

ANAYASA MAHKEMESİ'NE KİŞİSEL BAŞVURU (Anayasa Şikayeti)

Doç. Dr. Zafer GÖREN*

1. Yargı Devletin Özel Temel Fonksiyonu Olarak Üçüncü Güç

Bir siyasal sistemde adaletin, hukukun ve özgürlüğün gerçekliği için sadece Anayasa belgesindeki norm ve güvenceler yeterli olmayıp, hukukun gücü, bu gücün garanti edilebildiği *adaletin boyutu*, özgürlük ve düzenin korunması *yargı erki* tarafından hukukun gerçekleştirilme türüne ve biçimine bağlıdır. Bu nedenle yargının devletin temel fonksiyonları içerisindeki yerinin vurgulanması gerekmektedir.

Bu aynı zamanda *hukuk devleti* ilkesinin ögesel bir belirtisidir. Yargıcın hukuksal durumu, mahkemelerin organizasyonu ve yargılamanın kurulması hukuk devletinin özünü oluşturur. Salt tarafsız ve bağımsız mahkemelerin varlığı sonuçta yasalara uyulmasını ve adaletin hukuk devleti kavramı anlamında egemen olmasını sağlayabilir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi temel öge olarak adalet düşüncesini içerdiği oranda fonksiyon yeteneğine sahip bir yargı istemektedir¹⁾.

2. Erklerini Ayıran Bir Hukuk Devleti Sisteminde Yargı

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

Ama bu bölümlerin dışında da F. Alman Anayasası ve Anayasamız mahkemelerin faaliyetine ilişkin kurallar içermektedir; Bunlar özellikle erkler ayrımı ilkesi (F. Anayasa Md. 20 F. II, C. 2; T.C. Anayasası başlangıç 6. paragraf); hukuksal koruma ve yargı yolu garantisi (F. Anayasa Md. 19. F. IV; Md. I F. III; T.C. Anayasası Md. 36; Md. 40; Md. 125); Temel haklarla doğrudan doğruya bağlılık (F. Anayasa Md. I F. III); Anayasasının bağlayıcılığı (T.C. Anayasası Md. 11) ve hukuk devleti ilkeleridir. (F. Anayasa Md. 20 F. III; Md. 28 F. I C. 1; T.C. Anayasası Md. 2) Ana kuralları F. Alman Anayasası Md. 92 ("Yargı erki yargıçlara

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Adalet Yüksekokulu Müdürü.

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

tevdî edilmiştir; Bu yetki F. Anayasa Mahkemesi, bu Anayasada öngörülen Federal Mahkemeler ve Federe Devletler Mahkemeleri tarafından kullanılır." ve T.C. Anayasası Md. 9 ("Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.") ve Md. 140 F. I C. 2 ("Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür") oluşturmaktadır. Bu kural- lar Anayasanın özgürlükçü hukuk devletinde yargı yetkisinin yüksek bir basamakta bulunması gerektiğini önemle vurgulamakta ve yargının yerini erklerini ayıran bir hukuk devleti sisteminde belirgin kılmaktadır².

3. Genel Olarak Anayasa Şikayeti

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

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

Bu hukuksal koruma garantisinin yanında, 1969'dan beri F. Anayasa- da yer alan ve aynı şekilde hukuk devleti ilkesinin Alman hukukuna özgü bir mükemmelleştirilmesini oluşturan³ *Anayasa Şikayeti* (Md. 93 F.I Nr. 4a) bulunmaktadır.

Anayasa şikayeti, birey bakımından Anayasa Mahkemesi'nde en ilgi çekici yargılamayı oluşturmaktadır.

F. Alman Anayasası'nın başında yer alan insan onuruna, dokunulmaz devredilmez insan haklarına bağlılık isteği Anayasa'nın 1-19. maddelerinde yer alan temel haklarla somutlaştırılmıştır.

Temel haklar tüm devlet organları için doğrudan doğruya bağlayıcı güçtedirler ve devlet organlarınca temel haklara uyulmasını güven altına almak ve tek elden yorumlanmalarını sağlamak için "Anayasa Şikayeti" yaratılmıştır⁴.

Türk Anayasa hukukuna yabancı olan A.Ş. F. Almanya dışında İspanya, Portekiz, Meksika, Arjantin, Kolombiya⁵ Avusturya ve İsviçre hukuk düzenlerinde uygulanmaktadır. İsviçre'de devlet hukukuna ilişkin şikayet özel bir önem taşımaktadır. Bununla vatandaşlar anayasal hakla-

2. Heyde W., Die Rechtsprechung, in: Handbuch des Vefassungsrechts Hrg. Benda E., Maihofer W., Vogel H.J. de Gruyter, Berlin-Newyork, 1980, s.1199 vd.
3. Herzog in: Maunz/Dürig, Komm. z.GG, Art.20-Rechtstaatlichkeit 1980, KN.27.; Hyde W., Die Rechtsprechung in: Handbuch des Verfassungsrechts, s.1200, (DN.2); (DN= Dipnotu; KN= Kenar Notu)
4. Arndt/Rudolf, Öffentliches Recht, 4.B., Verlag Vahlen, Vahlen, 1983, s.60; Anayasa şikayeti için bundan böyle "A.Ş." kısaltılması kullanılacaktır.
5. J.A. Barberies Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Bd.II, s.46.

rında, kantonların yasama işlemlerinin ya da yürütme ve mahkemelerin son merci kararlarının yol açtığı bir zedelemeyi dava konusu yapabilir⁶. Somut temel hak garantilerinin eksikliği nedeniyle denetim, Anayasa altı hukukun açık bir biçimdeki keyfi yorumlarını da kapsamaktadır⁷.

F. Alman Anayasası Md. 93 F. II: ("F. Alman Anayasa Mahkemesi bundan başka Federal yasa ile öngörülen durumlarda görev yapar") hükmü ile yasa koyucuya A.Ş.'ni öngörme olanağını saklı tutmuştu. Yasa koyucu Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 12.3.1951 tarihli ilk metnini kaleme alırken (BGBL I, 243) tartışmalı bir yasama prosedürü sonucu kendisine tanınmış olan yetkiyi kullandı.

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

Böylece A.Ş.'nin tarihsel gelişiminde her defasında tekrarlanan A.Ş.'nin Anayasa hukuksal bir zorunluluk olmadan yasakoyucu tarafından tanındığı ve bu nedenle her an yasakoyucu tarafından sınırlandırılacağı argümanı değerini yitirmiş oldu ve yasakoyucunun A.Ş.'ni değiştirmek ve ortadan kaldırmak yetkisine son verilmiş oldu. (Krş. BVerfGE, 24, 33 vd) Ancak A.Ş., F. Anayasa Md. 79 F. III'ün koruyucu etkisine dahil değildir. Yani A.Ş.'nin anayasal garantisi bir Anayasa değişikliği ile sınırlandırılabilir⁸.

Halihazırda F. Alman Anayasası Md. 93 F. I Nr. 4a, F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin A.Ş. konusundaki yetkisinin temelini oluşturmakta ve şikayetin kabulü için temel koşulları belirlemektedir. Yargılamanın ayrıntıları ve öteki kabul ya da dava koşulları F. Anayasa Md. 94 II (: "Bir Federal Yasa F. Anayasa Mahkemesi'nin teşkilâtını ve yargılamayı

6. Doehring K., Allgemeine Staatslehre, C.F. Müller, s.204, KN.512-513.

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

8. Pestalozza C., VerfassungsprozeßBrecht 3 B.Verlag CH Beck, München 1991, s.160 vd; Krş. Zacher, Festgabe z.25 Jähr. Bestehen des BVerfG, Bd (1976) s.411; Maunz Th., Schmidt Bleibtreu B., Klein F. Ulsamer G., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, CH. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1989, s.12a, KN.7.

düzenler ve kararların hangi durumlarda Yasa gücüne sahip olacağını belirler. Yasa A.Ş.'leri için yargı yolunun önceden tüketilmiş olmasını şart koşabilir ve özel kabul yöntemi öngörebilir".)ye dayanarak çıkarılan F. Anayasa Mahkemesi Yasası'nda (Prf. 90-95) düzenlenmiştir.

F. Alman Anayasası⁹ Almanya'nın önceki yasalarına ve diğer devlet Anayasalarına oranla güçlü bir Anayasa yargısı oluşturmuştur. Böylece Anayasanın üstünlüğü kapsamlı olarak sağlanmış olmaktadır¹⁰.

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

A.Ş. bireyin Anayasa Mahkemesi'nde bir dava açabileceği tek yoldur. Bu nedenle F.A., Md. 19 F. IV'te garanti edilmiş olan bireysel hukuksal korumayı gerçekleştirme açısından bir "yardımcılık" fonksiyonu üstlenmektedir.

4. Anayasa Şikayetinin Yapısı ve Niteliği

F.A. Md. 93 F.I Nr.4a ve FAMY Prf. 90a'ya göre A.Ş., şikayetçinin kamu gücü tarafından temel haklarının veya F.A. Md.20 F.IV, 33, 38, 101, 103 ve 104 maddelerinde yer alan haklarının [direnme hakkı (Md.20 IV); vatandaşlık hakları bakımından Almanların eşitliği (Md. 33); Seçim ilkeleri (Md. 38); istisnai mahkemelerin kurulması yasağı, yasal yargıç ilkesi (Md. 101); yasaya uygun dinlenme hakkı; Nulla poena sine lege; ne bis in idem (Md. 103) özgürlüklerin kısıtlanmasında hakların güvenesi (Md. 104)] zedelendiği iddiasına dayandırılabilir.

Şu halde A.Ş. sübjektif hakların bütününe korumak istememektedir. A.Ş., F.A. Md. 19 IV'ün tamamlayıcısı değildir. Aksine A.Ş. yasaların ve Mahkeme kararlarının da şikayet konusu olabilmeleri nedeniyle onu aşar. Bununla birlikte Md. 19 IV ile A.Ş. arasında F. Anayasa Mahkemesi'nin A.Ş. için "olağanüstü" tanımlaması ile karşılık istediği belli bir rekabet vardır. (BVerfGE 57, 170).

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

Buna göre A.Ş. adli mahkemelerde ve idari mahkemelerdeki yargılama için ek bir hukuksal çare olmayıp *olağanüstü bir hukuksal çaredir*¹².

9. Bundan böyle F. Anayasa Mahkemesi için "FAMY"ı F. Almanya Anayasası için "F.A." kısaltması kullanılacaktır.

10. Pieroth B./Schlingk, B., Grundrechte, Staatsrecht, II 2.B., CH Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, s.286.

11. Maunz Th., Staatsrecht 20 B., s.298 vd.

12. BVerfGE 18, 325; 49 257.170.

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

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

Temel haklar onun aracılığı ile bireyin kullanabileceği bununla beraber Anayasa'ya özgü ve Anayasa yargısal bir yaptırıma kavuşurlar⁽¹⁵⁾.

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

5. Anayasa Şikayetinin Genel Değerlendirilmesi

A.Ş.'nin Anayasa'ya uygun olarak garanti edilen temel hakların ve temel hak benzerliklerinin zedelenmesi halinde hukuk yaşamındaki önemi ve *spesifik hukuksal koruma aracı* olarak niteliği en geniş boyutta kabul edilmektedir⁽¹⁷⁾. Zaten Anayasa içinde kurala bağlanmakla, bu önem özel olarak belirginleştirilmiştir⁽¹⁸⁾.

Bu olgudan şu sonuç çıkarılmalıdır:

F. Anayasa Mahkemesi salt Anayasa hukuksal düzeni açıklığa kavuşturmak, netleştirmek ve siyasal organlar arasındaki anayasal uyumsuzluklar konusunda karar vermek için değil aynı ölçüde vatandaşların temel haklarının korunması için de yetkilendirilmiştir⁽¹⁹⁾. A.Ş.'nin konusu olan temel hak zedelenmesinin objektif oluşu yeterlidir. Kusurlu olması gerekmez⁽²⁰⁾.

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

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

14. BVerfGE 1,4 (5)

15. Friesenhahn E., Zur Zuständigkeitsabgrenzung Zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bundesverfassungsgericht Grundgesetz Festg. z.25 Jähr. Bestehen des BVerfG, Bd.I.1976, s.790 Zacher, Festgabe, s.397 vd (D.N.8).

16. Seuffert W., Die Verfassungsbeschwerde, Das Bundesverfassungsgericht 1971, s.159 vd.

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

18. Md.93 F.1 Nr.4a (29.1.1969 t.li)

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

20. BVerfGE 20, 198.

21. BVerfGE 58, 177.

6. Hukuksal Çare Olarak Anayasa Şikayeti

Ama Anayasa yargısı çerçevesinde bir hukuksal çare olarak A.Ş. sadece bireyin negatif statü haklarının korunmasına değil siyasal haklarının geçerli kılınmasına²² ve F.A.Md.20 F.IV, Md.33, 101, 103 ve 104'de düzenlenmiş olan belli temel hak benzeri haklarının korunmasına da aynı ölçüde hizmet eder²³.

Bunun ötesinde A.Ş.'nin Anayasa hukuksal önemi, kamu gücünün tüm işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu yargısal denetiminde belirir²⁴. Bu açıdan A.Ş. sadece vatandaşın devlete karşı kullanabileceği "*Spesifik nitelikte bir hukuksal çare*" olmayıp²⁵ hukukun tüm alanları için objektif bir değer düzeni oluşturan temel hakların içeriğinin açıklanması ve *her türlü devlet gücünün denetimi* amacına da yöneliktir²⁶.

Onun varlığı, devlet iktidarını, kullanılmasını bireyin harekete geçirdiği, temel hak kriterine uygun bir denetime tabi kılar ve bireyin toplumdaki statüsü için odak noktasını oluşturan bu hukuk alanını canlı tutar²⁷.

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

A.Ş.'nin anlamı ve amacı aynı zamanda objektif Anayasa Hukukunun korunması, yorumu ve geliştirilmesinde belirlemektedir. Öyle ki A.Ş. aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun *kendine özgü bir objektif koruma aracı* durumuna gelir ve F. Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin özünü ve Anayasa dokunulmazlığının garantisini oluşturur²⁸.

Böylece Anayasa Mahkemesi'ne ait olan yetkinin genel sisteminde A.Ş., Anayasa'nın, Anayasa'ya uygun düzeni gerçekleştirmek için belli haklara verdiği özel önemin anlatımıdır.

Bu hukuksal çarenin mahkeme kararlarına karşı kabul edilmesi, somut hukuksal bir uyuşmazlık konusunda karar verirken sadece Anayasa'ya uygun hukukun temel oluşturması amacına hizmet eder. Bu yönde A.Ş.'nin fonksiyonu F.A. Md. 100 F. I'deki somut norm denetimin fonksiyonu ile uyum sağlar²⁹.

22. BVerfGE 4.27 (30; 34.97.vd.)

23. BVerfGE 17, 252 vd.

24. Bay VerGHE n.F.Bd.311, s.67.

25. BVerfGE 4, 27/30.

26. BVerfGE 7, 198 vd.

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

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

29. BVerfGE 42, 42/49 vd.

A.Ş. şu halde yalnız Anayasaca garanti edilen bireysel hukuksal durumların güvencesi ve geçerli kılınması amacına yönelik bir hukuksal çare olmayıp "popular" bir dava oluşturmadan objektif Anayasa hukukunun kendine özgü bir hukuksal koruma aracıdır³⁰.

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

Buna göre A.Ş.'nin henüz ön denetim sürecinde *temel anayasa hukuksal bir önem taşımaması* ya da bu konuda bir karar vermekten çekinildiğinde *şikayetçi için özel ağır bir zararın doğmaması* durumunda kabule uygun görülmecektir. (Objektif ve sübjektif bakış açıları kombinasyonu³¹).

Böylece A.Ş. temel hak kataloğu dışında bulunan her hakkın da iddia edilebildiği "popular dava" haline getirilmiş olmaz³². Herşeyden önce şikayetçinin zarar görmüş olması gereklidir. Bavyera hukukuna göre popular şikayette bizzat zarar görmüş olma önem taşımaz³³.

F.A. Md. 93 F.I Nr. 4a ve FAMY Prf. 90 F. I o kadar net bir şekilde temel haklar ve Anayasa Md. 20 F. IV, 33, 38, 101, 103, 104'deki temel hak benzerlerini esas almıştır ki A.Ş.'nde başka haklara örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki haklara dayanmak mümkün değildir³⁴.

A.Ş. geleneksel anlamda bir yargı yolu değildir. Bir süper temyiz yolu da değildir³⁵.

Temel hakların savunulmasına yönelik özel hukuksal çare olarak ne bir geçiş etkisine- yani davanın bir üst mercie geçmesi- ne durdurucu etkiye- yani maddi ve şekli anlamda kesin hükmün gerçekleşmesinin engellenmesi- sahip değildir. Kaldı ki mutlaka bir *muhakemenin* ve mahkeme kararının varlığını da şart koşmaz.

A.Ş. maddi ve şekli yasalara (F. Anayasa Mahkemesi'nin devamlı içtihadı) icra gücünün ve mahkemelerin faaliyetine- burada sadece spesifik Anayasa hukukunun zedelenmesi halinde- karşı kabul edilmiştir³⁶.

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

31. Krş. BVerfGE 74.91; Maunz Th., Schmidt Blicbtreu B., Klein F., Ulsamer G., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, CH. Becksche Verlagsbuchhandlung, München 1989, s.31 KN 17 (DN.8).

32. BVerfGE 10, 27.274.

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

34. BVerfGE 10, 274; 34 395; NJW 1977, s.1960; 41.149;64,157.

35. F. Anayasa Mahkemesi'nin değişmeyen içtihadı.

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

F. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına karşı A.Ş. geçerli değildir. Aynı şekilde F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin yasa gücünde bir kararı ile geçerliliğine hükmedilmiş olan bir yasaya karşı da kabul edilemez³⁷⁾.

A.Ş. idari davadan temel hakların ve temel hak benzerlerinin zedelenmesi halinde sözkonusu olması niteliğiyle ayrılır. Onun harekete geçirici fonksiyonu idari yargınıninkine benzemekle birlikte A.Ş. daima bir bütün oluşturan Anayasa yargısının bir parçası olarak kalır³⁸⁾. Buradan aynı zamanda A.Ş.'nin üstlendiği fonksiyonun bir temel sınırı ortaya çıkar.

A.Ş. yargılamasında sadece kamu gücü alanında temel hakların koruma etkisi denetlenebilir ve bununla temel hakların değer içeriği belirgin kılınabilir. Buna karşılık F. Anayasa Mahkemesi mahkemeler karşısında revizyon veya süpervizyon merci olarak harekette bulunma konusunda görevlendirilemez³⁹⁾.

Vatandaş kural olarak yasa koyucunun hareketi konusunda A.Ş. ile takip edilebilen bir hakka sahip değildir⁴⁰⁾.

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

Daima Anayasa ve FAMY kurallarının özellikle gözönünde tutulmasıyla somut bir durumda A.Ş. ile takip edilebilen ve Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi içinde bulunan bir hakkın bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır⁴¹⁾.

FAMY Prf. 95, A.Ş.'nin kural olarak sadece bir kararın veya idari işlemin kaldırılması veya bir yasanın iptalini hedeflediğini göstermektedir. Bununla birlikte F. Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına göre belli durumlarda bir ihmâl de A.Ş.'nin konusu olabilir. Tazminat isteklerinin Anayasa Şikayeti yoluyla iddiası mümkün değildir⁴²⁾.

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

37. BVerfGE 1.89 vd.

38. Maunz Th., Komm., s.32, a., KN.17 (DN.8)

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

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

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

42. BVerfGE I, 3 vd; 2, 287, 291/292.

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

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

7. A.Ş.'nin Yardımcılık Niteliği

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

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

Bir başka özellik Anayasa yargısal şikayet prosedürünün çelişik olmayan yapılmasında belirler⁽⁴⁷⁾.

A.Ş. geleneksel anlamda dava tarafları tanımaz⁽⁴⁸⁾.

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

8. A.Ş.'nin Genel Anlamı ve Önemi

F. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararı gösterdiği gibi Anayasa yargısında A.Ş.'nin önemi büyüktür. A.Ş. Anayasa Mahkemesi'ne temel hak yorumunun hukuksal açıdan önemli sorunlarına ilişkin olarak görüş bildirmesi olanağını vermekte ve bununla aynı zamanda kamu gücü taşı-

43. BVerfGE I, 74 (75)

44. BVerfGE 7, 198 (207)= değişmeyen içtihad.

45. F. Anayasa Mahkemesi'nin devamlı içtihadı.

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

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

48. BVerfGE 7, 106.

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

yıcısının uygulamasında Anayasa'nın daha güçlü bir şekilde güncelleştirilmesine katkıda bulunmaktadır⁵⁰.

Temel hakların ve temel hak benzeri hakların özel hukuksal koruma aracı olarak vatandaşa devlet gücünün temel hak zedeleyici müdahalelerini savuşturma olanağı sağlamıştır. FAMY'ni değiştiren tüm yasalar A.Ş.'ni yasada korumuşlardır⁵¹.

Bununla beraber F. Anayasa Mahkemesi'nin çalışmasını, sadece yüksek mahkeme tarafından bir karar vermeye lâyık A.Ş.'leri üzerinde yoğunlaştırmasını sağlayıcı özel bir denetim usulü kabul edilmiştir⁵².

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

F. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan A.Ş. başvurularının çokluğu buna karşılık başarı oranının düşüklüğü düşündürücüdür⁵³.

Ayrıca sık sık eleştiri konusu olan F. Anayasa Mahkemesi'nde yargılamanın uzun sürmesi, çoğunlukla, "mızımız" başvuru sahiplerinin neden oldukları A.Ş.'leri akınından kaynaklanmaktadır⁵⁴. A.Ş.'nin mantıksal olarak kesinlikle Anayasa yargısı bünyesine uymadığı açık olmakla birlikte onun vatandaşı Anayasa ile canlı bir ilişkiye soktuğu Anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna katkıda bulunduğu unutulmamalıdır⁵⁵.

Yasa koyucu 1956, 1963, 70, 71, 85 reformlarında F. Anayasa Mahkemesi ile uyum içinde A.Ş.'lerin kötüye kullanılmasını önlemek için olabildiğince amaca uygun bir A.Ş. yargılaması oluşturmaya çaba göstermiştir⁵⁶.

9. Anayasa Şikayetini Kabul Yöntemi

A.Ş.'lerinin ve norm denetimi davalarının sayısının gün geçtikçe artması F. Almanya Anayasa Mahkemesi'nin yükünü her gün biraz daha arttırmakta ve onun fonksiyon yeteneğini tehdit etmektedir. FAMY değiştiren 2.8.1993 tarihli 5. değişiklik yasası⁵⁷ mahkemenin A.Ş.'lerini

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

51. 21.7.1956 BGBl. I s.662 3.8.1963 BGBl.I s.589; 12.12.1970 BGBl.I s.1765 ve 12.12.1985 BGBl. I s.2226.

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

53. Zacher H.F., Festg., s.399 (DN.46).

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

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

56. Zacher H.F., Festgabe s.40 (DN 46) Ulsamer G., Neue gesetzliche Regelungen zur Entlastung und Sicherung des Funktionsfähigkeit des BVerfGE EuGRZ 1986 s.110 vd.

57. BGBl I, 1443/14444.

kabuldeki takdir serbestisini genişletmek için çare aramaya çalışmaktadır.

12.12.1985 tarihli son yük hafifletme çabasından beri⁵⁸⁾ A.Ş.'lerinin sayısı daha da artmıştır.

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

Bunların merkezinde A.Ş.'lerinin kabulü yönteminin yeniden düzenlenmesi yer almaktadır. Bir yandan yargıç sayısını artırmak düşüncesinden ayrı bir ön denetim mercii kabulünden kaçınmak istendiği için, diğer yandan A.Ş. kurumu genel olarak tehlikeye düşürülmek istenmediği için ve bir Anayasa değişikliği olmadan da bu yapılmayacağı için F. Alman Anayasa Mahkemesi'ne yönelik A.Ş.'leri akını kabul yönteminin yeniden düzenlenmesi yoluyla frenlenmeye çalışılmıştır. Bu amaca öncelikle F. Alman Anayasa Mahkemesi'ne kabul konusunda karar vermek için takdir hakkı tanımakla ulaşılabileceği görüşüne varılmıştır.

Bugüne kadar olduğu gibi A.Ş.'lerinin karar konusu haline gelmeleri için kabule ihtiyaçları vardır (Prf. 93a. I FAMY). Bugüne kadar geçerli olan Prf. 93b II (eski metin) *komisyonun* karar konusu haline gelmesi için kabulü red nedenlerini içermektedir.

Prf. 93c C 2 (eski metin) buna karşılık *senato* için kabul koşullarını belirlemektedir. Bu tür tarihsel gelişimden kaynaklanan farklılıklar bundan böyle ortadan kaldırılmaktadır. Yeni düzenlemeye göre kabul koşulları Prf. 93a F II FAMY temel kuralında yer almaktadır ve hem senato hem komisyon için aynı ölçüde geçerlidir.

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

Prf. 93a F. II FAMY'ye göre;

"a) Eğer temel bir Anayasa hukuksal önem taşıyorsa

b) Eğer Prf. 90 I de⁶⁰⁾ sayılan hakların geçerli kılınması için gerekli (uygun) ise A.Ş. karar konusu haline gelmesi için kabul edilmek zorun-

58. BGBl 1985 I, 2226.

59. 1986: 2935; 1991: 3907; 1992: 4214.

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

dadır. Bu durum olay hakkında karar vermektan kaçınılması şikayetçi için özellikle ağır bir zarar doğurduğunda gerçekleşmiş sayılabilir."

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

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

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

10. Yetki Dağılımı ve Usul

a) Komisyon⁽⁶³⁾

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

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

61. Klein E., Konzentration duch Entlastung, NJW 46 Jg Herf. 33, s.2075.

62. Krş. BT-Dr 12/4842, s.12.

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

64. FAMY Prf. 2 "Senatolar (1) F. Alman Anayasa Mahkemesi 2 senatodan oluşmaktadır.

(2) Her senato içinde 8 hakim seçilir.

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

65. FAMY Prf. 93c: (1) "Prf. 93a F.II b'nin koşulları gerçekleşmişse ve Anayasa Şikayetine ilişkin Anayasa hukuksal sorun konusunda daha önce F. Alman Mahkemesi tarafından karar verilmişse komisyon açık bir şekilde haklı olan Anayasa Şikayetini uygun bulabilir (yerinde bulabilir.)

Karar senatonun kararına eş değerdir. Bir yasanın Anayasa ile ya da bunun dışındaki Federal hukukla bağdaşmaz olduğu veya batıl olduğu yolundaki Prf. 31 F. II'deki hukuksal sonuçla (yasa gücü) bir karar verme yetkisi senatoya ait olmakla devam eder."

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

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

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

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

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

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

b) Komisyonun karar yetkisinin olmadığı veya bu yetkiyi kullanmadığı durumda senato karar verir. (Prf. 93b C. 2 FAMY) A.Ş.'nin FAMY Prf. 93a II'ya dayanılarak kabulü en az üç hakim in oyuyla mümkündür (FAMY Prf. 93 d II). Red kararı duruşmasız verilir ve bir gerekçeye ihtiyacı yoktur (FAMY Prf. 93 d I).

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

11. Anayasa Şikayetinin Kabule Uygunluğu

I. Usule Uygun Başvuru

FAMY Prf. 23 F.I'e göre şikayet yazılı olarak yapılır. Şikayet için bir telgraf da yeterli olabilir⁽⁶⁷⁾. A.Ş.'nin gerekçeli yapılması gerekmektedir. (FAMY Prf. 23 F. I C. 2)⁽⁶⁸⁾

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

67. BVerfGE 32, 365/368.

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

II. Katılma Ehliyeti

FAMY Prf. 90 F. I'e "herkes" A.Ş.'nde bulunabilir ya da A.Ş. yargılamasında katılan olabilir.

Şu halde FAMY Prf.91'de sayılan haklardan birinin taşıyıcısı, kendisine ait olan bir temel hakka dayanabildiği oranda A.Ş. yoluna başvurabilir. (BVerfGE 35, 382/399, 63 197, 205) A.Ş. temel hakların ve temel hak benzeri hakların zedelenmesine ilişkin şikayeti içerdiği için, şikayetçi bakımından sadece temel haklarında veya temel hak benzeri haklarında zarar görmüş olma koşulu aranmaktadır. Katılma ehliyeti şu halde temel hak sahipliği veya ehliyetine göre belirlenmektedir⁶⁸. Kimin temel hak ehliyetine sahip olduğu maddi Anayasa hukuku belirler.

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

Yaşam üzerindeki hak sözkonusu olduğunda embriyon (F. Alman Anayasası Md. 2 II) insan onuru sözkonusu olduğunda ölü (F. Anayasa Md. 1 II)'de temel hakka ehildir.

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

Temel haklar birinci planda insanların bireysel haklarıdır ve öncelikle onun özgürlük alanının korunmasına hizmet ederler. Bunun ötesinde bireyin devletin oluşumu ve yapılanmasına serbestçe katılımını garanti etmek zorundadırlar. Buna göre tüzel kişileri temel hakların koruma alanına dahil etmek ancak onların oluşumu ve faaliyeti doğal kişilerin kişiliklerinin serbestçe geliştirilmesinin bir ifadesi ise ve özellikle bu tedbir

68. Federal Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin yasa (FAMY) 12.12.1985

BGBL III 1104-1; Bkz. 10.8.1983 T. değişikliği: BGBL Jg. 1993 Teil 1, Nr.43, s.1443-1444.

69. Bkz. Gören Z. Temel Hak Genel Teorisi, Cumhuriyet matb. İzmir 1993, s.53 KN.75, s.44.

onların gerisindeki insanlar bakımından mantıklı ve gerekli görülüyorsa haklı çıkarılabilir. (BVerfGE 75, 192, 195 değişmeyen içtihat). Buna göre yerli tüzel kişiler temel hakka ehildirler. (Krş. BVerfGE 66, 116 (130); (195); 76, 83 (88)).

Yerli kamu tüzel kişileri prensip olarak temel hak ehliyetine sahip değillerdir. Ancak hukuk düzeninin onlara devrettiği görevlerden ötürü belli temel haklar tarafından korunan yaşam alanına dahil olmaları halinde (Üniversiteler F. Anayasa Md. 5 III.1 ve Radyo TV. kuruluşları Md. 5 I 2) ya da vatandaşların bireysel temel haklarının kullanımına hizmet etmeleri ve kendine özgü, devletten bağımsız, en azından ondan ayrı kuruluşlar olarak varolmaları halinde temel haklara ehildirler. (BVerfGE 75, 192 (196 vd.)).

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

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

III. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti davaya taraf olan kişinin dava işlemlerini geçerli olarak yapabilme, kabul etme ya da kendi belirlediği bir vekile yaptırabilme ve kabul ettirebilme ehliyetini ifade eder⁷⁰. Yasal vekili tarafından adına şikayette bulunmuş olmadıkça ya da dava doğrudan dava açma ehliyeti konusu olmadıkça dava ehliyetine sahip olmayan geçerli bir şikayette bu-

70. Rosenberg/Schwab, Zivilproze-Brecht, 14B (1986/ s.240; Dava açma ehliyeti usul yasalarında ve mahkeme teşkilatı yasalarında düzenlenmiştir. Örneğin hukuk usulünde medeni hakları kullanma ehliyetine göre düzenlenmiştir. (Krş. Prf. 52 vd. ZPO; F. Alman Medeni Usul Yasası; HMUK Md. 38 davaya ehliyet konusunda MK'na yollama yapmaktadır. (MK Md. 9 ve MK Md. 47.

lunamaz. (BVerfGE 19, 323, 329 vd.) FAMY da dava ehliyetini açıkca düzenlememiştir. Diğer usul yasaları da medeni hakları kullanma ehliyetine yollamada bulunmuşlardır (Krş. ZPO= Medeni Usul Yasası Prf. 51-58; WwGO= İdari Yargılama Yasası Prf 62; FGO= Vergi Yargılaması Yasası Prf.58; 566; Sosyal Yargılama Yasası Prf.71 Anayasa Mahkemesi yargılamasının kendine özgü niteliği nedeniyle diğer usul yasalarına örneğin Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'na başvurulması olanaksızdır. Burada iddia olunan temel hakka bakılır. İddia olunan temel hak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan ya da sınırlı bir şekilde sahip olan kimseye aitse medeni hakları kullanma ehliyeti değil temel hak erginliği esas olacaktır. (Krş. BVerfGE 1, 87).

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

IV. Şikayet Konusu

A.Ş.'lerinin konusu kamu gücünün her türlü işlemi yani yasama, yürütme, yargı işlemleri olabilir. (Krş. FAMY Prf. 94 F. I ve II) Şu halde F. Anayasa Md. 1 F. III'e göre temel haklarla bağlı olan yasama, yürütme ve yargının işlemleri A.Ş.'lerinin konusunu oluşturmaktadır⁽⁷²⁾.

Demek ki A.Ş., F. Anayasa Md. 20 II'ye göre halktan kaynaklanan egemenliği özel organlar aracılığı ile kullanan üç devlet gücüne yöneliktir. Buna karşılık F.A., Md. 19 F. IV anlamında kamu gücü kavramı bu maddede yürütme gücü ile sınırlanması nedeniyle A.Ş.'nde amaçlanandan daha dardır⁽⁷³⁾.

F. Alman Anayasa Mahkemesi de temel haklarla bağlıdır. Ancak F. Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının A.Ş.'nin konusunu oluşturmaya çağrı açıktır⁽⁷⁴⁾. Kamu gücünün işlemleri sadece bir eylemi değil bir harketsizliği (ihmali) de kapsamaktadır⁽⁷⁵⁾.

Şikayetçi ancak yasa koyma yükümlülüğünün içerik ve kapsamını esaslı ölçüde belirleyen açık bir Anayasa direktifine dayanabiliyorsa ka-

71. Pieroth/Schlink, Grundrechte, s.287, KN.1231, (DN.10); Reşit olmayan kişilerde muhakeme yeteneği önem taşır. (Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Verlag CH Beck München 1992, s.706, KN.24); Akıl hastaları ve kısıtlııkları konusunda karar verilen yargılamada, akıl hastaları ve kısıtlılar da dava ehliyetine sahiptirler. (BVerfGE 1, 87/89, 302/306, 65, 317/321); Tüzel kişiler davada sürekli organları tarafından tıpkı yasal temsilciler gibi temsil olunurlar. Bu nedenle dava ehliyetine sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. (Rosenberg/Schwab, ZPR, s.248 (DN.70).

72. F.A. Md. 1 F. III: "Aşağıdaki temel haklar yasama yürütme ve yargıyı doğrudan geçerli hukuk olarak bağlarlar"

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

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

75. Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, s.337 vd.

mu gücünün ihmaline karşı A.Ş. geçerlidir⁷⁶. Aynı olayda kamu gücünün birden fazla işlemi söz konusu ise; idari işlem, itiraz üzerine karar, İdare Yüksek Mahkemesi kararı gibi F. Anayasa Mahkemesi Şikayetçiye yalnız son merci kararına ya da buna ek olarak başlangıç mahkemelerinin kararına veya bu işlemlerin temelinde yatan yürütme işlemlerine şikayet konusunda seçim hakkı tanımaktadır⁷⁷. Ancak böyle durumlarda herhalde tek bir A.Ş. sözkonusu olacaktır.

V. Şikayet Yetkisi

FAMY Prf. 90 F. I'e göre A.Ş. şikayetçinin, sadece temel haklarından birinin (yada bu maddede sözü geçen temel hak benzeri haklarından birinin) zedelendiği iddia etmesi halinde kabule uygundur. Bundan aşağıdaki kabule uygunluk koşulları ortaya çıkmaktadır.

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

1. Bir Temel Hak Zedelenmesi Olasılığı

Bir temel hak zedelenmesinin ileri sürülebilmesi için temel hak zedelenmesi konusunda subjektif bir duygu yeterli değildir. Diğer taraftan bir zedelenmenin gerçekten bulunup bulunmaması kabule uygun oluşun konusu olmayıp haklılık denetiminin konusudur. Bu nedenle FAMY Prf. 90 F. I'de, İdari Yargılama Yasası Prf. 42 II'de olduğu gibi (WwGO)⁷⁸ bir temel hak zedelenmesi ihtimali aranmaktadır; diğer bir deyimle zedelenme olgusu baştan itibaren olanaksız olmamalıdır⁷⁹.

Baştan beri kişisel ya da nesnel koruma alanına dokunulmamışsa, saldırı olanaksızsa ya da Anayasa hukuksal haklılık açıkça ortada ise temel hak zedelenmesi olasılığı içeriksel temel hak denetiminin tüm aşamalarında olumsuzdur. Hangi noktaların kabule uygunluk, hangi noktaların haklılık denetiminde tartışılması gerekeceği konusunda genelde aşağıdaki değerlendirmeler yapılmaktadır; Bir temel hakkın koruma alanının veya temel hakkın koruma alanına saldırının reddi kolay ve çabuk gerekçelendirilebiliyorsa, bu durum A.Ş.'nin kabule uygun görülmemesine neden olmaktadır. Koruma alanının veya saldırının reddi detaylı bir gerekçe gerektiriyorsa bu tartışma haklılık çerçevesi içinde yapılmalıdır. Koruma alanına saldırının kabulü hemen daima şikayet yetkisinin kabulü sonucuna götürür⁸⁰.

Örnekler:

76. BVerfGE 18, 20, 203, 213.

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

78. Verwaltungsgerechensordnung 21.1.1960 (BGBl III 340-1).

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

80. Pieroth-Schlink, Grundrechte, s.289 KN. 1239 (DN 10).

Almanlara tanınmış bir temel hakka dayanan bir yabancıнын şikayet yetkisi yoktur. Silahlı olarak toplanmadığı için temel hakkının zedelenmediğini iddia eden şikayetçinin şikayet yetkisi yoktur.

Temel hakların özel hukuktaki önemi de bir şikayet yetkisi sorunudur. Temel hakların özel hukuka doğrudan ve dolaylı etkisinin kabul edilmemesi durumunda hukuk mahkemeleri kararları ile temel hakların zedelenmeleri ileri sürülemeyecektir. (Bizim hukukumuzda Anayasa Md. 11'deki temel hakların kişileri de bağladığına ilişkin kural nedeniyle bu durum söz konusu olmaz). Kamu gücünün bir davranışı kesinlikle düzenleyici bir içeriğe sahip değilse ve kesinlikle dış etkiler doğurmuyorsa şikayet yetkisi veya şikayet reddedilir.

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

Örnekler:

Hukuksal duruma ilişkin düşünce açıklamaları⁽⁸¹⁾

Varlıkların durumuna ilişkin bildirimler⁽⁸²⁾ düzenleyici içeriğe sahip değildir.

Kurum içi başvurular⁽⁸³⁾

Henüz yürürlüğe girmemiş yasalar⁽⁸⁴⁾

Mahkemelerin salt karar tasarıları;

Tüm hakimler tarafından henüz imzalanmamış kararlar⁽⁸⁵⁾'in dışarıya etkileri yoktur. Bunun dışında bir saldırı olasılığı çeşitli noktalardan tartışılabilir: Gerçekten bir saldırı var mıdır?

Doğrudan şikayetçiye mi, başka bir kişiye mi zarar verilmiştir?

Şikayetçiye şimdi zarar vermekte midir?

Geçmişte mi kalmıştır?

Yoksa zarar vermesi beklenmekte midir?

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

81. BVerfGE 37, 56/61.

82. BVerfGE 33, 18/21 vd.

83. BVerfGE 20, 162/172.

84. BVerfGE II, 339/342.

85. BVerfGE: NJW, 1985, 788.

Bu sorunları F. Alman Anayasa Mahkemesi, şikayetçinin "kendisinin şimdi ve doğrudan doğruya zarar görmüş olup olmadığı" formülüne göre cevaplandırmaya çalışmaktadır⁸⁶.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bu formülü yasalara yönelik A.Ş.'leri için geliştirilmişse de bu formül dava konusu yapılan olaya göre kamu gücünün tüm işlemlerine uygulanabilir niteliktedir⁸⁷. Şikayetçinin kendisinin şimdi ve doğrudan etkilenmiş olmasının bireye yönelik işlemlerde -bir idari işlem ve bir mahkeme kararı gibi- bir problem doğurmayacağı açıktır.

2. Kendi Temel Haklarında Zarar Görmüş Olma

Şikayetçi kendi temel haklarında zarara uğramış olmalıdır.

Böylece "popüler şikayet" yolu kapatılmıştır⁸⁸.

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

Örnekler:

Bir dernek üyelerinin, Tüzüğünde mevcut olsa bile bir şirket ortaklarının haklarını ileri süremez⁹⁰.

Bir gayrimenkulu satın alan önceki malikin A.Ş.'ne katılamaz. (BVerfGE 56 296/297) Mirasçılar kişiye bağlı haklar değil (BVerfGE 12, 311/315) mali haklar sözkonusu olduğu sürece yargılamayı sürdürebilir⁹¹.

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

Örnekler:

Mağazaların tatil günlerinde kapatılmasına ilişkin bir düzenlemenin muhatapları sadece satış yerlerinin sahipleridir. Ama doğrudan zarar görenler aynı zamanda tüketicilerdir⁹². Bir limited şirkete adli müzahareti

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

87. Pestalozza C., Verfassungsproze Brecht, s.10. (DN 8).

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

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

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

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

92. BVerfGE 13, 230/232 vd.

yasaklayan bir mahkeme kararı şirket ortaklarını bizzat değil sadece ekonomik bakımdan etkilemektedir⁽⁹³⁾.

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

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

Temel hakların objektif hukuksal içeriğine saygı göstermeyen kamu gücü taşıyıcısı aynı zamanda ilgili kişinin subjektif temel hakkını da zedelemiş olmaktadır. Bu durum özellikle temel hakların objektif hukuksal boyutunu⁽⁹⁵⁾ temel hakların özel hukuka dolaylı etkisi olarak dikkate alınması gereken hukuk mahkemesi kararlarına karşı açılan A.Ş.'lerinde geçerli olmaktadır. Objektif hukuksal boyutun dikkate alınmamasının şikayetçinin subjektif temel hakkının zedelenmesine yol açtığı her zaman ileri sürülebilir.

3. Şimdi Zarar Görmüş Olma

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

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

Bu durum ciddi olarak endişe duyulan temel hak tehlikeleri için de geçerlidir⁽⁹⁸⁾.

Geçmiş zedelenmelerde şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olamaz⁽⁹⁹⁾.

F. Alman Anayasa Mahkemesi bu unsuru hukuksal koruma ihtiyacı perspektifinden incelemektedir. Bunun dışında şimdiki zarar görmüşlüğü kabulde oldukça toleranslı davranmaktadır.

Örnekler:

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

93. BVerfGE 35, 348/352.

94. Krş. BVerfGE 7, 198/206 vd; 35, 202/218 vd.

95. Bkz. Gören Z., Temel hak, s.41, KN 63 (DN 69).

96. BVerfGE 1, 97/102; 60, 360/371; BVerfGE 65, 1/37.

97. BVerfGE 60, 360/372; 65, 1/37, 75, 246/363.

98. BVerfGE 79/89/141; 51, 324/347; 53, 30/51; 66, 39/58 vd.

99. Pestalozza C., VerfassungsprozeßBrecht, s.114 vd (DN.88).

100. BVerfGE 26, 246/251.

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

4. Doğrudan Zarar Görmüş Olma

a) Daha sonraki bir işlem aracılığıyla etki doğurmayan ya da böyle bir işlemin yapılmasına bağlı olmayan bir etkilenme ya da temel hak zedelenmesi doğrudan doğrudur⁽¹⁰¹⁾.

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

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

Doğrudan doğruya olma koşulu A.Ş.'nin yardımcılık niteliğinin bir belirtisi olarak anlaşılmalıdır⁽¹⁰⁴⁾. F. Anayasa Mahkemesi gelecekte belli bir mesleği izinsiz ifa etmeği yasaklayan bir yasanın doğrudan etki yaptığını⁽¹⁰⁵⁾ kabul etmiştir. F. Anayasa Mahkemesi'ne göre şikayetçi doğrudan yasa ile mağdur olmalı icra gücünün iradesini taşıyan bir emri ile mağdur olmamış olmalıdır.

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

Davaya bakan mahkeme Anayasa'ya aykırılık düşüncesini paylaşırsa F. Anayasa Md. 100 F. 1'e göre Anayasa Mahkemesi'nin kararını almak zorundadır. Mahkeme bu yola sapmazsa şikayetçi yargı yolu tükendikten sonra A.Ş.'ne başvurur. Hukuk normu şikayetçinin haklarına doğrudan tecavüz ediyorsa ve bir idari işlem de varsa şikayetçi norm aleyhine, aynı zamanda idari işlem aleyhine A.Ş. yoluna başvurabilir.

Örnekler:

Gelir vergisinde mağduriyet doğrudan yasa ile gerçekleşmemektedir. Çünkü vergi bir idari işlemle (vergi tarhi) belirlenir. İlk önce bu idari işlemle karşı yargı yoluna başvurmak gerekir. F. Anayasa Mahkemesi eğer vergi daireleri bir denetim ve takdir hakkına sahip değilseler vergi yasasına karşı da A.Ş. yolunu açık tutmuştur. (BVerfGE 43. 108 vd., 45, 104, 116 vd)

101. BVerfGE 68, 319/325.

102. BVerfGE 69, 122.

103. BVerfGE 68, 215; 68, 319, 325.6.

104. Pieroth-Schlink Grundrechte, s.291 KN 1254 (DN.10).

105. BVerfGE 1, 264/270.

Bazı hukuk normları vatandaş tarafından doğrudan uygulanmakta yani self-executing etki doğurmaktadırlar. Bunlara örnek olarak genel hız sınırlamasına ve dükkan kapatma saatlerine ilişkin kurallar gösterilebilir⁽¹⁰⁶⁾.

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

IV. Yargı Yolunun Tüketilmiş Olması

FAMY Prf. 90 F. II C. I, F.Alman Anayasası Md. 94 F. II C. 2⁽¹⁰⁹⁾ ye dayanarak ilke olarak yargı yolunun öngörüldüğü hallerde bu yolun tüketilmiş olmasını istemektedir. Şekli yasalar için bu kuraldaki yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu bir anlam taşımaz. Yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu ile A.Ş.'nin yardımcılık niteliği belirginleşmektedir⁽¹¹⁰⁾.

Temel hak zedelenmelerinde de hukuksal korumayı sağlamak önce adliye mahkemelerinin ve uzmanlık mahkemelerinin görevidir. A.Ş. sadece temel hak zedelenmesinin kaldırılmadığı veya kaldırılmadığı durumda geçerlidir. Böylece F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin hukuksal bakımdan ve fiilen hazırlanmış bir olaya bakması garanti edilmiş olmaktadır⁽¹¹¹⁾.

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

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

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

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

106. Schmalz D., Rechtssystem und Anwendung, Grundrechte, Nomos Baden 1991, s.127. KN. 384; BVerfGE 68, 215; 68, 359, 325/6: 70, 35/50/1.

107. FAMY Prf. 90 II 2.

108. BVerfGE 65, 1/37-halk sayımı kararı.

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

110. BVerfGE 47, 144/145.

112. BVerfGE 42, 252, 257.

111. BVerfGE 56, 54/69; 65/38.

113. BVerfGE 42, 252/257.

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

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

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

- Şikayetçinin isteğine, değişmeyen bir yüksek mahkeme kararı karşı ise⁽¹¹⁶⁾ ya da mahkeme yolu bulunmadığı konusunda şikayetçiyi yanlış bilgilendirmişse⁽¹¹⁷⁾ şikayetçinin yargı yolunu tüketmiş olması beklenemez. Buna karşılık şikayetçinin yasallığı tartışmalı olan bir yargı yolunu kullanması istenebilir⁽¹¹⁸⁾.

3. *A.Ş. genel önemi haiz ise ya da yargı yoluna başvurulması şikayetçi için ağır ve sonradan düzeltilemeyecek bir zarar doğuracaksa FAMY Prf. 90 F. II C. 2'ye göre yardımcılık ilkesi denilebilir.* Bunun amacı şikayetçiyi aslında öngörülmüş olan yargı yoluna gitmekten kurtarmaktır. Bunun uygulanması için yargı yolu gerçekten açık olmalı ya da ona başvurulmuş olmalıdır.

Örnekler:

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

VII. Süre

FAMY Prf. 93 F. I C. I'e göre A.Ş. yoluna *bir ay içinde* başvurulması gerekmektedir. Bu süre belirlemesi son merci mahkeme kararlarına ilişkindir. Çünkü bu tür işlemlerde yargı yolunun tüketilmiş olması gerekmektedir. Aleyhlerine yargı yolu açık olmayan devlet işlemlerine karşı⁽¹²⁰⁾ A.Ş. FAMY Prf. 93 F.II'ye göre bir yıl içinde açılmalıdır.

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

115. BVerfGE 1, 12/13.

116. BVerfGE 9, 3/7; 56, 363/380.

117. BVerfGE 19, 253, 256 vd.

118. BVerfGE 70, 180/185.

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

120. Şekli yasalar ve İdari Yargılama Yasası Prf. 47 kapsamına girmeyen maddi yasalar.

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

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

VIII. Hükümün Kesinliği Nedeniyle Red

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

Kesin hüküm, aynı şikayetçinin aynı isteğine aynı hukuki ve fiili durumda yeniden karar verilmemesi gerektiği anlamına gelmektedir. Kesin hüküm karar gerekçesini değil karar metnini kapsar ama metin yorumu için gerekçelere başvurulabilir.

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

Örnekler:

A, Motorlu Araçta Kara Yolları Trafik Nizamnamesi Prf. 21 a F.I'deki emniyet kemeri takma zorunluluğuna aykırı davranmaktan son mercî'in para cezasını içeren mahkumiyet kararına karşı bu kararın kişiliğini geliştirme özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle A.Ş. yoluna başvurmuştur. Bu A.Ş. Anayasa Mahkemesi'nin ön denetim komisyonunca başarı şansının çok düşük olması nedeniyle karar konusu yapmak için kabul edilmemiştir. A'nın aynı karara karşı yetkili senatonun bu konuda karar vermesi gerektiği yolundaki yeni bir A.Ş. geçerli olmayacaktır⁽¹²⁵⁾.

IX. Genel Hukuksal Koruma İhtiyacı

A.Ş.'nin tüm kabule uygunluk koşulları daha yakından incelendiğinde hukuksal koruma ihtiyacının özel belirtileri oldukları görülmektedir. Bundan fazla olarak usul hukukunda, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa yargısında ve A.Ş. yargılamaında da uygulanabilir olarak değerlendirdiği genel hukuksal koruma ihtiyacının *yazılı olmayan yakalayıcı ögesi* geliştirilmiştir⁽¹²⁶⁾. Bu genel hukuksal koruma ihtiyacı gerekli olmayan ya da artık gerekli olmayan A.Ş.'lerinin geçersiz kılınabilmesi fonksiyonunu üstlenmektedir. Bu durum aşağıdaki iki halde sözkonusu olmaktadır:

122. BVerfGE 58, 208/218.

123. FAMY Prf. 41: "Başvurunun tekrarı F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bir başvuru konusunda esasa ilişkin karar verilmemişse ancak yeni vakıalara dayanılması halinde aynı başvuru muhatabına karşı başvuru yenilenebilir".

124. Pestalozza C., VerwaltungsprozeBrecht, s.299.KN 52, DN 126, (DN 8).

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

126. Pieroth-Schlink, Grundrechte, s.294.KN.1271, (DN.10); Aksi görüşte Zuck R., Die Verfassungsbeschwerde, KN.151, (DN.27).

1. Temel hak koruması için daha kolay bir olanak varsa A.Ş. gerekli değildir. Genelde yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu, bu durumu karşılamaktadır. Ama bazı durumlarda yargı yolunun tüketilmiş olmasına karşın Anayasa Mahkemesi'nde özel bir yargılama yolu varsa temel hak koruması için daha kolay bir olanığın bulunduğu kabul edilir. Örneğin F. Anayasa Md. 41 F. II'deki seçim denetimi yargılamasında olduğu gibi⁽¹²⁷⁾.

2. Zarar görmüş olma hali ortadan kaldırılmış, şikayet çözümlenmişse A.Ş. artık gerekli değildir. Çünkü bu durumda şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olmamaktadır ve şikayet yetkisi kabul edilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi şikayet konusunun çözümlenmesini daima hukuksal koruma ihtiyacının bir problemi olarak tartışmaktadır.

- İşlemlerin zedeleyici etkileri hâlâ devam ediyorsa⁽¹²⁸⁾

- Şikayet olunan işlemin tekrarından kaygı duyuluyorsa⁽¹²⁹⁾

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

12. Anayasa Şikayetinin Haklılığı

I. Kriter

F. Anayasa Md. 93 F. I Nr. 4a göre bir temel hakkın ya da temel hak benzeri hakkın zedelenmesi durumunda A.Ş. haklıdır. Buna göre ilk planda temel hak ve benzeri haklar kriter oluşturmaktadır. Buna karşılık uluslararası temel haklar, Federe Devlet Anayasalarındaki temel haklar ve pozitif üstü insan hakları A.Ş. yargılamasında kriter oluşturmazlar⁽¹³¹⁾.

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

128. BVerfGE 15, 226/230.

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

130. BVerfGE 35, 1/4; 58, 208/219.

131. Temel hak zedelenmesi Federal devletin bunun dışındaki Anayasa kurallarından da kaynaklanabilir. Bunun F. Anayasa Mahkemesi ilk önce F. Anayasa Md. 2 F.Ie ilişkin içtihadıyla gelişmiştir. Buna göre genel eylem özgürlüğüne yapılan bir müdahale ancak geri kalan Anayasa kuralları ile bağdaşıyorsa bu özgürlüğün sınırı olan Anayasa'ya uygun düzen kavramına girer. Böylece yetki ve yargılama kuralları dahil geri kalan Anayasa hukukuna aykırılıklar temel hak zedelemesi oluşturacaklardır. Aynı durum diğer tüm temel haklar içinde geçerlidir. Bir müdahalenin Anayasa hukuksal haklılığı yasa kaydı ile sağlanıyorsa bu yasanın maddi, şekli bakımından Anayasa ile uyumu gereklidir.

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

A.Ş. bir kere kabule uygun bulununca Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar söylenilenin dışında kapsamlı bir denetim yetkisi kullanılır. Zedelediği iddia olunan temel haktan bağımsız olarak mahkeme re'sen tüm Anayasa hukukunun korunmasını amaçlayan bir denetim uygular. Bu denetim subjektif bir girişim yoluyla A.Ş.'nin kapsamını subjektif hukuk koruması aracı olmaktan objektif hukuk koruması aracı olma yönünde genişletir ve F. Anayasa Mahkemesi'nin A.Ş.'nin çifte fonksiyonu konusundaki anlayışına uygundur.

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

II. Denetim Kapsamını Spesifik Anayasa Hukukunun Zedelenmesi ile Sınırlı Tutulması

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

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

Örnekler:

Bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet kişi özgürlüğüne bir müdahaledir ve ancak şekli bir yasayla haklı çıkarılabilir. (F. Anayasa Md. 2 F. II C. I: Md. 104 F.I)⁽¹³⁴⁾

Mahkumiyet hükmü ceza yasasının yanlış yorum ve uygulamasına dayanıyorsa yasanın üstünlüğüne aykırılık oluşturacak ve bir temel hak zedelenmesi olarak kabul edilmesi gerekecektir. Medeni Yasanın ilgili kurallarıyla bağdaşmayan bir boşanma kararının evlenme özgürlüğünü zedelediğini kabul etmek gerekecektir. Bu kabul edildiğinde kamu gücünün bir işleminin yargı yolunun tüketilmesi koşulu nedeniyle bir mahkeme kararının basit yasa hukukuna aykırılığı gerekçesiyle de A.Ş. yoluna başvurulması gerekecektir. Böylece F. Alman Anayasa Mahkemesi tüm mahkemelerin üzerinde bir süper temyiz mercii durumuna getirilmiş ve mahkeme basit hukukun her türlü yorumunu denetleme ve düzeltmeye zorlanmış olacaktır. Ancak bu F. Anayasa Md. 93 F.I Nr. 4a ile temel

132. BVerfGE 45, 63/74.

133. "Yasama Anayasaya uygun düzenc, yürütme ve yargı, yasa ve hukuka bağlıdır."

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

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

Md. 104 F.I: "Kişi özgürlüğü şekli bir yasaya dayanılarak ve bu yasada öngörülen şekillerde sınırlanabilir."

haklara ve temel hak benzerlerine aykırılıkların denetimi ile sınırlı olması gereken F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin görevi değildir. Kaldı ki böylece diğer yüksek Federal mahkemelerin -özel Anayasa hukuksal denetim hariç- yetkileri kapsamına giren hukuk alanları için son merci olmak görevi gasbedilmiş olacaktır. Bunun dışında Anayasa Mahkemesi gerçekten de iş hacmi nedeniyle tümden bunalmış olacaktır. Oysa F. Alman Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarına ilişkin denetimi spesifik Anayasa hukuku ile sınırlamaktadır. Burada: Ya tümden ilgili Anayasa normunun gözden kaçırılması

- Ya da temelden yanlış uygulanması koşuldur.

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

Bu anlamda spesifik Anayasa hukuku zedelenmesinin bulunmaması durumunda Anayasa Mahkemesi yasaya aykırı olsa bile mahkeme kararına dokunmamaktadır.

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

Bununla birlikte salt bir temel hakkın koruma alanındaki basit bir hak zedelenmesi ile spesifik bir temel hak zedelenmesi arasındaki sınırı çizmek çoğu kere güçlük doğurmaktadır. Olayın belirlenmesi ve değerlendirilmesi genelde spesifik Anayasa hukukunun sorunu olmadığı halde F. Alman Anayasa Mahkemesi hakimın hukuku geliştirmesi sözkonusu olduğunda tam kapsamlı bir denetim uygulamaktadır⁽¹³⁷⁾.

Bunun dışında Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına göre temelde saldırının yoğunluğu önem taşımaktadır. Denetim sınırları katı ve değişmez bir biçimde çizilemez. Bu sınırlar temel hak zedelenmesinin yoğunluğuna bağlı olarak belirlenmelidir. Bir hukuk mahkemesi kararı temel hakla korunan özgürce yaşamayı ve eylemde bulunmayı daralttığı oranda Anayasa hukuksal denetim ayrıntılı olmak zorundadır⁽¹³⁸⁾. Temel hakkın koruma alanını şekillendiren yasa normlarının bulunmaması ve uzmanlık mahkemesi için temel hakkın kendisinin tek ölçü olduğu durumlarda⁽¹³⁹⁾

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

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

137. BVerfGE 34, 293/301 vd.

138. BVerfGE 61, 1/6; Krş. BVerfGE 70, 297/316.

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

ya da temel hak garantisini yasallık ilkesinin oluşturması durumunda⁽¹⁴⁰⁾ artan oranda zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bu durumlarda F. Alman Anayasa Mahkemesi "*Keyfilik ayırım kriteri*" ile çözüm aramaktadır⁽¹⁴¹⁾. Literatürde Spesifik Anayasa hukuku ile basit hukuk zedelenmesini belirgin bir biçimde birbirinden ayırma konusunda çaba gösterilmiştir. Bu konuda bazen *Schumann* formülüne başvurulmaktadır. Buna göre itirazda bulunan hakim kararı basit yasakoyucunun bir norm olarak çıkarmaması gereken bir hukuksal sonuç doğuruyorsa spesifik bir temel hak zedelenmesi herhalde mevcuttur⁽¹⁴²⁾. Ama Schumann formülü kesinlikle F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin denetim ve düzeltme yaptığı tüm durumları kapsamamaktadır. Bu nedenle literatürde F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin temel haklara özellikle yoğun saldırılarda somut yorum hatalarını bile önemli kabul eden bir denetim uygulaması gerektiği vurgulanmıştır⁽¹⁴³⁾.

13. Yasakoyucunun İhmali Durumunda Anayasa Şikayeti

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

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

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

FAMY Prf. 95 F.III C. 1-3 yasaların iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarını konu edinmektedir⁽¹⁴⁷⁾. Buna göre vazedilmiş yasa iptal edilmelidir. Ancak henüz *vazedilmemiş bir normun* iptal edilmesi olanaksızdır. FAMY Prf. 95 F. I'in işaret ettiği gibi "*Anayasa Şikayeti*" mantık-

140. F. Anayasa Md.101 F.I C.2 "kimse yasal yargıçıdan mahrum bırakılamaz" Md. 103 F. 2: "bir fiil ancak fiilin başlamasından önce Ceza Yasası'nda belirlenmişse cezalandırılabilir."

141. BVerfGE 64, 389/396 vd.

142. Schumann, E., Verfassung und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Schriften zum öffentlichen Recht, Berlin 1963, Bd. II s.207.

143. Pieroth-Schlink, s.298, KN.1293 (DN.10).

144. BVerfGE 18, 38 (45).

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

146. BVerfGE 1, 100.

147. BVerfGE 6, 386, 388.

sal olarak *kamu gücünün hareketsizliği* durumunda da mümkündür⁽¹⁴⁸⁾. Burada kamu gücü kavramından yasakoyucu hariç tutulmamıştır⁽¹⁴⁹⁾. FAMY Prf.95'in sözünden yasakoyucunun hareketsizliğine karşı yapılan Anayasa şikayetlerinin -tıpkı yürütme ve yargının hareketsizliğine karşı yapılanlardan olduğu gibi- geçerli kabul edilmediği sonucu çıkarılmaktadır. Ancak FAMY Prf. 95'ten yasakoyucunun hareketsizliği halinde gündeme gelecek Anayasa şikayetlerinin sadece şikayetçinin *hangi temel hakkının zedelendiğinin tesbitini* sağlayabildiği anlaşılmaktadır⁽¹⁵⁰⁾. FAMY Prf. 95'e göre:

(1) A.Ş. haklı bulunduğu, kararda Anayasa'nın hangi kuralının hangi hareket veya ihmal ile zedelendiği belirtilmek zorundadır. F. Alman Anayasa Mahkemesi aynı zamanda şikayet olunan tedbirin tekrarı için her defasında Anayasa'yı zedeleyeceğine ilişkin karar verebilir.

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

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

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

Buna göre F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi sadece vazedilmiş yasalar konusundaki denetimle sınırlandırılmıştır⁽¹⁵³⁾. F. Alman Mahkemesi tarafından daha sonra tam kapsamıyla sürdürülemeyen bu düşünce⁽¹⁵⁴⁾ F. Anayasanın, yasakoyucuya vatandaşında dayanabileceği belli yasama işlemlerini yapma konusunda yükümlendirmek isteyip istemediğine ve bunun boyutuna ilişkin duraksamalara ilişkindir. F. Anayasa bilinçli olarak yasakoyucunun egemenliği temelini yıkmış ve bunun yerine açıkca yasakoyucuyu Anayasayla bağlı kılmıştır. Ancak yasakoyucunun Anayasaca değiştirilen bu statüsünün en kapsamlı bir biçimde tanınması halinde bile⁽¹⁵⁵⁾ Anayasa hukuku yargısal içtihatlarında Anayasal düzene uygun yasaların konulması, şekillendirilmesi olgusunun birinci planda

148. BVerfGE 6, 264.

149. BVerfGE 2, 264.

150. BVerfGE 6, 264;

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

152. Krş. BVerfGE 2, 291.

153. BVerfGE 1, 101; Leibholz, der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht 1963, s.61 vd.

154. BVerfGE 6, 264.

155. Krş. F. Alman Anayasası Md. 1 F. III; 20 F. III; 93 F. I Nr. 2; 100; Maunz Th. Staatsrecht, 21 B.s.69 vd; Kalkbrenner H., Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV 1963, s.41 vd.

yasakoyucunun görev bilinci içinde uygulayacağı takdirine bırakıldığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁽¹⁵⁶⁾.

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

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

Anayasada sadece genel anlamda bir norm koyma direktifinin bulunması yeterli olmamaktadır. Şikayetçi daha çok yasakoyucunun pozitif hareketi konusunda sübjektif bir hakkı olduğunu kanıtlamalıdır. Demek ki doğrudan şikayetçinin yerine getirilmesini isteyebileceği yasakoyucunun somut bir hareketinin savsaklanmış olması gereklidir⁽¹⁵⁸⁾. Şikayetçinin yeni yasaların korunması konusundaki genel anlamdaki bir isteği A.Ş. yolu ile ileri sürülemez⁽¹⁵⁹⁾.

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

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

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

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

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

158. BVerfGE 2, 244.

159. BVerfGE 2, 244.

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

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

162. BVerfGE 11, 255 (261/266).

A.Ş.'nin temelinde Anayasa'nın temel haklar bölümünde ya da Anayasa'nın FAMY Prf. 90 ile korunan başka maddelerinde anlatımını bulan "yasakoyucunun hareket yükümlülüğüne" bir aykırılık yatmalıdır¹⁶³.

14. Negatif Statü Hakları Bir Anayasa Direktifi İçermezler

Özlerinde bireye devletten gelecek saldırılara karşı dokunulmaz bir alan garanti eden tüm temel haklar bu anlamda bir Anayasa direktifi içermezler¹⁶⁴.

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

Devletten bağımsız bireysel özgürlük alanlarına hizmet eden bu temel hak garantilerinden birey için temel olarak kamu gücüne karşı Anayasaca korunmuş statüsünün müdahale ve saldırılardan korunması konusunda istek hakları doğabilir¹⁶⁵.

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

15. Yetki Normları Anayasa Direktifi İçermezler

Bunun dışında yasakoyucuya şekli bir yasanın çıkarılması için bu konuda bir yükümlendirme yapmadan temel hakları sınırlama konusunda yetki veren kurallar bir Anayasa direktifi içermezler. Bu temel haklara Örneğin F. Anayasa Md. 2 F.II C. 3 (bu haklara bir yasaya dayanılarak müdahale edilebilir). Md. 5 F. II (Bu haklar sınırlarını genel yasaların kurallarında, gençliği korumaya yönelik yasa kurallarında ve kişi onurunda bulurlar.) Md. 8 F. II (Toplantı özgürlüğü yasa ile ya da bir yasaya dayanılarak sınırlandırılabilir) ve Md. 15'in devletleştirme yetkisi dahildir. Özellikle F. Alman Anayasası Md. 15 devletleştirme için bir yükümlülük içermemekte bu konuda sadece yasakoyucuya yönelik bir yetki içermektedir¹⁶⁶. "Aşağıdaki" temel haklar veya FAMY 90'da anılan haklar sözkonusu olduğunda "bir Anayasa direktifinin varlığı ya da bu ödevin vatan-daşa yasakoyucunun aktif olması için bir hak verip vermediği şüphelidir. F. Anayasa Md. 1 F. I sözkonusu olduğunda (İnsan onuru dokunulmazdır. Onu saymak ve korumak tüm devlet güçlerinin ödevidir). Bu soruya

163. F. Anayasa Mahkemesi'nin değişmeyen: BVerfGE, 6, 246; 263/264; 8, 20; 9, 342; 10, 306; 11, 261; 12, 142.

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

165. Krş. Jellinek G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905 s.84 vd.

166. BVerfGE 12, 354 (364).

doktrin kısmen olumlu cevap vermektedir. Buna göre bu kuraldan yasa koyucu için sosyal alanda somut bir anayasal bir emir doğmaktadır. Birey Anayasa'nın sosyal devlet ilkesinden⁽¹⁶⁷⁾ Md. 1 F. 1 ile bağlantılı olarak dava yolu ile takip edilebilen bir sübjektif kamu hakkına sahiptir⁽¹⁶⁸⁾. Şu halde F. Anayasa Md. 1 F. I sosyal alanda somut hareket ödevinin temeli olarak kabul edilmektedir⁽¹⁶⁹⁾.

İnsan kendisini bir obje olarak aşağılayan ekonomik yaşam koşulları altında varolmaya zorlanıyorsa insan onuruna dokunulmuş olacaktır. Bugün insanı konu alan bilimlerde insan beden-akıl ve ruh bütünlüğü olarak ifade edilmekte ve birbirinden izole edilmiş parçalara bölünemeyen bir bütünlük içinde anlaşılmaktadır. Birey en az varlık ve yaşam koşullarına sahip olmadıkça kendini onurlu kılan varlıklara sahip olmuş sayılmaz ve serbest iradesiyle kendisini yükseltme yeteneğine sahip değildir. Bireyin devletten olumlu bir edimde bulunulmasını isteme hakkı F. Anayasa Md. 1 F. I C. 2'de belirlenen devletin insan onurunu koruma ödevinin başka anayasal normlarla devletin olumlu edimde bulunma ödevi düzeyine yükseltilmesiyle doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanmaktadır.

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

16. Genel Eşitlik İlkesinin Düzenlendiği Md. 3 F. I Bir Anayasa Direktifi İçermektedir

F. Anayasa Md. 3 F. I'nin somut bir Anayasa direktifi içerip içermediği doktrinde tartışılmalıdır⁽¹⁷¹⁾. Bir kısım düşünürlere göre⁽¹⁷²⁾ eşitlik ilkesinin bir Anayasa direktifi şeklinde yorumlanması ona doğası gereği yerine getiremeyeceği bir fonksiyon tanımak anlamına gelecektir⁽¹⁷³⁾. Ama bu durum F. Anayasa Md. 3 F. I ile bağdaşmayan bir yasaya karşı A.Ş. yolunu kapamamaktadır. F. Alman Anayasa Mahkemesi aynı fonksiyonu ifa eden ve aynı dereceli yargıçlar arasında mali statülerine ilişkin olarak yapıldığı ileri sürülen ayırımı karşı yasakoyucunun bir ihmaline değil pozitif yasal bir kararına yönelik olduğu için Anayasa şikayetinin geçerliliğini kabul etmiştir⁽¹⁷⁴⁾.

167. Krş. Md. 20, 28, 79 F.III.

168. Krş. BVerfGE 1, 105; Nipperdey, Grundrechte, Bd. 2 s.5 vd BVerfGE 1, 159.

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

170. Krş. BVerfGE 1, 97 (103).

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

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

173. Krş. BVerfGE 11, 225.

174. BVerfGE 26, 116 (134)

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

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

17. Oransal İhmalde Anayasa Şikayeti

FAMY Prf.90'da açıkça belirtilmediği halde bir Anayasa kuralı özel bir Anayasa direktifi içerdiğinde ve yasakoyucu bu direktifi F. Anayasa Md. 3 F. 1'i zedeleyerek eksik ifa ettiğinde bu oransal ihmal bir A.Ş. konusu olabilir.

Şikayetçi yasakoyucunun Md. 3 F. I'i zedeleyerek yerine getirmediği ya da eksik yerine getirdiği somut bir Anayasa direktifine dayanılabilir⁽¹⁷⁷⁾.

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

Buna uygun bir A.Ş.'nde şikayetin haklı bulunması durumunda F. Anayasa Mahkemesi kısmi düzenlemeyi iptal edemez. Anayasa şikayeti doğası gereği FAMY Prf. 95 I gereğince sadece F. Anayasa Md. 3 F. I'in zedelenmediğinin tesbiti sonucuna götürür. Bundan sonra makul bir süre içinde Anayasa emrinin kapsadığı tüm alanda Md. 3 F. I gözönünde tutularak yeni bir düzenleme yapmak yasakoyucuya bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi bunun dışında yasakoyucuyu etkileme olanaklarına sahip değildir⁽¹⁷⁸⁾. Yasakoyucunun uygun bir yasa koymakla yükümlendirebileceği görüşü⁽¹⁷⁹⁾ böyle bir sonucun Anayasanın erkler ayrımı ilkesine ve Anaya-

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

176. Seiwert W., Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962, s.70.

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

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

179. Spanner A.A. Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, 1951, s.78.

sa Mahkemesi'nin Anayasa Hukuku tarafından yaratılan yargı yetkisine aykırı olacağı noktasından eleştirilmiştir⁽¹⁸⁰⁾.

18. Anayasa Md. 6 F. V'in Anayasa Direktifi

FAMY'de sayılan geri kalan haklar bakımından bir Anayasa direktifi F. Anayasa Md. 6 F. V söz konusu olduğunda kabul edilmektedir. Buna göre yasakoyucu bu kuralda bulunan Anayasa direktifini makul bir süre içinde uygulamayı ihmal ederse Md. 6 F. V kuralı zedelenmiş olacaktır. (F. Anayasa Md. 6 F. V: "evlilik dışı çocuklara yasa ile evlilik içinde doğan çocuklar gibi bedensel ve ruhsal gelişimleri ve toplumdaki statüleri için eşit koşullar yaratılmalıdır."⁽¹⁸¹⁾)

19. FAMY Prf. 90 F. I'de Sayılmayan Anayasa Direktiflerinin Varlığı Halinde Anayasa Şikayeti

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

Zedelenen temel hak olarak özellikle F. Anayasa Md. 3 F. 1 (de düzenlenen eşitlik ilkesi) sözkonusu olabilir⁽¹⁸²⁾. Böyle bir durum F. Alman Anayasası Md. 117 F. I için geçerli olabilir. Bu kural Anayasanın farklı cinsler arasında olabildiğince çabuk duruma uygun tam kapsamlı bir eşitlik sağlamak isteğini açıklamaktadır. Yasakoyucu bu Anayasa emrini ifa etmeyecek olursa Anayasa'yı zedelemiş olacaktır⁽¹⁸³⁾.

20. İhmal Şikayeti

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

180. Maunz Th., Komm., s.99a, KN.112 (DN. 8).

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

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

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

Şikayetçi ancak Anayasaca emrolunan yasakoyucunun hareket yükümlülüğü ile avantajlı olması gereken kişi çevresine dahilse ihmal şikayetine başvurulabilir. Örneğin, F. Anayasa Md. 6 F. V söz konusu olduğunda sadece "evlilik dışı çocuk" Anayasa şikayeti yoluna başvurulabilir⁽¹⁸⁴⁾. Aleyhine şikayet olunan ihmal bunun dışında güncel olmalıdır. Yani şikayetçiye gelecekte değil şimdi zarar vermelidir. Yasa koyucunun bir ihmali söz konusu olduğunda mağduriyetin doğrudan doğruyalığı ilke olarak kabul edilmek zorundadır. Yargı yolunun tüketilmiş olması zorunlu değildir⁽¹⁸⁵⁾.

21. Süre Koşulları

Yasa koyucunun bir ihmaline karşı açılacak bir A.Ş. ihmal devam ettiği sürece geçerlidir⁽¹⁸⁶⁾. F. Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre FAMY Prf. 90 F. II'deki süre yasakoyucunun ihmaline ilişkin A.Ş.'lerinde geçerli değildir⁽¹⁸⁷⁾.

22. Anayasa Mahkemesi Kararının İçeriği

Norm koyan gücün ihmaline yönelik bir A.Ş. doğası gereği FAMY Prf. 95 F. I gereğince şikayetçinin FAMY Prf. 90 aracılığı ile korunan hakkının zedelendiğini tesbite yöneliktir. F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin yasakoyucu üzerinde daha başka etkileme olanakları bulunmamaktadır⁽¹⁸⁸⁾. Bununla birlikte böyle bir kararın pratik bir sonuçtan yoksun olduğu düşünülmemelidir. Böyle bir karar yasakoyucuyu, F. Anayasa Mahkemesinin kendisi Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmak için yasa koyucuya bir süre belirlemediği sürece Anayasa hukuksal bakımdan gerekli harekete yükümlendirmektedir⁽¹⁸⁹⁾.

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

184. Schneider R., Rechtsschutz gegen Verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AÖR Bd.89 s.34; Seiwer J., Zur Zulassung der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962, s.113.

185. BVerfGE 11, 261, 266.

186. BVerfGE 10, 308.

187. BVerfGE 6, 266; 10, 308; 11,261; 13,287.

188. BVerfGE 6, 265, 266.

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

190. BVerfGE 13, 261.

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

23. Türk Anayasa Hukuku Açısından Öneriler

F. Alman Anayasa Mahkemesi gibi Anayasa'nın ve özellikle temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olmak fonksiyonunu üstlenen Anayasa Mahkememize temel hakların zedelenmesi durumunda bireylerin doğrudan başvuru hakları ve Anayasa yargısı sistemimizde "Anayasa şikayeti" diye adlandırılan bir yöntem bulunmamaktadır⁽¹⁹²⁾. Bu yöntem F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kendisini birçok Anayasa Mahkemesi'nden farklı kılan en geniş yetkili bir organ durumuna gelmesini sağlamıştır⁽¹⁹³⁾. Bu kurumun Anayasa yargısı sistemimize dahil edilmesi ile objektif Anayasa hukuku en geniş kapsamıyla korunacak, yorumlanacak ve geliştirilebilecektir. Mahkeme kararına karşı kabul edilmesi ile somut bir hukuksal uyumsuzluk konusunda karar verirken sadece Anayasa'ya uygun hukukun temel oluşturması amacına hizmet edilmiş olacak, Anayasa Md. 11'deki Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ve Md. 138 F. I C. 2'deki hakimlerin Anayasa'ya göre hüküm verecekleri kuralı gereği tam olarak gerçekleştirilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesi temel hakların zedelenmesi söz konusu olduğunda yasama, yürütme ve yargının tüm işlemlerinin temel haklara uygunluğunun denetimini yapmak durumunda olacaktır.

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

A.Ş., Anayasa Mahkememize temel hak yorumunun hukuksal açıdan önemli sorunlarına ilişkin olarak daha kapsamlı bir şekilde görüş bildirme olanağını verirken aynı zamanda kamu gücü taşıyıcısının uygulamasında Anayasa'nın daha güçlü bir şekilde güncelleşmesine katkıda bulunacaktır. A.Ş. bir kere kabule uygun bulununca Anayasa Mahkemesi zedelenen iddia olunan temel haktan bağımsız olarak re'sen tüm Anayasa hukukunun korunmasını amaçlayan bir denetim uygulayacaktır. Bu denetim sübjektif bir girişim yoluyla A.Ş.'nin kapsamını sübjektif hukuk koruması aracı olmaktan objektif hukuk koruması aracı olma yönünde genişletecektir.

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

192. 1961 Anayasası'nın kurucu mecliste görüşülmesi sırasında iptal davası açma hakkının kişiler için de tanınması ve her vatandaşa kendisiyle ilgili olmasa da Anayasa'ya aykırı gördüğü bir yasanın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilme hakkı tanınması gerektiği yolunda görüş bildirilmişse de karşı görüşte olanlar "dava hastası olan" ya da "reklam amacı güden" bazı kişilerce Anayasa Mahkemesi'nin gereksiz meşgul edileceğini ileri sürmüşler sonuçta ikinci görüş ağır basarak herkese iptal davası açma hakkı tanınmıştır. (TMTD C4, s.218, s.1)

193. Friesenhahn E., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland Köln, Carl Heymann Verlag KG. 1963, s.92.

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

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

A.Ş. ile soyut ya da somut norm denetiminin konusu olmayan yasa koyucunun hareketsizliği durumunda temel hakların yargısal korunması sağlanmış olacaktır. A.Ş.'ne yasakoyucunun, Anayasa'nın yapılmasını beklediği bir şeyi yapmama durumunda başvurulabilecektir. Anayasa, yasakoyucuyu bireyin yasakoyucunun hareket etmesi konusunda bir istek hakkı çıkarabileceği belli bir kurahın konulması konusunda görevlendirmişse (Açık Anayasa direktifi) A.Ş. geçerli olacaktır yani yasakoyucunun bireye karşı bir norm koyma ödevi bulunmalıdır.

Anayasa'mızın başlangıç hükümleri 8. paragrafından ("her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme hakkına sahip olduğu") ve Anayasa Md. 5 kuralından ("Devlet ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak" görevi) yasakoyucu için sosyal alanda somut bir Anayasal emir doğmaktadır. Birey için Anayasa'mızın sosyal devlet ilkesinden Başlangıç Prf. 8 ve Md. 5 ile bağlantılı olarak dava yolu ile takip edilebilecek bir sübjektif kamu hakkı doğmaktadır. Şu halde bu kurallar sosyal alanda yasakoyucunun somut hareket ödevinin temeli olarak kabul edileceklerdir.

Anayasa'nın sosyal devlet ilkesinden başlangıç Prf. 8 ile bağlantılı olarak en azından en az geçimin sağlanması konusunda bir devlet ödevi çıkmaktadır. Kusuru olmadan yardıma muhtaç olan, kimse sosyal yardım konusunda dava yoluyla takip edilebilen bir sübjektif kamu hakkına sahiptir.

- Genel eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa Md. 10'da açık bir Anayasa direktifi ile birlikte A.Ş. için temel oluşturacaktır. Her ne kadar yasakoyucu hukuksal açıdan aktif olma konusunda yükümlendirilmemişse de bir kere aktif olacak olursa daha önceden normlandırılmış olanlara temelden benzeyen olayları yasa koymada dikkate alma konusunda yükümlendirilmiştir.

Yasakoyucu açık bir Anayasa direktifini Md. 10'u zedeleyerek yerine getirmez ya da eksik yerine getirirse A.Ş. geçerli olacaktır. Bunun için şikayetçinin Anayasaca emrolunan yasakoyucunun hareket yükümlülüğü ile avantajlı olması gereken kişi çevresi içinde değerlendirilmesi gereklidir.

Anayasa Mahkememizin iş yükünün A.Ş. ile artması tehlikesi, F. Almanya'da Ekim 1993 tarihinde gerçekleştirilen A.Ş. konusunda karar için kabul koşullarının zorlaştırılması ve kabul konusunda özel oluşturulmuş bir komisyona takdir yetkisi tanınması çareleri ile önlenebilir. Bir Anayasa değişikliği halinde buna ilişkin kural Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddenin V. fıkrasından sonra VI fıkra olarak yer almalı ve aşağıdaki içeriğe sahip olmalıdır. "Anayasa Mahkemesi ayrıca devlet tarafından temel haklarının zedelendiğini iddia eden herkesin başvurabileceği A.Ş. davalarına bakar ve karara bağlar". Bu kural Anayasa Mahkemesi'nin A.Ş. konusundaki yetkisinin temelini oluşturacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen kanunda A.Ş. yargı yolunun önceden tüketilmiş olması koşuluna bağlanabilir ve özel bir kabul yöntemi öngörülebilir. Yargılamanın ayrıntıları, A.Ş.'nin karar için kabul ve dava koşulları, Anayasa Mahkemesi kararının niteliği "Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve yargılama usulleri"ne ilişkin yasada yer almalıdır.

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

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