişkin sistemle bağdaşmadığını ve yasanın görüşülmesi sırasındaki tartışmalardan böyle bir yetkinin amaçlanmadığının anlaşıldığını ileri sürmektedir³⁵⁶. Robbers de dava öncesi resen yetkiden söz etmenin, siyasal sürece müdahale olacağını ve bunun Mahkeme'nin özelliği ile bağdaşmadığını belirtmektedir. Bunun yanısıra maddedeki 'verebilir' ibaresini Mahkeme'nin bir takdir yetkisi olarak değil, koşulların varlığı halinde 'zorunluluk' olarak

350 Bkz. BVerfGE 3, 277; 16, 238; 71, 352. Franz Klein da geçici tedbir kararı için davanın şart olmadığını düşünmektedir. Bkz. “Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren,” *JZ*, 1966/14, s. 462.

351 Pestalozza, a.g.e., s. 246. Ancak Pestalozza bu terim farklılığının, dava öncesi geçici tedbir kararı verilmesini sağladığı görüşüne katılmamaktadır.

352 Bkz. Zuck, a.g.e., s. 358.

353 Dörr, a.g.e., s. 144.

354 BVerfGE 1, 75; 1, 283; 15, 79; 35, 14; 42, 119 vd.

355 Bkz. Zuck, a.g.e., s. 358 dn. 2 ve “Die einstweilige Anordnung bei der Verfassungsbeschwerde gegen strafrechtliche Entscheidungen,” *NStZ*, 1985/6, s. 242 dn. 17. Dörr de resen yetkiyi tanımaktadır. Bkz a.g.e., s. 141.

356 Bkz. a.g.e., s. 245. Aynı doğrultuda Erichsen de açık yasal düzenlemenin gerekli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Hans-Uwe Erichsen, “Die einstweilige Anordnung,” **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.C.B Mohr, 1976, s. 177.

nitelemektedir³⁵⁷. Buradaki paradoks ise, koşulların varlığının değerlendirilmesinin yine Mahkeme'nin yetkisinde olmasıdır.

Bu tartışmanın çözümü, gerek anayasa şikayetinde gerekse diğer anayasa yargısı davalarında, geçici tedbir kararı verilebilmesinin koşullarının hangi işlev esas alınarak belirlendiğini saptamaktır. 32. maddeye göre, "ağır zararı önlemek, tehdit edici gücü engellemek için ya da başka önemli bir nedenle" kamu yararı için acilen zorunlu ise, geçici tedbir kararı verilebilir. Aslında madde metninden kamu yararının yalnızca 'diğer' önemli nedenler için mi, yoksa ilk iki koşulu için de mi geçerli olduğu açıkça anlaşılmamaktadır. Ancak Mahkeme içtihatları ve öğreti, kamu yararını ortak koşul olarak yorumlamaktadır³⁵⁸. Buna karşılık Klein ilk iki koşulun, kamu yararı için önemli diğer koşula alternatif olduğunu düşünmektedir³⁵⁹.

Öncelikle kişilerin temel haklarına yönelik ihlalleri ortadan kaldırmaya ve sübjektif koruma sağlamaya yönelik anayasa şikayetinde, geçici tedbir kararının temel ölçütlerinden birinin kamu yararı olması ilginçtir. Çürkü kişi kendisine yönelik ağır zarar tehlikesinin kamu açısından da benzer bir sonuç doğurabileceğini kanıtlamak zorunda kalacaktır. Kişinin sübjektif koşullarının Anayasa Mahkemesi'nce değerlendirilmesi ve kamu yararının ek bir koşul olması daha yerinde olurdu. Çünkü bu durumda, ancak genel bir öneme sahip anayasa şikayetleri geçici tedbir kararının konusunu oluşturabilecektir. Bu da anayasa şikayetinin yalnızca objektif işlevinin öne çıkmasına, Mahkeme'nin iş yükünün azaltılmasının dolaylı bir yolu olarak sübjektif işlevin göz ardı edilmesine yol açacaktır.

Öğreti de bu kurumun objektif işlevini vurgulamaktadır. Pestalozza'ya göre, yasa metni kişisel tehlikeleri göz ardı etmemekle birlikte, daha çok genel hukuk barışını ve güvenliğini korumaya yöneliktir³⁶⁰. Zuck da geçici tedbir kararının bireysel bir hukuki koruma aracı olmadığını, aksine bunun Mahkeme'nin gelecekte vereceği kararı güvence altına aldığını belirtmektedir. Yani Anayasa Mahkemesi, anayasa

357 Robbers, *JuS*, 1994/12, 1032. Pestalozza da burada bir takdir yetkisinin olmadığını düşünmektedir. Bkz. a.g.e., s. 248. Erichsen ise bir 'karar verme yetkisi'nin varlığından söz etmektedir. Bkz. a.g.e., s. 173.

358 *BVerfGE* 15, 226; 36, 139; Dörr, a.g.e., s. 147; Erichsen, a.g.m., s. 185; Pestalozza, a.g.e., s. 249-250; Robbers, *JuS*, 1994/12, s. 1032; Zuck, a.g.e., s. 354.

359 F. Klein, *JZ*, 1966/14, s. 462.

360 Pestalozza, a.g.e., s. 249.

şikayetin objektif işlevini ve Mahkeme'nin devlet yapısı içindeki statüsünü esas almaktadır³⁶¹.

Bu durumda, eğer geçici tedbir kararının ancak kamu yararıyla sınırlı olarak verilebileceği kabul edilirse, bu objektif işlevin resen yetkiye de olanak tanıdığı kabul edilmelidir. Elbette yukarıda belirtilen dava öncesi geçici tedbir kararı verilmesi olasılığı, resen yetkinin kullanılması halinde söz konusu olmayacaktır. Çünkü Mahkeme'nin bir davayı resen açması olanaklı olmadığı gibi, henüz açılmamış bir dava hakkında da geçici tedbir kararı vermesi olanaklı değildir. Diğer yandan anayasa şikayetlerinde geçici tedbir kararının subjektif ölçütler de dikkate alınarak verildiği kabul edilirse, kamu yararının varlığına dayanılmayan durumlarda, resen yetkinin kullanılmasının söz konusu olmaması gerekir. Çünkü resen yetki kamu yararına tanınmış bir yetki olup subjektif hakkın korunması amacıyla Mahkemece kullanılamaz; koruma talebinin bizzat şikayetçiden gelmesi gerekir.

Geçici tedbir kararlarında en çok dayanılan gerekçe, "ağır zararın önlenmesi"dir. Ağır zarara örnek olarak, tutuklanma tehlikesi³⁶², bir mültecinin sınırdışı edilecek olması³⁶³ ya da bir Alman vatandaşının eşinin sınırdışı edilmesi³⁶⁴ gösterilebilir. Bu örneklerden de görüldüğü gibi, geçici tedbir kararı verilirken ne yalnızca kamu yararı gözetilmekte ne de yalnızca kişisel koşullar dikkate alınmaktadır. Bu talepte bulunanlar hem kendileri açısından ağır zararın varlığını hem de bu tedbirle sağlanacak kamu yararın kanıtlamak zorundadır. Bunun yanında kişi açısından ağır ekonomik zararlar yeterli sayılmamaktadır³⁶⁵.

"Tehdit edici bir gücün engellenmesi" ise Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında dayanak olarak hiç kullanılmamış olmakla birlikte, öğretide 'darbe tehlikesi, bir siyasi partinin iktidara el koymaya kalkışması' gibi durumlar buna örnek gösterilmektedir. Klein'a göre bu koşulun maddeye konması, Weimar Cumhuriyeti'ndeki nasyonal sosyalist terörün deneyimlerinden kaynaklanmaktadır³⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi ileri sürülen koşulun varlığını denetlerken bu koşulun ağırlığı ve zorlayıcılığıyla, vereceği geçici tedbir kararının sonuçlarını karşılaştırmaktadır. Karşılaştırma unsurları, anayasa şikayetin başarı

³⁶¹ Zuck, a.g.e., s. 354. Aynı doğrultuda Dörr, a.g.e., s. 142; BVerfGE 12, 40.

³⁶² BVerfGE 22, 180.

³⁶³ BVerfGE 6, 445.

³⁶⁴ BVerfGE 35, 178.

³⁶⁵ BVerfGE 3, 38; 3, 285; 6, 6; 7, 180 vd; 14, 153.

³⁶⁶ F. Klein, JZ, 1966/14, s. 464.

şansı ve anayasa şikayetinin sonuçlarıdır. Her ne kadar Mahkeme anayasa şikayetinin başarı şansının geçici tedbir kararının verilmesinde etkili olmadığını belirtmiş olsa da³⁶⁷, pratikte başarı ve sonuca ilişkin öngörüler birbirine koşut biçimde dikkate alınmaktadır³⁶⁸.

Sonuçlara ilişkin öngörü, Mahkeme'nin yerleşik içtihadında şöyle açıklanmıştır: "Geçici tedbir kararı, mahkemenin davanın esasına ilişkin gerekli kapsamlı araştırmayı yapacak zamanının olmadığı durumlarda gerekli olabilir; böyle bir durumda geçici tedbir kararını davanın başarı şansının genel ve belirsiz bir değerlendirmesine bırakmak uygun değildir (BVerfGE 7, 371). Anayasa Mahkemesi özellikle geçici tedbir kararının verilmediği ancak daha sonra anayasa şikayetinin başarı kazandığı durumda ortaya çıkacak sonuçlarla, geçici tedbir kararının verildiği ancak anayasa şikayetinin başarılı olmadığı durumdaki sakıncaları göz önüne almak ve buna göre karar vermek zorundadır"³⁶⁹.

Başarı şansının değerlendirildiği durumlarda ise öncelikle, anayasa şikayetinin geçersiz ve açıkça gerekçesiz olup olmadığına bakılmaktadır³⁷⁰. Zuck pratikteki incelemenin üç aşamalı olarak gerçekleştirildiğini belirtmektedir:

- 1- Anayasa şikayetinin başarı şansı,
- 2- Karar için sürenin yeterli olup olmadığı,
- 3- Bir ara çözümün acil olup olmadığı³⁷¹.

Geçici tedbir kararında dikkate alınan diğer bir nokta ise, verilen kararlarla Mahkeme'nin esas hakkındaki kararının öne alınmaması, yani Mahkeme'nin kararını güvenceye alan geçici tedbir kararının kararın yerine geçmemesidir. Ancak bu kuralın kural kadar çok uygulanan bir istisnası vardır: "Eğer mevcut durumda esasa ilişkin karar çok geç gelecek ve talep sahibine de başka yollardan hukuki koruma sağlanamayacaksa, esas hakkındaki nihai kararın önceden verilmesi yasağından söz edilemez"³⁷². Buna örnek, seçim propagandası sırasında radyo ve televizyonun kullanılmasında partilere getirilen bazı sınırlamalardır. Bu durumda verilecek her türlü karar seçimden sonraya kalacağı için, sonradan gele-

367 BVerfGE 7, 371; 44, 101; 71, 161.

368 Aynı doğrultuda bkz. Dörr, a.g.e., s. 149; Zuck, a.g.e., s. 363.

369 BVerfGE 64, 69-70 ve BVerfGE 72, 301.

370 Bkz. BVerfGE 68, 235; 80, 79-81.

371 Zuck, NStZ, 1985/6 s. 242 dn. 14.

372 BVerfGE 34, 162 vd; 67, 151.

cek hukuki korumanın bir etkisi olmayacaktır³⁷³. Benzer biçimde nüfus sayımı yasasına karşı başvuru anayasa şikayeti için verilecek kararın, sayımdan sonra verilmesi halinde bir etkisinin olmayacağına karar verilmiştir³⁷⁴.

· Yasa kimlerin geçici tedbir kararı talebinde bulunabileceklerini açıkça belirtmemiştir. Ancak ilgili maddenin ikinci fıkrasında, duruşma yapılmaksızın verilen geçici tedbir kararlarında görüşlerinin alınmayabileceği belirtilen kişilerin, talep hakkına da sahip oldukları sonucu çıkarılabilir. Buna davaya katılanlar, Anayasa Mahkemesi Kanunu md. 94/V C. 1'e göre, işlemi dava konusu edilmiş anayasal organları temsile yetkili olanlar ve davada söz hakkı olanlar dahildir.

Kararı vermeye, davanın esası hakkında yetkili Senato yetkilidir.

G. KARAR

Anayasa Mahkemesi Kanunu md. 95/I'e göre, "Anayasa şikayeti kabul edilirse kararda, anayasanın hangi hükmünün, hangi eylem ya da ihmalde ihlal edildiği belirtilmelidir. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda dava konusu işlemin yinelenmesinin anayasayı yine ihlal edeceğini belirtebilir.

Bir yargı kararına karşı anayasa şikayeti kabul edildiğinde, Anayasa Mahkemesi kararı bozar ve md. 90/II C. 1'deki durumda davayı yetkili bir mahkemeye gönderir.

Bir yasaya karşı anayasa şikayeti kabul edildiğinde, yasa iptal edilir. Aynı durum, bozulan karar anayasaya aykırı bir yasaya dayandığı için ikinci fıkraya göre kabul edilen anayasa şikayetinde de geçerlidir. 79. madde hükümleri saklıdır"³⁷⁵.

Federal Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Birinci ya da İkinci Senato'da bakılan anayasa şikayeti davaları, iki Senato'nun birleşmesinden oluşan genel kurula (Plenum) götürülemez. Çünkü Mahkeme'nin de belirttiği gibi, "Anayasa Mahkemesi üç değişik biçimde ortaya çıkar; Birinci Senato, İkinci Senato ve Genel Kurul. Bu üç kurul da Anayasa

373 BVerfGE 67, 149.

374 BVerfGE 64, 69.

375 Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 79/1 maddesine göre, "Anayasayla bağdaşmadığı açıklanan ya da 78. maddeye göre iptal edilen bir norma ya da bir normun Anayasa Mahkemesi'nce anayasayla bağdaşmadığı açıklanan bir yorumuna dayanan kesinleşmiş bir ceza kararı hakkında, ceza usul hukuku kurallarına göre yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir".

Mahkemesi'ni oluşturur"³⁷⁶. Bu kararla, Mahkeme'nin kararlarının kesinliği açıkça ortaya konmuştur. Senatolar arasındaki içtihat farklılığı ise Mahkeme'nin üç türlü işleyişine ilişkin bir sorun olarak ele alınmış olup hukuki çözümlerin bulunması, Mahkeme'ye bırakılmıştır.

Eğer şikayetçinin Anayasa md. 3/I'deki yasa önünde eşitlik hakkının bir yasayla ihlal edildiği sonucuna varılırsa ve bu ihlal kısmen yasakoyucunun ihmalden kaynaklanıyorsa, Anayasa Mahkemesi Kanunu md. 95/I doğrultusunda temel hakkın ihlal edildiği saptanır³⁷⁷. Mahkeme yasa kurallarını iptal edebileceği gibi, yasal bir düzenlemenin yalnızca anayasayla 'bağdaşmadığını' saptamakla da yetinebilir³⁷⁸. Anlaşıldığı üzere, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir yasayla ilgili olarak verebileceği kararlar yalnızca iptalle sınırlı değildir. Yasa hükmünü ortadan kaldıran iptalin yanısıra Mahkeme 'anayasayla bağdaşmazlık' kararı da verebilir. Bu karar türü, yargısal içtihatla geliştirilmiş olup zaman içinde Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenmiştir. Burada söz konusu olan, saptanmış anayasaya aykırılığın giderilmesi için birden fazla yol varsa, en uygun çözümün uygulanmasının yasakoyucunun seçimine bırakılmasıdır. Örneğin, yasakoyucunun devlet hizmetlerinin sunulmasında belli bazı kişi gruplarını gözetip eşitlik ilkesine aykırı olarak başka bir grubu ihmal etmiş olması halinde, bu anayasaya aykırılık ya ihmal edilen grubun da hizmetin kapsamına alınmasıyla ya o zamana dek sunulan hizmetlerin sıfırlanmasıyla ya da hizmetten yararlanmayı baştan düzenleyen yeni bir yasama işlemiyle giderilebilir³⁷⁹.

Bir ihmale karşı anayasa şikayetinin kabulü halinde kural olarak, Anayasa Mahkemesi belli eylemlerde bulunma yükümlülüğü getiremez. Bu, bir yasak getirmeyi de kapsamaktadır³⁸⁰. Ancak bazı durumlarda, özellikle de anayasanın 3/I maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesinin yasayla ihlalinde, bu kuralın istisnası kabul edilmektedir³⁸¹.

376 BVerfGE 2, 95.

377 Zuck, a.g.e., s. 343.

378 İptal için bkz. BVerfGE 65, 3; bağdaşmadığı saptaması için bkz. BVerfGE 62, 374 vd.

379 Açıklama için bkz. Wiltraut Rupp-von Brünneck, AöR(102), 1977, s. 19. Ayrıca bkz. BVerfGE 22, 360 vd.

380 BVerfGE 55, 364. Ayrıca bkz. Gather, DWW, 1984/5, s. 122.

381 Bkz. BVerfGE 15, 76: Bu kararda, kararı bozulan Federal İş Mahkemesi'nin ancak federal hükümet anayasal ödevini yerine getirdikten sonra yeni bir karar verebileceği belirtilmiştir. Ayrıca bkz. BVerfGE 15, 125.

Maddi anlamda kesinlik yalnızca kararın sonucu için geçerlidir; karar gerekçeleri için geçerli değildir³⁸². AYMK md. 36/I'e göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararları federal ve eyalet anayasa organlarını, tüm mahkeme ve makamları bağlar. Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi kararlarının yalnız hüküm fıkrası değil, gerekçeleri de tüm devlet organları açısından bağlayıcıdır³⁸³. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığının yanında, maddenin ikinci fıkrasında kararların bazı durumlarda yasa gücünde olmasından söz edilmektedir. Buna göre, bir anayasa şikayeti davasında Mahkeme bir yasayı anayasaya uygun ya da anayasayla bağdaşmaz ilan ettiği ya da iptal ettiği durumlarda kararın yasa gücünde olması sözkonusudur. Bir yasanın anayasaya ya da federal hukuka uygun olduğu, bununla bağdaşmaz ilan edildiği ya da iptal edildiği durumda karar. Federal Adalet Bakanlığı tarafından Federal Resmi Gazete'de ilan edilir.

AYMK md. 35'e göre Mahkeme, kararının hangi organ tarafından uygulanacağını, bazen de somut olayda uygulamanın nitelik ve biçimini de belirtebilir.

Bir yargı kararı ya da idari işleme karşı anayasa şikayetinde bulunmuşsa, şikayetin kabulü halinde Mahkeme, yargı kararını ya da idari işlemi ortadan kaldırır. Bunu yaparken dava konusu karar ya da işlemin yanı sıra, kanun yolları tüketilirken bu ihlali ortadan kaldırmayan, bu nedenle de iptal edilmemeleri/ortadan kaldırılmamaları halinde temel hak ihlalini sürdürecektir bütün işlem ve kararlar da kaldırılır³⁸⁴.

Eğer kanun yolları tüketildikten sonra Mahkeme'ye gelmişse dava, yeni bir karar verilmek üzere yetkili bir mahkemeye gönderilir. Eğer kanun yolları tüketilmemişse, geri gönderilecek bir makam da yoktur. Bu durumda otomatik olarak, kararı bozulan mahkeme devreye girer. Pekcanitez, bu haliyle Anayasa Mahkemesi'nin temyiz mahkemesi gibi görev yaptığını belirtmektedir³⁸⁵. Yetkili bir mahkemeden ne anlaşılmalıdır? İlk akla gelen, davaya son olarak bakmış mahkemedir. Ancak yasadaki ifade, Anayasa Mahkemesi'nin davayı son mahkemeye göndermeye zorunlu olmadığını göstermektedir³⁸⁶. Mahkeme davayı ilk derece mahkemesine de geri gönderebilir. Ancak bu gönderme usul

382 BVerfGE 4, 38.

383 BVerfGE 40, 93 vd. Bkz. Robbers, **JuS**, 1994/12, s. 1034; Zuck, "Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde nach §90 BVerfGG," **JuS**, 1988/5, s. 375.

384 Bkz. Dörr, a.g.e., s. 138.

385 Pekcanitez, **Anayasa Yargısı** 12, s. 281.

386 Aynı doğrultuda bkz. Pestalozza, a.g.e., s. 200.

ekonomisine aykırı olmamalıdır. Anayasa şikayeti öncesinde davayla hiç ilgisi olmamış bir mahkemenin bu kapsamda olmadığı da ortadadır.

Bir yasaya karşı anayasa şikayeti kabul edilmişse, yasa iptal edilir ya da anayasayla bağdaşmadığına karar verilir. Eğer bir ihmal varsa, anayasa aykırılığın saptanmasıyla yetinilir³⁸⁷.

II. GENEL USUL KURALLARI

Anayasa şikayetinde usul kuralları tek başına bir inceleme konusu oluşturacak kadar geniştir. Bu tezin sınırları içinde usul kurallarını incelemekte amaç, bu bölümün birinci ayırımında maddi olarak ele alınan anayasa şikayetinin genel usul kurallarıyla tamamlanmasıdır. Bu nedenle bu başlık altında usulle ilgili tüm sorun ve tartışmaların ele alınması beklenmemelidir.

A. Temsil ve Duruşma

Anayasa şikayetinde kural olarak, temsil zorunluluğu yoktur. Yani anayasa şikayetinde bulunanlar davayı bizzat yürütebilirler. Ancak Anayasa Mahkemesi'nde duruşma yapılması halinde, şikayetçinin Alman mahkemelerinde yetkili bir avukat ya da bir Alman yükseköğretim kurumunda hukuk alanında çalışan bir öğretim üyesi tarafından temsil edilmesi zorunludur (AYMK md. 22/I). Temsil yetkisi veren vekâletname de dava özellikle ve açıkça belirtilmelidir (md. 22/II).

Anayasa Mahkemesi kural olarak, duruşma sonunda karar verir. Ancak davaya katılanların bundan vazgeçmesi ya da başka bir düzenlemenin varlığı halinde dosya üzerinde karar verir (AYMK md. 25/I).

B. Başvuru

Başvurular Mahkeme'ye yazılı olarak yapılmak zorundadır. Başvuru mektup ya da telgrafla yapılabileceği gibi, teleks ya da faksla da yapılabilir³⁸⁸.

Talepler gerekçeli olmalı ve gerekli kanıtlar başvuruyla birlikte Mahkeme'ye sunulmalıdır (AYMK md 23/I). Örneğin, yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinde bulunan kişi, kanun yollarını tükettiğini gösteren bütün belgeleri başvurusuna eklemelidir. İhlali gerçekleştiren olay da dilekçede yer almalıdır³⁸⁹. Gerekçede ihlal edildiği ileri sürülen hak ve

387 Gather, *DWW*, 1984/5, s. 122.

388 BVerfGE 74, 235.

389 BVerfGE 9, 115; st. Rspr.

ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen organ ya da makamın eylem ya da ihmali belirtilmelidir (AYMK md. 92)³⁹⁰. Bu açıklamalardan davada neyin talep edildiği anlaşılmalıdır³⁹¹. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, "ihlal edildiği ileri sürülen hak, bir anayasa şikayetindeki taleplerin en alt sınırını oluşturur ve bu nedenle dava açma süresi içinde bu eksiklik mutlaka tamamlanmalıdır³⁹².

Başvurusu yapılmış ancak gerekçelendirilmemiş bir başvuru dilekçesi, genel deftere yazılır ve dava süresinin sonuna kadar bekletilir. Eğer süresi içinde eksik tamamlanmışsa süreç işlemeye devam eder; eksik tamamlanmazsa, dava açılmamış sayılır³⁹³. Henschel'e göre, ancak kapsamlı bir gerekçelendirme yükümlülüğü anayasa şikayetinde bulunacak kişiyi başvurusunun başarı şansı ve anayasa şikayetinin olağanüstü bir hukuki çare olmasının istisnai işlevi üzerinde düşünmeye itecektir. Böylelikle de anayasa şikayeti amacına uygun olarak kullanılacaktır³⁹⁴.

Şikayette bulunan kişi bütün bu biçimsel koşulları yerine getirmiş olsa bile davası kabul edilmeyebilir. Çünkü kişi biçimsel koşulların yanında, verilebilecek bir kararın anayasal önemi konusunda da yeterli kanıt sunmak ve bunu gerekçelendirmek zorundadır. Özellikle mahkeme kararlarına karşı anayasa şikayetinde bulunan kişi, dava konusu kararın yalnızca basit hukuku ihlal etmekle kalmayıp aynı zamanda temel haklarla ilgili esasları gözardı ettiğini ve bir temel hak ihlalinin gerçekleştiğini kanıtlamak zorundadır³⁹⁵.

C. Masraf ve Harçlar

Anayasa Mahkemesi'nde bakılan davalar harca tabi değildir. Eğer anayasa şikayetinde bulunulması kötüye kullanma oluşturuyorsa ya da

³⁹⁰ Henschel, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmasını düzenleyen genel nitelikteki 23. maddeyle anayasa şikayetinin gerekçelendirilmesini düzenleyen 92. maddenin *lex specialis-lex generalis* ilkesi uyarınca değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Johann Friedrich Henschel, "Zulässigkeit und Darlegungslast im Verfahren der Verfassungsbeschwerde," *Festschrift für Helmut Simon*, 1987, s. 96-97.

³⁹¹ Dörr, a.g.e., s. 100.

³⁹² BVerfGE 5,1; st. Rspr. Mahkeme'nin bir başka yerleşik içtihadına göre de, "şikayetçinin başvurusundan bir temel hak ihlali olasılığı yeterli ölçüde anlaşılabilir" (BVerfGE 78, 329; st. Rspr.).

³⁹³ Zuck, Die unzumutbare Monatsfrist für die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen," *MDR*, 1985/10, s. 804.

³⁹⁴ Johann Friedrich Henschel, *Festschrift für Helmut Simon*, 1987, s. 99.

³⁹⁵ Dörr, a.g.e., s. 106. Ön incelemedeki koşullar ve ölçütler aşağıda üçüncü bölümün birinci ayrımında ele alınacaktır.

kötü niyetle geçici tedbir kararı talebinde bulunulmuşsa, Mahkeme beş bin marka kadar bir harç ödenmesini öngörebilir (AYMK md. 34). Dörr cezai nitelikteki bu harçlarla, Mahkeme'nin iş yükünden bir ölçüde kurtarılmasının umulduğunu, böylelikle Mahkeme'nin işlevselliğinin korunmasının amaçlandığını düşünmektedir³⁹⁶.

Mahkeme'ye göre, "şikayette bulunanın ya da temsilcisinin anayasa şikayetinde bulunurken hukuki özen yükümlülüğünü ihlal etmeleri halinde" kötüye kullanma harcı sözkonusu olacaktır³⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin baktığı davaların harca tabi olmamasının temelinde, anayasa yargısındaki bütün davaların objektif hukuk düzenini korumaya yönelik araçlar olarak görülmesi ve anayasa şikayetinde ise, kişilerin temel haklarını korumanın maddi bir değerle ölçülememesi, bunun yanında mali koşulların hak aramada engel oluşturmasını önleme isteği yatmaktadır.

Kötüye kullanma harcı 1951 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun ilk halinde yer almıyordu. 1970 tarihli yasa değişikliğiyle 34. maddenin beşinci fıkrası olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, "bir anayasa şikayetinin karar için kabulü reddedildiğinde (...) şikayet bir kötüye kullanma oluşturuyorsa, Anayasa Mahkemesi şikayetçi için 20 marktan 1000 marka kadar bir harç öngörebilir" denmekteydi.

Daha sonra 1985 tarihli yasa değişikliğiyle kötüye kullanma harcına ek olarak red harcı da getirilmiştir. Bu düzenlemede de, "bir anayasa şikayeti karar için kabul edilmediğinde ya da esastan reddedildiğinde, Anayasa Mahkemesi şikayetçi için 1000 marka kadar bir harç öngörebilir. Harca ve miktarına karar verilirken bütün koşullar, özellikle davanın konusu, gerekçelerin ağırlığı, davanın şikayetçi açısından önemi ve servet ile gelirlerinin oranı dikkate alınmalıdır" denmekteydi. Bu yasa değişikliğinde kötüye kullanma harcının da 5000 marka kadar yükseltilebileceği hükmü getirilmiştir. Zuck bu red harcıyla, Anayasa Mahkemesi'ndeki davaların harca tabi olmadığı kuralının ortadan kaldırıldığı sonucuna varmıştır. Bu durumda 1000 marka kadar bir harç öngörüldüğünde red harcından, 5000 marka kadar yükseldiğinde ise kötüye kullanma harcından söz edilecekti³⁹⁸. Gerçekten de 1985 yılındaki düzenlemede, red gerekçesiyle kötüye kullanmanın sınırının çi-

³⁹⁶ Dörr, a.g.e., s. 152.

³⁹⁷ BVerfGE 7, 330; 14, 195.

³⁹⁸ Zuck, "Die Fünfte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz," NJW, 1986/15, s. 968-969. Zuck ayrıca bu yolla, anayasal olarak sınırlandırılmamış anayasa şikayetinin, dolaylı mali yüklerle sınırlandırıldığını belirtmektedir.

zilmesi konusunda Anayasa Mahkemesi sınırsız biçimde takdir hakkıyla donatılmış görünmektedir.

Red harcı yalnızca sekiz yıl uygulanmış ve 1993'te yapılan yasa değişikliğinde kaldırılmıştır; kötüye kullanma harcı ile ilgili düzenleme halen yürürlüktedir.

III. KOMÜNAL ANAYASA ŞİKAYETİ

Bireysel anayasa şikayetinin yanında, bazı özel koşulları gerektiren diğer bir hukuki başvuru yolu da komünal anayasa şikayetidir. Bu kurumun bireysel anayasa şikayetinden en önemli farkını, hakkın özneli ve dayanılan temel hak oluşturmaktadır. Nitekim bireysel anayasa şikayetinden farklı olarak komünal anayasa şikayeti, devletin idari yapılanmasının güvence altına alınmasına hizmet eder³⁹⁹.

Türkçeye basitçe, belediye (Gemeinde) ve belediye birliklerinin (Gemeindeverbände) anayasa şikayeti hakkı olarak çevrilebilecek olan bu dava türünü anlamak için, Türkiye yönetim yapısından oldukça farklı olan Almanya yönetim yapısının bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle taraf ehliyetine sahip kurumlar açıklanırken, bu kurumların yapısına ve tarihçesine de kısaca değinilecektir.

A. TARAF EHLİYETİ

1. Belediyeler

Kamu gücünü kullanıyor olmalarına karşın belediyeler, Federal Alman Anayasası'nın 93/I 4b maddesi uyarınca, Anayasa'nın 28/II maddesinde yer alan "özerk yönetim" haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle komünal anayasa şikayeti yoluna başvurabilirler.

Türkiye'nin belediyeler, büyükşehir belediyeleri, il özel idareleri ve köylerden oluşan yerel yönetim yapısına karşılık Almanya'da, ilçeler ve belediyeler olmak üzere iki temel yerel yönetim birimi bulunmaktadır. Türk hukukunda 1982 Anayasası'yla oldukça merkezîyetçi bir anlayışla düzenlenmiş olan yerel yönetimler, Ständestaat geleneğinden gelen Almanya'da geniş bir özerkliğe sahiptir.

³⁹⁹ Burmeister, "Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der gerichtlichen Verfahrensarten," JA (1980), s. 18; aktaran Michael Sachs, "Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten," BayVBl, 1982/2, s. 38.

Şehir devletiyle özdeş olmayan Stände kurumları, Ortaçağ'da pays, kontluk, prenslik, ülke ya da eyalet gibi coğrafi sınırları belli bir bölgeyi kapsıyordu⁴⁰⁰. Bu kurumların farklılığı, merkezi iktidarın karşısında yerel bir iktidar olarak varlıklarını sürdürmeleri ve bu yolla hükümdara karşı siyasal bir güç oluşturmalarıydı. Poggi bu özerkliği düalizm olarak tanımlamakta ve bu kavramın, bölgesel hükümdarla Stände'nin siyasal gücü birlikte elde tuttıkları, ancak her ikisinin de ayrı birer siyasal merkez olarak kabul edildikleri anlamına geldiğini belirtmektedir⁴⁰¹. Ortaçağ'ın bu siyasal geleneği, Almanya'nın idari ve siyasi alanda güçlü bir merkezi yapılanmayı gerçekleştirmesini engellemiştir. Bu özerklik anlayışı, günümüz Almanya'sının federal sisteminde bile terk edilmediğinden, Almanya'da yerel yönetimler basit birer hizmet birimi olarak değil, belli bir coğrafyada yaşayan topluluğun siyasal örgütlenmesi olarak anlaşılmaktadır.

Yerel yönetimler, kendi sınırları içindeki yerel nitelikli kamu hizmetlerinin tümünü, kendi sorumlulukları altında yürütme yetkisine sahip **tek ve temel kuruluşlardır**⁴⁰². Bunların genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oyla seçilen bir yönetim organları bulunur ve bunlar bir ilçeye bağlı olabilecekleri gibi, olmayabilirler de⁴⁰³. Yerel yönetimler iki ana grup altında toplanabilir:

- Kırsal bölge yerel yönetimleri: Bunlar, ilçe ve küçük belediyelerden oluşur. Bu kapsamdaki belediyeler ilçe sistemi içinde yer alır, ancak ilçeye aralarında astlık-üstlük ilişkisi yoktur. İlçeler tüzel kişiliğe sahiptir ve yerel yönetim birimi olarak belli temel işlevlerinin yanında, modelde yer alan belediyeler federasyonunun üst birimi ya da bir tür "belediyeler birliği" niteliğindedir. Federal İdare Mahkemesi'nin bir kararına göre, "belediyelere tanınan özerk yönetim hakkıyla ilçelere tanınan hak arasında öze ilişkin bir fark yoktur"⁴⁰⁴.

- Kentsel yerel yönetimler: Başta Berlin, Hamburg ve Bremen olmak üzere Almanya'da 90'nın üzerinde ilçe sistemi dışında yer alan belediye vardır. Bunlar diğer sınıflandırma içinde yer alan belediye ve ilçelerin yerine getirdiği görevleri tek başlarına yerine getirmektedirler⁴⁰⁵. Örneğin,

400 Gianfranco Poggi, **Çağdaş Devletin Gelişimi**, çev. Binnaz Toprak-Şule Kut, İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1991, s. 58.

401 Poggi, a.g.e., s. 58-59.

402 Selçuk Yalçındağ, **F. Almanya ve Türkiye'de Yerel Yönetimler**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1992, s.11.

403 **Creifelds Rechtswörterbuch**, München, C.H.Beck, 1992, s. 459-460.

404 BVerwGE 67, 321.

405 Sınıflandırma için bkz. Yalçındağ, a.g.e., s.27-70.

Bremen eyaletinde hem Bremerhaven hem de Bremen şehrinin belediyeleri, komünal anayasa şikayeti açısından taraf ehliyetine sahip sayılmaktadır. Buna karşılık, Bremen eyaleti aşağıda açıklanacak olan anlamda belediye birliği sayılmamaktadır⁴⁰⁶. Bunun nedeni, eyalet olma niteliğinin, anayasal sonuçları bakımından baskın olmasıdır. Aynı şey, Hamburg ve Berlin şehir devletleri için de geçerlidir. Bu üç şehir devleti, eyalet-merkez çatışması nedeniyle soyut norm denetimi yoluna başvurabilirler, ancak komünal anayasa şikayeti yetkileri yoktur⁴⁰⁷.

2. Belediye Birlikleri (İlçeler)

Belediye birlikleri, belediye yönetimlerinin üstünde yer alan kamu hukuku kuruluşlarıdır. Eskisinden farklı olarak bunlar, yalnızca belediyelerin biraraya gelmesinden oluşan yeni bir hukuki kişilik değil, doğrudan halk tarafından seçilen bir meclisi olan bağımsız yapılardır. En tipik belediye birliği, ilçelerdir. Birliklerin yasadan kaynaklanan görevleri nedeniyle, özerk yönetim hakları vardır⁴⁰⁸.

Gerek ilçe sisteminin içinde yer alan gerekse bunun dışındaki belediyeler, komşuluk ilişkileri içinde belli hizmetlerin daha iyi üretilebilmesi için işbirliği yapıp **belediye birliği** çatısı altında bir araya gelebilirler⁴⁰⁹. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, "belediye birlikleri, özerk yönetim görevini yerine getirmek üzere belediyelerin, çevre ve etki alanlarına göre oluşturdukları yerel yönetim örgütleridir"⁴¹⁰. Badura ise Anayasa'da sözü geçen belediye birliği teriminden ilçelerin anlaşılması gerektiğini söylemektedir⁴¹¹. Bu, ilçe sistemi içinde yer alan belediyelerle, aynı biçimde özerk yönetim hakkına sahip olan ilçeler açısından doğru olmakla birlikte, ilçe sistemi içinde yer alsın ya da almasın, belediyelerin biraraya gelerek oluşturdukları birlikleri kapsamamaktadır. Bu nedenle, belediye birliği terimini kullanmak daha doğru olacaktır.

406 Gerhard Robbers, "Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit," *JuS*, 1994/2, s. 129; Zuck, a.g.e., s. 418.

407 Robbers, *JuS*, 1994/2, s. 129.

408 **Creifelds Rechtswörterbuch**, München, C.H.Beck, 1992, s. 461.

409 Yalçındağ, a.g.e., s. 47 ve 70.

410 BVerfGE 52, 95.

411 Peter Badura, **Staatsrecht**, München, Verlag C.H.Beck, 1986, s. 237 ve 527.

B. KOMÜNAL ANAYASA ŞİKAYETİNİN DAYANDIĞI TEMEL HAK

Komünal anayasa şikayetinde sözkonusu olan, kamu tüzelkişilerinin sübjektifleştirilmiş hukuki durumlarına ilişkin ihlallerin saptanmasıdır⁴¹². F. Alman Anayasası'nın 93/I 4b bendine göre bu hukuki durum, özerk yönetim hakkıyla sınırlandırılmıştır.

Özerk yönetim ilkesi, özellikle Almanya gibi yerel yönetim yapısı güçlü bir devlette yalnızca anayasanın pozitif düzenlemesiyle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Dietlein'in da belirttiği gibi, ancak içerik ve doğasıyla birlikte, demokratik, federatif bir hukuk devletinin sınırları içinde düşünüldüğünde belediye ve belediye birliklerinin anayasal anlamı kavranabilir⁴¹³. Özerk yönetim ilkesinin ihlali, yalnızca aktif olarak değil, örneğin, yerel yönetimlerin katılımını zorunlu kılan bir kararın, bunlar dışında alınmasıyla pasif biçimde de gerçekleşebilir⁴¹⁴. Hangi tür kararların yerel yönetimleri ilgilendirdiğini, Federal İdare Mahkemesi bir kararında şöyle açıklamıştır: "Yerel yönetimlerin yetki alanlarının tamamını ya da bir kısmını ilgilendiren, haklarını ihlal eden ya da yöresel gelişimlerini etkileyen kararlar, yerel yönetimlerin katılımını zorunlu kılan ve bu gerçekleşmediği takdirde özerk yönetim ilkesini ihlal eden kararlardır"⁴¹⁵. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, belediyelerin isimleri üzerindeki hakları da özerk yönetim ilkesinin kapsamındadır⁴¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, özerk yönetim hakkının ihlali iddiasını incelerken, sözkonusu ilkeyi anayasanın bütünlüğü içinde ilgilendiren diğer anayasa normlarını da gözönüne alır ve dava konusu normu bu çerçevede denetler⁴¹⁷.

412 Michael Sachs, "Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten," **BayVBl**, 1982/2, s. 41.

413 Max Dietlein, "Einfachrechtliche Kontrollmassstäbe im kommunalen Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen gesetzliche Normen," **NWVBL**, 1992/1, s. 5.

414 Dietlein, **NWVBL**, 1992/1, s. 6.

415 BVerwGE, NJW 1987, s. 2096-97, aktaran Dietlein, a.g.m., s. 6.

416 Robbers, **JuS**, 1994/2, s. 130.

417 BVerfGE 1, 181 vd.; 26, 244; aktaran Alfred Rinke, **Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (2. Band), (der.) Rudolf Wassermann, 2. Auflage, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1989 içinde, s. 1061.

C. DAVANIN KONUSU

Bireysel anayasa şikayetinden farklı olarak, bu dava türünde yalnızca yasalar aleyhine dava açılabilir. Yasadan anlaşılması gereken, belediye ve birlikler açısından sonuç doğuran her türlü hukuk normu olup kanun hükmünde karamameler ve tüzük, yönetmelik gibi diğer hukuk normları da şikayetin konusu olabilir; aksi halde hakkın korunma amacını sınırlayan, hatta ortadan kaldıran bir hukuk boşluğu doğacaktır⁴¹⁸. Teamül hukukunun ve yargıcın yarattığı hukukun dava konusu olup olamayacağı ise tartışmalıdır.

Dava konusu işlem, federal devlete ait olabileceği gibi, bir eyalet işlemi de olabilir.

Bireysel şikayette olduğu gibi, belediyeler ya da belediye birlikleri, yasanın kendilerini, doğrudan ve güncel olarak etkiliyor olduğunu kanıtlamak zorundadırlar. Eğer bir yasanın uygulanması için bir kanun hükmünde karamamenin çıkarılması gerekiyorsa, komünal anayasa şikayeti yasaya değil, buna karşı açılmalıdır. Çünkü doğrudanlık koşulu yasa için henüz gerçekleşmemiştir. Ancak dava sırasında işlemin dayanağını oluşturan yasa da anayasallık denetimine tabi tutulabilir⁴¹⁹. Öte yandan hak sahibi kurumlar, yalnızca yasayı somutlaştıran bir idari işlemin çıkarılmasını beklemek ve öncelikle idari yargı yoluna başvurmak zorunda bırakılamazlar. Çünkü bu kurumlar yalnızca yasalara karşı anayasa şikayeti yoluna başvurabileceklerinden, söz konusu idari işlemlere ya da mahkeme kararlarına karşı benzeri bir hakları yoktur⁴²⁰.

D. İKİNCİLLİK İLKESİ

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci cümlesine göre, "eyalet hukuku, özerk yönetim ilkesinin ihlali nedeniyle Eyalet Anayasa Mahkemesi'ne başvurma olanağı tanıyorsa, Federal Anayasa Mahkemesi'ne gitme olanağı yoktur". Berlin, Brandenburg, Freistaat Bayern, Baden-Württemberg, Freie Hansestadt Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Freistaat Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen ve Saarland eyaletlerinde bu hak tanınmıştır⁴²¹. Ancak gözden kaçırılmaması

418 bkz. BVerfGE 26, 237; 76, 112 vd.; Christian Pestalozza, a.g.e, s. 192.

419 bkz. BVerfGE 76, 113.

420 BVerfGE 71, 35 vd.

421 Birleşme sonrası Alman eyalet anayasaları için bkz. **Die Verfassungen aller Deutschen Länder**, München, Wilhelm Goldmann Verlag, 1994 ve Rincken,

gereken nokta, Eyalet Anayasa Mahkemelerinin yalnızca eyalet hukukunu denetlemeye yetkili olduklarıdır. Yani, eyaletlerde bu yol açık tutulmuş olsa bile, özerk yönetim hakkını ihlal eden yasa bir federal yasa ise, yalnızca Federal Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir⁴²².

Bu bölümde anlatılan özel koşullar dışında, komünal anayasa şikayetin diğer dava koşulları bireysel anayasa şikayetinde olduğu gibidir.

a.g.e., s. 1061. Bu durumda, Eyalet Anayasa Mahkemesi'ne başvurma olanağı tanımayan eyaletler, Freie und Hansestadt Hamburg ve Schleswig-Holstein'dır.

⁴²² bkz. Robbers, a.g.m., s. 129.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASA ŞİKAYETİNİN GELECEĞİ ve TÜRKİYE ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

I. ANAYASA ŞİKAYETİNDE SORUNLAR ve ÖNERİLER

Anayasa şikayetinin işlevi ve geleceği tartışmalarında pek çok öneri getirilmekle birlikte, asıl önemli nokta, Senato'nun yargılamaya başlamasından önce gerçekleştirilen ilk aşamadır. Bu nedenle birinci başlık karar öncesi incelemeye ayrılmış, anayasa şikayetiyle ilgili diğer reform önerileri de ikinci başlıkta ele alınmıştır.

A. KARAR ÖNCESİ İNCELEME

Karar öncesi inceleme, anayasa şikayetinin Anayasa Mahkemesi'nin iş yeteneği sınırları içinde rasyonel bir düzeye getirilmesi, Mahkeme'nin iş yükünün azaltılması tartışmalarının merkezinde yer alan ve pek çok yasa değişikliğine konu olan bir kurumdur. 1951 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda yapılan 1956, 1959, 1963, 1970, 1985 ve 1993 yasa değişikliklerinin temelinde, karar öncesi inceleme yoluyla anayasa şikayetini yeniden düzenleme düşüncesi yatmaktadır.

Karar öncesi inceleme aşamasını ve dairelerin görevini incelemeden önce, Federal Anayasa Mahkemesi'nin yapısına kısaca değinmekte yarar vardır: Federal Anayasa Mahkemesi sekizer kişilik iki Senato'dan oluşur. Her iki Senato'nun da kararları kesindir ve bir Senato'nun kararına karşı diğer Senato'ya başvurulamaz. Senato'ların karar yetersayısı altıdır. Eğer zorunluluk nedeniyle bir senato karar yetersayısına ulaşamıyorsa, bu sayıya ulaşılıncaya kadar diğer Senato'dan yargıçlar vekâleten görev yapar (AYMK md. 15/II).

Senatolar arasında işbölümü değil, görev bölüşümü ilişkisi vardır. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 14. maddesinde Birinci ve İkinci Senato'nun görevine giren konular belirtilmiştir. Buna göre, **Birinci Senato**'nun bakacağı davalar, daha çok bir yasal düzenlemenin temel haklarla ya da Anayasa'nın 33, 101, 103 ve 104. maddelerindeki temel hak benzeri haklarla bağdaşmadığının ileri sürüldüğü soyut ve somut norm denetimi davaları ile komünal anayasa şikayeti ile seçim hukukuna

ilişkin anayasa şikayetleri dışında kalan anayasa şikayeti davalarıdır. **İkinci Senato**'nun bakacağı davalar ise, soyut ve somut norm denetimi dışındaki diğer denetim davaları ve Birinci Senato'nun görevine girmeyen anayasa şikayeti davalarıdır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise, Genel Kurul'un gelecek iş yılından geçerli olmak üzere, eğer bir senatonun yalnızca geçici bir iş yükünden kurtarılması için değil, sürekli bir iş yükünden kurtarılması için gerekliyse, görev ilişkisini yeniden düzenleme yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. Bu yeni düzenleme, henüz duruşması yapılmamış ya da karar için hakkında görüşme yapılmamış derdest davalar için de geçerlidir. Genel Kurul'un bu kararı Federal Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girer.

Bir Senato'nun hukuki bir sorunda diğer Senato'nun görüşünden ayrılmayı istemesi durumunda, buna Genel Kurul karar verir. Genel Kurul, iki Senato'nun birleşmesinden oluşur ve karar yetersayısına her iki Senato'nun üçte iki oranındaki yargıçlarının varlığı halinde sahip olur. Genel Kurul da Anayasa Mahkemesi'nin bir parçasıdır, ancak senatoların üstünde yer alan bir kurul değildir. Yani senato kararları aleyhine Genel Kurul'a gidilemez⁴²³.

Senatolar bir iş yılında birden fazla daireler (Kammer) oluşturabilirler. Dairelerin üyeleri, senato yargıçlarıdır. Her dairede üç yargıç bulunur. Daireler, üyeleri en çok üç yıl değişmeden çalışabilir (Bkz. AYMK md. 15a/I).

1963 tarihli yasa değişikliği görüşmelerinde, "Anayasa Mahkemesi'nin esaslı bir biçimde iş yükünden kurtarılması, yalnızca anayasa şikayetin kaldırılmasıyla olanaklıdır" denmekteydi⁴²⁴. Ama yasakoyucu bu niyet ve isteğine karşın anayasa şikayeti kurumunu kaldırmamış ve kaldırılması yönünde de köklü bir değişiklik programı açıklamamıştır. Bu nedenle iş yükü eksenli tartışmalarda söylenen her söz, anayasa şikayetin işlevinin etkili hale getirilmesi ve Mahkeme'nin rasyonel ve ilkeli biçimde nasıl çalışabileceğiyle ilgili olarak düşünülmelidir.

Son biçimini 1993 yasa değişikliğiyle alan dairelerin karar öncesi inceleme yetkileri, hemen her yasa değişikliğinin konusu olmuştur. Bu gelişmelere kısaca değinmekte yarar var:

423 Bu konuda bir karar için bkz. BVerfGE 2, 95.

424 BT-Dr IV/1224, s. 14, 19-); aktaran Ernst Gottfried Mahrenholz, "Kammerbeschlüsse-Nichtannahmegebühren," *Festschrift für Wolfgang Zeidler* (Band 2), 1987, s. 1361.

1951 tarihli yasanın ilk şeklinde dairelerin oluşumuyla ilgili herhangi bir düzenleme yoktu. Başvuruları doğrudan doğruya senatolar inceliyordu.

1956'da her senatonun bir çalışma dönemi için üç yargıçtan oluşan birden fazla komisyon (Ausschuss) oluşturabileceği hükmü getirilmiştir (md. 91a). Bu komisyonların görevi, anayasa şikayetlerini ön denetime tabi tutmaktı. Maddeye göre, komisyon oybirliğiyle anayasa şikayetinden anayasal bir sorunun açıklanmasının beklenmediği ya da başvurunun reddinin şikayetçi açısından ağır ve giderilemez bir zarara yol açmayacağı durumlarda, anayasa şikayetini reddedebiliyordu. Oybirliği sağlanamaması halinde Senato aynı nedenlere dayanarak anayasa şikayetini reddetme hakkına sahipti.

1963'teki değişiklikte 91a maddesi kaldırılmış, bunun yerine 93a maddesi getirilmiştir. Buna göre, bir anayasa şikayetinin öncelikle karar için kabul edilmesi gerekmektedir. Bunu gerçekleştirmek, her senatonun birden fazla kurabileceği, üç yargıçtan oluşan komisyonların görevidir. Komisyon bir anayasa şikayetini, oybirliği ile, biçim koşullarına aykırı olması, geçersiz, süresinde açılmamış, açıkça gerekçesiz ya da açıkça taraf ehliyetine sahip olmayan biri tarafından açılmış olması halinde reddedebiliyordu.

Komisyonun anayasa şikayetini reddetmemesi halinde Senato karar veriyordu. Senatonun anayasa şikayetini karar için kabul etmesi, en az iki yargıcın, kararın anayasal bir sorunu açıklığa kavuşturacağı ya da şikayetin reddi halinde şikayetçinin ağır ve giderilemez zarara uğrayacağı görüşünde olmasına bağlıydı. Komisyon ya da senatonun kararları duruşmasız veriliyor ve kararların gerekçeli olması gerekmiyordu.

Genel olarak bakıldığında bu değişiklikte komisyonun reddetme koşulları biçimsel ölçütlerle sınırlandırılmıştır. Senatoya ise esasa ilişkin gerekçelerle karar için kabul etmeme olanağı verilmiştir.

1970'te 93a maddesine şu hüküm eklenmiştir: "Komisyon bir anayasa şikayetini, eğer geçersizse ya da başka nedenlerle başarı şansı yoksa, oybirliği ile reddedebilir".

1985'te 93b ve 93c maddeleri eklenerek karar öncesi incelemeyle ilgili düzenlemeler iyice ayrıntılı hale getirilmiştir. Öncelikle senatoların yargıçlarından oluşan üç kişilik kurulun adı komisyondan daireye dönüştürülmüştür. Dairelerin bir anayasa şikayetini red koşulları şöyle belirlenmiştir:

1- Şikayetçi kendisi için öngörülen harcı ödememiş ya da zamanında ödememişse,

2- Anayasa şikayeti geçersizse ya da başka nedenlerle başarı şansı yoksa,

3- Eğer Senato'nun anayasa şikayetini karar için kabul etmeyeceği bekleniyorsa.

Duruşmasız verilen bu kararlar kesindi.

1993'te 93a, b ve c maddeleri değiştirilmiş, 93d maddesi eklenmiştir. Yeniden düzenlenen 93a/I'e göre, karar için yine anayasa şikayetinin kabulü gerekmektedir. Bu koşul da, (a) şikayetin esaslı anayasal öneme sahip olması ya da (b) 90/I maddesinde belirtilen hakların (temel ve temel hak benzeri haklar) uygulanmasına/gerçekleşmesine yararlı olması ya da eğer şikayetçi açısından karar için kabul edilmeme özellikle ağır bir zarara neden olacaksa, gerçekleşmiş sayılmaktadır (md. 93a/II (a) ve (b)).

93b'ye göre ise, daire anayasa şikayetinin karar için kabulünü reddedebilir ya da 93c'deki durumda kabul edebilir. Diğer hallerde kabule Senato karar verir.

93c'de, 93a/II (b)'deki koşul varsa ve Anayasa Mahkemesi daha önce anayasa şikayetinde söz konusu olan anayasal sorun hakkında önceden bir karar vermişse, daire anayasa şikayetinin açıkça gerekçelendirilmiş olması halinde anayasa şikayetini kabul edebilir. Buradaki kabul artık karar için kabul değil, davanın esastan kabulüne ilişkindir. Maddeye göre dairenin bu kararı Senato'nun kararına denktir. Ancak bir yasanın federal hukukla ya da anayasayla bağdaşmadığına ya da bunlara aykırı olduğuna ilişkin bir kararı daire veremez; bu yetki yalnızca Senato'ya aittir.

'Karar' kenar başlıkla 93d maddesine göre ise, daire duruşmasız karar verir; kararları kesindir. Anayasa şikayetinin karar için kabul edilmesinde gerekçe gösterilmesi zorunlu değildir. Anayasa şikayetinin karar için kabulüne Senato karar vermediği sürece daire anayasa şikayeti davasını ilgilendiren bütün kararları verebilir. Bir yasanın tamamen ya da kısmen uygulanmasını durduran geçici tedbir kararını yalnızca Senato verebilir. Daire kararları oybirliğiyle alınır; Senato'nun karar için kabulünde ise en az üç yargıcın olumlu oyu gerekmektedir.

Dairelerin yargıçları en fazla üç yıl değişmeden kalabilir (AYMK md. 15a). Maddenin gerekçesinde bunun "dairelerdeki görüşlerin kemikleşmesini önlemeye yönelik" olduğu belirtilmiştir⁴²⁵.

425 Aktaran Zuck, NJW, 1986/15, s. 969 dn. 24.

Yukarıda içeriği açıklanan altı yasa değişikliğinden, anayasa şikayeti ile ilgili bazı amaç ve eğilimleri saptamak olanaklıdır:

1- Yasanın ilk şeklinde yer almayan komisyon/dairelere, anayasa şikayetinin uygulandığı beş yıllık sürede anayasa şikayetlerinin umulanın üstünde bir sayıya ulaşması nedeniyle gerek duyulmuştur. 1949 Bonn Anayasası ile Anayasa Mahkemesi'ne verilen pek çok yetki ve görevin yanısıra Mahkeme'nin pek çok hukuk dalıyla ilgili anayasa şikayetlerinin hızına yetişmesi ve nitelikli kararlar vermesi olanaklı olmadığından, anayasa şikayetinde ön inceleme zorunluluğu doğmuştur.

Oluşturulan ilk komisyonun yetkileri, anayasa şikayetinin esasına ilişkin yetkilere. Üç yargıçtan kurulu komisyonun oybirliği halinde anayasa şikayetinin esasına ilişkin kesin kararlar verilebiliyordu.

2- 1963 yasa değişikliğiyle komisyonun yetkileri anayasa şikayetine ilişkin biçimsel koşullarla sınırlandırılmış ve esas hakkındaki yetkiler tamamen senatolara geri verilmiştir. Bu, anayasa şikayetinde bulunanlar açısından olumlu bir gelişmedir. Vitzthum'a göre, 1963 değişikliğinin iki amacı vardı: Maddi olarak karar verme yetkisinin senatolara geri verilmesi ve duruşmaların kaldırılıp gerekçe gösterme yükümlülüğünün sınırlandırılması⁴²⁶.

3- 1970'te ise komisyonun esasa ilişkin yetkileri yine geri verilmiştir. Başarı şansının olup olmadığını takdir etmek, senatonun kararları değerlendirilip genel eğilim saptanarak yapılsa da, komisyonun bir takdir yetkisinin olduğu açıktır. Her ne kadar bu değişiklikte komisyon kararlarının "daha az şikayetçi düşmanı" olmasına çalışıldığı söylenmişse de⁴²⁷, iş yükünün azaltılması amacı anayasa şikayetleri açısından hep süregittiğinden, takdir yetkisinin bu amaç doğrultusunda daraltıcı biçimde kullanılması olasılığı da hep var olmuştur.

4- 1985 değişikliğinde yapılan isim değişikliği, yalnızca basit bir biçim değişikliği değildir. Komisyon yerine daire denmesi, bu kurumu anayasa şikayeti davalarında yargılamanın asli unsuru haline getirmeye yöneliktir. 1993 değişikliğinde de görüldüğü gibi, artık daireler ve senato arasında bir işbölümüne doğru gidilmektedir. Astlık/üstlük, ön/esas denetim ayrımı gittikçe belirsizleşmektedir.

İlk kez 1985'te dairelere karar için kabul ya da reddeden başka, senatonun açık içtihatları doğrultusunda bir anayasa şikayeti hakkında esastan

426 Wolfgang Graf Vitzthum, "Das Vorprüfungsverfahren für Verfassungsbeschwerden," *Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag*, 1984, s. 299.

427 Vitzthum, a.g.m., s. 302.

karar verme yetkisi de verilmiş ve bu kararlara kesin hüküm etkisi tanınmıştır⁴²⁸. 1985'te genişletilen bu yetkilerin varlığını, anayasa şikayetinin 1974'ten 1984'e dek ikiye katlanmasına bağlayabiliriz (1974: 1540; 1984: 3382)⁴²⁹.

1993'te pek çok eleştiriye neden olan gerekçe gösterme zorunluluğunun kaldırılmasının başlangıcı da, kararlarda yalnızca önemli hukuki noktaların belirtilmesinin yeterli olduğuna ilişkin 1985 tarihli 93b/III maddesindeki ifadedir.

5- 1993'te de dairelerin esastan karar verme yetkileri mevcuttur. Dairelerin bütün kararları duruşmasız verilmekte ve gerekçe zorunluluğu bulunmamaktadır. Senatonun karar için kabul kararı vermediği süre içinde daireler diğer usul yetkilerini kullanabilmektedir. Bunların içinde eski hale getirme, geçici tedbir kararı verme (yasalar hariç) ya da biçimle ilgili diğer konularda karar verebilme gibi önemli yetkiler bulunmaktadır. Ayrıca md. 93d/III'e göre senatonun vereceği karar için kabul kararında artık iki değil, üç yargıcın oyu gerekmektedir. Böylelikle davaların sayısının ön incelemede azaltılması kolaylaştırılmaktadır.

Bu haliyle anayasa şikayeti, üçlü dairelerin eline bırakılmış gibi görünmektedir. Senatoyla dairelerin karar sayıları da bunu doğrulamaktadır.

Daire/komisyon kararlarının demokratik hukuk devletine aykırı yönlerinden biri de yayımlarının belli bir düzene tabi olmamasıdır. Örneğin, 1979'da kararların hiçbiri yayımlanmazken, 1980'de 2539 kararın yalnız beşi, 1981'de 2425 kararın yalnızca biri yayımlanmıştır⁴³⁰.

Anayasa şikayeti için yapılan ve düşünülen bu değişikliklerin ve bu doğrultuda dairelerin yetkilerinin giderek artırılmasının başlıca nedeni, anayasa şikayeti başvurularının sayısıdır. 1989 sonuna kadar Anayasa Mahkemesi'ne yapılan 80.000 başvurunun 75140'ı anayasa şikayeti başvurusuydu; yani başvuruların yaklaşık %95'i. Bu başvurulardan 1200'ü (%1,5) başarıyla sonuçlanmıştır. Başvuruların %97'si dairelerin incelemesi sonunda anayasal olmayan gerekçeleri nedeniyle reddedilmektedir. 1986'da 2935, 1991'de 3904 olan anayasa şikayeti sayısı,

428 Klein, bu düzenlemenin iş yükünü azaltmanın bir aşaması olduğunu belirtmektedir. Bkz. Eckart Klein, "Konzentration durch Entlastung? (Das Fünfte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht)", NJW, 1993/33, s. 2075.

429 Rakamlar için bkz. Zuck, NJW, 1986/15, s. 968 dn. 2.

430 Rakamlar için bkz. Vitzthum, a.g.m., s. 304.

1992'de 4214'e yükselmiştir⁴³¹. 31.12.1995 tarihli son istatistiğe göre de rakamlarda önemli bir değişiklik olmamıştır. Anayasa Mahkemesi'ndeki derdest dava sayısı 107.179 iken, bunların 102.773'ünü, yani yaklaşık % 95.85'ini anayasa şikayetleri oluşturmaktadır⁴³². Ancak iş yükünün fazlalığı, Anayasa Mahkemesi'ne demokratik hukuk devletinin unsurlarından olan açıklık ilkesinden ayrı tutulma, keyfi davranma hakkına sahip olma ayrıcalığı tanımamalıdır. Tıpkı anayasa yargısının ortaya çıkmasına neden olan yasamanın keyfiliği ve denetlenemez oluşundan kaynaklanan belirsiz yetkileri gibi, Anayasa Mahkemesi de denetlenmesi zorunlu, başka bir keyfi iktidar olarak ortaya çıkabilir. Yasamanın açıklığı, işlemlerinin yayımlanması, görüşmelerin kural olarak açık olmasıyla sağlanıyorsa, mahkemeler için bu ilke, duruşmaların açıklığı, kararlarının gerekçeli olması ve yayınlanmasıyla sağlanır ki, nihai karar öncesi aşamada duruşma yoktur ve Anayasa Mahkemesi'nin bazı organlarınca verilen kararların gerekçeli olma zorunluluğu kaldırılmıştır. Özellikle Mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu, kararların rasyonelliğinin ve denetlenebilirliğinin sağlanmasına yöneliktir. Böylelikle yargıçların anayasa, yasa ve hukuka bağlılığı ortaya çıkacaktır⁴³³.

. 1993 değişikliğinin gerekçesinden, gerekçenin ancak 'eğitsel' açıdan gerekli görüldüğü taktirde açıklanabileceği anlaşılmaktadır. Gerekçeye göre, "belli durumlarda gerekli görüldüğü taktirde (örneğin, Doğu Almanya ile birleşmeden sonra oluşan yeni eyaletlerin sakinleri tarafından açılan anayasa şikayeti davalarında) Anayasa Mahkemesi kararını -kısaca- gerekçelendirebilir. Eğer mahkeme gerekçe yazmazsa, başvuruda bulunan kişi bu kararı, olağanüstü bir hukuki çare olan anayasa şikayetinde en üst organ tarafından verilen nihai bir karar olarak kabul etmelidir"⁴³⁴. Gerekçenin davanın tarafları açısından bir 'lüks' olması hukuk devleti sınırları içinde kabul edilemez. Herkesin mahkeme kararının gerekçesini öğrenme hakkı vardır, aksi halde bir "yargıçlar aristokrasisi"ne⁴³⁵ yol açılır.

431 Rakamlar için bkz. Alfred Katz, *Staatsrecht*, 10. Auflage, Heidelberg, C.F.Müller, 1991, s. 248.

432 Wolfgang Knies, "Auf dem Weg in den 'verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat?'" , *Festschrift für Klaus Stern*, (Hrsg). J. Burmeister, C.H.Beck, München, 1997, s. 1171 dn. 76.

433 Hermann Kroitzsch, "Wegfall der Begründungspflicht -Wandel der Staatsform der Bundesrepublik," *NJW*, 1994/16, s. 1033.

434 Aktaran Kroitzsch, a.g.m., s. 1034.

435 Kavram için bkz. Kroitzsch, a.g.m., s. 1035.

Daire ya da Senato'nun karara kabul için red kararı gerekçeli olmak zorunda değilse de, anayasa şikayetinin kabul edilmesi hâlâ gerekçeli olarak açıklanmak zorundadır (AYMK md. 30/I C. 2 ve AYMK md. 95/I ve II). 1993 değişikliğinde reddin gerekçeli olmasının gerekmemesi, daha önceki önemli hukuki noktaları belirtme yükümlülüğünü de kaldırarak, iş yükünün azaltılması isteğini açıkça ortaya koymuştur. Klein haklı olarak, bir yargı kararındaki hukuki düşüncenin gelişimini bilmemenin çok yanlış ve haksız olduğunu belirtmektedir⁴³⁶.

Son değişiklikle getirilen ön inceleme düzenlemelerinin amacı, yasanın gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: "Mahkeme'ye çalışmalarının ağırlığı ve böylelikle iş yükünün azaltılması konusunda daha geniş bir karar alanı sağlamak"⁴³⁷. Klein'in bu terime ilişkin yorumu, bunun olumsuz anlamda bir "serbest alan" olduğudur⁴³⁸. Zuck da Mahkeme'yi iş yükünden kurtarmak amacıyla sağlanan bu serbest alanın yurttaş-dostu değil, yurttaş-düşmanı olduğunu belirtmektedir⁴³⁹.

Rinken de anayasa şikayetlerinin şaşırtıcı sayısı karşısında yasakoyunun, Anayasa Mahkemesi'nin hukuki koruma işleviyle, işlevini yerine getirme yeteneği arasında bir denge bulmaya yöneldiğini ve bunun yapılan yasa değişiklikleriyle getirilen çok aşamalı bir denetim sistemi yardımıyla başarılmaya çalışıldığını belirtmektedir⁴⁴⁰.

Karar için kabul ile ilgili önemli bir tartışma da 93a/II (b)'deki koşulun nasıl yorumlanması gerektiğiyle ilgilidir. Bu bende göre, "bir anayasa şikayetinin karar için kabulü, 90/I maddesinde belirtilen hakların (temel ve temel hak benzeri haklar) uygulanmasına/gerçekleşmesine yararlı olması ya da eğer şikayetçi açısından karar için kabul edilmeme özellikle ağır bir zarara neden olacaksa" gerçekleşmiş sayılmaktadır. Klein ikinci cümledeki sübjektif örneğin, birinci cümledeki koşulun objektif ölçütlere göre denetlenmesi gerektiğinin kanıtı olarak görmektedir⁴⁴¹. Zuck ise, bu koşulların ya sübjektif ya da objektif gerekçelerle var olabileceğini, burada anayasa şikayetinin başarı şansının da gözönüne

436 E. Klein, *NJW*, 1993/33, s. 2075.

437 BT-Dr 12/3628 v. 5.11.1992, s. 9; aktaran Zuck, "Der Zugang zum Bundesverfassungsgericht: Was lässt das 5. Änderungsgesetz zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht von der Verfassungsbeschwerde noch übrig?", *NJW*, 1993/41, s. 2642.

438 E. Klein, *NJW*, 1993/33, s. 2073.

439 Zuck, *NJW*, 1993/41, s. 2643.

440 Alfred Rinken, a.g.e., içinde, s. 1055.

441 E. Klein, *NJW*, 1993/33, s. 2074.

alınması gerektiğini düşünmektedir. Bunun yanında 'özellikle' ifadesi de sübjektif ölçütün denetimini iyice daraltmaktadır⁴⁴².

Zuck'un karar için kabulle ilgili yeni düzenlemelere en büyük itirazı ise; artık anayasa şikayetinin yalnızca objektif işlevinin gözetildiği, sübjektif işlevinin tamamen gözardı edildiği ve böylelikle her anayasa şikayetinin aslında anayasayı yorumlamaya ve geliştirmeye yönelik olmak zorunda bırakılmasıdır. Yani kişiler artık bu davanın öznesi değil, aracısı durumuna geleceklerdir⁴⁴³. Zuck'un bu endişesini, değişiklik sonrası yakın tarihli bir karar da doğrulamaktadır. Söz konusu kararda esaslı anayasal önemin varlığının ölçütleri açıklanmıştır: "Bir anayasa şikayeti açısından esaslı anayasal önem ancak, anayasadan doğrudan çıkartılmayan ve anayasa yargısı tarafından henüz yanıtlanmamış ya da değişen ilişkiler nedeniyle yeniden açıklanması gereken anayasal bir sorunu ortaya atıyorsa, mevcuttur. Yani anayasal önemi olan sorunların yanıtlanmasında ciddi kuşkular bulunmalıdır. Öğretide karşıt görüşlerin varlığı ya da genel mahkemelerin kararlarında farklı sonuçlara varılmış olması, buna örnek gösterilebilir.

Bunun yanı sıra, sorunun açıklığa kavuşturulmasında somut olayı aşan bir yarar olmalıdır. Göz ardı edilemez sayıdaki anlaşmazlıklar için anlamlı olması ya da gelecekteki durumlar için de çözüm oluşturabilecek önemde bir sorunla ilgili olması halinde böyle bir yarardan söz edilebilir"⁴⁴⁴. Bu kararla anayasa şikayetinin sübjektif işlevinin yerini objektif işlevine bıraktığı açıkça görülmektedir.

Görüldüğü gibi, anayasa şikayeti başlangıcından bu yana yapısal ve ilkesel açıdan oldukça büyük değişikliklere uğramıştır. Yargılama yetkisi sekiz kişilik senatoların yanı sıra üç kişilik yargıçlar kuruluna (daire) verilmiş, anayasal hukuk devletinin temellerinden olan yargı kararlarının gerekçeli olması ilkesinden önemli ölçüde vazgeçilmiş ve bu yolla Anayasa Mahkemesi'ne iş yükünü bizzat azaltma olanağı tanınmaya çalışılmıştır. Özellikle 1993 değişikliği yasama organının anayasa şikayeti hakkındaki olumsuz görüşlerinin bir göstergesi gibidir. 1969'da kurumun anayasal güvenceye kavuşturulmasıyla, kısmen ya da tamamen kaldırılmasının hukuki zorlukları yanında yurttaşların da tepkisinden çekinildiğinden, yasal değişikliğin sınırları içinde, yasanın uygulayıcısı olarak Mahkeme'ye en geniş takdir alanını sağlayarak anayasa şikayetinin etkisi azaltılmaya çalışılmaktadır. Nitekim 1983 yılında başbakan Helmut Kohl hükümet programını açıklarken, "anayasal uyuşmazlıkların artan

⁴⁴² Zuck, NJW, 1993/41, s. 2643-2644.

⁴⁴³ Zuck, NJW, 1993/41, s. 2646.

⁴⁴⁴ BVerfGE 90, 24-25 (8.2.1994).

sayısı karşısında biz de Anayasa Mahkemesi ile birlikte Mahkeme'nin iş yükünden nasıl kurtulacağını düşünmeliyiz" demiştir⁴⁴⁵. 1985 yasa değişikliği bu çabanın bir ürünü olarak değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi de bu çabaya eğilim duymakla birlikte, öğretilerde buna pek itibar edilmemektedir. Ancak bu yasa değişikliği bile Mahkeme'ye yetmiş görünmemektedir. O dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı Roman Herzog 1992 yılında "eğer bize yardım etmezseniz, boğulacağız!" diyerek yardım çağrısında bulunmuştur⁴⁴⁶. Elbette öğreti de anayasa şikayetinin Mahkeme açısından ne kadar fazla iş yükü oluşturduğunun farkındadır. Ancak bunun için getirilen çözümler, keyfi takdir alanları yaratmak değil, usule ve Mahkeme'nin yapısına ilişkin yeni düzenlemeler olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin büyük ölçüde anayasa şikayetlerinden kaynaklanan iş yükünü azaltmaya yönelik son girişim ise, 1996 Ekim'inde Karlsruhe'de yapılan 61. Alman Hukukçular Sempozyumu'nda gerçekleşmiştir. Bu amaçla "Federal Anayasa Mahkemesi'nin İş Yükünü Azaltma Komisyonu" kurulmuş ve komisyonun başkanlığına da eski Anayasa Mahkemesi başkanlarından Prof. Dr. Ernst Benda getirilmiştir. Sorunun tüm boyutlarının ele alınabilmesi için komisyon üyeleri geniş bir yelpazeden seçilmiştir. Hâlâ 1. ve 2. Senato'da görev yapan iki yargıç, akademik cepheyi temsilen eski üyelere bir profesör, Federal Adalet Bakanlığı müsteşarı ve anayasa bölümü müdürü ve eyaletlerden temsilciler sorunu enine boyuna tartışıp bir çözüm bulmak amacıyla bir araya getirilmişlerdir. Komisyonun 1997 sonuna kadar bir rapor hazırlaması kararlaştırılmıştır. Ancak 1997 sonu itibarıyla rapor hakkında herhangi bir resmi açıklama yapılmamıştır⁴⁴⁷.

Aşağıda anayasa şikayetinin Mahkeme üzerindeki iş yükünü azaltmak için düşünülmüş öneriler toplu olarak incelenecektir.

B. ANAYASA ŞİKAYETİ İÇİN REFORM ÖNERİLERİ

1. Avukat Tutma Zorunluluğu

Daha önce de belirtildiği gibi, kural olarak, anayasa şikayeti davasında avukat tutma zorunluluğu yoktur; yalnızca duruşma yapılması

445 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. WP, 4. Sitzung am 5.4.1983, S. 66 A; aktaran Vitzthum, a.g.m., s. 293.

446 *Franfurter Allgemeine Zeitung*, 24.2.1992, s. 6; Knies, a.g.m., s. 1170.

447 Adelheid Brandt, "Der 61. Deutsche Juristentag", *Neue Justiz*, 1996/11, s. 579; Rüdiger Zuck, "Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts", *ZRP*, 1997/3, s. 95 vd.

halinde temsil zorunludur (AYMK md. 22/I). AYMK md. 25'ten, Anayasa Mahkemesi'nin duruşma sonunda karar vermesinin kural, duruşmasız verilen kararın ise istisna olduğu anlaşılmaktadır. İstisna, yasayla öngörölmüş olabileceği gibi, tarafların duruşmadan vazgeçmeleri halinde de olanaklıdır (AYMK md. 25/I). Genel usul kuralı olan bu hükümlerin yanında, md. 94/V'te anayasa şikayeti için özel bir usul hükmü de yer almaktadır. "Üçüncü kişilerin dinlenmesi" başlıklı bu maddeye göre, Mahkeme duruşmanın dava açısından bir yararı olmadığı sonucuna varırsa ve davada söz hakkına sahip anayasal organlar duruşmadan vazgeçerlerse, duruşmasız karar verilir. Bu hüküm, üçüncü kişilerin dinlenmesiyle ilgili bir hüküm olup diğer hallerde, yani anayasal organların dinlenilmesinin gerekmediği hallerde, genel kuralların geçerli olacağı açıktır.

Bunun yanında dairelerin karar için kabul ya da red kararları ile açıkça gerekçeli olma (md. 93c) nedeniyle anayasa şikayeti hakkında esastan karar verdikleri hallerde de duruşma yapılmaz (md. 93d/I). Bu yasal düzenlemeler ışığında, Senato'nun bakacağı davalarda duruşma yapılacağı ve temsil zorunluluğunun olduğu anlaşılmaktadır. Bu davalar da karar için kabul edilmiş ve sıkı denetim sonrası Senato'da esastan görüşülmeye hak kazanmış anayasa şikayeti davalarıdır. Kırk beş yıllık uygulama süresince oldukça karmaşık hale gelen ve sıkı ölçütlere bağlanan anayasa şikayetinde avukat zorunluluğu teknik bilgi birikiminin gerekliliğiyle birlikte düşünülmektedir. Yani buradaki soru, avukat zorunluluğu sayesinde daha çok anayasa şikayetinin karar için kabul ve sonuçta esastan kabul edilip edilmeyeceği ile ilgilidir⁴⁴⁸.

Zuck avukat zorunluluğunun hem kaliteyi artıracaklarını hem de Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü azaltacaklarını düşünmektedir. Kaliteyi artıracaktır, çünkü gerekçesiz, yeterince açık olmayan, bunun yanında kanun yolları tüketilmeden bilinçsizce açılmış anayasa şikayeti davalarının önüne geçilecektir. İş yükünü azaltacaktır, çünkü avukatlar somut olayı dava öncesi değerlendirip başarı şansı olmadığı takdirde Mahkeme'ye gitmemeyi seçeceklerdir⁴⁴⁹. Bunun yanısıra Zuck, avukatların açtığı dava-

448 Avukatlar tarafından açılan anayasa şikayeti davası oranı, 1957'de %22, 1968'de %33, 1988 sonunda da %66 olarak saptanmıştır (Rakamlar için bkz. Zuck, a.g.e., s. 109 dn. 61). Görüldüğü gibi, yasa değişiklikleriyle yapılan düzenlemelerdeki karmaşıklaşma, temsile de yansımıştır. Ancak avukatlar tarafından yapılan anayasa şikayeti başvurularının 3/4'ünün baştan geçersiz ya da açıkça gerekçesiz olmaları nedeniyle reddedildiğini de belirtmek yerinde olacaktır. Bkz. Seuffert, "Zu Fragen der Verfassungsbeschwerde," *AnwBl*, 1968, s. 298; aktaran Zuck a.g.e., s. 109 dn. 61.

449 Zuck, a.g.e., s. 106-107.

ların umulduğu kadar başarılı sonuçlar vermemesinden hareketle, avukat zorunluluğunun ancak anayasa hukukunda uzman avukatlar için öngörülmesi halinde bir anlamı olacağını belirtmektedir. Çünkü anayasa hukuku gibi günden güne gelişen ve yenilenen bir hukuk dalının yanında idare, vergi ve iş hukuku gibi alanlar da uzmanlık gerektiren konular olup bunlar için dahi yardım almak gerekecektir⁴⁵⁰.

Gather de anayasa hukuku metinlerinin zorluğu nedeniyle bu alanda uzmanlaşmış avukatların anayasa şikayeti davalarını üstlenmelerinin ve avukat zorunluluğu getirilmesinin iyi olacağını düşünmektedir⁴⁵¹. Rinken ise avukat zorunluluğunun dahi anayasa şikayetlerinin hızını kesmeyeceği görüşündedir⁴⁵².

Anayasa şikayetlerinin ilgili olduğu hukuk dallarına, anayasa şikayeti sürecinin teknik bilgi gerektiren usul kurallarına bakıldığında ve anayasa şikayetinde başarı kazanmanın Mahkeme içtihatlarını, bunlardaki değişiklikleri yakından izlemekle olanaklı olduğu gözönüne alındığında, uzman avukat zorunluluğunun anayasa şikayetinin geleceği için yararlı olacağı görülmektedir. Özellikle anayasa şikayetlerinin büyük çoğunluğunun yargı kararlarına karşı olduğu, yani bir ay gibi kısa bir dava hazırlık süresi olduğu dikkate alınır, iddialı bir yurttaşın bile başarılı bir anayasa şikayeti dilekçesi yazabilmesi düşük bir olasılıktır. Bu veriler ışığında, uzman avukatlar sayesinde anayasa şikayetlerinin niteliğinin ve başarı şansının artacağı söylenebilir.

2. Bilimsel Yardımcıların Artırılması

Türk Anayasa Mahkemesi'nden farklı olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nde raportörler (Berichterstatter), Anayasa Mahkemesi yargıçlarıdır. Türkiye'deki raportörlerin görevini bilimsel yardımcıları (wissenschaftliche Mitarbeiter) yerine getirmektedir. Hem senatolarca hem de dairelerce verilecek kararlar öncesinde, her yargıç belli sayıda dosyanın raportörlüğünü üstlenmektedir. Raportör olarak hazırladığı dosyayla yargıç, senato ya da daire için bir karar önerisi de sunmaktadır. Bilimsel yardımcıları ise, hem raportörlük yaparken hem de genel olarak diğer davaları için malzeme toplarken her yargıca yardımcı olmaktadır; her yargıcın üç bilimsel yardımcısı bulunmaktadır. Yargıçların yılda ortalama 1500 anayasa şikayetinin yanında diğer anayasa yargısı davalarıyla

450 Zuck, a.g.e., s. 109. Ayrıca bkz. NJW, 1986/15, s. 971.

451 Gather, DWV, 1984/5, s. 120.

452 Rinken, a.g.e. içinde, s. 1060.

da ilgilendiği düşünülürse, bilimsel yardımcılarının katkısı daha kolay anlaşılacaktır.

Bilimsel yardımcılar görüşmelere katılamazlar. Buna karşın bilimsel yardımcılarının, raportör yargıçların karar hakkındaki görüşlerini etkilediği düşünüldüğünden, önemlerini vurgulamak için kendilerine “Üçüncü Senato” da denmektedir⁴⁵³.

Dava dosyalarıyla ilgili araştırmaları her ne kadar bilimsel yardımcılar yapıyorlarsa da, mahkeme kararlarının sorumluluğu, yargıçlara aittir. Yardımcıların, yani yargıçların işlerini kolaylaştıranların sayısı ne kadar artırılsa artırılsın, yargıçların bu dosyaları okuma ve tartışma yükümlülükleri ortadan kalkmayacaktır. Bu nedenle, buna yönelik bir çözümün sorunun esasına ilişkin bir çözüm olmadığı söylenebilir⁴⁵⁴.

3. Senato Sayısının Artırılması

Mahkeme'nin iş yükünü azaltmak için düşünülen çözümlerden biri de, senato sayısının artırılmasıdır. Halen sekiz yargıçla çalışan iki senato yerine, daha fazla senato, hatta daha fazla sayıda yargıçtan oluşan ikiden fazla senatonun anayasa şikayetinden kaynaklanan yükü hafifleteceği düşünülmüştür. Ancak bu çözüm de herkesçe kabul gören bir öneri olarak benimsenmemiştir.

Bu çözüm önerisine yönelik en önemli eleştiri, senato sayısının artırılmasının içtihat birliğini sağlamayı güçleştireceği olmuştur⁴⁵⁵. Wieland'a göre, anayasanın yorumunun normatif bir gücünün olması için tek elden yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca senatolardaki yargıç sayısının artırılması da uzun ve zaman alıcı görüşmelere, büyük teknik sorunlara neden olacaktır. Bu düşüncenin en aşırı biçimi ise, iki senatonun dahi kabul görmemesidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Birinci ve İkinci Senato'nun görev alanları yasayla belirlenmiş ve aralarında bir görev ilişkisi kurulmuştur. Bir senatonun baktığı davalarda davanın dayanağını oluşturan temel hak-

453 Gerhard Seibert, "Die Verfassungsbeschwerde in der Spruch-Praxis des Bundesverfassungsgerichts," *Die Freiheit des anderen (Festschrift für Martin Hirsch)*, 1981, s. 499.

454 Aynı doğrultuda bkz. Rinken, a.g.e. içinde, s. 1060; Seibert, a.g.m., s. 498-499; Joachim Wieland, "Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum U.S. Supreme Court," *Der Staat* (29), 1990/3, s. 335.

455 Bkz. Ernst Gottfried Mahrenholz, "Kammerbeschlüsse-Nichtannahmegebühren," *Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)*, 1987, s. 1363; Seibert, a.g.m., s. 517; Wieland, *Der Staat* (29), 1990/3, s. 334.

ların paylaştırılarak birden fazla senatonun görev alanına dağıtılmasının iş yüküne olumlu katkısı olabilir. Bunun yanında temel haklara göre bir bölüşüm yapılsa bile, her davada taraf ehliyeti, kanunyollarının tüketilmesi, geçici tedbir kararının gerekliliği gibi usulle ilgili konularda her bir senatonun ortak olan denetim konuları olacaktır. Bu denetimlerden farklı sonuçlar çıkması kaçınılmazdır.

Öğretide dile getirilen, içtihat birliğinin sağlanamayacağı sorunu, ancak senatoların somut olayı aşan, genel nitelikli ölçütler koymaları ve belli aralıklarla yapılacak içtihadı birleştirme toplantılarıyla çözülebilir.

4. Temel Hakların Korunmasında Ek Hukuki Çareler Getirilmesi

Temel hakların korunması yollarının yeniden gözden geçirilmesiyle anayasa şikayeti iş yükünün azaltılması önerisinin iki unsuru vardır: İlki, anayasa şikayetlerinin dayanağını oluşturan bazı temel hakların genel mahkemelerde korunmasına yönelik önlemler alınarak, bunların anayasa şikayetinin koruma kapsamından çıkarılması. İkincisi ise, genel mahkemelerde bazı temel haklar için ek olağanüstü hukuki çareler getirilerek, bu haklara dayanılarak yapılan anayasa şikayetlerinin sayısının azaltılması. İkinci öneride söz konusu haklar anayasa şikayetinin dayanağı olmaktan çıkarılmamakta ancak kişilere, Anayasa Mahkemesi'ne gitmeden önce genel mahkemelerde bir şans daha tanınarak bir filtre işlevi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Fritz, anayasa şikayetlerinin büyük bölümünün hak arama özgürlüğünün (AY md. 103/1) ihlalden kaynaklandığını -ki başvuruların yaklaşık %45'ini oluşturmaktadır- bu nedenle de bu temel hakka yönelik ikame bir çözümün gerekli olduğunu belirtmektedir. Önerisi ise, medeni yargıda bu temel hakkın ihlaline karşı ikincil bir hukuki çarenin düşünülmesidir. Bu halde, kesinleşmiş kararlara karşı iki hafta içinde ayrıntılı bir gerekçeyle hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçeyle başvuruda bulunulabilecektir. Yazar bu çözümün, Anayasa Mahkemesi'ndeki denetim ölçütlerinden daha az ölçüt kullanılacağı için daha pratik olduğunu ve Mahkeme'yi iş yükünden kurtaracağını belirtmektedir⁴⁵⁶. Ne yazık ki Fritz'in bu önerisi, eyalet adalet bakanları ve senatörleri tarafından genel mahkemelerin iş yükünün çok artacağı gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

Seibert de genel yargılama aşamalarında uygun hukuki çare ve usul kurallarıyla, temel hakları ihlal eden idari işlemleri ve yargı kararlarını ortadan kaldırma yollarının bulunmasının gerekli olduğunu savunmak-

⁴⁵⁶ Roland Fritz, *AnwBl*, 1986/9, s. 362.

tadır. Bunun yollarından biri olarak, ceza yargılamasında olduğu gibi, medeni yargıda da hak arama özgürlüğünün ihlali halinde, bu hakkını kullanma olanağının talep üzerine sağlanmasını ve bir anayasa şikayetinden vazgeçilmesini görmektedir⁴⁵⁷. Seibert'in önerisinin de hak arama özgürlüğünün, anayasa şikayetinin dayanağı olan temel haklar kapsamında çıkarılması olduğu anlaşılmaktadır.

İlk bakışta temel haklar arasında ayırım yapılması doğru ve adil görünmese de, genel mahkemelerce sağlanacak ek bir denetimle, bir yargı kararına karşı bu hakka dayanarak açılacak anayasa şikayeti davasının başarı kazanması halinde elde edilmek istenen amacın ne olduğu düşünüldüğünde, bu tür bir ikame çözümün adaletsiz/haksız olmadığı görülmektedir. Çünkü hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek genel mahkemelerdeki ikame koruma yoluna başvuran kişiye, talebinin kabulü halinde, örneğin, ihlal kararın başka türlü verilmesine etki ediyorsa, bu hakkını kullanmasına olanak tanınacaktır. Anayasa şikayetinin kabulü halinde ise, kesinleşmiş karar yetkili bir mahkemeye gönderilerek hakkın yerine getirilmesi ve bu doğrultuda yeni bir karar verilmesi sağlanacaktır. İkame dava yolunda talebin reddinin yeterince ve açık olarak gerekçelendirilmesi, talepte bulunan kişiyi ikna edecektir. Bu yolla da Anayasa Mahkemesi'nin işlevi, olağanüstü bir hukuki çare olarak genel mahkemelere kısmen devredilmiş olacaktır.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da belirtildiği gibi, genel mahkemeler de anayasayı gözetmekle yükümlü olduklarından ve hak arama özgürlüğü diğer pek çok temel hakkın aksine, yasalarda usul kuralları olarak ayrıntılı biçimde somutlaştırılmış bir hak olduğundan genel mahkemelerce korunması ve gözetilmesi daha kolay ve sorunsuz olacaktır⁴⁵⁸.

5. Aylık Dava Açma Süresinin Uzatılması

İş yükünün azaltılmasıyla ilgili son öneri ise, yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinde bir aylık dava açma süresinin uzatılmasıdır. Önerinin sahibi olan Zuck'a göre⁴⁵⁹, bunun nedenleri şöyle sıralanabilir:

457 Seibert, a.g.m., s. 517 ve dn. 31. Alman Ceza Muhakemesi Yasası'nın (StPO) 33a maddesi böyle bir olanak tanımaktadır.

458 Benzer bir öneri için bkz. Zuck, a.g.e, s. 103.

459 Bkz. Zuck, "Die unzumutbare Monatsfrist für die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen," MDR, 1985/10, s. 804; NJW, 1986/15, s. 971; a.g.e., s. 110 vd.

- Anayasa şikayeti konusunda uzman olmayan avukatın anayasa şikayetinin başarı şansını araştırmak için daha fazla zamanı gereksindiği ortadadır.

- Diğer yandan anayasa şikayetinin konusu yapılacak yargı kararına öfke duyan ilgili için karar hakkında düşünmek ve kararı soğukkanlı olarak değerlendirip anayasa şikayetinde bulunmak için yeterli zaman verilmiş olacaktır.

Yazar, sürenin uzatılmasıyla Mahkeme'ye yapılan başvuruların kalitesinin artacağını, gerekçeli ve daha az anayasa şikayetinde bulunulacağını ileri sürmektedir⁴⁶⁰.

Dava açma süresiyle ilgili bu öneri, uzman avukat zorunluluğuyla birlikte düşünülmelidir. Çünkü anayasa hukuku kuralları içinde boğuşan bir yurttaş için ne bir aylık ne de bir yıllık dava açma süresi nitelikli bir dava dilekçesi için yeterli olacaktır. Aynı şey, uzman olmayan avukat için de geçerlidir.

6. Diğer Öneriler

Cezai harç ve 1985 yasa değişikliğinde kabul edilip 1993'te kaldırılan red harcı da Mahkeme'nin iş yükünü azaltmaya yönelik önlemlerdir. Seibert'in de haklı olarak belirttiği gibi⁴⁶¹, harçların miktarı ve niteliği, gerçekten haklı olduğuna inanan kişileri engelleyemez. Öte yandan temel hakların korunmasını mali engellerle sınırlamaya çalışmak, temel hakların niteliğiyle ve anayasa şikayetinin birincil işleviyle açık bir çelişki oluşturmaktadır. Yine de belli bir harcın gereksiz anayasa şikayetlerini önleyebileceğini düşünenler de vardır⁴⁶².

Yargı kararlarına karşı anayasa şikayetlerinin toplam anayasa şikayeti sayısı içindeki büyük oranı, yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinin kaldırılması çözümünü de akla getirmektedir. Yalnızca medeni yargı kararlarına karşı anayasa şikayetleri, toplamın 1/3'ünü oluşturmaktadır⁴⁶³. Ancak böyle bir durumda anayasa şikayetinin etkililiği de ortadan kalkacaktır⁴⁶⁴. Çünkü temel haklar ancak uygulanmakla etkinlik kazanır. Uygulama, olumlu olabileceği gibi, olumsuz da olabilir. Temel hakların

460 Bkz. Zuck, *MDR*, 1985/10, s. 804 ve a.g.e., s. 112.

461 Bkz. Seibert, a.g.m., s. 512.

462 Ulrich Scheuner, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* içinde, s. 810.

463 Oran için bkz. Pekcanitez, *Anayasa Yargısı* 12, s. 284.

464 Jürgen Gündisch, "Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen," *NJW*, 1981/34, s. 1817.

etkili bir biçimde hukuk devleti ve anayasal ilkeler çerçevesinde yaşama geçirilmesinde ise, Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarının katkısı tartışmasız büyük yer tutmaktadır. Bu nedenle yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinin kaldırılması bu kurumu neredeyse tamamen ortadan kaldıracaktır.

Öğretideki bu çözüm önerilerine karşılık Pestalozza, en köktenci çözümlü, anayasa şikayetinin tamamıyla kaldırılmasını önermektedir⁴⁶⁵. Pestalozza, anayasa şikayetinin kaldırılmasını tek çözüm yolu olarak görmektedir. Yazara göre, "Anayasa Mahkemesi'nin yıllardır süregelen içtihatlarıyla kamu gücünü kullanan kurumlara, temel hakların korunması ve gözetilmesi konusunda yeterince malzeme sağlanmış; bu nedenle de temel hakları korumada özgül bir koruma yolu olan anayasa şikayetinin kaldırılmasının riskleri göze alınabilir (...). Bunun yanında AY md. 19/IV (kamu gücü ihlallerine karşı kanun yollarının açık olmasını düzenlemektedir) ve genel mahkemeler, anayasa yargısına devredilen ağırlıklarını da yeniden kazanacaklardır"⁴⁶⁶.

Pestalozza'nın burada gözardı ettiği şey, Anayasanın 19/IV maddesinde kişilere tanınan dava hakkının, Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca⁴⁶⁷ yasalara karşı dava hakkını kapsamadığıdır. Bu durumda anayasa şikayetinin kaldırılmasıyla, kişilerin yasalara karşı doğrudan başvurabilecekleri bir kanun yolu kalmayacağı gibi, yine yalnızca somut norm denetimi yoluyla bu olanağa sahip olacaklardır. Öte yandan kamu gücünü kullanan organların temel haklarla ilgili olarak yeterince 'eğitildiklerini' düşünüp kamu gücünün denetlenmesini artık gereksiz görmek ne idari yargıyla ne de anayasa yargısıyla bağdaşır. Hukuk devleti düşüncesinin gelişimci çizgisi, mevcut koruma yollarının azaltılmasını değil, olabildiğince çoğaltılmasını öngörür. Asıl önemlisi ise, ilke ve işleviyle "hukuk devleti düşüncesinin taçlandırılması"⁴⁶⁸ olarak nitelenen anayasa şikayetinin hem daha etkin hale getirilmesinin hem de Anayasa Mahkemesi'nin rasyonel bir çalışma kapasitesine kavuşturulmasının koşul ve olanaklarını artırmak yerine, bu kurumu ortadan kaldırma kolaycılığına kapılmanın yanlışlığıdır.

Anayasa şikayetinin gözden geçirilmesini gerekli kılan en önemli unsur kuşkusuz başvuru sayısı kadar, anayasa şikayetlerinin başarı oranı olmuştur. 1951'den 1994'e kadar yapılan 95.944 anayasa şikayeti

465 Bkz. Pestalozza, a.g.e., s. 39 ve s. 163-164.

466 Pestalozza, a.g.e., s. 164.

467 BVerfGE 24, 41 vd.

468 Konrad Zweigert, "Die Verfassungsbeschwerde," JZ, 1952/11, s. 321.

başvurusunun 91.813'ü, yani % 2,73'ü, kabul edilmiştir⁴⁶⁹. Son olarak 1993'teki başvuru sayısı ise, bir önceki yıla göre 1000'den fazla bir artışla, 5246'ya yükselmiştir⁴⁷⁰. Almanya'daki bu orana karşılık İsviçre, %12'lik başarı oranıyla Almanya'ya göre daha başarılı bir tablo çizse de, genel oran olarak İsviçre'de de başarı oranı düşüktür⁴⁷¹.

Başvuru sayısının çokluğu ya da başarının oranı, tek başına kurumu red nedeni olamaz. Çünkü bu durumda ulusal-üstü bir koruma mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru hakkının da aynı nedenle reddedilmesi gerekecektir. Komisyon'a 1955'ten 1995'e kadar 29.539 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 20.780'ninin kabul edilemez olduğuna karar verilirken yalnızca 2834'ü kabul edilebilir bulunmuştur⁴⁷². Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1994'e kadar yalnızca 500 dava hakkında karar vermiştir⁴⁷³. Bu rakamlardan, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nda da başvuru sayısı ile başarı oranı arasında büyük bir fark olduğu anlaşılmaktadır.

Gerek ulusal-üstü bir çözüm olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruda gerekse ulusal bir koruma yolu olan anayasa şikayetinde amaç, insan haklarının ve temel hakların etkili biçimde korunması ve somutlaştırılmasıdır. Bu amaç, başarılı olan başvurularda doğrudan başvurular için gerçekleşmesinin yanında, verilen kararların gerekçelerinde de pek çok anayasal/sözleşmeyle ilgili sorun açıklığa kavuşturulmaktadır.

Ulusal hukuk çerçevesinde oluşturulan yargı sistemiyle, kamu gücünün hukuk sınırları içinde kalması sağlanmaya çalışılmakta; yasal ve idari düzenlemelerle anayasal ilkeler somutlaştırılmaktadır. Böyle bir düzen içinde anayasa şikayetinin işlevi, anayasada yer alan temel haklarla ilgili ilke ve düzenlemelerin yaşama geçirilmesinin anayasaya uygunluğunu denetlemek, yargının koruma alanını genişletmektir. Kişilerin doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne başvuramadığı yargı sistemlerinde hukuki koruma, anayasa karşısında ikincil düzenlemelere dayanılarak yapılmaktadır. Eroğul, yargı yollarına başvurmayı bir katılım biçimi ola-

469 Julian Rivers, "Stemming the flood of constitutional complaints in Germany," *Public Law*, Winter 1994, s. 553.

470 Bkz. Rivers, a.g.m., s. 555 dn. 13.

471 Oran için bkz. Pekcanitez, a.g.m., s. 282.

472 *Survey of Activities and Statistics 1995*, European Commission of Human Rights.

473 Jens Meyer-Ladewig, "Ein neuer ständiger Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte," *NJW*, 1995/43, s. 2813 dn.1.

rak nitelemektedir⁴⁷⁴, genel yargı sisteminin yanında anayasa yargısının da yurttaşlara açılması, yargısal katılımın en gelişmiş haline örnek oluşturacaktır.

Rinken ise, soruna mahkeme açısından yaklaşarak yurttaşlara tanınan böyle bir katılım hakkının Anayasa Mahkemesi'nin toplumsal gerçekliği kavramasına yardımcı olacağını belirtmektedir⁴⁷⁵.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi pek çok anayasa şikayetini reddederken bu red sırasında dahi temel hakların yorumlanmasıyla ilgili önemli içtihatlar geliştirmekte, can alıcı anayasal sorunları tartışmaktadır⁴⁷⁶. Sabuncu da sayısal verilerin önemli olmadığını, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok önemli kararının anayasa şikayeti yoluyla verilmesinin yanında, "kurumun varlığının kamu gücü işlemlerinde hukuka uyma ve temel haklara saygı gösterme yönünde 'terbiyetkâr' bir etkisinin olacağını" belirtmektedir⁴⁷⁷. Leicher-Wintrich de anayasa şikayetlerinin büyük bölümü reddedilse bile, özgürlükler hukukunun yorumlanması gibi bir işlevin yanı sıra, devlet iktidarının hukuka bağlılığının denetlenmesini sağlaması açısından kurumun son derece önemli olduğunu belirtmektedirler⁴⁷⁸.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısına damgasını vuran insan hakları düşüncesi, ulusal-üstü kurumlara korunmaya çalışılırken ulusal alanda temel hakların ikincil yöntemlerle korunması bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Anayasa yargısının hukuk düzenini koruma işlevinin, hukuki koruma boyutuyla birleştirilmesi, temel hakların etkilileştirilmesinde çok büyük rol oynamaktadır. Bu nedenle, anayasa şikayetinin varlığı bir külfet olmaktan çok rasyonelleştirilmesi gereken bir nimet olarak ele alınmalıdır.

474 Cem Eroğul, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, Ankara, İmge Kitabevi, 1991, s. 139-141.

475 Rinken, a.g.e. içinde, s. 1044.

476 Aynı doğrultuda bkz. Friesenhahn, **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart** içinde, s. 818; Henschel, **Festschrift für Helmut Simon**, 1987, s. 95; Seibert, a.g.m., s. 513-516.

477 Yavuz Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti," **AÜSBFD**, C. 37, S. 3-4, 1982, s. 151.

478 Joseph Wintrich - Hans Lechner, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit," **Die Grundrechte (III/2)**, (Hrsg. Bettermann-Nipperdey), 2.Auflage, Berlin, Duncker Humblot, 1972, s. 669.

II. ANAYASA ŞİKAYETİ ve TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISI

Türkiye'de anayasa şikayeti kurumunun kabul edilip edilemeyeceğini, kabul edilecekse bunun yöntemini tartışmak için Türkiye'de anayasa yargısının otuz yedi yıllık geçmişine kısaca bakmakta yarar vardır. 1961 Anayasası'ndan 1982 Anayasası'na nelerin değiştiğini, geliştiğini ve gerilediğini görmek, anayasa şikayeti gibi anayasa yargısının ileri bir aşamasının kabul koşulları hakkında da birtakım ipuçları verebilir.

A. İKİ ANAYASA DÖNEMİNDE ANAYASA YARGISI

1. 1961 Anayasası

Türk anayasa hukukuna ilk kez 1961 Anayasası'yla giren anayasa yargısı, yasama organındaki çoğunluğu dizginlemeye, bu çoğunluğun keyfi davranışlarını önlemeye ve böylelikle anayasal düzenin temel değerlerini korumaya yönelik bir bakış açısının izlerini taşıyordu. İptal davası açma hakkını yalnızca cumhurbaşkanı ve siyasal partilerle sınırlamayan, bunun yanısıra 'kendi varlık ve görevlerini' ilgilendiren konularda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve üniversitelere organ davası yoluyla sınırlı bir hukuki koruma yolu sağlayan 1961 Anayasası (Md.149), esasen düzeni koruma işleviyle donatılmış olmasına karşın anayasal yargı denetimini olabildiğince katılımcı biçimde gerçekleştirmeyi hedefliyordu. Her ne kadar 1971'deki anayasa değişikliğiyle iptal davası açma hakkına kısıtlamalar getirilmeye çalışılmışsa da, düzenlemenin niteliği yok edilememiştir.

1961 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Temsilciler Meclisi'nde yürütülen tartışmalardan, düzenin korunmasının yanında temel hak ve özgürlüklerin korunmasının da esas amaçlardan olduğu anlaşılmaktadır. İptal davası açma hakkının kimlere tanınacağı görüşülürken, bu hakkın temel hakların taşıyıcısı olan tüm vatandaşlara tanınması anlamına gelen actio popularis'in kabul edilip edilemeyeceği de tartışılmıştır. İptal davası açma hakkının bütün vatandaşlara tanınmasının eskimiş bir yöntem olduğunu düşünenlerin yanında⁴⁷⁹, temel hakların korunmasının en etkin biçiminin herkese dava hakkı tanınması olduğu görüşünde olanlar da vardır⁴⁸⁰. Komisyon sözcüsü Muammer Aksoy ise, "dava hastası olan ya

⁴⁷⁹ Komisyon sözcüsü Nurettin Ardıçoğlu, iptal davası açma hakkının 'muayyen heyetlere' verilmesini doğru bulduğunu belirtmiştir. Bkz. TMTD, Cilt:4, B:53 O:2, 25.4.1961, s. 215.

⁴⁸⁰ Buna olanak tanıyan bir çözümü hararetle savunan Suphi Batur, "Anayasa Mahkemesi'nin kapısı sımsıkı kişilere kapatılmış bulunmaktadır. Halbuki bi-

da reklam amacıyla davranan kişilerce" actio popularis'in kötüye kullanılacağını ve Anayasa Mahkemesi'nin gereksiz yere meşgul edileceğini belirtmiştir⁴⁸¹. Necip Bilge'nin de, davada hukuki menfaatin varlığının zorunlu olması⁴⁸² açısından katıldığı tartışmada, iptal davasının hak ihlali olmadan açılmasının ancak belli kurumlara tanınabileceği sonucuna varılmıştır. Haklarının ihlal edilmesi halinde kişilere def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne gitme hakkının tanınmasının yeterli olacağı düşünülmüştür. Görüldüğü gibi bu tartışmalar, temel hakları ihlal edilen vatandaşların bir mahkemenin takdirine bağlı olmaksızın doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne gitme hakkının tanınmasından çok, herhangi bir hak ihlali olmaksızın kişilerin Mahkeme'ye başvurup başvuramayacakları noktasında odaklanmıştır. Hak ihlalinin varlığı halinde bu hakkın tanınıp tanınmayacağı, yani anayasa şikayeti hakkı teknik olarak gündeme getirilmemiş, ancak actio popularis tartışmasıyla buna çok yaklaşılmıştır. Sonuçta 1961 Anayasası, anayasa yargısının hukuk düzenini koruma işlevini, organ davası yoluyla biraz olsun hukuki koruma boyutuyla beslemiş, ama bunu çok sınırlı tutarak temel hakkın taşıyıcıları olan kişilere kadar genişletmemiştir.

Türk anayasa hukukunda anayasa şikayetinin 1961 Anayasası çerçevesinde kabulünün olanaklı olduğunu ortaya atan ilk kişi Tahsin Bekir Balta olmuştur. Balta, 1961 Anayasası'nın kabulünden kısa bir süre sonra, Almanya'da anayasa yargısı konusunda düzenlenen Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kollokvumu'na sunduğu tebliğde, yeni anayasanın anayasa şikayetinin kabul edilmesine olanak tanıdığını ileri sürmüştür. Balta soruna iki açıdan yaklaşmıştır: İlk olarak, Anayasa, anayasa şikayetini açıkça tanımadığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin adi kanunla genişletilmesine de olanak tanımamaktadır. Bununla birlikte, adi kanunla verilecek bir yetkiyi de yasaklamamaktadır. Bu durumda, adi

lindiği veçhile temel hak ve hürriyetler kişilere bağlıdır, yani asıl süjesi kişilerdir. Bu yolu kişilere kapattıktan sonra temel hak ve hürriyetlerimizin garantisi ne olabilir? (...) Memleketimizin gerçeklerine eğilip baktığımız vakit temel hak ve hürriyetleri çiğneyenler daima resmi şahıs ve resmi organlar olmuşlardır. Hakları çiğnenenler ise kişilerdir. Biz tutuyor, hakları çiğneyen ve zedeliyenlere müracaat hakkını veriyoruz, bu hakkı kişilere tanımıyoruz. (...) Kanaatime göre Anayasa Mahkemesi'ne yalnız mağdur olanlar değil, yalnız şikayetçi olanlar değil, bütün vatandaşların dava açmak zoruretileri olabilir. (...) Anayasa Mahkemesi'ne müracaat için sadece insan olmak şartı yeter. Oraya her vatandaş hakkını aramak için gitmelidir" diyerek anayasa yargısının temel hak ve özgürlüklerle ilgili boyutunu vurgulamıştır. TMTD, Cilt:4, B:53 O:2, 25.4.1961, s. 216.

481 Bkz. TMTD, Cilt:4, B:53 O:2, 25.4.1961, s. 218.

482 Bilge, bir kimsenin dava açabilmesi için bir menfaatinin varlığını gerekli görmektedir. Böyle bir menfaatin yokluğu, davanın da yokluğu sonucunu doğuracaktır. Bkz. TMTD, Cilt:4, B:53 O:2, 25.4.1961, s. 218.

kanunla yapılacak bir değişikliğin geçerli sayılması gerekir. Balta bu savına dayanak olarak, 1961 Anayasası'nın 136/I maddesinde yer alan "Mahkemelerin kuruluğu, geev ve yetkileri, işleyiş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" hükmünü gstermektedir⁴⁸³. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa ile verilen diğer geevleri yerine getireceği hükmünün (Md. 147/II), Anayasa'nın çeşitli maddelerinde Mahkeme'ye verilen geevleri ifade ettiğini kabul etmek gerekir ki, bu da "adi kanunla mahkemenin anayasa sahasında yetkilerini genişletmeye engel sayılmamak, diğer bir deyimle Anayasa Mahkemesi ancak Anayasa ile kendisine verilen işlerle uğraşır, manasına alınmamak lzımdır"⁴⁸⁴. Ancak Balta'nın bu esnek yorumu, öğretide destek bulmamıştır. Armağan, zel bir kanunla Mahkeme'ye yeni birtakım geevler verilebileceği Anayasa'da düzenlenmediğinden Anayasa Mahkemesi'nin ancak Anayasa'da gösterilen geevleri yerine getirebileceğini dřunmektedir⁴⁸⁵. Azrak da "Anayasa'nın, Mahkeme'nin geev ve yetkilerini teker teker belirtmiş olmakla, bu konuda kesin ve tüketicici bir sayma sistemi benimsediğini; Anayasa'nın ilgili hükümlerinde sayılanlar dışında herhangi bir yetki ve geevin bahis konusu olamayacağını" belirtmiřtir⁴⁸⁶. Nitekim 1961 Anayasası döneminde, ne bir anayasa değişiklikliğiyle ne de yasal bir düzenlemeyle Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin artırılması ve anayasa Şikayetinin kabul edilmesi yönünde bir adım atılmıştır.

1961 Anayasası'nın getirdiği temel hak ve özgürlükler rejimi, bireyi devlete karşı korumanın yanısıra bireylere kendini geliştirme ve gerçekleştirme olanağı da sağlayan zgrlk bir anlayışın ürünüdür. Temel haklara müdahalenin sınırının hakkın özüyle tanımlanması da anayasa yargısının denetim ölçütü olarak korumacı bir yaklaşımın izlerini taşımaktadır. 1961 Anayasası'nda düzenlendiği biçimiyle, anayasa yargısının hukuki koruma boyutu eksik olmakla birlikte, Türk anayasa hukukunda anayasa yargısının ilk kez düzenlenmesi ve organ davasının kabul edilmesi açısından bu anayasanın temel hakların yorumlanıp somutlaştırılmasında hukuk yaşamımıza önemli katkıları olmuştur.

483 Tahsin Bekir Balta, "Türkiye'de Anayasa Yargısı," AÜHFD, C.18, S. 1-4 (1961), s. 557-558.

484 Balta, a.g.m., s. 558, dn.(12).

485 Bkz. Servet Armağan, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti," **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.7, 1971, s. 54.

486 Ülkü Azrak, "Türk Anayasa Mahkemesi," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28 (1962), s. 661.

2. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'na bakıldığında ise, artık anayasa yargısının koruma alanının genişletilmesinden değil, hukuk düzeninin korunması işlevinin bile alabildiğine kısıtlanmasından söz edilebilir. Gerek soyut gerekse somut norm denetiminin sınırlanması, organ davasının kaldırılması ve bazı düzenleyici işlemlerin anayasal yargı denetimi kapsamından çıkarılması, genel olarak 1982 Anayasası'yla geriye doğru atılmış adımlardır. Danışma Meclisi'ndeki görüşmelerden de anayasa yargısının hukuk düzenini koruma işlevinin bile olabildiğince sınırlı biçimde kabul edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Üyelerden Şerafettin Yakın, "dava hakkının, kanunların anayasaya aykırılığının önlenmesi amacı dışında kullanılmasına olanak vermemek için dava açabileceklerin sayısı azaltılmış ve mahkemede iş çoğalmasının önlenmesi istenmiştir" diyerek, Mahkeme'nin işleyişinin 'kötüniyetli' kurumlar tarafından sabote edileceği yönündeki bir endişeyi de dile getirmiştir⁴⁸⁷. Komisyon Başkanı Orhan Aldıkaçtı'nın ve üyelerden İbrahim Göktepe'nin de Yakın'ın görüşlerine benzer görüşleri dile getirmeleri, Danışma Meclisi'nin eğilimini göstermesi açısından önemlidir. Aldıkaçtı, "küçük siyasi partilere yer verilmemesinin sebebi, bunun tam manasıyla bir propaganda unsuru (abç) haline getirilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin işlerini artırmasıdır" diyerek anayasa yargısında hukuki koruma boyutuna ne denli uzak olduğunu göstermiştir⁴⁸⁸.

Yetkileri anayasayla ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olan Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin yasanın geniş yorumlanması yoluyla genişletilmesi de olanaklı görünmemektedir, çünkü yasa büyük ölçüde anayasa hükümlerinin yinelenmesinden ibarettir. 1961 Anayasası dönemindeki, Mahkeme'nin yetkilerinin yasayla genişletilmesi tartışmasının hukuki çerçevesi, 1982 Anayasası için de geçerlidir. Çünkü yine Mahkeme'nin görev ve yetkileri Anayasa'da sayılmış ve Mahkeme'nin "Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getireceği" belirtilmiştir (Md. 148/son). Yasakoyucunun bir yasayla yeni görev ve yetkiler verebileceği şeklinde bir hüküm, Anayasa'da yer almamaktadır. Özbudun da,

487 DMTD, C:10, B: 149 O: 1, 11.9.1982, s. 215.

488 DMTD, C:10, B: 149 O: 1, 11.9.1982, s. 218. İbrahim Göktepe ise, "hem Mahkeme'yi meşgul etmeme bakımından hem birtakım ülke gerçeklerine uymayan çarpık görüşleri, sık sık Mahkeme'ye yansıtıp bu Mahkeme'yi bu görüşlerle meşgul etmeme yönünden, memlekette ağırlığı olan anamuhalefet liderlerine ...müracaat hakkını tanımakta şahsen fayda görürüm" ifadesiyle, Mahkeme'nin korunması gereken bazı 'yasaklı' görüşlere işaret etmiştir. Bkz. DMTD, C:10, B: 149 O: 1, 11.9.1982, s. 216.

Anayasa Mahkemesi'nin statüsünde bir değişiklik yapılmasının ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklı olduğunu düşünmektedir⁴⁸⁹.

Gerçekten de iki anayasanın düzenlemesine bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin genel mahkemelerden farklı olarak yetkilerinin ayrıntılı biçimde düzenlendiği ve böylelikle bir 'anayasa organı' haline getirilmeye çalışıldığı görülmektedir⁴⁹⁰. Balta'nın, tezine dayanak olarak gösterdiği "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" hükmü (1961 Md.136; 1982 Md. 142), hukuk devletinin gereği olan doğal yargıç ile suç ve cezaların yasallığı ilkelere ilişkin olağan sonucudur. Olağanüstü mahkemelerin kurulmasının önlenmesi böyle bir anayasal düzenlemeyle güvence altına alınmaktadır. Mahkeme'nin, "Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getireceği" hükmüyle (1961 Md. 147/II; 1982 Md. 148/son) amaçlanan ise, 'Yargı' bölümünde düzenlenen Anayasa Mahkemesi'nin, bu başlık altında düzenlenmeyen görev ve yetkilerine atıfta bulunmaktır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin mali denetimini yapma (Md. 69/IV), siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakma (Md. 69/VI) ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya üyeliğin düştüğüne Meclisçe karar verilmesi halinde Meclis kararının iptali için yapılacak başvuruları inceleme (Md. 85) görevleri Anayasa'nın farklı bölümlerinde düzenlenmiştir. Bu açıklamalardan yola çıkarak, 1982 Anayasası çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin genişletilmesinin ancak bir anayasa değişikliğiyle olanaklı olduğu ortadadır.

Öte yandan, 1961 Anayasası'yla karşılaştırıldığında, yetkileri 1982 Anayasası'yla oldukça daraltılmış olan Türk Anayasa Mahkemesi, geliştirdiği bazı önemli içtihatlarla yetkilerini ve anayasa yargısının kapsamını genişletmeyi başarmıştır. Özellikle olağanüstü hal kanun hükmünde kararname ile yürürlüğün durdurulması hakkındaki kararları anılmaya değerdir. Anayasa'nın 148/I maddesindeki olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş halinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin denetlenemeyeceği hükmüne karşın, Anayasa Mahkemesi, kendini yasama ya da yürütme organının hukuki tanımlamasıyla bağlı saymamış, kendi yapacağı hukuki nitelemenin sonucuna göre, önüne gelen düzenleyici işlemin anayasal yargı denetiminin kapsamına girip girmediğine karar vereceğini belirtmiştir. Bu kararı doğrultusunda hareket eden

489 Bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 3.baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s. 345. Gören de Anayasa Mahkemesi'ne anayasada kesin olarak verilen görevlerin dışında bir görev verilmesinin ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklı olduğunu belirtmektedir. Bkz. a.g.m., **Anayasa Yargısı 11**, s. 136.

490 Aynı doğrultuda bkz. Özbudun, a.g.e., s. 345.

Yüksek Mahkeme, olağanüstü hal başlığıyla çıkarılan bir çok kanun hükmünde kararnameyi iptal etmiştir⁴⁹¹.

Mahkeme'nin, üzerinde çok tartışılan önemli kararlarından ikincisi de, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması kararı verme yetkisi olduğuna ilişkin karardır. Ne 1982 Anayasası'nda ne de Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da öngörülmüş olmasına karşın, Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulmasını dava kavramı içinde değerlendirerek bu kurumu yargı denetiminin etkinliğini artırıcı, kişi çıkarının yanında kamu yararını ve kamu düzenini gözeten bir kurum olarak değerlendirmiş ve başta PTT'nin T'sinin özelleştirilmesiyle ilgili kanun hükmünde kararname olmak üzere pek çok işlem hakkında bu yetkisini kullanmıştır⁴⁹².

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa yargısının etkisini artırır nitelikteki bu tür kararlarına karşın yasakoyucunun, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini artırmaya yönelik bir girişimi olmamıştır. Ancak akademik çevreler anayasa yargısının geliştirilmesi düşüncesini tartışmayı sürdürmüşlerdir. Özellikle son birkaç yıldır anayasa yargısının hukuki koruma boyutu üzerinde durulmakta, anayasa şikayeti Türkiye açısından değerlendirilmektedir⁴⁹³. Bunun yanısıra hukukçular arasında, anayasa yargısında iptal ve itiraz davalarının anayasaya aykırılıkları gidermek konusunda yeterli olmadığını, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için bireysel olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurma haklarının olmamasının bu eksikliğin (denetimin doyurucu ve yeterli olmamasının) nedeni olduğunu düşünenler bulunmaktadır⁴⁹⁴.

Temel hak ve özgürlükler rejimi açısından bakıldığında, 1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'nın tersine, tercihini otoriteden yana yaptığı, kişilere özgürlük ve kendini geliştirme alanları açmak yerine, kişileri devlet otoritesine zarar verebilecek özneler olarak değerlendirdiği görülmektedir. Çoğunluk egemenliğinin anayasa yargısına karşın neredeyse mutlak kılınması, anayasanın genel çerçevesinde belki de dünyadaki tek örnek olarak başarılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında

491 Bkz. E.1990/25, K.1991/1, kt.10.1.1991, AMKD S.27 1. Cilt, s.102; E.1991/6, K.1991/20, kt.3.7.1991, AMKD S.27 1. Cilt, s.400.

492 Bkz. E.1993/33, K.1993/40-2, kt.21.10.1993, s. 575 vd.

493 Armağan'ın 1971 ve Sabuncu'nun 1984'teki makalelerinden sonra anayasa şikayeti, 90'lı yıllarda Gören ve Pekcanitez'in makaleleriyle yeniden gündeme getirilmiştir. Bkz. Gören, a.g.m., **Anayasa Yargısı** 11, s. 97 vd.; Pekcanitez, a.g.m., **Anayasa Yargısı** 12, s. 257 vd.

494 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden'le söyleşi, **Cumhuriyet**, 7.4.1996, s. 8.

öze ilişkin bir sınır saptamak bir yana, 1982 Anayasası tüm temel haklar için genel bir sınırlama nedeni öngörmüş (Md.13/son) ve temel hakları, devlete zararı dokunmadığı sürece kullanılabilir bir lükse dönüştürmüştür. Anayasa yargısındaki çeşitli kısıtlamalar da, yasama çoğunluğunun yaptığı işlemlerin olanak ölçüsünde denetlenmeden uygulanmasına, yani 'kamu düzeni'nin olanak ölçüsünde bozulmamasına yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu mantık çerçevesinde anayasa yargısından, düzenin korunması işlevi dışında hukuki koruma boyutunun da düzenlenmiş olması zaten beklenemezdi. Ancak on dört yıllık Anayasa Mahkemesi uygulaması, bu anayasayla bile belli bazı kazanımların olanaklı olduğunu göstermiştir.

Bu nedenle yargıdaki ve öğretilerdeki olumlu eğilim doğrultusunda Türkiye'de anayasa şikayetinin kabul koşullarını tartışmak, anayasa yargısının geleceği açısından önem taşımaktadır. Aşağıda çeşitli olasılıklar üzerinde durulacaktır.

B. TÜRKİYE'DE ANAYASA ŞİKAYETİNİN KABUL KOŞULLARI

1. Anayasa Yargısı Çerçevesinde Çözümler

Yukarıda da tartışıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin anayasada sayılan görev ve yetkileri dışında anayasa şikayeti başvurularını inceleme görevi, ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklıdır. Anayasa şikayetinin içtihat yoluyla geliştirildiği tek ülke Arjantin'dir⁴⁹⁵. Ama yasayla verilemeyen bir yetkinin içtihatla geliştirilmesi düşünülemeyeceğinden ve anayasa şikayetinde bulunma hakkının bir içtihadın sınırları içinde belirlenemeyecek pek çok usul kuralı bulunduğundan, anayasal bir yetkilendirme zorunlu görünmektedir.

⁴⁹⁵ Kararlar için bkz. Angel S. Siri, Entscheidungen vom 27.12.1957 (La Ley Bd. 89, S. 532); Kot Samuel S.R.L., Entscheidungen vom 5.9.1958 (La Ley Bd. 92, S. 632), aktaran, Julio A. Barberis, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien," *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* içinde, s. 47 (dn.33). Yılmaz Aliefendioğlu, anayasa yargısı sempozyumunda Gören'in anayasa şikayeti konusunda sunduğu tebliği üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin yasaların yürürlüğünün durdurulmasıyla ilgili verdiği kararda dile getirdiği ilkeler doğrultusunda (hukuk devleti, yargı kararının etkinliği, kamu yararı, hukukun üstünlüğü, çoğun içinde azın olması) anayasa şikayetinin de Türk anayasa yargısına yorum yoluyla getirilip getirilemeyeceğini sormuştur. Bkz. a.g.m., *Anayasa Yargısı* 11, s. 135. Ancak yürürlüğün durdurulması kararı dava kavramı içinde tartışılıp çözüme kavuşturulabilecek bir kavramken, anayasa şikayeti kendi başına bir dava türü olup ayrıntılı bir yasal düzenlemeyi gerektirir. Bu nedenle bu kurumun Türk hukukuna içtihatla kazandırılması olanaklı değildir.

Anayasal çözümün zorunlu olduğu saptandıktan sonra, anayasa şikayetiyle ilgili nasıl bir anayasal düzenleme gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. İlk akla gelen, anayasa şikayetinin, tıpkı diğer anayasa yargısı davaları gibi, ayrıntılı biçimde anayasada düzenlenmesi ve yasal düzenlemeye yalnızca bazı ayrıntıların bırakılmasıdır. Bu yöntemin sakıncası, ülkemizde anayasa değişikliklerinin uzun ve yıpratıcı tartışmalar sonucunda gerçekleştirilebilmesi, bunun yanında en olumlu önerinin bile tarafların karşılıklı ödünlerinin konusu olabilmesidir. Anayasa şikayetinin koşulları anayasada düzenlenirken bu olgunun doğal sonucu olarak, oldukça sınırlı bir dava hakkının kabul edilmesi de olasıdır.

İkinci olasılık, Mahkeme'nin görevleri arasında anayasa şikayeti başvurularını karara bağlamasının da olduğunun belirtilmesiyle yetinilmesi ve asıl düzenlemenin yasakoyucuya bırakılmasıdır. Bu olasılık, anayasa şikayetinin kabulü konusunda anlaşıldıktan sonra kolay bir çözüm olarak görülmektedir.

Son olasılık ise, tıpkı Federal Alman Anayasası'nda olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddenin son fıkrasını, "Anayasa Mahkemesi yasayla verilen diğer görevleri de yerine getirir" biçiminde değiştirmek ve bu anayasa hükmüne dayanarak Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikayeti davalarını karara bağlama yetkisi tanımaktır. İlk bakışta, ikinci olasılıktan farklı görünmeyen bu anayasal düzenlemenin yararı, yalnızca anayasa şikayetinin kabulüne değil, gelecekteki bazı yetki genişletmelerine de olanak tanınmasıdır.

Pekcanıtez anayasa şikayetinin ülkemizde de kabul edilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Komisyon'una temel hakların ihlali nedeniyle yapılacak başvuruları en aza indirmek açısından yararlı olacağını düşünmektedir⁴⁹⁶. Gören ise, soruna hem sübjektif hem de objektif açıdan bakmaktadır. Gören'e göre, anayasa şikayetinin kabulü, objektif anayasa hukukunun en geniş kapsamıyla korunmasını, yorumlanmasını ve geliştirilmesini sağlayacak; yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinin kabulü halinde Anayasa'nın 11. maddesindeki anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi tam olarak gerçekleştirilecek; öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne temel hak yorumunun önemli sorunları konusunda daha fazla görüş bildirme olanağı tanınacaktır. Gören sübjektif önemle ilgili olarak da anayasa şikayetinin kabulü ile, soyut ya da somut norm denetiminin konusu olmayan yasakoyucunun hareketsizliğinin temel hakların yargısal koruması kapsamına gireceğini düşünmektedir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Bkz. Pekcanıtez, a.g.m., *Anayasa Yargısı* 12, s. 286.

⁴⁹⁷ Bkz. Gören, a.g.m., *Anayasa Yargısı* 11, s. 132-133.

Anayasa Mahkemesi'ne bu tür bir yetki verilmesinin, Mahkeme'nin iş yükünü aşırı ölçüde artıracığı itirazı anayasa yargısının alanının genişletilmesi yanlısı olmayanlarca ileri sürülebilir. Ancak bu gerekçe temel hak ve özgürlüklerin niteliği ve işlevi gereği kabul edilemez. Çünkü bu itirazın iki kutbundan biri, bir kamu organının iş yükünün olabildiğince azaltulması amacı, diğeri ise, temel hak ve özgürlüklerin etkili biçimde korunması, kişilerin anayasal haklarının güvence altına alınmasıdır. Anayasa Mahkemesi bir kamu görevi yürütmektedir ve totaliter rejimler dışında kişiler devlet için değil, devlet kişiler için var olduğuna göre, iş yükünü gerekçe gösteren itirazların özgürlükçü bir hukuk sistemiyle bağdaşmadığı kolayca görülecektir.

2. Genel Mahkemeler Düzeyinde Çözümler

Anayasa şikayetinde amaç, temel hak ve özgürlüklerin etkilerinin anayasal yargı yoluyla çoğaltılması ve korunmasıdır. Bu amacın birbirinden ayrıştırılabilecek birden çok unsuru vardır: Temel hakların korunması, etkilileştirilmesi ve anayasal yargı denetiminin genişletilmesi. Bu üç unsurun birarada var edilmesinin koşulu, anayasa şikayetinin Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına dahil edilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin doğrudan doğruya hakkın öznelerince korunmasının sağlanmasıdır. Sözü edilen amacın üç unsurunun aynı anda gerçekleştirilmesinin zaman alacağı ya da eksik biçimde gerçekleştirilebileceği durumlarda, unsurlardan birinin bile yaşama geçirilmesi bir kazanım haline gelecektir. Bu nedenle, anayasa şikayetinin temel hakların somutlaştırılıp etkilileştirilmesi işlevinin anayasa yargısı dışında sınırlı da olsa olanaklı olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Bu doğrultuda genel mahkemeler⁴⁹⁸ düzeyinde ek olağanüstü hukuki çarelerin getirilmesi düşünülebilir.

Yargılamanın yenilenmesi, kesinleşmiş olan hatalı kararların düzeltilmesi veya ortadan kaldırılabilmesi için ilgililere tanınan ayrı bir olanaktır⁴⁹⁹. Arslan'a göre, "kanun yolunun kabulünde amaç, yargı organlarınınca verilen her türlü yargısal kararın doğru olmasını sağlamak, böyle olmadığı kuşkusunun varlığında söz konusu kararın düzeltilmesini isteyebilmektir (...) esasen belirli ağırlıkta hata ve eksikliklere dayanan bir yargılama sonucunda verilen kararın, kesin hüküm kurumuna rağmen, yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılması hukuk devleti anlayışının ve

498 Genel mahkemelerden kastedilen, ceza, hukuk ve idare mahkemelerinin hiyerarşik olarak bütün derecelerindeki mahkemelerdir.

499 Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1977, s. 6.

kişilerde bulunan adalete ulaşma arzusunun bir gereğidir"⁵⁰⁰. Medeni yargıda yargılamanın yenilenmesine neden olan esaslı hata ve eksikliklerin, genel mahkemelerin yargı yetkilerinin sınırları gereği, yasaya aykırılık oluşturan nitelikte hata ve eksiklikler olduğu açıktır. Yargılamanın yenilenmesi nedenleri, sınırlı sayıda belirlenmiş olup yasada yer alan nedenler dışında bir nedenle bu yola başvurulması olanaklı değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesinde 10 bent halinde sayılan bu nedenler⁵⁰¹, usuli ve dava malzemesine ilişkin nedenlerden oluşmaktadır.

Ceza muhakemesinde ise yargılamanın yenilenmesi nedenleri, mahkumun lehine (CMUK Md. 327) ve mahkumun aleyhine (CMUK Md. 330) olmak üzere iki başlık halinde düzenlenmiştir. Bu kanundaki nedenlerin de usuli ve dava malzemesine ilişkin hatadan kaynaklanan nedenler olduğu anlaşılmaktadır.

İdari yargıda da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinde benzer biçimde usuli ve dava malzemesine ilişkin hatalardan kaynaklanan yenileme nedenlerinden söz edilmektedir. İdari yargıdaki yenilemenin, "kararın dayandığı maddi sebeplerdeki sakatlıkların sabit olması üzerine ortadan kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi" amacına hizmet ettiği belirtilmiş ve hukuki hatadan söz edilmemiştir⁵⁰².

Görüldüğü gibi, her üç yargılama usulünde de hukuki hatadan kaynaklanan bir yargılamanın yenilenmesi nedeninden söz edilmemektedir. Özellikle ceza yargılamasında hukuki hatanın kabul edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuş ve ancak çok yakın bir tarihte bunun sınırlı olarak olanaklı olduğu sonucuna varılmıştır. Erem, yargılamanın yenilenmesinin ancak fiili hatalardan kaynaklanabileceğini belirtmektedir⁵⁰³. Özgen ise,

⁵⁰⁰ Arslan, a.g.e., s. 9 ve 17.

⁵⁰¹ Yeni bir senet veya belgenin ele geçirilmiş olması (445/1); hükme esas alınan senedin sahte olduğunun sonradan anlaşılması (445/2); hükme esas alınan bir ilamın kesin bir hükümle ortadan kalkmış olması (445/3); ifadesi hükme esas alınan bir tanığın hükümden sonra yalan tanıklıktan mahkum edilmiş olması (445/4); bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu bir mahkeme kararı ile sabit olması (445/5); lehine hüküm verilen tarafın, yalan yere yemin ettiğinin kendi kararı veya yazılı delil ile sabit olmuş bulunması (445/6); lehine hüküm verilen tarafın, hükme etkisi olan bir hile kullanmış olması (445/7); vekil veya temsilci olmayan kimseler huzuru ile davanın görülüp hükme bağlanmış bulunması (445/8); davaya bakması yasak olan bin hakim tarafından davaya bakılmış ve hüküm verilmiş olması (445/9); tarafları, dava sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması (445/10).

⁵⁰² **Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968)**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 723.

⁵⁰³ Faruk Erem, "Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler," **AÜHFD**, C. 19 (1962), s. 5.

ceza muhakemesinde lehe yenileme nedenleri arasında hukuki hatalara karşı yenileme nedenlerinin olmamasını eksiklik olarak nitelemiş ve bunun, "adaletin gerçekleşmesi ve ferde tam bir teminat tanınması bakımından da devletin ve onun adalet organının vazifesi" olduğunu belirtmiştir⁵⁰⁴. Kunter ise, "hukuki meseleye ilişkin olan ve kısaca hukuki hata da denilebilecekler için de yenileme mümkündür (...) 327. ve 330. maddelerin 3. bentlerinin dışındaki hallerde de hukuki hata söz konusu olabileceği gibi, önemli olması için belirli nitelikler taşıması elbet aranacak olan 'içtihat değişmesi olayı' ile ortaya çıkan hukuki hatalar nedeniyle de yenilemenin kabul edilebileceği görüşündeyiz"⁵⁰⁵ diyerek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda açıkça belirtilmeyen bir nedenin varlığına dikkat çekmektedir. Bunun yanısıra Kunter, kesinlik otoritesi ile adalet arasındaki dengenin kefesinin adalet lehine gittikçe arttığını, aynı ölçüde yenileme nedenlerinin de çoğaldığını belirtmektedir⁵⁰⁶.

Ceza hukukundaki bu gelişmenin diğer usul hukuklarında da uygulanmaması için hiçbir neden yoktur. Söz konusu hukuki hata yasanın yanlış uygulanmasından kaynaklanabileceği gibi, anayasadaki bazı temel hakların yanlış yorumlanmasından ya da hiç dikkate alınmayıp yasanın yorumunun yanlış yapılmasından da kaynaklanabilir. Temel hakların etkilileştirilmesi, olabildiğince çok hukuki korumadan yararlanılarak korunması amacıyla, yargılama usullerine uygun olduğu ölçüde, bazı temel hakların ilgili yargı makamınca dikkate alınmamış ya da yanlış yorumlanmış olması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması hakkı tanınabilir. Bu olanak bütün temel haklar için öngörülebileceği gibi, usuli temel haklar da denilen belli bazı temel haklar için de öngörülebilir. Amaç temel hakların etkilileştirilmesi olduğuna göre, anayasa şikayeti anayasal yargının yetki alanına dahil edilinceye dek, temel hakların ihlalinin genel mahkemeler düzeyinde yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması yerinde olacaktır⁵⁰⁷.

Yargılamanın yenilenmesi talebi, davanın konusu olan yargı kararının uygulanmasını durdurmadığı için, böyle bir kurumun yargı kararlarının uygulanmasını aksattığı iddiaları da bertaraf edilebilecektir.

504 Eralp Özgen, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 19.

505 Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1989, s. 1123 ve 1124 dn. 348.

506 Nurullah Kunter, "Hukuki Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu," **Yargıtay Dergisi**, C.13, Sayı 3, 1987, s. 207.

507 Pekcanitez de medeni yargı açısından temel haklara aykırılığın yargılamanın iadesi nedeni olarak ileri sürülebilmesini önermektedir. Bkz. a.g.m., **Anayasa Yargısı** 12, s. 287.

Genel mahkemeler düzeyindeki bu tür bir olağanüstü hukuki çareyle ilgili diğer bir endişe de, genel mahkemelerin yasaları uygulamakla yükümlü oldukları, anayasaya aykırılıkların denetlenmesinin Anayasa Mahkemesi'nin görevi alanına girdiği olabilir. Öncelikle Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır". Bu anayasa hükmü karşısında genel mahkemelerin yalnızca yasaları uygulamakla görevli kamu organları olduğu iddia edilemez. Mahkemelerin en üst norm olan anayasayla bağlı ve bunun gereklerini yerine getirme hakkına sahip oldukları, anayasa yargısı davalarından itiraz davasıyla somutlaştırılmıştır. Mahkemeler denetimi doğrudan doğruya kendileri yapmasalar da, uygulamakla yükümlü oldukları yasanın anayasaya aykırı olduğuna ilişkin hukuki görüşlerini Anayasa Mahkemesi'ne ileterek anayasa yargısı denetimini başlatma hakkına sahip kılınmışlardır.

Genel mahkemelere verilen bu dolaylı yetkinin yanında anayasanın üstünlüğü ilkesinin olanak ölçüsünde tüm hukuk düzeninde yatay olarak yaşama geçirilmesi de çağdaş hukuk devleti düşüncesinin gereği olarak ele alınmaktadır. Nitekim Alman kamu hukukunda temel hakların 'üçüncül etkisi'nden (Drittwirkung der Grundrechte) söz edilmektedir. Yansıma etkisi kısaca, temel hakların kamu gücüyle kişiler arasındaki ilişki dışında kişiler arasındaki ilişkilerde de etkisinin olup olmadığı ve varsa, ne ölçüde etkili olduğuyula ilgilidir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihadında, "Temel haklar öncelikle, kişilerin özgürlük alanlarını kamu gücünün müdahalelerine karşı korumak için öngörülmüşlerdir; bunlar yurttaşların devlete karşı savunma araçlarıdır (...) Ancak aynı ölçüde doğru olan diğer nokta ise, anayasanın nötr bir değer düzeni öngörmediği, temel haklarla ilgili bölümünde objektif bir değer düzeni yaratarak temel hakların geçerliliklerinin ilkesel olarak güçlendirilmesini amaçladığıdır (...) Bu nedenle anayasa doğal olarak özel hukuku da etkileyecektir; hiçbir özel hukuk normu anayasaya aykırı olmaz ve bu normlar anayasanın ruhuna uygun olarak yorumlanmalıdır"⁵⁰⁸ diyerek anayasa hükümlerinin hukuktaki yatay etkisine dikkat çekmiştir. Gerçekten de yasalardaki bazı düzenlemelerin anayasal ifadelerini yorumlamadan mahkemelerin anayasanın temel değerlerine uygun karar vermesi olanaklı olmayabilir. Örneğin, bir çalışma sözleşmesinin hükümleri yasaya uygunken, yasal düzenlemenin bazı boşlukları nedeniyle Anayasa'nın 18/I maddesinde güvence altına alınan angarya yasağına aykırı olabilir. Bu durumda mahkemenin, sözleşme hü-

508 BVerfGE 7, 203 vd.

kümlerini anayasadaki temel hak çerçevesinde yorumlaması kaçınılmaz olacaktır.

Temel hakların yanlış yorumlanmasından ya da hiç dikkate alınmamasından dolayı bir kararın anayasaya aykırı olduğuna karar verildiğinde, genel mahkemelerin bir düzenleyici işlemi iptal etmeleri söz konusu değildir. Yalnızca yargılama yetkilerinin sınırları içindeki yetkilerini daha üst bir norma dayanarak kullanacaklardır. Bu nedenle temel haklara aykırılığın yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmasının mevcut hukuk sistemini bozacağı da ileri sürülemez.

Bu açıklamalar doğrultusunda, temel haklara aykırılık gerekçesinin olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması, genel mahkemelerin karar verirken temel hakları daha çok dikkate almasını sağlayacaktır. Bir anayasa yalnızca bir haklar kataloğu olmanın ötesinde, gerçekleştirilmesi amaçlanan ilkeler bütünü olduğundan, temel haklara ilişkin bir yenileme nedeni, anayasanın hukuk düzeninde etkilileştirilmesine hizmet edecek bir araç olacaktır.

SONUÇ

1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin içerdiği açıklayıcı nitelikteki temel haklar, yirminci yüzyılın ikinci yarısında yargısal korumaya kavuşmuş ve özellikle ulusal-üstü düzeyde bu hakların doğrudan doğruya hakkın taşıyıcıları tarafından yargısal korumanın konusu yapılabilmesi sağlanmıştır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel hakların ihlali halinde kişilere, bireysel başvuru hakkının tanınmış olması, bu anlayışın sonucudur. Ne yazık ki Avrupa ülkelerinin pek çoğunun ulusal hukukunda bu denli geniş kapsamlı bir koruma sağlanamamıştır. Ancak Almanya, İsviçre, Avusturya, İspanya gibi Avrupa ülkelerinin yanısıra Meksika gibi bazı ülkeler ulusal düzeyde de kişilere, temel hak ihlallerini doğrudan doğruya dava konusu yapma olanağı tanımışlardır.

Kişilere, anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerini doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak koruma olanağı sağlayan anayasa şikayeti hakkı, demokratik katılımın yargısal boyutunun en iyi örneklerinden biridir. Çünkü böylelikle kişiler, kendilerini ilgilendiren tüm kamu gücü işlemlerine karşı kendilerini savunma, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesini sağlama ve kendilerini ifade etme olanağına kavuşmaktadırlar. Katılımın, salt kararların alınmasında etkili olma değil, aynı zamanda bu kararların uygulanması aşamasında da bunların denetimine katkıda bulunma olanağı (hakkı) anlamına geldiği ortaya çıkmaktadır.

Tarihsel olarak, parlamentoyu anayasaya uygun işlem yapmaya zorlamayı ve siyasal yaşamı anayasal değerlerin sınırları içinde tutmayı amaçlayan anayasa yargısının asli işlevi, hukuk düzeninin korunması olmuştur. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, anayasa yargısının sözü edilen asli işlevinin doğrudan değil, dolaylı sonuçlarından biridir. Buna karşılık anayasa şikayeti hakkı sayesinde temel haklar, anayasa yargısının dolaylı sonuçları aracılığıyla korunmaktan kurtulmakta, kişisel hak ihlali halinde hakkın taşıyıcılarının başvurusuyla, hem kişilerin hukuki korunması hem de anayasal düzenin korunması sağlanmaktadır. Böylelikle temel hak ve özgürlükler basit birer anayasa hükmü olmaktan çıkmakta ve gerçek anlamda anayasal güvence kazanmaktadırlar. Özellikle aleyhine doğrudan yargı yolunun açık olmadığı yasalara karşı anayasa şikayeti hakkı, yasama organının temel hakları ilgilendiren

işlemlerini, bizzat hak sahipleri tarafından başlatılan denetim aracılığıyla anayasa yargısının konusu yapması açısından büyük önem taşımaktadır.

Anayasa şikayeti bireylere, etkili bir hukuki koruma sağlamanın yanında kamu organlarının anayasal ilkelere uygun eylem ve işlemler yapmaları sonucunu da doğurmaktadır. Kamu organları, anayasanın üstünlüğü ilkesi nedeniyle her ne kadar eylem ve işlemlerinde en üstün norm olan anayasayla bağlı olsalar da, öncelikle kendilerini yetkilendiren türevsel normlara bağlı kalarak işlem yapmaktadırlar. Oysa eylem ve işlemlerinin anayasal yargı denetiminin konusu olabileceğini bilen kamu organları, türevsel hukuku yorumlarken bunlara kaynaklık eden üst norm olarak anayasayı ve temel hakları daha fazla dikkate almakta ve bu çerçevede yorum yapmaktadırlar. Türevsel hukukun anayasa ışığında yorumlanması, anayasa şikayeti sayesinde gerçekleşmektedir.

Hukuk devletinin gereği olarak, kamu gücü işlemlerine karşı anayasa yargısı dışında yargı yollarının açık olduğu ve bunun, bireyler açısından yeterli hukuki koruma sağladığı ileri sürülebilirse de, anayasadan kaynaklanan yetkileri kullanan kamu organlarının ilkesel olarak, temel hakları gözetmek ve uygulamakla yükümlü olmalarına karşın, bu görevlerini yerine getirip getirmediğinin denetlenebileceği bir mekanizma bulunmamaktadır. Öte yandan genel mahkemeler düzeyindeki korumanın, yasaların anayasaya uygunluğunu ancak somut norm denetimi gibi dolaylı yollarla sağlaması nedeniyle, temel hakların taşıyıcıları olan bireylerin, temel hak ihlallerini son aşamada Anayasa Mahkemesi'ne bizzat götürebilmeleri, hukuki korumanın etkililiği açısından da büyük önem taşımaktadır.

Anayasa şikayeti hakkı, tüm kamu gücü işlemlerine karşı tanınabileceği gibi, belli bazı kamu işlemlerine karşı da tanınabilir. Ancak yasalara karşı anayasa şikayeti hakkının tanınmasının, hukuki koruma alanında önemli bir boşluğu dolduracağı açıktır. Çünkü genel mahkemeler düzeyinde yargı denetimine tabi olan idari işlemlere ve yargı kararlarına karşın, yasalar aleyhine gidilebilecek doğrudan bir yargı yolu yoktur. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren kamu gücü işlemlerinin büyük ölçüde yasama organı eliyle gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, kurumun önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Türkiye'de anayasa yargısı, bugünkü biçimiyle yalnızca hukuk düzenini korumaya yönelik bir işleve sahiptir. Anayasa Mahkemesi somut norm denetiminin dolaylı koruması dışında bireylere açık değildir. Oysa özellikle, temel hakları ihlal edebilecek yasaları yapan yasama organına karşı bireylerin hukuki korumadan yararlanabilmeleri, temel hakların hayata geçirilebilmesi ve etkili bir hukuki korumadan yararlanabilmeleri

için zorunlu ve gereklidir. Bunun yanısıra, idare ve yargı organlarının da anayasadan kaynaklanan türevsel hukukun yanında doğrudan doğruya anayasaya bağlı kalmalarını, temel hakları türevsel hukukun yorumlanması ve uygulanmasında dikkate almalarını sağlamak için, tüm kamu gücü işlemlerine karşı anayasa şikayeti hakkının tanınması, anayasayı yalnızca ilkesel bir üst norm olmaktan çıkarıp hukuk düzeninin gerçek ve uygulanan bir kaynağı haline getirecektir.

Türkiye'de, temel haklar için belirtilen türde bir hukuki koruma sağlamak, iki aşamalı olarak gerçekleştirilebilir: İlk olarak, genel mahkemeler düzeyinde ek hukuki çareler getirilip temel haklara aykırılık, olağanüstü yenileme nedenleri arasında yer alabilir. Böylelikle genel mahkemelerin anayasayı doğrudan bağlayıcı norm olarak ele almaları sağlanmış olur. İkinci olarak, anayasada yer alan tüm temel hakları ya da bunların bir kısmını kapsayacak biçimde, teknik anlamda anayasa şikayeti hakkı Türk anayasa hukukunda düzenlenebilir. Bu yönde bir düzenleme, ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklıdır. Anayasa şikayetinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri arasına katılması yasayla olanaklı değildir. Anayasa değişikliğinin kapsamının kısa olması ve kurumun ayrıntılarının yasayla düzenlenmesi, Türkiye gerçekleri açısından daha uygun görünmektedir.

Türkiye'de anayasa şikayetinin kabul edilmesi, bireylerin taşıyıcısı oldukları temel hak ve özgürlüklerin doğrudan kendileri tarafından korunmasını sağlayacağı, kamu organlarını anayasaya uygun davranmaya zorlayacağı ve temel hak ve özgürlükleri gerçek anlamda yaşama geçireceği için büyük önem taşımaktadır. Günümüzde insan haklarının ulusal-üstü düzeyde kavuştuğu hukuki koruma, ulusal hukukta da benzer bir gelişmeyi zorunlu kılmaktadır.

K A Y N A K Ç A

K İ T A P L A R

- Arslan, Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Yargılamamın Yenilenmesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1977.
- Badura, Peter, **Staatsrecht**, München, Verlag C.H.Beck, 1986.
- Chung, Tae Ho, **Bedeutung des §90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze**, (Dissertation), Regensburg, 1993.
- Creifelds Rechtswörterbuch**, München, C.H.Beck, 1992.
- Die Verfassungen aller Deutschen Länder**, München, Wilhelm Goldmann Verlag, 1994.
- Dörr, Dieter, **Die Verfassungsbeschwerde in der Prozesspraxis**, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1990.
- Eroğul, Cem, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, Ankara, İmge Kitabevi, 1991.
- Feyzioğlu, Turhan, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1951.
- Grimm, Dieter, **Die Zukunft der Verfassung**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- Hase, Friedhelm-Ladeur, Karl-Heinz, **Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System**, Frankfurt, Campus Verlag, 1980.
- Hesse, Konrad, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 19. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993.
- Jauernig, Othmar, **Zivilprozessrecht**, 24. Auflage, München, C.H.Beck, 1993.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı**, Ankara, İmge Kitabevi, 1994.

- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 1. baskı, İstanbul, Afa Yayınları, 1994.
- Kälin, Walter, **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987.
- Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yenilenmiş altıncı baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.
- Karamustafaoğlu, Tunđer, **Yasama Meclislerini Fesih Hakkı**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1982.
- Katz, Alfred, **Staatsrecht**, 10. Auflage, Heidelberg, C.F.Müller, 1991.
- Kıratlı, Metin, **Alman Federal Anayasa Mahkemesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1963.
- Kluxen, Kurt, **Geschichte und Problematik des Parlamentarismus**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.
- Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (2 Bände), (Hrsg.) Rudolf Wassermann, 2. Auflage, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1989.
- Kunter, Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1989.
- Kuru, Baki-Arslan,
- Ramazan-Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Genişletilmiş 4. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1991.
- Leibholz/Rink/
Hesselberger, **Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)**, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993.
- Loewenstein, Karl, **Verfassungslehre**, (çev. R. Boerner), 2. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969.
- Marcic, René, **Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre**, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1966.

- Mosler,
Hermann (Hrsg.), **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart**, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1962.
- Mutius, Albert von-Schoch,
Friedrich K. (Hrsg.), **Handbuch für die öffentliche Verwaltung - Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen** (Band 1), Luchterhand, 1984.
- Özbudun, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993.
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 3.baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.
- Özgen, Eralp, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Pestalozza, Christian, **Verfassungsprozessrecht**, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1991.
- Poggi, Gianfranco, **Çağdaş Devletin Gelişimi**, İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1991.
- Reckhorn-Hengemühle,
Monika, Der spanische "Recurso de amparo" und die deutsche Verfassungsbeschwerde, (Dissertation), Osnabrück, 1987.
- Roellecke, Gerd, **Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit**, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wissenschaft, 1961.
- Schmidt-Bleibtreu/
Klein, **Kommentar zum Grundgesetz für die BRD**, Neuwied, Darmstadt, Luchterhand, 1977.
- Schmitt, Carl, **Verfassungslehre**, München, Duncker Humblot, 1928.
- Schuler, Andrea Hans, **Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich**, Zürich, Verlag Schulthess, 1968.
- Stackelberg von,
Curt Frieherr, **Die Verfahren der deutschen Verfassungsbeschwerde und der europäischen Menschenrechtsbeschwerde**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988.

- Survey of Activities and Statistics 1995,**
European Commission of Human Rights.
- Tanör, Bülent, **İki Anayasa (1961-1982),** 2. baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1991.
- Tanör, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu,** Cilt 1, 2. baskı, İstanbul, BDS Yayınları, 1991.
- Yalçındağ, Selçuk, **F. Almanya'da ve Türkiye'de Yerel Yönetimler,** Ankara, TODAİE Yayınları, 1992.
- Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968),** Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968.
- Zuck, Rüdiger, **Das Recht der Verfassungbeschwerde,** 2. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 1988.

MAKALELER

- Alangoya, Yavuz, "Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi," **Milletlerarası Hukuk Bülteni,** 1981, S. 2, s. 1-4.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, "Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması," **Danıştay Dergisi,** S. 89, 1995, s. I-XXIX.
- Armağan, Servet, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti," **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C.7, 1971, s. 53-75.
- Azrak, Ülkü, "Türk Anayasa Mahkemesi," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 28, 1962, s. 649-700.
- Bachof, Otto, "Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge," **Festschrift für Hans Huber,** Bern, Verlag Stämpfli, 1961, s. 26-47.
- Balta, Tahsin Bekir, "Türkiye'de Anayasa Yargısı," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 18, S. 1-4 (1961), s. 547-565.
- Baumgartner,
Christian, "Die Verfassung der Slowakei vom 1.9.1992", **ROW,** 1992, s. 375-380.

- Bender, Michael, "Vortrag vor den Gerichten und Verfassungsbeschwerde," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1988/13, s.808-810.
- Bettermann, Karl August, "Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt," **AöR (86)**, 1961, s. 129-186.
- Brandt, Adelheid, "Der 61. Deutsche Juristentag", **Neue Justiz**, 1996/11, s. 579-581.
- Çağlar, Bakır, "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler," **Anayasa Yargısı 8**, Ankara, 1991, s. 13-62.
- Dedeoğlu, Beril, "Avrupa Birliği Örgütlenme Modeli ve Subsidiarite Prensipleri," **Değişen Dünyada Hukuk, Devlet ve İnsan (Edip F. Çelik'e Armağan)**, İstanbul, Engin Yayıncılık, 1995, s. 100-105.
- Deener, David, "Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi," (çev. T. Karamustafaoğlu), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 3-4, 1969, s. 179-205.
- Detterbeck, Steffen, "Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG," **Die Öffentliche Verwaltung**, 1990/13, s.558-564.
- Detterbeck, Steffen, "Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art.93 Abs. 1 Nr.4a GG auch bei normativem Unterlassen?," **Die Öffentliche Verwaltung**, 1990/20, s.858-864.
- Dietlein, Max, "Einfachrechtliche Kontrollmassstäbe im kommunalen Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen gesetzliche Normen," **Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter**, 1992/1, s.1-7.
- Duran, Lütfi, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu," **Anayasa Yargısı 1**, Ankara, 1984, s. 57-87.
- Dworkin, Ronald, "Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk, und die Richter," **Zum Begriff der Verfassung** (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, s. 171-209.

- Egli, Jean-François, "Anayasa Yargılamasına Şahsi Müracaat," **Anayasa Yargısı** 9, 1993, s.357-365.
- Eisenblätter, Bernd, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozess," **Jahrbuch des öffentlichen Rechts (29)** 1980, s. 63-83.
- Erem, Faruk, "Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19 (1962), s. 3-48.
- Erichsen,
Hans-Uwe, "Die einstweilige Anordnung," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.C.B Mohr, 1976, s. 170-193.
- Faller, Hans-
Joachim, "Das spanische Verfassungsgericht," **Jahrbuch des öffentlichen Rechts (29)**, 1980, s. 279-293.
- Fix-Zamudio,
Héctor, "Verfassungskontrolle in Lateinamerika," **Jahrbuch des öffentlichen Rechts (25)**, 1976, s. 649-693.
- Franssen, Everhardt, "Verfassungsbeschwerde- eine verkappte Normenkontrolle?," **Bürger-Richter-Staat**, 1991, s.81-91.
- Fritz, Roland, "Die Novellierung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens- Neue Zugangsbarrieren für den Rechtsuchenden," **Anwaltsblatt**, 1986/9, s.357-363.
- Gather, Hans-
Herbert, "Voraussetzungen und Grenzen der Verfassungsbeschwerde," **Deutsche Wohnwirtschaft**, 1984/5, s.114-123.
- Geiger, Willi, "Überlegungen zum Institut der Verfassungsbeschwerde," **Europäische Grundrechte Zeitschrift**, 1988/19, s.481-487.
- Geiger, Willi, "Zur europäischen Geschichte der Grundrechte," **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s.1401-1414.
- Gerontas, Apostolos, "Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz," **Die Öffentliche Verwaltung**, 1982/11, s.440-447.

- Gören, Zafer, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru," **Anayasa Yargısı** 11, Ankara, 1995, s. 97-134.
- Gündisch, Jürgen, "Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1981/34, s.1813- 1820.
- Habermas, Jürgen, "Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie," **Zum Begriff der Verfassung** (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, s. 83-94.
- Halmai, Gábor, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn", **Recht in Ost und West (ROW)**, 1993, s. 4-6.
- Henkin, Louis, "Revolutionen und Verfassungen," **Zum Begriff der Verfassung** (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, s. 213-247.
- Henschel, Johann Friedrich, "Zulässigkeit und Darlegungslast im Verfahren der Verfassungsbeschwerde," **Festschrift für Helmut Simon**, 1987, s. 95-102.
- Henschel, Johann Friedrich, "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren," **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s.1391-1397.
- Henschel, Johann Friedrich, "Rechtswegerschöpfung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde," **Festschrift für Joachim Fallert**, 1984, s.165-172.
- Hesse, Konrad, "Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit," **Recht als Prozess und Gefüge (Festschrift für Hans Huber)**, Bern, 1981, s. 261-272.
- Holmes, Stephen, "Verfassungsförmige Vorentscheidungen und das Paradox der Demokratie," **Zum Begriff der Verfassung** (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, 1994, s. 133-170.
- Horn, Hans-Rudolf, "Grundzüge des mexikanischen Verfassungsrechts," **Jahrbuch des öffentlichen Rechts (29)**, 1980, s.478-527.

- Hövel, Markus van den, "Die Urteils- Verfassungsbeschwerde als einzig erforderliche Verfassungsbeschwerde in der Rechtspraxis?," **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1993/6, s.549-552.
- Hund, Michael, "Zur Rücknahme von Verfassungsbeschwerden," **Festschrift für Joachim Faller**, 1984, s.63-79.
- Isensee, Josef, "Verfassungsrecht als politisches Recht," **Handbuch des Staatsrechts (Band VII)**, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1992, s. 103-163.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "İnsan Hakları Güvenceleri-Hukuk ve Ötesi," **İnsan Hakları Sempozyumu (10-11 Aralık 1994)**, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, 1995, s. 76-87.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı," **Anayasa Yargısı 9**, Ankara, 1993, s.121-136.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "Kelsen Modeli 'Sınırları'nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları," **Anayasa Yargısı 10**, Ankara, 1993, s.381-404.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı," **Anayasa Yargısı 8**, Ankara, 1991, s.291-322.
- Kägi, Werner, "Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung," **Festschrift für Hans Huber**, Bern, Verlag Stämpfli, 1961, s. 151-173.
- Karamustafaoğlu,
Tunçer, "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 3-4, 1968, s. 91-100.
- Kelsen, Hans, "Die Verfassung Österreichs," **Jahrbuch des öffentlichen Rechts (XI)**, 1922, s. 232-274.
- Kelsen, Hans, "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?," **Die Justiz**, Bd. VI Doppelheft 11/12, s. 576- 628.
- Kim, Yang-Kyun, "Kore'de Anayasal Başvuru Sistemi," **Anayasa Yargısı 9**, Ankara, 1993, s.347-355.
- Kirchberg, Christian, "Willkürschutz statt Grundrechtsschutz?," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1987/33, s.1988-1996.

- Klein, Eckart, "Konzentration durch Entlastung? (Das Fünfte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht)", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1993/33, s. 2073-2077.
- Klein, Eckart, "Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde," **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s.1305-1325.
- Klein, Eckart, "Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde," **Die Öffentliche Verwaltung**, 1982/19, s.797-805.
- Klein, Franz, "Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren," **Juristenzeitung**, 1966/14, s. 461- 467.
- Klein, Harald, "Funktionell- und verfahrensrechtliche Probleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde," **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s.1325-1342.
- Knies, Wolfgang, "Auf dem Weg in den 'verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat?'"', **Festschrift für Klaus Stern**, (Hrsg.) J. Burmeister, C.H.Beck, München, 1997, s. 1155-1182.
- Kroitzsch, Hermann, "Wegfall der Begründungspflicht -Wandel der Staatsform der Bundesrepublik," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1994/16, s.1032-1035.
- Kunter, Nurullah, "Hukuki Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu," **Yargıtay Dergisi**, C.13, Sayı 3, 1987, s. 201-208.
- Laufer, Heinz, "Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts," **Die Moderne Demokratie und Ihr Recht (Band 2)**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1966, s. 427-463.
- Leisner, Walter, "Urteilsverfassungsbeschwerde wegen Nichtvorlage bei Abweichung," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1989/39, s.2446-2450.
- Lorenz, Dieter, "Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz," **Archiv des öffentlichen Rechts (105)**, 1980, s. 623-649.
- Machacek, Rudolf, "Temel Hakların Korunması ile Siyaset Arasındaki Gerilimde Anayasa Yargısının Konumu," **Anayasa Yargısı 9**, Ankara, 1993, s.47-61.

- Mahrenholz, Ernst
Gottfried, "Kammerbeschlüsse-Nichtannahmegebühren," **Festschrift für Wolfgang Zeidler (Band 2)**, 1987, s.1361-1377.
- Meyer-Ladewig, Jens, "Ein neuer ständiger Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1995/43, s. 2813-2817.
- Oktay, Cemil, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği," **Anayasa Yargısı 1**, Ankara, 1984, s. 215-242.
- Oswald, Franz, "Möglichkeit der Auslagererstattung bei erfolgloser Verfassungsbeschwerde," **Deutsches Steuerrecht**, 1981/23, s.676-680.
- Öktem, Niyazi, "Anayasa Yargısı ve Hukuk Felsefesi," **Anayasa Yargısı 8**, Ankara, 1991, s.265-275.
- Papier, Hans-Jürgen, "Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 432-457.
- Pekcanitez, Hakan, "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti," **Anayasa Yargısı 12**, Ankara, 1995, s. 257-287.
- Podlech, Adalbert, "Verfassungsgerichtsbarkeit als Grundrechtsschutz," **Die Freiheit des anderen (Festschrift für Martin Hirsch)**, 1981, s.437-445.
- Richter, Lutz, "Die sechste Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer," **Archiv des öffentlichen Rechts (14)**, 1928, s. 441-459.
- Rivers, Julian, "Stemming the flood of constitutional complaints in Germany," **Public Law**, Winter 1994, s. 553-563.
- Robbers, Gerhard, "Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit", **Juristische Schulung**, 1993/9, s. 737-742; 1993/12, s. 1022-1027; 1994/2, s. 129-133; 1994/5, s.397-402; 1994/8, s. 670-674; 1994/10, s. 854-857; 1994/12, s. 1031-1035.

- Rupp-von Brünneck,
- Wiltraut, "Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt," **Archiv des öffentlichen Rechts (102)**, 1977, s. 1-26.
- Sabuncu, Yavuz, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine," **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 7-8, 1985-1986, s. 15-26.
- Sabuncu, Yavuz, "Alman Anayasa Yargısında <Geçici Tedbir Kararı>," **Amme İdaresi Dergisi**, C.17, S.2, 1984, s. 76-86.
- Sabuncu, Yavuz, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti," **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 3-4, 1982, s. 139-152.
- Sachs, Michael, "Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten," **Bayerische Verwaltungsblätter**, 1982/2, s.37-43.
- Sancar, Mithat, "Yürütmenin Durdurulması Kurumu ve Anayasa Yargısı," **Amme İdaresi Dergisi**, C.26, S.4, Aralık 1993, s. 153-171.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, "Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1986/23, s.1451-1461.
- Schlink, Bernhard, "Nochmals: Die Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde durch die Präsidialräte," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1984/39, s.2195-2196.
- Schmitt, Carl, "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung," **Verfassungsrechtliche Aufsätze**, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, s. 63-110.
- Schmitt, Carl, "Der Hüter der Verfassung," **Archiv des öffentlichen Rechts (16)**, 1929, s. 161-237.
- Schneider, Hans-Peter, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1980/39, s. 2103-2111.
- Schultz, Günther, "Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen," **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1982/8, s.628-630.
- Seibert, Gerhard, "Die Verfassungsbeschwerde in der Spruch-Praxis des Bundesverfassungsgerichts," **Die Freiheit des anderen (Festschrift für Martin Hirsch)**, 1981, s.491-517.

- Simon, Helmut, "Verfassungsgerichtsbarkeit," **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, (Hrsg. E. Benda), Berlin, Walter de Gruyter, 1983, s. 1253-1289.
- Slapnicka, Helmut, "Die Verfassungsordnung der Tschechischen Republik", **Osteuropa-Recht**, 1994, s. 45-63.
- Solyom, Laszlo, "Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin Toplumsal Sistem Değişikliği İçerisindeki Rolü," **Anayasa Yargısı** 9, Ankara, 1993, s.287-301.
- Spanner, Hans, "Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 374-395.
- Sungurtekin, Meral, "Karar Düzeltilmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltilme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi," **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 4, 1990, s. 471-487.
- Träger, Ernst, "Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren," **Verantwortlichkeit und Freiheit (Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung) Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag**, 1989, s.762-781.
- Turhan, Mehmet, "Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı," **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** 2, (haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul, Afa Yayınları, 1995, s. 106-113.
- Vitzthum, Wolfgang Graf, "Das Vorprüfungsverfahren für Verfassungsbeschwerden," **Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag**, 1984, s.293-320.
- Waldner, Wolfram, "Kognitionsgrenzen des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Zivilurteile," **Zeitschrift für Zivilprozess** 98, 1985/2, s.200-215.
- Wand, Walter Rudi, "Befugnisse der Gerichtsverwaltung und Aspekte der Vorprüfung im Verfassungsbeschwerdeverfahren," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1984/17, s.950-954.

- Weber, Albrecht, "Die spanische Verfassung," **Jahrbuch des öffentlichen Rechts (29)**, 1980, s. 209-279.
- Weber, Hermann, "Beschwerdebefugnis und Rechtswegerschöpfung bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde -BVerfGE 86, 382," **Juristische Schulung**, 1995/2, s. 114-119.
- Weber, Hermann, "Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde in der öffentlichrechtlichen Arbeit," **Juristische Schulung**, 1992/2, s. 122-127.
- Wieland, Joachim, "Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum U.S. Supreme Court," **Der Staat (29)**, 1990/3, s. 333-353.
- Wintrich, Joseph-Lechner,
Hans, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit," **Die Grundrechte (III/2)**, (Hrsg. Bettermann-Nipperdey), 2.Auflage, Berlin, Duncker Humblot, 1972, s. 643-716.
- Zacher, Hans F., "Die Selektion der Verfassungsbeschwerden," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 396-431.
- Zuck, Rüdiger, "Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 1997/3, s. 95-99.
- _____, "Der Zugang zum Bundesverfassungsgericht: Was lässt das 5. Änderungsgesetz zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht von der Verfassungsbeschwerde noch übrig?", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1993/41, s. 2641-2646.
- _____, "Fallstricke für Verfassungsbeschwerdeführer," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1993/20, s.1310-1311.
- _____, "Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde nach §90 BVerfGG," **Juristische Schulung**, 1988/5, s.370- 375.
- _____, "Die Missbrauchsgebühr im Verfassungsbeschwerdeverfahren," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1986/34, s.2093-2096.
- _____, "Die Fünfte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz," **Neue Juristische Wochenschrift**, 1986/15, 968-971.

- _____, "Die unzumutbare Monatsfrist für die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen," **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1985/10, s.803-804.
- _____, "Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren," **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 1985/11, s.299-303.
- _____, "Die einstweilige Anordnung bei der Verfassungsbeschwerde gegen strafrechtliche Entscheidungen," **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1985/6, s.241-245.
- Zweigert, Konrad, "Die Verfassungsbeschwerde," **Juristenzeitung**, 1952/11, s. 321-328.
- Zweigert, Konrad, "Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit," **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)**, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 63-75.