

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU

Prof. Dr. Zafer GÖREN

Yargıcın hukuksal durumu, mahkemelerin organizasyonu ve yargılamanın kurulması hukuk devletinin özünü oluşturur.

Salt tarafsız ve bağımsız mahkemelerin varlığı sonuçta yasalara uyulmasını ve adaletin hukuk devleti kavramı anlamında egemen olmasını sağlayabilir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi temel öge olarak adalet düşüncesini içerdiği oranda fonksiyon yeteneğine sahip bir yargı istemektedir. (1)

Türkiye gibi erklerini ayıran bir hukuk devleti sistemine sahip olan F.Alman Anayasasının IX. Bölümünde ve Anayasamızın üçüncü kısmının 3. bölümünde "Yargı" erki düzenlenmiştir.

Ama bu bölümlerin dışında da F.Alman Anayasası ve Anayasamız mahkemelerin faaliyetine ilişkin kurallar içermektedir; Bunlar özellikle erkler ayırımı ilkesi (F.Anayasa Md. 20 F. II C. 2; T.C. Anayasası başlangıç 6. paragraf); hukuksal koruma va yargı yolu garantisi (F. Almanya Md. 19. F. IV; Md. I F. III; T.C. Anayasası Md. 36; Md. 40; Md. 125);

Temel haklarla doğrudan doğruya bağlılık (F. Anayasa Md. 1 F. III); Anayasanın bağlayıcılığı (T.C. Anayasası Md. 11) ve hukuk devleti ilkeleridir (F. Anayasa Md. 20 F.III; Md. 28 F.I C. I; T.C. Anayasası Md. 2) Ana kuralları F.Alman Anayasası Md. 92 (Yargı erki yargıçlara tevdi edilmiştir; Bu yetki, F.Anayasa Mahkemesi, bu Anayasada öngörülen Federal Mahkemeler ve Federe Devletler Mahkemeleri tarafından kullanılır.") ve T.C. Anayasası Md. 9 (Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.") ve Md. 140 F.I C.2 ("Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür") oluşturulmaktadır. Bu kurallar Anayasanın özgürlükçü hukuk devletinde yargı yetkisinin yüksek bir basamakta bulunması gerektiğini önemle vurgulamakta ve yargının yerini erklerini ayıran bir hukuk devleti sisteminde belirgin kıl-

(1) BVerfGE 36, 174/186; BVerfGE 51, 324/343 vd.

maktadır. (2)

Anayasamızın 36, 40 ve 125. Md.lerinin işlevini F.Alman Anayasası Md. 19 F. IV karşılamakta ve bu madde temel haklara ilişkin ana garantiyi içermektedir:

"Kamu gücü tarafından hakları zedelenen kişiye yargı yolu açıktır. Başka bir yetki kurulmadığı sürece adli yolu tanınmıştır."

Bu koruma garantisinin yanında, 1969 den beri F.Anayasada yer alan ve aynı şekilde hukuk devleti ilkesinin Alman hukukuna özgü bir mükemmelleştirilmesini oluşturan (3) Anayasa Şikayeti (Md. 93 F.I Nr. 4a) bulunmaktadır.

Anayasa şikayeti, birey bakımından Anayasa Mahkemeside en ilgi çekici yargılanmayı oluşturmaktadır.

F.Alman Anayasasının başında yer alan insan onuruna, dokunmaz devredilmez insan haklarına bağlılık isteği Anayasanın 1-19. Maddelerinde yer alan temel haklarla somutlaştırılmıştır.

Temel haklar tüm devlet organları için doğrudan doğruya bağlayıcı güçtedirler ve devlet organlarınca temel haklara uyulmasını güven altına almak ve tek elden yorumlanmalarını sağlamak için "Anayasa Şikayeti" yaratılmıştır. (4)

Türk Anayasa hukukuna yabancı olan A.Ş. F. Almanya dışında İspanya, Portekiz, Meksika, Arjantin, Kolombiya (5) Avusturya ve İsviçre hukuk düzenlerinde uygulanmaktadır. İsviçre'de devlet hukukuna ilişkin şikayet özel bir önem taşımaktadır. Bununla vatandaşın anayasal haklarında, kantonların yasama işlemlerinin ya da yürütme ve mahkemelerin son merci kararlarının yol açtığı bir zedelenmeyi dava konusu yapabilir. Somut temel hak garantilerini eksikliği nedeniyle denetim, Anayasa altı hukukun açık bir biçimdeki keyfi yorumlarını da kapsamaktadır. (7)

(2) Heyde W., Die Rechtsprechung, in: Handbuch des Verfassungsrechts Hrg. Benda E., Maihofer W., Vogel H.J. de Gruyter, Berlin-Newyork, 1980; s. 1199 vd.

(3) Herzog in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 20-Rechstaatlichkeit 1980, KN. 27; Hyde W., Die Rechtsprechung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, s. 1200, (DN.2)

(4) Amdt/Rudolf, Öffentliches Recht, 4.B., verlag Vahlen, Vahlen 1983, 5.60., Anayasa şikayeti için bundan böyle "A.Ş." kısaltması kullanılacaktır.

(5) J.A. Barberies Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Bd. II, s. 46.

(6) Doehring K., Allgemeine Staatslehre, C.F. Müller, S. 204 KN. 512-513.

(7) Simon H., Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Verfassungsrecht (DN. 2)

F. Alman Anayasası Md. 93 F.II: ("F. Alman Anayasa Mahkemesi bundan başka Federal yasa ile öngürülen durumlarda görev yapar") hükmü ile yasa koyucu A.Ş.ni öngörme olanağını saklı tutmuştu. Yasa koyucu Federal Anayasa Mahkemesi yasasının 12.03.1951 tarihli ilk metnini kaleme alırken (BGBL I, 243) tartışmalı bir yasama prosedürü sonucu kendisine tanınmış olan yetkiyi kullandı.

A.Ş. henüz F.Anayasa Mahkemesinin yetkilerini içerin Federal Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 13 içinde yer almıyor ve F.Anayasa Mahkemesi Prf. 13 Nr. 15 teki yakalayıcı genel prensip içinde değerlendiriliyordu. ("Anayasa 1/2 mahkemesi Anayasa'da belirtilen durumlarda ve bundan başka Federal yasa ile öngörülen durumlarda karar verir. (F.Anayasa Md. 93 F. II") ama F.Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 90-96 hükümleri bu yargılamay ilişkin düzenlemeler içeriyorlardı. Böylece F.Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 90 vd. ile A.Ş. kurumu ilk defa federal hukukça kabul edilmiş oldu. Şubat 1955 sonuna kadar 2368 A.Ş. başvurusu yapıldı. 1381 şikayet bu tarihe kadar mahkemece çözümlendi. 29.1.1969 tarihli (BGBL I. 97) Anayasa değişikliği hakkındaki 19. yasa ile A.Ş.leri ilk defa ve açıkça Anayasa metnine Md. 93 I de Nr 4a ve 4b olarak alındı.

Böylece A.Ş.nin tarihsel gelişiminde herdefasında tekrarlanan A.Ş.nin Anayasa hukuksal bir zorunluluk olmadan yasa koyucu tarafından tanındığı ve bu nedenle her an yasa koyucu tarafından sınırlanabileceği argümanı değerini yitirmiş oldu ve yasa koyucu A.Ş ni değiştirmek ve ortadan kaldırmak yetkisine son verilmiş oldu. (Krş. BVerfGE 24,33 vd) Ancak A.Ş. F.Anayasa Md. 79 F. III un koruyucu etkisine dahil değildir. Yani A.Ş nin anayasal garantisi bir Anayasa değişikliği ile sınırlandırılabilir. (8)

Halihazırda F.Alman Anayasası Md. 93 F.I Nr. 4a F.Alman Anayasa Mahkemesinin A.Ş. konusundaki yetkisinin temelini oluşturmakta ve şikayetin kabulü için temel koşulları belirlemektedir. Yargılamanın ayrıntıları ve öteki kabul ya da dava koşulları F.Anayasa Md. 94. II (: "Bir Federal yasa F.Anayasa Mahkemesinin teşkilatını ve yargılamayı düzenler ve kararların hangi durumlarda yasa gücüne sahip olacağını belirler. Yasa A.Ş leri için yargı yolunun önceden tüketilmiş olmasını şart koşabilir ve özel kabul yönktemi öngörebilir.")

(8) Pestalozza C., 'Verfassungsprozessrecht 3 B. Verlag CH Beck München, 1991, s. 160 vd; Krş. Zacher, Festgabe Z.25 Jahr. Bestehen des BVerfG, Bd (1976) s. 411; Maunz Th., Schmidt Bibt-räu B., Klein F. Ulsamer G., Bundesverfassungsgericht sgeetz, 1989 CH. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München s. 12 a, KN. 7.

ye dayanarak çıkarılan F.Anayasa Mahkemesi Yasasında (Prf. 90-95) düzenlenmiştir.

F.Alman Anayasası (9) Almanya'nın önceki yasalarına ve diğer devlet Anayasalarına oranla güçlü bir Anayasa yargısı oluşturmuştur. Böyle Anayasamın üstünlüğü kapsamlı olarak sağlanmış olmaktadır. (10)

A.Ş. ile F.A bireylere özel olarak temel hakların üstünlüğünü geçerli kılmak olanağını sağlamıştır. Bu olgu Alman Anayasa tarihi bakımından da bir yeniliktir; Weimar Anayasası Md. 19 un içerdiği Anayasa yargısı vatandaşın devlete karşı ileri sürebileceği hukuksal çareleri kapsamıyordu.

A.Ş. bireyin Anayasa Mahkemesinde bir dava açabileceği tek yoldur. Bu nedenle F.A. Md. 19 F. IV te garanti edilmiş olan bireysel hukuksal korumayı gerçekleştirme açısından bir "yardımcılık" fonksiyonu üstlenmektedir. F.A. Md.93 F.I Nr. 4a ve FAMY Prf. 90 a ya göre A.Ş., şikayetçinin kamu gücü tarafından temel haklarının veya F.A. F.IV, Md.20,33,38,101,103 ve 104 maddelerinde yer alan haklarının direnme hakkı (Md. 20 IV); vatandaşlık hakları bakımından Almanların eşitliği (Md 33); Seçim İlkeleri (Md. 38); istisnai mahkemelerin kurulması yasağı, yasal yargıç ilkesi (Md. 101); yasaya uygun dinlenilme hakkı; Nulla poena sine lege; ne bis in idem (Md. 103) özgürlüklerin kısıtlanmasında hakların güvencesi (Md. 104) zedenlendiği iddiasına dayandırılır.

Şu halde A.Ş. subjektif hakların bütününe korumak istememektedir. A.Ş., F.A. Md. 19 IV ün tamamlayıcısı değildir. Aksine A.Ş yasaların mahkeme kararlarının da şikayet konusu olabilmeleri nedeniyle onu aşar.

Bunla birlikte Md. 19 IV ile A.Ş arasında F.Anayasa Mahkemesinin A.Ş için "olağan üstü" tanımlaması ile karşılaşmak istediği belli bir rekabet vardır. (BVerfGE 57, 170)

Anayasanın temel hakları ve temel hak benzerleri hakları aracılığı ile garanti edildiği oranda A.Ş. bireyin gerçek temel hak alanını korur. (11)

Buna göre A.Ş. Adli mahkemelerde ve idari mahkemelerdeki yargılamaya için ek bir hukuksal çare olmayıp olağan üstü bir hukuksal çaredir. (12)

(9) Bundan böyle F.Anayasa mahkemesi için "FAMY"ı F.Alman Anayasası için "F.A." kısaltılması kullanılacaktır.

(10) Piero B./Schlink, B., Grundrechte, Staatsrecht. II 2. B, CH Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, s. 286.

(11) Maunz Th., Staatsrecht 20 B., S. 298 vd.

(12) BVerfGE 18, 325; 49 257. 170

Temel hak zedelenmesinin Anayasa Mahkemesine başvurmadan kaldırılmasını sağlamak için şikayetçinin kullanımına bir yol açıksa A.Ş. kabule uygun değildir. (13)

A.Ş. yalnız vatandaşa, temel haklarının ve buna eşit kılınmış hakların yargısal yoldan geçerli kılınması için tanınmış özel bir hukuksal koruma aracıdır. (14)

Temel haklar onun aracılığı ile bireyin kullanabileceği bununla beraber Anayasaya özgü ve Anayasa yargısal bir yaptırımı kavuşurlar. (15)

Bireye yasama, yargı ve yürütme karşısında anayasal haklarının garantisini sağlar ve böylece demokrasinin temel ögesi olan kişi özgürlüğünün devlete karşı diretilmesi olgusunun savunucusu ve süjesi olma bilincini güçlendirir. (16)

A.Ş. nin Anayasaya uygun olarak garanti edilen temel hakların ve temel hak benzerlerinin zedelenmesi halinde hukuk yaşamındaki önemi ve spesifik hukuksal aracı olarak niteliği en geniş boyutla kabul edilmektedir. (17)

Zaten Anayasa içinde kurula bağlanmakla, bu önem özel olarak belirlenmiştir. (18)

Bu olgudan şu sonuç çıkarılmalıdır:

F.Anayasa Mahkemesi salt Anayasa hukuksal düzeni açıklığa kavuşturmak, netleştirmek ve siyasal organlar arasındaki anayasal uyumsuzluklar konusunda karar vermek için değil aynı ölçüde vatandaşların temel haklarının korunması için de yetkilendirilmiştir. (19)

A.Ş nin konusu temel hak zedelenmesinin objektif oluşu yeterlidir. Kusura olması gerekmez. (20)

Böylece Anayasa şikayeti, Anayasa dokunulmazlığı garantisinin temel bir ögesini oluşturmaktadır. (21)

(13) Krş. BVerfGE 33, 247 (258); 51, 130, 63, 45 (58); 68, 376 (380)

(14) BVerfGE 1, 4 (5).

(15) Friesenhahn E., Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bundesverfassungsgericht Grundgesetz Festg. z. 25 Jahr, Bestehen des BVerfGE, Bd. I. 1976, s. 790 Zacher, Festgabe, S. 397 vd (DN.8).

(16) Seuffert W. Die Verfassungsbeschwerde, Das Bundesverfassungsgericht 1971, sb. 159 vd.

(17) BVerfGE 1, 6; 97; 4, 311; 14, 29.

(18) Md. 93 F. I Nr. 4a '29. 1 1969 t.li)

(19) Roemer V., Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, JZ 1951 s. 1951 s. 193 (199)

(20) BVerfGE 20, 198.

(21) BVerfGE 58. 177

Ama Anayasa yargısı çerçevesinde bir hukuksal çare olarak A.Ş. sadece birerin negatif statü haklarının korunmasına değil siyasal haklarının geçerli kılınmasına (22) ve F.A.Md.20F.IV,Md.33,101,103 ve 104 de düzenlenmiş olan belli temel hak benzeri haklarının korunmasına da aynı ölçüde hizmet eder. (23)

Bunun ötesinde A.Ş.nin Anayasal hukuksal önemi, kamu gücünün tüm işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde belirir. (24)

"Spesifik nitelikte bir hukuksal çare" olmayıp (25) hukukun tüm alanları içi objektif bir değer düzeni oluşturan temel hakların içeriğinin açıklanması ve her türlü devlet gücünün denetimi amacına da yöneliktir. (26)

Onun varlığı, devlet iktidarını, kullanılmasını bireyin harekete geçirdiği, temel hak kriterine uygun bir denetime tabi kılar ve bireyin toplumdaki statüsü için odak noktasını oluşturan bu hukuk alanını canlı tutar. (27)

Demek ki, A.Ş. hukuksal kurumunun kapsamlı bir değerlendirilmesi söz konusu olduğunda sadece bireysel içerikli hukuksal koruma bakış açısından onun hukuk alanındaki statüsünün incelenmesi yeterli değildir.

A.Ş nin anlamı ve amacı aynı zamanda objektif Anayasa Hukukunun korunması, yorumu ve geliştirilmesinde belirlemektedir. Öyle ki A.Ş. aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun kendine özgü bir objektif koruma aracı durumuna gelir ve F.Anayasa Mahkemesinin yetkisinin özünü ve Anayasa dokunulmazlığının garantisini oluşturur. (28)

Böylece Anayasa Mahkemesine ait olan yetkinin genel sisteminde A.Ş., Anayasanın, Anayasaya uygun düzeni gerçekleştirmek için belli haklara verdiği özel önemin anlatımıdır.

Bu hukuksal çarenin mahkeme kararlarına karşı kabul edilmesi, somut hukuksal bir uyuşmazlık konusunda karar verirken sadece Anayasaya uygun hukukun temel oluşturmaya amacına hizmet eder. Bu yönde A.Ş. nin fonksiyonu F.A. F.1 Md.100 deki somut norm denetimin fonksiyonu ile uyum sağlar (29)

(22) BVerfGE 4,27 (30; 34. 97. vd)

(23) BVerfGE 17, 252 vd.

(24) Bay VerGHE n. F. BD. 311, s. 67

(25) BVerfGE 4, 27/30

(26) BVerfGE 7. 198 vd.

(27) Lechner H. Die Grundrechte Bd. III s. 669; Zuck R. Die Verfassungsbeschwerde, München 1973. s. 3 vd.

(28) Huber H., Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954, Schriften der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 9, s. 14 vd.

(29) BVerfGE 42, 42/49 vd.

A.Ş. şu halde yalnız Anayasaca garanti edilen bireysel hukuksal çare olmayıp **"popular"** bir dava oluşturmadan objektif Anayasa hukukunun kendine özgü bir hukuksal koruma aracıdır. (30)

A.Ş. nin objektif belirtisi FAMY Prf. 93'a daki düzenlemede açıkça görülmektedir.

Buna göre A.Ş.nin henüz ön denetim sürecinde **temel anayasa hukuksal bir önem taşıması** ya da bu konuda bir karar vermekten çekinildiğinde **şikayetçi için özel bir zararın doğması** durumunda kabule uygun görülmeyecektir. (Objektif ve subjektif bakış açıları kombinasyonu.) (31)

Böylece A.Ş. temel hak kataloğu dışında bulunan her hakkın da iddia edilebildiği "popular dava" haline getirilmiş olmaz. (32)

Herşeyden önce şikayetçinin zarar görmüş olması gereklidir.

Bavyera hukukuna göre popular şikayette bizzat zarar görmüş olma önem taşımaz. (33)

F.A.Md.93 F.I Nr.4a ve FAMY Prf.90 F.I o kadar net bir şekilde temel haklar ve Anayasa Md.20 F.IV,33,38,101,103,104 deki temel hak benzerlerini esas almıştır ki A.Ş.nde başka haklara örneğin Avrupa İnsan Hakları sözleşmesindeki haklara dayanmak mümkün değildir. (34)

A.Ş. geleneksel anlamda bir yargı yolu değildir. Bir süper temyiz yolu da değildir. (35)

Temel hakları savunulmasına yönelik özel hukuksal çare olarak ne bir geçiş etkisine-yani davanın bir üst mercie geçmesi-ne durdurucu etkiye-yani maddi ve şekli anlamda kesin hükmün gerçekleşmesinin engellenmesi-sahip değildir.

Kaldiki mutlaka bir **muhakemenin** ve mahkeme kararının varlığını da şart koşmaz.

A.Ş. maddi ve şekli yasalara (F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı)

(30) BVerfGE 33, 247 (259); 45, 74; 5, 139 BVerfGE 74, 31.

(31) Krş. BVerfGE 74. 91; Maunz Th., Schmidt Bleibtreu B.Klein F., Ulsamer G., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1989 CH. Becksche Verlagsbuchhandlung München s. 31 Kn 17 (DN 8)

(32) BVerfGE 10,27.274

(33) Spanner H. Die Beschwerdebefugnis bei Verfassungsbeschwerde, Bundesverfassungsgericht u. Grundgesetz, Festgabe z, 25 Jahrgen Bestehen des BVerfGE., Bd. I (1976) s. 375 vd

(34) BVerfGE 10,274;34 395; NJW 1977, s. 1960; 41. 149; 64, 157.

(35) F. Anayasa Mahkemesinin değişmeyen içtihadı.

icra gücünün ve mahkemelerin faaliyetine-burada sadece spesfik Anayasa hukununun zedelenmesi halinde-karşı kabul edilmiştir. (36)

F.Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı A.Ş. geçerli değildir. Aynı şekilde F.Alman Anayasa Mahkemesinin yasa gücünde bir kararı ile geçerliliğine hükmedilmiş olan bir yasaya karşı da kabul edilemez. (37)

A.Ş. idari davadan temel hakların ve temel hak benzerlerinin zedelenmesi halinde sözkonusu olması niteliğiyle ayrılır. Onun harekete geçirici fonksiyonu idari yargınınunkine benzemekle birlikte A.Ş. daima bir bütün oluşturan Anayasal yargısının bir parçası olarak kalır (38)

Buradan aynı zamanda A.Ş nin üstlendiği fonksiyonun bir temel sınırı ortaya çıkar.

A.Ş. yargılanmasında sadece kamu gücü alanında temel hakların koruma etkisi denetlenebilir ve bununla temel hakların değer içeriği belirgin kılınabilir. Buna karşılık F.Anayasa Mahkemesi mahkemeler karşısında revizyon veya süpervizyon merci olarak harekette bulunma konusunda görevlendirilemez. (39)

Vatandaş kural olarak yasa koyucunun hareketi konusunda A.Ş. ile takip edilebilen bir hakka sahip değildir. (40)

A.Ş. diğer mahkemeler önündeki yargılamada ek bir hukuksal çare de değildir. A.Ş. münhasıran temel hakların ya da temel hak benzerlerinin geçerli kılınmasına yönelik özel bir hukuksal koruma aracıdır.

Daima Anayasa ve FMY kurallarının özellikle gözönünde tutulmasıyla somut bir durumda A.Ş. ile takip edilebilen ve Anayasa Mahkemesinin yetkisi içinde bulunan bir hakkın bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. (41)

FAMY Prf. 95, A.Ş. nin kural olarak sadece bir kararın veya idari işlemin kaldırılması veya bir yasanın iptalini hedeflediğini göstermektedir. Bununla birlikte F.Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre belli durumlarda bir ihmâl de A.Ş nin korunması olabilir. Tazminat isteklerinin Anayasal Anayasa Şikayeti yoluyla iddiası mümkün değildir. (42)

(36) Maunz Th., Komm., S. 32 KN. 17 (DN.8)

(37) BVerfGE 1. 89 vd.

(38) Maunz Th., Komm, S. 32 a Trb 17 (DN. 8)

(39) BVerfGE 7, 198 (207) 35, 311 (316 vd) ve devamlı içtihat.

(40) BVerfGE 56,54 vd. çünkü F. Anayasa Mahkemesinin norm koyma yetkisi yoktur. (BVerfGE I, 97 vd, 2, 291; 6, 257 (265 vd.)

(41) Wintrich J., BayVBL, 1956 s. 132.

(42) BVerfGe I, 3 vd; 2, 287,291/292.

A.Ş. nin diğer yargı yolları yanında seçimlik olarak yer alması ya da öngürülmüş başka yargı yollarının basitleştirilmesini ya da saptırılmasını sağlaması mümkün değildir. (F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı) A.Ş Anayasa Mahkemesinin önünde diğer tüm yargılamalardan tam anlamıyla bağımsız oluşu ile karakterize edilen tümenden yeni bir yargılama olanağı açan, F.Anayasa Hukuku çerçevesinde garanti edilmiş özel bir hukuksal çaredir.

A.Ş. konusunda yargılama iki taraf arasında ileri sürülen ve niza konusu hakkın tartışıldığı geleneksel anlamda bir hukuksal uyumsuzluk değildir. (43)

Bununla birlikte A.Ş. ile daima bir temel hak veya temel hak benzeri iddia edilir. Öyle ki F.Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yerinde olarak vatandaşın devlete karşı "**spesifik bir hukuksal çaresi**" olarak karakterize edilmektedir. (F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı) A.Ş. FAMY Prf.90 da anılan hakların zedelenmesi sözkonusu olduğunda, yasama, yürütme ve yargı görevinin tüm işlemlerinin temel haklara uygunluğunun denetimini sağlamak zorundadır. (44)

A.Ş nin sonuçta en temelli özelliği onun yardımcılık özelliğidir.

A.Ş. ne mutad olarak ancak yargı yolunun tüketilmesinden sonra **nisbi yardımcılık**- başvurulabilir. A.Ş., F.Alman hukuk sisteminin kapsamlı hukuksal koruması gözönünde tutularak başka yargı yollarının yanında seçimlik bir hukuksal çare garanti etmemekte, ancak mutad usul hukuku olanaklarının tüketilmiş olmasına karşın bir temel hak zedelenmesinin önlenmesi için gerekli olduğunda kabul edilmektedir. (45)

A.Ş nin temelde yardımcılık niteliği onu, kural olarak yargı yolunun tüketilmiş olmasına bağlanmayan diğer her türlü yargı yolundan ayırır. (46)

Bir başka özellik Anayasa yargısal şikayet prosedürünün çelişik olmayan yapılanmasında belirlenmektedir. (47)

A.Ş geleneksel anlamda dava tarafları tanımaz (48)

(43) BVerfGE, I 74 (75)

(44) BVerfGE 7, (207)= değişmeyen içtihad.

(45) F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı.

(46) Zacher H.F., Die selektion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwertigen Betroffenheit des Bf., Bundesverfassungsgericht u. Grunagesetz, Festgabe, 2.25 Jahr. Bestehen des BVerfG Bd. I (1976) s. 402 vd.

(47) Geiger W., Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, Kommentar, Berlin 1952. Vorb. zu. Prf. 90 Anm. 4. S. 274

(48) BVerfGe 7, 106

Bununla birlikte FAMY,Prf.94 ile Anayasa organlarının A.Ş yargılanmasında davaya katılanın statüsüne sahip olabileceği belirlenmiştir. (49)

F.Anayasa Mahkemesinin bir çok kararı gösterdiği gibi Anayasa yargısında A.Ş.nin önemi büyüktür. A.Ş. Anayasa Mahkemesine temel hak yorumun hukuksal açıdan önemli sorunlarına ilişkin olarak görüş bildirmesi olanağını vermekte ve bununla aynı zamanda kamu gücü taşıyıcısının uygulanmasında Anayasanın daha güçlü bir şekilde güncelleştirilmesine katkıda bulunmaktadır. (50)

Temel hakların ve temel hak benzeri hakların özel hukuksal koruma aracı olarak vatandaşa devlet gücünün temel hak zedeleyici müdahalelerini savuşturma olanağı sağlanmıştır. FAMY,ni değiştiren tüm yasalar A.Ş. ni yasada korumuşlardır. (51)

Bununla beraber F.Anayasa Mahkemesinin çalışmasını, sadece yüksek mahkeme tarafından bir karar vermeye lâyık A.Ş. leri üzerinde yoğunlaştırmasını sağlayıcı özel bir denetim usulü kabul edilmiştir. (52)

A.Ş. varolduğundan bu yana daima öğretilde olumlu ama eleştireci araştırmaların konusu olmuştur.

F. Anayasa Mahkemesine yapılan A.Ş. başvurularının çokluğu buna karşılık başarı oranının düşüklüğü düşündürücüdür. (53)

Ayrıca sık sık eleştiri konusu olan F.Anayasa Mahkemesinde yargılanmanın uzun sürmesi, çoğunlukla, "mızımız" başvuru sahiplerinin neden oldukları A.Ş.leri akınından kaynaklanmaktadır. (54)

A.Ş. nin mantıksal olarak kesinlikle Anayasa yargısı bünyesine uymadığı açık olmakla birlikte onun vatandaşı Anayasa ile canlı bir ilişkiye soktuğu Anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna katkıda bulunduğu unutulmamalıdır. (55)

Yasa koruyu 1956, 1963,70,71,85 reformlarında F.Anayasa Mahkemesi ile uyum içinde A.Ş.lerin kötüye kullanılmasını önlemek için olabildiğince amaca uygun bir A.Ş. yargılaması oluşturmaya göstermiştir. (56)

(49) Maunz Th., Komm., S. 32 d. Kn. 18 (DN 8)

(50) Roemer W., Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht JZ 1951 s. 193; Zweigert K., Die Verfassungsgeschichte JZ 1952 s. 321

(51) 21.71.1956 BGBl. I S. 662 3. 8. 1963 BGBl. I. S. 589; 12.12.1970 BGBl. I. S. 1765 ve 12.12.1985 BGBl. I. S. 2226

(52) Zacher H.F., Fesg., S. 410 vd. (DN 46)

(53) Zacher H.F., Fesg., S. 399 (DN. 46)

(54) Freisenhanhn E., Festgabe S. 167 (DN 15); Zacher H.F., Festgabe S. 399 (DN 46)

(55) Maunz Th. Komm, S. 32'e KN 19 (DN 8)

(56) Zacher H.F., Fesgabe S. 40 (DN 46) ulsamer G., Neue gesetzliche Regelungen Zur Entlastung und Sicherung des Funktionsfähigkeit des BVerfG EUGRZ 1986 S. 110 vd.

A.Ş. lerinin ve norm denetimi davalarının sayısının gün geçtikçe artması F.Alman Anayasa Mahkemesinin yükünü her gün biraz daha artırmakta ve onun fonksiyon yeteneğini tehdit etmektedir. FAMY değiştiren 2.8.1993 tarihli 5. değişiklik yasası (57)

Mahkemenin A.Ş.lerini kabuldeki takdir serbestisini genişletmek için çare aramaya çalışmaktadır.

12.12.1985 tarihli son yük hafifletme çabasından beri (58)

A.Ş.lerin sayısı daha da artmıştır.

Kabule uygun olmayan ya da açıkca dayanaksız olan A.Ş.leri sabit olarak %97 de kalmıştır. Yeni yasa değişikliği hiç kimsenin bittiğine inanmadığı bir tartışmayı yeniden başlatmaktadır. Yasa değişikliği F.Alman Anayasa Mahkemesinin fonksiyon yeteneğini güven altına almak için yargılanmaya ilişkin bir dizi değişiklik ve kolaylık sunmaktadır.

Bunların merkezinde A.Ş. lerinin kabulü yönteminin yeniden düzenlenmesi yer almaktadır.

Bir yandan yargıç sayısını artırmak düşüncesinden ayrı bir ön denetim merci kabulünden kaçınmak istendiği için, diğer yandan A.Ş kurumu genel olarak tehlikeye düşürülmek istenmediği için ve bir Anayasa değişikliği olmadan da bu yapılmayacağı için F.Alman Anayasa Mahkemesine yönelik A.Ş.leri akını kabul yönteminin yeniden düzenlenmesi yoluyla frenlenmeğe çalışılmıştır. Bu amaca öncelikle F.Alman Anayasa Mahkemesine kabul konusunda karar vermek için takdir hakkı tanımakla ulaşılabileceği görüşüne varılmıştır.

Bugüne kadar olduğu gibi A.Ş. lerinin karar konusu haline gelmeleri için kabule ihtiyaçları vardır. (Prf 93.a FAMY)

Bugüne kadar geçerli olan Prf. 93.93 bII (eski metin) komisyonun karar konusu haline gelmesi için kabulü red nedenlerini içermektedir.

Prf. 93c C2 (eski metin) buna karşılık senato için kabul koşullarını belirlemektedir. Bu tür tarihsel gelişiminden kaynaklanan farklılıklar bundan böyle ortadan kaldırılmaktadır.

Yeni düzenlenmeye göre kabul koşulları Prf. 93'a F II FAMY temel kuralında yer almaktadır ve hem senato hem komisyon için aynı ölçüde geçerlidir.

(57) BGBL I, 1443/1444

(58) BGBL 1985 I. 2226,

(59) 1986:2935;1991:3907;1992:4214

Komisyonun mu yoksa senatonun mu karar vereceği konusundaki yetki sorunu FAMY Prf 93b ve c de düzenlenmiştir. Bu maddelere göre verilen kararlar için tamamlayıcı usul kurulları FAMY Prf. 93d de yer almaktadır.

Prf. 93a F.II FAMY ye göre;

"a) Eğer temel bir Anayasa hukuksal önem taşıyorsa

b) Eğer Prf. 90 I de (60) sayılan hakların geçerli kılınması için gerekli (uygun) ise A.Ş. karar konusu haline gelmesi için kabul edilmek zorundadır. Bu durum olay hakkında karar vermektan kaçınılması şikayetçi için özellikle ağır bir zarar doğurduğundan gerçekleştirilmiş sayılabilir."

Temel Anayasa hukuksal önem kavramı yargılama diline yabancı değildir. Bu kavram dar anlamda bir Anayasa hukuksal problemin çözümlenmesinin beklenip beklenmediğine yönelik olmayıp-ki bu soruya bununla ilgili içtihatların bulunması halinde kolaylıkla menfi cevap verilebilir-aksine F.Alman Anayasa Mahkemesi bugüne kadarki içtihadını değiştirmek istendiğinde ya da bir durumun dinginliğe kavuşması için mahkemenin kararı gerekli olduğu kabule izin vermektedir.

Koşulların bulunup bulunmadığı konusunda F.Alman Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmelidir. (61)

FAMY Prf. 93a II b esaslı bir yenilik içermektedir. Bu yenilik ile her ne kadar A.Ş.nin subjektif hukuksal koruma fonksiyonu amaçlanmakta ise de, bunun gerçekleşmesi tümünden bilinçli olarak F.Alman Anayasa Mahkemesinin değer yargısına bırakılmıştır. Bu durum mahkemeye takdir yaratmak amacıyla "gerekli (uygun)" ise teriminin seçiminde kendisini göstermektedir. (62)

a) Komisyon (63)

(60) Prf. 90 I: "Kamu gücü tarafından temel hakları ya da F.Alman Anayasası Md. 20 F. IV, Md. 33, 38, 101, 104 ün içerdiği haklarının zedelendiği iddiası ile herkes Anayasa Mahkemesinde "Anayasa Şikayetinde" bulunabilir.

(61) Klein E., Konzentration duch Entration duch Entlastung, NJW 46 Jg Herf. 33, S. 2075.

(62) Krş. BT-Dr 12/4842, S.12.

(63) FAMY Prf. 15 a: "Komisyonların görevlendirilmesi: Anayasa Şikayetlerinin bölüştürülmesi (1) Senatolar, bir iş yılının devamı süresince birden fazla komisyon görevlendirir. Her komisyon üç hakimden oluşur. Bir komisyon komisyonun oluşumu üç yıldan fazla değişmeden kalmaz. (2) Senato bir iş yılının başlangıcından önce bu yıl süresince Anayasa Şikayetlerinin raporları arasında dağılımı, (Prf. 93 a ve 93 b), komisyonların sayısı kuruluşu ve üyelerin temsil konularında karar verir."

Komisyondun senatoya (64) emsal oluşturacak ön karar veremeyeceği düşüncesini başka bir bakış açısı altında yetki dağılımına ilişkin kurallardan (Prf. 93b, 93c FAMY) anlaşılmalıdır.

Buna göre komisyon kabul koşulları gerçekleşmemişse (Prf.93aIIBVeGG) A.Ş.nin kabulünü redde yetkilidir. Oysa sadece Prf. 93c FAMY nin koşulları altında kabule yetkilidir. (65)

Bu nedenle komisyonun bir (A.Ş ni haklı bulmadan karar konusu haline gelmesi için kabul etmesi yani) senatonun yetkisine önceden karışması gerçekleşemez.

1986 dan beri geçerli olan uygulamaya göre komisyon A.Ş.lerini uygunda bulunabilmektedir. Bu uygulama yükten kurtarma amacıyla korunmuştur. (Prf.93b,II(eski metin))

Yasa değişikliği bu nedenle bu alternatifte ısrar etmektedir. Bugüne kadar komisyonun, önemli bir Anayasal hukuksal sorunun önceden F.Alman Anayasa Mahkemesi (Senato) tarafından açıklığa kavuşturulmuş olması nedeniyle açıkça haklı olan bir A.Ş.ni önemsiz bir olay sözkonusu olduğunda da kabul zorunda olduğu görüşü savunulmuştur.

Yeni metin şimdi daha kesin bir anlatıma kavuşturulmuştur. Yeni metine göre A.Ş.nin kabulünü de içeren yerinde bulma sadece anayasal soruna F.Mahkeme tarafından önceden karar verilmiş olmasına ve A.Ş.nin açıkça haklı olmasına değil FAMY Prf.93a II b (Bkz. KN.9 S.20) nin koşullarının gerçekleşmiş olmasına da bağlıdır. Bu kural ile "önemsiz olay" olgusu bundan böyle açıkça yasaklanmıştır. Bu güne kadar olduğu gibi komisyon Prf. 31 FAMY na uygun olarak yasa gücünde karar almak yetkisinden mahrum kılmıştır. (Prf. 93c.I FAMY A.Ş.nin yerinde bulmasının gerekçe yükümlülüğüne tabi olması hala devam etmektedir. (Prf. 30 I 2 FAMY))

(64) FAMY Prf. 2 "Senatolar

(1) F. Alman Anayasa Mahkemesi 2 senatodan oluşmaktadır.

(2) her senato içinde 8 hakim seçilir.

(3) her senatonun 3 hakimi Federal devletin en yüksek mahkemeleri hakimleri arasından seçilir. Bu hakimler sadece Federel devletin en yüksek bir mahkemesinde en az üç yıl çalışmış olmaları halinde seçilebilir.

(65) FAMY Prf. 93 c: (1) "Prf.. 93 a F. II b nin koşulları gerçekleşmişse ve anayasa Şikayetine ilişkin Anayasa hukuksal sorun konusunda daha önce F.Alman Mahkemesi tarafından karar verilmişse komisyon açık bir şekilde haklı olan Anayasa şikayetini uygun bulabilir. (yerinde bulabilir) Karar senatonun kararına eş değerdir. Bir yasanın Anayasa ile ya da bunun dışındaki Federal hukukla bağdaşmaz olduğu veya batıl olduğu yolundaki Prf. 31 F. II deki hukuksal sonuçla (yasa gücü) bir karar verme yetkisi senatoya ait olmakla devam eder."

Buna karşılık kabulün reddinin bundan böyle gerekçeye ihtiyacı yoktur. (Prf.93 d I)

Komisyon bugüne kadar olduğu gibi oybirliği ile ve duruşmasız karar vermektedir.

b) Komisyonun karar yetkisinin olmadığı veya bu yetkiyi kullanmadığı durumda senato karar verir. (Prf. 93 b C. 2 FAMY) A.Ş. nin FAMY Prf. 93 a II ya dayanılarak kabulü en az üç hakimin oyuyla mümkündür. (FAMY Prf. 93 d II)

Red kararı duruşmasız verilir ve bir gerekçeye ihtiyacı yoktur. (FAMY Prf. 93 d I)

En az üç hakim kabul konusunda anlaşılırsa A.Ş. nin geçerlilik ve haklılığına ilişkin olarak daha yakından tartışılmasına geçilecektir. Özel bir kabul kararı verilmez (66)

I. Usule Uygun Başvuru

FAMY Prf. 23 F. I e göre şikayet yazılı olarak yapılır. Şikayet için bir telgraf ta yeterli olabilir. (67)

A.Ş. nin gerekçeli yapılması gerekmektedir.

(FAMY Prf. 23 F.I C.2) (68)

FAMY Prf. 92 göre gerekçede zedelendiği iddia olunan hak ve şikayetçinin kendisini mağdur hissetmesine neden olan organ ya da makamın hareketi veya hareketsizliği (ihmalî) tanımlanmalıdır. Ancak bundan zedelendiği iddia olunan hakkın Anayasa Madde, fıkra ve cümle numarası ile belirlenmesi zorunluluğu olduğu veya temel hak doğmatığı açısından açıkça belirlenmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. İçeriğe göre tanımlama veya belirtme yeterli sayılmaktadır.

II. Katılma Ehliyeti

FAMY Prf. 90 F.I e "herkes" A.Ş. nde bulunabilir ya da A.Ş. yar-gılamasında katılan olabilir.

(66) Ayrıntılı bilgi için Bkz. Klein E., S. 2075 (DN 61) ve Zuck R., Der Zugang zum BVerfGE, NJW 46 Jg. Heft. 41, S. 2641-2704.

(67) BVerfGE 32, 365/368.

(68) Federal Anayasa Mahkemesine ilişkin yasa (FAMY) 12.12.1985 BGBL III 1104-1; Bkz. 10.8.1983 T. değişiklik: BGBL Jg. 1993 Teil I, Nr. 43, S. 1443-1444

Şu halde FAMY Prf. 91 de sayılan haklarından birin taşıyıcısı, kendisine ait olan bir temel hakka dayanabildiği oranda A.Ş. yoluna başvurulabilir. (BverfGE 35, 382/399, 63 197, 205) A.Ş. temel hakların ve temel hak benzeri hakların zedelenmesine ilişkin şikayeti içerdiği için, şikayetçi bakımından sadece temel haklarında veya temel hak benzeri haklarında zarar görmüş olma koşulu aranmaktadır. Katılma ehliyeti şu haldte temel hak sahipliği veya ehliyetine göre belirlenmektedir. (69) Kimin temel hak ehliyetine sahip olduğunu maddi Anayasa hukuku belirler.

Ancak temel hak taşıyıcısı olmakla, zedelendiği iddia olunan temel hakkın bizzat taşıyıcı olmak ayrı şeylerdir. Bu ikinci durum şikayet yetkisini ilgilendirmektedir. Öncelikle her doğal kişi temel hakka ehil ve bu nedenle davaya taraf olan kişidir.

Yaşam üzerindeki hak sözkonusu olduğunda embriyon (F.Alman Anayasası Md. 2 II) insan onuru sözkonusu olduğunda ölü (F.Anayasa Mdt. III) de temel hakka ehildir.

Tüzel kişilerin temel hak ehliyeti F.Anayasa Md.19 III e göre belirlenir. Bu madde ile ilgili temel hakkın bünyesine yollamada bulunmaktadır. F.Alman Anayasa Mahkemesi kuruluşun gerisinde, temel hakların onlar uğruna garantilediği doğal kişilerin bulunup bulunmadığını araştırmaktadır.

Temel haklar birinci planda insanların bireysel haklarıdır ve öncelikle onun özgürlük alanının korunmasına hizmet ederler. Bunun ötesinde bireyin devletin oluşumu ve yapılanmasına serbestçe katılımı garanti etmektedir.

Buna göre tüzel kişileri temel hakların koruma alanına dahil etmek ancak onların oluşumu ve faaliyeti doğal kişilerin kişiliklerinin serbestçe geliştirilmesinin bir ifadesi ise ve özellikle bu tedbir onların gerisindeki insanlar bakımından mantıklı ve gerekli görülüyorsa haklı çıkarılabilir. (BVerfGE 75, 192, 195 değişmeyen içtihat). Buna göre yerli tüzel kişiler temel hakka ehildirler. (Krş.BVerfGE 66, 116 (130); (195); 76, 83 (88))

Yerli kamu tüzel kişileri prensip olarak temel hak ehliyetine sahip değildirler. Ancak hukuk düzeninin onlara devrettiği görevlerden ötürü belli haklar tarafından korunan yaşam alanına dahil olmaları halinde (Üniversiteler F. Anayasa Md. III. I ve Radyo TV. kuruluşları Md. 5 I 2) ya da vatandaşların bireysel temel haklarının kullanımına hizmet etmeleri ve kendine özgü, devletten ba-

ğimsız, en azından ondan ayrı kuruluşlar olarak varolmaları halinde temel haklara ehildirler. (BVerfGE 75, 192 (196 vd.)

F.Alman Anayasa Mahkemesine göre belediyeler ve belediye kuruluşları kamu hukukunun yerel kuruluşlarıdır ve kurala uygun olarak temel haklara ehil taraf olmaya ehil değildirlerdir. (Krş. BVerfGE 61, 82 (101)

Buna rağmen özerkliğin (kendi kendini yönetim hakkının) zedelenmesi halinde (F.Anayasa Md. 28 II) yasayla kendilerine komünal Anayasa şikayetine sahip olmayan ya da kısmen sahip olan kuruluşlar belli koşullar altında aynı şekilde temel hak ehliyetine sahip ve bununla bağlantılı olarak dava tarafı olmaya ehildirler. Bu özel Hukuk ve Kamu Hukuku kuruluşları için geçerlidir. (BVerfGE 15,256/261 vd.-Fakülteler) BVerfGE,383 (391) vd.) değişmeyen içtihat) Medeni Hukukun hak ehliyetine sahip olmayan dernekleri olarak organize edilmiş olan siyasi partiler ve onun alt kuruluşları taraf olabilirler şikayet yetkilileri diğer şikayetçilerde olduğu gibi F.Anayasa Md.93 I.Nr 4a belirtilen hakları ileri sürmelerine bağlıdır. Medeni Usul Prf.50 Hak ehliyeti olmayan derneklere pasif taraf sıfatı tanırken siyasal partiler yasası Md. 3 bu kurala bir istisna getirerek siyasal partilere davanın aktif tarafı olma olanağı tanımaktadır.

III Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti davaya taraf olan kişinin dava işlemlerini geçerli olarak yapabilme, kabul etme ya da kendi belirlediği bir vekile yaptırabilme ve kabul ettirebilme ehliyetini ifade eder. (70) Yasal vekili tarafından adına şikayette bulunulmuş olmadıkça ya da dava doğrudan dava açma ehliyeti konusu olmadıkça dava ehliyetine sahip olmayan geçerli bir şikayette bulunamaz. (BVerfGE 19,323,329 vd. FAMY da dava ehliyetini açıkça düzenlemiştir. Diğer usul yasaları da medeni hakları kullanma ehliyetine yollamada bulunmuşlardır. (Krş. ZPO=Medeni Usul yasası Prf.51-58;VwGO=idari yargılama yasası Prf 62; FGO=Vergi yargılaması yasası Prf.58;566:Sosyal yargılama yasası Prf.71 Anayasa Mahkemesi yargılamasının kendine özgü niteliği nedeniyle diğer usul yasalarına örneğin Hukuk Usulü mahkemeleri yasasına başvurulması olanaksızdır. Burada iddia olunan temel hakka bakılır. İddia olunan temel hak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan yada sınırlı bir şekilde sahip olan kimseye

(70) Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14 B (1986) S. 240; Dava açma ehliyeti usul yasalarında ve mahkeme teşkilatı yasalarında düzenlenmiştir. Örneğin hukuk usulüne medeni hakları kullanma ehliyetine göre düzenlenmiştir. (Krş. Prf. 52 vd. ZPO: F. Alman medeni usul yasası; HMUK Md. 38 davaya ehliyet konusunda MK na yollama yapmaktadır. (MK. Md. 9 ve MK Md. 47)

aitse medeni hakları kullanma ehliyeti değil temel hak erginliği esas olacaktır. (Krs.BVerfGE 1,87)

Temel hak tarafından korunan özgürlük alanında bilinçli davranış konusunda ergin olarak görünen ve özellikle hukuk düzeni tarafından ergin olarak değerlendirilen şikayetçi davaya ehildir. (71)

IV. Şikayet Konusu

A.Ş.lerinin konusu kamu gücünün her türlü işlemi yasama, yürütme, yargı işlemleri olabilir. (Krs.FAMY Prf.94 F.I ve II) Şu halde F.Anayasa Md. I F.III e göre temel haklarla bağlı olan yasama, yürütme ve yargının işlemleri A.Ş.lerinin konusunu oluşturmaktadır. (72)

Demek ki A.Ş. F.Anayasa Md. 20 II ye göre haktan kaynaklanan egemenliği özel organlar aracılığı ile kullanan üç devlet gücüne yöneliktir.

Buna karşılık F.A.Md. 19 F.IV anlamında kamu gücü kavramı bu maddede yürütme gücü ile sınırlaması nedeniyle A.Ş.'nde amaçlanandan daha dardır. (73)

F.Alman Anayasa Mahkemesi de temel haklarla bağlıdır.

Ancak F.Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının A.Ş. nin konusunu oluşturmayacağı açıktır. (74)

Kamu gücünün işlemleri sadece bir eylemi değil bir hareketsizliği (ihmali) de kapsamaktadır. (75)

Şikayetçi ancak yasa koyma yükümlülüğünün içerik ve kapsamını esaslı ölçüde belirleyen açık bir Anayasa direktifine dayanabiliyorsa kamu gücünün ihtimaline karşı A.Ş. geçerlidir. (76) Aynı olayda kamu gücünün birden fazla işlemi söz konusu ise; idari işlem, itiraz üzerine karar, İdare Yüksek Mahkemesi kararı gibi F.Anayasa Mahkemesi Şikayetçiye yalnız son merci kararına ya bu ek

(71) Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 287, Trb 1231, (DN. 10); Reşit olmayan kişilerde muhakeme yeteneği önem taşır. (Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Verlag CH Beck München 1992, S. 706, KN. 24); Akıl hastaları ve kısıtlıların konusunda karar verilen yargılamada, akıl hastaları ve kısıtlılar da dava ehliyetine sahiptirler. (BVerfGE 1, 1,87/89,10302/306,65,317/321); Tüzel kişilik davada sürekli organları tarafından tıpkı yasal temsilciler gibi temsil olunurlar.

Bu nedenle dava ehliyetine sahip olmadıkları tartışmalıdır. (Rosenberg/Schwab, ZPR, S. 248 (DN. 70)

(72) F. A. Md. I F. III: Aşağıdaki temel haklar yasama yürütme ve yargıya doğrudan geçerli hukuk olarak bağlarlar.

(73) F. A. Md. 19 F. IV. C. I: "Kamu gücü tarafından hakları zedelenen kişiye yargı yolu açıktır".

(74) Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 288, Kn. 1233 (KN. 10); BVerfGE 19, 88/90

(75) Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 337 vd.

(76) BVerfGE 18, 20,230,213

olarak başlangıç mahkemelerinin kararına veya bu işlemlerin temelinde yatan yürütme işlemlerine şikayet konusunda seçim hakkı tanımaktadır. (77)

Ancak böyle durumlarda herhalde tek bir A.Ş söz konusu olacaktır.

V.Şikayet Yetkisi

FAMY Prf. 90 F.1 e göre A.Ş. şikayetçinin, sadece temel haklarından birinin (ya da bu maddede sözü geçen temel hak benzeri haklarından birinin) zedelendiği iddia etmesi halinde kabule uygundur.

Bundan aşağıdaki kabule uygunluk koşulları ortaya çıkmaktadır.

Bu koşullar şikayet yetkisi bazen de "davayı yürütme yetkisi" kavramı altında özetlenebilir:

1. Bir Temel Hak zedelenmesi olasılığı

Bir Temel Hak zedelenmesinin ileri sürebilmesi için temel hak zedelenmesi konusunda subjektif bir duygu yeterli değildir. Diğer taraftan bir zedelenmenin gerçekten bulunup bulunmaması kabule uygun oluşun konusu olmayıp haklılık denetiminin konusudur. Bu nedenle FAMY Prf. 90 F.I de, idari yargılama yasası Prf. 42 II de olduğu gibi (WwGO) (78) bir temel hak zedelenmesi ihtimali aranmaktadır; diğer bir deyimle zedelenme olgusu baştan itibaren olanaksız olmamalarıdır. (79)

Baştan beri kişisel ya da nesnel koruma alanına dokunulmamışsa, saldırı olanaksızsa ya da Anayasal hukuksal haklılık açıkça ortada ise temel hak zedelenmesi olasılığı içerikli temel hak denetiminin tüm aşamalarında olumsuzdur.

Hangi noktaların kabule uygunluk, hangi noktaların haklılık denetiminde tartışılması gerekeceği konusunda genelde aşağıdaki değerlendirmeler yapılmalıdır;

Bir temel hakkın koruma alanının veya temel hakkın koruma alanına saldırısının reddi kolay ve çabuk gerekçelendirilebiliyorsa, bu durum A.Ş nin kabule uygun görülmemesine neden olmaktadır. Koruma alanının veya saldırının reddi detaylı bir gerekçe gerekiyorsa bu tartışma haklılık çerçevesi içinde yapılmaktadır.

(77) BVerfGE 19, 377/398; 54, 53/ 64 vd.

(78) Verwaltungsgerichtsordnung 21.13071960 (BGBl. III 340-1)

(79) Krş. BVerfGE 6, 445/447; 28, 17/19; 52, 303/327.

Koruma alanına saldırının kabulü hemen daima şikayet yetkisinin kabulü sonucuna götürür. (80)

Örnekler:

Almanlara tanınmış bir temel hakka dayanan bir yabancımanın şikayet yetkisi yoktur. Silahlı olarak toplanamadığı için temel hakkının zedelendiğini iddia eden şikayetçinin şikayet yetkisi yoktur.

Temel hakların özel hukuktaki önemi de bir şikayet yetkisi sorunudur. Temel hakların özel hukuka doğrudan ve dolaylı etkisinin kabul edilmesi durumunda hukuk mahkemeleri kararları ile temel hakların kişileri de bağladığına ilişkin kural nedeniyle bu durum söz konusu olmaz)

Kamu gücünün bir davranışı kesinlikle düzenleyici bir içeriğe sahip değilse ve kesinlikle dış etkiler doğurmuyorsa şikayet yetkisi veya şikayet reddedilir.

Burada bir temel hak saldırısı olasılığı ve bu nedenle bir temel hak zedelenmesi de kabul edilemez.

Örnekler:

Hukuksal duruma ilişkin düşünce açıklamaları (81)

Varlıkların durumuna ilişkin düşünce açıklamaları (82) düzenleyici içeriğe sahip değildir.

Kurum içi başvurular (83)

Henüz yürürlüğe girmemiş yasalar (84)

Mahkemelerin salt karar tasarılar;

Tüm hakimler tarafından henüz imzalanmamış kararlar (85) ın dışarıya etkileri yoktur.

Bunun dışında bir saldırı olasılığı çeşitli noktalardan tartışmalı olabilir:

Gerçekten bir saldırı var mıdır?

Doğrudan şikayetçiye mi, başka bir kişiye mi zarar verilmiştir.

Şikayetçiye şimdi zarar vermekte midir?

(80) Pieroth-Schlink, Grundrechte, S. 289 Kn. 1239 (DN 10)

(81) BVerfGe 37-56/61

(82) BVerfGe 33,18/21 vd

(83) BVerfGe 20, 162/172

(84) BVerfGe II, 339/342

(85) BVerfGe: NJW, 1985,788.

Şikayetçiye zarar veren saldırıyı ilk ortaya çıkan mı yoksa başka bir işlem mi oluşturmaktadır?

Bu sorunları F.Alman Anayasa Mahkemesi, şikayetçinin "kendisinin şimdi ve doğrudan doğruya zarar görmüş olmadığı" formülüne göre cevaplandırmaya çalışmaktadır (86)

Hernekadar Anayasa Mahkemesi bu formülü yasalara yönelik A.Ş leri için geliştirilmişse de bu formül dava konusu yapılan olaya göre kamu gücünün tüm işlemlerine uygulanabilir niteliktedir. (87)

Şikayetçinin kendisinin şimdi ve doğrudan etkilenmiş olmasının bireye yönelik işlemlerinde bir idari işlem ve bir mahkeme kararı gibi bir problem doğurmayacağı açıktır.

2. Kendi Temel Haklarında Zarar Görmüş Olma

Şikayetçi kendi temel haklarında zarara uğramış olmalıdır.

Böylece "popular şikayet" yolu kapatılmıştır. (88)

A.Ş. yoluyla bir kişinin yabancı hakları kendi adına ileri sürmesi de olanaksızdır. (ProzeBstandschaft) (89)

Örnekler:

Bir dernek üyelerinin,

Tüzüğünde mevcut olsa bile bir şirket ortaklarının haklarını ileri süremez. (90) Bir gayrimenkulu satın alan önceki malikin A.Ş. ne katılamaz (BVerfGE 56 296/297) Mirasçılar kişiye bağlı haklar değil (BVerfGE 12,311/315) mali haklar sözkonusu olduğu sürece yargılamayı sürdürebilir. (91)

Salt kamu gücü işleminin muhatabı olması durumunda şikayetçinin zarar gören olarak kabul edilebilmesi koşul değildir. Ancak işlemin üçüncü bir kişiye yönelik olması durumunda bizzat zarar görmüş olma koşulunun gerçekleşmiş sayılması için, şikayetçinin temel hak pozisyonu ile işlem arasında yeterli derecede yakın bir bağlantı olmalıdır.

(86) BVerfGE 1, 97, 101 vd, (o tarihten beri değişmeyen içtihat)

(87) Pestalozza C., Verfassungsprozerecht, S. 10. (DN 8)

(88) Popular dava , kendi haklarının zedelenmesi gerekmeden bir kişinin bir yasanın Anayasa aykırılığını belirlemesine ilişkin dava (Halk davası), Krş. BVerfGE 13,1/9

(89) BVerfGE 25, 256/363,72 122/131; Krş. BVerfGE 56, 296/297; Pieroth-Schlink, S. 290, KN. 1245 (DN.10).

(90) BVerfGE 32, 275/280; BVerfGE 50, 290/320 vd; BVerfGE 27, 326/333; 31, 275/280 35, 348/352.

(91) BVerfGE 36, 102/ 112; 39, 169/185;69,188/201.

Salt "dolaylı" ve "ekonomik" etki yeteri değildir.

Örnekler:

Mağazaların tatil günlerinde kapatılmasına ilişkin bir düzenlemenin muhatapları sadece satış yerlerinin sahipleridir.

Ama doğrudan zarar görenler aynı zamanda tüketicilerdir. (92)

Bir limited şirkete adli müzahareti yasaklayan bir mahkeme kararı şirket ortaklarını bizzat değil sadece ekonomik bakımından etkilemektedir. (93)

Bizzat zarar görmüş olma temel hakkın sadece objektif hukuksal boyut olarak değil şikayetçinin subjektif hakkı olarak zarar görmüş olmasını da şart koşmaktadır.

Buna karşın F.Alman Anayasa Mahkemesi haklılık denetiminde temel hakkın objektif hukuksal boyutunun zedelenmesini esas aldığında, kabule uygunluk denetiminde şikayet yetkisini kabul etmektedir. (94)

Temel hakların objektif hukuksal içeriğine saygı göstermeyen kamu gücü taşıyıcısı aynı zamanda ilgili kişinin subjektif temel hakkını da zedelemiş olmaktadır.

Bu durum özellikle temel hakların objektif hukuksal boyutunu (95) temel hakların özel hukuka dolaylı etkisi olarak dikkate alması gereken hukuk mahkemesi kararlarına karşı açılan A.Ş. lerinde geçerli olmaktadır. Objektif hukuksal boyutun dikkate alınmamasının şikayetçinin subjektif temel hakkının zedelenmesine yol açtığı her zaman ileri sürülebilir.

3. Şimdi Zarar Görmüş Olma

Şikayetçiler belki "gelecekte bir gün" (tasarlı" şikayet olunan yasa kuralından zarar görebileceklerse şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olmaz. (96)

İstisna olarak bir yasa, norm muhatabını şimdi, daha sonra düzeltemeyecek kararlar almaya zorluyorsa veya onun sonraki bir yasa uygulaması ile düzeltilemeyecek işlemlerde bulunmasına neden oluyorsa şimdi zarar görmüş olma gerçekleşmiş kabul edilir. (97)

(92) BVerfGe 13, 130/232 vd.

(93) BVerfGE 7, 198/206 vd; 35,202/218 vd.

(95) Bkz. Gören Z. Temel hak, S. 41 Kn 63 (DN 69)

(96) BVerfGE I, 97/102;60,360/371; BVerfGe 65, 1/37.

(97) BVerfGe 60, 360/372; 65, 1/37;75,246/363.

Bu durum ciddi olarak endişe duyulan temel hak tehlikeleri için de geçerlidir. (98) Geçmiş zedelenmelerde şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olamaz (99) F.Alman Anayasa Mahkemesi bu unsuru hukuksal korama ihtiyacı perspektifinden incelemektedir. Bunun dışında şimdiki zarar görmüşlüğü kabulde oldukça toleranslı davranmaktadır.

örneker:

Belli okullardan mezun olanlara "Mühendis" ünvanı kullanmayı yasaklayan bir yasa şu an öğrenim yapanları etkilemektedir. (100)

Buna karşılık temel haklara aykırı olduğu için iptal olunan bir idari işlem nedeniyle şikayetçi artık şimdi zarar görmüş olamaz.

4. Doğrudan Zarar Görmüş Olma

a)- Daha sonraki bir işlem aracılığıyla etkilenme ya da temel hak zedelenmesi doğrudan doğrudur. (101)

F.Alman Anayasa Mahkemesine göre bir yasa, izinleri, katılmaları, üyelikleri vb. engelliyorsa zarar görenlerden bunların tanınması için başvuruda bulunmaları ve bu başvurunun reddi işlemine karşı şikayet yoluna gitmeleri istenebilir. (102)

b)- Eğer bir hukuk kuralının icrası başka bir yürütme işlemi özellikle bir idari işlemi veya bir mahkeme kararı gerektiriyorsa bu hukuk kuralı şikayetçiyi doğrudan etkilemiş olamaz. F.Anayasa Mahkemesi bu tür hukuk kurallarına örnek olarak vergi ve harç yasalarını, memur hukukuna ilişkin kuralları, imar ve çevre hukukuna ilişkin kuralları göstermektedir. (103)

Doğrudan doğruya olma koşulu A.Ş. nin yardımcılık niteliğinin bir belirtisi olarak anlaşılmaktadır. (104)

F.Anayasa Mahkemesi gelecekte belli mesleği izinsiz ifa etmeği yasaklayan bir yasanın doğrudan etki yaptığını (105) kabul etmiştir. F. Anayasa Mahkemesine göre şikayetçi doğrudan yasa ile mağdur olmalı, icra gücünün ira-

(98) BVerfGE 79/89/141; 51, 347; 53, 30/51; 66, 39/ 58 vd.

(99) Pestalozza C. Verfassungsprozeßrecht, S. 114 vd. (Dn. 88)

(100) BVerfGE 26,246/251.

(101) BVerfGE 68,319/325

(102) BVerfGE 69.122

(103) BVerfGE 68, 215; 68, 319, 325. 6.

(104) Pieroth-Sclink Grundrechte, S. 291 KN 1254 (DN 10)

(105) BVerfGE I, 364/270

desini taşıyan bir emri ile mağdur olmamış olmalıdır.

Bu düşüncenin temelinde ilginin hukuksal alanına kamu gücünün iradi işlemi ile müdahale edildiği ve vatandaşa yasanın anayasal denetimi olanaklı kılan bir yargı yolu açıldığı düşüncesi yatmaktadır.

Davaya bakan mahkeme Anayasaya aykırılık düşüncesini paylaşırsa F.Anayasa Md. 100 F.I e göre Anayasa mahkemesinin kararını almak zorundadır. Mahkeme bu yola sapsamza şikayetçi yargı yolu tükendikten sonra A.Ş. ne başvurur. Hukuk normu şikayetçinin haklarına doğrudan tecavüz ediliyorsa ve bir idari işlem de varsa şikayetçi norm aleyhine aynı zamanda idari işlem aleyhine A.Ş yoluna başvurabilir.

Örnekler:

Gelir vergisinde mağduriyet doğrudan yasa ile gerçekleşmemektedir. Çünkü vergi bir idari işlemle (vergi tarhi belirlenir. İlk önce bu idari işletme karşı yargı yoluna başvurmak gerekir. F.Anayasa Mahkemesi eğer vergi daireleri bir denetim ve takdir hakkına sahip değilse vergi yasasına karşı da A.Ş yolunu açık tutmuştur. bazı hukuk normları vatandaş tarafından doğrudan uygulamakta yani self-executing etki doğurmaktadırlar. Bunlara örnek olarak genel hız sınırlanmasına ve dükkân kapatma saatlerine ilişkin kurallar gösterilebilir (106).

c- Yasa norm muhatabını şimdi, daha sonra düzeltilemeyecek kararlara zorluyorsa yada sonraki yasa uygulaması ile düzeltilemeyecek işlemlere neden oluyorsa (107) istisnai olarak doğrudan doğruya unsuru olmadığı halde şikayet yetkisi kabul edilmektedir: (108)

VI Yargı Yolunun Tükenmiş Olması

FAMY Prf. 90 F.II C.I, F.Alman Anayasası Md. 94 F.II C.2 (109) e dayanarak ilke olarak yargı yolunun öngörüldüğü hallerde bu yolun tüketilmiş olmasını istemektedir.

Şekli yasalar için bu kuraldaki yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu bir anlam taşımaz.

Yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu ile A.Ş. nin yardımcılık niteliği belirginleşmektedir. (110)

(106) Schmalz D., Rechtssystem und Anwendung Grudrechte, Nomos, Baden 1991, S. 127.

(107) FAMY Prf. 90 II 2

(108) BVerfGE 65, 1/37 halk sayımı kararı.

(109) F. Alman Anayasası Md. 94 F.II C. 2: "Yasa anayasa şikayeti için yargı yolunun önceden tüketilmiş olması şart koşabilir ve özel bir kabul yöntemi öngörülebilir."

(110) BVerfGE 47,144/145

Temel hak zedelenmesinin kaldırılamayacağı durumda geçerlidir. Böylece F.Alman Anayasa Mahkemesinin hukuksal bakımdan ve fiilen hazırlanmış bir olaya bakması garanti edilmiş olmaktadır. (111)

1. Yargı Yolu, bireyin iddia olunan temel hak zedelenmesinin incelenmesi ve ortadan kaldırılması isteği ile Alman devlet mahkemelerinde yürüttüğü yoldur.

Yargı yolu, yargılamadan önce itiraz yolu öngörüldüğünde idari makamlarda başlar ve aleyhine başka bir yargı yolu kabuledilmemiş olan son merci kararı ile son bulur.

Bununla beraber yargı yoluna eski hale getirme (112) ve yargılamanın yenilenmesi başvurusu da dahildir. (113)

Denetim daha yüksek bir makamda değil aynı merci de yapıldığı (aleyhine temyiz yoluna gidilemeyen) hukuksal çareler de yargı yolundan sayılır. (114)

2. Yargı Yolunun Tüketilmiş Olması, şikayetçinin iddia olunan temel hak zedelenmesini ortadan kaldırmak için tüm yasal ve kendisinden beklenen yargılama olanaklarını kullanmış olması gerektiği anlamına gelmektedir:

Yasal yargılama olanakları şikayetçi tarafından kaçırılmamış olmalıdır:

Şikayetçi yasal yargılama yollarına başvurmamış ya da onları geri çekmiş olmamalıdır. (115)

- Şikayetçinin isteğine, değişmeyen bir yüksek mahkeme kararı karşı ise (116) ya da mahkeme yolu bulunmadı konusunda şikayetçiyi yanlış bilgilendirmişse (117) şikayetçinin yargı yolunu tüketmiş olması beklenemez.

Buna karşılık şikayetçinin yasallığı tartışmalı olan bir yargı yolunu kullanması istenebilir. (118)

3. A.Ş. genel önemli haiz ise ya da yargı yoluna başvurulması şikayetçi için ağır ve sonradan düzeltilemeyecek bir zarar doğuracaksa FAMY Prf.90 F.II C.2 ye göre yardımcılık ilkesi denilebilir. Bunun amacı şikayetçi aslında

(111) BVerfGE 56,54/69;65/38

(113) BVerfGE 42,252/257.

(114) StPO= Ceza usul Yasası Prf. 409 (Ceza karamamesine itiraz); ZPO= Medeni Usul Yargısı Prf. 338 (Gıyap kararına itiraz)

(115) BVerfGE 1, 12/13

(116) BVerfGE 9,3/7; 56,363/380

(117) BVerfGE 19,253, 256 vd.

(118) BVerfGE 70,180/185

öngörölmüş olan yargı yoluna gitmekten kurtarmaktadır. Bunun uygulanması için yargı yolu gerçekten açık olmalı ya da ona başvurulmuş olmalıdır.

Örnekler:

Bir siyasal partiye seçimlerden kısa bir süre önce seçim propagandası yapmak amacı ile radyo ve televizyondan yayın yapmasının engellemesi durumunda siyasal partiye idari yargı yolu ve bu çerçevede geçici hukuksal koruma olanağı tanınmış olmasına karşın siyasal partinin bu yola başvurusu seçimlerden önce diğer partiler gibi radyo TV aracılığı ile propaganda olanağından faydalanmamasının yol açacağı ağır ve düzeltilmesi olanaksız zararı önleyemeyecektir. (119)

VII. Süre

FAMY Prf. 93 F.I C.le göre A.Ş. yoluna **bir ay içinde** başvurulması gerekmektedir.

Bu süre belirlenmesi son merci mahkeme kararlarına ilişkindir.

Çünkü bu tür işlemlerde yargı yolunun tüketilmiş olması gerekmektedir.

Aleyhlerine yargı yolu açık olmayan devlet işlemlerine karşı. (120)

A.Ş. FAMY Prf. 93 F. II ye göre bir yıl içinde açılmalıdır.

Süre yasalarda yürürlüğe girme geriye yürüten yasalarda ilan tarihinden itibaren başlar (BVerfGE 1, 415/416 vd) kamu gücünün hareketsiz kalmasına (ihmaline) karşı açılan Anayasa şikayetlerinde ihmal devam ettiği sürece şikayet geçerlidir. (121)

Şikayetçi ihmali sona erdiğine vakıf olduğu andan itibaren FMY Prf. 93 F. II C.I'deki bir aylık süre geçerlidir. (122)

VIII. Hükümün Kesinliği Nedeniyle Red

F. Anayasa Mahkemesi Kararları diğer mahkemelerin kararları gibi kesin hüküm oluştururlar. Bu genel usul hukuku ilkesi FMY Prf. 41 deki düzenlemenin de temelinde yatmaktadır. (123)

(119) Krş. Siyasal Partiler Yasası Prf. 5; BVerfGE 7,99/103;14,121/130 vd.

(120) Şekli yasalar ve idari yargılamalar yasası Prf. 47 kapsamına girmeyen maddi yasalar.

(121) BVerfGE 6,257/266;10,302/308.

(122) BVerfGE 58,208/218

(123) FAMY Prf. 41: "Başvurunun tekrarı F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bir başvuru konusu da esasa ilişkin karar verilmişse ancak yeni vakıalara dayandırılması halinde aynı başvuru muhatabına karşı başvuru yenilenebilir".

Kesim hüküm, aynı şikayetçinin aynı isteğine aynı hukuki ve fiili durumda yeniden karar verilmemesi gerektiği anlamına gelmektedir.

Kesin hüküm karar gerekçesini değil karar metnini kapsar ama metin yorumu için gerekçelere başvurulabilir.

Şekli bakımdan kesin hüküm aleyhine yargı yoluna gidilemeyen karardır. Yargı yolları icrayı durdurucu etkiye ve geçiş etkisine sahip olan hukuksal çarelerdir. Yani öngörülen merciler sıralamasında daha yüksek bir mahkemeye götüren ve aleyhine şikayet olunan karara belli etkiler ekleyen çarelerdir. F. Anayasa Mahkemesi uzmanlık mahkemeleri karşısında bu anlamda bir yüksek merci değildir. Bu nedenle ona yapılacak bir A.Ş. bir "yargı yolu" oluşturmaz. (124)

Örnekler:

A Motorlu araçta Kara Yolları Trafik Nizamnamesi Prf. 21 a F. I deki emniyet kemeri takma zorunluluğuna aykırı davranmaktan son merci'in para cezasını içeren mahkumiyet kararına karşı bu kararın kişiliğini geliştirme özgülüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle A.Ş. yoluna başvurmuştur.

Bu A.Ş. Anayasa Mahkemesinin ön denetim komisyonunca başarı şansının çok düşük olması nedeniyle karar konusu yapmak için kabul edilmemiştir. A'nın aynı karara karşı yetkili senatonun bu konuda karar vermesi gerektiği yolundaki yeni bir A.Ş. geçerli olmayacaktır. (125)

IX Genel Hukuksal Koruma İhtiyacı

A.Ş.'nin tüm kabule uygunluk koşulları daha yakın incelendiğinde hukuksal koruma ihtiyacının özel belirtileri oldukları görülmektedir.

Bundan fazla olarak usul hukukunda, Anayasa Mahkemesinin Anayasa yargısının ve A.Ş. yargılamasında da uygulanabilir olarak değerlendirildiği genel hukuksal koruma ihtiyacının yazılı olmayan yakalayıcı ögesi geliştirilmiştir. (126) Bu genel hukuksal koruma ihtiyacı gerekli olmayan ya da artık gerekli olmayan A.Ş.'lerinin geçersiz kılınabilmesi fonksiyonunu üstlenmektedir. Bu durum aşağıdaki iki halde sözkonusu olmaktadır.:

1- Temel hak koruması için daha kolay bir olanak varsa A.Ş. gerekli değildir. Genelde yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu, bu durumu kar-

(124) Pestalozza C., Verwaltungsprozeßrecht, S. 299. KN 52, DN 126, DN 8)

(125) Pieroth-Schlink, Grundrechte, S. 294.KN 1270. (DN. 10)

(126) Pieroth-Schink, Grundreche, S. 294.KN. 1271, DN. 10; Aksi görüşte Zuck R., Die Verfassungsbeschwerde, Kn. 151, (DN. 27)

şılmaktadır. Ama bazı durumlarda yargı yolunun tüketilmiş olmasına karşın Anayasa mahkemesinden özel bir yargılama olanağı varsa temel hak koruması için daha kolay bir olanağın bulunduğu kabul edilir. Örneğin F. Anayasa Md. 41 F. II'deki seçim denetimi yargılamasından olduğu gibi (127)

2- Zarar görmüş olma hali ortadan kaldırılmış, şikayet çözümlenmişse A.Ş. artık gerekli değildir.

Çünkü bu durumda şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olmamaktadır ve şikayet yetkisi kabul edilmemektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi şikayet konusunun çözümlenmesini daima hukuksal koruma ihtiyacının bir problemi olarak tartışmaktadır.

- İşlemlerin zedeleyici etkileri hala devam ediyorsa (128)

- Şikayet olunan işlemin tekrarından kaygı duyuluyorsa (129)

- Temel önem taşıyan bir sorun olay aracılığıyla açıklığa kavuşturulabilirse (130) mahkeme temel hak zedeleyici işlemin ortadan kalkmasına karşın hukuksal koruma ihtiyacının kabul etmektedir.

I. Kriter

F. Anayasa Md. 93 F. I Nr. 4a göre bir temel hakkın yada temel hak benzeri hakkın zedelenmesi durumunda A.Ş. haklıdır.

Buna göre ilk planda temel hak ve benzeri haklar kriter oluşturmaktadır. Buna karşılık uluslararası temel haklar, Federe devlet Anayasalarındaki temel haklar ve pozitif üstü insan hakları A.Ş. yargılamasında kriter oluşturmazlar. (131)

(127) F. Anayasa Md. 41 F. II "Federal meclisin (bir federal meclis üyesinin üyeliğın düşmesine ilişkin) kararına karşı Anayasa Mahkemesine şikayette izin verilmiştir." BVerfGE 14,154/155;28,217/218 vd.

(128) BVerfGE 15, 226/230.

(129) BVerfGE 52,42 42/51 vd; 56,99/106

(130) BVerfGE 35,1/4;58,28/29

(131) Temel hak zedelenmesi Federal devletin bunun dışındaki Anayasa kurallarından da kaynaklanabilir.

Bunun F. Anayasa Mahkemesi ilk önce F. anayasa Md. 3 F. I 'e ilişkin içtihadıyla gelişmektedir. Buna göre genel eylem özgürlüğüne yapılan bir müdahale ancak geri kalan Anayasa kuralları ile bağdaşıyorsa bu özgürlüğün sınırı olan Anayasaya uygun düzen kavramına girer. Böylece yetki ve yargılama kuralları dahi geri kalan Anayasa hukukuna aykırılıklar temel hak zedelenmesi oluşturulacaktır. Aynı durum diğer tüm temel haklar içinde geçerlidir. Bir müdahalenin Anayasa hukuksal haklılığı yasa kaydı ile sağlanıyorsa bu yasanın maddi, şekli bakımından Anayasa ile uyumu gereklidir.

Temel hakkın koruma alanına yapılan bir saldırının Anayasa hukuksal haklılığı çatışan Anayasa Hukuku ile haklı çıkarıldığında da aynı şey geçerlidir. Salt bir temel hak ya da temel hak benzeri hak değil örneğin hukuk devleti, sosyal devlet ilkesinde de var olabilen çatışan Anayasa hukuku doğru yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Yasa koyucu tarafından çatışmaların çözümünde Anayasanın yetki ve usul kuralları gözönünde tutulmalıdır.

A.Ş. bir kere kabule uygun bulununca Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar söylenilenin dışında kapsamlı bir denetim yetkisi kullanılır.

Zedelendiği iddia olunan temel haktan bağımsız olarak mahkeme resen tüm Anayasa hukukunun korunmasını amaçlayan bir denetim uygular.

Bu denetim subjektif bir girişim yoluyla A.Ş.'nin kapsamını subjektif hukuk koruması aracı olmaktan objektif hukuk koruması aracı olma yönünde genişletir ve F. Anayasa Mahkemesinin A.Ş.'nin çifte fonksiyonu konusundaki anlayışına uygundur.

A.Ş. salt Anayasaca garanti edilen bireysel hakları garanti etmeğe ve geçerli kılmaya yönelik bir hukuksal çare değildir, aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun spesifik bir hukuksal koruma aracıdır. (132)

II. Denetim Kapsamını Spesifik Anayasa Hukukunun Zedelenmesi ile Sınırlı Tutulması

Her türlü Anayasa hukuku zedelenmesi bir temel hak zedelenmesi anlamına gelecek olursa yani bir A.Ş. ni haklı kılarca bu yasanın üstünlüğü anlamında gelecek, yürütme ve yargının hiç bir işemi yasama işlemleri ile çelişkili olamayacaktır.

Yasalara aykırı mahkeme kararları böylece daima yasanın üstünlüğüne ilişkin Anayasa ilkesini (F. Anayasa Md. 20 f. III) (133) zedelemiş olacaktır. Bunun yeni bir temel hak zedelenmesi olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Örnekler:

Bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet kişi özgürlüğüne bir müdahaledir ve ancak şekli bir yasayla haklı çıkarılabilir.

(F. Anayasa Md. 2 F. II C. I: Md. 104 F. I) (134)

Mahkumiyet hükmü ceza yasasının yanlış yorum ve uygulamasına dayanıyorsa yasanın üstünlüğüne aykırılık oluşturacak ve bir temel hak ze-

(132) BVerfGE 45,63/74

(133) "Yasama anayasaya uygun düzene yürütme ve yargı, yasa ve hukuka bağlıdır."

TC. Anayasası Md. 138: "Hakimler... kanuna ve hukuka uygun olarak hüküm verirler."

(134) Md. 2 F. II. C. 2: "Kişi özgürlüğü dokunulmazdır. Bu hakka bir yasaya dayanılarak müdahale edilebilir."

Md. 104 F. I: "Kişi özgürlüğü şekli bir yasaya dayanılarak ve bu yasa da öngörülen şekillerde sınırlandırılabilir."

delenmesi olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Medeni yasanın ilgili kurallarıyla bağdaşmayan bir boşanma kararının evlenme özgürlüğünü zedelediğini kabul etmek gerekecektir.

Bu kabul edildiğinde kamu gücünün bir işleminin yargı yolunun tüketilmesi koşulu nedeniyle bir mahkeme kararının basit yasa hukukuna aykırılığı gerekçesiyle de A.Ş. yoluna başvurulması gerekecektir.

Böylece F.Alman Anayasa Mahkemesi tüm mahkemelerin üzerinde bir süper temyiz mercii durumunda getirilmiş ve mahkeme basit hukumun her türlü yorumunu denetleme ve düzeltmeye zorlanmış olacaktır.

Ancak bu F.Anayasa Md. 93 F.I Nr. 4a ile temel haklara ve temel hak benzerlerine aykırılıkların denetimi ile sınırlı olması gereken F. Alman Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Kaldı ki böylece diğer yüksek Federal mahkemelerin-özel Anayasa hukuksal denetim hariç-yetkileri kapsamına giren hukuk alanları için son merci olmak görevi gasbedilmiş olacaktır.

Bunun dışında Anayasa Mahkemesi gerçekte iş hacmi nedeniyle tümünden bunalmış olacaktır.

Oysa F.Alman Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarına ilişkin denetimi spesifik Anayasa hukuku ile sınırlanmaktadır. Burada:

- Ya tümünden ilgili Anayasa normunun gözden kaçırılması
- Ya da temelden yanlış uygulaması koşuldur.

Bu yanlış uygulama temel haklarda koruma alanını ya da koruma alanına yapılan bir müdahalenin haklı çıkarılmasını, özellikle oranlılık ilkesini de kapsar. (135)

Bu anlamda spesifik Anayasa hukuku zedelemesinin bulunması durumunda Anayasa Mahkemesi yasaya aykırı olsa bile mahkeme kararına dokunmamaktadır.

Yargılanmanın kurulması, olayın belirlenmesi, değerlendirilmesi, hukukun yorumu ve somut bir duruma uygulanması yalnız, bunun için yetkili genel mahkemelere aittir ve Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulmuştur. (136)

(135) Pieroth-Schlink, Grundrechte, s. 297, KN. 1284 (DN. 10)

(136) BVerfGE 18,85/92; Değişmeyen içtihat.

Bununla birlikte salt bir temel hak zedelenmesi arasındaki sınırı çizmek çoğu kere güçlük doğurmaktadır. Olayın belirlenmesi ve değerlendirilmesi genelde spesifik Anayasa hukukunun sorunu olmadığı halde F.Alman Anayasa Mahkemesi hakim in hukuku geliştirmesi sözkonusu olduğunda tam kapsamlı bir denetim uygulanmaktadır. (137)

Bunun dışında Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre temelde saldırının yoğunluğu önem taşımaktadır.

Denetim sınırları katı ve değişmez bir biçimde çizilemez.

Bu sınırlar temel hak zedelenmesinin yoğunluğuna bağlı olarak belirlenmelidir. Bir hukuk mahkemesi kararı temel hakla korunan özgürce yaşamayı ve eylemde bulunmayı daralttığı oranda Anayasa hukuksal denetim ayrıntılı olmak zorundadır. (138) Temel hakkın koruma alanını şekillendiren yasa normlarının bulunmaması ve uzmanlık mahkemesi için temel hakkın kendisinin tek ölçü olduğu durumlarda (139) ya da temel hak garantisini yasallık ilkesinin oluşturması durumunda (140) artan oranda zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Bu durumlarda F.Alman Anayasa Mahkemesi "**Keyfilik ayırımı kriteri**" ile çözüm aramaktadır. (141) Literatürde Spesifik Anayasa hukuku ile basit hukuk zedelenmesini belirgin bir biçimde birbirinden ayırma konusunda çaba göstermiştir.

Bu konuda bazen Schumann formülüne başvurulmaktadır.

Buna göre itirazda bulunan hakim kararı basit yasa koyucunun bir norm olarak çıkarmaması gereken bir hukuksal sonuç doğuruyorsa spesifik bir temel hak zedelenmesi herhalde mevcuttur. (142)

Ama Schumann formülü kesinlikle F.Alman Anayasa Mahkemesinin denetim ve düzeltme yaptığı tüm durumları kapsamamaktadır.

Bu nedenle literatürde F.Alman Anayasa Mahkemesinin temel haklara özellikle yoğun saldırılarda somut yorum hatalarını bile önemli kabul eden bir denetim uygulaması gerektiği vurgulanmıştır. (143)

(137) BVerfGE 34,293/301 vd.

(138) BVerfGE 61,1/96; Krş. BVerfGE 70, 297/316.

(139) F. Anayasa Md. 16 F. II C. 2 de olduğu gibi: "siyasal bakımdan koşuşturulanlar sığınma hakkından faydalanırlar."

(140) F. Anayasa Md. 101 F. I. C. 2 "kimse yasal yargıçıdan mahrum bırakılamaz" Md. 103 F. 2: "bir fiil ancak fiilin başlamasından önce ceza yasasında belirlenmişse cezalandırılabilir."

(141) BVerfGE 64, 389/396 vd.

(142) Schumann, E. Verfassung und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Schriften zum öffentlichen RECHT, Berlin 1963, Bd II S. 207.

(143) Pietro-Schlink, S.1293 (DN. 10)

F.Alman bilimsel ve yargısal içtihatlarının artan ölçüde üzerinde durduğu yasa koyucunun **hareketsizliği** durumunda temel hakların yargısal yolla korunması sadece **Anayasa Şikayeti** alanında bir anlam taşımaktadır.

Yasa koyucunun hareketsizliği soyut ya da somut norm denetiminin konusu olamaz. (144) bu olgu F.Anayasa Md. 93 F. I Nr. 2 nin sözünden açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre bir norm denetim konusu sadece **şekli anlamda bir yasama işlemi** olabilir (145)

Buna karşılık "Anayasa Mahkemesi kararlarının kapsamını, etkisini düzenleyen" F.Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 95 F. III de yasa koyucunun hareketsizliği halinde geçerli bir Anayasa şikayetinin sonuçları açıkça düzenlememekle birlikte böyle bir durumda Anayasa şikayeti yolu tümünden kapalıda tutulmamıştır. (146)

FAMY Prf. 95 F. III C. 1-3 yasaların iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarını konu edinmektedir. (147)

Buna göre vazedilmiş yasa iptal edilmelidir.

Ancak henüz **vazedilmemiş bir normun** iptal edilmesi olanaksızdır. FAMY Prf. 95 F. I in işaret ettiği gibi "**Anayasa Şikayeti**" mantıksal olarak **kamu gücünün hareketsizliği** durumunda da mümkündür. (148)

Burada kamu gücü kavramından yasa koyucu hariç tutulmamıştır. (149)

FAMY Prf. 95 in sözünden yasa koyucunun hareketsizliğine karşı yapılan Anayasa şikayetlerinin-tıpkı yürütme ve yargının hareketsizliğine karşı yapılanlardan olduğu gibi-geçerli kabul edilmediği sonucu çıkarılmamaktadır.

Ancak FAMY Prf. 95 te yasa koyucunun hareketsizliği halinde gündeme gelecek anayasa şikayetlerinin sadece şikayetçinin **hangi temel hakkının zedelendiğinin tesbitini** sağlayabildiği anlaşılmaktadır. (150)

FAMY Prf. 95 e göre:

(1) A.Ş haklı bulunduğu, kararda Anayasanın hangi kuralı hangi ha-

(144) BVerfGE 18, 38 (45)

(145) Krş. Lechner H. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1973, s. 106; Geiger W. Komm. S. 254 (DN. 47)

(146) BVerfGE 1.100

(147) BVerfGE 6, 386,388

(148) BVerfGE 6, 264

(149) BVerfGE 2.264

(150) BVerfGE 6.264;

reket veya ihmâl ile zedelendiği belirtilmek zorundadır.

F.Alman Anayasası Mahkemesi aynı zamanda şikâyet olunan tedbirin tekrarının her defasında Anayasayı zedeleyeceğine ilişkin karar verebilir.

(2) A.Ş bir mahkeme kararına karşı haklı görüldüğünde F.Alman Anayasa Mahkemesi kararı kaldırır. Prf. 90 f. II C. I in sözkonusu olduğu durumlarda davayı yetkili mahkemeye geri gönderir. (151)

(3) A.Ş. bir yasaya karşı haklı görüldüğünde, yasa iptal edilmelidir. Aynı durum A.Ş. nin, kaldırılan kararın Anayasaya aykırı bir yasaya dayanması nedeniyle F.II gereğince haklı bulunduğu zaman da geçerli olur.

F.Alman Anayasa Mahkemesi 1,100 sayılı kararında vatandaşın bununda ötesinde doğal olarak yasakoyuncunun harekete geçirilmesi konusunda mahkemece takip edilebilen bir hakkı olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. (152)

Buna göre F.Alman Anayasa Mahkemesinin yetkisi sadece vazedilmiş yasalar konusundaki denetimle sınırlandırılmıştır. (153)

F.Alman Mahkemesi tarafından daha sonra da tam kapsamıyla sürdürülemeyen bu düşünce (154)

F.Anayasanın, yasa korucuyu vatandaşında dayanabileceği belli yasama işlemlerini yapma konusunda yükümlendirmek isteyip istemediğine ve bunun boyutuna ilişkin duraksamalara ilişkindir.

F.Anayasa bilinçli olarak yasa koyucunun egemenliği temelini yıkmış ve bunun yerine açıkca yasa koyucuyu Anayasayla bağlı kılmıştır.

Ancak yasa koyucunun Anayasaca değiştirilen bu statüsünün en kapsamlı bir biçimde tanınması halinde bile (155) Anayasa hukuku yargısal içtihatlarında anayasal düzene uygun yasaların konulması, şekillendirilmesi olgusunun birinci planda yasa koyucunun görev bilinci içinde uygulayacağı takdirine bırakıldığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. (156)

(151) Prf. 90 F. II C. I. 'Hak zedelenmesine karşı yargı yolu açıksa A.Ş. ine yargı yolunun tüketilmesinden sonra başvurulabilir.'

(152) Krş. BVerfGE 2,291

(153) BVerfGE 1, 101; Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts,

(154) BVerfGe 6. 264

(155) Krş. F. Alman Anayasa Md. I F. III; 20 F. III 93 F. I Nr. 2; 100; Maunz Th. Staatsrecht, 21 B.S. 69 vd; Kalkbrenner H., Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV 1963, S. 41 vd.

(156) BVerfGE 1, 275; 3, 135;4, 118;4, 244;5, 81;6, 71;7, 318;8, 19,349; Friesenhahn E., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Landerberichte und Rechtsvergleichung, Heidelberg 1961) S. 150.

Böylece yasa koyucunun bireyler karşısında yasa koyma konusunda genel anlamda bir Anayasal bir yükümlülüğü olmadığından yasa koyucunun hareket yükümlülüğünün özel anayasal normlarla somutlaştırılması gereklidir.

Program kuralları kurumsal garantiler, genel anlamda bağlayıcı hukuk kuralları ile Anayasa direktifleri arasında geleneksel sınırlandırma belli koşullar altında uygulanabilir. (157)

Anayasada sadece genel anlamda bir norm koyma direktifinin bulunması yeterli olmamaktadır. Şikayetçi daha çok yasa koyucunun pozitif hareketi konusunda subjektif bir hakkı olduğunu kanıtlamalıdır. Demek ki doğrudan şikayetçinin yerine getirilmesini isteyebileceği yasa koyucunun somut bir hareketinin savsaklanmış olması gereklidir. (158)

Şikayetçinin yeni yasaların korunması konusundaki genel anlamda bir isteği A.Ş. yolu ile ileri sürülemez. (159)

Başka hukuk alanlarında olduğu gibi A.Ş. de de hareketsizlik "Yapmama" değil Anayasanın yapılmasını beklediği "birşeyi yapmama" anlamına gelmektedir. (160)

Bu nedenle eğer Anayasa, yasa koyucuyu bireyin yasa koyucunun hareket etmesi konusunda bir istek hakkı çıkarabileceği belli bir kuralın konulması konusunda görevlendirilmişse ancak o zaman yasa koyucunun FAMY Prf. 90 anlamında geçerli olabilecek bir hareketsizliği sözkonusudur. (açık Anayasa direktifi) (161)

Bu Anayasaca belirlenmiş-topluma karşı değil de bireye karşı norm koyma ödevi ancak istisnai durumlarda vardır ve sözde zedelendiği ileri sürülen temel hakkın yükümlendirici etkisinden çıkartılması olanaksızdır. (162) Özellikle Anayasanın garanti ettiği erkler ayrılığı ilkesi yasa koyucunun hareketsizliğine karşı yapılan A.Ş lerinin sadece istisnai durumlarda geçerli kabul edilmesini istemektedir.

A.Ş nin temelinde Anayasanın temel haklar bölümünde ya da Anayasanın

(157) Maunz Th. Komm. S. 97a KN. 107, (DN.8).

(158) BVerfGE 2, 244.

(159) BVerfGE 2, 244.

(160) Seiwert J., Zur zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962, S. 39; Maunz Th., Komm. S. 98 KN 107 (DN.8).

(161) Krş. BVerfGE 12, 139 (142); 18, 1(15); 23, 242, (249).

(162) BVerfGe 11, 255.

FAMY Prf. 90 ile korunan başka maddelerinde anlatımını bulan "yasa koyucunun hareket yükümlülüğüne" bir aykırılık yatmalıdır (163).

Özlerinde bireye devletten gelecek saldırılara karşı dokunulmaz bir alan garanti eden tüm temel haklar bu anlamda bir Anayasa direktifi içermezler (164).

Bu özgürlüklere F.Anayasa Md. 2 deki bireyin genel özgürlüğü; Md. 4 deki inanç ve vicdan özgürlüğü; Md. 8 ve 9 daki toplantı ve dernek kurma özgürlükleri; Md. 10 daki özel haberleşmenin gizliliği; Md. 11 deki seyahat ve yerleşme özgürlüğü; Md.12 deki meslek ve öğrenim özgürlüğü ve Md. 13 deki konut dokunulmazlığı dahildir.

Devletten bağımsız bireysel özgürlük alanlarına hizmet eden bu temel hak garantilerinden birey için temel olarak kamu gücüne karşı Anayasaca korunmuş statüsünü karışma saldırılardan korunması konusunda istek hakları doğabilir. (165)

Demek ki bu garantiler doğaları gereği ihmal ve hareketsizliğe karşı bir A.Ş. temeli oluşturmazlar.

Bunun dışında yasa koyucuya şekli bir yasanın çıkarılması için bu konuda bir yükümlendirme yapmadan temel hakları sınırlandırma konusunda yetki veren, kurallar bir Anayasa direktifi içermezler.

Bu temel haklara örneğin F.Anayasa Md. 2 F. II C. 3 (Bu haklara bir yasaya dayanılarak müdahale edilebilir)

Md. 5 F. II (Bu haklar sınırların genel yasaların kurallarında, gençliği korumaya yönelik yasa kurallarında ve kişi onurunda bulunurlar.) Md. 8 F. II (Toplantı özgürlüğü yasa ile ya da bir yasaya dayanılarak sınırlandırılabilir) ve Md. 15 in devletleştirme için bir yükümlülük içermemekte bu konuda sadece yasa koyucuya yönelik bir yetki içermektedir. (166)

"Aşağıdaki" temel haklar veya FAMY 90 da anılan haklar sözkonusu olduğunda "bir Anayasal direktifinin varlığı ya da bu ödevin vatandaşın yasa koyucunun aktif olması için bir hak verip vermediği şüphelidir.

(163) F. Anayasa Mahkemesinin değişmeyen BVerfGe, 6, 246;263/264;8,20;9,342; 10, 306; 11, 161; 12,142.

(164) Krş. Maunz Th., Staatsrecht, 21 b., S. 110 vd. (yani Negatif Statü içeren özgürlük hakları).

(165) Krş. Jellinek G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905 S. 84 vd.

(166) BVerfGE 12, 354 (364).

F. Anayasa Md. I F. I sözkonusu olduğunda (İnsan onuru dokunulmazdır. Onu saymak ve korumak tüm devlet güçlerinin ödevidir.) Bu soruya doktrin kısmen olumlu cevap vermektir. Buna göre de bu kuraldan yasa koyucu için sosyal alanda somut bir Anayasal bir emir doğmaktadır. Birey Anayasanın sosyal devlet ilkesinden (167) Md. I F. I ile bağlantılı olarak dava yolu ile takip edilebilen bir subjektif kamu hakkına sahiptir (168) Şu halde F.Anayasa Md. I F. I sosyal alanda somut hareket ödevinin temeli olarak kabul edilmektedir. (169)

İnsan kendisini bir obje olarak aşağılayan ekonomik yaşam koşulları altında varolmaya zorlanıyorsa insan onuruna dokunulmuş olacaktır.

Bu gün insanı konu alan bilimlerde insan beden-akıl ve ruh bütünlüğü olarak ifade edilmekte ve birbirinden izole edilmiş parçalara bölünemeyen bir bütünlük içinde anlaşılmaktadır. Birey en az varlık ve yaşam koşullarına sahip olmadıkça kendini onurlu kılan varlıklara sahip olmuş sayılmaz ve serbest iradesiyle kendini yükseltme yeteneğine sahip değildir. Bireyin devletten olumlu bir edimde bulunulmasını isteme hakkı F.Anayasa Md. I F. I C. 2 de belirlenen devletin insan onurunu koruma ödevinin başka anayasal normalarla devletin olumlu edimde bulunma ödevi düzeyine yükseltilmesiyle doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanmaktadır.

Bugün Anayasanın sosyal devlet ilkesinden F.Anayasa Md. I F. I ile bağlantılı olarak en azından en az geçimin sağlanması konusunda eylemsel bir devlet ödevi çıkarılmakta ve kusuru olmadan yardıma muhtaç olana sosyal yardım konusunda dava yoluyla takip edilebilen bir subjektif kamu hakkı verilmektedir. (170)

F. Anayasa Md. 3 F. I in somut bir Anayasa direktifi içerip içermediği doktrinde tartışılmalıdır. (171)

Bir kısım düşünörlere göre (172) eşitlik ilkesinin bir Anayasa direktifi şeklinde yorumlanması ona doğası gereği yerine getiremeyeceği bir fonksiyon tanımak anlamına gelecektir. (173)

Ama bu durum F. Anayasa Md. 3 F. I ile bağdaşmayan bir yasaya karşı A.Ş. yolunu kapatmamaktadır. F.Alman Anayasa Mahkemesi aynı fonksiyonu

(167) Krş. Md. 20, 28, 79 F. III.

(168) Krş. BVerfGE 1, 105; Nipperdey, Grundrechte, Bd. 2 S.5 vd. BVerfGE 1, 159.

(169) Maunz Th., Komm., S. 99, KN. 110 (DN.8).

(170) Krş. BVerfGE, 1, 97 (103).

(171) Geiger W., Komm., S. 284., (DN. 47).

(172) Maunz Th., Komm., S. 99 KN? 111 (DN? 8).

(173) Krş. BVerfGE 11, 225.

ifa iden ve aynı dereceli yargıçlar arasında mali statülerine ilişkin olarak yapıldığı ileri sürülen ayırma karşı yasa koyucunun bir ihmaline değil pozitif yasal bir kararına yönelik olduğu için Anayasa şikayetinin geçerliliğini kabul etmiştir. (174)

Buna karşılık diğer bir görüşe göre (175) oransal bir ihmal, eşitlik bakımından bir ihmal sözkonusu olduğundan Md. 3 F. I somut bir Anayasa direktifi için temel oluşturmaktadır. Buna göre yasa koyucu Anayasa Hukuksal açıdan her ne kadar aktif olma konusunda yükümlendirilmemişse de, bir kere aktif olacak olursa Md. 3 F. I yasa koruyucu daha önce normlandırılmış olanlara temelden benzeyen olayları yasa koymada dikkate alma konusunda yükümlendirmektedir.

Buna göre Md. 3 F. I yasamanın negatif hareketi ile de zedelenebilen bir temel hak içermektedir. (176)

FAMY Prf. 90 da açıkça belirtilmediği halde bir Anayasa kuralı özel bir Anayasa direktifi içerdiğinde ve yasa koyucu bu direktifi F. Anayasa Md. 3 F. I i zedeleyerek eksik ifa ettiğinde bu oransal ihmal bir A.Ş. konusu olabilir.

Şikayetçi yasa koyucunun Md. F. I i zedeleyerek yerine getirmediği ya da eksik yerine getirdiği somut bir Anayasa direktifine dayanabilir. (177)

Örneğin yasa koyucu somut bir Anayasa emri içeren Anayasa kuralı FAMY Prf. 90 ta açıkça belirtilmediği halde F. Alman Anayasası Md. 131 deki açık Anayasa direktifini Md. 3 F. I i zedeleyerek eksik yerine getirirse A.Ş. geçerlidir. (Md. 131 Kamu hizmetlerinin eski mensuplarını hukuksal durumun bir Federal yasa ile düzenlenmesi konusundaki Anayasa direktifini içermektedir.) Şikayetçi burada Md. F. I in zedelediğini ileri sürebilir. A.Ş. nin geçerli olması için Md. 3 ün zedelenmesinin açık bir Anayasa direktifi çerçevesinde gerçekleşmesi önem taşımaktadır. Demek ki Md. 3 ün zedelediğini ileri sürebilmek için yasa koruyucuyu yükümlendiren açık bir Anayasa direktifinin varlığı gereklidir.

Buna uygun bir A.Ş. nde şikayetin haklı bulunması durumunda F. Anayasa mahkemesi kısmi düzenlemeyi iptal edemez. Anayasa şikayeti doğası gereği

(174) BVerfGE 26, 16, (134).

(175) Lechner H., Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, NJW 1955, S. 1817 vd..

(176) Seiwerth J., Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962. s. 70.

(177) BVerfGE 6, 257 (264); 8,1 (9) ; 8, 210 (216).

FAMY Prf. 95 I gereğince sadece F.Anayasa Md. 3 F.I in zedelendiğinin tesbiti sonucuna götürür. Bundan sonra makul bir süre içinde Anayasa emrinin kapsadığı tüm alanda Md. 3 F. I gözönünde tutularak yeni bir düzenleme yapmak yasak koyucuya bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi bunun dışında yasa koyucuyu etkileme olanaklarına sahip değildir. (178) Yasa koyucunun uygun bir yasa koymakla yükümlendirebileceği görüşü (179) böyle bir sonucun Anayasanın erkler ayrımı ilkesine ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa Hukuku tarafından yaratılan yargı yetkisine aykırı olacağı noktasından eleştirilmiştir. (180)

FAMY de sayılan geri kalan haklar bakımından bir Anayasa direktifi F.Anayasa Md. 6 F. V söz konusu olduğunda kabul edilmektedir.

Buna göre yasa koyucu bu kuralda bulunan Anayasa direktiflerini makul bir süre içinde uygulamayı ihmal ederse Md. 6 F. V kuralı zedelenmiş olacaktır. (F. Anayasa Md. 6 F. V: "evlilik dışı çocuklara yasa ile evlilik içinde doğan çocuklar gibi bedensel ve ruhsal gelişimleri ve toplumdaki statüleri için eşit koşullar yaratılmalıdır".) (181)

FAMY Prf. 90 F. I de sayılan haklara dayanan bir Anayasa direktifinin varlığı durumunda bu özellikle Md. 6 F. 5 ve Md. 33. V., (Kamu hizmeti hakkı memur mesleğinin geleneksel ilkeleri gözönünde tutularak düzenlenmelidir.) de sözkonusu olmaktadır. Bir Anayasa şikayeti yasa koyucunun mutlak bir ihmaline de yönelik olabilir. Şikayetçi yasa koyucunun özel bir direktife rağmen düzenleme yapmadığını iddia edebilir. FAMY Prf. 90 F. I de sayılmayan kuralardan bir Anayasa direktifi çıkarılıyorsa bununla aynı zamanda bir temel hak ya da Prf. 90 F. I de korunan diğer haklar zedelenmişse ihmale karşı şikayet yoluna gidilebilir.

Zedelenen temel hak olarak özellikle F.Anayasa Md. 3 F. I (de düzenlenen eşitlik ilkesi) sözkonusu olabilir. (182)

Böyle bir durum F.Alman Anayasası Md. 117 F. I için geçerli olabilir. Bu kural Anayasanın farklı cinsler arasında olabildiğince çabuk duruma uygun tam kapsamlı bir eşitlik sağlamak istediğini açıklamaktadır. Yasa koyucu bu Anayasa emrini ifa etmeyecek olursa Anayasayı zedelememiş olacaktır. (183)

(178) BVerfGE 6, 265, 266; Maunz Th., Komm S. 99(a KN. 112 (DN.8).

(179) Spanner A.A. Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, 1951. S.78.

(180) Maunz Th., Komm., S. 99a. TRb 112 (DN.8).

(181) BVerfGE 8, 210; 25, 167 (174, 184 vd); 44,1 (22).

(182) BVerfGE 6, 257; 8,1 vd.; 15, 47 vd.

(183) BVerfGE 6, 264; 8, 216; 15, 137 vd.

Hukuk normalarına karşı yapılan tüm A.Ş. lerinde olduğu gibi ihmal şikayetinde de şikayetçinin kendisinin Anayasa hukukunca emrolunan norm koyma ödevinin yerine getirilmemesi ile şimdi ve doğrudan ve doğruya FAMY Prf. 90 ile korunan haklarının zedelenmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle bu durumlarda da daima yasa koyucu gücün şikayet konusu hareketsizliğinin **şikayet haklarını** zedeleyip zedelenmediğinin özellikle denetimi gereklidir.

Şikayetçi ancak Anayasaca emrolunan yasa koyucunun hareket yükümlülüğü ile avantajlı olması gereken kişi çevresine dahilse ihmal şikayetine başvurulabilir.

Örneğin, F.Anayasa Md. 6 F. V söz konusu olduğunda sadece "evlilik dışı çocuk" Anayasa şikayeti yoluna başvurulabilir. (184)

Aleyhine şikayet olunan ihmal bunun dışında güncel olmalıdır. Yani şikayetçiye gelecekte değil şimdi zarar vermelidir.

Yasa koyucunun bir ihmali söz konusu olduğunda maduriyetin doğrudan doğruyalığı ilke olarak kabul edilmek zorundadır. Yargı yolunun tüketilmiş olması zorunlu değildir. (185)

Yasa koyucunun bir ihmaline karşı açılacak bir A.Ş. ihmal devam ettiği sürece geçerlidir. (186)

F. Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre FAMY Prf. 90 F. II deki süre yasa koyucunun ihmaline ilişkin A.Ş. lerinde geçerli değildir. (187)

Norm koyan gücün ihmaline yönelik bir A.Ş. doğası gereği FAMY Prf. 95 F. I gereğince şikayetçinin FAMY Prf. 90 aracıyla korunan hakkının zedelendiğini tesbite yöneliktir. F. Alman Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu üzerinde daha başka etkileme olanakları bulunmamaktadır. (188) Bununla birlikte böyle bir kararın pratik bir sonuçtan yoksun olduğu düşünülmemelidir.

Böyle bir karar yasa koyucuyu, F.Anayasa Mahkemesinin kendi Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmak için yasa koyucuya bir süre belirlemediği sürece

(184) Schneider R., Rechtsschutz gegen Verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AÖR Bd. 89 S. 34; Seiwert J., Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962 S. 113.

(185) BVerfGE 11, 261, 266.

(186) BVerfGE 10, 308.

(187) BVerfGE 6, 266; 10, 308; II, 261; 13, 287.

(188) BVerfGE 6, 265, 266.

Anayasa hukuksal bakımından gerekli harekete yükümlendirmektedir. (189).

F. Anayasa Mahkemesinin bunun ötesinde norm koyan gücün Anayasaya uygun bir durumu nasıl yaratabileceği konusunda karar vereceğine ilişkin (190) görüşünün erkler ayırımına ilişkin Anayasa ilkesine ve F. Anayasa Mahkemesinin norm koyma yetkisine Anayasa hukuksal açıdan çizilen sınırları gözden uzak tutan bir düşünceye dayandığı bunun dışında F. Anayasa Mahkemesi Federal bütçeyi etkilecek kararlar verildiğinde F. Anayasa Md. 113 e göre yasa koyucu için de zorunlu olan F. hükümetin iznini alması gerektiği ileri sürülmektedir (191).

F. Alman Anayasa Mahkemesi gibi Anayasanın ve özellikle temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olmak fonksiyonunu üstlenen Anayasa Mahkememize temel hakların zedelenmesi durumunda bireylerin doğrudan başvuru hakları ve Anayasa yargısı sistemimizde "Anayasa şikayeti" diye adlandırılan bir yöntem bulunmamaktadır.

Bu yöntem F. Alman Anayasa Mahkemesinin kendisini bir çok Anayasa mahkemesinden farklı kılan en geniş yetkili bir organ durumuna gelmesini sağlamıştır (192).

Bu kurumun Anayasa yargısı sistemimize dahil edilmesi ile objektif Anayasa hukuku en geniş kapsamıyla korunacak, yorumlanacak ve geliştirilecektir.

Mahkeme kararına karşı kabul edilmesi ile somut bir hukuksal uyumsuzluk konusunda karar verirken sadece Anayasaya uygun hukukun temel oluşturması amacına hizmet edilmiş olacak, Anayasa Md. 11 deki Anayasanın bağlayıcı ve üstünlüğü ilkesi ve Md. 138 F I C. 2 deki hakimlerin anayasaya göre hüküm verecekleri kuralı gereği tam olarak gerçekleştirilmiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi temel hakların zedelenmesi söz konusu olduğunda yasama, yürütme ve yargının tüm işlemlerinin temel haklara uygunluğunun denetimini yapmak durumunda olacaktır.

A.Ş. sayesinde alışılmış usul hukuku olanaklarının tüketilmiş olmasına karşın varlığını sürdüren temel hak zedelenmelerin önlenmesi sağlanmış olacaktır.

(189) BVerfGe 25, 187, 188; 33, 13; 39, 194 vd.; 40 284;41, 267; 41, 330 vd.; Lechner H., Zur Zulässigkeit S. 1819, (DN. 175) Geiger W., Komm., S. 27/28 (DN. 47).

(190) BVerfGe 13, 261.

(191) Maunz Th., Komm., S. 101 a, 101b, KN.121 (DN.8).

(192) Friesenhahn E., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland Köln, Carl Heymann Verlag KG. 1963, S. 92.

A.Ş., Anayasa Mahkememize temel hak yorumunun hukuksal açıdan önemli sorunlarına ilişkin olarak daha kapsamlı bir şekilde görüş bildirme olanağını verirken aynı zamanda kamu gücü güncelleşmesine katkıda bulunacaktır. A.Ş. birkere kabule uygun bulununca Anayasa Mahkemesi zedelendiği iddia olunan temel haktan bağımsız olarak resen tüm Anayasa hukukunun korunmasını amaçlayan bir denetim uygulayacaktır.

Bu denetim subjektif bir girişim yoluyla A.Ş. nin kapsamını subjektif hukuk koruması aracı olmaktan objektif hukuk koruması aracı olma yönünde genişletilecektir.

A.Ş. salt Anayasaca garanti edilen bireysel hakları garanti etmeğe ve geçerli kılmaya yönelik hukuksal çare oluşturmayacak ve aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun spesifik bir hukuksal koruma aracı niteliğine sahip olacaktır.

Mahkeme kararlarına ilişkin denetim spesifik Anayasa hukuku ile sınırlandırılacaktır. Burada ya tümünden ilgili Anayasa normunun gözden kaçırılması ya temelden yanlış uygulanması koşuldur.

Spesifik Anayasa Hukuku zedelenmesinin bulunmaması durumunda Anayasa Mahkemesi yasaya aykırı olsa bile mahkeme kararına dokunmayacaktır. Yargılamanın kurulması, olayın belirlenmesi, değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumu ve somut bir duruma uygulamansı yalnız bunun için yetkili genel mahkemelere ait olacaktır.

A.Ş. ile soyut ya da somut norm denetiminin konusu olmayan yasa koyucunun hareketsizliği durumunda temel hakların yargısal korunması sağlanmış olacaktır.

A.Ş. ne yasakoyucunun, Anayasamın yapılmasını beklediği bir şeyi yapmama durumunda başvurulabilecektir.

Anayasa, yasa koyucuyu bireyin yasa koyucunun hareket etmesi konusunda bir istek hakkı çıkarabileceği belli bir kuralın konulması konusunda görevlendirilmişse (Açık Anayasa direktifi) A.Ş. geçerli olacaktır. Yani yasa koyucunun bireye karşı bir norm koyma ödevi bulunmalıdır.

Anayasamızın başlangıç hükümleri 8. paragrafından ("her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme hakkına sahip olduğu") ve Anayasa Md. 5 kuralından ("Devlet ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak insanın maddi ve

manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak" görevi) yasa koyucu için sosyal alanda somut bir Anayasal emir doğmaktadır. Birey için Anayasamızın sosyal devlet ilkesinden başlangıç 8. Prf. ve Md. 5 ile bağlantılı olarak dava yolu ile takip edilebilecek bir sübjektif kamu hakkı doğmaktadır.

Şu halde bu kurallar sosyal alanda yasa koyucunun somut hareket ödevinin temeli olarak kabul edileceklerdir.

Anayasanın sosyal devlet ilkesinden başlangıç Prf. 8 ile bağlantılı olarak en azından en az geçimin sağlanması konusunda bir devlet ödevi çıkmaktadır.

Kusuru olmadan yardıma muhtaç olan, kimse sosyal yardım konusunda dava yoluyla takip edilebilen bir sübjektif kamu hakkına sahiptir.

- Genel eşitlik ilkesinin düzenlediği Anayasa Md. 10 da açık bir Anayasa direktifi ile birlikte A.Ş. için temel oluşturulacaktır.

Her ne kadar yasa koyucu hukuksal açıdan aktif olma konusunda yükümlendirilmemişse de bir kere aktif olacak olursa daha önceden normlandırılmış olanlara temelden benzeyen olayları yasa koymada dikkate alma konusunda yükümlendirilmiştir.

Yasa koyucu açık Anayasa direktifinin Md. 10 u zedeleyerek yerine getirmeyen ya da eksik yerine getirirse A.Ş. geçerli olacaktır. Bunun için şikayetçinin Anayasaca emrolunan yasa koyucunun hareket yükümlülüğü ile avantajlı olması gereken kişi çevresi içinde değerlendirilmesi gereklidir.

Anayasa Mahkememizin İş yükünün A.Ş ile artması tehlikesi, F.Almanya'da Ekim 1993 tarihinde gerçekleştirilen A.Ş. konusunda karar için kabul koşullarının zorlaştırılması ve kabul konusunda özel oluşturulmuş bir komisyona takdir yetkisi tanınması çareleri ile önlenebilir.

Bir Anayasa değişikliği halinde buna ilişkin kural Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. Maddenin V. fıkrasından sonra VI fıkra olarak yer almalı ve aşağıdaki içeriğe sahip olmalıdır.

"Anayasa Mahkemesi ayrıca devlet tarafından temel haklarının zedelendiğini iddia eden herkesin başvurabileceği A.Ş. davalarına bakar ve karara bağlar."

Bu kural Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usullerini düzenleyen kanunda A.Ş. yargı yolunun önceden tüketilmiş olması koşuluna bağlanabilir ve özel bir kabul yöntemi öngörülebilir.

Yargılamanın ayrıntıları, A.Ş. nin karar için kabul ve dava koşulları, Anayasa Mahkemesi kararının niteliği" Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri'ne ilişkin yasada yer almalıdır.

Objektif Anayasa hukukunun kendine özgü bir objektif koruma aracı olan bu kurum Anayasa yargısı sistemimize dahil edilmekle Anayasa dokunulmazlığının garantisi oluşturacaktır.

A.Ş. temel hakların kendisine özgü bir hukuksal koruma aracı olarak vatandaşlara devlet gücünün temel hak zedeleyici saldırılarını savuşturma olanağı sağlayacaktır. A.Ş. vatandaşı Anayasa ile canlı bir ilişkiye sokacak Anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna katkıda bulunacaktır.