

**ALMANYA VE AVUSTURYA'DA
ANAYASA YARGISININ ESASLARI**

Ali Ükü AZRAK

SUNUŞ

Anayasa yargısı, Türkiye'de en üst düzeyde bir yargı disiplini olarak Anayasal düzende yerini aldığı ve işlemeğe başladığı 1962 yılından bu yana yapılan Anayasa değişiklikleri nedeniyle kapsam ve öz bakımından değişime uğramış ve 1961 Anayasası yapılırken örnek olarak alınan Alman, İtalyan ve Avusturya Anayasa yargısı gibi benzerlerinden böylece, biraz uzaklaşmıştır. Özellikle Alman ve Avusturya Anayasa yargısının, Türk Anayasa yargısına ne ölçüde örnek olabileceğini saptayabilmek için, adı geçen ülkelerde bu konuya ilişkin olarak öngörülen esasların ortaya konması gerekir. Aşağıdaki etüd, bu amaca yönelik iddiasız bir çalışmanın ürünüdür.

1 — ANAYASA YARGISININ NİTELİĞİ

Nasıl ki, Anayasa, iktidarın kullanımına hukuksal sınırlar koyan bir normlar dizisiyle (ki KELSEN'e göre Anayasanın politik işlevi bundan oluşur), Anayasa Mahkemesi de bu normların kurumsal garantisini (yani bu normların sınırlarının açılmasının garantisini) oluşturur. Bu garantinin bir Yüksek Mahkemenin eline verilmesinin nedeni ise dünyanın her yanında artık tartışmasız kabul edilen bir genel ilkedir:

«Hiç kimse kendisiyle ilgili bir konuda yargıçlık edemez! Bunun içindir ki, kanun koyucu meclislere, kanunların Anaya-

saya uygunluğunu denetleme yetkisinin verilmesi düşünülemez. Hatta bu yetki, kanunları bir hukukî işlemle yürürlüğe koyan Devlet Başkanına da verilemez.

Anayasa mahkemesi, statik-organizasyonel bakımdan değil de, kinetik-fonksiyonel bakımdan **supremus** (1) rolünü elde tuttuğu hallerde bile, bir Yargı Organı karakterine sıkı sıkıya bağlı kalır. Anayasa hem sınırlı, hem de sınırlayıcı bir düzeni ifade ettiğine göre, Anayasa Mahkemesi de söz konusu sınırların bekçisidir (2). Çünkü nerede sınır varsa, orada da sınır bekçisi vardır.

Öyleyse Anayasa Yargısı iki amaca yöneliktir:

1. Anayasa düzeyinde varolan hukuksal sınırları güvence altına almak;
2. Hukuk sükelerinin, hukukun yaratılmasında ve uygulanmasında bir katılımını (bu, hukuk düzeninin en üst düzeyinde, yani Anayasa düzeyinde de olur) sağlamak. Bu katılımın sükeleri şunlar olabilir:
 - a) Bireyler (yurttaşlar, ya da bir ülkede yaşayan bütün bireyler),
 - b) Azınlıklar, halk grupları,
 - c) Çevresel, ya da yerel kamu kuruluşları (departmanlar, belediyeler, köyler, Federe Devletler),
 - d) Dernekler ve dernek benzeri kuruluşlar (Avusturya'da bunlardan Ticaret Odaları, İşçi Odaları v.b. kamusal nitelikte, Almanyada da İşçi Odaları hariç-bunlar yok-diğerleri aynı nitelikte; siyasal partiler ve sendikalar ise özel hukuk kuruluşu niteliğinde sayılıyor),

(1) «Supremus» Anayasa sınırları içinde en son sözü söyleyen organdır. bk. R. MARCIC, s.g.e., sh. 89.

(2) bk. W. KAEGI-a.g.e., sh. 755.

e — Diğer Devlet organları.

Anayasa Yargısının bu amaçları, bize Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin bir kataloğunu saptama olanağını sağlamaktadır. Gerçekten, bu yetkiler en kaba çizgileriyle şöyle sıralanabilir:

- Temel hakların korunması,
- Devlet Organları arasındaki uyumsuzlukların çözümü,
- Federasyon ile federe devletler ya da federe devletlerin kendi aralarındaki yetki uyumsuzluklarının çözümü,
- Bazı Devlet organ ve ajanları aleyhine açılan ceza davası benzeri davaların görülmesi,
- Siyasal seçimlerin denetimi,
- Federal Devletin ve federe Devletlerin yetkilerinin a priori tespiti (préventif yetki denetimi),
- Norm kontrolü.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN YETKİ VE GÖREVLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ:

1. **Temel hak ve özgürlüklerin korunması** (sponsor et defensor iurum et libertatum):

Anayasa Mahkemesinin görevlerinin başında, insan onunun, özgürlüğünün ve eşitliğin korunması gelmektedir. Özellikle ALMANYA'da doktrin ve içtihatların kabul ettiğine göre, temel hak ve özgürlükler sadece kamu gücüne karşı değil, aynı zamanda bireylere karşı da korunmalıdır (3). «Temel hakların 3. kişileri bağlayıcı gücü» Almanya'dan farklı olarak Avusturya'da kabul edilmemektedir. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin saldırıdan korunması için Anayasa Mahkemesine yaptıkları başvurunun adı ANAYASA ŞİKAYETİ'dir.

(3) Bk. Bachof-Jesch, a.g.m., sh. 54.

A — Almanya:

1951 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 90 ve 91. maddelerine göre kişiler ve komünler Anayasa şikâyeti yoluna başvurabilirler. M.90: «Herkes, kamu otoriteleri tarafından temel haklarından birinin... zedelendiği iddiasıyla Federal Anayasa Mahkemesi (FAM). nezdinde Anayasa şikâyeti yoluna başvurabilir.

Ihlâle karşı başka bir müracaat yolu açıksa, Anayasa Şikâyeti ancak bu müracaat yolunun tüketilmesinden sonra mümkündür. Bununla birlikte müracaat yollarının tüketilmesinden önce sunulmuş bir Anayasa Şikâyeti genel bir önem taşıyorsa, ya da şikâyeti yapan ağır ve giderilemeyecek bir zarara uğramak tehlikesine maruzsa, FAM bu hususta hemen karar verir.»

Buradan da anlaşılacağı gibi, özel hukuk kişileri (bireyler ve tüzel kişiler), temel hak ve özgürlüklerinin kamu otoritelerince (yasama, yargı ve idare makamlarınca) ihlâli karşısında Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedirler. Bu yolun önemi özellikle, kişilerin bir dava dolayısıyla bidayet mahkemesinde ileri sürdükleri «Anayasaya aykırılık iddiası»nın bu mahkemece kabul edilmeyerek, dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmemesi ve savaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilmesi hallerinde ortaya çıkmaktadır.

M. 91: «Komünler ve komün birlikleri, bir federal yasanın veya bir federe devlet yasının, Anayasanın 28. maddesini (bu madde komünlerin özerkliğine ilişkin hak ve yetkilerini düzenlemektedir) ihlâl ettiği iddiasıyla Anayasa Şikâyeti yoluna başvurabilirler...»

Anayasa Şikâyeti yolu Federal Almanya'da en çok başvuru alan bir yoldur. FAM.nin kuruluşundan 31 Aralık 1974'e kadar ele aldığı 31.735 davadan 29.760'ı Anayasa Şikâyetidir. Bunlardan pek azı dava konusu hukukî işlemin (yasa, mahkeme kararı, idarî işlem) iptaliyle sonuçlanmış olmasına (414 iptal kararı) karşın FAM. tarafından baştan reddedilmeyerek esası incelenip hükme bağlanan bu tür başvuruların sayısı çok yüksek olduğu gibi, önemi de birel halleri çok aşmaktadır ve kamu makamları için esaslı bir yol gösterici olmaktadır (4).

(4) Horst SAECKER, a.g.e., sh. 30.

B — Avusturya:

Avusturya Anayasasının 144. maddesine göre: «Anayasa Mahkemesi (AAM.), kişilerin birel idarî kararların Anayasasının garanti ettiği haklarından birini (veya birkaçını) ihlâl ettiği iddiasıyla yaptıkları Anayasa Şikâyeti hakkında karar verir. Federal kanunlarda aksi öngörülmediği takdirde, Anayasa Şikâyeti yoluna, ancak bütün müracaat yolları tüketildikten sonra başvurulabilir.»

AAM.nin yerleşmiş içtihadına göre, şeklen düzenleyici idarî işlem olarak yapılmakla birlikte, maddî niteliği itibariyle birel idarî işlem karakteri taşıyan idarî işlemler de (ki bunlara doktrinde **örtülü idarî karar** adı verilmektedir) Anayasa Şikâyetinin konusu olabilir.

2. İç barışın ve Devletin siyasal birliğinin korunması (sponsor et defensor pacis et unitatis):

A — Anayasa Mahkemesinin «Devlet Mahkemesi» olarak yetkisi:

a) Devlet içinde çeşitli güç faktörleri (Hükümetle Parlamento, Devlet Başkanıyla Hükümet ve Parlamento, birinci meclisle ikinci meclis) arasındaki yetki uyuşmazlıklarının, iç yapıları ve nitelikleri itibariyle siyasal bir karakter taşıdıkları ve bu nedenle yargı denetimine tabi olamayacakları hususundaki kanı değişinceye kadar uzun bir zaman geçmiştir. Sonunda anlaşılmıştır ki, siyasal güçler arasındaki çekişmeler de bir hukuk uyuşmazlığı biçimine bürünerek, hukuk açısından çözüme bağlanabilir. Nasıl ki her hukuk probleminin arkasında da bir güç problemi vardır ve yargı, hukukî olduğu kadar da siyasal bir iştir. Anayasa Yargısının bu türünde, siyasal iktidarın iki faktörü olan Hükümet ile Parlamento birinci meclis ile ikinci meclis ve hatta meclislerdeki siyasal partilerin grupları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bahis konusudur.

aa) **Almanya:** Almanya'da bu tür uyuşmazlıklar «Federal Organlar arasındaki Anayasa Uyuşmazlıkları» adı altında organik kanununun 13/5, 63. ve 63. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bunlar Federal Devlet organları arasında, Anayasanın bunların yetkilerine ilişkin hükümlerinin yorumu dolayısıyla çıkan uyuşmazlıklar olup, iki tarafı bulunan birer dava biçiminde görülür.

bb) **Avusturya:** Avusturya Anayasasında bu tür «Organ uyuşmazlıkları» öngörülmemiştir.

b) Anayasa Mahkemesinin bir «Devlet Mahkemesi» (Staatsgericht) olarak çözümlendiği uyuşmazlıklar yukardakilerden ibaret olmayıp bir de Devletin federal yapıya sahip olmasından doğan kimi problemleri içeren uyuşmazlıklar da vardır. Bunlar, **Alman Anayasasının** 93. maddesinin 3. ve 4. bendine, ve **Avusturya Anayasasının** 138. maddesinin 1. bendinin c fıkrasına ve 2. bendine göre Federal Devlet ile Federe Devletler arasında, ya da Federe Devletlerin kendi aralarında çıkan yetki uyuşmazlıklarıdır.

B — Anayasa Mahkemesinin «Uyuşmazlık Mahkemesi» olarak yetkisi:

Anayasa Mahkemesinin bir uyuşmazlık mahkemesi olarak görev yapması haline **sadece Avusturya'da** rastlanmaktadır. Şöyle ki AAM., federal devlet düzeyinde olsun, federe devletler düzeyinde olsun, İdare Mahkemesi ile diğer mahkemeler ve adliye mahkemeleriyle diğer mahkemeler arasında çıkan olumlu ve olumsuz görev uyuşmazlıklarını çözümler (Anayasa m. 138/1-b).

Buna bir de Anayasanın 126. maddesinin (a) bendine göre, Sayıştay ile Federal Hükümet ya da Federal Hükümetin bir bakanı veya federe devletlerden birinin hükümeti arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını da eklemek gerekir.

3. **Devletin korunması - demokrasinin ve hukuk devletinin güvenlik altına alınması (ceza davası benzeri davalar):**

Anayasa Mahkemesi, kimi Devlet ajanlarının, siyasal partilerin ve kişilerin Anayasayı ihlâl edici davranışlarını yargı yo-

luyla müeyyidelendirmek üzere, ceza davası benzeri davaları görmekle görevlendirilmiştir.

A — Kimi Devlet ajanlarının yargılanması:

a) Almanya:

1949 tarihli Bonn Anayasası, Weimar Anayasasından farklı olarak, bakanlar aleyhine Anayasa davası açılmasını kabul etmemiştir. Buna karşılık Bonn Anayasasının 61. ve 98. maddelerine göre, Devlet Başkanı ve yargıçlar hakkında Anayasa davası açılabilir. 61. maddeye göre Devlet Başkanı Anayasayı ya da bir federal kanunu bilerek, isteyerek ihlâl ettiği takdirde, Federal Konsey ya da Federal Meclis (ki bunlar parlamentoyu oluşturan 1. ve 2. meclislerdir) üyelerinin 1/4'nin teklifi ve 2/3'nin kararıyla FAM. nezdinde Devlet Başkanı aleyhine Anayasa davası açabilirler.

98. maddeye göre ise federal yargıçlardan biri federal Anayasayı ya da federe devletlerin anayasal düzenini ihlâl ettiği takdirde federal meclis üyelerinin salt çoğunluğunun kararıyla bu yargıç aleyhine Anayasa Mahkemesi nezdinde dava açılır.

FAM. Devlet başkanı aleyhindeki iddiaları haklı gördüğü takdirde onun Başkanlıktan uzaklaştırılmasına karar verir. Yargıçlar hakkındaki iddiaların haklı görülmesi halinde ise bunlar ya başka bir göreve atanır, ya emekliye sevk edilir, ya da görevden uzaklaştırılır.

Şunun da işaretlenmesi gerekir ki, bugüne kadar Almanya' da ne Devlet Başkanı, ne de yargıçlardan biri aleyhine Anayasa davası açılmıştır.

b) Avusturya:

Avusturya Anayasasının 142. maddesine göre, Devlet Başkanı, aleyhine Anayasayı ihlâlden dolayı federal meclisin kararıyla Anayasa davası açılabileceği gibi, Federal Hükümet üye-

leri aleyhine de kanunların ihlâli nedeniyle Millî Meclisin kararıyla Anayasa davası açılabilir.

Federe devletlerden birinin hükümet üyeleri aleyhine böyle bir davanın açılması için Federe Devletin meclisinin kararına ihtiyaç vardır. Federe devletlerden birinin hükümet başkanı aleyhine Anayasa davası açılmasına ise o Federe Devletin hükümeti karar verir.

Yargıçlar aleyhine, Almanya'da olduğu gibi, bir Anayasa davası açılması Avusturya'da söz konusu değildir. Avusturya Anayasasına göre AAM., Devlet Başkanı veya bakanlar aleyhine açılan Anayasa davalarında ileri sürülen iddiaları haklı gördüğü takdirde, ağır görülmeyen ihlâllerde, sadece bu ihlâlin varlığının saptanması ile yetinilir. Ağır ihlâllerde ise görevden uzaklaştırma ve hatta belli bir süre için siyasal haklardan mahrumiyete karar verilir.

Avusturya'da bugüne kadar Viyana eyaleti hükümet başkanlarından ikisi aleyhine yerel idarelere ilişkin kanun ihlâllerinden dolayı açılan davaların ikisi de beraatle sonuçlanmış, sadece bir eski Federe Hükümet üyesi aleyhine açılan davada mahkûmiyet kararı verilmiştir.

B — Siyasal partilerin yasaklanması:

a) Almanya:

Bonn Anayasasının 21. maddesine göre, halk iradesinin oluşumuna katılan siyasal partiler (Devlet düzeninin esaslı faktörlerinden biri olduğu için), amaçları ve üyelerinin davranışlarıyla özgürlükçü demokratik düzenin ihlâline yönelmişlerse, ya da Federal Alman Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokuyorlarsa, Anayasa mahkemesi tarafından yasaklanırlar. Anayasa Mahkemesinin böyle bir yasaklama kararı verebilmesi için Federal Meclisin veya Federal Konseyin ya da Federal Hükümetin bu hususta bir teklifinin bulunması gerekir.

Alman Anayasa Mahkemesi bugüne kadar iki siyasal parti

hakkında yasaklama kararı vermiştir: SRP. (Sosyalist Reich partisi - 1952) ve KPD. (Alman Komünist Partisi - 1956).

b) Avusturya:

Bu ülkede siyasal partilerin Anayasa Mahkemesi tarafından yasaklanması bahis konusu değildir.

C — Kişilerin temel haklardan mahrumiyetine karar verilmesi:

a) Almanya:

Anayasanın 18. maddesine göre temel haklardan birini özgürlükçü demokratik düzeni ihlâl eder biçimde kötüye kullanan kişilerin bu haklardan mahrumiyetine karar verilir. Bu maddenin kapsamına giren temel haklar şunlardır:

- Düşünce ve basın özgürlüğü,
- Öğretim özgürlüğü,
- Toplantı özgürlüğü,
- Dernek kurma ve derneklere girme özgürlüğü,
- Haberleşme özgürlüğü,
- Mülkiyet hakkı,
- Sığınma hakkı.

Bu özgürlük ve hakların kaybı hakkında karar verilebilmesi için Federal Meclisin, Federal Hükûmetin ya da bir Federe Devlet Hükûmetinin teklifinin bulunması gerekir. Anayasa mahkemesi bu hak ve özgürlüklerin ne süre için kaybedildiğini de saptar. Bu özgürlüklerle birlikte seçme ve seçilme hakkının kaybına ve kamu hizmetlerinden mahrumiyete de karar verilebilir.

b) Avusturya:

Bu ülkede Anayasa Mahkemesinin kişilerin hak ve özgür-

lüklerinin kaybına karar vermesi bahis konusu değildir. Bununla beraber, ceza mahkemeleri verdikleri mahkûmiyet kararlarına fer'an, siyasal haklardan mahrumiyeti de karar altına alabilirler.

4. Demokrasinin garantisi olarak siyasal seçimlerin denetimi:

Anayasalar, demokrasinin korunabilmesi için siyasal seçimlerin denetimini Anayasa Mahkemesine vermişlerdir. İtalya'da ve Fransa'da olduğu gibi Almanya ve Avusturya'da seçimlerin denetimi Anayasa Mahkemesinin yetki alanına girmektedir. Bunun istisnasını Anglo-Sakson ülkeleri ve Türkiye oluşturmaktadır.

A — Almanya:

Bonn Anayasasının 41, 46. ve 47. maddelerine göre genel seçimlerin denetimi ilk kademedeki Federal Meclisin yetki alanı içindedir. Federal Meclis bundan başka üyelerinden birinin üyelik sıfatının kaybedilmiş olduğuna da karar vermek yetkisine sahiptir. Federal Meclisin bu konudaki kararları Anayasa Şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilir (5). Anayasa Şikâyetini yapmağa yetkili olanlar, organik kanunun 48. maddesinde gösterilmiş olan ilgililerdir. Buna göre ilgililerin kapsamına şu kişiler ve gruplar girer:

- Üyeliğinin kaybedildiğine karar verilmiş olan meclis üyesi,
- Üyeliğe hak kazanmış olduğu halde bu yoldaki istemi reddedilmiş olan kişiler,
- Meclisteki siyasal parti grupları,
- Mecliste, kanuni üye sayısının 1/10'ine sahip olan azınlıklar grubu.

(5) Federal konsey, federe devletlerin hükümet üyeleri arasında bu hükümetlerce seçilip gönderilen kişilerden oluştuğu için, bu meclis bakımından genel seçimler bahis konusu değildir.

FAM. bundan başka halkın kanun teklifi ve halk oyu işlemlerindeki oylamalar ve bunların sonuçlarını da denetlemekle yetkili kılınmıştır.

B — Avusturya:

Anayasanın 141. maddesine göre Anayasa mahkemesi

a)

- Devlet Başkanının,
- Meclis üyelerinin,
- Bir Federe Devlet Hükûmeti üyelerinin,
- Bir belediye meclisi üyelerinin seçimlerini denetleyerek iptaline karar verebileceği gibi;

b)

- Meclis üyelerinden birinin,
- Belediyelerin karar organları üyelerinden birinin,
- Meslek kuruluşlarının karar organları üyelerinden birinin üyelik sıfatının kaybedilmiş olduğuna da karar verir.

Bu husustaki teklif yetkisi, ilgili organların üyelerinin 1/10'i tarafından yapılmış olmalıdır. Seçimlerin iptaline karar verilebilmesi için, seçim kanununa aykırılığın seçimin sonuçlarını değiştirebilecek nitelikte olması gerekir.

5. Federal Devletin ve Federe Devletlerinin yetkilerinin a priori saptanması (préventif yetki denetimi):

Sadece Avusturya'ya özgü olmak üzere AAM. bir yasama ya da yürütme işleminin Federal Devletin mi, yoksa federe devletlerden birinin mi yetkisine girdiği hususunu, daha bu işlem yapılmadan bir karar ile saptamağa yetkilidir (Anayasa, m. 138). Federal Hükûmetin ya da federe devletlerden birinin hükûme-

tinin talebi üzerine AAM. nin vereceği bu kararın bir **danışma kararı** niteliğinde olduğu doktrinde kabul edilmektedir (6).

6 — Ülkede genel yargı denetimini tamamlayan bir kademe olarak Anayasa Yargısı:

Avusturya Anayasasının 137. maddesi, başka hiçbir Anayasada rastlanmamakla beraber, Anayasa Yargısı genel teorisine uygun bir görev öngörmüştür. Buna göre, AAM., kişileri federal devlete, federe devletlerden birine, il idarelerine, belediyelere ve belediye birliklerine yönelik tazminat istemleri hakkında, bu istemler mahkemelerce verilecek kararlar ya da bir idare makamının kararıyla karşılanamıyorsa, bizzat karar verir.

Böylece AAM., bütün diğer makam ve mahkemelerin ortadan kaldıramadıkları haksızlıkları giderecek bir en üst merci rolü oynamaktadır. Böylece kişilerin hak ve özgürlükleri, en son kademede de olsa, yargıçlar eliyle korunmuş olmaktadır. AAM. nin bu görevi Avusturya'da eski bir Anayasa geleneğine de dayanmaktadır. Gerçekten 1867 tarihli Avusturya Anayasası, bir Devlet Mahkemesi (Reichsgericht) kurarak, kişilere ilk defa olmak üzere Devlete karşı yöneltecekleri tazminat istemlerini bu mahkeme önünde dava yoluyla ileri sürmelerini kabul etmişti.

AAM. bu türden davalarda maddî hukuk bakımından belli bir mevzuat hükmüne dayanmak zorunda olmayıp, genel kanıya göre ve içtihatlarda görüldüğü üzere, bir kıyas yoluna da gitmeyip, sadece (Avusturya Medenî Kanununun 7. maddesinde de kabul edilmiş olan) genel hukuk ilkelerine dayanmak durumundadır. Böylece doğal hukuk, pozitif hukukun içine kadar girmektedir (bu, ne kadar yadsınsa da!!).

7. Anayasanın korunması - yasaların denetimi (norm kontrolü):

Anayasa Mahkemelerinin görev ve yetkilerinin açıklanmasına başlarken Temel hak ve özgürlüklerin korunmasını öne

(6) Bk. MARCIC, a.g.e., sh. 103.

almıştık. Bu konuyu Anayasanın korunması sorunuyla bitirmek istiyoruz. Hukukun yapısı ve niteliği gözönünde tutulursa, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetiminin Anayasa Yargısının en önemli, tabiri caizse, çekirdek alanını oluşturduğu ortaya çıkar. Bu denetim yolu, kişilerin özel çıkarlarının hukuk yoluyla korunmasından başka, ondan farklı bir amaç taşımaktadır ki o da: objektif hukukun korunmasıdır.

Bu anlamda yargı garantisi tarihte çok gerilere kadar uzanır: antik Yunan hukuku (nomophylaxis- hukuk kurallarının korunması) ve Roma Hukukuna kadar... Anayasaya uygunluk denetiminin, objektif hukukun korunması anlamını taşıması olgusuyla en tutarlı düzenlemelere Latin Amerikası Anayasalarında rastlanır. Gerçekten bunlara (özellikle Kolumbiya Anayasasına) göre kanunların Anayasaya uygunluğu denetimi, herkesin açabileceği bir dava (actio popularis) niteliği taşıdığı gibi bu davada verilen hüküm de «erga omnes» niteliktedir.

Anayasa Yargısının bir Yüksek Mahkemeye verildiği her yerde: Avusturya, Almanya, İtalya, Kıbrıs, Türkiye, Fransa ve hatta Yugoslavya'da, ister «repressif» olsun, ister «préventif» olsun, kanunların (ve Avusturya'da da görüldüğü gibi tüzüklerin) Anayasaya uygunluğunun denetimi, Anayasa Mahkemesinin (ya da Fransa'da olduğu gibi Anayasa Şurasının) «ana işlevi»dir.

A — Almanya:

a — Somut norm kontrolü: Bonn Anayasasının 100. maddesinin 1. bendine ve FAM.nin organik Kanununun 80. maddesine göre, bir mahkeme bir davada uygulayacağı kanunun Anayasaya aykırılığı kanısına vardığı takdirde, bu hususta karar verilmek üzere dosyayı Anayasa Mahkemesine göndererek, davayı Anayasa Mahkemesi bu hususta karar verinceye kadar bekletir. Kanunların Anayasaya uygunluğu hem şekli, hem de maddi bakımdan denetime tabidir.

FAM. aynı zamanda Anayasanın yürürlüğe girmesinden önce kabul edilmiş olup halen yürürlükte bulunan bir kanunun

federal kanun mu yoksa bir federe devlet kanunu mu olduğu hususunda da bidayet mahkemelerinde beliren tereddüdü gidermek üzere karar verir.

Bundan başka, mahkemeler, bir davada uygulayacakları bir uluslararası hukuk normunun iç hukuk kuralı niteliği kazanıp kazanmamış olduğu konusunda tereddüde düştükleri takdirde, Anayasa Mahkemesinin bu hususta da karar vermesini isteyebilirler.

Mahkemelerin Anayasa Mahkemesine norm denetimi istemiyle yaptıkları başvurunun gerekçesi, davanın taraflarının ileri sürdüğü gerekçeden bağımsızdır.

b — Soyut norm kontrolü: FAM., Federal Hükümetin veya bir Federe Devlet Hükümetinin ya da Federal Meclis üyelerinin en az 1/3'nin istemi üzerine federal kanunların ve federe devletlerin kanunlarının federal Anayasaya ve federe devletlerin kanunlarının da federal kanunlara uygunluğunu denetler (Anayasa, m. 93/1-2; Organik Kanun, m. 76).

Bonn Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce kabul edilmiş olan kanunlar da bu yoldan denetlenebileceği gibi, bir uluslararası antlaşmayı kabul eden kanunun Anayasaya uygunluğu da denetlenebilir. Soyut norm kontrolü özellikle parlamentodaki muhalefet partilerinin geniş ölçüde yararlandıkları bir denetim yoludur.

Norm kontrolü davaları, FAM. nin en ağır yükünü oluşturmaktadır. Şöyle ki sadece 1974 yılı içersinde 1514 norm kontrolü davası açılmıştır.

B — Avusturya:

Avusturya'da da AAM.nin ana fonksiyonu, daha önce sözü edilen (Federal Devlet yasama organının yetkileriyle federe devletlerin yasama organlarının yetkilerinin karıştığı hallerde doğan tereddütleri gidermek amacına yönelik) préventif norm denetimi bir yana bırakılırsa, repressif norm denetimidir. Yalnız AAM.nin norm denetimi konusundaki yetkilerinin FAM.nin bu konudaki yetkilerinden ayrıldığı nokta, birincisinin sadece

kanunların değil, aynı zamanda idarenin düzenleyici işlemlerinin de (tüzük ve yönetmelik) kanunlara uygunluğunu denetlemesidir. Bunun nedeni ise Avusturya'da idarenin düzenleyici işlemlerinin de birer yasama işlemi sayılması (maddi bakımdan ve fakat organik bakımdan yascama organının yasama işlemlerinin altında yer almasıdır. Öte yandan idarenin düzenleyici işlemlerinin yasalara aykırılığı, hiç değilse (normlar hiyerarşisi nedeniyle) şekli bakımdan Anayasaya da aykırılık anlamına gelmektedir (7).

a — Kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi:

aa — **Soyut norm kontrolü:**

Anayasanın 140. ve Organik Kanunun 62. maddesine göre Federal Hükümet, bir federe devlet kanununun, bir Federe Devlet Hükümeti ise bir federal kanunun Anayasaya uygunluğunun denetimini AAM.den isteyebilir.

bb — **Somut norm kontrolü:**

Anayasanın 140. maddesine göre, Federal Yüksek Mahkeme (Temyiz Mahkemesi) ve Federal İdare Mahkemesi, bir dava dolayısıyla uygulanması gereken bir yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı kanısına vardığı takdirde, norm kontrolü istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

Anayasayı değiştiren kanunların Anayasaya sadece şekli bakımdan aykırılığı ileri sürülebilir ve AAM. incelemesini bu noktaya hasretmek mecburiyetindedir.

b — İdarenin düzenleyici işlemlerinin kanunlara uygunluğunun denetimi:

aa — **Somut norm kontrolü:**

Her dava mahkemesi, bir federal idare makamının ya da bir federe devlet idare makamının bir dava dolayısıyla uygu-

(7) Bk. Robert WALTER, a.g.e., sh. 735.

lanması gereken düzenleyici işleminin kanuna aykırılığı kanısına vardığı takdirde, bu sorunun çözümlenmesi için Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

bb — Soyut norm kontrolü:

Anayasanın 139. maddesine göre federal hükümet bir federe devletin idare makamının düzenleyici işleminin, bir federe devletin herhangi bir idare makamı da bir federal idare makamının düzenleyici işleminin kanunlara uygunluğunun denetimini Anayasa Mahkemesinden isteyebilir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELERİNİN SEÇİM VE TAYİNİ:

A — Almanya:

FAM., iki daireden (senato) oluşmaktadır. Her dairede önceleri 12 üye vardı. Bu sayı 1956'da 10'a, 1963'te de 8'e indirildi. Bu sayılara Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Başkan yardımcısı da dahildir. Şöyle ki halen Başkan, aynı zamanda 1. dairenin başkanı, başkan yardımcısı da 2. dairenin başkanıdır.

FAM.nin üyelerinin seçimi: her dairedeki yargıçların yarısı Federal Meclis, diğer yarısı da Federal Konsey tarafından 2/3 çoğunlukla seçilir. Federal Konsey bu seçimi doğrudan doğruya yapar. Federal Meclis ise bu seçimi kendi üyeleri arasından seçtiği 12 kişilik bir seçim komisyonu vasıtasıyla yapar. Bu komisyonun en az 8 oyunu üzerinde toplayan yargıç Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiş sayılır.

Her dairenin 3 yargıcı, Federal Yüksek Mahkemelerinin yargıçları arasından bu mahkemelerdeki görevlerinin devamı süresince seçilirler. Bunların Federal Mahkemelerde en az 3 yıl çalışmış olmaları gerekir.

Federal Adalet Bakanlığı bu nitelikleri haiz federal yüksek mahkemelerin üyelerinin hepsinin adını içeren bir liste hazırlayarak parlamentoya verir. Federal Adalet Bakanlığı ayrıca, fe-

deral meclisteki siyasi parti gruplarının, federal hükümetin ve bir federe devlet hükümetinin Anayasa Mahkemesi üyeliği için teklif ettiği kişilerin isimlerini içeren bir liste daha hazırlayarak onu da parlamentoya verir.

Federal Meclis ile Federal Konsey, münavebeyle, Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından Başkanı ve Başkan Yardımcısını seçer. İlk başkanı Federal Meclis ve ilk Başkan Yardımcısını da Federal Konsey seçmiştir.

B — Avusturya:

AMM., FAM. den farklı olarak dairelere ayrılmamıştır. Mahkeme bir Başkan, bir Başkan Yardımcısı, 12 asli üye ve 6 yedek üyeden oluşur. Bütün Anayasa yargıçları Devlet Başkanı tarafından atanır. Devlet Başkanı ise kendisine yapılan tekliflerle bağlıdır. Başkanı, Başkan Yardımcısını, 6 üyeyi ve 3 yedek üyeyi Federal Hükümet teklif eder. Bu üyeler, yargıçlar, idare ajanları ve hukuk ve siyasal bilgiler fakültelerine mensup Profesörler arasından seçilerek teklif edilir. Diğer 3 üyeyle 2 yedek üyeyi Millî Meclis, geri kalan 3 üyeyle 1 yedek üyeyi de Federal Şûra teklif eder.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELERİNİN STATÜSÜ

A — Almanya:

a) Şartlar:

Üyeliğe seçilebilmek için

aa — 40 yaşını doldurmuş olmak,

bb — Yargıçlık ehliyetine sahip olmak,

cc — Federal Meclise seçilme ehliyetini haiz olmak

dd — Federal Meclis, Federal Şûra veya Federal Hükümet üyesi olmamak (Anayasa Mahkemesine seçilenlerin bu organlarla ilişkisi otomatik olarak kesilir) gerekir. (Org. K., m. 3).

b) Görev süresi:

FAM. üyelerinin görev süresi 8 yıl, fakat nihayet yaş sınırı olan 68 yaşına kadardır. Başka bir deyişle, bir üyenin 8 yıllık görev süresi dolmadan yaş sınırına erişmişse, emekliye sevk edilir (Org. K., m. 4). Süresi biten bir yargıcın tekrar üyeliğe seçilmesi caiz değildir.

c) Aylık:

1964 tarihli bir özel kanuna göre Anayasa Mahkemesi yargıçlarının aylıkları şöylece saptanmıştır:

aa — Üyeler, maaş dışında bir makam tazminatı, meslek giderleri tazminatı ve çocuk zammı alırlar.

bb — Başkan, bir Federal Hükümet bakanı kadar maaş alır.

cc — Başkan yardımcısı bir müsteşar kadar maaş alır.

dd — Üyeler, federal yüksek mahkemelerin başkanları derecesinde maaş alırlar.

d) Güvence:

FAM. üyeleri, diğer yargıçların sahip oldukları güvence dışında, bir de görev süreleri içerisinde bizzat Anayasa Mahkemesi üyelerinin kararı ya da başka bir merciin kararıyla görevden uzaklaştırılmamak gibi bir garantiye de sahiptirler. Bir üyenin görev süresi dolmadan görevden ayrılması ancak kendi isteği üzerine mümkündür.

B — Avusturya:

a) Şartlar: Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilebilmek için:

aa — Hukuk veya siyasal bilgiler fakültesinden mezun olmak,

bb — Bu fakültelerde tahsil yapmayı gerektiren mesleklerde en az 10 yıl çalışmış olmak

cc — Millî Meclis, Federal Konsey, Federal hükümet veya bir federe devlet hükümeti üyesi olmamak

(yargıç olarak seçilenlerin bu görevlerle ilişkisi kesilir).

b) Görev süresi:

AAM. üyelerinin görev süresi 70 yaşla sınırlandırılmıştır. Bu süre içerisinde hiçbir üye aşağıda sözü edilecek nedenler dışında bir nedenle görevden uzaklaştırılmaz.

c) AAM. üyeleri, maaşlarının yanısıra makam ödeneği de alırlar. Bu ödenek Başkan için maaşının % 120 oranındadır. Üyeler Başkanın ödeneğinin 2/3 sini, Başkan Yardımcısı da 5/6 'ini alır. Yedek üyeler, maaşlarının yanısıra, katıldıkları her oturum için bir «oturum ödeneği» alırlar. Başkan ve üyeler, görevleri sona erdiği zaman, görev yaptıkları süreye bağlı olarak değişen bir ödenek alırlar (emeklilik tazminatı; bir kez ödenir).

d) Güvence: AAM. üyeleri bütün yargıçlar gibi mesleki ve fonksiyonel güvenceden yararlanırlar. Üyelerin görev süreleri dolmadan görevden ayrılmaları ancak aşağıdaki hallerde AAM. nin diğer üyelerinin çoğunluğuyla verilecek bir kararla mümkündür:

aa — Üyenin, Anayasa yargıçlığıyla bağdaşmayacak bir görevi kabul etmiş olması,

bb — Davet edildiği üç toplantıya arka arkaya ve özürsüz olarak katılmış olması,

cc — Meslek sırlarını ifşa etmesi,

dd — Görevi başında veya görev dışında, Anayasa yargıçlığı görevine yakışır biçimde hareket etmemek suretiyle kendisine duyulan güveni yitirmesi,

ee — Bedenî veya akli bir arıza nedeniyle görevini yapamaz duruma düşmesi.

V. BAŞVURULARIN İNCELENMESİ USULÜ:

1. Almanya:

a) Alman Anayasa Yargısında, maddî gerçeğin bulunması amacına yönelik bir re'sen araştırma prensibi cari olduğu için, mahkeme gerekli gördüğü bütün delillerin araştırılması için üyelerinden birini görevlendirebileceği gibi, istinabe yoluyla başka bir mahkemeye de bu işi yaptırabilir (Org. K., m. 26).

b) Aksine bir hüküm yoksa, mahkeme sözlü duruşma üzerine karar verir. Taraflar sözlü yargılama usulünden sarıh olarak vazgeçebilirler (Org. K. m. 25).

c) Taraflar delil tespitinden haberdar edilir ve delillerin tespiti esnasında hazır bulunmak, tanıklara ve bilirkişilere soru sormak hakkına sahiptir (Org. K., m. 29)

d) Bir tanık ya da bilirkişi, bağlı bulunduğu resmî makamın izniyle ifade vermek ya da mütalâa beyan etmekteyken, bu makam izin vermediği hallerde ifade veremez ve mütalâa beyan edemez. İzinin verilmemesi ancak Federal Devletin veya bir Federe Devletin yüksek menfaatleri gerektirdiği takdirde caizdir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, üyelerinin 2/3 çoğunluğuyla, resmi makamın izni vermemesi kararının geçersizliğine karar verebilir (Org. K., m. 28).

e) Taraflar, dava dosyasını inceleme hakkına sahiptir (Org. K., m. 20).

f) Taraflar, muhakemeye bizzat katılabilecekleri gibi kendilerini temsil de ettirebilirler. Temsilci, ya bir avukat ya da bir hukuk fakültesi öğretim üyesi olabilir (Org. K., m. 22).

g) Sözlü duruşma yapılan hallerde, kararın tebliği süresi 3 ayı geçemez. (Org. K., m. 30).

2. Avusturya:

a) Mahkeme, gerçeği bulabilmek için re'sen araştırma yapar. Ön soruşturma için mahkeme başkanı üyelerden birini gö-

revlendirir. Üye delil tespitini bizzat yapabileceği gibi, Başkan-
dan yetkili merci ve mahkemeleri bu gayeyle görevlendirmesini
de isteyebilir (Org. K. m. 20).

b) Kural olarak sözlü duruşma yapılır. Bu kuralın istisna-
ları şunlardır:

aa — Anayasanın 126. maddesine göre AAM.nin Uyuşmaz-
lık mahkemesi olarak görev yaptığı haller,

bb — Org. K.nun 10. maddesine göre mahkemenin üyele-
rinden birinin üyelik sıfatının kaldırılması hallerinde,

cc — Dava açılmasının ön şartlarının (süre ehliyet v.s.)
gerçekleşmediği hallerde,

dd — Anayasa Şikâyetinin haksızlığının çok açık olduğu,
aynı konuda daha önce verilmiş bir kararın bulunduğu hallerde,

ee — Muhakemenin iadesi ve eski hale iade istemleri üye-
lerine verilecek kararlarda.

c) AAM.de görülmekte olan bir davayla ilgili resmi ma-
kamlar kendilerini yetkili organları eliyle temsil ettirebilirler.
Özel kişiler için avukat ile temsil mecburiyeti bulunmamakla be-
raber bazı hallerde istisnaen bu mecburiyet öngörülmüştür
(Org. K., m. 24).

d) Duruşma yapılan hallerde karar en kısa zamanda ta-
raflara bildirilir.

VI. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARI

1. Almanya:

A — FAM. çeşitli başvurular ve davalar sonunda aşağıdaki
kararları verir:

a) Kişilerin temel hak ve özgürlüklerini geçici olarak kay-
bı,

b) Bir siyasal partinin Anayasaya aykırılığının saptan-
ması ve bu nedenle yasaklanması,

c) Devlet Başkanının Anayasayı veya bir federal kanunu ihlâl etmesi nedeniyle görevinden uzaklaştırılması

d) Bir federal mahkeme yargıcının Anayasayı veya demokratik düzeni ihlâl edici davranışları nedeniyle, başka bir göreve atanması, emekliye sevk edilmesi, ya da görevden uzaklaştırılması,

e) Anayasaya aykırılığı tespit edilen bir kanunun, federal bir kanun aykırılığı saptanan bir federe devlet kanununun norm kontrolü davası sonunda iptali,

f) Anayasa şikâyetlerinde:

aa — Şikâyet bir kanuna karşı yapılmışsa, kanunun iptali,

bb — Şikâyet bir karara karşı yapılmışsa bu kararın resen kaldırılması,

g) Davanın görülmesi esnasında ilerde tamiri mümkün olmayacak zararları ve tehlikeleri önlemek, kamu yararını korumak amacıyla 3 aylık bir süreyle sınırlı olmak şartıyla geçici tedbirler almak (aleyhine başvuru bir kanunun yürürlükten alkonması da bu tedbirlere dahildir.)

B — Org. K., m. 31'e göre, Anayasa Mahkemesinin kararları, federal devletin ve federe devletlerin bütün Anayasa kurumlarını bağladığı gibi bütün mahkemeleri ve makamları da bağlar. **Norm kontrolü** davaları sonunda verilen **kararlar kanun hükmündedir.**

D — Anayasaya aykırılığı öne sürülen bir kanunu, FAM. Anayasaya uygun bulursa, o kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hüküm ifade ettiği kabul edilir. Kanunun Anayasaya aykırılığına karar verirse, o kanun FAM.nin kararından itibaren hükümsüz olur. Fakat bu ilkenin harfiyen uygulanmasından doğacak büyük sakıncaları azçok önlemek için Org. K.nun 79. maddesi şöyle bir çözüm şekli öngörmüştür:

Bir kimse sonradan hükümsüzlüğüne karar verilmiş bir kanun maddesine dayanılarak ceza hükmü giymişse, yargılamanın iadesini istemek hakkına sahiptir. Fakat iptal edilen bu

kanun maddesine dayanılarak verilmiş ve tekrar gözden geçirilemeyecek şekilde kesinleşmiş bulunan diğer bütün hükümler ve idarî işlemler gene varlıklarını muhafaza ederlerse de artık icra edilemezler. Bu durumda eski halin iadesi istenemez. Örneğin, bir vergi kanununu Anayasa Mahkemesi iptal ettiği zaman Devletten, o zamana kadar bu kanun gereğince ödenmiş olan vergilerin iadesi istenemez. Fakat buna karşılık Devlet de, gene bu kanun gereğince tahakkuk etmiş olup ta o zamana kadar ödenmemiş olan vergi borçlarını tahsil edemez.

D — Norm kontrolü davaları sonunda verilen kararlar Federal Resmî Gazetede yayınlanır.

2. Avusturya:

A — AAM. nin verdiği kararların çeşitleri:

a — Kişilerin idarî kararların uygulanması sonucu uğradıkları zararlar nedeniyle açtıkları davalarda tazminata hükmetmek,

b — Uyuşmazlık Mahkemesi olarak görev yaptığı hallerde uyuşmazlığı çözen hükümler vermek,

c — Norm kontrolü davalarında, aleyhine dava açılmış olan kanun veya idarenin düzenleyici işleminin iptali,

d — Seçimlerin kısmen veya tamamen iptali,

e — Ceza davası benzeri davalarda, aleyhine dava açılmış olan Devlet Başkanı ve diğer Devlet ajanlarının, hafif ihlâl hallerinde bu ihlâlin tespiti ve ilânı, ağır ihlâllerde ise görevden uzaklaştırma,

f — Anayasa şikâyeti hallerinde, ya şikâyetin mesnetsizliği ve haksızlığı nedeniyle reddi, ya da şikâyete konu olan idarî kararın re'sen iptali.

B — Norm kontrolü davaları sonunda verilen kararlar, federal kanunlar için Federal Hükümet Başkanı, federe devletlerden birinin kanunu için o Federe Devletin Hükümet Başkanı tarafından hemen Resmî Gazetede yayınlanır.

C — Anayasa Mahkemesinin kararları bağlayıcıdır. Bunlardan tazminat kararı türünden olanlar yetkili bidayet mahkemeleri tarafından icra olunur. Diğer kararların icrası hakkında Devlet Başkanının emir ve talimat vermesi gerekir (Anayasa, m. 146).

D — AAM.nin norm kontrolü davası sonunda verdiği iptal kararları Mahkeme aksini kararlaştırmadığı takdirde, yayın tarihinde yürürlüğe girer. Mahkeme iptal kararının yürürlüğünü 1 yıldan daha uzun bir süre için ileri atamaz.

Mahkeme aksini karar altına almadığı takdirde, iptal kararının yürürlüğe girmesiyle birlikte, iptal edilen kanun ya da düzenleyici işlemin değiştirdiği ya da yürürlükten kaldırdığı eski kanun ya da düzenleyici işlemler tekrar yürürlüğe girer. İptal kararının ilânıyla birlikte eski hükümlerin tekrar yürürlük kazanıp kazanmadığı, kazanmışsa hangi hükümlerin yürürlük kazandığı bildirilmelidir (Anayasa, m. 140/4).

K A Y N A K C A

ADAMOVIC, Ludwig, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl., Wien, 1971.

BACHOF — JESCH, Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der BRD, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. VI, 1967, sh. 54 vd.

KAEGI, Werner, Volksinitiative, Basel, 1957.

MARCIC, René, Verfassung und Verfassungsgericht, Wien, 1963.

SAECKER, Horst, Das Bundesverfassungsgericht, München, 1975.

WALTER, Robert, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Wien, 1972.