

TERCÜMELER

TEMEL HAKLARIN KAYBI VE PARTİ KAPATMA DÂVALARINA AİT USUL HUKUKU PROBLEMLERİ (*)

Yazan: Prof. Dr. Klaus STERN
(Köln Üniversitesi — Anayasa Mahkemesi Hâkimi)

Çeviren: Doç. Dr. Servet ARMAĞAN
(İstanbul Hukuk Fakültesi)

P l â n

I — GİRİŞ ve KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

II — MÜŞTEREK USUL PRENSİPLERİ

- 1 — Dâvanın Genel Prensipleri
- 2 — Müracaatta Bulunma Gereği
- 3 — Müracaatta Bulunmanın Takdiri
- 4 — Teklifi Geri Alma
 - a) Tahkikat prensibi, tafsilât yetkisi ve genel menfaatler
 - b) Ceza Usul Hukukuna kıyas
 - c) Başkan ve Hâkim dâva usullerine kıyas
 - d) Genel Menfaatlerin nazara alınması
- 5 — Taraflara katılma
- 6 — Esas konunun çözülmesi
- 7 — Oylama
- 8 — Geçici Kararnâme
- 9 — Kesinlik, bağlayıcılık ve kararın kanun kuvvetinde olması

(*) Bu makale Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin 25. Kuruluş Yıldönümü dolayısıyla yayınlanan şu kitaptan tercüme edilmiştir: Festgabe Eudesverfassungsgericht, 1976, bd. 1.

III — DÂVANIN SEYRİ

1 — Ön Usuller

- a) FAMK. md. 24 bakımından
- b) FAMK. md. 37 ve 45 e göre karar çoğunluğu ve azınlığı

2 — Dâvayı hazırlayıcı tedbirler

3 — Müracaatın tekrar edilmesi

- a) Esas hakkındaki karar
- b) Yeni vak'alar

IV — ÖZEL USUL KAİDELERİ

1 — Temel hakların kaybında

- a) Kararın kurucu tesiri
- b) Temel hakkın kaybı
- c) Temel hakkın kaybının şümulü
- d) Bir diğer temel hak ile ilgi
- e) Kaybın kaldırılması ve kısaltılması

2 — Parti kapatılmasında

- a) Kararın kurucu tesiri
- b) Partinin kapatılması
- c) Yedek teşkilâtların yasaklanması
- d) Meclis üyeliğinin kaybı
- e) Mâmelekin istimvali
- f) Yasaklanan bir partinin tekrar kurulması
- g) FAMK. md. 43 ün değiştirilmesi

V — NETİCE

KISALTMALAR

- BVerfGE: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları Külliyyatı
 FAM: Federal Anayasa Mahkemesi
 FAMK: Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu
 ff.: vd.
 GG: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası
 md.: madde
 StGB: Alman Ceza Kanunu
 StPO: Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

I — Giriş ve Konunun Sınırlandırılması

FAM önünde A. md. 18, FAMK md. 13, Nr. 1, md. 36 vd. (Temel hakların kaybı) ile A. md. 21/2, FAMK. md. 13, nr. 2, ve 43 vd. (Parti yasaklama) na göre ikişer dava görülmüştür. 18. md. ye göre açılan davalar menfi neticelenmiş (1), yani temel hakkın kaybı talebi gerçekleşmemiştir. Buna karşılık açılan parti kapatma davaları SRP ve KPD'nin (2) kapatılması neticesini doğurmuştur. Kararların dördü de, FAMK md. 14/2'ye göre sadece bu iki Anayasayı koruma dâvaları için yetkili olan 2. senato tarafından verilmiştir. Başka birkaç davada FAM, yani 1. senato da, 18. md. ve 21/2 hükümleri ile, ön mesele olarak meşgûl olmaya mecbur olmuştur (3).

Ancak, FAM'nin bu Armağan yoluyla kamu hukukunu düşünmeğe iyi bir sebep olan 25 senelik mazisinde (tarihinde) halletmeğe mecbur olduğu davaların ehemmiyetli sayısı karşısında, mahkemelerin tatbikatı ile anayasa hukuku arasında çok yönlü dialoglar, Anayasamızın şekil ve realitesinin bir parçası olmuştur. Anayasayı koruma dâvalarındaki kararların tatbikatı son derece azalmıştır. Sadece diğer dâva çeşitleri, seçimlerin muteberiyetini kontrol dâvaları, ya da A. md. 100/2 ve 3 e göre görülen dâvalardaki gibi diğer başka dâva çeşitleri tarafından tam olarak aşılmıştır. Anayasa şikâyeti, norm kontrolü, organ ihtilâfları ve federasyon ile federe devletler arasındaki ihtilâflara ait dâvalar ise, her tarafı kaplamıştır. Kararların azlığından netice çıkarmak, FAM önündeki Anayasayı koruma davalarının bu sebeple

(1) BVerfGE 11, 282 ff.; 38, 23 ff.

(2) EVerfGE 2, 1 ff.; 5, 85 ff.

(3) BVerfGE 3, 383 (404) (Seçimlerin muteberiyetini kontrol ve GG. md. 21 II); 6, 84 (92); 6, 84 (92) (Seçim hukuku problemleri ve GG. md. 21 II GG); 6, 300 ff. (Yedek teşkilât, § 80 ff. StGB); 10, 12, 296 (§ 90a StGB); 13, 46 ff. (Tazminat Komisyonu § 6 I Nr. 2 BEG); 13, 123 ff.; 13, 174 ff.; 16, 4 ff. (TedeK teşkilât); 17, 155 ff.; 20, 56 (109, 111) («Parti finansmanı kararı»); GG. md. 21/II'in koruma gayesi); 20, 162 (215) («Spiegel-Kararı»; ihtilâflı demokrasinin prensibi); 25, 44 ff., 64 ff., 79 ff., 88 ff. (GG. md. 18 ile, GG. md. 21 II ve md. 421 arasındaki ilgi 421 StGB); 28, 36 (48 f.) (§ 10 VI Solda tenG; «ihtilâflı Demokrasi»); 30, 1 (19 f., 45 f.) («Dinleme kararı»; «ihtilâflı Demokrasi»).

lüzumsuz olduğu ve çıkarılabileceğini söylemek yanlış olur. Belki de faydalı tesirler yapan ve hür demokratik temel düzen için bazı tehlikeleri başlangıcında boğabilen onun varlığı, A. md. 18 ve 21/2 nin müşterek koruyucu menfaatler idi (4).

FAM'nin bu sahadaki içtihatları sayı bakımından az ise de, aynı şey, ele alınan hükümler maddî - hukukî açıdan incelenmiş olmasına rağmen ilmi literatür için söylenemez. Hem temel hakların kaybı, hem de partilerin yasaklanmasına ait geniş ve zengin şerhler ve monografiler yapılabilmıştır (5).

Mukayeseli hukukta daha evvel bir benzeri yoktur (6). Sadece Türk Anayasası, Anayasa ve FAMK'nun konsepsiyonunu almış ve Alman örneğine göre parti kapatma dâvasını düzenlemiştir (7).

(4) 21/2. md. bir diğer koruma esası olarak, «Federal Almanya Cumhuriyetinin varlığı»nı belirtmektedir. Bu koruma esasları (Schutzgüter)na karşı hücumunu unsurlarını «mücadelede kötüye kullanmak» (md. 18), veya «zarar vermek», «bertaraf etmek», ya da «tehlikeye sokmak» (md. 21/2) şeklinde belirtmiştir. Hücumun derece ve kesafetine göre, teker teker bu faaliyet unsurları farklı olabilirse de, onların temel davranışı müşterektir, yani, meselâ Bremen Anayasası md. 9'un reddettiği şekilde, sadece hür demokratik temel nizama karşı indolent veya menfi davranmayı değil, bilakis, ona hücum etmek, aktif olarak mücadele etmektir.

(5) Bkz. bir taraftan **R. Stettner**, Verfassungsdogmatische Erwägungen zur Grundrechtsverwirkung, DVBl. 1975, 801 ff. mit Nachw., diğer taraftan **W. Henke**, in: Bonner Kommentar, Art. 21 GG, mit Nachw. (S. 59-76).

(6) Parti kapatma ve temel hakların kaybı tabiri için şu makalelere bkz.: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln, Berlin 1962. Ayrıca şu eserlerle karşılaştırınız: **H. Steinberger**, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, Berlin 1974; **E. E. Brunner**, Die Problematik der verfassungsrechtlichen Behandlung extremistischer Parteien in den westeuropäischen Verfassungstaaten, Zürich 1965; **K. Hailbronner**, Der «clear and present danger test» und verfassungsfeindliche Eetätigung in der neueren Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten, JÖR N. F. Ed. 22 (1973), S. 579 ff.; **Engels**, Die Auflösung politischer Parteien, Diss. Köln 1959, S. 25 ff.; Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, Frankfurt Berlin 1957, S. 224 ff.

(7) 9.7.1961 tarihli yeni Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, o tarihe kadar genel Dernekler Kanununa tabi olan siyasî partiler üzerindeki kontrolü, Anayasa Mahkemesine vermiştir (T.C.A. md. 57); Bu konuda bkz. **Balta**: Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, sh. 550, 557, 567). Md. 57. hükmü şöyledir:

Her iki anayasa koruma davasının usul hukuku problemleri geniş ölçüde üvey evlât muamelesi görmüştür. Bu, *Geiger, Lechner, Maunz, Sigloch, Schmidt, Bleibtreu, Klein*'ın FAMK'nun ilgili hükümlerinin şerhlerinden ve açıkça «G. G. 18. md. ye göre dâvalar hakkında» ifadesini kullanan *W. Seuffert*'in raporundan anlaşılmaktadır (8).

Açılan bu dört dava bilhassa zorunlu olarak dava malzemesinin kazaî incelenmesinde muayyen bir boşluk açmıştır. Bu, her iki temel hakkın kaybı davası hâdisesi için söz konusudur, zira bunlar, iki parti kapatma davası birçok usul hukuku meseleleri hakkında fikir beyanına mecbur olmasına karşılık, «FAMK md. 37 ye göre» «yeteri kadar gerekçe olmaması» sebebiyle birkaç cümle ile geçiştirilmiştir.

G. G. 18 ve 21. maddelerin maddî - hukukî problemlerinin, hukuk ilmi düşüncelerinin ana noktasına yerleştirilmesi makuldur. Bu hükümler, Weimar Anayasasının değerlerden arınmış, rölatif demokrasiden dönüşü ve Bonn Anayasasının değerlere bağlı, müdafaaya elverişli, münakaşa edilebilir demokrasisine geçişi düzenlemek suretiyle, geleneksel demokrasi anlayışında açık bir dönüm noktası mânâsına gelmektedirler (9).

Mevzuun teferruath bir şekilde ele alınmasına rağmen, G. G. md. 18 ve 21/2 ye ait problemlerin her bakımdan açıklığa kavuşmuş olduğunu söyleyebilmek bir yanılma olur. En son olarak

«Siyasî partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve lâik cumhuriyet ilkelerine ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli kapatılır.

Siyasî partiler, gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesine hesap verirler.

Partilerin iç çalışmaları, faaliyetleri. Anayasa Mahkemesine hangi hallerde ve ne suretle hesap verecekleri ve bu mahkemelerce mali denetimlerinin nasıl yapılacağı, demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir.

Siyasî partilerin kapatılması hakkındaki dâvalara Anayasa Mahkemesinde bakılır ve kapatma kararı ancak bu mahkemece verilir.» (Almanca tercümesi: Ernst E. Hirsch, Ankara, 1961).

(8) in: Festschrift für W. Geiger, Tübingen 1974. S. 797 ff.

(9) Nachw. bei Stettner, DVBl. 1975, 801 FN 3; Stern Zur Verfassungstreue der Beamten, München Berlin 1974, S. 11 mit FN 41, 44.

R. Stettner, temel hakların kaybı için «Anayasa dogmatigi mülahazaları»nda bulundu. Bunun gibi ihtilâflı noktaların bir çoğunu göstermiş ve şuna dikkati çekmiştir ki, «Anayasayı korumak için merkezî bir hükmünü incelemeden yüzüstü bırakmanın tehlikeli bir vaziyet arzettiğini söylememek gayeye uymaz. Zira bir anda mümkün olan zaruri bir icra kanununu elde edememek tehlikesi mevcuttur.» (10).

Anayasaya düşman fakat yasaklanmamış bir partinin üyelerinin amme hizmetlerine kabulü ile ilgili münakaşalarda, kullanılış sahası, muayyen çevrelerce ehemmiyetli surette genişletilmek suretiyle, bir müddettenberi G. G. 21/2 md. hükmü tamamiyle değişik bir şekilde münakaşa mevzuu olmuştur (11).

FAM'nin 22.5.1975 tarihli hükmü (12), belkide, bu mevzuda, bütün şüpheleri izale etmeden birkaç noktaya isabetli bir şekilde

(10) DVEI. 1975, 801; Daha önce aynı görüş: **H. H. Rupp**, Bemerkungen zur Verwirkung von Grundrechten, in: Festschrift für G. Küchenhoff, Bd. II, Berlin 1972, S. 653 ff. Müellif, kanun koyucu bir beyanda bulunmazsa, temel hakların kaybı müessesesini, esasen kabil-i icra görmekte, mevcut birkaç düzenlemenin de, herhalde yetersiz olduğunu belirtmektedir.

(11) Bunun isbatı hakkında bkz. **Stern**, Zur Verfassungstreue der Beamten, S. 70 FN 32. An Rspr. daha sonra çıkan literatür olarak şunlar belirtilebilir: BVerwG DVBl. 1975, 822; VG Stuttgart DÖV 1975, 613; VG Berlin, ZBR 1975, 83; OVB Berlin, ZBR 1975, 355 f.; EGH NJW 1974, 565; OVG Hamburg, DÖV 1974, 489; OVG Lüneburg, DVEI. 1974, 881; BayVGH, ZBR 1974, 136; **Gottfried Arndt**, Kritische Bemerkungen zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Bestimmungen, ZER 1975, 33 f.; ders., Zur Vereinbarkeit der Mitgliedschaft in nichtverfassungsfreundlichen Parteien und Vereinigungen mit einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst, ZBR 1974, 121 f.; **G. Harder**, Können Mitglieder verfassungsrechtlicher Parteien und Vereinigungen die Berufung in das Beamtenverhältnis verlangen?, DÖD 1974, 251 f., 271 f.; **W. Henke**, Das Verbot von Ersatzorganisationen verfassungswidriger Parteien, DÖV 1974, 793 f.; **H. Schauer**, Parteipolitik und öffentlicher Dienst, ZBR 1974, 1 f.; **W. Schick**, Radikalenprobleme und kein Ende, ZBR 1975, 1 f.; ders., Der «Radikalenbesch'uB» des BVerfG, NJW 1975, 2169 ff.; **H. - D. Weiss**, Die Verfassungstreuepflicht des Beamten im Spiegel der Rechtsprechung, ZBR 1974, 81 f.

(12) JZ 1975, 561 = DVBl. 1975, 817; dazu die fundierte und bedenkenswerte Anmerkung von **Kemper**, DÖV 1975, 670, sowie **aEttis**, NJW 1975, 1135.

temas etmiştir. Federal memur hukuku çerçeve kanununun değişikliği etrafındaki yasama meclisindeki müzakereler, bu açıktaki kalan problemlerin ifadesi idiler (13). Maddi - hukuki, yani usul hukuku ön belirtileri arasında az bir kısmı, aşağıda IV 2f kısmında ele alınan ve FAM tarafından ifade edilen parti yasaklamasının zaman bakımından olan kuvvetine ait problemler etrafındaki müzakeredir. Nihayet G. G. 18 ve 21/2. md. nin vasıtaları arasındaki karşılıklı münasebet ve anayasanın korunmasına ait diğer müesseselere ait ilgiler de herhalde birer problemlerdir.

Temel hakların kaybı ve parti yasaklamasının usul hukukuna ait bir çalışmanın vazifesi, kamu hukukunda Anayasayı korumaya ait yeni bir anlayışın bu iki normundan, onun koruma nime-ti (Schutz gut) ve ceza ve idare hukuku bakımından Anayasayı koruma dâvaları ile ilgilerinin tefsiri bakımından, ortaya çıkan problemleri incelemek değildir. Ancak şu kadar söylenebilir: Her iki halde de anayasamızın temel değeri mevzubahs olmaktadır: Hür demokratik temel düzen (14). Bu düzen birçok acılar dolu tecrübelerden sonra yüksek ölçüde değerlendirilmiştir. Bunu, basit bir zaman akımı bazan tehlikeye atarak yere vurabilir de. Anayasanın babalarına (yapıcıları) da bu tehlike görünmüştü. Onlar ilâve koruyucu vasıtalara ait biliyorlardı zaruret ve maksadı. Daha Herrenchimesee tasarısına ait müzakerelerde şu nokta anlaşıl-mıştı: «bu noktada ihmalkâr olan her demokrasinin, intihar et-mek tehlikesi ile karşı karşıya olduğu izahtan vârestedir» (15).

(13) ETags-Drucks. 7/2432, 7/2433, 7/4187. Buna ait bilhassa Steno ile tutulmuş Rapor: - Deutscher Bundestag 197. Sitzung vom 24.10.1975 - S. 13538 ff.

(14) Muhtevası için bkz. BVerfGE 2, 1 (12 f.); § 92 Abs. 2 StGB. Genel olarak bkz. Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, S. 9 ff. Korunan menfaatin «Sınırsızlığına» karşı sert tenkitler, meselâ, D. D. Hartmann, Verwinkung von Grundrechten (AöR Ed. 95 (1970), S. 567 ff.) ve E. Bulla, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, (AöR Bd. 98 (1973), S. 340 ff.) gerekli gerekçeden mahrumdur. Anayasa vasıtalarının kötüye kullanılması yerine, gerçekte temel hakların kötüye kullanılması sözkonusudur. (Bunun için etrafı bibliyografya için bkz. Callwas, Der Missbrauch von Grundrechten, Berlin 1967, und Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, Bad Hamburg v.d. H. Berlin - Zürich 1968).

(15) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchimesee,

Şâyet, biraz sonra ele alınacak usul hukuku problemleri araştırmanın önplânında olursa, şüphesiz bu, usul hukukunun gerçekleşmesine hizmet ettiği maddî hukuk nazara alınmadan incelenemez. Gerçi usul hukuku, bir özel Hukuk Devleti değerine, bilhassa kısmen temel haklara ait garantiye mazhar olan muayyen usul hukuku şekil ve müesseselerini sağlamak yoluyla, sahiptir. Ancak Usul Hukuku, onun en yüksek hedefinin tâyininde, neyin haklı olduğunu tesbit ve onu garanti etmenin hizmetindedir.

Ayrıca usul hukukuna şu sebeple de dikkate değer ki, FAM, kanun koyucu tarafından kasten, mahkemenin tatbikatı yoluyla muayyen bir şekle büründürülmesi için açık bırakılan (16) Anayasa Hukukuna ait usul hukuku düzeninin boşluk doldurma ihtiyacı karşısında «bir hukuk ve düzene uygun dâva seyri için zarurî olan hukuk prensiplerini bizzat bulmaya» (17) mecbur olduğunu bilhassa belirtmiştir.

Buna uygun olarak, temel hakların kaybı ve parti kapatmanın usul hukukunun problemlerine ait bir çalışma, sadece, çok az faydası olan bir mahkeme tetkikatından ortaya çıkan problemlere toplu bir bakışa inhisar ettirilemez. Belki tercihan, istikbalde ortaya çıkabilecek usul hukuku problemlerini nazara almalı, bilhassa Anayasayı koruma usulünün özel karakterini ve onun Anayasa Hukuku gerekleri ile usul hukuku düzenlemelerinin ilgisini açıklığa kavuşturmalıdır (18). Aynı zamanda, özel hukuku problemlerinin olmadığı (19) yolunda ileri sürülen görüşler tutarlı olmadığını da gösterecektir.

München o. J. (1948), Darstellender Teil, S. 22. Ayrıca son olarak **L. Martin**, Wie steht es um unseren Staatsschutz. JZ 1975, 312 ff.; **Schwagerl**, Kritische Anmerkungen zu «Wie steht es um unseren Staatsschutz?», JZ 1975, 664 f., mit einem Schlußwort von **L. Martin**, S. 665.

(16) BVerfGE, 2, 79 (84).

(17) BVerfGE 1, 109 (110 f.).

(18) Bu sebeple, **bun'arın** Anayasa hukuku dâvası öelliği nazara alınmadan, ne Anayasa dâvası hukukunun ve ne de diğer muhakeme'erin usul prensiplerinin kayıtsız şartsız alınmasından bahsedilmektedir. (Bu konuda: **Häberle**, Die Sigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, JZ 1973, 415 ff., ve **Schumann**, Einheit der Prozessrechtsordnung, JZ 1973, 484 ff.) arasındaki tartışmalara bkz.

(19) Etwa **Henke**, Bonner Kommentar, Rdnr. 71 zu Art. 21 ve orada belirtilenler.

II — Müsterek Usul Esasları

Temel hakların kaybı ve bir siyasî partinin Anayasaya aykırılığının tesbiti hakkındaki usule ait özel düzenlemelerinin ele alınmasına geçmeden önce, genel olarak bu konu için câri hükümlerin, Anayasa Hukukuna ait usul esasları ile ilgisi ve özel olarak da «ceza dâvasına benzer» usullerin paralelliği ve karakteristikleri ile arasındaki ilgi içinde ortaya konulması gerekir.

1 — Genel Usul Hukuku Prensipleri

Prensip itibariyle FAM önündeki dâva, genel usul hukuku prensipleri tarafından tâyin edilmiştir (belirtilmiştir): Sözlü muhakeme (md. 25/1), aleniyet (md. 17) ve dâvanın doğrudan doğruya olması (md. 26/1), meselâ bugün, derpiş edilen sözlü muhakeme usulü gittikçe fazla bir şekilde yazılı muhakeme usulü lehine gerilese de, tahditsiz bir şekilde câridir. Ayrıca, usulün tâdadî düzenlemesi olmadığına göre «usul muhtariyeti — açık ve zımnî — istisna edilmediği müddetçe» (21) idare hukukunun temel esaslarına, bazan da medenî ceza usul hukukunun temel prensiplerine ait düzenlemelerine dayanak FAM'ne bırakılmıştır.

2 — Müracaatta Bulunma Şartı

FAM önünde dâva açılması için kaide itibariyle bir müracaat (Antrag) şartı (22). Bu müracaat, FAM'ne yazılı, gerekçeli ve gerekli isbat vasıtalarını bildirerek yapılmalıdır. (FAMK, md. 23/1). Müracaat, muayyen bir dâvalının bir veya birkaç

(20) Wolf, Allgemeine Prozessgrundsätze im Verfahren vor dem BVerfG, DVBl. 1966, 884; BVerfGE 1, 109 (110 f.); 2, 78 (84); 4, 31 (36 f.); Klein, in: Maunz/Sigloch/Schmidt-Eleibtreu/Klein, Vor § 17 Rdnr. 1 ff.; Lechner, Anm. A vor § 17; Geiger, S. 62 ff.

(21) Wolf, aaO. Vgl. auch Schumann, JZ 1973, 484 ff.

(22) Friesenhann, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln, Eerlin 1962, S. 89 (182); Seuffert, Festschrift Geiger, S. 797 (80?). Bununla beraber müracaat esasının sınırlanması şu maddelerde vardır: md. 78 cümle 2, 67 cümle 3, 95/1, cümle 2 BVerfGG.

(kayba uğraması mümkün olan) temel haklarının kaybı, ya da muayyen bir siyasî partinin Anayasaya aykırılığının tesbiti talebini ihtiva etmelidir. Buna aykırı, yani temel hakların kaybedilmediğini veya partilerin Anayasaya aykırı olmadığını ifade eden müracaatlar, kabul edilemez.

Müracaat yetkisi doğrudan doğruya ihtilâf mevzuuna göre değil — dâvacı şartı veya dâva yetkisi konusunda olduğu gibi —, münhasıran açılan dâvanın mâna ve ağırlığı yoluyla, tavsiye edilebilir: Hür demokratik temel nizamın temellerine temas eden ve fertlerin ve siyasî partilerin hukukî statüsüne ağır neticeler getirebilecek dâvalar vardır. Bu sebeple müracaatçı olabilmek keyfiyeti, sadece bu Anayasa dâvaları için derpiş edilmiş olan, dâvaya bir kabul şartıdır. Kanunun belirttiği teklifte bulunabilenler dışındakiler, partinin bizzat kendisi de olmaz (23), bir dâva açamazlar.

FAMK md. 43/1 e göre, *parti kapatma dâvaları* için müracaatta bulunmaya sadece: Federal Meclis, Federal Şûra veya Federal Hükûmet yetkilidir; md. 43/2 ye göre, teşkilâtı kendi eyalet ülkesine inhisar eden bir partiye karşı müracaata bir eyalet hükûmeti yetkilidir. GG. md. 18. md. ye göre karar verilmesi için müracaat ise, sadece Federal Meclis, Federal Hükûmet veya bir eyalet hükûmeti tarafından verilebilir (FAMK, md. 36), bu maddede eyalet hükûmetinin müracaat hakkı FAMK md. 43/2 ye uygun tarzda açıkça bir tahdide tâbi tutulmamıştır. Bununla beraber, teklif hakkı coğrafi bir bölgeye bağlanabilen eyalet hükûmetinin ülke ile hudutlu olan yetki sahasına uygun olarak teklif yetkili federal organlarının yetkisine nisbeten sınırlıdır: Eyalet hükûmetlerinin müracaat yetkisi, mesken, ikametgâhı, yahut özel faaliyetler sebebiyle ilgili eyalet içinde söz konusu olma gibi daha büyük yer ve buna bağlı mevzuî yakınlığı sebebiyle belirlenen özel durumu mevcut olan şahıslara münhasırdır (24).

(23) Ortaya atılan bu teklif hakkında bkz. Vgl. JöR 1, 208 f.

(24) Klein, in: Maunz/Sigloch/Schmidt - Bleibtreu/Klein, § 26 Rdnr. 6; Leibholz/Fupprecht Anm. zu § 26, S. 129; a. A. Lechner, 3. Aufl., § 26 Anm. 4, bir evvelki baskıdaki görüşün aksine (München, 1967) Hâkim kananda uygun bir görüşü temsil ediyorlar; FAMK'nun tarihçesinde de, GG. md. 18 ve 21/2 ye göre olan dâvalarda eyalet hükûmetlerinin farklı şe-

3 — *Müracaatta Bulunmanın Takdiri (Serbestisi)*

FAM, müracaatta bulunma ile ilgili olarak, KPD dâvasında Federal Hükûmete bir «*siyasî takdir*» hakkı tanımıştır (25). Bununla, bir partinin Anayasaya aykırılığı hakkında müracaatta bulunmayı veya partinin Anayasaya aykırı olduğu kanaatında olsa bile, bunu siyasî maksada uygunluk sebeplerinden ihmal etmek istemesini, müracaata yetkili olanın takdirine bırakmıştır (26). Tabii burada, bu düşüncenin, GG md. 21/2 nin temel anlayışı ve bu anlayış içinde ifadesini bulan müdafaa Demokrasi ile birlikte Anayasa koyucunun arzuları ile ahenkli olup olmadığı sorusu sorulabilir. Weimar tecrübelerinden sonra hedefin, Anayasaya aykırılık vak'ası kâfi derecede açık ise, müracaat mecburiyetine uygun bir teklif yetkisinin belki uygun olacağı söylenebilir. Bununla beraber hâkim kanaat, Anayasaya aykırı parti ile *siyasî* olarak mücadele etmenin daha iyi olacağı şeklindeki bir sebebe dayanarak, teklifte bulunmak için açık bir siyasî opportunité kabul ediyor. FAM'ne göre, bir teklif yapılmış ise, artık takdir yoktur. GG. md. 21/2 nin hâdisesi gerçekleşmiş ise,

kilde geliştirilen (tanzim edilen) teklif hakkını haklı gösteren işaretler bulunmamaktadır; her iki hal için hükümet tasarısı aynı düzenlemeyi geliştirmiştir (§ 34 bzw. 39 RegE, BT-Drucks. 788). Ancak Komisyon raporunda, (Verhandlungen des BT. 1. WP. 1949, 112. Sitzung, Sten. Ber. Bd. 6, 1951, S. 4228 f.) Federal Şûranın müracaat hakkının FAMK' md. 43 e dahil edilmesi ile ilgili olarak, eyalet hükümetlerinin müracaat hakkı için bir tahdit açıkça teklif edildi. Halbuki Hükümet tasarısının 34. md. si bu neviden genişletme ihtiva etmiyordu ve böylece, bu şekliyle değişikliğe uğramadan Kanun haline geldi. Her iki halin, kanun koyucu tarafından farklı değerlendirilmesi, her iki hükmün birbirinden farklı olan metnin temelinde mevcut değildir, bu sebeple de eyalet hükümetlerinin müracaat hakkının tam mânasıyla dar değerlendirilmesine aykırı değildir.

(25) BVerfGE 5, 85 (113, 129); onu takiben Klein, in: Maunz/Sigloch/Schmidt - Bleibtreu/Klein, § 43 Rdnr. 6; Lechner, Anm. zu § 43 / bs. 1; Leibholz-Rupprecht, § 43 Rdnr. 2; Maurer, Das Verbot politischer Parteien, AöR Fd. 93 (1971), S. 203 (224 ff.) geniş bibliyografyalı bir çalışma: (FN 68 f.): bkz. vgl. bilhassa BVerfG NJW 1975, 1641 ff. ve FVerwG NJW 1975, 1135 ff.; Ceiger, § 36 Rdnr. 1; a.A. insbes. Seifert, Zum Verbot politischer Parteien, DÖV 1961, S. 81 (85 f.) de aynı kanaattedir.

(26) Ancak, bu takdir faaliyetinde, kötüye kullanma olup olmadığı araştırılabilir (BVerfGE 5, 85, 129). Bunun sadece yapılan müracaat bakımından mı, yoksa yapılmayan (ihmal edilen) müracaat bakımından da cari olduğu noktası açıkta kalmaktadır.

(zaman) siyasî partiler Anayasaya *aykırıdırlar*. Artık ne yasaklamanın siyasî zorunluluğu ne de partinin siyasî nizam için tehlikeliliği meseleleri bir rol oynayabilir. Anayasa bu düşünceler (noktalar hakkında bu hususta vak'alara uygun olarak karar vermiş, bu hususta karar verme yetkisini FAM'nden kesin olarak almıştır. Buna karşılık, mahkemenin 18. md. ye göre olan dâvalardaki karar hareket serbesti sahası daha büyüktür: Bu hükümdeki (sübjektif) «suistimal» kriteri ile «şümül» hükmü bir muvazene ve tefrik (imkânı) sağlamaktadır (27).

FAMK'nun 43. md. si ile 36. md. nin ahenkli formüle edilmesi karşısında bu hükümlerle ilgili verilecek kazai içtihadı, temel hakların kaybına o şekilde teşmil edilmiştir ki, GG md. 18/2 ye göre dâvanın açılması için de teklif yetkilerine sahip olanın siyasî takdiri kabul edilebilecek şekilde (28) teşmil edilmiştir (29).

4 — Müraacatı Geri Alma

a) Tahkikat prensibi, tafsilât yetkisi ve genel menfaatler

FAM re'sen hareket etmez. Bununla beraber teklif yapıldıktan sonra dâva «re'sen icra edilir, yani dâvalı ve diğerlerinin dâveya katılması, beyanlarda bulunması ya da tekliflerde bulunmalarına bakılmaksızın» (30) yürütülür. Bununla, literatürde, FAM'nın yanlış anlaşılan bir ifadesine dayanarak, kısmen FAMK, md. 26/1'in, FAM önündeki dâva için offizial maxima'nın (32) muteberiyetini düzenlediği şeklindeki telâkkiye götüren, iyice teşhis edilmemiş tahkikat prensibi ile tahkikat yetkisi arasındaki farka temas etmiş oluyoruz (31). Bir taraftan Dis-

(27) Bkz. BVerfGE 11, 282; 33, 23, her iki karar da «dâvalının tehlikeliliğini reddetmektedir. Bunun için bkz. Seuffert, age. S. 798.

(28) Klein, in: Maunz/Siglich/Schmidt - Eleibtreu/Klein, § 36 Rdnr. 7.

(29) Aynı görüş: Klein, aaO; Callwas, Missbrauch, S. 154; a.A. ohne nähere Begründung, Geiger, § 36 Anm. 3, ancak, vak'a cihetine bir «takdir sahası» tanımak ister görünüyor: «Bir temel hakkın hür demokratik temel nizama karşı mücadelede kötüye kullanıldığı vak'ası şüpheye sevkeder.»

(30) FVerfGE 1, 14.

(31) Bunun dışında, yukarıdaki ifadelerle ilgili olarak, fazla usul

positionismaxima prensibi) — Offizialmaxima (re'sen araştırma prensibi) tezatlarının, diğer taraftan duruşma prensibi ile tahkikat prensiplerinin mutad anlayışına uygun olarak, birincisi, kimin «dâvanın gidişi ve muhtevası» (33) üzerinde tasarruf edebileceğine, buna karşılık ikincisi sadece «kimin dâva malzemesini toplamağa, yâni kararın gerçek temellerini ortaya çıkaracak olan» malzemeleri toplamaya yetkili olduğuna temas eder (34). Bu açıdan, FAMK md. 26/1 mahkemeye delilleri temin etme yetkisini verildiğine inhisar eder; bu md. esas itibariyle, duruşma yetkisi olarak sadece *tahkikat prensibini* (re'sen araştırma prensibini) düzenlemektedir.

FAM, bunun yanında, aynı derece âdeta re'sen araştırma prensibinin özel bir garantisi olarak «norm kontrolünün re'sen araştırılma karakterini geliştirmiş ve teklifin geri alınmasının *genel menfaatler* sebebiyle norm kontrol dâvalarının durdurulması neticesini doğurması neticesini kabul etmiştir (35).

Müracaat gereği sebebiyle dâvanın açılması için dispisition tasarruf yetkisi câri olduğu için, dâvanın icrasında «âmme menfaati»de olsa onun daha sonraki seyri için araştırma prensibinin muteberiyetini tesis edemez. Diğer Anayasa organlarına dair düzenlemede, teklifi yapanlar karşısında bu Anayasa tarafından te-

tekniği ihtiva etmesi sebebiyle (süre tâyini, dâvet) bir mânası olan görev ya da taraf işletmesi esası zikredilebilir; v kz. Wolf, DVBl. 1966, 885.

(32) Geiger, § 26 Anm. 1 (buna karşılık aynı prensib için 2. nolu notda «tahkikat prensibi» denilmektedir); Lechner, § 26 Abs. 1 Anm. 1; Seuffert, Festschrift Geiger, S. 804.

(33) Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 3. Aufl. 1961, § 63 II vor Ziff. 1; son olarak yapılan 11. baskı 1974'da farklıdır (fortgeführt von Schwab), § 79 I: Tasarruf prensibi sadece görülen bir dâvanın mevzuu üzerinde tarafların tasarruf hürriyetini, buna karşılık bir dâvanın başlatılması ve devam ettirilmesi, dâvanın işletilmesine aittir, ancak bu, muhakeme prensiplerinin karıştırılmasına ait prensip itibariyle yapılan bir terdidin haklılığına tesir etmez; bkz. § 78 II vor 1; farklı görüş: Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. Bielefeld 1974, S. 18 ff., 24 f., 60 insbes. S. 163 ff.; ayrıca bkz. Wolf, DVBl. 1966, 884 (885), Fn. 16 m.w. Nachw.

(34) Wolf, aaO; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich - rechtlichen Arbeit, 3. Aufl. 1975, S. 10 mit Nachw.

(35) BVerfGE 1, 396 (414).

min edilemeyen FAM'nin «Supremat'ı gerekçe olarak ileri sürülemez. Zaten, meselâ idare hukuku ihtilâfları dâvalarında da «tahkikat prensibi ve umumiyetle mevcut âmme menfaatine rağmen tasarruf prensibi» câridir (36). Bu sebeple teklifte buiunun *tasarruf yetkisi*, prensip itibariyle ilgili bazı dâva tiplerinin özel gerekleri sebebiyle tahdit edilmemişse (edilmediği takdirde), müracaatını geri alması bakımından da kabul edilebilir (37).

b) Ceza Usul Hukukuna Kıyas

Bu gibi hususiyetler *Ceza Usul Hukuku* kıyasen yakınlaştıran, temel hakların kaybı ve parti kapatma dâvaları için, onun yarı ceza hukuku karakteri içinde tesis edilmişlerdir (38). Burada her iki Anayasa dâvasına ait ehemmiyetli farklar arzeden birçok bağlantı imkânları ortaya çıkar:

Dâvanın geri alınması (StPO. md. 156, 391) yoluyla olsun, dâva açıldıktan önce veya sonra dâvanın durdurulması sebebiyle olsun (StPO. md. 153 vd.), dâvanın durdurulmasına tesir edebilen her iki grup, teklif sahibinin 18 ve 21/2. md. ye göre o'ân dâvalardaki rolünden, ceza dâvası fonksiyonlarında ayrılırlar. Devletin cezaî takip yetkisi savcılığa (hukuk câmi'ası lehine) verilmiştir. Bu sebeple, savcılık, prensip itibariyle, istisnaî haller için dâvanın geri alınmasının kabul edildiği (StPO. md. 153 vd.) offizial ve taraf olabilme yetkisi prensibine tâbidir; *ikincisi* hiçbir zaman savcılığın takdiri içinde değildir; ona sadece bir başka değerlendirme sahası sağlanmıştır (39). Re'sen araştırma prensibinin istisnası, sahası içinde, dâva hakkı olanların, dâvanın geri alınmasını da ihtiva eden geniş bir Disposition hakkı olan özel dâva usullerinde ortaya çıkar (StPO. 374 vd.) (40).

Temel Hakların Kaybı ve Parti kapatma dâvalarında teklifi yapanlar, vazifeleri Anayasanın tatbiki ve korunması olan, yük-

(36) Stern, aaO; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit. S. 183.

(37) Friesenhahn, aaO, S. 182; Wolf, DVBl. 1966, 884 (891); Klein, aaO, § 26 Rdnr. 1.

(38) Lechner, Anm. A vor § 17.

(39) Kanunîlik prensibinin menfi tarafı olarak takdirîlik prensibi için bkz. Kleinknecht, StFC, 31. Aufl. München 1974, § 152 Anm. 3.

(40) Kleinknecht, aaO, Anm. 1 vor § 374.

şek anayasa organlarıdır. Bu sebeple onların dâvadaki durumları, ne devlet adına cezaî takibat yapan mercilerin durumu gibi re'sen araştırma offizial ve dâva açma mecburiyeti prensibi ile anlaşılabilir — belki onlara bir siyasî takdir imkânı tanınmıştır —, ne de kendi menfaatinin ihlâlini iddia eden bir özel dâvacının durumu gibidir. Bu sebeptendir ki, dâvanın geri alınmasına ait ceza usul hukuku hükümlerinin doğrudan doğruya nakli mümkün görünmemektedir.

c) *Başkan ve Hâkim Dâva Usullerine Kıyas*

Daha uygununu, teklifin geri alınmasını düzenleyen (FAMK, md. 52, ve 52 ile irtibatlı olarak 58, md.) *Başkan ve Hâkim dâvaları* usullerine ait hükümler ihtiva ederler. Tek tek dâva çeşitlerinin özellikleri karşısında bu düzenlemenin genel olarak alınması mümkün görülme de (41) GG. md. 18 veya 21/2 ve GG 61 ve 98/2 ye göre olan dâvalarda müşterek olan ve «korunan demokrasinin kendini muhafaza arzusu»nu ihtiva eden (42), müşterek *ceza hukuku benzeri* karakteri bir usul muamelesi kıyasına müsaade eder (43).

Öyle ise, FAMK, md. 52 de belirtilen prensiplerin uygun tatbiki halinde, temel hakkın kaybı, ya da bir siyasî partinin Anayasaya aykırılığının tesbitine karar verilmesine dair tekliflerin, Anayasa Mahkemesi kararının ısdarına kadar geri alınması mümkündür (44). Müracaatı yapmaktaki siyasî takdirin temel düşünceleri de bu neticeyi destekler: Müracaatı yapmak teklif yetkisine sahip olanda ise, müracaatı geri almak da ondadır (45).

(41) Klein, aaO, Vor § 17 Rdnr. 7.

(42) Geiger, Vor § 58 Anm. 1; s.a. Laufer, Die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Grenzen, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift BayVerfGH, München 1972, S. 73 (81).

(43) Klein, aaO, Vor § 17 Rdnr. 7; Lechner, Vor § 17 Anm. B II 2 a bb.

(44) Klein, aaO, § 26 Rdnr. 7; § 43 Rdnr. 7; Leibholz/Dupperecht, Vor § 17 Anm. 3c; Lechner, § 36 Anm. 5; Anm. zu § 43 Abs. 1.

(45) A. A. Seifert, DÖV 1961, 81 (86), jedenfalls soweit die Antragsrücknahme die Ausübung politischen Ermessens beinhaltet; Geiger, § 26 Anm. 6 (und ihm folgend Seuffert, Festschrift Geiger, S. 804).

Gerialma hakkının sınırlandırılması sadece, kendine karşı açık ve ağır ithamların açıklığa kavuşturulmasında ilgilinin haklı menfaatinin nazara alınmasını isteyen FAMK. md. 52/3'ün düşüncesinden ortaya çıkar. Bu düşünce, maznun veya dâvalının dinlenilmesi veya rızasına ait muayyen bir dâva safhasından sonra dâvanın durdurulması, ya da dâvanın geri alınmasını isteyen Ceza dâvası düzenlemelerini kavrar (46).

GG, md. 18 ve 21/2 ye göre olan dâvaların çerçevesinde dâvanın seyrine geçiş, FAMK, md. 37 ve 45'e göre olan ön dâvaların kapanması ile açık ve mühim bir safha ortaya çıkar. FAM dâvanın icrasına karar verince, ileri sürülen ithamların kazaî açıklığa kavuşmasındaki dâvalının yüksek menfaatleri tanınmalı, yâni artık dâvanın geri alınmasını onun rızasına bağlamalıdır.

d) Genel menfaatlerin nazara alınması

Buradan hareketle, dâvanın icrasında genel bir âmme menfaatinin nazara alınması, (3b) de izah edildiği gibi, FAM'nin usul hukuku statüsü ile bağdaşmaz, zira dâvayı açanın arzusu hilâfına dâvaya devam, «Anayasa polisi» mânasında onun vazifelerine girmez» (dahil değildir) (47).

5 — Taraflara katılma

FAMK'nunda taraflara katılma meselesi geniş bir şekilde düzenlenmemiştir. Taraflara katılma, açıkça, çeşitli dâvaların

(45) Müellife göre, 36. md. ye (ya da 43. md. ye) göre yapılan müracaat, dâva şartı değil, bilakis, teklifin haklılığı ve onun geri alınması meselesi de daha sonraki dâva için mânasız hale geleceğinden «dâvanın açılması için şarttır». Bununla beraber bu tefrik keyfi olup, ceza dâvasına benzer dâvaların müşterek karakterine uymaz; aksi görüş için bkz. **Leibholz/Rupprecht**, Vor § 17 Anm. 3c (bazan aynı görüş): Anm. zu § 36 (abl.).

(46) § 153 Abs. 3 StPO; Dâva açıldıktan ve dâvalı dinlendikten sonra, muhakemenin her safhasında ehemmiyetsizlik sebebiyle durdurma. § 153a StPO: (Dâvadan vazgeçmek için şartlar mevcutsa) dâvanın açılmasından son tahkikat duruşmasının başlamasına kadar dâvalının muvafakati ile durdurma) § 391; ilk adli merciin esas duruşmasında esasa ait dâvalının ifadesinin alınmasına başlandıktan sonra, dâvalının muvafakati ile özel dâvanın geri alınması.

(47) **Wolf**, DVEI. 1966, 884 (890); **Gallwas**, Missbrauch, S. 155 f.

farklı karakterlerine uygun olarak, sadece kontradiktörisch ihtilâflar, organ ihtilâfı ve Federasyon — eyalet ihtilâfları — (FAMK, md. 65 veya 69), müşahhas norm kontrolü dâvaları, Devletler Hukukunun tatbiki (md. 83/2) ve norm tavsifi (md. 88) ile Anayasa şikâyeti dâvaları için derpiş edilmiştir (md. 94/5).

Bir dâvaya katılma bir tarafın bütün haklarına iştirak neticesini doğurur (48). Fakat, ancak maddî mânâda müdahil olabilen, bu dâva mânâsında müdahil olabilir (49).

GG. md. 18 ve 21/2. md. lere göre olan dâvalar için bundan şu iki netice ortaya çıkar :

Dâvanın münhasır konusu, yalnız temel hakların şahsen suistimali ya da muayyen bir partinin (50) Anayasaya aykırılığı olduğu için dâvalıya katılmak mümkün değildir.

Buna karşılık, başka teklife yetkili olanlardan birisinin dâvacı tarafına müdahalede menfaati düşünülebilir. Meselâ bir eyalet hükûmeti tarafından bir partiye karşı açılan dâva çerçevesinde, bu arada bu parti bir diğer eyalet veya tüm federasyon çapında teşkilâtlanmış ise, bu takdirde bir müdahale mümkün olarak kabul edilmelidir. Aynı durum, federal organların yürüttüğü bir dâvaya, teklif yetkisi olan diğer federal organların katılması için de söz konusudur.

6 — Esas konunun çözülmesi

Maddî olarak (51), veya teklifte bulunan ya da dâvalının (53) dâvayı düşürmesi yoluyla olsun (52), esas meselenin halle-

(48) Leibholz/Rupprecht, § 65 Anm. 6.

(49) Geiger, § 65 Anm. 4.

(50) Diğer siyasî partilerin müdahil olarak katılabilecekleri bir organ ihtilâfı çerçevesinde bir «yetki sınırlandırılması» m'nasında, bir partinin Anayasa hukuku bakımından olan statüsü hakkındaki ihtilâftan farklı bir durum sözkonusudur; Bkz. BVerfGE 20, 18 (24 f.).

(51) Bkz. BVerfGE 14, 140 (142): Muhakemenin son muamelesinin ifası sebebiyle G.G. md. 100/1 e göre bir teklifin mevzusuz kalması.

(52) Bkz. BVerfGE 6, 389 (442): Şikâyetçinin ölmesi sebebiyle bir Anayasa şikâyetinin son bulması.

(53) Bkz. BVerfGE 2, 1 (71): Bir siyasî partinin kendini feshetmesi (ancak buradaki muhakeme bakımından mühim değildir).

dilmesi sebebiyle dâvanın durdurulması için, FAMK, Başkan dâvaları (FAMK. md. 51) ve hâkim dâvaları (FAMK. md. 51 ile birlikte md. 58) dışında, bir düzenleme ihtiva etmez.

Bu meselenin mütecanis bir şekilde ele alınması, her bir dâva çeşidinin farklılığı, onların mevzuu ve usul hukuku karakteri sebebiyle imkânsızdır.

Dâvaların münhasıran şahsına karşı tevcih edilen, mümkün hukukî bütün neticeleri içinde de saf şahsî olan *temel haklarının kaybı dâvaları* için, sadece dâvalının ölümü halinde dâvanın durdurulması düşünülebilir (55).

Parti kapatma dâvalarında, dâvalının düşmesi ancak partinin kendi kendini feshetmesi halinde düşünülebilir. Ferde müteallik temel hakların kaybı dâvasından farklı olarak, parti yasaklamasının mevzuu, sadece mevcut teşkilât şekil ve isim halinde parti değildir. Davanın icrasını garanti etmek için, FAMK, sahate bir temsil yetkisi vasıtasıyla temsile yetkilinin devamlı tekrarlanan değişikliği yoluyla dâvanın sürüncemede bırakılmasını imkânsız kılmıştır (md. 44. cümle 2) (57); nihayet parti yasaklamanın fiilî tesirliliği, yedek teşkilâtların da yasaklanması yoluyla (md. 46/3, cümle 1), sağlanmıştır. Burada ifade edilen pân ve düşüncenin devam ettirilmesinde, bir partinin kendisini feshetmesi halinde de dâvaya devam, yeni bir dâvanın icrasına (ancak yeni bir kendini fesih tehdidi ile) ihtiyaç kalmaksızın, feshedilen partinin yeniden kurulması halinde kesin bir yasaklama hükmüne müracaat edebilmek için, gereklidir. Bu sebeple parti kapatma dâvası için ana meselenin halledilmesi dâvanın durdurulması ile irtibatlı değildir (58).

(54) Bu düzenlemeye karşı endişeler için bkz: Lechner, § 51 Anm. 1, § 58 Abs. 1 Anm. 1; Geiger, § 51 Anm. 2; § 58 Anm. 1c; Leibholz/Zupprecht, Anm. zu § 51, § 58 Anm. 1.

(55) Bkz. Geiger, S. 66; Klein, aaO, Vor § 17 Rdnr. 16; Lechner, § 30 Abs. 1 Anm. 1; FAMK. md. 34/2 e göre alınan bir ücret kararı sebebiyle muhakemenin devamı için bir zorunluluk (so Seuffert, Festschrift Geiger, S. 804) ortaya çıkmaz — böyle bir olsa olsa StPO. md. 206a ve 467. md. nin kıyasen tatbikinde düşünülebilir.

(56) Ekz. BVerfGE 2, 1 (71 f.).

(57) Geiger, § 44 Anm. 5.

(58) Geiger, S. 65 f.

7 — Oylama

FAM'nin kararları, prensip itibariyle, karara katılan hâkimlerin basit çoğunluğu ile alınır (FAMK. md. 15/1, cümle 3). FAMK, md. 15/2. cümle 2 bundan ayrılmakta, StPO. md. 263/1, 2 ve GVG. md. 196/3 de belirtilen «dâvalının emniyeti» (59) görüşüne uygun bir düzenleme ihtiva etmektedir. Buna göre, dâvalıya zarar verici kararların, FAMK, md. 32/5 deki halde o'duğu gibi, sadece hazır olan üyelerin üçte ikisi değil, Senato üyelerinin üçte ikisi gibi mevsuf bir çoğunluğa, yâni FAMK, md. 2/2 ye göre en az 6 hâkimin kararına ihtiyaç vardır.

Bu mânada, zarar vericilik, maddî hukukî, ya da usul hukuku bünyeli olsun, sadece dâvalının hukukî durumunu kötüleştiren kararlardır (60). Özellikle yüksek zarar verici kararlar için (okul meselesi, cezanın tesbiti, yan ceza ara karar verilmesi v.s.) mevsuf çoğunluğu şart koşan StPO. md. 263'ün tersine, FAMK. md. 15/2 cümle 2, bu mevsuf çoğunluğu «herhalde», yâni zarar verici düşünülebilen *bütün* kararlar için düzenlemektedir (61). Bu hâllere esas dâva ile ilgili o'duğu takdirde md. 37, ya da 45 e (62) ve 32 ye göre (63) verilen kararlar, ve md. 40 a uygun olarak temel hakkın kaybının kaldırılması, ya da müddetle sınırlandırılması teklifini reddeden kararlar girer (64).

El koyma veya arama yoluyla, ya da ön tahkikat çerçevesinde icra edilen keşifler (65) yoluyla olan, FAMK. md. 38 e göre alınan tedbirlere bağlı olan ve dâvalının hukuk sahasına geniş çaptaki müdahale karşısında, bu konulardaki kararlar aynı şe-

(59) Sigloch, in: Maunz/Sigloch/Schmidt - Bleibtreu/Klein, § 15 Rdnr. 16.

(60) Lechner, § 15 Abs. 2 Anm. 2.

(61) Lechner, aaO.

(62) Sigloch, aaO, § 15 Rdnr. 16, Lechner, aaO; Leibholz/Rupprecht, § 15 Anm. 4.

(63) Sigloch, aaO; Leibholz/Rupprecht, aaO.

(64) Klein, aaO, § 40 Rdnr. 7; Lechner, § 40 Anm. 3; Leibholz/Rupprecht, Anm. zu § 40; a. S. Sigloch, aaO; Geiger, § 40 Anm. 6.

(65) Bu konu için StPO. md. 184, 187, 195-196'nin uygun tatbiki mevzu bahis olur. (Lechner, Anm. zu § 54 Abs. 2, Anm. zu § 38 Abs. 2).

kilde, madde 15/2, cümle 2 mânasında «zarar verici» kabul edilir, bu haller içinde üçte iki çoğunluk gereklidir (66).

8 — Geçici Kararnâme

FAMK, md. 32 genel bir usul normu olarak, FAMK'unda derpiş edilmiş bütün dâva çeşitleri için câridir (67). Binnetice temel hakların kaybı ve parti kapatma dâvaları çerçevesinde de FAMK, «şâyet ağır zararlardan korunmak, mevcut tehlikeye mani olmak, ya da diğer mühim bir sebepten dolayı toplum menfaati için âcil ise» (FAMK. md. 32/1), bir dâvayı geçici kararnâme ile düzenleyebilir.

FAM'ne bu tedbirler ile bir potansiyel vermiş olan bu kuvvet yığının karşısında — misal olarak, genel teklif gereğine uygun olarak, hattâ re'sen bile alınması imkânını vermemektedir (68) —, bir geçici kararnâmenin ısdarı için gerekli şartları sıkı bir şekilde aramak gerekir (69).

Geçici kararnâmenin, hukukî meseleyi geçici düzenlemesine ait bir vasıta ve böylece ana dâvanın icrasını garantiye bağlamadaki (70) karakteri nazara alınır, GG. md. 18, 21/2 ye göre olan dâvalar için muayyen ölçüde ana kararın bertaraf edilmesini engelleme fonksiyonu kabul edilir (71).

(66) Lechner, § 15 Abs. 2 Anm. 3, und Leibholz/Rupprecht, § 15 Anm. 4 (nur für § 38 Abs. 1); a.A. Sigloch, aaO, § 15 Rdnr. 16.

(67) BVerfGE 1, 85 (86); 1, 281 (282); isbat edici beyanlar için bkz. Klein, § 32 Rdnr. 2 FN 1; BVerfGG md. 32/1 mânasında «ihtilâf'ı haller» sadece «parti ihtilâfları» değil, BVerfGG'in tüm muhakeme neveleridir. (Lechner, § 32 Abs. 1 Anm. 3).

(68) Özel istisnâ haller dışında, BVerfG in kendi siyasî ins'yatifine mani olmak için, re'sen geçici kararnâme — bilhassa görülmekte olan dâva dışında — imkânsız kabul edilmelidir. (Fuss, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, 201 (203); bkz., Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 190; Klein, § 32 Rdnr. 12; Geiger, § 32 Anm. 5; Leibholz/Rupprecht, § 32 Anm. 4).

(69) Fuss, DÖV 1959, 203; bkz. BVerfGE 7, 171 (179) m.w.Nachw., und Leibholz/Rupprecht, § 32 Anm. 10.

(70) Klein, § 32 Rdnr. 8 f.

(71) Geiger, § 32 Anm. 2.

Bu sebeple geçici Kararnâme, ancak kararnâme her iki dâvada kavrayıcı tedbirleri derpiş ettiği takdirde mümkündür; buna karşılık buradan hareketle, temel hakların kaybına (72), ya da parti yasaklamaya (73) benzer bir netice doğuran kararnâme, geçici kararnâmenin bünyesi ile bağcaşmaz.

«Mevcut tehlikeye mâni olmak» gibi bir mânâda geçici bir kararnâmenin ısdarına ait şartlar, parti kapatma dâvası çerçevesinde, meselâ bir siyasî partinin cârbe niyeti halinde (74) söz konusu olur, veya SRP dâvasında ccreyan ettiği gibi (75), görülmekte olan bir dâva esnasında bir partinin mahkemeye veya kamu oyuna yasak propağanda ile nüfuza çalışması sebebiyle toplum menfaati sebebiyle olabilir (76). Temel hakların kaybı ile ilgili «mühim sebep» olarak, meselâ «hür demokratik temel düzene karşı muahezeyi mucip mücadele» ile ilgili olarak, resmî bir memuriyetin suistimali hatıra gelebilir.

9 — Kesinlik, bağlayıcılık, kararın kanun kuvvetinde olması

FAM'nun kararları, kesin bağlayıcılığı, FAMK'nun 31./1. md. ya göre maddî kesinliğin (77) sübjektif hudutlarının genişletilmesinde Federal ve federe bütün organları ve bütün mahkeme ve mercileri bağlamak suretiyle ortaya çıkar (78). GG md. 18,

(72) Geçici bir kararnâme, bünyesine göre, kayba benzemez (Gallwas, Der Missbrauch von Grundrechten, S. 159). Kayba eşit kavram hakkında teferruatlı bilgi için GG. md. 18'in «tikama tesiri ile ilgili olarak»: Stetner, DVBl. 1975, 801 ff. passim.

(73) Bu sebeple FAM'nin SRP dâvasındaki geçici kararnâmesi açıkça «Sosyalist Reich partisinin varlığı ve iç teşkilâtına temas etmez» şeklinde ifade kullanmıştı. (BVerfGE 1, 349, 351); Ancak, onun şümulü sebebiye tenkidi için Gallwas, aaO, S. 160 FN 266.

(74) Geiger, § 32 Anm. 2.

(75) BVerfGE 1, 349 ff.

(76) «Contempt of court»un bu görüşü hakkında tenkid için bkz. FuB, DÖV 1959, 201 (207); Lechner, § 32 Abs. 1 Anm. 3c, S. 238.

(77) Bkz. Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 94 Rdnr. 129.

(78) Über die Reichweite dieser Bindungswirkung Stern, FK, aaO m. w.Nachw., und BVerfGE 19, 392; 20, 87. Bağlayıcı tesir hüküm kısmını, olsa olsa bütün gerekçeyi değil, ana temel gerekçeye de şâmilidir. Temel esaslar mukavelesi hakkındaki kararında (BVerfGE. 36. 1 vd) FAM, ayrıca, «sadece bizzat mukavelenin muhtevasına temas etmeyenler de dahil

cümle 2 ve 21/2 ye göre olan kararlar da bu bağlayıcı tesiri ortaya çıkarırlar; buna karşılık FAMK. md. 31/2 onlara kanun kuvveti vermemiştir (79). Kararların nihaî bağlayıcı karakteri, taraflar için, ihlâli genel usul hukuku esaslarına göre (81) daima özel olarak düzenlenmiş olması gereken, şekli ve maddî kesinlik kuvvetini haizdir (80). Temel hakların kaybı için, bu, FAMK. md. 40 da düzenlenmiştir, bununla beraber, aşağıda IV 2 ve 3 de teferruatlı olarak ele alınacak olan «K P D nin tekrar kurulması izni» konusuna sebep olan (82) parti kapatma halinde düzenlen-

olmak üzere, hükmün gerekçesinin bütün beyanlarını» temel gerekçe olarak kabul etmek suretiyle, bağlayıcı tesirin çerçevesini genişletmiştir (BVerfGE 36, 36). Bu konuda, bu görüşe katılmak mümkün değildir; bunun yerine doktrinde hâlâ devam eden münakaşalara ait birkaç makaleye işaret etmek isteriz: **Hoffmann - Riem**, Eeharrung oder Innovation — Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Der Staat 1974, S. 335 ff; **Kimminich**, Das Urteil über die Grundlagen der staatsrechtlichen Konstruktion der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1973, 657; **Leibholz**, Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht, DVBl. 1974, 396; **Maassen**, Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1975, 1343; **Oppermann**, Urteilsanmerkung zum Grundvertrag, JZ 1973, 594; **Podlech**, Logische und hermeneutische Probleme einer neueren Tenorisierungspraxis des BVerfG, DÖV 1974, 337; **Tomuschat**, Auswärtige Gewalt und verfassungsgerichtliche Kontrolle, DÖV 1973, 803; **Wilke/Koch**, Ausbenpolitik nach Anweisung des BVerfG, JZ 1975, 233.

(79) Aynı görüş: **Ridder**, Anmerkung zu einer «Orientierungshilfe» JZ 1967, 741; **Schuster**, Über die Grenzen der «abwehrberit n Demokratie», JZ 1968, 152 (156); **Bernstein/Zweigert**, Die Rehabilitierung einer aufgelösten Partei, Recht und Staat Heft 408/409, Tübingen 1972, S. 14, karşı görüş: **Heinemann**, Wiedenzulassung der KPD?, JZ 1967, 425.

(80) Bağlayıcı tesir ile kesinlik arasındaki münasebet üzerinde durmuyoruz. **Lechner**, § 31 Anm. zu Abs. 1. Ceza hukukuna benzer muhakemelerde kesinlikle ve bağlayıcı tesir lehinde görüşünü açıklamaktadır.

(81) Ekz. **Rosenberg-Schwab**, § 163 II; **Zöller**, ZPO, Kommentar, 11. Aufl. München 1974, Vorbem. 9a vor § 322; **Baumbach - Lauterbach - Albers - Hartmann**, ZPO, Kommentar, 32. Aufl. München 1974, Einf. (§§ 322 - 327, Anm. 6 C; **Grunsky**, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. Bielefeld 1974, § 47 III 3; **Kleinknecht**, Anm. 1 vor § 359; **Loewe - Rosenberg - Schäfer**, StPO, Bd. 1, 21. Aufl. Berlin 1963, Einl. Kap. 10 B 3. c A, S. 85 f.; **Eb. Schmidt**, Lehrkommentar zur StPO, Teil II, Göttingen 1957, Vorbem. 4 vor § 359.

(82) Eski Federal Adalet Bakanı Dr. **Heinemann**'ın bir makalesinin başlığı böyledir, JZ 1967, 425 ff.

memiştir. «Federal Anayasa Mahkemesinin her hükmü, Anayasa Mahkemesinin muhafazasına hizmet etmesi gereken objektif Anayasa durumuna tesirinin aynı derecede zarar vererek ve hükmün bertaraf edilmesi bu zarara yardım edecekse, varlık kuvvetini kaybetmesi gerektiği yolundaki *Ridder* (83) in görüşü, GG md. 18 ve 21/2 sahasında, bir taraftan FAMK. md. 40 da pozitif olarak düzenlenme, diğer taraftan da partilerin yasaklanmasına ait Kanunun sükûtu karşısında, herhalde câri usul hukuku ile bağdaşmaz. FAMK'nun 40. md. si dışında esaslı değişen şartlarda yeni bir dâva (84) nin açılması, argumentum e contrario (mefhûm-u muhalif) mümkün değildir.

Anayasanın yürürlüğü açısından bağlayıcı tesir ve kesinliğin yegâne tahdidi olarak, FAM, KPD kararında yasaklama neticelerini askıya almayı «Tüm bir Alman Anayasasının vaz'ına hazırlık olarak, tüm Alman seçimlerine yasama hazırlığı için» kabul etmiştir (85). Daha geniş bir sınırlama «Anayasa bakımından zaman ve mekân olarak hükmedilen sahada derpiş edilmemiştir (86).

III — Dâvanın Seyri

1 — Ön usuller

Ana dâvanın icrasından önce, her iki dâva nevinde ayrı düzenleme yoluyla (FAMK. md. 37, 45) (87), mecburî bir ön soruşturma işletilmektedir. Ancak bu usul Ceza Usul Hukukunda ger-

(83) KPD - Verbot, Neuwied - Berlin 1966, S. 46; ihm folgend Schuster, JZ 1968, 157. Ancak, müellif hükmün neticelerinin bertaraf edilmesi için bir yasama muamelesini şart görmüştür.

(84) Maunz, in: Maunz/Sigloch/Schmidt - Bleibtreu/Klein, § 31 Rdnr. 10.

(85) BVerfGE 5, 85 (132). Mahkeme bunu haklı olarak GG. 146. md. den ve — denilebilir ki — başlangıç kısmından (bkz. EVerfGE 36, 1 ff.; 16, 20) çıkarmıştır.

(86) BVerfGE 5, 85 (131).

(87) Fark sadece ilk tahkikata katılma ehliyetinin tesbitinde vardır. Eu, parti kapatma dâvaları için zamlı «muayyen bir şekle bağlanarak» (Geiger, § 45 Anm. 2), dâvalının fonksiyonunu parti değil, 44. md. gereğince «Temsile yetkili olan» ifa etmektedir.

çek açıdan maddî vakıanın açıklanmasını hazırlayan ön tahkikat gibi değildir veya kesinleşen bir delil değerlendirilmesini önceden temin eden bir usul hiç değildir (88), tersine şu iki fonksiyonu ifa etmek için tesbit edilmiştir: Birinci olarak, FAM'nin yükünü hafifletmek (89), ikincisi «dâvalının hukukî durumuna câva ile bağlı olarak ağır bir müdahale sebebiyle» (90) gerekçesiz (nicht substrantierte) veya tamamiyle dikkatsiz olarak sunulan bir teklif karşısında ilgiliyi korumaktır (91).

a) *FAMK md. 24 bakımından*

Bu çift koruma gayesinden aynı zamanda basit usulü muhakeme hakkındaki md. 24'ün genel hükümden ayrılan FAMK. md. 37, ya da 45 in düzenleme muhtevası ortaya çıkar: FAMK md. 37 ve 45 e göre ön dâvanın icrası FAM için *mecburî* olup, md. 24 durumunda olduğu gibi, kendi takdirine bırakılmamıştır (92). FAMK. md. 37 ve 45 e, Senato Başkanı (FAMK. md. 23/II) dâvalıdan, bir müddet içinde teklife cevap vermesini talep etmek suretiyle, savunma hakkı (rechtliches Gehör) sağlamayı da garanti etmiştir. Sadece yükünü hafifletmeye hizmet etmeyen özel olarak düzenlenmiş bir ön dâvanın müesseseleştirmesi, temel hakkın kaybı ve parti kapatma dâvalarında md. 24'ün imkânsız telâkki etmeye götürebilir (93). Md. 24. ün her dâvada câri o'duğu yolundaki FAMK'ın görüşü 9, 334 (336), bu sebeple gözden geçirilmeye muhtaçtır. Dâva'nın, verilen tekliflercekilere ait açıklama yapabilmekte menfaati vardır. FAMK. md. 24'e göre olan basit usulü muhakemeye hemen müdahale edilecek olursa, semper aliquid haeret tehlikesi (şüpheye düştüğünü iddia) ortaya çıkar.

Md. 24'ün tüm düzenleme sahasını içine alan FAMK. md. 37 ve 45 deki özel düzenleme ile bu hükümlerin *zorlayıcı* karakteri

(88) Seuffert, Festschrift Geiger, S. 804 f. Bu da'ha çok, ceza dâvasında açılış kararına ait bir paralellik arzeder: Klein, aaO, § 37 Rndr. 1; Lechner, § 37 Anm. 1; Geiger, § 37 Anm. 1; Seuffert, aaO.

(89) Klein, aaO, § 37 Rndr. 1.

(90) Geiger, § 37 Anm. 2.

(91) Klein, aaO, § 37 Rndr. 2; Lechner, § 37 Anm. 1; Geiger, aaO.

(92) Bkz. Lechner, § 24 Anm. 4 und § 37 Anm. 1.

(93) Ayrı görüş: Seuffert, Festschrift Geiger, S. 805.

karşısında, FAMK md. 13. nr. 1 ve 2 ye göre olan dâvalar çerçevesinde md. 24'ün uygulanması için yer yoktur. Belki md. 37 ve 45 özel düzenleme olarak FAMK. md. 24'ün genel düzenlemesinin yerine geçerler (94). Özellikle, bir teklifin reddi için maddî şartlar imkânsız olmasından sarfınazar (95) herbiri farklı şekilde düzenlenmiştir: Md. 24 e göre bir teklif sadece açıkça gerekçesiz (96) olması halinde ve mahkemenin ittifakla vereceği bir kararı ile reddedilebildiği halde, 37 ve 45. md. lere göre olan bir teklif, «yetersiz gerekçesi yetersiz» görünüyorsa reddedilebilir.

O halde dâvalının kuvvetli şekilde korunması, hem teklifin gerekçesine ait zorlaştırılmış taleplerde, hem de, davalıya zarar verici her karar için mevsuf bir çoğunluk gereğinde mevcuttur (FAMK. md. 15/2, cümle 2).

b) FAMK md. 37 ve 45 e göre karar çoğunluğu ve azınlığı

Bununla beraber FAMK. md. 37, ya da 45 in düzenlemesi, metnine göre, teklifin reddi için kâfi gelmeyen bir azınlık (mesele Senatonun 3 üyesi) imkânsızlık, ya da teklifin kâfi olmayan gerekçesini kabul etmesi hali için bir boşluk ortaya çıkarmaktadır. Artık dâvanın devamı (md. 37, 2. cümle yarısı, 3. alternatif) için gerekli olan mevsuf çoğunluk (6 hâkim) ulaşamaz. Bu bakımdan usul hukukuna ait koruyucu hüküm olarak, FAMK. md. 37'nin, md. 15/2, cümle 2 ile bağlantılı olarak zorlayıcı hükmü, md. 15/2, cümle 2 mânasındaki «zarar verici karar» kavramını, md. 37 ye göre alınan bir kararın, basit bir çoğunlukla dâvanın devamını mümkün kılmak gayesi ile anlaşılamayacağı yolundaki tefsire müsaade etmez.

Aynı şekilde, objektif bir Anayasa koruma görüşü içinde, eksik rey çoğunluğu sebebiyle FAMK. md. 37 ya da 45 e doğrudan doğruya dayanılmayarak bir teklifin reddinin ters neticesi hiç

(94) Aynı görüş: Klein, aaO, § 37 Rdnr. 3; karşı görüş: Seuffert, Festschrift Geiger, S. 805.

(95) Bu halde, red için 24. md. de belirtilen şartlarda ittifak gereğine kadar herşey aynıdır (bkz. Klein, aaO, § 37 Rdnr. 4; Seuffert, in: Festschrift Geiger, S. 806).

(96) İlgili şartlar hakkında bkz. Klein, aaO; § 24 Rdnr. 19; Lechner, § 24 Anm. B II 1.

de arzu edilmez. Ancak, rey eşitliği halinde «teklife uygun bir karar verilmiş sayılmaz» diyen md. 15/2, cümle 4 ün düşüncesini tatbikine cayanmak mümkündür (97). Buradaki rey eşitliği müsbet ve menfi reylerin fiilî (gerçek) eşitliği değil, md. 37 ve 45 deki kanunen emredilen çoğunluk gereğinin farklı düzenlemesinden ortaya çıkan fonksiyonel rey eşitliği mânâsında azınlığın ve çoğunluğun fiilî eşit kuvvetidir. Buradan çıkan teklifin reddi, red, azınlığın vetosuna göre teklifin kâfi olmayan gerekçesine dayandığı müddetçe FAMK. md. 41 (ya da 41 ile bağlantılı olarak md. 47) mânâsında *maddî* karar olarak (98) kabul edilseydi, bu halde yeni bir teklif vermek, sadece md. 41 in zor şartları altında mümkün olur ve kâfi derecede gerekçeli bir teklifin icrası ve bînetice oylamanın düzenlemelerinin farklılığından müessir Anayasa korunması suya düşmüş olurdu.

Bu dilemmanın, de lege lata, mümkün çözümü esasa ait karar kavramının tefsirinden ortaya çıkar. Böyle bir tefsir, ancak maddî değerlendirilmesine dayanan kâfi gerekçesi olmaması sebebiyle bir teklifin reddinin temelinde vardır (99). Yoksa «usul oyunlarına» dayanarak suya düşen bir teklifin reddine değil, bu sebeple böyle bir teklif FAMK. md. 41 i ihlâl etmeden tekrarlanabilir.

De lega feranda, md. 37, 45 in son karar alternatifinin tayyedilmesi ile yapılacak açık bir düzenleme («veya duruşmanın dâvanın devam edebileceğine») ile ulaşabilir (100). Bu halde, artık basit bir çoğunluk teklifin reddi için, kâfi gelecek, buna mukabil dâvanın devamı ise, ayrıca açık bir karar gereği olmaksızın otomatik bir netice olarak gerçekleşecektir. Normun koruma gayesi

(97) Lechner, § 15 Abs. 2 Anm. 3 a.E., m.w. Nachw.; s.a. Sigl'ch aaO, § 15 Rdnr. 14; Geiger, aynı hukukî neticeyi doğrudan doğruya md. 15/2, cümle 2 den çıkarmaktadır § 15 Anm. 7 a.E. S. 55 f.

(98) Bir kâfi gerekçe olmaması sebebiyle normal bir red hali içindir. Hâkim görüş; bkz. Klein, aaO, § 41 Rdnr. 2; Leibholz/Rupprecht, Anm. zu § 41, S. 143; Geiger, § 37 Anm. 4; a.A. Lechner, § 41 Anm. 1, müellif 137. md. ye göre alınan bir karar «daima usulî» bir karar olup, bu sebeple 41. md. mânâsında esas karar sayılmadığını söylüyor.

(99) Seuffert, Festschrift Geiger, S. 304 f.

(100) Aynı şekilde, icra edilmeye ait kararın, BVerfGG md. 15/2, cümle 2'ye göre olan mevsuf çoğunluk gereğinin açık bir istisnası olarak düşünülebilir.

ise, (ön dâvanın mecburî icrası; ilgililerin müdafaalarının dinlenilmesi) muhafaza edilmiş olacaktır.

2 — Dâvayı hazırlayıcı tedbirler

Temel Hakların kaybı ve parti kapatma dâvasının ceza hukuku karakterine göre FAMK. md. 37, ya da 47 nin 38 ile irtibatlı olarak, FAM'na «Ceza Usul Kanunu hükümlerine göre» bir *müsadere* veya *tahkikat* yetkisi de nazara alınmalıdır (10). Bundan başka 1956 tarihli değişiklik ile (102) ilâve edilen fıkra 2, sözlü duruşmanın hazırlığı için «fiilî (gerçek) nevi en zengin araştırmalar» yoluyla bir *ön tahkikat* imkânı vermektedir (103). Böylece FAMK. md. 388/2, 54 ve 58. md. lerde düzenlenmiş olan diğer iki ceza hukuku benzeri dâvalara (Başkan ve Hâkim dâvaları) uygun bir düzenleme ihtiva etmiş olmaktadır.

37 ve 45. md. lerde mevcut dâvalı lehine koruma düşüncesi 38. md. nin, bu tedbirlerin sadece mümkün ve kâfi derecede gerekçeli bir teklifin takdimi halinde alınabileceği neticesi ile birlikte kullanılmasına da tesir etmektedir. Metin ancak karşı görüşe uygun olmasına rağmen («teklifin gelişinden sonra»), 38 ve 47. md. lere göre olan geriveren zorlu tedbirlere, şâyet md. 37 ve 45 e göre bir ön dâva dâvacının lehine kapanmışsa, müsaade edilir (104).

38 ve 37. md. ye göre olan kararnâmelerin için teklif gereği yoktur; re'sen de alınabilir, ancak dâima bir mahkeme kararı gerektirirler (isterler) (105). Bir ön tahkikatın, Senatonun karar vermeye yetkili olmayan bir hâkiminin eline gelmesini düzenlen belki de Mahkemenin bir Senatosunun dâvanın tümünü onun yetkisi içinyde muhafaza etmeyen Anayasa dâvalarının tek örneği (hali), 38. md. nin düzenlenişi Ceza Usul Hukukuna kuvvetli benzetme bakımından dikkate değer ve karakteristik olup,

(101) Sözkonusu olan tedbirlerin tek tek teferrüatlı izahı, Klein, aaO, § 98 Rdnr. 3-17'da bulunmaktadır.

(102) BGBI. I, S. 662.

(103) Klein, aaO, § 38 Rdnr. 18 f.

(104) Klein, aaO, § 38 Rdnr. 1; Lechner, Anm. zu § 38 Abs. 1; Geiger, § 38 Anm. 1; Leibholz/Rupprecht, § 38 Rdnr. 1.

(105) Klein, § 38 Rdnr. 2.

FAMK, md. 16 ya göre Genel Kurulun toplantıya dâveti nazara alınmaz.

3 — Müracaatın tekrar edilmesi

Ceza dâvasının tekrarı yasağı şeklindeki Ceza Usul Hukuku prensiplerine uyularak (106) temel hakların kaybı ve parti kapatma dâvasında, daha önce FAM'nin esası hakkında karar verdiği bir teklifin FAMK. md. 41 veya 41 ile irtibatlı olarak 48 e göre tekrarlanması, ancak *yeni vak'aların* arzı halinde mümkündür (107). Burada iki soru ortaya çıkar: maddî karar ne zaman mevcuttur (a) ve yeni vak'alar nelerdir (b).

a) Bilhassa FAMK. md. 37 ye göre yapılan ön dâvalar çerçevesinde *maddî karar* (esas hakkındaki karar) kavramı müşküldür. FAM bu dâvada, ileri sürülen maddî vak'anın değerlendirilmesi ve teklifin esas noktasını araştırmasına istinaden bir dâva dilekçesini, ileri sürdüğü hâdiseyi kâfi derecede gerekçeli görmeyerek, reddederse, (kısaltılmış dâva çerçevesinde de olsa) esas hakkında bir karar vardır. Zira «Esas» inmiş ve onun hakkında bir karar vermiştir (108). Böyle bir teklifin tekrarı, ancak 41. md. ye göre yeni vak'alara istinat ediyorsa, mümkündür. Bu netice, bir teklifin reddedilmesi bir yeni dâvanın ve aynı zamanda 37. md. ye göre yeni bir dâvanın açılması düşünceleri ile kuvvet kazanır. Bu dâvada, yeni vak'alar sebebiyle yıkılamayan bir teklif, kâfi derecede gerekçeli olmaması sebebiyle reddedilebilir (109).

Teklif, *imkânsızlığı* sebebiyle reddedilmişse, FAM'ne ön dâvada, ne de ana dâvada esasa karar vermiş sayılır. Bu hallerde, şâyet kabule engel olan hususlar ortadan kalkmışsa, ne bis idem

(106) Bir prensib olarak G.G. md. 103/3 de tesbit edilmiştir; BVerfGE 3, 248 (252); 12, 62 (66); BGHSt 5, 323 (328).

(107) Lechner, § 41 Anm. 1; Klein, aaO, § 41 Rdnr. 1.

(108) Ebenso Klein, aaO, § 41 Adnr. 2; Leibholz/Rupprecht, Anm. zu § 41; Geiger, § 37 Anm. 4; Gallwas, Missbrauch, S. 156; a.A. Lechner, § 41 Anm. 1, md. 37, Anm. 4 deki beri görüşü ile tezatlı.

(109) Klein, § 41 Rdnr. 5; Lechner, § 41 Anm. 3; Geiger, § 41 Anm. 6; Leibholz/Rupprecht, Anm. zu § 41.

yaşının ihlâl edilebildiği saf usul kararları söz konusudur (110).

Teklif sadece kısmen uygun cevap verilmeksizin halinde de bir esas karar var demektir (111).

Kanun ifade etmemesine rağmen, diğer teklifte bulunanlar bir dâva açarlarsa, 41 ve 48. md. lerin sınırlanması da mevzubahis olur (112). Ne bis idem yaşının sebep olduğu dâva mevzuu, sadece dâvalı ve teklif sebebiyle bu şekilde tayin edilebilir (113).

b) Ceza usulü dışındakilerdekinden farklı olarak (114) *yeni vak'alar*, sadece; temel hakkın kaybı veya parti yasaklama dâvasında ileri sürülmemiş olanlar, ya da sonra ortaya çıkmış olanlardır (115). Ancak bunların daha sonra bilinmiş olmaları, kâfi değildir (116). Ancak bunlar, yeni ortaya çıkan vak'alar için ek olarak değerlendirilebilir (117).

IV — Özel Usul Kaideleri

Temel hakların kaybı ve bir siyasî partiyi kapatma hakkındaki her iki dâva, Anayasaya hücum konusunda önleyici anayasa korumasının (118) müşterek hedefinde (istikametinde) ayrılmaktadırlar: *ferdî* faaliyet karşısında 18. md. yoluyla tehlikeden korunma ile, parti *teşkilâtlarının* karşısında 21/2. md. yoluyla tehlikeden korunma bağlantılıdır (119). Bu ferdî, ya da teşki-

(110) Klein, aaO, § 41 Rdnr. 2; Geiger, § 41 Anm. 2; ayrıca bkz. Kleinknecht, Einl. 8 B d.

(111) Klein, § 41 Rdnr. 2.

(112) Geiger, § 41 Anm. 4.

(113) Lechner, § 41 Rdnr. 1.

(114) Ekz. Kleinknecht, § 211 Anm. 2: «onların ... bilinmiş o'abilecekleri veya o zamanlar mevcut oldukları.» Benzer görüş: Schmidt, Teil II, § 359 Rdnr. 18; Loewe - Rosenberg - Kohlhaas, Bd. II, 22. Aufl. Berlin New York 1973, § 359 Anm. 18; K. Peters, Strafprozess, 2. Aufl. Karlsruhe 1966, S. 589.

(115) Klein, § 41 Rdnr. 3; Lechner, § Anm. 2; Geiger, § 41 Anm. 3; a.A. Gallwas, Missbrauch, S. 156 f.

(116) Klein, aaO; Geiger, aaO. Dagegen Callwas, aa.

(117) Klein, § 41 Rdnr. 4; Geiger, § 41 Anm. 5.

(118) Ekz. BVerfGE 5, 85 (142); 9, 162 (164 f.); 25, 88 (100); Seuffert, Festschrift Geiger, S. 798.

(119) BVerfGE 25, 88 (100); ebenso Seuffert, aaO.

lâatlanmış Anayasa düşmanlığına uygun olarak özel *hükümün neticeleri* ve *infaz tedbirlerine* temas bakımından Usul kaideleri de farklılaşmaktadır.

1 — Temel Hakların Kaybında

a) Kararın kurucu tesiri

FAM, muayyen temel hakların suistimali ile ilgili bir hâdisede GG md. 18/2 yu uygun olarak «kaybetme ve şümulünü» ifade etmiştir (belirtmiştir). Bununla, bu karar *kurucu* tesir (ex nunc) verilmektedir (120). Bu Anayasaca belirtilen tesir, kaybın «tesbitinden» bahseden basit bir kanun hükmü olan FAMK. md. 39/'in formüle edilmesi yoluyla belirtici mahiyete tahvil edilemez (121). Tesbit kelimesi sadece (kayba uğrayan) tek tek temel haklara işaret eder, yoksa bu hakların kaybını ifadeye değil.

b) Temel Hakların kaybı

Kaybetme hukukî müessesesi, FAM tarafından ifade edilmediğinden (ve) bünyesinin yeniliği neticesi, çeşitli problem'ere sebep olmuştur (122). Bu müessese usul hukukuna ait bir araştırmada, temel hukukî neticeler, yani (kayba uğrayan) temel hakların *reddi*, ihtilâfsız olduğu için, ortaya konulmalıdır (123). Bu sebeple ilgili, kendi hukukî durumunda ne kuş gibi hür (124) ve ne de «out of law» (hukuk dışı) (125) olarak kabul edilmiştir. O böylece artık sadece kayba uğrayan temel hakka dayanmamak-

(120) Hâkim görüş için bkz. Klein, aaO, § 39 Rdnr. 25, zengin literatür (Fn 1); farklı görüş Geiger, § 29 Anm. 4; Seuffert, S. 798; Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung, S. 170 f.

(121) Klein, aaO.

(122) Bkz. yukarıda 5. nolu dipnotu ve Klein, md. 36-41 den önceki beyanlar.

(123) Ekz. zengin literatür ve deliller. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog. Art. 18 Rdnr. 63; Ayrıca bazı noktalar için Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung, S. 173 ff.; Callwas, Missbrauch, S. 118 ff.

(124) Rupp, Festschrift G. Küchenhoff, S. 653 (656 f.); v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 18 Anm. III 4.

(125) Leibholz/Rupprecht, § 39 Anm. 2.

la kalmayıp (126), büyük ölçüde kamu gücünün hücumlarına tahammül etmeye de mecbur olur. Temel haklar kaybedilince, GG. md. 1/3. md. nin tesiri askıya alınır. Bununla beraber her zaman olduğu gibi, kanun koyucu, onun karşısında GG 20/3 md. si mânasında, Anayasaya uygun nizama bağlılığı riayet etmeye mecburdur. İcra ve yargı kuvveti esas itibariyle hukuka bağlıdır (127). Kayba uğraması mümkün olmayan veya kaybedilmemiş bütün temel hakların sahibi, ilgili şahıs sayılır tabii.

c) Temel Hakkın kaybının şümulü

İlgilinin hukukî durumunu kesin şekilde sınırlamaları zaruret ölçüsüne inhisar ettirmek için, GG. 18/cümle 2, kaybın şümulüne göre neticelerinin farklarını derpiş etmektedir. «Herşeyden evvel bir hakkın kaybının mücerret olarak istikbal için (128) ifade edilmesi», yolu ile bir müşahhaslaştırma elde etmektedir. Bunun temeline dayanarak bir devlet müdahalesi ancak geniş bir yasaklama esası ile bağdaşabilir. Kademeli bir karar muhtevası da olsa, bu birbirine mensup olma, «iki kademeli bir teori» şeklinde tavsif edilebilir (129). FAM'nin kayba karar vermeye ait tek (einheitlich) ve yalnız başına olan yetkisi, müşahhas neticelerinin başlaması için gerekli olan (130) ve dâvalının tehlikeliğine müteveccih, bu hakkın kaybının ölçüsünü tesbit de dahil, kesindir.

FAMK. md. 39/1 esas itibariyle GG md. 18, cümle 2'nin şümul hükmünü aksettirmektedir (131). Burada FAMK. md. 39/1,

(126) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 63 m.w. Nachw. Klein, aaO, § 39 Rdnr. 28ç Seuffert, Festschrift für Geiger, S. 797; tkz. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, München o.J. (1948), Şerh kısmı, S. 90 (zu Art. 98 Ziff. 9).

(127) Klein, § 33 Rdnr. 30 f.; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 179 f.; Stettner, DVBl. 1975, 808 mit Nachw.; Dürig, in: Maunz - Dürig - Herzog, Art. 18 Rdnr. 78 ff.; aynı görüş: Wernicke, Bonner Kommentar, Erl. II, 2 d zu Art. 18.

(128) Seuffert, Festschrift Geiger, S. 801.

(129) Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung, S. 165 ff.

(130) Ekz. Lechner, § 39 Abs. 1 Anm. 2.

(131) Klein, § 39 Rdnr. 11; Seuffert, Festschrift Geiger, S. 802; Callwas, Missbrauch, S. 136.

cümle 2 den, en az bir yıl olmak üzere kaybın müddete bağlanmasını (süre ile sınırlandırılmasını) mümkün kılan zaman bakımından şumulün biraz değiştirilmesi neticesi çıkmaktadır. Süre tesbiti nisbîlik prensibine tâbidir ve dâvanın tehlikelilik derecesine bağlıdır (132).

FAM, FAMK'nun md. 38/1, cümle 3 e uygun olarak kaybın şumulü çerçevesinde, özel tahditler koymalı suretiyle şumulün *maddî tesbitinin* teferruatını düzenleyebilir (133). Bunlar md. 39/1, cümle 4 e uygun olarak, ilgiliye karşı yürütme organının alacağı tedbirler için gerekli temelleri teşkil ederler (134). Bununla ilgili olarak gereklilik ve nisbîlik prensiplerine de riayet edilmelidir (135).

FAMK. md. 39/1, cümle 3 ve 4 deki kanun mahfuziyeti prensibinin ihlâlinin Anayasa Hukuku bakımından» bir derece» haklı görülmesi, ««FAM'nin sadece kayba değil, onun şumulüne de karar vereceğini belirten md. 18/cümle 2'den ortaya çıkmaktadır.. 18. md., FAM'nin içtihadı, dâva v.s. hakkında başka teferruat hükmü getirmediğinden, bu Anayasa hükmünü müşahhaslaştırmak kanun koyucuya, yani FAMK'na bırakılmıştır.» (136).

Bu görüşe karşı son olarak bilhassa *Rupp* (137) ve *Stettner* (138), kayba uğraması mümkün olmayan GG. md. 20/3 hükmüne bakarak, endişeler ileri sürmekte, kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme istemektedirler. Ben bu endişelere katılmıyorum. FAMK. md. 35 dekilere benzer bir durumda, FAM, md. 39/1, cümle 3 sahasında, sadece mevzubahs olan müşahhas meseleye göre karar verecek (değerlendirme yapacak) olan kararnâmeyle yetkilidir. Yetkilendirme bir derece genel hüküm çeşidinden bir karaktere sahip olmalıdır. FAM'nin kararnâmelerinin yerini tu-

(132) Klein, § 39 Rdnr. 12.

(133) Lechner, § 39 Abs. 1 Anm. 1; Klein, § 39 Rdnr. 13; Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung, S. 226 f.; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 180.

(134) Dürig, in: Maunz - Dürig - Herzog, Art. 18 Rdnr. 72; Schmitt, Glasser, Missbrauch und Verwirkung, S. 227.

(135) Schmitt Glaeser, aaO; Klein, § 39 Rdnr. 13.

(136) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 18 Rdnr. 81; Klein, § 39 Rdnr. 15.

(137) Festschrift G. Küchenhoff, S. 653 ff.

(138) DVBl. 1975, 801 ff.

tacak olan yasamanın yürütme için ısdar ettiği icra düzenlemelerinin bazısını hem fuzulî, hem de düzenleme kabiliyeti olmayan kabul ediyorum. Zira bunlar müessir olabilmek için, ya herşeyi ihata edecek derecede kazuistik olmaya, ya da bir yüksek tecrid derecesine sahip olmaya mecburdurlar.

d) *Bir diğer temel hak ile ilgi*

39/1, cümle 3'e göre getirilen tahditler yoluyla, kaybedilen haktan *başka* bir hak tahdit edildiği takdirde meselâ 5 md. nin tahdidi halinde, meselâ bir basın mensubunu meslek hürriyetinin kayba uğratılmayan hakkı bu nevi tahditlerin kabulü bakımından Anayasa hukuku endişeleri ortaya çıkabilir (139). FAM şu hususu tesbit ettiği zaman, münasip bir çözüm esası bulmuştur denilebilir: «Bir temel hak, kaybedilen temel hak ile zorunlu olarak ilgili ise, bu halde, kaybı belirten karar bu hususta akamete uğramaz, meğer ki, ilgili temel hak sahası, devletin korunmak istenen himayesi karşısında üstün değerde olsun» (140). Fertlerin meslekî basın faaliyetinden gelen tehlikeyi bertaraf etmek için FAMK. md. 39/1, cümle 3 e göre alınan yumuşak tedbirler kâfi gelmediği takdirde, (artık), 39/1, cümle 3 esasına dayanılarak meslek hürriyetinin sınırlandırılmasına karşı hiçbir endişe kalmaz» (141).

e) *Kaybın kaldırılması ve kısaltılması*

Kayba müddetsiz, ya da bir yıldan fazla bir müddet için karar verilmişse, FAMK. md. 40, ifrat yasağı mânasında, iki yılın geçmesinden sonra kaybı tamamen veya kısmen *kaldırmak*, ya da süresini *kısaltmaya*, imkân tanımıştır. FAMK sahası için istisnâî karakter taşıyan (142) sadece hâkim dâvalarındaki usul için derpiş edilen ex-tunc tesirli iade-i muhakeme (md. 61)nin

(139) Meselâ Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung, S. 228; Rupp, aaO, S. 661.

(140) BVerfGE 25, 88 (97).

(141) BVerfGE, aaO.

(142) Aynı görüş: Klein, aaO, § 40 Rdnr. 2.

tersine, md. 40'a göre yeniden kaldırma ya da süreye bağlama, sadece ex-nunc tesir şeklinde gelişmiştir (143).

2 — Parti kapatılmasında

a) Kararın kurucu tesiri

FAM'nin GG. md. 21/2. ye göre verdiği bir karar, muayyen bir vak'ayı, yani bir partinin Anayasaya aykırılığını tesbit ettiği zaman (144), bildiricidir (izharîdir). Bu kararın geriye tesiri yoktur (145).

Buna karşılık, bilhassa FAMK. md. 46/3 de düzenlenen hukukî neticeler bakımından karar *kurucu* tesire sahiptir (146).

b) Partinin kapatılması

GG. md. 21/2, 18. md. den farklı olarak, verilen kararın hukukî neticelerinin şümülünde hiçbir dereceleme derpiş etmemektedir. «Mahkemeye terkedilmiş hiçbir karar şümülü yoktur ve bu şümüle bir «tehlike» nin gelmesi de söz konusu değildir (olmaz); mahkeme objektif olarak Anayasaya aykırı bir partinin yasaklanmasını, bunun zarurî olmadığı gerekçesi ile reddedemez.» (147). Üâyet vak'a tahakkuk etmişse (ettiği zaman), FAMK. md. 46/3, *partinin* (yahut partinin müstakil bir kısmının) *dağıtılmasını* ve yedek bir teşkilât kurmayı yasaklamasını mutlaka istemektedir. Mahkeme bunu «normal, tipik ve Anayasaya aykırılığın uygun neticesi olarak belirtir» (148). Gerçi, 46/3. md. de mevcut ve bununla bağlı olan ve Partiler Kanunu'nun 32 ve 33.

(143) Klein, aaO; Lechner, § 40 Anm. 2; Leibholz/Rupperecht, Anm. zu § 40.

(144) Klein, aaO, § 46 Rdnr. 45; Lechner, § 46 Anm. I zu Abs. 1; Leibholz/Rupperecht, § 46 Anm. 1.

(145) BVerfGE 12, 296 (304 f.).

(146) Lechner, aaO; Leibholz/Rupperecht, aaO; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 21 Rdnr. 121 m.w. Nachw.

(147) Seuffert, S. 798.

(148) BVerfGE 5, 85 (391); tenkid için Schuster, JZ 1963, 152 (155); Eernstein-Zweigert, S. 4.

md. lerinde belirtilen hukukî neticeler (149) doğrudan doğruya GG. md. 21/2 den ortaya çıkmazlar. Bazı eyalet anayasalarında (150) seçimlere veya oy vermeye katılma yasağı şeklinde kabul edilmiş ve bu arada Federal Hukuka da girmiş olan (md. 31) hükümler gibi tedbirler de düşünülebilir. Bu hükümlerin, partinin hukukî imhasının «radikal çözümüne» engel olduğu söylenebilir; bu noktada *Schuster*, *Bernstein* ve *Zweigert* desteklenebilir. Yalnız Kanun Koyucu başka şekilde karar vermiş ve haklı olarak, GG md. 21/2 tarafından kınanan partilerce teşkilâtlandırılan Anayasaya hücumun doğru teşhisini yapmıştır. Anayasa, Partiler Kanunu ve Anayasa gerçeği içinde ifade edildiği gibi, bir siyasî partinin bünye ve tesiri, sadece partinin dağıtılması kararını haklı kılabilir; zira, Partiler Kanunu md. 1 ve 2 nin statü ve kanunî tarifine göre, bir partinin kurucu unsuru, tümü içinde siyasî hayata katılmaktır. Seçime katılmak, üye kazanmak partinin hedefidir, bunun dışında siyasî iradenin teşekkülüne tesir etmek de hedefidir. Siyasî partilerin âmme hayatı için fevkalâde ehemmiyeti ve âmme işlerine tesiri karşısında, sadece seçime katılmak yasağı derpiş etmek değil, bilakis dağıtma mecburiyetini düzenlemek yerindedir. Bunun, birincisinin «partilere mahsus» ikincisinin, «derneklere mahsus» olduğu, söylenemez (151). Bugün siyasî parti şumüllü çalışmaktadır; ve Anayasaya aykırılığın hukukî neticeleri de buna göre tesbit edilmelidir. Ekstremist partilerin haiz olduğu tehlikeli rolün, sadece 21/2. md. ye tahsis edilmiş olduğunu *Bernstein - Zweigert*, görüşlerini açıklarken kabul etmiyorlar. Onlar ayrıca, şu hususu da görmezlikten geliyorlar: Bir mahkeme kararı sebebiyle seçime katılması reddedilen bir parti, en azından Partiler Kanunu md. 2/2 ve GG 21/2. md. si mânasında bir parti değildir (152). Bunun yerine, onlar Dernekler K. md. 3 ile irtibatlı olarak 9/2. md. sine göre idarî mercilerin kararı mucibince dağıtılma tehdidine netice veren Dernekler Hukukuna tâbidirler.

(149) Bunun için bkz. *Henge*, *Recht der politischen Parteien*, Göttingen, 2. Aufl. 1972, S. 256 ff.; *Klein*, aaO, § 46 Rdnr. 20-42; I VerfCE 25, 56.

(150) Bkz. Art. 15 BayVerf., Art. 193 Abs. 2 RhPfVerf.; Art. 32 Abs. 1 VerfNW.

(151) *Bernstein-Zweigert*, S. 11 f.

(152) *Henke*, *Verteidigung der Demokratie durch Parteiverbot oder Parteiquarantäne*, JZ 1973, 293 (297).

O halde neticede, sözüm ona bu «partiye mahsus» tedbirler (152) FAMK. md. 46/3 den çıkan hukukî neticeler gibi, aynı tesirlere sahiptirler, ayrıca yürütme tarafından alınan kararlardır.

«Partiye mahsus» tedbirlerin alınmasına talep uğrunda gerekçe için ileri sürülen «parti imtiyazı» (154), sadece yasaklama kararı yetkisine işaret eder (155), yoksa bir kuruluş olarak partinin mahiyetine göre, uygun şekilde dağıtılmasında mevcut olan yasağın hukukî neticelerine değil (156). Bu düşünce kendi dayanağını, temel hak kaybında hükmi şahıslar için aynı ölçülerle derpiş edilmiş FAMK md. 38/2 nin düzenlemesinde bulur.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa düzeni içinde siyasi partilerin ehemmiyetli yeri, partilerin, hür demokratik nizama zarar verebilecek anayasa aykırı hedefi faaliyetler yapmalarını kolaylaştırmaktır. Bu sebeple FAM, bir partinin anayasaya aykırılığını tesbit ettiği zaman, kısa zamanda, partinin teşkilât şeklinde kurulan yüksek tehlikeliliği (157) durdurmak, *anayasayı korumanın* fiilî bir emridir. Ancak bu, 46/3. md. de derpiş edildiği gibi, tam mânasiyle sadece dağıtma vasıtasıyla gerçekleşebilir. Böyle parti yasaklama, «partilerin siyasî iradenin teşekkülüne engelsiz katılmalarının karşılıklı münasebeti» olarak ortaya çıkar (158).

c) *Yedek teşkilâtların yasaklanması*

FAMK. md. 46/3, cümle 1 partinin dağıtılmasını *yedek teşkilâtların kurulmasını yasaklama* ile bağlamaktadır. Bu hukukî netice, aynı şekilde yedek teşkilâtların tarifini «kapatılan partinin anayasaya aykırı gayretlerini onun yerine takip eden teşkilâtlar» olarak ifade eden Partiler Kanunu md. 33/1 de düzenlen-

(153) Tenkit için ayrıca bkz. Henke, JZ 1973, 293 (296).

(154) Bernstein - Zweigert, S. 11 f.

(155) Buradan, GG. md. 9/2 karşısında lex specialis olarak md. 21/2'nin durumu da ortaya çıkmaktadır (BVerfGE 2, 1, 13 f.; 12, 296, 304, 307; 13, 174, 177; 17, 155, 166).

(156) Henke, JZ 1973, 293 (296).

(157) Schmitt Glaeser, Missbrauch und Verwirkung, S. 244 f.

(158) Henke, JZ 1973, 295.

miştir (159). FAM tarafından böyle bir yedek teşkilâtın anayasaya aykırılığının tesbiti, şart değildir, çünkü GG 21/2. md. sinin parti imtiyazı, «kendisini yeni partiler olarak gösteren, daha sonra kurulmuş yedek teşkilâtlar için de sevkedilmiştir» (160). Sadece, FAM'nin parti yasaklamasından evvel mevcut olan veya Federal Meclis, ya da bir eyalet meclisinde temsil edilen yedek teşkilâtlar sözkonusu olduğu takdirde, FAM'nin bir tesbiti gerekmektedir (Partiler K. md. 33/2). Bunun dışında Partiler Kanunu md. 33/3 ve Dernekler Kanunu md. 9/, bir dernek oldukları ölçüde, yedek teşkilâtlara karşı Dernekler Hukuku bakımından tedbirleri düzenlemektedir. Son olarak *Henke* «Anayasaya aykırı partilerin yedek teşkilâtlarının yasaklanması» ve onların karşı teşebbüs imkânlarını teferruatlı bir şekilde araştırmıştır (161). Yürürlükteki hukuk bu sahada gerekli açıklıktan mahrumdur.

De lege ferenda, bu sebeple, henüz tam açıklığa kavuşturulamayan ve Partiler K., Dernekler K. ve FAMK. nun birbiri üstüne yığılmış hükümleri gözden geçirilmeli ve temizlik yapılmalıdır.

d) Meclis üyeliğinin kaybı

FAM, SRP hakkındaki kararında (162), SRP milletvekillerinin *üyeliklerinin kaybı* ile ilgili olarak, münakaşalı bir hukukî neticeyi geliştirmiştir. KPD kararında (163) da teyit ettiği görüşüne göre, «FAMK md. 46/3 de bir partinin dağıtılması için olduğu gibi, uygun bir hukukî yetkiye dair Kanun Koyucunun açık bir yetkilendirmesine ihtiyaç olmaksızın bir partinin anayasaya aykırılığını tesbitten, onun doğrudan doğruya kanunî (hukukî) neticesi olarak kabul edilmesi gerekir, zorunlu olarak üyeliğin kaybı ortaya çıkar» (164). FAM'nin bu kararına karşı gerek GG. md. 38/1, cümle 2 sebebiyle maddî bakımdan, gerekse dâvada doğrudan ilgili olmayan üçüncü şahıslara kararın tesirinin teş-

(159) Tarif için bkz. BVerfGE 6, 500 (307).

(160) BVerfGE 16, 4 (5 f.).

(161) DÖV 1974, 793 ff.

(162) BVerfGE 2, 1 ff.

(163) I VerfGE 5, 85 ff.

(164) BVerfGE 2, 1 (74 ff.)

mili sebebiyle usul hukuku bakımından ortaya çıkan endişeler, daha sonraki Federal Seçim Kanunu md. 49 ve eyaletlerin seçim kanunlarındaki ilgili hükümler yoluyla, üyelik kaybının kanunî olarak düzenlenmesi sebebiyle, artık mânasız hale gelmiştir (167).

e) *Mâmelekin istimvali*

Diğer «icra tedbirleri» olarak FAMK, md. 46/3, cümle 2 ihtiyarî (167) olarak *mülkiyetin nez'ini* derpiş etmektedir. FAM bu tedbiri de, her iki parti yasaklama kararında, FAMK. md. 35 in temeline dayanarak almış ve icrasını Federal İçişleri Bakanına bırakmıştır (168). Partiler K. md. 32'nin kanunî düzenlemesi, bu tedbiri almıştır; ancak 3. fıkrasında FAMK md. 35 e dayanarak FAM tarafından verilecek özel kararnâmelere yer vermektedir.

Partiler K. md. 32/5 in hükmü ayrıca partilerin dağıtılmasından, onunla ilgili hukukî münasebetlerin tasfiyesi ve ona karşı vaki talepler sebebiyle ortaya çıkan meseleleri (169), Dernekler K. md. 10-13 e atıfta bulunmak suretiyle düzenlemiştir (170).

f) *Yasaklanan bir partinin tekrar kurulması*

Kapatılan KPD'nin «tekrar ihyası» etrafında yapılan müna-kaşalarla ilgili olarak FAMK. md. 40 a uygun olarak parti yasaklamayı süreye bağlamak, ya da kaldırma imkânının tesisi teklif edilmiştir (171). Parti imtiyazının temel hakla ilgili muhtevası bir temel hakka uyduğu için, temel hakkın kaybı gibi parti yasaklama için de benzer şekilde zaman bakımından sınırlanması-

(165) Maunz, in: Maunz - Dürig - Herzog, Art. 38 Rdnr. 25 ff.

(166) Klein, § 46 Rdnr. 35; Lechner, § 46 Abs. 3 Anm. 4.

(167) Dazu BVerfGE 5, 85 (392 f.)

(168) BVerfGE 2, 1 (79); 5, 85 (392 f.).

(169) Maunz, in: Maun - Dürig - Herzog, Art. 21 Rdnr. 125 ff. m.w. Nachw.; Fuss, Rechtsverhältnisse und Verbindlichkeiten einer für verfassungswidrig erklärten Partei, JZ 1959, 741 ff.; Ayrıca BAG'ın kararına da bkz. NJW 1959, 1243 m. Anm. Henrichs.

(170) Klein, § 46 Rdnr. 50 f.

(171) Schuster, JZ 1968, 152 (155, 157); ihm folgend Bernstein - Zweigert, S. 22 ff.; s. a. Ridder, KPD-Verbot, S. 60 f.; Willms, Zur Problematik des Parteiverbots, JZ 1973, 455.

nın derpiş edilmesi gereği ileri sürülmüştür (172). Bu şekildeki bir delil, bir dernek veya hükûmî şahsı, hakiki şahıs ile imkânsız olan bir tutma esasına istinat ediyor (173). Hakiki bir şahıs kendi varlığını temel haklarının kötüye kullanılmasında dahi muhafaza edebilecek veya etmesi gerekirken, ve bu sebeple sadece «gayri siyasîleştirme» tedbiri sözkonusu olup, «vatandaşlıktan ihraç» sözkonusu değilken (174), parti teşkilâtı tam bir siyasî cevher olarak, üyelerinin anayasaya düşman hedef tayininin, sadece bu cevherin bertaraf edilme yolunda bir gayri siyasîleştirmeyi mümkün kılacak şekilde ortaya koyar (175). 21/2 e göre olan dâvada 40. md. ye göre bir kıyas, de lege lata, 47. md. ya atıf hükmünün açıkça *bilerek* istisna edilmesi karşısında, akim kalır (176).

Böyle bir düzenleme, — tekrar ihya münakaşaları sahasında bir defa ortaya atıldığı gibi, — Anayasaya aykırı bir gaye taşıyan partinin, bu kabil anayasaya uygun gayeli bir parti haline dönüşmesi halinde, eski ve esas parti ile bir ayniyet arz etmemesi sebebiyle de, lüzumsuzdur; artık ortada yasakla hiçbir ilgisi olmayan bir parti mevzubahistir (178). Hür demokratik nizamın sahasında kalmayan siyasî partileri siyasî hayattan ayırabilmek ve onları Anayasanın Temel Nizamına bağlamak, müdafaa demokrasisinin icablarındanadır. Bu sonuncusuna hazır olmayanlara, hangi sebepten olursa olsun, yollar kolaylaştırılmamalıdır. Tekrar ihya, müsbet hukukun bir tashihi değil, tersine siyasî partinin tutumunda Anayasanın temel değerlerine uygun istikametinde değişmesini gerektirir.

(172) **Bernstein - Zweigert**, S. 23 f.; a.A. **Koban**, Über das Verhältnis der Verfahrensarten vor dem BVerfG, Diss. Köln 1964, S. 106.

(173) **Henke**, JZ 1973, 297.

(174) **Dürig**, in: Maunz - Dürig - Herzog, Art. 18 Rdnr. 6, 11, 25, 59.

(175) Ekz. **Henke**, aaO, müellif, bu hukukî neticeyi producta et instrumenta sceleris in idhali ile mugayese ediyor.

(176) **Klein**, aaO, § 46 Rdnr. 53; ayrıca yukarıda II g.

(177) **Henke**. Fecht der politischen Parteien, S. 261.

(178) **Heinemann**, JZ 1967, 425 (426); **Schuster**, JZ 1968, 153; **Henke**, JZ 1973, 297; aynı müellif, Recht der politischen Parteien, S. 262; aynı müellif. Bonner Kommentar, Rdnr. 27 zu Art. 21; **Laufer**, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, Tübingen 1968, S. 550.

g) *FAMK. md. 43 ün değiştirilmesi*

Kapatılmayan, fakat Anayasaya düşman partilerdeki üyelikleri sebebiyle Anayasaya suçları çok şüpheli olan kimse-lerin kamu hizmetlerine kabulü meselesi ile ilgili olarak FAMK. md. 43 ün değiştirilmesi teklif edilmiştir (ortaya çıkmıştır) (179). Bu teklif, tesbit kararı ile yasak ama kararının ayrı ması suretiyle, yürürlükteki 43. md. nin «yasaklama otamatığı»nin bertaraf edilmesini ihtiva etmektedir (180). Bu ayırım neticesinde, bir de- fa kapatılan bir partinin «tekrar kabulünün» kolaylaştırmak (181), Anayasaya aykırı partiler hakkında müeyyide imkânla- rını» elastikî tutmak» (182) ve kamu hizmetlerininemüracaat eden parti üyelerinin anayasaya sadakati meselesinde «büyük bir hu- kukî berraklık» ortaya çıkacağı söylenmektedir (183).

(b) kısmında belirtildiği gibi, sadece dağıtma, siyasî partile- rin özel tesirine (ve) Anayasa nizamı içindeki yerine göre, haklı o'lan münasip hukukî neticeler arz etmektedir. Zira her hâdisede Anayasaya aykırılıkları sebebiyle siyasî faaliyetten yasaklanma- ları gerekeceği için, esas itibariyle, artık anayasa nizamı mâna- sında bir parti kalmayacaktır (184). Bu sebeple FAMK. md. 43. ün değiştirilmesi, reddedilmelidir.

V — Netice

Temel hakların kaybı ve siyasî partilerin anayasaya aykırılı- ğının tesbiti hakkındaki dâvaların usul hukuku bakımından olan seyri ile ilgili hükümlerin tahlili, ekseriya başarılı yasama anlayışını getiremez. Birçok şey, bu makalenin temin edemedi-

(179) Azzola - Lautner, Öffentlicher Dienst, «Verfassungsfeind» und Parteienprivileg, ZRP 1973, 243 (246); Kriele, Feststellung der Verfassungsfeindlichkeit von Parteien ohne Verbot, ZRP 1975, 201 ff.

(180) de lege lata benzer bir neticeyi başaran: Geiger, § 43 Anm. 4; karşı görüş: Klein, aaO, § 43 Rdnr. 3.

(181) Azzola/Lautner, ZRP 1973, 247 m.w. Nachw.

(82) Azzola/Lautner, aaO, S. 246; Maurer, AöR Ed. 96 (1971), S. 224.

(183) Kriele, aaO; Azzola - Lautner, aaO, S. 247; tenkit için bkz. Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten. München 1974, S. 82 (Fn. 220).

(184) Williams, JZ 1973, 455.

ğinin, içtihat yoluyla tecrübesini beklemektedir. Bizzat FAM, sadece başkalarının inisiyatifi üzerine faaliyete geçen şartlar karşısında, şimdiye kadar Usul hukukunun içine nüfuz için pek az gayret gösterebilmiştir. Teklif yetkisine sahip olanların tutucu tutumuna ait sebepler malûmdur. Bu sebepler, üzerinde düşünülme yeri burası olmayan bir siyaset yapmaktır.