

**TÜRKİYE İÇİN ANAYASA
ŞİKAYETİ MODELİ
TARTIŞMA PANELİ**

Prof. Dr. Mehmet TURHAN^(*)

Çağımız “insan hakları çağı” olarak adlandırılabilir. İnsan hakları yirminci yüzyılın ikinci yarısında, özellikle Avrupa’da, yargısal korumaya kavuşmuş ve uluslararası düzeyde bu hakların doğrudan hak sahiplerince yargısal korumaya konu edilebilmesi sağlanmıştır. Bunun en güzel örneği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan hakların ihlali durumunda bireysel başvuru hakkının tanınmış olmasıdır. Bunun yanında, başta Almanya olmak üzere İsviçre, Avusturya, İspanya ve Meksika gibi bazı ülkelerde kişilere temel hak ihlallerini doğrudan dava konusu yapma olanağı tanınmıştır.

Kişilere hak ve özgürlüklerini Anayasa Mahkemesi’ne başvurarak koruma olanağı sağlayan anayasa şikayeti yargısal alanda demokratik katılımın en iyi örneklerinden birini oluşturur. Böylelikle kişiler kamu güçlerinin işlemlerine karşı kendilerini savunma, bu işlemlerin hak ve özgürlükler açısından uygunluğunun denetlenmesini sağlama ve Anayasa Mahkemesi önünde kendilerini ifade etme olanağına kavuşmuş olurlar. Böylece, hak ve özgürlükler soyut bir anayasa veya insan haklarıyla ilgili bir sözleşme hüküm olmaktan çıkar ve gerçek anlamda anayasal güvenceye kavuşmuş olur.

Kamu organlarının anayasadan kaynaklanan yetkilerini kullanırlarken ilke olarak kişilerin hak ve özgürlüklerini gözetmeleri gerekmektedir. Ancak bu görevlerini yerine getirip getirmediğinin denetleneceği bir mekanizmanın bulunmaması durumunda bu ilke etkinliğinden büyük ölçüde kaybedecektir. İtiraz yolunun, bir başka deyişle, somut norm denetiminin bunu gerçekleştirebileceği düşünülebilir. Ama itiraz yolu veya somut norm denetimi kişilerin kendilerinin hak ve özgürlüklerini korumalarını dolaylı bir yoldan ve mahkemenin iznine bağlı bir biçimde gerçekleştirebilmektedir. İtiraz yolunda (somut norm denetimi) kişi doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne başvuramamaktadır. Oysa önemli olan kişilerin kendilerinin hak ve özgürlük ihlallerini doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne götürebilmeleri hukuksal korumanın etkililiği bakımından büyük önem taşımaktadır.

Anayasa şikayeti kurumunun temel amacı kişilerin hak ve özgürlüklerini anayasa yargısı yoluyla korumak ve geliştirmektir. Anayasa şikayeti yolunun hakların ve özgürlüklerin yorumunda,

^(*)Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

uygulanmasında ve somutlaştırılmasında kamu gücünü kullananlara yol göstereceği açıktır. Anayasa şikayeti yolu hak ihlallerini gidermeye ve ortadan kaldırmaya yönelik bir yol olduğundan, anayasa şikayeti ile hukuksal bir sorunun çözüme kavuşturulması veya yeni yasaların çıkarılması istenemez. Bu yöntem mevcut kanun yollarının devamı niteliğini taşımaz ve anayasa altı hukuk düzeninin her türlü uygulama hatasının düzeltilebileceği bir olağanüstü temyiz yolu değildir. Anayasa şikayeti yalnızca belirli anayasa ihlallerinin denetlendiği istisnai bir hukuk yoludur. Anayasa şikayeti kişilere, yasalara ve hatta mahkeme kararlarına karşı bu hakkı kullanarak siyasal sürece katılabilme olanağı sağlamaktadır. Bu açıdan bu yolun demokrasi kültürünün gelişmesine katkıda bulunacağı belirtilmelidir. Ayrıca anayasa şikayeti yolunun açılmasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde o ülke aleyhine açılacak davalarda önemli azalmalara yol açacağı da ortadadır.

Anayasa şikayetine yöneltelen eleştiriler bu yolun popüler davaya dönüşeceği, dilekçe hakkıyla karıştırılacağı ve Anayasa Mahkemesi'nin "süper bir temyiz mahkemesi" haline gelebileceği noktalarında toplanmaktadır. Almanya'da anayasa şikayeti Federal Anayasa Mahkemesi'nde niceliksel olarak en sık kullanılan yol olmuştur. 1951 ile 2003 yılının sonuna kadar Anayasa Mahkemesi önüne getirilen 146.500 işin 141.000'ini anayasa şikayeti oluşturmuştur.¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber de artan iş yükü nedeniyle bireylerin Strasbourg Mahkemesi'ne başvurma hakkının ciddi ölçüde sınırlandırılması gerektiğini söylemektedir.² Mahkeme yetkilileri Sözleşmenin 35. maddesinde yer alan ölçülerin sayısının artırılmasını önermektedirler. Luzius Wildhaber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa'nın Anayasa Mahkemesi olması gerektiğinden bahsetmektedir.

Özellikle ülkemizde diğer yüksek mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'nin "süper bir temyiz mahkemesine dönüşeceği" korkusuyla bu yolun benimsenmesine karşı çıkacağı ortadadır.

¹Bakınız: Winfried HASSEMER'in Almanya Raporu. Ayrıca bakınız: Donald P. Kommers, *Judicial Politics in West Germany* (California: Sage Publications, 1976), s. 167-175; Donald P. Kommers "The Federal Constitutional Court in the German Political System" *Comparative Political Studies* (January 1994), s. 471-491.

²Bakınız: Luzius Wildhaber, "The Place of the European Court of Human Rights in the European Constitutional Landscape", <http://www.confcoconsteu.org/reports/Conclusions-%20finales-EN.pdf>

Eleştiriler ne olursa olsun, insan hak ve özgürlüklerinin korunması her şeyden üstün olduğuna göre, bu eleştirileri azaltacak formüller bulunarak bu yolunun ülkemizde de benimsenmesi gerekmektedir.

Ayrıca bireysel başvurunun bir yasaya karşı yapılmışsa doğrudan; eğer bir idari veya yargısal işleme karşı yapılmışsa da dolaylı yoldan anayasaya uygunluk denetimini de gerçekleştireceği söylenmelidir. O halde anayasal devletin yani, sınırlı devletin gerçekleşmesinde anayasa şikayetinin çok önemli bir rolü bulunmaktadır.

Anayasa Değişikliği Önerisinde Anayasa Şikayeti Yolunun Düzenleniş Biçimi

Avusturya'da son aşama niteliğindeki her idari makamın kararına karşı Anayasa Mahkemesi önünde anayasa tarafından güvenceye alınmış bir hakkının ihlal edilmiş olduğu ya da bu karar ile yasaya aykırı bir uluslararası sözleşmenin uygulanması sonucu haklarının ihlal edilmiş olduğu gerekçesiyle şikayette bulunabilmektedir. Görüldüğü gibi, Avusturya'da sadece idari işlemlerle ilgili ve Almanya'ya göre daha da bir anayasa şikayeti söz konusudur. Buna karşılık Almanya'da her birey kendini zarara uğratan her türlü hak ihlalini, kamu gücünün hangi kesiminden gelirse gelsin bireysel başvuru yoluyla Federal Anayasa Mahkemesi önüne getirebilmektedir. Kanımca ülkemizde anayasa şikayeti Almanya'da olduğu gibi en geniş şekliyle kabul edilmelidir. Ancak böyle olduğunda insan hakları gereği gibi korunmuş olacaktır.

Anayasa değişiklik önerisinde anayasa şikayeti şöyle düzenlenmiştir. "Herkes, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Anayasa şikayeti ile ilgili başvurunun görüşülebilirliği, ön inceleme komisyonunun kuruluş ve yetkileri, Daire kararına ilişkin esas ve usuller, kanunla düzenlenir."

Gerekçede belirtildiği gibi bu fıkra başta Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerinde uygulanan anayasa şikayeti yolunu getiren yeni bir düzenleme olmaktadır. Gerekçede anayasa şikayeti yolunun yasaların anayasaya, idari işlemlerin yasaya uygunluğunun denetiminden, temyiz ve karar düzeltme yolundan farklı bir hak arama yolu olduğu vurgulanmıştır. Bu yolun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruya benzediği ve bu yönü ile

temel hak ve özgürlüklere yönelik kamu gücü ihlallerinin somut olaylar temelinde belirlenmesini ve hakkın onarılmasını sağladığı belirtilmiştir. Bireysel başvuru yolunun temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkin bir yol olacağı ve bu yöntemin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin ikincil niteliğine uygun olduğu; yani bu yolla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılacak davaların önemli ölçüde azalacağı da açıklanmıştır.

Gereğede anayasa şikayetinin klasik haklarla sınırlı tutulduğu; ancak Anayasamızdaki üçlü sınıflandırma içinde bu hakları ayırmanın güçlüğü karşısında, Anayasa şikayeti yoluyla sağlanacak korumanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlüklerle sınırlandırıldığı açıklanmıştır. Kanımca anayasa şikayeti yolunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması son derece yerinde olmuştur. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasıyla da bir paralellik kurulmuş olacaktır. Bu yol kabul edildiğinde, Türkiye kendi yetki alanı içinde bulunan herkese Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri tanımasını daha iyi gerçekleştirebilecektir. Sözleşmedeki hak ve özgürlükler klasik hak ve özgürlükler yani, devlete karşı kişinin sahip olduğu hak ve özgürlüklerdir. Devletin olumlu edimini gerektiren hak ve özgürlüklerin nitelikleri gereği anayasa şikayetine konu olmamalarını doğal karşılamak gerekir.

Gereğede anayasa şikayetinin temel unsurlarının belirtilmesiyle yetinildiği, başvurunun koşulları ve görüşülebilirliği (kabul edilebilirlik), ön inceleme komisyonunun kuruluş ve yetkileri, Daire kararına ilişkin esas ve usuller (kararın içeriği ve sonuçları, nasıl etkili kılınacağı) gibi hususların düzenlenmesinin yasaya bırakıldığı belirtilmiştir.

Anayasa şikayeti konusunda Anayasa Mahkemesi'nin gerektiğinde yasaların yürürlüğünün durdurulmasına karar verebilmesi gerekeceğinden, kanımca, Anayasanın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişikliğe anayasa şikayeti yolunda ve kanımca itiraz yolunda da Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırılık konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanması durumunda sonradan giderilmesi imkansız zararların önlenmesi bakımından yasaların yürürlüğünün durdurulması kararını verebileceği eklenmelidir. Winfried HASSEMER'in Almanya Raporunda belirttiği gibi anayasa şikayeti yönteminde tedbir kararı verilebilmesi farklı bir özellik taşımamaktadır.

Anayasa Şikayetinin Konusu

Anayasa şikayetinde bulunmak için şikayetçinin haklarının “kamu gücü” tarafından ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Kamu gücünden anlaşılması gereken yasama, yürütme, yargı ve idaredir. Kanımca anayasa şikayetinde her birey kendisini zarara uğratan her türlü insan hakkı ihlalini bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirebilmelidir. Yani düzenlemenin Almanya’da olduğu gibi en geniş şekliyle gerçekleştirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Kişisel Koşullar

Kural olarak temel haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle “herkes”, kanun yollarının tüketilmiş olması koşuluyla, anayasa şikayetinde bulunabilmelidir. Ancak anayasa şikayeti genel bir öneme sahip ise ya da kanun yollarına başvurulması şikayetçi açısından ağır ve sonradan giderilmesi imkansız bazı zararlara neden olacaksa, Almanya’da olduğu gibi ülkemizde de böyle bir kişinin, kanun yollarını tüketmesi beklenmeden, anayasa şikayetinde bulunmaya hakkı olduğu kabul edilmelidir. Yine açıkça sonuç vermeyeceği belli bir kanun yoluna başvurulması da beklenmemelidir.

Ancak kitle davalarının önüne geçebilmek için de anayasa şikayetinde bulunabilmesi için kişinin kendi hakkının ihlali koşuluna dayanmak gerekir. Kişi dendiğinde yalnızca gerçek kişiler değil, Almanya’da olduğu gibi özel hukuk tüzel kişileri de anayasa şikayetinde bulunabilmelidirler. Kamu hukuku tüzel kişileri ise, yalnızca temel hakkın koruduğu yaşam alanının ilgili hak sahibine doğrudan özgülenmesi durumunda bu hakka sahip olmalıdır. Örneğin bilim özgürlüğü nedeniyle üniversiteler gibi.

Bir kişinin anayasa şikayetinde bulunmada hukuksal bir yararı bulunmalıdır. Hukuksal bir yararının bulunup bulunmadığını anlamak için ise “kişisel, doğrudan güncel olma ve ilgili olma” gibi hususlara bakmak doğru olacaktır. Eğer kişinin mahkemeler aracılığıyla hak ihlallerini kaldırabilme olasılığı bulunmaktaysa, anayasa şikayeti yoluna başvurulmasında hukuksal bir yararının olmadığı söylenebilir.

Süre

Anayasa şikayetinde bulunmak belirli bir süreye de bağlanmalıdır. Bu süre Almanya'da idarenin veya mahkemenin kararlarına karşı bir ay içinde yapılmak zorundadır. Bizde ise iptal davası açmadaki süreye paralel olarak altmış günlük süre kabul edilebilir. Sürenin uzun tutulması nitelikli bir dava dilekçesi hazırlamayı kolaylaştıracak ve daha soğukkanlı düşünmeyi gerçekleştirecektir. Sürenin Anayasada belirtilmesi yerinde olacaktır. Yine Almanya'da olduğu gibi eğer istisnai durumlarda kişi bir yasa veya kanun hükmünde kararnameden doğrudan etkileniyorsa veya aleyhine bir kanun yolunun açık olmadığı bir kamu gücü işlemine karşı açılmışsa anayasa şikayetine ancak yasanın yürürlüğe girişinden ya da kamu gücü işleminin yapılmasından itibaren bir yıl içinde başvurulabilmelidir.

Karar

Mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikayetlerinde kanun yollarının tüketilmiş olması ve hükmün kesinleşmiş bulunması gerekir. Çünkü anayasa şikayeti ek bir kanun yolu olmayıp olağanüstü bir kanun yolu sayılabilir. Anayasa şikayetindeki denetim spesifik bir anayasa ihlali ile sınırlandırılmıştır. İnsan haklarına aykırılık bir yasaya dayalı olabileceği gibi, anayasaya uygun olmakla beraber o kuralın anayasaya aykırı yorumundan ya da uygulamasından da kaynaklanıyor olabilir. Eğer anayasaya aykırılık yapılan yorumdan ya da uygulamadan ortaya çıkmaktaysa, ilgili Daire şikayet konusu kararı kaldırıp davayı yeniden görülmek üzere geri çevirebilmelidir. Anayasaya riayetsizlik yasanın anayasaya aykırılığından kaynaklanıyor ise yasanın iptali söz konusu olmalıdır.

Kuşkusuz yasanın yürürlüğünün durdurulması yetkisinin anayasa şikayetinde de kabul edilmesi gerekmektedir. Anayasa değişiklik önerisine bu hususun da eklenmesi doğru olacaktır. Çünkü ülkemizde temel haklara yönelik bir ihlali ortadan kaldırmak için anayasa şikayetinde bulunan kişinin elinde dava sonuçlanıncaya kadar onu dava konusu kamu gücünün işlemlerinden koruyacak bir araç yoktur.

Almanya'da Anayasa Mahkemesi Anayasa ile "bağdaşmazlık kararı" da verebilmektedir. Bu karar türü yargısal içtihatla gelişmiş bir karar türüdür. Anayasa Mahkemesi dava konusu kuralın anayasa ile bağdaşmadığına karar vermektedir. Bağdaşmazlık kararında kuralın

geçersizliği otomatik ve *ex tunc* bir biçimde açıklanmamaktadır. Almanya'da Anayasa Mahkemesi bağdaşmazlık kararını çoğu kez yasa koyucuya belli bir süre içinde anayasaya uygun bir yasa hazırlama yükümlülüğü ile bağlı kılarak vermektedir.³ Kanımca bu bağdaşmazlık kararı hukukumuzda yabancı ve ölkemiz için gerekli bir karar türü değildir. Çünkü bizde iptal kararları geçmişe yürümemektedir. Anayasamız gereken hallerde Anayasa Mahkemesi'ne iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilme imkanı da tanımaktadır.

Bazı Sorunlar ve Öneriler

Almanya'da anayasa şikayeti Federal Anayasa Mahkemesi'nde niceliksel olarak en sık uygulanan bir başvurudur. HASSEMER'in "Almanya Raporu"nda belirtildiğine göre 1951 ile 2003 yılının sonuna kadar aşığı yukarı 146.500 işin 141.000'ini anayasa şikayeti oluşturmaktadır. 2003 yılında 5000 anayasa şikayetinde bulunulmuştur. Anayasa şikayeti ile ilgili başvuruların yalnızca % 2.5 kadarı başarılı olabilmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde bireysel başvuru yolu da çok yaygın bir uygulamaya sahne olmaktadır.

Hemen anlaşılabilceği gibi, ölkemizde anayasa şikayetinin kabulü ile birlikte Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü fazlasıyla artacaktır. Baştan şunu belirtmek gerekir ki, başvuru sayısının çokluğu bu kurumun kabul edilmeme nedeni olamaz. Anayasa şikayeti hak ve özgürlükleri ciddiye alanların reddedemeyeceği bir kurumdur. İşlerin çokluğu bir gerekçe olsaydı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından da bireysel başvuruyu kaldırmak gerekirdi. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde gerek ulusal düzeyde bireysel başvurunun kabul nedeni insan haklarının etkin bir biçimde korunması ve somutlaştırılmasıdır. Ayrıca bu yol işletilirken verilen kararların gerekçelerinde pek çok anayasal ve insan haklarıyla ilgili sözleşmelerde ortaya çıkacak sorunlar da açıklığa kavuşmuş olacaktır. Yani ölkemizde insan hakları hukuku gelişecektir.

Ortaya çıkacak iş yükünü azaltmak için Anayasa Değişiklik Önerisi Anayasa Mahkemesini dairelere ayırmakta ve ön inceleme komisyonunun kurulacağını açıklamaktadır. Kuşkusuz bunlar ortaya çıkacak olan işi yükü nedeniyle Mahkemenin işlemez bir duruma gelmesini önleyecek ilk akla gelen hususlardır.

³Winfried HASSEMER'in "Almanya Raporu".

Şurası açıktır ki, başvuruların sayısının çok olacağı bilindiğinden her şikayetin dairede görülmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi taşınması imkansız bir yük altına girebilecektir. O halde, anayasa şikayetinin Dairede karara bağlanmasından önce ön inceleme komisyonunda incelenebilmelidir. Anayasa şikayetinin kabul edilebilirlik ya da görüşülebilirlik kararını bu komisyon vermelidir. Ön inceleme komisyonlarının sayılarını artırabilmek için bunların bir üye ve iki raportörden oluşması düşünülebilir. Kararı raportörlerin yardımıyla üye tek başına verecektir. Yine bu ön inceleme komisyonun vereceği kararın kesin olması düşünülebilir.

Raportörlerin sayılarının arttırılmaları ve uygun sekreterlik hizmetlerinin sağlanması da iş yükünü hafifletecek hususlar arasındadır. Şu an yargıç statüsündeki raportörlerin önündeki en büyük engel, Anayasa Mahkemesi'nde raportör görev yapmaları nedeniyle, adli ve idari yargıya geri döndüklerinde, Yargıtay ve Danıştay üyesi olarak seçilmelerindeki zorluktur. Kendi yaş grubundaki arkadaşlarının Yüksek Mahkeme üyesi olduğunu gören raportörler ister istemez benzer bir beklenti içine girmektedirler. Bu nedenle Yüksek Mahkeme üyesi olmak isteyen yargıç statüsündeki raportörler, raportörlüğü uzun süreli bir pozisyon olarak görmemektedirler. Temel amaçları üye olmaktır. Kanımca bunun önüne geçmek gerekmektedir. Raportörlük kurumu radikal bir değişime uğratılıp eski 44 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 18. maddesinde olduğu gibi raportörler daimi raportörler ve geçici raportörler olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Şu anki raportörler geçici raportörler olarak kabul edilip zaman içinde yeni atama yapılmayarak geçici raportörlük ortadan kaldırılmalıdır. Daimi veya sürekli raportörlerin tek bir mesleği olacaktır. Bu da raportörlüktür.

Daimi raportörler Üniversitelerin Hukuk, İktisat ve Siyasal Bilimlerle ilgili Fakülteleri mezunlarından anayasa, anayasa hukuku ve insan hakları hukuku alanlarında doktoralarını yapmış olanlar arasından belirli niteliklere sahip olanlar arasından Mahkemenin yapacağı sınavla alınmalıdır. Sınav koşulunu yerine getirenler içinden Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın uygun görecekları Başbakan ve Adalet Bakanı tarafından müşterek kararname ile genel hükümlere bağlı olarak atanmalıdırlar. Raportörler Anayasa Mahkemesi'nin sürekli insan hakları ve anayasa hukuku alanındaki uzman elemanları olarak görev yapacaklardır.

Raportörlük meslek haline dönüştürülmeli ve daimi raportörler arasında başarı ve kıdeme bağlı olarak bir hiyerarşi oluşturulmalıdır. Örneğin, kıdemli raportörlük ve baş raportörlük statüleri yaratılabilir. Daimi raportörlerin Anayasa Mahkemesi üyelerinin değişimine rağmen, daha az değişen, sadece Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın emri altında çalışan ve Mahkemenin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını iyi bilen meslek grubu olarak, Anayasa Mahkemesi'nin artan iş gücüne daha iyi hizmet vereceği söylenebilir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyelerine çalışmalarında yardımcı olmak üzere bir veya iki Üniversitelerin Hukuk, İktisat ve Siyasal Bilimler Fakülteleri mezunlarından hukuksal sorunlarda kendilerine yardımcı olacak sekreter verilmesi de yerinde olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikayeti yolunun kabulü nedeniyle artacak iş yükünü azaltabilmek için akla gelen bir ikinci husus da, Mahkeme'nin bazı görevlerinin başka mercilere bırakılmasıdır. Bunlardan ilk akla gelen Anayasa Mahkemesi'nin bazı kişileri Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapması ve siyasi partilerin mali denetimi olmaktadır. Siyasi partilerin mali denetimi Sayıştay'a ve Yüce Divan görevi de Yargıtay'a verilebilir. Böylece Anayasa Mahkemesi insan hakları ve anayasa yargısı konusunda uzmanlaşmış bir mahkeme durumuna dönüşecek ve anayasa şikayeti gibi bu çok önemli görevini daha iyi yerine getirebilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi haklı olarak kendi iş yükünün azaltılması için ulusal düzeyde kendi yaptığı denetimi yapacak yolların oluşturulmasını istemektedir. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabulü önemlidir. Ancak, bunu yaparken Kemal GÖZLER'in belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin özel bir kimliğe bürünerek bireysel başvuruları ele almasının daha doğru olacağı düşünülebilir. Yani Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruları "*İnsan Hakları Yüksek Mahkemesi*" sıfatıyla yargılamalıdır ve yine bu görevi yerine getirirken, eğer mahkeme kararlarıyla ilgili bir başvuru söz konusu ise, diğer Yüksek Mahkemelerden geçici (*ad hoc*) yargıç atanması, Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasında oluşabilecek istemleri azaltması ve insan hakkı ihlalinin ve konunun daha iyi anlaşılmasını sağlaması açısından faydalı olabilir.⁴

⁴Kemal GÖZLER, Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma Sürecinde Bazı Düşünceler, s. 18.

Bu önerilerin yanında genel mahkemelerde insan hakları için ek olağanüstü hukuki yollar da öngörülebilir. Böylece bu haklara dayanılarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan anayasa Őikayetlerinin sayısı da azalmıŐ olacaktır. Anayasa Şikayetini kötüye kullananlara karşı para cezası verilmesi de düşünülebilir.

Türkiye'de Anayasa Şikayetinin kabul edilmesi halinde, kişilerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin doğrudan kendileri tarafından korunmasını sağlayacak ve kamu organlarının Anayasa'ya uygun davranmalarını gerçekleştirecektir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye aleyhine açılacak davaları önemli ölçüde azaltacak ve temel hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda yaşama geçmesinin sağlayacak bir yoldur. Günümüzde insan haklarının uluslararası düzeyde ulaŐtığı hukuksal koruma ulusal hukukta da benzer gelişmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle de Anayasa Şikayeti ve bunun ülkemizde kabulü büyük önem taşımaktadır.

Prof. Dr. Burhan KUZU^(*)

Sayın Başkanım, değerli konuklar, hepinizi saygıyla, sevgiyle selamlıyorum.

Anayasa Mahkememiz tarafından hazırlanan bir taslak metin üzerinde tartışıyoruz. Dün Anayasa Mahkememizin yeniden yapılanması konusundaki bir takım düşüncelerimi arz ettim. Bugün de Türkiye açısından oldukça yeni olan Anayasa Şikayetleriyle ilgili bazı şeyleri söylemek istiyorum. Şimdi bir defa bu orijinal bir husus. Eskiden Anayasa Şikayeti yolunu duyduğumuz zaman -bizim öğrencilik yıllarımızda- Anayasa Mahkemesi'ne vatandaşın doğrudan dava açma hakkı gibi düşünürdük. Tabii zaman içinde görüyoruz ki olayın hiç de öyle olmadığı, çok sıkı şartlarının bulunduğunu öğreniyoruz; özellikle burasının altını çiziyorum. Çünkü bugün Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılanmasında Yargıtay ve Danıştay'ımızın belki kısmen haklı olarak kabul edebileceğimiz bazı itirazları varsa da; bu durumun Anayasa Şikayetinin tam olarak bilinmemesinden kaynaklandığını zannediyoruz.

Bunun bir kısmı bence konuyu tam kavramadan yapılan itirazlar gibi geliyor bana. Çünkü çok sıkı şartları olan aslında bir konu belki anlaşılması çok kolay değil ama okuduğumuz zaman yahut ta dünden bugüne yapılan açıklamalardan en azından ben bunun böyle olduğunu düşünüyorum. Bir itiraz da yine bana yöneltilen, şahsıma değil de yani tartıştığımız kimi platformlarda bu Anayasa Şikayeti kurumunun özellikle federal yapılı ülkelerde bulunduğu şeklinde bir itiraz, belki Almanya, Avusturya örneğinden yola çıkarak böyle bir itiraz yapılıyor; ama benim elimdeki örnek de Almanya, Avusturya yanında İspanya, İsviçre, Çekoslovakya, Macaristan, Polonya, Meksika, Brezilya, Slovenya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti gibi oldukça farklı olan ve bunların içinde federal yapıda olmayan yapılar olduğunu görüyoruz. Kaldı ki olsa bile diyelim ki öyle olduğunu düşünelim bu üniter yapıda uygulanmaz denilebilir mi? Bal gibi uygulanır bana sorarsanız. Çünkü hiç federal yapıyla alakalı bir husus değil bu. Bu bana bir şey çağırıyordu. Biliyorsunuz ben başkanlık modelinin sıkı bir savunucusuyum. Bunu ileri sürdüğüm zaman da hep Amerika modelini getirip federal yapı mı istiyorsunuz hocam, sende mi? gibi sorularla karşılaşırıyordum. Halbuki hiç alakası ilgisi olmayan bir

^(*)TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı

itirazdır. Bunun altını bir defa çizmemiz lazım, çünkü bunlar basında da bu şekilde konuşulabilir.

Şimdi dava açma bakımından gerçekten Anayasa Şikayeti konusunda çok yoğun talepte bulunulmuş Almanya örneğinde. Mesela elimdeki 31.12.1990 tarihine kadar yapılan toplam 81996 davada 78449'unun Anayasa Şikayeti olduğu söyleniyor; ama bunların içerisinde %2,5'luk bir kabul edilebilirlik var. Bundan çıkan sonuç belki Almanya'da Mahkemelerin ve idarenin hukuka, kurallara daha iyi uyduğu da çıkabilir; yani bunun çok yüksek olması da hoş bir şey değil esasen mesela İsviçre de %12 gözüküyor benim elimdeki rakam yani yükseldikçe iyi Anayasa Mahkemesi epeyce aykırılık buldu filan demek bence doğru değil. Bunun düşük olması sebebiyle itiraz da geliyor. Bu kuruma gerek yok gibi; değer mi hani bu kadar şeklindeki bir çileye, bence değer. Yani en azından bu yolun açık olması bakımından değer. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yolundaki gidişi azaltmak bakımından belki kısmen değerli.

Kimler dava açar şeklinde elimdeki metinde herkes diyor. Bu herkes içerisinde Almanya'daki düzenlenen metni benim yanımda yok o nasıl başlıyor bilmiyorum; ama oradan en azından mesela belediyeler konusunda açık hükümler olduğunu elimdeki metinler gösteriyor. Herkesin içerisinde kamu, tüzel kişileri de girecek mi bilmiyoruz. Bu konuda tüzel kişiler olduğunu da yazmak gerekir mi bir itiraz olarak bunları da ileri sürmeye çalışıyorum. Çünkü Almanya'da belediyeler, hem Üniversiteler diğer bir takım kurumların da çok sınırlı da olsa bu tür talepte bulunduğunu biliyoruz. Bunda da bir itilafa meydan vermemek bakımından zannediyorum bunun ciddi yazılması lazım. Kimden şikayet edilecek, kamu otoritesinden kaynaklanması gerekiyor bu ihlallerin, yargı her üçü de olabilir. Evet yani burada kamu organları Anayasa Şikayetinde bulunamaz şeklinde bir gerekçe demek ki kural olarak doğru ama mutlaka bunun bir farklı istisnası olabileceği şeklinde bunu da kabul etmemiz lazım. Üniversite filan dedik, Belediye filan dedik. Olabilir bunlar yani bu konuda sadece vatandaşa tanınan bir hak olmadığı, yalnız burada notlarımız arasında var ama tartışma açmak için söylüyorum, mesela bizim çıkarmaya çalıştığımız bu kamu reformu yasasıyla iş gördürme yolları getiriyoruz. Burada sorumluluk gene idarenin kendinde ama, acaba o ilgili kuruma karşı şikayet bir kamu kurumu mu sayılacak o durumda? Çünkü, biz diyoruz ki onun devamında doğacak hususlardan sorumluluk konusunda ilgililer memurmuş gibi muamele görür. Öyle

olunca sanki ilgili kurum ya da belki sorumlu olan idare gene muhatap alınması lazım; bu da bundan sonra ciddi bir problem olarak gündeme gelecek.

Tüm başvuru yollarının tüketilmiş olması artık bunu her halde en anlaşılır kısım bu gibi geliyor bana yalnız buradan eğer davacı bakımından ağır ve katlanılmaz bir zarar doğacaksa elbette ki sonucu beklemeye gerek olmayacağını ilgili mahkeme kararlarında ve uygulamalarında yurt dışında bunun örneklerini görüyoruz. Tabi bunu mahkeme takdir edecek gelen talep üzerine ön inceleme komitesi ya da kurulu.

Şimdi süre konusu; bence bu da çok önemli, herhalde mutlaka sabit bir hak düşümü süresi koymamız gerekecek. İşte bir aylık, atmış günlük örnekler var Alman, Avusturya örneğinde; Avusturya daha bir farklı bir yıllık süre kanunlara karşı deniyor belki bu kanunlara karşı uzun mu acaba o da altı ay gibi bir süre olabilir mi sabit yapsak iki aylık süre kanunlar bakımından şöyle bir endişe de var biliyorsunuz; kanunlar karşısına zaten durup dururken pek gidilemiyor yeni çıkmış her yasaya karşı böyle bir imkan yok aslında. İlgilinin bundan zarar görmesinin çok net olması lazım bunun tipik örneğini Almanya'dan vereyim: 1982 tarihinde bir nüfus sayımı yasası çıkmıştı o yasada nüfus sayımı ne olduğunu hepimiz biliyoruz, buna karşı Anayasa Şikayetinde bulunuldu bunun amaç dışı kullanılabileceği ihtimali üzerinde duruldu ve dendi ki her ne kadar sayımda verilen bilgilerin gizli tutulacağı belirtiliyor ise de sorulan sualler bir sorgulama, sayım değil adeta bir aramaya yönelik gibi arama tarama gibi düşünülürdü. Anayasa Mahkemesi hemen yürütmeyi durdurma kararı verir orada biliyorsunuz, bu yetki zaten var; sırf soyut değil somut denetimde de bunu kullanıyorlar. Sonra da kanun'un bazı hükümlerini iptal etti. Yani burada kanun henüz uygulanmaya başlanmamıştı. Hatta sayım 13 Nisan 1983 de olacaktı süresi dolmadan da ilgili yaptırım getirmiş oldu. Anayasa Mahkemesi demek ki direk bir zarar doğma ihtimalini görürse orada müracaat üzerine elbetteki gereğini yapacaktır. Şüphe temyiz yolu olmadığını hep söyledik bunun yani o yolun dışında ayrı bir yol olduğunu söyledik özellikle bunu belirttiğim gibi Yargıtay ve Danıştay'dan değerli üyelerimiz bakımından bunu söylüyorum. Yani bunun çok iyi anlaşılması lazım çok sık uygulanacak bir yol olmayacak benim gördüğüm, çok sık dava gelecek onda hiç şüphe yok. Anayasa Mahkemesi kurulduğu zaman 1962'de sizler de gayet iyi biliyorsunuz vatandaş sürekli dava açtı. Buraya da gelecek her

çıkan yasa için dava açacaklar buraya muhtemelen. Ama bir süre sonra televizyonlar şimdi bol eskisi gibi değil duyururuz ve herhalde o süre bir süre sonra kesilir tahmin ediyorum; o talepler yani ondan korkarak biz bu işten kaçamayız diye düşünüyorum.

Bu da bir sorun hiç gündeme gelmedi gibi geliyor bana. Mesela ara kararlara karşı Anayasa Şikayetine gidilebilecek mi yani sonucu mu beklenecek mesela tanığın çekilme hakkı gibi, hakimin reddi gibi bu gibi hallerde Almanya'da gidilebiliyor. Bizde de böyle bir şey olacak mı bunu da düşünmemiz lazım şeklinde yine aklıma bir şeyler geliyor.

Şimdi Anayasa Şikayetinin incelenmesi konusu üzerinde yine çok duruldu ön inceleme komisyonu ve de komitesi kuruluyor burada bir yitireceğimiz, düşünmemiz gereken husus şu acaba bu kurul komite oy birliğiyle mi karar verecek, Almanya'da oy birliğiyle karar verilir diyor. Öyle mi yapacağız biz de yoksa oy çokluğu mu diyeceğiz bu da bir sorun olarak gündeme geliyor. Tabi burada Anayasa Mahkemesi elbetteki bir normun iptalini de başlatabilir işin gidişatına göre yani ille de zarar görmüş kimsenin o durumu, yasanın farklı yorumlamasından değil Anayasaya aykırılıktan da kaynaklanmış olabilir o zaman tabi iş başka bir yola gidecektir. Bu da önemli bir sorun olarak gözüküyor.

Yargılama gideri ne olacak, şimdi Almanya'da benim elimdeki rakamlardan meşru değilse dava açılan şikayet ret edilirse Anayasa Mahkemesi masrafları ilgiliye yıkıyor ve bu konuda en çok 1000 mark'a kadar o gün mark üzerinden elimdeki hesap bir ceza diyelim ya da tazminat diyelim işte ödeyeceği söyleniyor. Anayasa Şikayeti yoluna giden taraf bu yola kötü niyetle gitmişse 500 dolarlık bir ceza kesiliyor artık hukuktaki adı ne olabilir bunun, böyle bir takım hakkın kötüye kullanılması mı deriz bilemiyorum. Yani bu tür şeyler bizde olacak mı her halde bunların da düşünülmesi lazım.

Neticede Almanya'da neden arttı bu talepler Medeni Hukukta ciddi değişiklik yapıldı. Medeni Usul Yasasında o yasa hızlandırma yöntemini getirdi onun üzerine haliyle davalar çabuk görülmeye başlayınca adil yargılama hakkında ciddi sıkıntılar çıktı. Türkiye için de bu ciddi bir örnektir, ben öyle zannediyorum. Bu bakımdan hızlı yargılama bazen gayri adil yargılamayla sonuçlanabilir dava biraz oradan arttı. Ülkemiz bakımından önemine gelince son cümlelerim o

şu açıdan bence önemli Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne çok sık dava açılıyor biliyorsunuz elimizdeki örneklere baktığımız zaman bu mahkumiyetler eski yıllarda mesela 12454 dava toplam 2369'u Türkiye aleyhine %19'unun Türkiye aleyhine açıldığı o dönemde var ve İtalya, Polonya, Fransa devam ediyor. 2001'den baktığımızda elimdeki rakamdan bu sefer Rusya başa geçmiş, 2108 dava Polonya, Fransa, Ukrayna, Türkiye geliyor, 5. sıraya doğru kaymışız. Tabii olağan üstü halin kaldırılması bunda çok etkili olmuş baktığımız zaman tarih olarak. Yalnız burada bir şeyin altını çizmem lazım o da şu, bizim aleyhimize açılan davalar ötekilerden farklı teknik nitelikteki davalar daha çok işte neden 5 gün verdin de, işte 10 gün vermedin savunma hakkıyla ilgili filan gibi Avrupa'yı kastediyorum. Ama bizde işkence kötü muamele yaşam hakkının ihlali gibi bir takım düşünce suçları daha kaliteli suçlar bizimkiler bildiğimiz kadar dolayısıyla bunlar bu açıdan zannediyorum bu çözüm, yani Anayasa Şikayeti çözümü bu tür şeyleri kendi aramızda çözmemizi sanki daha rahat sağlar gibi geliyor bana bu tür şeylerin Avrupa da duyulmasını da çok istemiyoruz doğrusu dostane çözümle biz bunun içinden çıkarız biliyorsunuz biz eğer dostane çözümü kabul edersek kendi aramızda da çözmüşsek siyasi amaçla açılan başvuruları reddediyor, kabul etmiyor yani inadına giderim dediğin zaman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gidemezsin diyor yani öyle o tür taleplerin de yolu tıkanıyor.

Sonuç olarak Anayasa Mahkememizin daha doğrusu Mahkemelerinin aldığı yeni boyut var dünyada onu da söyleyerek sonuçlandırırım sayın başkan. Anayasa Yargısı kavramı uluslararası alanda kazandığı yeni boyut, üzerinde uluslararası hukuk dediğimiz sayın, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU'nun da kitabında bu konuda çok güzel tespitler var, Uluslararası Hukuk, Uluslar Üstü Hukuk artık malum milletleri aşarak bir noktaya gelmiş şimdi bizde Anayasada değişiklik paketimizde bu da var önümüzdeki haftalarda herhalde alırız komisyona zannediyorum. Uluslararası hukukla işte iç hukukun çatışması durumunda anlaşmaların kanun daha doğrusu çatışması durumunda aynı konuda anlaşmada öncelik tanınacak şekilde o da paralellik sağlıyor bu bizim düzenlememiz bakımından orada bir paralellik olduğunu düşünüyorum. Uluslararası Hukuk artık dünyanın ortak hukuku haline geliyor bir anlamda vatandaş benim vatandaşım istediğimi yaparım diyemiyorsunuz çünkü çabuk duyuluyor birtakım şeyler artık Internet çağında işin içinden çıkamıyorsun gizlilik falan artık bir tarafa kalmış. Kaldı ki biz komisyona müracaat hakkını ferdi

müracaatı işte yargı yetkisini kabul etmişsiniz divanın, mahkemenin; öyle olunca bir de son bir değişiklik bildiğiniz gibi biz yargı müeyyidesini de kabul ettik ceza usul, medeni usul ve idari usulde yaptığımız değişikliklerle o zaman zaten biz bunu kabul etmişiz hiç olmazsa bunu da getirelim de oradan dönmeleri belli ölçüde davanın çevrilmesinin önüne geçelim diyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasında şu göz önünde bulunduruluyor. Malumunuz İnsan Hakları konusunda İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi üyelerinin asli işleri ayrıca var kendi ülkelerinde bir de temsilci var bildiğiniz gibi gelip gitmeler yüz kûsur gününü senenin yüz otuz, yüz otuz beş gününü yarıdan çoğunu neredeyse oralarda geçiriyorlar. Hem buradaki iş, hem oradaki iş bunu sürekli hale getirmenin yolları aranıyor hatta biliyorsunuz üç yılda bir yapılan Anayasa Mahkemesi'nin karşılıklı toplantıları var, orada da bunlar gündeme geliyor ve sonuç olarak bir Avrupa Anayasa Mahkemesi çalışması da bir taraftan gündemde bütün bunları alt alta, üst üste koyduğumuz zaman topladığımız zaman Anayasa Şikayetinin yolunun da zannediyorum Türkiye'de biraz işe yarayacağını düşünüyorum; biraz işimiz başta artacak ama zamanla öyle zannediyorum ki bu işin içinden çıkarız diye düşünüyorum. Teşekür ederek, saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM^(*)

Prof. Dr. Herbert HALLER'le ortak bir yanımız var. İkimiz de bilimsel çalışmalarımız için Alexander von Humbold Vakfı'ndan burs aldık. Bu ortak yan, bizi bu vakfın 1978 Ekim'inde Almanya'da düzenlediği "Kamu Hukukunda Yeni Gelişmeler" başlıklı bir toplantıda biraraya getirdi. Her ikimiz de o toplantıda birer bildiri sunduk. (Daha sonra toplantının konuşmaları bir kitapta yayımlandı. Sevgili kürsüdaşım, Yavuz SABUNCU'da bu kitapla ilgili bir tanıtım yazısı yazdı.) Prof. HALLER, o konuşmasında Alexander von Humbold'un bir cümlesi ile giriş yaptı: Şöyle diyordu Humbold:

"Salzburg, Napoli ve İstanbul'u, dünyanın en güzel yöreleri olarak değerlendiriyorum."⁵

Prof. HALLER, bu tespitten hareketle serbest bir kıyaslama yaptığını belirterek beni son derece onurlandıran şu cümle ile konuşmasına devam etti:

"Biraz önce konuşan meslektaşım SAĞLAM'ın Türk Anayasa Yargısının pozitif etkileri üzerine yaptığı açıklamalardan etkilenerek ben de şimdi dikkatleri Avusturya'nın hukuk manzaralarına çevirmek istiyorum."⁶

Aradan 25 yıl kadar geçtikten sonra, şimdi Anayasa Mahkemesi üyeleri olarak yeniden birlikte olmaktan duyduğum mutluluğu dile getirmek ve kendisine bu vesile ile teşekkür etmek istiyorum.

Ama asıl ben HALLER'in 1978'de yaptığı konuşmanın başka bir yönüne dikkati çekmek amacıyla bu girişi yaptım. HALLER, o konuşmasında şu andaki konumuz olan "Anayasa şikayeti"nin kaynağına işaret ediyor. 1867 tarihli yeni Anayasa ile ve aynı tarihte kurulan "İmparatorluk Yüksek Mahkemesi"ne verilen bir yetki:

^(*)Anayasa Mahkemesi Üyesi

⁵"Die Gegenden von Salzburg, Neapel und Konstantinopel halte ich für die schönsten der Erde" "Zur Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich": Neuere Entwicklungen im öffentlichen Recht, Verlag Kohlhammer, Stuttgart 1979, s. 143.

⁶"In freier Analogie zu dieser Feststellung und beeindruckt von den Ausführungen unseres Kollegen SAĞLAM über den positiven Einfluss der türkischen Verfassungsgerichtsbarkeit darf ich mich auf die österreichische juristische Landschaft beziehen": ibid.

“Vatandaşların politik haklarının idare tarafından ihlali halinde yaptıkları başvuruları çözümlmek.”

İşte anayasa şikayetinin ilk örneği. Tabii bu kurum, daha da geliştirilmiş olarak 1920 Cumhuriyet Anayasası ile Anayasa Mahkemesi'ne devredilmiş ve daha sonra da öğleden önce dinlediğimiz bugünkü şeklini almış.

Şimdi kökü bu kadar eskiye dayanan ve bugün bir çok ülkede temel hak ve özgürlüklerin somut yaşama geçirilmesinde büyük bir işlev yerine getiren, “anayasa şikâyeti” yönteminin bizim Anayasamıza da girmesini istedik. Meğer ne kadar kötü bir şey yapmışız. Dünya başımıza yıkıldı.

Biz önerimize alkış ve destek beklerken, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın büyük bir tepkiyle karşılaştık. İnanın bu tepkiyi anlamakta büyük güçlük çekiyorum.

İki gün önce Prof. HALLER'e sordum. Siz bireylere temel hak ve özgürlüklerinin idarenin düzenleyici bir işlemi ile ihlale uğraması halinde başvuru hakkı tanımışsınız. Peki bu durum Yüksek İdare Mahkemesi'nin tepkisini doğurmuyor mu? Bana verdiği cevap şu oldu.

“Bu yöntem o kadar eskiye dayanıyor ki böyle bir tepki kimsenin aklından geçmez.”

Biz tabii Avusturya'da olduğu gibi idarenin düzenleyici işlemlerinin bir temel hakkı ihlal edip etmediğini denetlemeye talip değiliz. Çünkü bu işi Danıştayımız zaten yıllardır başarıyla yerine getiriyor.

Avusturya örneğini HALLER'in öğleden önceki açıklamaları bakımından önemli buluyorum. Avusturya Anayasa Mahkemesi, idari işlemde ya da idarenin düzenleyici işleminden kaynaklanan bir temel hak ihlali için yapılan temel hak şikayetini reddetse bile, şikâyetçinin talebi üzerine başvuruyu Yüksek İdare Mahkemesi'ne devretmek zorunda. Çünkü bundan sonrası Yüksek İdare Mahkemesi'nin yetkisindedir. İdari işlemdeki yasaya aykırılığa Anayasa Mahkemesi karışamaz. Öte yandan anayasal hak ve özgürlükler dışında sade yasalardan kaynaklanan bir hak ihlal söz konusu olduğu zaman da Anayasa Mahkemesi yetkili değildir.

İşte Avusturya örneği gösteriyor ki bu bir alt-üst ilişkisi değil, bir işbölümü ve bu işbölümüne bağlı bir yetki alanı ilişkisidir. Başka bir deyişle anayasa şikayeti bir temyiz yolu olmadığı gibi, yüksek mahkemelerin yetki alanlarına el atan bir kurum da değildir. Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması, ilke olarak Anayasa Mahkemesi'nin yetki ve sorumluluk alanı içindedir. Çünkü Anayasa'ya göre bu alanda nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi de Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay'ın yetkili kıldığı alana karışamaz. **Bu bağlamda bir üstünlükten söz etmek gerekiyorsa, herkes kendi alanında üstündür.**

Bu nedenle anayasa şikayetinin Anayasa Mahkemesi'ne diğer yüksek mahkemeler karşısında bir üstünlük sağlayacağı görüşü, yanlıştır ve yanıltıcıdır. Bu görüşü ileri sürenler, başka bir açıdan daha da büyük bir hata yapıyorlar. Türkiye'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki bir hakkı ihlal edilen kişi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuramıyor mu? Orada Türkiye'den açılmış yüzlerce dava var. Ve bunların büyük çoğunluğunda ihlalin kaynağı, işin doğası gereği yüksek mahkeme kararları. Neden? Çünkü Avrupa koruma sistemi kendisini ikincil (subsider) bir işlevde gördüğü için, önce iç hukukta dava yollarının tüketilmesini öngörüyor. Şimdi Yargıtay ve Danıştayımızın mantığına göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bizim yüksek Mahkemelerimizin üstünde mi yer alıyor? Bir yanlış değerlendirmenin hangi sonuçlara yol açtığını görebiliyor musunuz? Ama hayır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Anayasa Mahkemesi'nin, ne Danıştay'ın ne de Yargıtay'ın ne de diğer yüksek yargı organlarının üstünde bir mahkeme değildir. Onun kararları, Yüksek Mahkemelerimizin kararları üzerinde doğrudan etki yapmaz. Yargılanmanın yenilenmesine ilişkin değişiklikler de ancak dolaylı bir etkiyi sağlar. Yargıtay ve Danıştay, bu değişiklikler yapılırken göstermedikleri bir tepkiyi, şimdi anayasa şikâyeti yöntemine göstermeleri bir talihsizliktir.

Yargıtay ve Danıştay'ın değerlendirmesindeki bir başka eksiklik de şu noktada kendini gösteriyor. Konukların konuşmalarını dinlediniz. Alman Anayasa Mahkemesi'ne yapılan anayasa şikayeti başvurularının yalnızca yüzde ikisi başarı kazanıyor. Anayasa şikayetinin asıl işlevi, kişiye sağladığı haklar yanında daha çok temel hak ve özgürlüklere ilişkin objektif anayasa kurallarının etkinliğini artırmasıdır. Tabii yüzde iki-üç oranı başlangıçta Türkiye'de belki biraz daha fazla olabilir, ama aynı eleme ölçütleri Türkiye'de de

uygulanırsa, kısa zamanda Avrupa ülkeleri ile Türkiye arasında bir farklılık kalmaz. Bunun anlamı şudur: Böyle bir durumda aleyhlerine anayasa şikayeti başvurusu yapılan yüksek mahkeme kararlarının büyük çoğunluğunda bir temel hak ihlalinin tespit edilemediği belirlenmiş olur. İlgili kişi, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuracaksa, bu başvuru Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Anayasa Mahkemesi'nin bakış açısı ve gerekçesi ile birlikte değerlendirilir. Bu değerlendirmede Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinin getireceği olumlu katkıyı yadsımak mümkün değildir.

Anayasa şikayetini niçin istiyoruz? Anayasa yargısında **temel hak ve özgürlüklerin korunmasında eksik olan, boş olan bir alanın tamamlanması** için istiyoruz. **Başka bir deyişle başka bir yargı yerinin zaten yerine getirdiği bir işe talip değiliz.** Ülkemizde yaşayan insanların, anayasal hakları ihlal edildiği zaman, bu ihlal nerden gelirse gelsin, hukuk düzeni içinde başka çıkar yolları kalmamışsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmadan önce kendi ülkelerinde bu konuda yetkili olan mahkemeye başvurabilmesi için istiyoruz. Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlükleri korumada nihai yetkili mahkeme herhalde biziz. Bunu da tartışacaksa, o zaman Anayasa Mahkemesi'ne ne gerek var? Anayasa şikayetine talip olurken, **elimizi ağır bir taşın altına soktuğumuzun** da bilincindeyiz. Biz bu yükün altından kalkarız, yeter ki Anayasa Mahkemesi, buna uygun bir yapıya kavuşturulsun.

İşte hazırladığımız taslağın ana espirisi budur. Bu yıl ki sempozyumumuzun ana eksenini bu espiri üzerine kurulmuştur. İki gündür bunu izliyorsunuz. Hazırladığımız Taslakta eksiklikler ya da sorunlar olabilir. Zaten bu sempozyumu da bunlar açığa çıksın diye yaptık. Bu yüzden yapılan eleştirileri teşekkür borçluyuz. Nesnel eleştiriler bizi sadece sevindirir. Ama kendi kurumunu koruma refleksinden kaynaklanan duygusal tepkiler bize yardımcı olamıyor. Temel hakları ihlal edilenlere ise hiç yardımcı olmuyor.

Anayasa şikayetinin Türkiye'de gerçekleştirilmesini en çok isteyecek olanların başında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geleceği kuşkusuzdur. Açılan davaların ağır yükü altında bunalan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her ülkenin insan haklarına ilişkin sorunları önce kendi ülkesinde çözümlenmesini istiyor. Anayasa şikâyeti bunun en etkili yoludur. Çünkü anayasa şikâyeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının ulaşmak istediği sonucun oraya gitmeden iç hukukta sağlanması yoludur. Amaç aynıdır: İnsan haklarını somut olarak korumak. Yöntem aynıdır.

Burada yanlış olan ve garipsenmesi gereken bir şey varsa, o da insan haklarına ilişkin sorunları önce kendi ülkemizde çözerek Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğünü sağlayacak yerde, bunu ulusalüstü bir mahkemeye ihale etmektir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu açıdan son çare olmalıdır.

Anayasa şikâyeti niçin gerekli? Çünkü soyut ya da somut norm denetimi bunu yeterli olarak koruyamıyor. Neden koruyamıyor? Çünkü yasalar nitelikleri gereği geneldir. Bir normun uygulama alanı içine yüzlerce binlerce olay sığar. **Kapsamı içinde yer alan olayların büyük bir çoğunluğu için Anayasaya aykırı olmayan bir norm, tek bir olayda dahi kişinin temel hakkının ihlaline dayanak teşkil etmişse, o kişinin hakkının korunması gerekir.** Oysa soyut ya da somut norm denetiminde böyle bir ihlal, ihmale uğrayabiliyor. Bu durumda eğer hukuk o kişinin hakkını koruyamıyorsa, orada **hukuk devleti en azından eksiktir.** İşte bu korumayı sağlayan yöntem Anayasa şikayetidir.

Örnek mi istiyorsunuz: Tipik bir örnek birkaç hafta önce Askeri Mahkemeden itiraz yoluyla Mahkememize geldi. Konu, **bakaya** suçu ile ilgiliydi. Bir asker öngörülen süreyi geçirerek kıtasına intikal etmiş. İşlediği suçun gerektirdiği önödeme yerine getirirse sorun yok. Ama asker, bu ödemeyi yapacak parası olmadığını belirtiyor. Buna karşı Ceza Yasamız da diyor ki önödeme yapmazsan, yargılama sonunda alman gereken cezayı yarı oranda artırılmış olarak çekersin. Şimdi bu kural, gerçekten **parası olmayan bir kimsenin cezasını salt parası olmadığı için artırma** anlamına gelmiyor mu? Ama biz bu kuralı iptal edemedik. Çünkü çoğunluğumuz, ön ödeme kurumunun çok önemli bir işlev yerine getirdiği, bu sistem bozulursa, mahkemelerin ağır bir yük altında boğulacağı ve suçla mücadelenin ağır darbe alacağı ve bu işlevin marjinal durumdaki kişilerin korunmasına göre, daha önemli olduğu sonucuna vardı. **Oysa anayasa şikayeti olsaydı, norma dokunmadan sorunun çözümü mümkün olabilecekti.**

İkinci örnek: Aynı kural içinde yer alan aynı olay, yerine ve belli koşullara göre hak ihlali olabilir, ya da olmayabilir. ZANA davası bunun tipik bir örneğidir. Eski Diyarbakır Belediye Başkanı Mehdi ZANA, Cumhuriyet Gazetesi'ne verdiği demeçte **"PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini" desteklediğini, katliamdan yana olmadığını, ancak yanlış şeylerin her yerde olabileceğini, kadın ve çocukların yanlışlıkla öldürüldüğünü**" belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bu demeç, çevresinden soyut bir biçimde

ele alınamaz. Bu röportaj, söz konusu dönemde aşırı bir gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda PKK'nın sivillere yönelik olarak sürdürdüğü kanlı saldırıları ile aynı döneme rastlamaktadır. Bu şartlar altında Diyarbakır eski Belediye Başkanı'nın "ulusal kurtuluş hareketi" tanımı ile PKK'ya destek vermesi, o bölgede zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceği kabul edilmelidir. Mahkeme bütün bu faktörleri ve böyle bir olayda ulusal makamların sahip oldukları takdir alanını dikkate alarak, söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğunu ve Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğini kabul etmiştir.

Şimdi aynı demeç bir başka kentte bir başka kişi tarafından söylenmiş olsaydı, belki Türkiye'deki ceza mahkemesi aynı cezayı verecekti, ama AİHM bu kez Türkiye'yi haksız bulacaktı. İşte **anayasa şikayeti bu nüansların olay bazında yakalanmasını** ve insan haklarının iç hukukta korunmasını sağlayan **bir yöntemdir**.

Onun için konuşmamı şu cümle ile bitiriyorum: **Anayasa şikayeti olmayan bir anayasa yargısı topaldır.**

Prof. Dr. Zafer GÖREN^(*)

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 bulunmamaktadır⁷.

Türk Anayasa Hukuku sistemine Anayasa Şikayeti⁸ kurumu kazandırılmalı mıdır? Bu soru olumlu olarak yanıtlanacak olursa bunun için AŞ'ne ilişkin düzenlemeler ne şekilde ve hangi ülke modeli esas alınarak yapılmalıdır?

1961 Anayasası'nın görüşülmesi sırasında vatandaşa, Anayasaya aykırı gördüğü bir yasanın iptali için kendisi ile ilgili olmasa da Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme hakkı tanınmasına ilişkin görüş kabul edilmemiştir.⁹ Ancak savunulan bu görüşün amacı AŞ kurumunun hukuk sistemine kazandırılması olmayıp, sadece iptal davası açma hakkının temel hakların taşıyıcısı olan tüm vatandaşlara tanınması yani "popüler dava" (**actio popularis**) yolunun kabul edilmesiydi¹⁰.

Prof. Dr. Tahsin Bekir BALTA, 1961 Anayasası'nın kabulünden kısa bir süre sonra uluslararası bir bilimsel toplantıda yeni Anayasa'nın AŞ'nin basit bir yasayla kabul edilmesi yolunu kapalı tutmadığını, 1961 Anayasası md. 136 f. 1'de yer alan; "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyiş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" kuralına dayanarak ileri sürmüştü¹¹.

Ancak Balta'nın bu görüşü öğretilde benimsenmemiş¹². 1961 Anayasası döneminde AŞ kurumunun Anayasa Hukuku sistemimize dahil edilmesi için yasal bir girişimde bulunulmamıştır.

(*) TBMM Başkanı Başmüşaviri

⁷İzgi Ö.- Gören Z., T.C. Anayasasının Yorumu, Ankara 2002, S. 1310; Gören Z., Anayasa ve Sorumluluk, Ankara 1995, S. 146.

⁸Bundan böyle Anayasa şikayeti için "AŞ" kısaltması kullanılacaktır.

⁹TMTD C:4, B: 53, D:2, 25.4.1961, S. 215-216-218

¹⁰TMTD C:4, B:53, D:2, 25.4.1961, S. 218; Göztepe E., Anayasa Şikayeti, Ankara 1998, S. 125

¹¹Balta T.B., Türkiye'de Anayasa Yargısı, AÜHFD, C. 18, s. 1-4, 1961 S. 557-558

¹²Armağan S., Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti, MHAD, C. 7, 1971, S. 54; Azrak Ü, Türk Anayasa Mahkemesi, İÜHF, C. 28, 1962, S. 661

1982 Anayasa'sında Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri sayılmış ve Anayasa'nın 148. maddesinin son fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin *Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getireceğine* ilişkin bir kural yer almıştır.

1982 Anayasa'sında yasa koyucunun yasal düzenleme ile Anayasa Mahkemesi'ne yeni görev ve yetkiler verebileceğine ilişkin bir kural da bulunmamaktadır. Şu halde Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin genişletilmesi için bir Anayasa değişikliği gerektiği noktasında bir duraksama olduğu söylenemez¹³.

1995 yılında 11. Anayasa Yargısı Sempozyumunda Anayasa Şikayeti konusunda sunduğum bir bildiri üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin yasaların yürürlüğünün durdurulması ile ilgili kararında belirlediği ilkeler ışığında (*hukuk devleti, yargı kararının etkinliği, kamu yararı üstünlüğü, çoğun içinde azın olması*), hukukun Türk Anayasa Yargısına AŞ'nin de yorum yoluyla getirilmesinin mümkün olup olmayacağı yolunda bir soru yöneltmişti¹⁴.

Oysa örnekleme yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin AŞ'ni kapsayacak şekilde genişletilmesi mümkün olmadığı ve ancak bir Anayasa değişikliği ile getirilecek bir Anayasa kuralının AŞ davalarına bakma konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin dayanağını oluşturacağı açıktır. Kaldı ki yürürlüğün durdurulması kararının "*dava kavramı içinde değerlendirilmesi*" gerekmesine karşın AŞ detaylı usul kurallarıyla düzenlenmesi gereken bir dava türüdür. Bu kurumun bu nedenlerle Türk Anayasa hukukuna yorum ve içtihat yoluyla kazandırılması mümkün görünmemektedir¹⁵.

AŞ ya da ona benzer kurumlar F. Almanya, Brezilya, Arjantin, Macaristan, Kolombiya, Belçika, Kore, Meksika, İsviçre, Avusturya, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti'nde uygulanmaktadır. Bu ülkelerden F. Almanya ve Avusturya'da AŞ kurumuna ilişkin düzenlemeler konusunda F. Alman Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Prof. Dr. Dres. h.c Winfried HASSEMER ve Avusturya Anayasa Mahkemesi Üyesi Prof. Dr. Herbert HALLER raporlarıyla bizleri aydınlattılar. Venedik Komisyonu üyesi Prof. Dr. Peter PACZOLAY ise raporunda Türk Anayasa Mahkemesi'nin hazırladığı Anayasa

¹³Gören Z., Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru, Anayasa Yargısı 11, S.136 (tartışmalar); Göztepe E., S. 128 (DN 4)

¹⁴Gören Z., S. 135 (Tartışmalar) (DN 7)

¹⁵Göztepe E., S. 130, DN 495, (DN 4); Gören Z., S. 135 (DN 7)

değişiklik önerisinin değerlendirmesini yaptı ve Anayasa Şikayetinin Macaristan'daki düzenleniş biçimi hakkında bilgiler verdi.

Türkiye için düşünülebilecek bir Anayasa modelini Prof. Dr. Yavuz SABUNCU ve Dr. Selin ESEN belirlemeğe çalıştılar.

AŞ kurumunun Avusturya ve Almanya'daki düzenleniş biçimlerine ilişkin olarak özetle aşağıdaki değerlendirmeleri yapabiliriz:

a) *Avusturya'da* son aşama niteliğindeki her idari makamın kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne şikayet davası açılabilir:

-Şikayetçi bu kararlar Anayasa ile garanti edilen bir **hakkının (temel hakkının)** zedelenmiş olduğunu ya da;
-Kararda yasaya aykırı bir **düzenleyici işlemin**, Anayasa'ya aykırı bir **kanunun** ya da hukuka aykırı bir **uluslararası sözleşmenin** uygulanması ile **haklarının** zedelenmiş olduğunu iddia etmelidir.

Birinci şikayet iddiası ile şikayetçi, **idarenin** kararın verilmesindeki bir **hatasını** ileri sürmektedir. Bu iddia üzerine Anayasa Mahkemesi ileri sürülen temel hak zedelenmesinin gerçekleşip gerçekleşmediğini, bunun dışında re'sen Anayasa ile korunan başka bir hakkın zedelenip zedelenmediğini araştırır ve kararın dayandığı genel nitelikte bir normun hukuka uygunluğu konusunda duraksamaları varsa, re'sen bir norm denetimi yargılaması başlatır.

İkinci iddia ile şikayetçi, bilinçli olarak şikayet olunan **kararın dayanağına** yönelmektedir. Normun Anayasa'ya uygunluğu konusunda şikayetçi Anayasa Mahkemesi'nde duraksamalar yaratmışsa mahkeme re'sen bir denetim başlatır. Bir uygulama hatası olup olmadığının denetimi burada söz konusu olmaz.

Çoğunlukla bir şikayet içinde her iki iddia da ileri sürülmektedir. Genel nitelikte bir normun hukuka uygunluğu yargı içtihadıyla daha önce sabit olmuşsa, şikayetçiler birinci iddia ile yetinmektedirler.

İdare tarafından kararın icrası, açık bir hata içermiyorsa ve sadece genel nitelikteki normun hukuka uygunluğu konusunda duraksama varsa ikinci iddiaya yer verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yasanın altındaki düzenleyici işlemleri koyanlar ve yasa koyucu karşısında temel hakları koruma konusunda monopole sahiptir. Temel hakların yürütmeye karşı korunmasında da idare alanındaki denetim ona aittir¹⁶.

Anayasa Mahkemesi dışında Yüksek İdare Mahkemesi de idarenin denetimi ile yetkilidir. Bu mahkemeye de idarenin son aşama kararlarına karşı, şikayetçinin basit yasadan kaynaklanan bir hakkının zedelendiği iddiasıyla başvurulabilir.

Anayasa Mahkemesi temel hak zedelenmesi ile basit yasadan kaynaklanan hak zedelenmesi arasındaki sınırı çizmek için formüller geliştirmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir temel hak şikayetinin ele alınmasını açıkça başarı şansı olmadığından ya da bir anayasa-hukuksal sorunun aydınlatılması beklenmediği için başkaca bir gerekçe göstermeksizin reddederse, istek üzerine, şikayeti denetim için Yüksek İdare Mahkemesi'ne gönderir. Anayasa Mahkemesi'in ağırlıklı olarak norm denetimi alanında ve temel haklar alanındaki zor anayasal sorunlar söz konusu olduğunda karar vermesi gerektiğinden, bu şekilde yükten kurtarılması bir zorunluluk olarak görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin şikayeti geri çevirmesine karşın bir temel hak zedelenmesi varsa hukuksal koruma yine de dolaylı olarak sağlanmış olur. Çünkü Yüksek İdare Mahkemesi şikayet olunan kararı hukuka aykırılık nedeniyle iptal edecektir. Bu durumda bir temel hak zedelenmesinin açıkça tespit edilmiş olmayacağı doğaldır. Anayasa Mahkemesi olayın ayrıntılı bir şekilde incelenmesi sonucu bir temel hak zedelenmesinin gerçekleşmediğini tespit etse bile şikayeti, şikayetçinin talebi üzerine Yüksek İdare Mahkemesi'ne devredebilir. Bu mahkeme *basit yasalar yönünden bir hak zedelenmesi* mevcut olup olmadığını incelemekle yükümlü olacaktır¹⁷.

Anayasa tarafından güvence altına alınan haklar Avusturya'da çok sayıda ve çeşitlidir. Ancak çok az sayıda hak Anayasa belgesinde (yani 1920 tarihli F.Anayasada) büyük bir çoğunluğu ise ayrı anayasal kanunlarda, basit yasalardaki anayasal kurallarda ve uluslararası

¹⁶Haller H., Bericht Über die Grundrechtsbeschwerde in Österreich =Avusturya Anayasa Mahkemesi Yargıcı Prof.Dr.Herbert Haller'in Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda (27.04.2004) sunduğu Rapor (**Avusturya Raporu**)

¹⁷Haller H, (D N 10)

antlaşmalarda yer alırlar. Şu halde tek bir temel hak katalogu bulunmamaktadır. Avusturya Anayasası temel haklar olarak bireye devletten bağımsız bir alan garanti eden *özgürlük haklarını* ve bireye devlet iradesine katılım hakkı veren *katılma haklarını* temel hak olarak tanıır. Anayasa'da sosyal temel haklar ve buna uygun olarak devlete amaç ve yükümlülükler getiren kurallar bulunmamaktadır¹⁸.

Bir idari makamın son aşama kararlarına karşı dava açmak hakkı sadece bu kararlara öncülük eden prosedürün taraflarına izin verilmiştir. İdari kararlara karşı şikayet kararın tebliğinden itibaren 6 haftalık bir süre içinde gerçekleşmelidir. Şikayet olayı doğru tanımlamalı ve kararın kaldırılmasını istemelidir.

Şikayetin kararı *erteleyici (geciktirici)* bir *etkisi* yoktur. Ancak erteleme isteğinin reddini gerektirecek ölçüde zorlayıcı bir kamu menfaatinin bulunmaması ve tüm menfaatlerin tartılması sonunda kararın uygulanmasının veya kararla sağlanan hakkın kullanılmasının şikayetçi için oransız bir mağduriyet doğurması koşulları varsa, istek üzerine Anayasa Mahkemesi böyle bir erteleyici etkiyi tanımak zorundadır.

Davaya şikayetçi ve şikayet edilen idari makamdan başka idari karara öncelik oluşturan idari yargılamanın tarafları da katılırlar.

Ön yargılamanın (ilk inceleme) yerine getirilmesinden sonra başkan duruşma gününü belirler. Bu belirlemeye kadar Anayasa Mahkemesi başarı şansı olmadığı ve şikayetin görülmesinin bir anayasal sorunun aydınlatılmasına katkıda bulunmayacağı için şikayeti reddedebilir.

Bir temel hak şikayeti nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nde bir norm denetimi başlatılırsa ve bu yargılamada bir düzenleyici işlem veya yasanın iptali söz konusu olursa bu iptal, norm denetimi yargılamasına yol açan olaya da uygulanacak şekilde geriye yürür. Buna göre iptal edilen kural, şikayet konusu idari kararın çıkarılışı sırasında yokmuş gibi karar verilmesi gerekir. Bu da ilke olarak şikayetçi için elverişli sonuç doğurur. Bir şikayet kabul edildiğinde ve şikayet olunan karar kaldırıldığında ilgili idari makam bir ikame karar almak zorundadır. Bunu yaparken idari kararın verildiği tarihten bu

¹⁸Haller H, (D N 10)

yana değişen nesnel ve hukuksal durum onu etkisiz hale getirmiş olmadıkça Anayasa Mahkemesi'nin görüşü ile baęlıdır¹⁹.

Temel hak şikayetinin Avusturya'daki düzenleniş biçimine göre Avusturya'da salt *idari eylem ve işlemlere karşı* temel hak şikayetinin tanındığı, yargı kararlarına ve doğrudan yasalara karşı şikayet yoluna gitmenin olanaklı olmadığı anlaşılmaktadır. Avusturya Anayasa Mahkemesi bu nedenle "*Özel İdare Mahkemesi*" olarak nitelendirilmiştir²⁰.

Bu değerlendirmelerin ışığında, Avusturya'da temel hak şikayetinin yalnız idari işlemlere karşı kabul edilmesi noktasından, Almanya'daki AŞ'ne göre daha dar kapsamlı olduğu, ancak Anayasa tarafından güvence altına alınmış tüm haklar, davaya dayanak yapılabildiğinden bu açıdan daha geniş kapsamlı olduğu saptamasını yapabiliyoruz²¹.

b) *F. Alman Anayasasının* Almanya'nın önceki yasalarına ve diğer devlet Anayasalarına oranla oluşturduğu güçlü Anayasa yargısı ile F. Almanya'da Anayasanın üstünlüğü kapsamlı olarak sağlanmış olmaktadır.²²

AŞ'nin F. Anayasada düzenlenişi Alman Anayasa tarihi bakımından da bir yeniliktir. Weimar Anayasası md. 19'un içerdiği Anayasa Yargısı vatandaşın devlete karşı ileri sürebileceği hukuksal çareleri kapsamıyordu.

F. Alman Anayasası md. 19 f. 4 temel haklara ilişkin ana garantiyi *içermektedir*. Bu kurala göre :*"kamu gücü tarafından hakları zedelenen kişiye yargı yolu açıktır. Diğer yargı organlarının yetki ve görevleri saklı kalmak üzere adli yargı yolu izlenir."*

Bu madde Anayasamızın 36, 40 ve 125. maddelerinin işlevini karşılamaktadır. Bu hukuksal koruma garantisinin dışında 1969 dan beri F. Anayasada AŞ yer almaktadır. (F. Anayasa md. 93 f. 1 Nr. 4 a)²³

¹⁹Haller H, (DN 10)

²⁰Krauss, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch die Bundesverfassung, Köln, 1987, S.21

²¹Göztepe E., S.28-30 (DN 4)

²²Pieroth B-Schlink B, Grundrechte, Staatsrecht II, 2.B., Heidelberg, 1986. S. 286

²³Herzog in : Maunz Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art.20, Rechtsstaatlichkeit, 1980, S. 1199 vd.

AŞ, F. Almanya'da birey bakımından Anayasa Mahkemesi'nde en ilgi çekici yargılamayı oluşturmaktadır. F. Alman Anayasasının başında yer alan insan onuruna, dokunulmaz, devredilmez insan haklarına bağlı olma zorunluluğu Anayasanın 1-19. maddelerinde yer alan temel haklarla somutlaştırılmıştır.

AŞ bireyin F. Anayasa Mahkemesi'nde bir dava açabileceği tek yoldur. Bu nedenle F. Anayasa md. 19 f. 4'te garanti edilmiş olan bireysel korumayı gerçekleştirme açısından bir *yardımcılık fonksiyonu* üstlenmektedir.

F. Anayasa md. 93 f. 1 Nr. 4a ve FAMY prf. 90'a göre, AŞ şikayetçinin kamu gücü tarafından temel haklarının veya F. Anayasa md. 20 f. 4, 33, 38, 101, 103 ve 104. üncü maddelerinde yer alan haklarının ((*Direnme hakkı (md. 20 f 4)*), *vatandaşlık hakları bakımından Almanların eşitliği (md. 33)*), *Seçim ilkesi (md. 38)*), *İstisnai mahkemelerin kurulması yasağı ve yasal yargıç ilkesi (md. 101)*), *yasaya uygun dinlenilme hakkı*, *kanunsuz suç ve ceza olmayacağı kuralı = nulla poena sine lege*, *aynı eylemden dolayı birden fazla ceza verilemeyeceği kuralı = ne bis in idem (md. 103)*), *özgürlüklerin kısıtlanmasında hakların güvencesi (md. 104)* zedelendiği iddiasında bulunabilir.

Şu halde AŞ subjektif hakların bütünü korumak istememektedir. AŞ, yasaların ve mahkeme kararlarının da şikayet konusu olabilmeleri nedeniyle F. Anayasa md. 19 f. 4 ü aşar. Bununla birlikte md. 19 f. 4 ile AŞ arasında F. Anayasa Mahkemesi'nin AŞ için *olağan üstü* tanımlaması ile vurgulamağa çalıştığı belli bir rekabet vardır²⁴.

AŞ, F. Anayasanın temel haklar ve temel hak benzeri haklar aracılığı ile garanti edildiği oranda bireyin gerçek temel hak alanını korur²⁵.

Buna göre adli mahkemelerde ve idari mahkemelerdeki yargılama için ek bir hukuksal çare olmayıp "*olağanüstü bir hukuksal çare*"dir²⁶.

²⁴BVerfGE 57 ,170

²⁵Maunz Th., Staatsrecht, 20 B, S.298 vd.

²⁶BVerfGE 18,325,49,257,170

Temel haklar AŞ aracılığı ile bireyin kullanabileceği bununla beraber Anayasaya özgü bir Anayasa yargısal yaptırıma kavuşurlar²⁷.

aa) Anayasa Şikayeti Başvurusunun Geçerlilik Koşulları

F. Almanya'da yasalara karşı Anayasa şikayetlerine uygulamada sık karşılaşılmaz. Bu şikayetlere, şikayetçi yürütmenin özel bir işlemine ihtiyaç olmaksızın yasanın yürürlüğe girmesi ile doğrudan ve güncel olarak zarara uğramış ise izin verilmiştir²⁸.

-Doğrudan etkisi olan yasalara örnek olarak bir mesleğe hak kazanmayı düzenleyen, bir birliğin adını kaldıran, aktif ve pasif seçme hakkını ya da memurların maaşların düzenleyen yasalar gösterilmektedir²⁹.

Gizli İstihbarat servislerine, belli durumlarda, yurt dışı telefon görüşmelerini şüpheli bir durum olup olmadığına bakılmaksızın dinleme yetkisini veren bir yasaya karşı yapılmış olan AŞ'nin, ilgilinin bu dinlemeden bilgisi olmaması nedeniyle F. Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmesi de buna örnek oluşturmaktadır³⁰.

Bazı hukuk normları da vatandaş tarafından doğrudan uygulanmakta yani *self executing* etki doğurmaktadırlar. Buna örnek olarak genel hız sınırlamasına ve dükkan kapatma saatlerine ilişkin kurallar gösterilmektedir³¹.

Yasa norm muhatabını şimdi daha sonra düzeltilemeyecek kararlar almaya zorluyorsa ya da sonraki yasa uygulaması ile düzeltilemeyecek işlemlere neden oluyorsa³² istisnai olarak doğrudan doğruya olma koşulu gerçekleşmediği halde şikayet yetkisi kabul edilmektedir³³.

²⁷Friesenhahn E, Zur Zustaendigeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Festgabe S.397

²⁸HASSEMER W, Symposium anlaeslich des Gründungstags des Türkischen Verfassungsgerichts im April 2004 in Ankara= Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda (27.04.2004) F.Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Prof. Dr. Winfried HASSEMER'in sunduğu rapor (**Almanya Raporu**) S. 16

²⁹Dörr D., Die Verfassungsbeschwerde in der Prozess-praxis, München., 1990, S. 59

³⁰BVerfGE 100, 313 vd.

³¹Schmalz D, Rechtssystem und Anwendung, Grundrechte, Baden 1991, S,127, KN.384; BVerfGE 68,359/6; 70,35/50/1

³²FAMY Prf. 90 II 2

³³BverfGE 65,1/37 Halk Sayımı Kararı

Geçmiş zedelenmelerde şimdi zarar görmüş olma yani *temel hak zedelenmesinin güncel olması* koşulu gerçekleşmiş olmaz.

F. Almanya Mahkemesi bu koşulu hukuksal koruma ihtiyacı perspektifinden incelemektedir. Bunun dışında şimdi zarar görmüşlüğü kabulde oldukça toleranslı davranmaktadır. Örneğin belli okullardan mezun olanlara mühendis unvanını kullanmayı yasaklayan bir yasanın şu an öğrenim yapanları etkilediği yönünde karar vermiştir³⁴.

Bir yasaya karşı AŞ yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde yapılmalıdır. (FAMY md. 93 F 3)

İdari işlemlerine ve mahkeme kararlarına karşı yapılan ve çok daha fazla sayıda olan AŞ'leri, şikayetçiler tüm kanun yollarını tüketildikten sonra yapılabilir. (yardımcılık= ikincillik ilkesi)(FAMY md. 90 f. 2)

Böylece bir yandan *zedelenen hakkın* görevli mahkemelerde *düzeltilmesine olanak verilmekte*, diğer yandan kararını güvenilir temellere dayanarak verebilmesi için *görevli mahkemelerin olaya bakış açısı ve hukuki anlayışı Anayasa Mahkemesi'ne yansıtılmış olmaktadır*.

Yardımcılık (ikincillik) ilkesinin (kanun yollarının tüketilmesi koşulunun istisnaları): Hukuki olayın genel önem taşıması ve şikayetçi için dava yollarının tüketilmesi halinde ağır ve telafisi imkansız bir zararın doğacak olmasıdır. (FAMY 85 prf. 2 C.2)³⁵

Örneğin seçimlerden kısa bir süre önce seçim propagandası yapmak amacı ile bir siyasi partiye, radyo ve TV'den yayın yapılmasının engellenmesi durumunda, siyasi partiye idari yargı yolu ve bu çerçevede geçici hukuksal koruma olanağı tanınmış olmasına karşın, siyasi partinin bu yola başvurması seçimlerden önce diğer partiler gibi radyo ve TV aracılığı ile propaganda olanağından faydalanmamasının yol açacağı ağır ve düzeltilmesi olanaksız zararı önleyemeyecektir³⁶.

³⁴BverfGE 26,246/251

³⁵HASSEMER W, S. 17 (DN 22)

³⁶Krş. Siyasi Partiler Yasası Prf. 5; BVerfGE 7, 99/103; 14, 121/130 vd,

AŞ'nin görevli ve yetkili mahkemelerin son aşama kararının öğrenilmesinden başlayarak bir ay içinde açılması zorunludur ve gerekçelendirilmelidir. Kusursuz süre aşımında yeniden başvuru hakkının tanınması olanaklıdır.(FAMY md. 93 f. 2)

bb) AŞ'nin Kabul Edilebilirlik Koşulları

Başvuru sayısının yüksek oluşu nedeniyle daireleri yükten kurtarmak için FAMY, AŞ'nin dairede karar bağlanmasından önce mahkemenin üç üyesinden oluşan bir komisyonda kabul edilmesi zorunluluğunu öngörmektedir .

AŞ. *Anayasa hukuku bakımından ilkesel bir önem taşıyorsa* (objektif fonksiyon) veya *temel hakların iddia edilmesi için doğru ve amaca uygunsu* (sübjektif fonksiyon) kabul edilmelidir³⁷. Olay hakkında karar vermektan kaçınılması şikayetçi için ağır bir zarar doğurduğunda bu koşul gerçekleşmiş sayılabilir.

AŞ. ne zaman Anayasa Hukuku bakımından ilkesel bir önem taşır?

Cevabı kolaylıkla Anayasadan çıkarılamayan, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında henüz açıklığa kavuşturulmamış olan veya değişen koşullar nedeniyle yeniden açıklanmaya muhtaç duruma gelmiş bir Anayasa hukuksal problem ortaya koyuyorsa, AŞ Anayasa hukuku bakımından ilkesel bir önem taşır. Anayasa hukuksal açıdan ilkesel önem kavramı F. Almanya'da yargılama diline yabancı değildir.

Bu kavram dar anlamda bir Anayasa hukuksal problemin çözümlenmesinin beklenip beklenmediğine yönelik olmayıp aksine F. Alman Anayasa Mahkemesi bu güne kadarki içtihadını değiştirmek istediğinde ya da durumun dinginliğe kavuşması için mahkemenin kararı gerekli olduğunda AŞ temel Anayasa hukuksal önem taşımaktadır. Problemin açıklığa kavuşturulmasında o münferit olayı aşan bir menfaat bulunmalıdır³⁸.

³⁷FAMY prf 93 af.2:

"a) Anayasa hukuk bakımından ilkesel bir önem taşıyorsa;

b) Prf. 90 f. 1'de sayılan hakların geçerli kılınması için doğru ve amaca uygunsu, AŞ. karar konusu haline gelmesi için kabul edilmek zorundadır. Olay hakkında karar vermektan kaçınılması şikayetçi için özellikle ağır bir zarar doğurduğunda bu koşul gerçekleşmiş sayılabilir.

³⁸**Grasshof** in: Maunz/Schmidt - Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, Prf. 93/ KN 32 vd

Komisyunun elinde AŞ başvurusunu doğrudan sonuçlandırarak iki olasılık vardır. Ancak şu olasılıklar dairenin içtihadının yerine getirilmesi ile sınırlıdır:

-Komisyon yukarıdaki iki koşuldan biri mevcut değilse, yani AŞ Anayasa Hukuku açısından ilkesel bir önem taşımıyorsa veya temel hakların ileri sürülmesi için doğru ve amaca uygun değilse *AŞ'nin kabulünü reddedebilir*. Bu durum özellikle karara esas teşkil eden hukuki sorun daha önce bir daire kararı ile cevaplandırılmışsa söz konusu olur. Kabulün geri çevrilmesi, temel hak zedelenmesinin şikayetçiye fazla bir yük getirmemesi ve müdahalenin genel bir önem taşımaması halinde de söz konusu olur.

-AŞ başvurusu geçerlilik koşulların taşıyorsa ve hukuksal bir dayanağa sahipse komisyon AŞ yi kabul ederek kendiliğinden karara bağlar. Ancak bunun için olaya ilişkin *anayasal denetimin temel ölçütlerinin daha önce bir daire içtihadı ile belirlenmiş olması* ve bu nedenle olayın artık Anayasa hukuku açısından ilkesel bir öneminin kalmamış olması gereklidir. (FAMY prf 93 b, prf 93 c.)³⁹

cc) AŞ Yargılamasında Geçici Tedbir Kararı

AŞ. yargılamasında bir geçici tedbir kararının çıkarılması prosedürü özellik arz etmez. AŞ'nin kabulü konusunda henüz karar verilmediği sürece komisyon ilke olarak geçici tedbir kararı verilmesi konusunda da yetkilidir. (FAMY & 93 d F. 2 C.1)

F. Anayasa Mahkemesi bir uyuşmazlıkta, ağır zararları önlemek, tehdit edici gücü engellemek için ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı için acilen zorunlu ise, geçici tedbir kararı verebilir. (FAMY prf 32)⁴⁰

dd) Kararın Anayasa Hukuksal Denetiminin Kapsamı

F. Anayasa Mahkemesi görevli mahkemelerin kararlarına karşı açılan AŞ'lerinde görevli mahkemelerin kanun yolları aşamasından geçmiş ve kesinleşmiş kararlarını denetler. Devletin bir tedbiri olarak karar aleyhine şikayet edildiği için iki özel hukuk süjesinin karşı karşıya olduğu hukuk mahkemelerinin kararlarına karşı da AŞ'nde bulunulabilir.

³⁹HASSEMER W., S. 19 (DN 22)

⁴⁰HASSEMER W., S. 19 (DN 22)

AŞ ek bir *hukuksal çare değil olağanüstü bir hukuksal çaredir*. Denetim alanı *spesifik Anayasa Hukuku zedelenmesi* ile sınırlıdır. Buna göre görevli mahkemelerde yargılamanın kurulması (*usulün belirlenmesi*), nesnel durumun saptanması ve değerlendirilmesi, somut olayda Anayasa altı hukukun yorum ve somut olaya uygulanması bu konuda yetkili ve görevli mahkemelerin işi olup Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışındadır.

Spesifik Anayasa Hukuku, karar Anayasa altı normlar açısından hatalı ise zedelenmiş olmaz. *Hata temel haklara riayet edilmemesinde olmalıdır*⁴¹.

Temel haklara riayet edilmemesi Anayasaya aykırı bir kanuna dayanabilir ya da Anayasaya uygun bir normun temel hakka aykırı bir yorum ve uygulamasından kaynaklanabilir.

İkinci durumda daire veya komisyon aleyhine şikayet olunan başlangıç kararlarını kaldırır ve davayı yeniden görüşmek üzere geri çevirirler⁴².

Birinci durumda ise daire buna ek olarak kanunun Anayasa ile bağdaşmazlığı ve iptaline karar verir³⁷.

Temel hakların zedelenmesi ayrıca temel hakların Anayasa altı hukuka yansıma etkisi gözden uzak tutulduğunda da vardır. Bu olgu hakimin temel hakların etkisini görememesinden (*defisit*) veya yanlış değerlendirmesinden (*Fehlentscheidung*) kaynaklanabilir.

Özellikle hukuk yargılamasında çoğu kez dava taraflarının temel haklarla korunan, birbiriyle çatışan menfaatlerinin yeter derecede göz önünde tutulmaması söz konusu olur³⁸.

AŞ sadece bir mahkeme kararının içeriğine değil, karara öncülük eden yargılama prosedürüne de yönelik olabilir. Burada yargısal temel haklar özel bir önem taşırlar. F. Anayasa örneğin karar verilmeden önce dava taraflarını dinlemek zorunda olan yasal yargıç

⁴¹BVerfGE 18,86<92>; **HASSEMER W.**, S.20 (DN. 22)

⁴²FAMY prf 95 f .2

³⁷FAMY prf 95 f 3 C.1

³⁸**HASSEMER W.**, S.20 (DN 22)

hakkını (F. Anayasa md.101 f.1 C.1) garanti etmektedir.(F. Anayasa md.103 f.1 C.2)³⁹.

c) Türk Anayasa Hukuku Açısından Öneriler

F. Almanya, Avusturya ve hukuk sistemlerinde AŞ kurumuna yer veren diğer ülkelerdeki bu kuruma ilişkin düzenlemelerin değerlendirilmesi sonucu:

-F. Almanya'nın Anayasa Hukukunun ve Anayasa Yargısının en gelişmiş olduğu ülkelerden biri olması;

-F. Alman Anayasası ve F. Almanya'daki Anayasa hukuksal gelişmelerin 1961 ve 1982 Anayasalarımızı ve Anayasa hukukumuzu bugüne kadar büyük ölçüde etkilemiş olması⁴⁰;

F. Almanya'da AŞ'ne ilişkin düzenlemelerin F.Anayasa ve FAMY'da net ve açık olarak belirlenmiş olması;

-F. Almanya'da AŞ ile devletin tüm işlemlerinin denetlenebilir olması; Yani F.Almanya'nın yasama, yürütme ve yargının tüm işlemlerine karşı AŞ hakkının tanındığı tek ülke olması;

-F. Alman Anayasası ile kurulan güçlü Anayasa yargısı -AŞ'nin gerek F. Alman Anayasası ve Alman Anayasa Mahkemesi yasasındaki kusursuz düzenleniş biçimi ve bu kuruma verilen önem:

-F. Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar verdiği bu kurumu mükemmelleştiren kararları nedeniyle F. Almanya'daki AŞ. modelini ülkemiz için örnek almak isabetli görünmektedir.

1969 yılından beri F. Anayasada yer alan AŞ ile hukuk devleti ilkesi Alman hukukuna özgü bir biçimde mükemmel hale getirilmiştir.

AŞ adli ve idari mahkemelerde yargılama için ek bir hukuksal çare olmayıp olağanüstü bir hukuksal çaredir. (BVerfGE 18,325)

AŞ., F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kendisini birçok Anayasa Mahkemesinden farklı kılan en geniş yetkili bir organ durumuna gelmesini sağlamıştır⁴¹.

³⁹HASSEMER W., S.21 (DN 22)

⁴⁰SABUNCU Y. Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti SBFD,C.37, s. 3-4, 1982,S.139

Bu kurumun Anayasa yargısı sistemimize dahil edilmesiyle objektif Anayasa Hukuku en geniş kapsamıyla korunacak, yorumlanacak ve geliştirilecektir.

Mahkeme kararlarına karşı kabul edilmesiyle somut bir Anayasa hukuksal uyuşmazlık konusunda karar verirken sadece Anayasaya uygun hukukun temel oluşturması amacına hizmet edilmiş olacak Anayasamızın 11. maddesindeki *Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi* ve Anayasa md. 138 f.1 c.2 deki *hakimlerin Anayasa'ya göre hüküm verecekleri* kuralı gereği tam olarak gerçekleşmiş olacaktır.

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

AŞ sayesinde alışılmış usul hukuku olanaklarının tüketilmesine karşın varlığını sürdüren temel hak zedelenmelerinin önlenmesi sağlanmış olacaktır.

AŞ Anayasa Mahkememize temel hak yorumunun önemli sorunlarına ilişkin olarak daha kapsamlı şekilde görüş bildirme olanağını verirken aynı zamanda kamu gücü taşıyıcısının da uygulamasında Anayasanın daha güçlü bir şekilde güncelleşmesine katkıda bulunacaktır.

AŞ bir kere kabule uygun bulununca Anayasa Mahkemesi zedelendiği iddia olunan temel haktan bağımsız olarak re'sen tüm Anayasa hukukunun korunmasını amaçlayan bir denetim uygulayacaktır.

Bu denetim sübjektif bir girişim yoluyla AŞ'nin kapsamını *sübjektif hukuk koruması aracı* olmaktan *objektif hukuk koruması aracı* olma yönünde genişletecektir.

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

⁴¹Friesenhahn E., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln 1963,S.92

Mahkeme kararlarına ilişkin denetim, spesifik Anayasa hukuku ile sınırlanacaktır.

Burada ya tümden 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.

Spesifik Anayasa Hukuku, karar Anayasa altı normlar açısından hatalı ise zedelenmiş olmaz, hata temel haklara riayet edilmemesinden kaynaklanmalıdır. Temel haklara riayet edilmemesi ya Anayasa'ya aykırı bir kanuna dayanabilir ya da Anayasa'ya uygun bir normun temel hakka aykırı yorum ve uygulanmasından kaynaklanabilir. F. Almanya'da literatürde spesifik Anayasa Hukukunun basit hukuk zedelenmesinden ayırımı konusunda çaba gösterilmiştir. Bu konuda kimi zaman schumann formülüne başvurulmaktadır. Buna göre itirazda bulunulan hakim kararı basit yasa koyucunun bir norm olarak çıkarmaması gereken bir hukuksal sonuç doğuruyorsa spesifik bir temel hak zedelenmesi herhalde mevcuttur⁴².

AŞ'nin konusunu oluşturan karar, bir üst mahkemede değil, genel mahkemeler dışında kalan bir mahkeme olan *Anayasa Mahkemesi*'nde incelenmektedir. Bu nedenle genel mahkemelerin kararlarının tekrar temyiz incelemesine tabi tutulduğu iddia edilemez. Çünkü kararın, kararı veren ilk derece mahkemesinin hiyerarşik bakımdan üstünde olan bir mahkemece incelenmesi durumunda temyiz incelemesinden söz edilebilir. Anayasa Mahkemesi ise bu hiyerarşi içinde yer almamaktadır⁴³.

AŞ geleneksel anlamda bir yargı yolu değildir. Bir süper temyiz yolu da değildir. Anayasa Mahkemesi diğer mahkemeler karşısında bir *revizyon* mercii olarak harekette bulunmak konusunda görevlendirilemez. (BverfGE 7,198,207)

AŞ temel hakların korunmasını amaçlayan hukuksal bir çare olup ne bir *geçiş etkisine* yani davanın bir üst mercie geçmesi etkisine ne *durdurucu etkiye* yani maddi ve Őekli anlamda kesin hükmün gerçekleşmesinin engellenmesi etkisine *sahip değildir*.

⁴²Schumann E., Verfassung und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Schriften zum öffentlichen Recht, Berlin 1963, Bd.II, s.207.

⁴³Gztepe E., s.25 (DN 4)

F. Anayasa Mahkemesi'nin değişmeyen içtihadına göre, yargılamanın kurulması olayın belirlenmesi, değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumu ve somut bir duruma uygulanması yalnız bunun için yetkili genel mahkemelere ait olacaktır.

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

Aş'ne yasa koyucunun Anayasanın yapılmasını beklediği bir şeyi yapmama durumunda başvurulabilecektir. Anayasa, yasa koyucuyu bireyin yasa koyucunun hareket etmesi konusunda bir istek hakkı çıkarabileceği belli bir kuralın konulması konusunda görevlendirmişse (*açık anayasa direktifi*) Aş geçerli olacaktır. Yani yasa koyucunun bireye karşı bir norm koyma ödevi bulunmalıdır.

TC Anayasasının başlangıç hükümleri 6 paragrafının "*her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme hakkına sahip olduğu*" kuralından ve Anayasa md. 5 kuralında yer alan devletin "*ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*" görevinden yasa koyucu için sosyal alanda somut bir **anayasa emri** doğmaktadır.

Birey için Anayasamızın **sosyal devlet ilkesinden** başlangıç 6. paragraf ve madde 5 ile bağlantılı olarak dava yoluyla takip edilebilecek bir sübjektif kamu hakkı doğmaktadır. şu halde bu kurallar sosyal alanda yasa koyucunun somut hareket ödevinin temeli olarak kabul edileceklerdir.

Anayasanın sosyal devlet ilkesinden başlangıç 6. paragraf ile bağlantılı olarak bireyin en az geçiminin sağlanması konusunda bir devlet ödevi çıkmaktadır. 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 Aş için temel oluşturacaktır.

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

Yasa koyucu açık bir Anayasa direktifini md. 10'u zedeleyerek yerine getirmeyebilir ya da eksik yerine getirirse AŞ geçerli olacaktır. Bunun için şikayetçinin Anayasaca emir olunan yasa koyucunun hareket yükümlülüğü ile avantajlı olması gereken kişi çevresi içinde değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa Mahkememizin iş yükünün AŞ ile artması tehlikesi F. Almanya'da Ekim 1993 tarihinde gerçekleştirilen kabul edilebilirlik koşullarının zorlaştırılması ve kabul konusunda özel oluşturulmuş bir komisyona takdir yetkisinin tanınması çareleri ile önlenabilir.

Anayasa Hukukunun kendine özgü objektif bir koruma aracı olan bu kurumun Anayasa yargısı sistemimize kazandırılmasıyla AŞ Anayasa dokunulmazlığının garantisini oluşturacaktır.

AŞ temel hakların kendisine özgü bir hukuksal koruma aracı olarak vatandaşa devlet gücünün temel hak zedeleyici saldırılarına karşı koyma olanağını sağlayacaktır.

AŞ kurumunun Anayasa yargısı sistemimize dahil edilmesiyle birlikte, vatandaş Anayasa ile canlı bir diyaloga girecek; Anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna, güncelleştirilmesine katkıda bulunacaktır⁴⁴. Doğrudan yasalara karşı AŞ'nin tanınması ile birey dava yoluyla siyasal kararların alınmasında söz sahibi olacak, demokratik katılımın yargısal yoldan gerçekleşmesine hizmet edilmiş olacaktır⁴⁵.

AŞ birey için psikolojik açıdan da olumlu sonuçlar doğuracaktır. Birey Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerini "*boş kurallar olarak görmeyecek*" onların etki gücüne inanacak, *AŞ yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne bizzat başvurabilme hakkının varlığı, bireyin anayasal hukuku devletine olan güven ve inancını artıracaktır*⁴⁶.

Ülkemizde, Anayasa Mahkemesi'ne özellikle de ilk kuruluş yıllarında çok sayıda yetkisiz başvuru yapılmıştır. Buna neden vatandaşlarımızın Anayasa Mahkemesini umutlarını gerçekleştirilecek

⁴⁴ **Hekimoğlu M.M.**, Alman Hukuk Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Balıkesir 2003, S.80 (yayımlanmamış)

⁴⁵ **Göztepe E.**, S. 15,16,137 (DN 4)

⁴⁶ **Göztepe E.**, S.20 (DN 4) **Schuler H.A.**, Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, Zürich 1968, S.44

bir yüksek makam olarak görmelerindedir⁴⁷. Özellikle bu nedenle AŞ hukuk sistemimize kazandırılmalıdır⁴⁸.

AŞ ile temel haklarının zedelendiği iddiası ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını kullanmak isteyen vatandaşlarımız için ülke içinde çözüm olanağı yaratılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak başvuruların azaltılması sağlanmış olacaktır. AŞ kurumunun Anayasa hukukumuzda dahil edilmesiyle AİHM'ne başvuru yollarından biri olan iç hukuk yollarının tüketilmesi göz önünde bulundurulduğunda çok sayıda kişi haklarını Anayasa Mahkemesi'ne başvurmakla elde edeceği için *Türkiye'nin AİHM'ince mahkum edilmesinin yarattığı maddi ve manevi zararın önüne geçilecektir*⁴⁹.

Bu değerlendirmelerin ışığında, Türk Anayasa Hukukuna AŞ'nin kazandırılması yolunda bir Anayasa değişikliği söz konusu olduğunda buna ilişkin kural Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini düzenleyen 148. maddenin 5. fıkrasından sonra 6. fıkra olarak yer almalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin hazırladığı Anayasa değişiklik önerisi de bu istikamettedir.

Ancak AŞ ile hangi temel hakların ileri sürülebileceği noktasında Anayasa Mahkememizin hazırladığı Anayasa değişiklik önerisi, F. Alman Anayasası md. 93 4a ile uyumsuzdur.

Öneride yeni 6. fıkroda ***“Herkes Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerinden birin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu ile Anayasa Mahkemesine başvurabilir”*** kuralına yer verilmiştir

F. Alman Anayasası md. 93 4a ise aşağıdaki gibidir:

“Kamu makamlarınca kendi temel haklarından birinin veya 20. maddenin 4. fıkrasında (direnme hakkı), 33 (yurttaşlık haklarında eşitlik), 38 (seçim ilkeleri), 101 (istisnai mahkemelerin kurulması yasağı, doğal yargıç ilkesi), 103 (adil yargılanma hakkı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ve aynı suçtan olayı birden fazla ceza verilemez

⁴⁷Armağan S., Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi, İstanbul 1975,S.232

⁴⁸Hekimoğlu M.M., S.81 (DN 44)

⁴⁹Hekimoğlu M.M., S.82 (DN44)

kuralı) ve 104. maddelerinin (özgürlüklerin kısıtlanmasında hak güvenceleri) içerdği haklardan birisinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin başvurabileceği Anayasa şikayetleri konusunda” (F. Anayasa Mahkemesi karar verir.)

Görüldüğü gibi AŞ ile sübjektif hakların bütününü korumak istemeyen F. Alman Anayasası, AŞ'nin koruduğu hakları Anayasanın 93 4a maddesinde tek tek sayarken Anayasa Mahkemesinin hazırladığı değişiklik önerisi “**Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlükleri**” Anayasa Şikayetinin koruma konusu olarak belirlemektedir. Oysa vatandaş AŞ ile hangi temel haklarının veya temel hak benzerlerinin ileri sürülebileceğini net bir şekilde Anayasa’da görebilmelidir.

Venedik Komisyonu üyesi sayın Prof.Dr. Peter PACZOLAY’ın da belirttiği gib⁵⁰ AŞ genelde ulusal Anayasalarda tanımlanan hakların korunması için kullanılmaktadır. AŞ ile korunan haklarının kapsamı hakkında bilgi edinebilmek için bir uluslararası sözleşmeye bakma külfeti altına vatandaş sokulmamalıdır. Ayrıca AŞ konusu yapılacak hakların net olarak belirtilmemiş olması Anayasa Mahkemesinin iş yükünü de artıracaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin değişiklik önerisinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki **anayasal hak ve özgürlüklerin** zedelenmesi iddiası ile AŞ yoluna başvurulabileceğinden söz edilmektedir.

Anayasal hak, Anayasa yargıcının bu niteliği verdiği, kararlarıyla tanıdığı bir temel hak türüdür. Anayasa yargıcı hukukun genel ilkelerinden, insan hakları bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan bazı hakları *anayasal hak* olarak nitelendirebilir. Yani *temel hak* düzeyine çıkarabilir.

Diğer yandan insan hakları, Anayasalarda somutlaştırılınca **temel hak** haline gelirler. Başka bir anlatımla temel haklar insan hakları katalogundan pozitif hukuk metinlerine geçen somut özelliği belirgin haklardır. Bu nedenle öneride yer alan “*anayasal haklar*”

⁵⁰**Paczolay P.**, Anayasa Mahkemesiyle İlgili Anayasa Değişiklikleri Önerisine İlişkin Taslak Görüş = Venedik Komisyonu Yedek Üyesi Prof. Dr. Peter Paczolay’ın Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda (27.04.2004) sunduğu Raporu (**Venedik Raporu**) 2004,S.5

ibaresi yerine “*temel haklar*” ibaresinin kullanılması daha isabetli olacaktır⁵¹.

Türkiye üyesi bulunduğu Avrupa Konseyince yürürlüğe konulmuş olan AİHS'nin yeni 34. maddesinde yer alan kişisel başvuru hakkını tanıdığı Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne 28 Ocak 1987 tarihinde bildirmesiyle AİHS'de ve protokollerde yer alan haklar Türk pozitif hukukuna geçerek temel haklar arasına girmiştir⁵².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.1: “*Sözleşmenin yüksek tarafları kendi yetki alanları içinde bulunan hakları herkese bu sözleşmenin 1. Bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar*” kuralı ile Anayasa'nın 90. maddesi birlikte değerlendirildiğinde Türkiye'deki idari organlar ve yargı organlarının sözleşmeye dayanarak karar vermek ve işlem yapmak durumunda oldukları sonucu çıkmaktadır. Bunun dışında kişisel başvuru yolunun açık olması sözleşme kapsamındaki temel hakların ülkelerin kendi Anayasalarında bulunmasa bile zaten uygulanmasını gerekli kılmaktadır.

F. Almanya da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf ülkelerden biridir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi F. Almanya'da yasa hükmündedir .TC. Anayasa'sının 90. maddesinin son fıkrasına benzer bir kural Federal Alman Anayasasında bulunmamaktadır. Bu durumun uygulamada bir sorun yaratmadığı, çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel haklar katalogu ile F. Alman Anayasasının temel haklar katalogunun büyük bir uyum içinde olduğu belirtilmektedir.

F. Anayasa, AŞ ile korunan haklar konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne bir yollama yapmamış, bu hakları tek tek F. Anayasa md. 93 4a da belirtmiştir.

Anayasamız özellikle 1995 yılından bu yana gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile kapsamlı bir temel hak katalogu içermektedir ve bu hali ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile büyük çapta örtüşmektedir.

⁵¹Gören Z., S.4 (DN 1)

⁵²Gören Z., S. 4 (DN 1)

Vatandaşın AŞ ile korunan haklarının neler olduğunu kendi Anayasasında görmesi amacı ile, AŞ ile korunan hakların 148. maddede tek tek sayılmasında gerek vardır.

Maddede kanun yollarının tüketilmesi koşulundan Anayasa Mahkemesi'nin önerisinde yapıldığı gibi söz etmemek başvurunun geçerlilik koşulları ve kabul edilebilirliği, ön inceleme komisyonunun kuruluş ve yetkileri, Anayasa Mahkemesi kararının içeriği ve sonuçları gibi hususlar Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve yetkilerine ilişkin yasada düzenlenmelidir.

Konuşmamı F. Anayasa Mahkemesi'nin bayan yargıcı Dr. Wiltraut Rupp v.BRÜNECK'in sözleriyle tamamlamak istiyorum:

“Modern endüstri ve kitle toplumunda devlet işlevlerinin genişlemesi temel hak korumasının da gelişmesini ve iyileştirilmesini gerektirir. Bu anlamda bir gelişimin daha da ileri götürülmesi görevi sadece Anayasa Mahkemesi'ne, yargı organlarına ve diğer devlet organlarına tevdi edilmemiştir. Bu konu hepimizi ilgilendirir, Bu görev hepimizindir. Özgürlükçü bir anayasal düzen ancak vatandaşlarının onu tam bir inançla totaliter sistemden üstün tutmalarıyla, dış ve iç düşmanlara karşı ve hatta kendi yüreksizlik,vurdumduymazlık ve ihmalciliklerine karşı savaşmaya hazır olmalarıyla varolabilir⁵³”.

*Anayasa Şikayeti hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: **GÖREN Z.**, Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti), Anayasa ve Sorumluluk, Ankara 1995, S. 109-149; **GÖREN Z.** Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru, Prof.Dr. Şakir BERKİ'ye Armağan, Konya 1996, S. 209-340; **GÖREN Z.**, Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti), **Anayasa Yargısı 11**, Ankara 1995, S.97-197.

⁵³Rupp v. Brüneck, W., Verfassung und Verantwortung, Baden Baden 1983,S.191 vd.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK^(*)

Sayın Başkan, Anayasa Mahkemesi'nin sayın Başkanı, değerli üyeleri, değerli meslektaşlarım, değerli bildirici ve panelist arkadaşlarım,

Görüştüğümüz konu, Türkiye'de insan haklarına saygılı hukuk devleti yolunda önemli bir adım teşkil edecek bir düzenleme ile ilgili. Bu düzenleme, insan haklarının korunmasına yeni bir boyut kazandıracaktır. Elimizdeki taslakta Anayasa'nın 148. maddesine bu konuyla ilgili bir fıkra eklenmesi öneriliyor. Bu fıkra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruya ilgili 34 ve 35. maddeleri doğrultusunda bir düzenleme. Bu, tabii, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yükünü azaltacak bir düzenleme. Çünkü oraya gidecek uyuşmazlıkların bir bölümünün burada sonuçlandırılması olanağı doğacak. Buna karşılık Anayasa Mahkememizin iş yükünü de bir hayli artıracak. Özellikle ilk yıllarda bu artış, bir sel şeklinde de olabilir.

Anayasa Mahkemesi ile ilgili yeniden yapılanma önerilerinin temel gerekçesi aslında bu yeni düzenleme, yani Anayasa şikâyeti. Öyle olduğu hâlde Anayasa şikâyeti sadece bir fıkraya sıkıştırılmış durumda. O nedenle bu hâliyle önerilen düzenleme eksik ve yetersiz.

İfade yönünden bu fıkranın bazı özelliklerine değinildi. Ben de önce onlarla başlayayım. Burada "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlâl" edilmesinden söz ediliyor. Önce şunu söyleyeyim: Örnek olarak incelediğimiz ve burada kendileriyle ilgili bilgi verilen Avrupa ülkelerinin hiçbirinin anayasasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne böyle bir yollama yok. Nitekim ne Alman Anayasası'nda, ne Avusturya Anayasası'nda, ne İspanyol Anayasası'nda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne herhangi bir yollama bulunmamaktadır. O nedenle bu konudaki yollama yerine hangi temel hak ve özgürlüklerin ihlâli durumunda Anayasa şikâyetinin işleyeceğinin doğrudan doğruya Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümlerine yollama yapmak suretiyle belirtilmesi daha uygun olur. Ayrıca bu, ileride hangi hak ve özgürlüğün bu kapsamda olduğu tartışmasına da gerek bırakmayacaktır. Öte yandan burada kullanılan "anayasal hak ve özgürlük" teriminin de bizim Anayasa'da

^(*)Eski Adalet Bakanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

yer alan bir ifade olmadığını belirtmek isterim. Sayın Prof. Dr. GÖREN, bu konuya değindi. Bizim Anayasa'mıza uygun terim, "temel hak ve özgürlük", daha doğrusu "temel hak ve hürriyet". Gerçi 2001 yılında yapılan değişiklikler arasında "özgürlük" sözcüğü Anayasa'ya girdi. Ama Anayasa'nın kullandığı temel terminoloji, "temel hak ve hürriyetler"dir. O nedenle bu terminolojinin benimsenmesi uygun olur.

Burada "kamu gücü" tarafından anayasal hak ve özgürlüklerin ihlâlinden söz ediyor. Bu, Alman Anayasasının 93. maddesinin 4a bendinden yapılan bir çeviri. Orada "*öffentliche Gewalt*" terimi kullanılıyor. Aslında bunu bizim Anayasa hukukumuzda geçerli olan terimlerle, Anayasa'mızın diğer maddelerinde kullanılan ifadelerle belirtmek gerekir. Örneğin "idarenin eylem ve işlemleriyle ya da ihmalleriyle"; daha geniş kapsamlı olarak "kamu makamlarının eylem ve işlemleriyle ya da ihmalleriyle insan hakları ihlâlî" olduğu zaman Anayasa şikâyetinin söz konusu olabileceği belirtilebilir.

Öte yandan bu hâliyle Anayasalaşacak olursa bu öneride Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kavramının yeterli olmadığına işaret etmek gerekir. Buna sayın Prof. Dr. SABUNCU ile sayın Yrd. Doç. Dr. ESEN'in birlikte hazırladıkları bildiriye değinildi. Burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerden söz etmek gerekir. Eğer öneri bu şekilde kalacaksa, tabii. Ama benim tercihim, doğrudan doğruya Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın maddeleri belirtmek suretiyle Anayasa şikâyetinin kapsamının ifade edilmesidir.

Şimdi burada Anayasa'nın 152. maddesi çerçevesinde de öne sürülebilecek olan bazı iddialar bakımında ikinci bir olanak getiriliyor. Sayın Prof. Dr. SAĞLAM, çok güzel açıkladı: Her şey, genel norm kapsamında bütün özellikleriyle görülmeyebilir. Ama bir bölümü, Anayasa'nın 152. maddesi çerçevesinde, yani görülmekte olan bir dava sırasında Anayasa'ya aykırılık itirazı şeklinde taraflardan biri tarafından öne sürülebilir veya mahkemece re'sen dikkate alınabilir.

Bunun yanında şimdi ikinci bir olanak getirilmektedir. Bu da hukuk devleti yolunda önemli bir aşama olacaktır. Ancak biraz önce ifade ettiğim gibi, Anayasa şikâyeti ile hangi işlem, eylem, düzenleme veya ihmallerin şikâyet konusu olacağı bu taslakta belirtilmemiştir. Bunun açıkça belirtilmesi gerekir. Biraz önce söylediğim gibi, örneğin "kamu makamlarının işlem, eylem veya ihmalleriyle insan haklarının, temel hak ve hürriyetlerin ihlâl edilmesi" durumunda Anayasa şikâyetinin söz konusu olacağı belirtilebilir.

Ayrıca böyle bir şikâyet sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir karar vereceği de belli değildir. Bu kanuna bırakılmıştır. Türkiye için bu yeni bir konudur. Nasıl bir kanuna karşı iptal davası açıldığı zaman hangi sonucun çıkabileceğini önceden Anayasa metninden biliyorsak, burada da durumun belirtilmesinde yarar vardır. Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi hakkaniyete uygun bir tatmine mi karar verecektir? Bir tazminata mı karar verecektir? Yoksa sadece bir temel hak ve özgürlüğün ihlâl edildiğini mi tespit edecektir? Yoksa davayı, uyuşmazlığa en son bakan mahkemeye mi gönderecektir? İlk mahkemeye mi gönderecektir? Bundan dolayı yeniden yargılama mı yapılacaktır? Her hâlde bunların ana çizgileriyle belirtilmesinde yarar vardır.

Ayrıca şunu belirtmek isterim: Bütün bunlar, kanuna bırakılıyor. Ama henüz ortada bir kanun taslağı yok. Anayasa'da bu değişiklik yapıldığı zaman en başta Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da önemli değişiklikler yapılacak. Sanıyorum ki, bu değişiklikleri şimdiden hazırlamakta yarar var. Anayasa değişikliği teklifi TBMM'nin önüne geldiği zaman Meclis nasıl bir kurumu düzenlemekte olduğunu bilmelidir. Bu kutunun içinden ne çıkacağını bilmelidir. O bakımdan mutlaka Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'la ilgili değişiklik taslağının da şimdiden hazırlanması gerekir. Bu hazırlık yapılırsa, sanıyorum ki, buradaki düzenleme de daha iyi bir biçimde ifade edilebilir.

Öte yandan başka birtakım kanunlarda da değişiklik yapma zorunluğu olacaktır. Örneğin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, İcra ve İflâs Kanunu'nda, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda yeniden yargılama bakımından düzenlemelere ihtiyaç vardır. En azından böyle bir durumda Anayasa şikâyeti üzerine Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar dolayısıyla mahkemelerin nasıl hareket edeceği konusunda açıklığa ihtiyaç vardır. O nedenle bu kanunlarda da gerekli değişiklik taslaklarının şimdiden hazırlanması gerekir.

Anayasa şikâyeti için —taslakta öngörüldüğü gibi— “kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu”nun aranması, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü bir ölçüde hafif tutmak bakımından uygun bir çözümdür. Alman Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu'nda öngörüldüğü gibi, henüz kesin hükme bağlanmamış, ancak genel yarar bakımından önem taşıyan veya şikâyetçi için kaçınılmaz ağır bir zarar ortaya çıkması söz konusu olduğu zaman uyuşmazlığa yine

bakabilmek, şimdilik bu tasarı çerçevesinde mümkün değildir. Belki başlangıçta Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla Anayasa şikâyeti kurumunun yerleşmesine kadar bu, geçici bir çözüm olarak düşünülebilir. Ama ileride bu boyutun da düşünülmesinde yarar vardır.

Burada kesin hüküm konusu kararlar, yani yargı mercilerinden geçmiş kararlar dolayısıyla yapılacak olan Anayasa şikâyetlerinde Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar, bir üst mahkeme kararı gibi algılanmakta ve o nedenle bazı tepkiler gösterilmektedir. Aslında bütün yüksek mahkemelerimiz, Anayasamızda sadece bir sistematik sıralama içerisinde arka arkaya gelmişlerdir; hepsi yüksek mahkemedir, hepsi birbirine eşittir, bir üstünlük söz konusu değildir. Sayın Prof. Dr. SAĞLAM'ın dediği gibi hepsi, kendi görevinde üstündür. Başka türlü algılanmaması gerekir.

Ama yüksek mahkemelerimiz arasında gereksiz bir gerilim yaratmamak bakımından ben, bir alternatif üzerinde durulmasında da yarar görüyorum. Anayasa şikâyeti yerine acaba Anayasa itirazı şeklinde bir düzenleme yapılabilir mi? Burada en yüksek yargı organı olarak Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay veya Askerî Yüksek İdare Mahkemesi önündeki bir uyuşmazlık dolayısıyla taraflardan biri Anayasa şikâyeti konusu olabilecek bir itirazı öne sürdüğü ya da ilgili yüksek mahkeme bunu re'sen dikkate aldığı takdirde o yüksek mahkeme, konuyu bir ön sorun olarak Anayasa Mahkemesi'ne iletebilir. Böylece konu, Anayasa'nın yorumunda yetkili mahkeme olarak Anayasa Mahkemesi'ne gelebilir ve Anayasanın 152. maddesinde olduğu gibi bir çözüme ulaşılabilir. Sonunda da kararı —Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne uygun olarak— yine Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay veya Askerî Yüksek İdare Mahkemesi verir ve bu onların kararı olur. Ama bu mekanizma işlemiş olur. Eğer böyle bir itiraz dikkate alınmazsa, o zaman —bu düzenlemede olduğu gibi— konuyu doğrudan Anayasa Mahkemesi önüne getirmek tek seçenek olarak kalır.

Şimdi Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa şikâyetlerinin incelenmesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidecek davalarda bir azalma olacağını umut ediyoruz. Ama bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru için gerekli olan iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda da yolun biraz uzamasına neden olacaktır. Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca davaların makul bir süre içinde sonuçlandırılması gerekir. Bizim Anayasa'mızın 141. maddesinde de davaların mümkün olan sür'atle

sonuçlandırılması amaçlanmıştır. Bu ilkelere ters bir durumun ortaya çıkmaması gerekir. Sayın Prof. Dr. SABUNCU ve Yrd. Doç. Dr. ESEN, hazırladıkları bildiriye böyle bir gecikmenin olmaması temennisinde bulundular; ama böyle bir olasılık olduğunu göz önünde bulundurmakta yarar vardır.

Biraz önce de söylediğim gibi, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa şikâyeti üzerine vereceği karar, yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları Türkiye'de hiçbir Avrupa ülkesinde olmayan bir genişlikte hem Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, hem İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir; üstelik 57. Hükümet zamanında çıkarılan kanunlarda öngörülen koşulların hiçbiri aranmaksızın kabul edilmiştir. Burada da Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa şikâyeti üzerine kabul yönünde vereceği karar da, yeniden yargılama nedeni olarak bu kanunlarda yer almalıdır.

İnsan hakları ihlallerinin en aza indirilmesi ya da hiç olmaması, bizim amacımızdır. Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa'sında "insan haklarına saygılı" bir devlet olduğunu, başka bir deyişle, "insan haklarına dayanan" bir devlet olduğunu açıkça ifade eden ve bunu Cumhuriyetin değişmez niteliği olarak belirten bir devlettir. O nedenle bu yolda atılacak olan bütün adımları desteklemek durumundayız. Eleştirilerimiz, bu konunun daha da olgunlaştırılması, geliştirilmesi bakımındandır.

Ayrıca dün sayın Başkan BUMİN'in işaret ettiği bir konuya ben de değinmek istiyorum. Türkiye'de insan hakları ihlallerinin azaltılması ve bu konudaki uyuşmazlıkların giderilmesi yönünde çok önemli bir görev yapacak bir kurum da "*ombudsman*" kurumudur. Bu konuda benim Devlet Bakanlığım'dan itibaren yapılan bir çalışmayla Adalet Bakanlığım döneminde sonuçlandırılan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı TBMM'ne sunulmuştur. Bugün görev başında bulunan Hükümetin Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program'ında da bu Kanun Tasarısı'nın 2004 yılı sonuna kadar yasalaştırılması öngörülmektedir. Belki o Kanun Tasarısı üzerinde Hükümet kendi açısından da bir çalışma yapma gereğini duyabilir. Ama bu kurumun oluşturulması, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi önüne gelecek Anayasa şikâyetlerinin de bir ölçüde azalmasına yardımcı olacaktır. Teşekkür ederim sayın Başkan.

